

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN
BRASIL.**

Léo Brust

Prof. Dr. Augusto Martín de la Vega

2011

Esta tese é para os meus pais, Almo e Erna Brust.

Muito obrigado por tudo.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13

PRIMERA PARTE

LA REFERENCIA EUROPEA.

I. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN ITALIA.

INTRODUCCIÓN	21
1. LAS SENTENCIAS SIMPLES	37
2. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS	49
2.1. La sentencia desestimatoria interpretativa y el contexto general	49
2.2. Sentencia estimatoria interpretativa <i>stricto sensu</i>	67
3. LAS SENTENCIAS MANIPULATIVAS	74
3.1. Sentencia reductora o estimatoria parcial	85
3.2. Sentencia aditiva	92
3.3. Sentencia sustitutiva	102
4. MODULACIÓN DE LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS	108
4.1. Modulación de los efectos hacia el pasado: sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida	112
4.2. Modulación de los efectos hacia el futuro: sentencias bilaterales	117
4.2.1. Admoniciones al legislador	120
4.2.2. Sentencia aditiva de principio	129

II. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN PORTUGAL.

INTRODUCCIÓN	137
1. EL SISTEMA PORTUGUÉS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	147
1.1 El control abstracto de constitucionalidad	147
1.2 El control concreto de constitucionalidad	151
1.3 El control previo de constitucionalidad	155
1.4 El control de inconstitucionalidad por omisión del legislador y la sentencia de inconstitucionalidad por omisión	161
2. LA TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS EN PORTUGAL	170
2.1. Sentencia simple de inconstitucionalidad	171
2.2. Sentencia simple de no inconstitucionalidad	192
2.3. Sentencias intermedias o atípicas	196
2.3.1. Sentencia interpretativa en sentido estricto	198
2.3.2. Sentencia reductora o de inconstitucionalidad parcial	210
2.3.3. Sentencias modificativas aditivas y sustitutivas	218
2.4. Modulación de los efectos de las sentencias	229
2.4.1. Sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida	231
2.4.2. Sentencia limitativa	234
2.4.3. Sentencia de mera incompatibilidad para tratados internacionales	242
2.4.4. Modulaciones de efectos no admitidas en el sistema portugués	244
2.4.4.1 Sentencia de mera incompatibilidad	244
2.4.4.2 Sentencia directiva	248
2.4.4.3 Sentencia apelativa	252

SEGUNDA PARTE

LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN BRASIL.

INTRODUCCIÓN	257
I. EL SISTEMA BRASILEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	
INTRODUCCIÓN	261
1. El Tribunal Supremo Federal	263
2. Control difuso o incidental (concreto) de constitucionalidad	265
2.1. Acciones constitucionales	268
3. Control concentrado (abstracto) de constitucionalidad	269
4. Excepciones del sistema	275

II. LA TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS EN BRASIL.

INTRODUCCIÓN	277
1. SENTENCIA SIMPLE DE CONSTITUCIONALIDAD/ INCONSTITUCIONALIDAD	285
1.1. Sentencia de inconstitucionalidad formal y material	296
1.2. Sentencia de inconstitucionalidad por dependencia	301
1.3. Sentencia de inconstitucionalidad por conexión	303
1.4. Efectos en el control concentrado (abstracto)	308
1.4.1. Efectos generales y vinculantes	311
1.4.1.1. Límites objetivos de los efectos vinculantes ...	317
1.4.1.2. Límites subjetivos de los efectos vinculantes ..	325
1.4.2. Efectos retroactivos	332
1.4.3. Reviviscencia	343
1.4.4. Efectos de la decisión de concesión de una medida cautelar	350
1.5. Efectos en el control difuso (concreto)	360
1.5.1. <i>¿Abstractivización del control concreto?</i>	369
1.5.1.1. <i>Abstractivización y decisiones judiciales</i>	372
1.5.1.2. <i>Abstractivización y medidas legislativas</i>	380
1.5.1.3. <i>Abstractivización, súmulas vinculantes y repercusión general</i>	384
2. SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL (CUANTITATIVA)	391
3. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS	399
3.1. Sentencia interpretativa en sentido estricto (interpretación conforme a la Constitución)	403
3.1.1. La equiparación de la sentencia interpretativa en sentido estricto con la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto	408
3.2. Sentencias manipulativas	414
3.2.1. Sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (parcial cualitativa)	420
3.2.2. Sentencia aditiva	427
3.2.3. Sentencia sustitutiva	432
3.3. Sentencias interpretativas en el ámbito del control difuso	437
3.3.1. Análisis de los fundamentos de dos <i>acórdãos</i> interpretativos	439
3.3.2. Reduccionismo y transparencia	455
3.3.3. La necesidad de elevar el incidente de inconstitucionalidad al pleno	457
4. SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	467
4.1. Sentencia de mera comunicación de la omisión en acción directa de inconstitucionalidad por omisión	470
4.2. Sentencia de inconstitucionalidad por omisión parcial	480

4.3. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión en <i>mandado de injunção</i>	488
4.3.1. Sentencia de mera comunicación de la omisión	492
4.3.2. Sentencia apelativa con concesión diferida del derecho ..	494
4.3.3. Sentencia normativa supletoria <i>inter partes</i>	497
4.3.4. Sentencia normativa supletoria <i>erga omnes</i>	500
5. MODULACIÓN DE LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS	513
5.1. Derogación de la legislación preconstitucional e inconstitucionalidad sobrevenida	516
5.2. Sentencias limitativas	529
5.2.1. Limitación de los efectos temporales en relación al futuro: inconstitucionalidad con eficacia <i>ex nunc</i> o <i>pro futuro</i>	538
5.2.2. Limitación de los efectos temporales en relación al pasado: inconstitucionalidad con retroactividad mitigada o parcial	542
5.3. Sentencias apelativas	544
5.3.1. Sentencia de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de la nulidad del precepto	546
5.3.2. Sentencia apelativa en sentido estricto	552
CONCLUSIONES	557
BIBLIOGRAFÍA	595
ANEXOS	633
I. La estructura del poder judicial brasileño	633
II. Brasil: <i>Súmulas</i> vinculantes	635
III. Brasil: Tabla estadística	637

ABREVIATURAS

ADC	Acción Declaratoria de Constitucionalidad
ADCT	Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias
ADI	Acción Directa de Inconstitucionalidad
ADPF	Acción por Incumplimiento (<i>Descumprimento</i>) de Precepto Fundamental
Ajuris	Asociación de los Jueces de Rio Grande del Sur
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CFB	Constitución Federal Brasileña
CI	Constitución Italiana
CC	Comisión Constitucional
Cpc	Código de proceso civil
Cpp	Código de proceso penal
CRP	Constitución de la República Portuguesa
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
DR	Decreto Reglamentar
EC	Enmienda Constitucional
Lc	Ley constitucional
LICC	Ley de Introducción al Código Civil
LTC	Ley del Tribunal Constitucional
MC	Medida Cautelar
MI	<i>Mandado de Injunção</i>
MP	Ministerio Público
MPr	Medida Provisional (<i>Provisória</i>)
MS	<i>Mandado de Segurança</i>
OAB	Colegio (<i>Orden</i>) de Abogados de Brasil
PEC	Proyecto de Enmienda Constitucional
PGERS	Procuraduría General del Estado de Rio Grande del Sur
Rcl	Reclamación
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RI	Representación de Inconstitucionalidad
RISF	Reglamento Interno del Senado Federal
RISTF	Reglamento Interno del Tribunal Supremo Federal

RT	<i>Revista dos Tribunais</i>
SD	Sentencia Desestimatoria
SE	Sentencia Estimatoria
STA	Tribunal Supremo Administrativo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCF	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (Alemania)
STF	Tribunal Supremo Federal
STJ	Tribunal Supremo de Justicia (Portugal) y Tribunal Superior de Justicia (Brasil)
STM	Tribunal Superior Militar
TC	Tribunal Constitucional
TCU	Tribunal de Cuentas de la Unión
TJ	Tribunal de Justicia
TRE	Tribunal Regional Electoral
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional del Trabajo
TSE	Tribunal Superior Electoral
TST	Tribunal Superior del Trabajo
UE	Unión Europea
UFC	Universidad Federal de Ceará
Ulbra	Universidad Luterana de Brasil
Unisinos	Universidad del Valle del Rio de los <i>Sinos</i>

INTRODUCCIÓN

Aunque el control de constitucionalidad de normas brasileño se remonte a fines del siglo XIX, su consolidación definitiva solo ocurrió con la actual Constitución, que representa para los brasileños, lo que las constituciones de la posguerra para los europeos. De hecho, su promulgación fue el marco histórico que desencadenó el proceso de modernización del derecho constitucional brasileño y le ubicó en el centro del ordenamiento jurídico, dejando atrás la posición secundaria que tradicionalmente ocupaba. En términos políticos, la Constitución Federal de Brasil de 1988 ha tenido un papel fundamental en la redemocratización y en la reconstrucción de las instituciones, siendo responsable del más largo periodo de estabilidad institucional de la historia republicana del país. Las elecciones se celebran periódicamente, la alternancia en el poder se ha realizado sin traumas y la democracia se ha consolidado. Además, todos los problemas a los que el Estado tuvo que enfrentarse en este periodo - como la destitución de un Presidente de la República y de varios parlamentarios, y los escándalos de corrupción - fueron solucionados dentro del marco constitucional.

Es en este contexto de consolidación de las instituciones en el que se ubica el control mixto de constitucionalidad brasileño, que combina el sistema difuso, realizado por todos los jueces y tribunales incidentalmente a las demandas concretas, y el concentrado, a cargo del Tribunal Supremo Federal (STF). En este área la nueva Constitución trajo novedades importantes, como el control concentrado de las omisiones del legislador y el *mandado de injunção*, que puede ser presentado al STF por cualquier

persona, cuando la ausencia de ley le impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía. La peculiar acción declaratoria de constitucionalidad fue introducida en el ámbito del concentrado en 1993 a través de una enmienda constitucional, pasando a ser el contrapunto de la acción directa de inconstitucionalidad. Y en 1999 la legislación recogió expresamente la interpretación conforme a la Constitución y la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, como formas de decisión.

A estas novedades, que por sí solas demandarían una tipología específica de pronunciamientos constitucionales, se añaden los desafíos impuestos por la exigencia constitucional de implantación del estado de bienestar, y de respeto irrestricto a los derechos fundamentales y sociales. Los casos de omisión o exclusión de beneficio incompatibles con el principio de igualdad, por ejemplo, que normalmente se originan en una omisión parcial, pueden ser afrontados llanamente con una sentencia simple de inconstitucionalidad, pero esta no siempre es la mejor solución, porque podría eventualmente agravar el estado de inconstitucionalidad que se pretende eliminar. Una posible opción sería la emisión de una sentencia de inconstitucionalidad por omisión del legislador, pero esta decisión tampoco resuelve el problema a corto plazo, puesto que se destina exclusivamente a comunicar la omisión al legislador. La solución posiblemente estaría en una sentencia aditiva, pero este tipo de decisión - que la doctrina italiana denomina manipulativa y la portuguesa, modificativa - todavía no es explícitamente admitida en Brasil, porque el STF aun mantiene el discurso de que su función es equiparable a la de un legislador negativo. Es decir, parece producirse un desfase entre las nuevas exigencias constitucionales y la tipología de las sentencias que el Tribunal admite utilizar.

Y esta cuestión es central. Mientras que el STF mantenga el discurso del legislador negativo tres cosas pueden suceder: que el Tribunal no atienda adecuadamente los nuevos desafíos originados por la Constitución de 1988, puesto que restringe demasiado sus posibilidades decisorias, que el Tribunal atienda estas exigencias, emitiendo sentencias que van más allá de la función negativa del Tribunal Constitucional, pero no lo admita, o, por último, que el Tribunal atienda dichos desafíos, pero que vea en tal discurso teórico una forma de aumentar indirectamente su poder discrecional. Es decir, al tiempo que le proporciona la coartada ideal para

desestimar cuestiones delicadas, que, por ejemplo, tengan indeseables reflejos políticos o financieros, no le impide ir “más allá” en otras situaciones, si juzga conveniente, emitiendo sentencias que contradicen su propio discurso. Nos inclinamos por la tercera posibilidad, porque la falta de transparencia, que se manifiesta en el reduccionismo tipológico que cultiva, le daría al Tribunal la posibilidad de utilizar otros tipos de sentencias sin tener que justificarlas en demasía. Por ejemplo, utilizar la interpretación conforme a la Constitución para emitir sentencias que en otros países podrían ser consideradas manipulativas. Y esta es justamente la motivación básica de este trabajo: demostrar que el STF ha utilizado una tipología de sentencias mucho más diversificada y sofisticada que la que admite utilizar.

Para ello, había que construir previamente una tipología de referencia, que abarcara los principales tipos de sentencias emitidas por los tribunales constitucionales europeos. En este contexto, estudiar la amplia y sofisticada tipología utilizada por la *Corte Costituzionale* italiana fue una elección natural, porque esta no tiene parangón en Europa. La elección de Portugal se debe principalmente a las afinidades que mantiene con el derecho constitucional brasileño. Ambos adoptan un control mixto de constitucionalidad y ambos tienen mecanismos de control de las omisiones del legislador no equiparables con los demás países europeos. Y esta última característica supone la producción de sentencias inexistentes en la tipología italiana. Es decir, el estudio de las sentencias constitucionales de estos dos países, por su complementariedad y por las afinidades de Portugal con Brasil, reunía todas las condiciones para aportar los datos necesarios para construir una tipología capaz de servir de referencia para el estudio de la sentencia constitucional en Brasil.

Por este motivo, el trabajo está estructurado en dos partes. El primer capítulo de la primera parte está dedicado al estudio del caso italiano y el segundo, al caso portugués. El fructífero debate doctrinal sobre las sentencias constitucionales llevado a cabo en ambos países – tanto sobre su tipología, como sobre sus efectos - está complementado con el análisis de varias decisiones emitidas por sus respectivos tribunales constitucionales. Toda la segunda parte está dedicada al estudio específico de la sentencia constitucional en Brasil. El primer capítulo está expuesto de forma bastante resumida, pues tiene la única finalidad de describir las principales características del complejo sistema brasileño de control de constitucionalidad. En el segundo, se presenta

la tipología completa de las sentencias constitucionales brasileñas. Esta tipología, que fue construida a partir del estudio efectuado sobre las sentencias constitucionales en Italia y Portugal, abarca las principales sentencias utilizadas en estos dos países. Sin embargo, contiene algunos tipos de sentencias cuyos nombres tuvieron que ser adaptados, como en el caso de la sentencia apelativa con concesión diferida del derecho, o directamente creados, como en el caso de la sentencia normativa supletoria en sus versiones *inter partes* y *erga omnes*. El debate doctrinal sobre las sentencias constitucionales brasileñas, el análisis de inúmeras sentencias emitidas por el STF y por los demás tribunales judiciales, el estudio de los efectos de esas decisiones, las posibilidades de modulación de esos efectos, y la supuesta tendencia a la *abstractivización* del control concreto brasileño, complementan y justifican la tipología presentada.

Me sería imposible mostrar mi agradecimiento a todas las personas que apoyaran la realización de este trabajo. Sin embargo, no quiero dejar de señalar mi muy especial agradecimiento al Prof. Augusto Martín de la Vega, quien, desde el primer momento y de forma entusiasta, contribuyó decisivamente a que este trabajo se volviera una realidad. Fueron sus clases en el Doctorado las que me enseñaron la importancia del estudio de la tipología de las sentencias constitucionales, como producto final e imprescindible de todo el sistema de control de constitucionalidad. Fue en una de sus obras – “La sentencia constitucional en Italia” – en donde vislumbré el inmenso potencial de la diversificada tipología de aquél país, como una posible referencia para el estudio del caso brasileño. Fue en varias de las largas y fructíferas conversaciones que hemos mantenido, en donde surgió la idea y el formato de esta tesis. Fue él también quién, con mucha competencia, me sacó en diversas ocasiones del laberinto casi inexpugnable que en ocasiones supone estudiar esta materia, y, por si fuera poco, corrigió con paciencia y concienzudamente el español torpe de un brasileño. Augusto, mi maestro y amigo, ¡muchas gracias!

Quiero asimismo manifestar mi gratitud al área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, y muy en especial al Prof. José Luis Cascajo Castro, por no haber ahorrado esfuerzos en el sentido de proporcionarme las condiciones necesarias para desarrollar este estudio y, lo que es más importante, por el distinguido apoyo intelectual y científico que me brindó en estos

años. Quiero agradecer también a los demás profesores del Doctorado en Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y lo hago en la persona de la Prof. Ángela Figueruelo, tutora de mi primer trabajo de Doctorado, el incentivo, el interés y sus siempre inteligentes sugerencias. Finalmente, mi sincero agradecimiento a la Prof. Mercedes Iglesias, por su importante apoyo, y a D. José Valentin, quien, con su simpática presencia en la Secretaria, ha logrado convertir a la palabra burocracia en un elogio.

Este trabajo hubiera sido mucho más arduo sin el estímulo y el apoyo constante de mis amigos Isa, Rosa, Claudia, Munari y Walter en Brasil, y Rodrigo, João, Johanna, Amaral, Eliana, Valdoceu, Flavio y tantos otros que llegaron y se fueron, como es natural en una ciudad universitaria como Salamanca. Lo mismo digo para Hilda, mi querida hermana, y para Paula, sin duda, lo mejor de España.

PRIMERA PARTE

LA REFERENCIA EUROPEA.

I. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN ITALIA.

INTRODUCCIÓN

La Constitución italiana de 1948 consagró una jurisdicción constitucional acorde con la rigidez de una Ley Fundamental, concebida como fuente suprema del Derecho (art. 138). La específica creación e implantación de una nueva *Corte Costituzionale* para el control de constitucionalidad de las leyes (arts. 134 a 137), se enfrentó a varios problemas, que se debieron inicialmente al hecho de que la nueva justicia constitucional no tenía ninguna tradición en el país. Constitución rígida, Tribunal Constitucional (TC)¹ y regionalización constituían novedades que debían ser implantadas “dentro de un ambiente político y social particularmente poco homogéneo y fragmentado, en que era muy difícil la aplicación de los valores fundamentales comunes”.² El fuerte retraso de ocho años en la entrada en funcionamiento de la *Corte*

¹ Con el propósito de evitar eventual confusión con la *Corte di Cassazione* (Corte de Casación - CC), la *Corte Costituzionale* será también llamada de Tribunal Constitucional (TC), la denominación usual de los tribunales *ad hoc* europeos. No obstante, en situaciones inequívocas podrá ser designada tan solo por "Corte" o por "Tribunal".

² CHELI, E. *Il giudice delle leggi – La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: Il Mulino, 1996, p. 32.

Costituzionale, respecto a la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1947, se inserta en este contexto.³ Además, correspondía al órgano de justicia constitucional aplicar una Constitución “larga, muy garantista en el plano de la distribución de poderes, muy rica y articulada en el terreno de las libertades fundamentales y de los derechos sociales, con contenido fuertemente innovador respecto a las normas preexistentes.”⁴ El hecho de que el sistema italiano no emulara el sistema austriaco de jurisdicción constitucional y tampoco el americano, puesto que instituyó un sistema incidental concentrado en la Corte Constitucional, añadió otra suerte de dificultades.⁵

La necesaria legitimación de la justicia constitucional dentro del sistema es el "telón de fondo" de toda la historia de su consolidación. Paralelamente a la tarea de expulsar del ordenamiento los “residuos” de fascismo presentes en la legislación anterior y de hacer efectivo el control de constitucionalidad de la legislación republicana, el TC necesitaba consolidar su propia posición, como juez de las leyes, frente al Parlamento y frente a los jueces ordinarios, encargados de su interpretación.⁶

³ Es de esta época la obra *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (Padova, 1950) de Piero Calamandrei, que suele ser considerada la primera monografía importante sobre la justicia constitucional italiana.

⁴ CHELI, E. *Il giudice delle...* op. cit. p. 18.

⁵ Sobre el desarrollo y las tendencias de la justicia constitucional italiana, y la ubicación de la Corte en el sistema político, ver: CHELI, E. *Il giudice delle...* op. cit. pp. 17 y sig. y 29 y sig. Ver también, del mismo autor: “L'incidenza del sistema di giustizia costituzionale negli sviluppi della forma di governo italiana”, in: CACIAGLI, M.; CAZZOLA, F.; MORLINO, L.; PASSIGLI, S. (org.) *L'Italia fra crisi e transizione*. Roma-Bari: Laterza, 1994, pp. 289 y sig.; “Giustizia Costituzionale e sfera parlamentar”, in *Cuaderni Costituzionali*, 1993, pp. 263 y sig.; “La Corte costituzionale nella forma di governo italiana”, in *Associazione per le ricerche e gli studi parlamentari*, Quaderno n° 1, Milano, 1991, pp. 125 y sig. Sobre el sistema italiano y su carácter incidental en cuanto a su inicio y abstracto respecto a su resolución, ver: CALAMANDREI, P. *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, pp. 63 y sig.

⁶ Haber sido una novedad en el sistema y no integrar una estructura preexistente, por ser independiente de los tres poderes constitucionales, son factores que agudizan un cuadro de por sí difícil. Por un lado, por la desconfianza generalizada de los jueces ordinarios ante el TC (agravada por la desconfianza que también el TC tenía en relación a la sensibilidad constitucional de los jueces ordinarios) y de otro, por la poderosa legitimidad democrática originaria conferida al Parlamento por las urnas. La tensión con estos dos poderes ha sido responsable en gran medida por la posterior evolución de la tipología de las sentencias de la Corte. La doctrina del *diritto vivente* y la modulación temporal de las sentencias es su consecuencia más visible. Si el poder de presión de los jueces está más bien restringido a ciertos supuestos de índole procesal o doctrinal, no ocurre lo mismo con el Poder Legislativo, que estuvo en condiciones de utilizar instrumentos de naturaleza eminentemente política. Por ejemplo, el poder que mantiene de modificar la propia Constitución le permite, respetados ciertos requisitos, constitucionalizar los términos de una ley anteriormente declarada inconstitucional por el TC. Su utilización política se manifiesta en algunos proyectos de reforma constitucional que ni siquiera son presentados para votación, o que llegan a ser aprobados, pero que son estratégicamente usados en el intento de presionar o influenciar las decisiones de la Corte. Otras armas de índole política son las manifestaciones de desagrado o de

De hecho, la actividad inicial de la Corte se centró en la adecuación a la Constitución de un ordenamiento jurídico con fuertes reminiscencias cuando menos predemocráticas, sino directamente fascistas. En una segunda fase la Corte pasó a examinar predominantemente la constitucionalidad de las nuevas leyes del periodo republicano, que - en función del retraso en la resolución de las causas pendientes – se encontraban ya en vigor desde hace tiempo.⁷ Casi todas las leyes entonces cuestionadas habían sido aprobadas por mayorías parlamentares anteriores, aun cuando no substancialmente distintas, a las existentes en la época a que el TC tomaba su decisión. Si este distanciamiento temporal atenuó en parte potenciales conflictos con el legislador, lo cierto es que tuvo un efecto contrario en relación con el Poder Judicial, puesto que propició que los jueces ordinarios hubieran ya elaborado una jurisprudencia consolidada

inconformismo con ciertas decisiones por parte de sus líderes, la deliberada demora para aplicar determinada sentencia o, incluso, la aprobación de nueva ley de contenido idéntico a la declarada inconstitucional, sucesos que ponen de manifiesto la relación a veces tensa entre Corte y Parlamento. En el 2001, por ejemplo, hubo un proyecto que destinaba nueve de las quince plazas del TC a agentes políticos indicados por el Parlamento y por las Regiones, en lugar de las cinco constitucionalmente previstas. La capacidad de presión de un proyecto con ese contenido puede ser mejor valorada, si se tiene en cuenta que el TC es un órgano colegiado y que sus decisiones nunca son individuales, sino del conjunto de sus miembros. Como la unanimidad es muy difícil de lograr, la práctica del TC es fundamentalmente orientada al consenso, a una convergencia lo más amplia posible sobre las materias en discusión. En tal cuadro, una mayoría oriunda de un mismo sector del poder quitaría el indispensable equilibrio de fuerzas. Sobre las tensiones entre el TC y otros poderes, ver: CERRI, A. *et al.* "I quarant'anni de la giustizia costituzionale" in *Rivista de Diritto Costituzionale*, 1997, p. 189 y sig.; CHELI, E. *Il giudice delle...* op. cit.; CHELI, E. "Giustizia Costituzionale e sfera parlamentar", in *Cuaderni Costituzionali*, 1993; CHELI, E. "La Corte costituzionale nella forma di governo italiana" in *Associazione per le ricerche e gli studi parlamentari*, Quaderno n° 1, Milano, 1991; RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano: Giuffrè, 2000; CAPPELLETTI, M. *Giudice legislatore? Milano, 1984*; CRISAFULLI, V. "La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento" in *Scritti giuridici in memoria di P. Clamandrei*, IV, Padova, 1958; ROMBOLI, R. "Italia" en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998; ELIA, L. "Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria" en *Rivista Italiana di diritto e processo penal*, 1965; GROPPI, T.; ROLLA, G. "Tra política e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale en Italia" en *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, 1999-2000; ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003; MODUGNO, F. "Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Torino: Giappichelli, 1988; RIZZA, G. "La Corte costituzionale fra política e diritto: appunti preliminari" in *Diritto e Società*, 1973.

⁷ Este retraso se produjo a pesar de que Italia carece de un recurso con las características del Recurso de Amparo español o de la *Verfassungsbeschwerde* alemana, y consiguientemente no sufre el enorme atasco que se verifica en los tribunales constitucionales de estos dos países. Una nota muy característica del sistema italiano y que no deja de tener trascendencia en la tipología de sentencias y efectos, porque la Corte italiana no tiene instrumento directo y subjetivo de protección del derecho fundamental, con una vinculación propia a cierta manera de la técnica casacional, sino que debe recurrir, aunque haya demostrado ser posible hacerlo con éxito, a la protección subjetiva del derecho fundamental a través de la vía indirecta del cuestionamiento de la ley en el ámbito prejudicial junto con los efectos *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad.

sobre muchas de las normas objeto del juicio de inconstitucionalidad. Jurisprudencia que terminó enfrentándose a la nueva orientación de la Corte y que en muchas ocasiones logró prevalecer sobre esta. De este enfrentamiento surgirá la conocida doctrina del “*diritto vivente*”, que jugará un papel importante en la definición del sistema de efectos y la tipología de las sentencias de la jurisdicción constitucional italiana.⁸ La fase actual se inicia con la eliminación del citado retraso en la resolución de las causas que se logra ante todo de 1987 a 1989, concretando una tendencia ya palpable a principios de la década. No obstante, el fin del retraso se ha logrado en gran medida gracias a las llamadas decisiones procesales, especialmente aquellas en que el Tribunal alega la discrecionalidad del legislador para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad, pero también, en menor medida, a las sentencias desestimatorias y de “*manifesta infondatezza*”.⁹ Esta estrategia de “autocontención” de la Corte fue criticada por parte de la doctrina, que entendió que conllevaba en ocasiones la permanencia en vigor de leyes que en la motivación de la sentencia eran consideradas inconstitucionales por el Tribunal. En suma, era como si este estuviera renunciando a juzgar. Los inúmeros

⁸ Es posible afirmar que el nacimiento de la doctrina del *diritto vivente* fue la principal consecuencia doctrinal del retraso en los enjuiciamientos de la *Corte Costituzionale*. Sobre este asunto, ver, entre otros: ZAGREBELSKY, G. "La dottrina del diritto vivente", en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* (Atti del Convegno, Trieste 26-28, maggio, 1986), Milano, 1988; PUGIOTTO, A. *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milan, 1994; LA PERGOLA, A., "La Giustizia Costituzionale nel 1986", en *Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956-1989)*, Roma, 1991; ELIA, L., "La Giustizia Costituzionale", *Vita Italiana*, 1985; GARDINO-CARLI, A. *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli "elementi diffusi" del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988. MODUGNO, F. y CARNEVALE, P., "Sentenza additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' y declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del 'verso' della richiesta addizione" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990. Un artículo más reciente que también hace referencia a esta doctrina es el de: GROPPPI, T. "¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces en la experiencia italiana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 107, mayo-agosto 2003.

⁹ Luciani sostiene que desde principios de la década de los ochenta la Corte actuó de forma marcadamente auto-limitativa, constatándose una disminución de sentencias estimatorias, la tendencia a las soluciones de inadmisibilidad ante la “discrecionalidad del Parlamento”, el repliegue de la Corte ante el “*diritto vivente*” y una disminución de las sentencias aditivas. Ver: LUCIANI, M. *Le decisioni processuale e la logica del giudizio costituzionale incidentale*. Padova, 1984, pp. 151 y sig. Ver también: ANZON, A. "Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, p. 3.204; ROSSI, E. "Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989" in *La Giustizia Costituzionale a una svolta. Atti del Seminario di Pisa del 5 Maggio 1990*, Torino, 1990, pp. 216 y sig.; CARLASSARE, L. "Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza" in *Strumenti e Tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (Atti del Convegno di Trieste 26-28 Maggio 1986)*, Milano, 1988, pp. 29 y 30; GARDINO-CARLI, A. *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli "elementi diffusi" del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988, p. Pp. 68 y sig; PIZZORUSSO, A. "Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa" in *Strumenti e Tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (Atti del Convegno di Trieste 26-28 Maggio 1986)*, Milano, 1988, p. 90.

“*moniti*” al legislador que solían acompañar a esas inadmisiones - frecuentemente no atendidos - ciertamente confirman esta última afirmación.¹⁰ De todas formas, la realidad es que la "puesta al día" en el trabajo de la Corte ha permitido a esta fallar sobre la constitucionalidad de leyes aprobadas por un Parlamento todavía en funciones y antes de que la jurisdicción ordinaria llegase a consolidar una jurisprudencia sobre los asuntos en discusión, determinando la mitigación de la influencia del *diritto vivente*.¹¹ Una época en que la Corte es “atraída con más fuerza a la esfera de las valoraciones políticas y necesita, consiguientemente, dotarse de instrumentos y técnicas decisorias capaces de garantizar su autonomía de juicio respecto de la expresada inmediatamente antes por el Parlamento y de fundamentar una legitimación propia en el sistema constitucional”.¹²

¹⁰ Zagrebelsky qué en su tiempo fue uno de los principales críticos a la “autocontención”, llegando a afirmar que ella se traducía en una verdadera denegación de justicia, y que se destinaba no a proteger la discrecionalidad del legislador, sino la inercia de la Corte. En: ZAGREBELSKY, G. "Processo Costituzionale" en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 659. Otras críticas pueden ser encontradas, entre otros, en: SAJA, F. "Introduzione ai lavori del Seminario" en *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989, p. 4; PUGIOTTO, A. "Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, pp. 3706 y 3707; ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. pp. 3204 y 3205; ONIDA, V.; D'AMICO, M., *I giudizi di costituzionalità delle leggi*, Torino, 1998, p. 271.

¹¹ La importancia de la eliminación del retraso es puesto de relieve por varios autores: PIZZORUSSO, V. "Prefacio" a *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1990, p. 5; ROMBOLI, R. "Introduzione al Seminario" de *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1990, pp. 9 y 10; CARAVITA, B. "Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello 'smaltimento dell'arretrato'", in *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1990, pp. 44 y 45; D'ORAZIO, G. "Il giudizio sulle leggi ed i 'nuovi' tempi del suo svolgimento (profili processuale ed istituzionali)" in *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1990, pp. 107 y sig.; PEGORARO, L. "I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistemática dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato" in *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1990, pp. 191 a 194.

¹² ROMBOLI, R. Italia... op. cit. pp. 90 y 91. Para Cheli, la historia de la Corte empieza con una fase que dura hasta principios de los años setenta, que se caracteriza por la prioridad dada a la reforma del sistema vigente y la consecuente eliminación de la legislación fascista (*promotrice di riforme*). En la segunda fase (hasta mediados de los ochenta) el énfasis se pone en la mediación de los conflictos sociales y políticos, y la busca de un equilibrio con el Poder Judicial y el Poder Político. Y la tercera es la fase de la eficiencia operativa en la cual la Corte eliminó el retraso en el enjuiciamiento de las causas. En: CHELI, E. *Il giudice...* op. cit. pp. 35 y sig. Ver también, entre otros: CHELI, E.; CARETTI, P. "Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale", in *Quaderni costituzionali*, 1984, pp. 17 y sig.; RODOTÀ, S. "La svolta 'política' della Corte Costituzionale", in *Politica del diritto*, 1970, pp. 37 y sig.; GROPPI, T. y ROLLA, G. "Tra política e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale en Italia" en *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, 1999-2000; TRANFAGLIA, N. "Per una storia politica della Corte Costituzionale", in *Dallo Stato liberale al regime fascista*.

No deja de ser un tanto contradictorio constatar que la evolución de la Corte - tanto en términos de tipología de sentencias, como de su doctrina y jurisprudencia - ha prescindido de los votos particulares en sus pronunciamientos. Como se sabe, la posibilidad de hacer constar en las sentencias las opiniones de los jueces que discrepen de la posición mayoritaria, se ha revelado un instrumento fundamental en la evolución de otros tribunales constitucionales. En Italia, en razón de una rigurosa aplicación del principio de la colegialidad, “las posiciones de los jueces y sus motivos individuales no encuentran manifestación externa y están confinados en la discusión de la sala de deliberaciones”.¹³

Desde un punto de vista formal y en relación al objeto del control, el texto constitucional no deja margen a demasiadas dudas. La Constitución prevé que la *Corte Costituzionale* decidirá las controversias relativas a la legitimidad constitucional

Milano: Feltrinelli, 1973, pp. 185 y sig; LA PERGOLA, A. *La Giustizia Costituzionale nel 1986...* op. cit.; MEZZONOTTE, C. “Il giudizio sulle leggi”. I. *Le ideologie del Costituente*. Milano: Giuffré, 1979; D'ORAZIO, G. *La genesi della Corte costituzionale*. Milano: Comunità, 1981. Sobre la historia de la Corte bajo el punto de vista de la evolución de su tipología de sentencias – especialmente la historia de la polémica sobre la eficacia de la sentencia constitucional – ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional en Italia – Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid: CEPC, 2003.

¹³ ZAGREBELSKY, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta, 2008, p. 63. Al contrario de otros países, como Estados Unidos, Alemania, España, Portugal y Brasil, el actual reglamento de la Corte no permite la *dissenting opinion* y las discusiones sobre su introducción hasta ahora han sido infructíferas. La busca de la opinión favorable del mayor número posible de jueces para decidir sobre la constitucionalidad de un precepto legal, no debería impedir a aquellos que discrepen el derecho de hacer constar sus votos en los pronunciamientos (votos particulares). Esa posibilidad, además de abrir camino para futuros cambios en los posicionamientos del TC, es decir, para la evolución de su jurisprudencia, permitiría que eventuales demandas políticas pudieran quedar registradas en la decisión, contribuyendo a la transparencia y a la buena convivencia con el Parlamento. El Presidente del TC Cesare Rupertó opinó favorablemente a la introducción del voto particular en las deliberaciones de la Corte: “*Il che potrà consentire alla Corte di discutere finalmente e, nei limiti del possibile, portare a termine, reintegrata nel suo plenum, il pacchetto di riforme regolamentari della sua organizzazione, già predisposto da gran tempo, nonché di risolvere, una buona volta, il problema della dissenting opinion, la cui sollecita discussione nello scorso anno avevo ottimisticamente preannunciata...*”. RUPERTO, C. (Presidente de la Corte Costituzionale), *La Giustizia Costituzionale nel 2001*, www.cortecostituzionale.it, Palazzo della Consulta, febbraio 2002, p. 3. Son favorables a su introducción, entre otros: CHELI, E.; CARETTI, P. *Influenza dei valori...* op. cit. p. 39; RODOTÀ, S. “L’opinione dissenziente dei giudice costituzionale”, in *Politica del diritto*, 1979, pp. 637 y sig.; ROMBOLI, R. “La tipología de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental” en *REDC*, n. 48. Madrid: CEC, Septiembre-Diciembre, 1996, pp. 47 a 49. Son contrarios, entre otros: ELIA, L. “La Corte nel quadro de poteri costituzionale” in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 523; SANDULLI, A. M. “La Corte e la politica”, in *Diritto e società*, 1983, p. 396. Ver además: BRANCA, G. *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*. Padova: Cedam, 1970; ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale*, 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988, pp. 89 a 91.

de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones.¹⁴ Por lo que, se incluye en el objeto de control a las leyes del Estado, a los decretos legislativos delegados (por la Cámara al Gobierno), a los decretos ley (emitidos por el Gobierno y sujetos a conversión en ley por la Cámara)¹⁵, y a las leyes de las Regiones y de las provincias autónomas. Las leyes de revisión constitucional y otras leyes constitucionales también son posible objeto de control. La Sentencia 1146/1988 dejó claro que "no se puede negar que esta Corte sea competente para examinar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales, incluso en relación con los principios supremos del ordenamiento constitucional. Por otra parte, si no fuera así, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo, precisamente en relación con sus normas de más valor". Como ciertos principios fundamentales no pueden ser modificados - al existir cláusulas de intangibilidad -, el TC considera indispensable el control de constitucionalidad de leyes que, al intentar modificar el contenido esencial de la Constitución, potencialmente puedan prestarse a ese fin. Con

¹⁴ Art. 134 de la *Costituzione della Repubblica italiana* y arts. 27 a 36 de de la Legge 11 marzo 1953, n. 87 – *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*.

¹⁵ Si la posibilidad de control de las leyes en sus diversas modalidades es indiscutible, el decreto-ley (Art. 77 CI) tiene características que merecen un análisis un poco más detenido. Se trata de un acto con fuerza de ley y que puede ser adoptado por el Gobierno en casos extraordinarios de urgencia y necesidad, por un plazo máximo de 60 días, durante el cual deberá ser convertido en ley, caso contrario decaerá con efecto retroactivo. Tras un periodo de cierta indefinición, con la Sentencia 29/1995 el TC ha pasado a admitir el control sobre la efectiva existencia de los presupuestos constitucionales para su emisión. La eventual inexistencia de urgencia y necesidad pasa a ser vista "tanto como un vicio de legitimidad constitucional del decreto ley, que se presume que ha sido adoptado fuera del ámbito de las posibilidades aplicativas que la Constitución prevé, como un vicio *in procedendo* de la misma ley de conversión, habiendo valorado esta última erróneamente, en este supuesto hipotético, la existencia de los presupuestos de validez que, en realidad, son inexistentes y, por tanto, convirtiendo en ley un acto que no podía ser legítimo objeto de conversión. Por ello, no existe ningún impedimento para que la Corte proceda al examen del decreto ley y/o de la ley de conversión bajo la perspectiva del respeto a los requisitos de validez constitucional relativos a la existencia previa de los presupuestos de urgencia y necesidad, desde el momento que el correlativo análisis de las Cámaras, respecto a la conversión, comporta una valoración del todo diversa y, precisamente, de tipo estrictamente político, ya fuera en relación al contenido de la decisión, ya fuera con referencia a los efectos de la misma". Además, la repetición de los decretos leyes decaídos ha pasado a ser declarada inconstitucional a partir de la Sentencia 360/1996, bajo los argumentos de que tal práctica va en contra de su naturaleza provisional, atenúa la sanción de la pérdida de eficacia, altera los caracteres de la forma de gobierno y quiebra la certeza del Derecho. No obstante, el TC puede considerarla constitucionalmente legítima, si el nuevo decreto ley se funda sobre nuevos, autónomos y extraordinarios motivos de necesidad y urgencia o si sus contenidos son sustancialmente diversos. Ver: MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. *La giustizia costituzionale*. Padova: Cedam, 2007, pp. 343 y sig. (p. 349, específicamente sobre decreto-ley); ROMBOLI, R. Italia... op. cit. pp. 95 y sig.; RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamento di giustizia costituzionale*, 3. ed. Torino: Giappichelli, 2004, pp. 78 y sig. (p. 84, específicamente sobre decreto-ley);

todo, quedan excluidos los actos normativos no subordinados directamente a la Constitución, sino a la ley, como son los reglamentos.¹⁶ El control procede tanto en relación al procedimiento legislativo (constitucionalidad formal), como en relación a su contenido (constitucionalidad material).¹⁷

Las omisiones del legislador han sido controladas por el TC, a pesar de que sus leyes procesales¹⁸ establecen textualmente que el objeto de una cuestión de inconstitucionalidad debe de ser una disposición de ley (y no su ausencia).¹⁹ Se supone que la inclusión en el ordenamiento de ciertos supuestos normativos omitidos por el legislador, a veces es una opción constitucionalmente obligada. Con esta labor la Corte ha sido a menudo acusada de actuar como un indebido legislador positivo, principalmente cuando emite ciertas decisiones conocidas por *manipulativas*, en las cuales opta por sanar de inmediato una laguna, que a veces él mismo creó. En 1999, justo tras un pronunciamiento aditivo de la Corte en materia penal, el Parlamento presentó un proyecto de reforma constitucional, que simplemente prohibía el uso de sentencias manipulativas. Un proyecto que, sin lugar a duda, se insiere en la mecánica antes comentada de influir/presionar al TC.²⁰

Como es sabido, el sistema concentrado italiano admite dos tipos de procedimientos para cuestionar la constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de

¹⁶ Los reglamentos parlamentarios, a pesar de subordinados directamente a la Constitución, son considerados *interna corporis acta* y, por consiguiente, fuera del ámbito del control de su constitucionalidad, en nombre del principio de la separación de poderes y de la independencia del Poder Legislativo, expresión directa de la soberanía popular. "Los reglamentos, en cuanto normas que desarrollan directamente la Constitución, gozan de una peculiaridad y dimensión que impide el control, si no se quiere negar que la reserva constitucional de competencia reglamentaria se encuentra entre las garantías dispuestas por la Constitución para asegurar la independencia del órgano soberano frente a cualquier otro poder" (STCs 154/1985; 444 y 445/1995; y 379/1996). Una posición que puede ser considerada discutible, pues el TC no es "otro Poder", sino el órgano que tiene la función constitucional de controlar la constitucionalidad de todas las normas, que desarrollen directamente la Constitución. MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. *La giustizia...* op. cit. pp. 361 y sig.; ROMBOLI, R. *Italia...* op. cit. pp. 95 y sig.; RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamento di giustizia...* op. cit. pp. 82 y 83.

¹⁷ Ver, entre varios otros: GUASTINI, R. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2001, pp. 97 y sig.

¹⁸ Art. 134 de la *Costituzione della Repubblica italiana* y arts. 27 a 36 de de la *Legge 11 marzo 1953, n. 87 – Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*.

¹⁹ La Corte efectivamente controla las omisiones del legislador, como se verá en el epígrafe 3 Sentencias Manipulativas.

²⁰ Ver: ZANON, N. "La Corte, il legislatore ordinario e quello della revisione, ovvero del diritto all' 'ultima parola' al cospetto delle decisione d'incostituzionalità" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, pp. 31-69 y sig.

ley: el proceso en vía principal o de acción – cuya legitimación se reserva al Estado o a las Regiones - y el denominado juicio incidental, en que la duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto, examinado por el juez ordinario, es sometida al TC (cuestión de inconstitucionalidad).²¹ El control de constitucionalidad de los demás actos normativos es competencia de los jueces ordinarios, lo que agrega un elemento difuso al sistema. De manera que la decisión sobre la constitucionalidad de las leyes es privativa del Tribunal Constitucional, a semejanza de lo que ocurre en España y Alemania, pero diferentemente de la naturaleza difusa del control estadounidense (o de los sistemas portugués y brasileño). Sin embargo, el control de leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad le sitúa “en el circuito de la justicia ordinaria, con resultados asimilables en muchos aspectos a los del sistema estadounidense.”²² De hecho, el control incidental concentrado – que es el elemento central del sistema de jurisdicción constitucional italiano²³ – obliga a la Corte a examinar la validez constitucional de una ley en el momento de su aplicación a un caso

²¹ El control en vía principal o de acción (en abstracto) atañe exclusivamente a las relaciones entre el Estado y las regiones. El Estado puede impugnar la constitucionalidad de una ley regional, de manera a impedir su entrada en vigor (tiene carácter preventivo). Y la Región tiene legitimidad para impugnar una ley estatal o de otra Región, si considera que ella invade su área de competencia. En este caso no podrá haber suspensión de aplicación de la ley (tiene carácter sucesivo). De otra parte, ningún juez - en cualquier grado de jurisdicción - podrá dejar de aplicar una ley que considere inconstitucional. Deberá, esto sí, someter la duda al TC - *ex officio* o por instancia de parte - a través de cuestión de inconstitucionalidad. Mientras no haya decisión, el proceso queda en suspenso. Su admisión por la Corte está condicionada a dos requisitos (*rapporto di pregiudizialità*): que sea "relevante" y "no manifiestamente infundada". Por "relevancia" se entiende la real necesidad que tiene el juez de aplicar el precepto legal en cuestión, para concluir el juicio ordinario que ante él se desarrolla. Con la "no manifiesta falta de fundamentación" se pretende que el juez remita a la Corte solo las cuestiones en las cuales se vislumbra una duda razonable de constitucionalidad.

Sobre distinción entre sistemas concretos y abstractos, ver, entre otros: PIZZORUSSO, A. "I sistemi di giustizia costituzionali: dai modelli alla prassi" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 521 y sig.; MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. *La giustizia...* op. cit. pp. 388 y sig. y 418 y sig.; RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamento di giustizia...* op. cit. pp. 169 y sig. y 212 y sig.; ZAGREBELSKY, G. *La giustizia...* op. cit. pp. 167 y sig.

²² ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil...* op. cit. p. 65. Sobre la justicia constitucional en el derecho comparado, ver: CAPPELLETTI, M. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968, p. 49 y sig.; GAMBINO, S. "La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada." en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, 1977.

²³ Decisiones emitidas en la vía incidental: 2009 (225 = 65,78%); 2008 (333 = 74,16%); 2007 (319 = 68,89%); 2006 (276 = 59,61%). Decisiones emitidas en la vía principal: 2009 (82 = 23,97%); 2008 (64 = 14,25%); 2007 (76 = 16,41%); 2006 (113 = 24,41%). En el 2006 por la tercera vez la vía principal sobrepasó el número de 100 decisiones (1988: 129; 2005: 101). El control incidental mantiene la predominancia numérica, pero por la primera vez desde 1956 (cuando el porcentual fue de 58,82%) fue inferior a los 60% (59,61%). La disminución en el número de decisiones en el control incidental verificado en los últimos años se muestra más evidente, si se los compara con el promedio del periodo 1983-2002, que fue de 84,14%. En: www.cortecostituzionale.it.

concreto. Es decir, a un caso que involucra partes con intereses inmediatos en el desenlace de la demanda y que también será conocido indirectamente por los magistrados del TC, que podrán avalar la consecuencia de su decisión en concreto, sin el distanciamiento propio del control concentrado abstracto. Esta circunstancia evidentemente tendrá influencia en la interpretación de la norma en cuestión y en la “gestión” de la eficacia de las sentencias, y, en consecuencia, en su tipología. Además, el control incidental con cuestiones prejudiciales de constitucionalidad, imprescindibles para que el juez ordinario pueda decidir el caso concreto, obliga a la Corte a mantener un contacto más directo y frecuente con el Poder Judicial. La no aceptación de efectos generales a las decisiones *di rigetto* de la Corte, la doctrina del *diritto vivente*, y la aparente tendencia actual hacia una justicia constitucional más dúctil son ejemplos de esa interrelación.²⁴

En este contexto, por lo tanto, la cuestión de la eficacia de las decisiones es crucial, condicionando el papel institucional de la *Corte Costituzionale* en su relación con los jueces ordinarios y con el Parlamento, y ayudando a consolidar su legitimidad ante la opinión pública. Será el grado de eficacia atribuido a la sentencia (mayor o menor vinculación, modulación de efectos temporales con atenuación de los radicales efectos *ex tunc*, interpretaciones que conserven intacto el texto de la ley) la que propiciará una relación más fluida con estos poderes, con consecuencias evidentes en la evolución y en la diversificación de la tipología de las sentencias²⁵, y esto, a pesar de

²⁴ Ver: RUFFINO, A. "Tendenze evolutive del sindacato incidentale di legittimità costituzionale fra tecniche di giudizio e clausole decisorie 'extra ordinem' (in margine alla vicenda della pubblicità dei processi tributari)" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989; CALAMANDREI, P. "Corte Costituzionale e autorità giudiziaria", en *Rivista de Diritto Processal*, 1956, p. 164; GUASTINI, R. Lezioni di teoría... pp. 233 y sig.; RUGGERI, A.; SPADARO, A. Lineamento di giustizia... op. cit. pp. 209; GARDINO-CARLI, A. Giudici e Corte costituzionale... op. cit.; GROPPI, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'?... op. cit.; PINARDI, R. *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di inconstituzionalità*, Milano, 1993; D'AMICO, M. *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di inconstituzionalità*, Milano, 1993; ESPOSITO, C. "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia", en *La Costituzione Italiana*, Padova: Saggi, 1954; ELIA, L. Divergenze e convergenze della Corte... op. cit.; CRISAFULLI, V. La Corte costituzionale tra... op. cit.; CRISAFULLI, V. "Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei confronti con l'interpretazione giudiziaria" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956; CAPPELLETTI, M. "Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956; APA, E. "Tecniche decisorie e conflitti (evitabili) tra Corti: note minime" en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XLIX, Fasc. 3, Milano: Giuffrè, Maggio-Giugno, 2004.

²⁵ CRISAFULLI, V. La Corte costituzionale tra... op. cit.; CAPPELLETTI, M. Giudice legislatore... op. cit.; MODUGNO, F., La Corte costituzionale italiana oggi in *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Tomo I, Padova, ottobre-luglio 1985; MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 37 y sig. Esta materia está también

que (o a causa de que) la Constitución italiana, de acuerdo con la lógica última del sistema concentrado de control de constitucionalidad, no prevé otro efecto que no sea la eliminación pura y simple del precepto ilegítimo del ordenamiento, con eficacia *erga omnes*.²⁶

El rechazo generalizado de la doctrina a la primera tesis de Calamandrei, que atribuía efecto de cosa juzgada a la sentencia desestimatoria, equiparando su eficacia a la de una “interpretación auténtica” de la ley (concepción paralegislativa del trabajo de la *Corte Costituzionale*)²⁷, constituyó una reafirmación de la naturaleza jurisdiccional de la justicia constitucional. Antes pues de la puesta en marcha de la Corte existía ya un consenso en la doctrina sobre la idea de que la sentencia desestimatoria del TC solo vincula en el juicio *a quo*, y con un efecto meramente preclusivo, permitiendo un replanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en procesos futuros. Una posición que fue prontamente adoptada por la Corte. Con todo, la desestimación tendría influencia *de facto* respecto a una posible falta de fundamentación

muy bien desarrollada por la doctrina alemana. Ver, entre otros: HÄBERLE, P. “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 4 y sig.; HESSE, K. “Funktionelle Grenzen des Verfassungsgerichtsbarkeit”, in *Recht als Prozess und Gefüge (Festschrift für Hans Huber zum 80 Geburtstag)*, Berna, 1981, pp. 270 y sig.; SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: C.H. Beck, 1985, pp. 271 y sig.; SIMON, H. “La jurisdicción constitucional” in BENDA et. al. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, 1996, pp. 823 y sig. El papel del TC alemán en el desarrollo de los principios constitucionales están en: HECK, L.A. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995. En Portugal, ver, por todos: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. En Brasil, entre otros: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 257 y sig. y 341 y sig.; BARROSO, L.R. *Interpretação e aplicação da constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 83; TAVARES, A.R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180 y sig.; FERREIRA FILHO, M.G. *Curso de direito constitucional*, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34; PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários à Constituição de 1946*, v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963; ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, pp. 48 y sig.

²⁶ Art. 136 - “Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma de legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.”

²⁷ CALAMANDREI, P. L’illegittimità costituzionale delle... op. cit. pp. 94 a 96. Posteriormente Calamandrei rectifica su planteamiento inicial adoptando la mera autoridad “de facto” de la sentencia desestimatoria. En: CALAMANDREI, P. “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, in *Rivista de Diritto Procesal*, 1956. Ver también: AZZARITI, G. “Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi” in *Rivista di Diritto Processuale*, 1950; CRISAFULLI, V. La Corte costituzionale tra... op. cit.; PIERANDREI, F. “Le decisioni degli organi della ‘giustizia costituzionale’ (Natura-eficacia-esecuzione)” in *Rivista Italiana Scienza Giuridica*, 1950, pp. 190 y sig.

de la duda de inconstitucionalidad que se va a elevar a la Corte.²⁸ El hecho de que las sentencias desestimatorias interpretativas tuvieran idénticos efectos, llevó la Corte a recurrir a la sentencia estimatoria interpretativa para obtener efectos generales. De otra parte, la preferencia por los fallos estimatorios tuvo que convivir con el propósito subyacente de reducir el impacto de sus pronunciamientos de inconstitucionalidad, evitando la creación de lagunas “innecesarias”, primero con las sentencias manipulativas y paulatinamente con la gestión de la ley inconstitucional. Decisiones que, por cierto, no tenían base legal, pero que - como se subrayó anteriormente - se volvieron imprescindibles dentro de un cuadro en el que la Corte necesitaba legitimarse y propiciar a la vez una buena relación con el Parlamento y con el Poder Judicial. Se inserta aquí la llamada a la “discrecionalidad del legislador” para desarrollar el precepto constitucional en ausencia de “*rime obbligate*”, circunstancia que puede comportar pronunciamientos de inadmisibilidad o de manifiesta inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad que busque obtener un fallo aditivo y pone de relieve la actitud de cautela y preocupación de la Corte para mantenerse dentro de sus límites funcionales.²⁹

En línea con las últimas posiciones de Zagrebelsky, para quién el derecho basado en reglas está gradualmente dando lugar a un derecho basado en principios y por

²⁸ LIEBMAN, E.T. "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1957, pp. 412 y sig.; ESPOSITO, C. Il controllo giurisdizionale sulla... op. cit.; CAPPELLETTI, M. "Spunti di una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967; GIONFRIDA, G. "Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale" in *Studi in onore di Ernesto Eula*. Milano, 1957, pp. 107 y sig.; CRISAFULLI, V. "Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1966; SANDULLI, A. M. *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*. Milano, 1967, pp. 54 y sig. Un análisis general sobre esta cuestión se encuentra en: MARTÍN DE LA VEGA, A. *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, pp. 146 y sig.

²⁹ Sobre “*rime obbligate*” y los límites normativos de la Corte, ver, entre otros: PIZZORUSSO, A. “Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale” in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, p. 312; COSTANZO, P. "Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989" en *La giustizia coostituzionale a una svolta*. Torino: Atti del seminario di Pisa (1990), 1990, p. 83; CERRI A. *Corso di giustizia costituzionale*. Milano, 1994, p. 96; ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. pp. 3.203 y 3.204; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 23; PUGIOTTO, A. Dottrina del diritto vivente... op. cit. p. 3706; ONIDA, V.; D'AMICO, M., I giudizio di... op. cit. pp. 271. Sobre la relación entre la discrecionalidad del legislador y el uso de los pronunciamientos procesales, ver: LUCIANI, M. Le decisione processuale e... op. cit. pp. 147-148 y 177 y sig.; ROSSI, E. Corte costituzionale e discrezionalità... op. cit. pp. 216 y sig.; CARLASSARE, L. Le decisioni d'inammissibilità... op. cit. p. 64; GARDINO-CARLI, A. Giudici e Corte costituzionale nel... op. cit. pp. 68 y sig; PIZZORUSSO, A. Il controllo sull'uso della... op. cit. p. 90.

eso más dúctil, coinciden con la evolución más reciente de la Corte.³⁰ Actualmente ya se empieza a aceptar que la jurisdicción constitucional italiana camina, en la práctica, hacia un sistema cada vez más *inter partes*. Las decisiones buscan circunscribir las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad preferentemente a las partes de la demanda concreta, “evitando el gravoso instrumento de las decisiones *erga omnes*”. En ese sentido, Groppi entiende que hay una tendencia a acrecentar el papel de los jueces ordinarios en la jurisprudencia constitucional de los últimos años, que va más allá de la aplicación de sentencias aditivas de principio o de la necesidad de interpretación conforme a la Constitución: “en ausencia de reglas creadas por el legislador, la Corte no ha declarado inconstitucional una laguna colmándola (ni siquiera con un principio), sino que ha invitado al juez a buscar él mismo el principio en el sistema constitucional”.³¹ De forma que la lógica de la evolución del sistema italiano ha ido evolucionando paulatinamente desde la inicial necesidad de legitimación de la Corte, que la llevó a dar preferencia a las sentencias impositivas de estimación - para obligar el Poder Judicial a acatarlas -, y posteriormente a las sentencias interpretativas, manipulativas y a la modulación de los efectos temporales de sus decisiones. Una vez consolidado plenamente su papel institucional, la Corte aceptó un mayor protagonismo a los jueces, permitiéndoles que decidan cuestiones constitucionales, que antes eran tenidas como de su exclusiva competencia. Es decir, de la preocupación inicial por emitir sentencias con efectos *erga omnes* con la intención de legitimarse - en una época en la cual la Corte no encontraba a los jueces ordinarios demasiado propensos a aplicar la Constitución -, ha pasado a dar preferencia a soluciones judiciales con efectos meramente *inter partes*. Un cambio que se debe también al hecho de que la aplicación de la Constitución es algo ya asimilado como natural por la jurisdicción ordinaria.³²

³⁰ Ver: ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil... op. cit. pp. 14 y sig.

³¹ GROPPi, T. "¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces en la experiencia italiana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 107, mayo-agosto 2003, p. 502.

³² Ver: ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil... op. cit. pp. 14 y sig.; GROPPi, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'?... op. cit. pp. 501 y sig. Ver también: ANZON, A. "Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del *diritto vivente*" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998; DOLSO, G. P. "Le sentenza additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive" en *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 6, Milano: Giuffrè, 1999; CELOTTO, A. "Una additiva di principio 'inutile' o 'ridondante'?" en *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 4. Milano: Giuffrè, 2005; CHIRULLI, P. "Una problematica sentenza additiva di principio della Corte costituzionale in materia di maternità delle libere professioniste." en *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 5, Milano: Giuffrè, 2005.

La acción concertada entre el TC, los jueces y el Parlamento está mostrando que es capaz de evitar, o al menos minimizar, los daños que el eventual vacío legal - generado por una sentencia - podría causar, haciendo que la Corte actúe cada vez menos aisladamente.³³ Esta atenuación de impactos se concreta en muchos casos a través de un proceso de interpretación y creación, que mantiene incólume la supremacía de la Constitución y a la vez supera la inconstitucionalidad. Las opciones políticas decididas por el legislador en el pasado más o menos próximo son respetadas al máximo, pero sus opciones futuras, restringidas. Seguramente contribuyeron a ello la "puesta al día" de las acciones pendientes ocurrida en fines de la década de los ochenta, que hicieron las leyes objeto de examen y las mayorías políticas que las aprobaban pasasen a ser más inmediatas; la desaparición de las fuerzas constituyentes y la debilitación del propio parámetro constitucional, por el paso del tiempo; y, finalmente, la indisponibilidad del gasto público y la dificultad de la tutela de los derechos sociales, por imposición de parámetros económico financieros por la Unión Europea.³⁴ El problema de las consecuencias financieras de las sentencias se plasmó en las sentencias aditivas "*di prestazione*" o "*di spesa*", que implican gastos no previstos en los presupuestos del Estado y que parecen colisionar con el art. 81.4 de la Constitución - que obliga a que las leyes que aumenten los gastos públicos indiquen los medios necesarios para afrontarlos -, aunque la doctrina mayoritaria lo considere un límite para el legislador y no para el órgano de garantía.³⁵ La necesidad de conciliar estas dos

³³ Ver: GROPPi, T. *Hacia una justicia ...* op. cit. p. 491.

³⁴ La prevalencia de las normativas comunitarias sobre las normas internas ha supuesto una cierta crisis en los sistemas de justicia constitucional europeos. La relación entre el sistema italiano y el europeo puede ser visto, entre otros, en: CERRI, A. "Pronunce ad efficacia differita della Corte di Giustizia delle Comunità europee e nostro ordinamento" in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1988; GUASTINI, R. *Lezioni di teoria...* pp. 65 a 68; CAPPELLETTI, M. "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo" en *REDC*, 1982; SORRENTINO, F. *Profili costituzionali dell'integrazioni comunitaria*. Torino, 1994; VECHIO, A.M. del. *I problemi posti nell'ordinamento italiano della attuazione delle normative comunitarie e segnatamente delle direttive*. Milano, 1979. En la literatura española, vid, por todos, ALONSO GARCÍA, R. *Justicia Constitucional en la Unión Europea*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005 o "Los Tribunales Constitucionales ante el derecho comunitario" en *Estudios de Derecho Judicial*, 2006, pp. 185 a 202; o "Los Tribunales Constitucionales ante el derecho comunitario" en *Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2006, pp. 185-202.

³⁵ Art. 81.4 CI: "*Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte.*" Sobre las sentencias "*di spesa*" ver, entre muchos otros: GROPPi, T., "La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale", in COSTANZO, P., *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino: Giappichelli, 1996, pp. 269 a 284; ZAGREBELSKY, G. "Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali" in CORTE COSTITUZIONALE (ed.). *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*. Milano: Giuffrè. 1993; GROSSO, E. *Sentenze costituzionale di spesa "che non*

posiciones tuvo como consecuencia más inmediata la casi exigencia de reconocer a la Corte también el poder de modular en el tiempo los efectos de esas sentencias, incrementando el uso de sentencias bilaterales.³⁶

Como sintetiza Romboli, la *Corte Costituzionale* desempeña su cada vez más compleja actividad como juez de las leyes moviéndose entre dos polos: "el primero, representado, en cierto modo, por el juez *a quo*; el segundo, en cambio, por el legislador. Cuando la Corte establece un diálogo más estrecho con la autoridad judicial y se muestra más sensible a los intereses expresados por la misma – que suelen coincidir con los intereses presentes en los procesos principales –, lo que se manifiesta es, esencialmente, el carácter jurisdiccional del proceso constitucional; mientras que cuando se muestra más atenta a las exigencias del legislador, termina inevitablemente por aumentar y evidenciar el carácter político implícito en el proceso mismo".³⁷ Ese diálogo directo con la autoridad judicial e indirecto con las partes del proceso principal, así como con el legislador, determina en gran medida la forma y el contenido de las sentencias de la Corte, siendo otro intento de buscar alternativas a la excesiva rigidez de

costino". Torino: Giappichelli, 1991; PIZZORUSSO, A. "Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi" in *Rivista di Diritto Processale*, 1990, n. 1, pp. 254 y sig.; ELIA, L. "Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale" in *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, ottobre-luglio 1985; SORACE, D. "Note in tema di sentenze de la Corte Costituzionale che importano nuove o maggiore spese e articolo 81 C." in *Stato e Economia. Scritti in ricordo de D. Serrani*. Milano, 1984; SORACE, D.; TORRICELLI, A. "La tutela degli interessi tra Corte Costituzionale e Parlamento: le sentenze della Corte che comportano nuove o maggiore spese" in CAMMELLI, M. (coord.) *Le istituzioni nelle recessioni*. Bologna: Il Mulino, 1984, p. 358; NIGRO, M. "Le giurisdizione sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali" in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, pp. 453 a 455.

³⁶ Sobre modulación de sentencias *di spesa* y otras, ver: DONATI, F. "Sentenze della Corte costituzionale e vincolo di copertura finanziaria ex art. 81 Cost." in *Giur. Cost.*, 1989, p. 1554; GROSSO, E. "La sentenza N. 88 del 1992: un'alternativa alle 'additive di prestazione?'" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, p. 2382; PINARDI, R. La Corte, i giudici e il legislatore... op. cit.; LUCIANI, M. "La modulazioni degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni noventa" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989; ZAGREBELSKY, G. "Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989; D'ORAZIO, G. "Una vacatio per le sentenze costituzionali?" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, pp. 1147 y sig. Sobre sentencias aditivas en general, ver: ANZON, A. "Un'additiva di principio con termine per il legislatore" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, p. 890; PINELLI, C. "Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di additiva di principio" en *Giurisprudenza Costituzionale*, Torino: Giappichelli, 1993, p. 1792; DOLSO, P. "Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 6, Milano: Giuffrè, 1999, pp. 4111 y sig.; PIZZORUSSO, A. "Corte Costituzionale: un nuovo 'tipo' di sentenza?" in *Corriere Giur.*, 1993, p. 773.

³⁷ ROMBOLI, R. Italia... op. cit. p. 93.

la previsión constitucional, que contempla exclusivamente la anulación de preceptos con efectos *erga omnes* y *ex tunc*.

La tipología de sentencias que se analizará a continuación, pretende subrayar la premisa de que la tarea principal del TC en esos años ha sido siempre la de intentar adaptarse y superar la parquedad normativa para lograr cumplir con más eficacia su función. Como recuerda con propiedad La Pergola, la sentencia interpretativa en su versión estimatoria se impuso en Italia “porque, si se adoptase una sentencia desestimatoria, los efectos vinculantes del pronunciamiento no se encontrarían previstos en ningún texto normativo, y el resultado de la decisión adoptada resultaría incierto”.³⁸ Esta realidad, que en los primeros tiempos de la Corte unió a la mayoría de la doctrina en contra de la primera tesis de Calamandrei respecto a la sentencia desestimatoria como interpretación auténtica de la ley, ilustra bien la influencia de la falta de norma reguladora sobre la tipología de sentencias. El permanente diálogo entre la doctrina y la Corte, en parte gracias a que buena parte de los autores italianos más importantes acabaron ocupando una silla entre los magistrados del TC, fue otro factor relevante para el enriquecimiento de la tipología. Las sentencias aquí analizadas son, sin lugar a dudas, las más representativas de la rica tipología italiana, aunque no se ignora la existencia de algunas variantes. Para un análisis más claro del rico fenómeno tipológico de los pronunciamientos del Tribunal Italiano, las decisiones de la Corte se clasificarán en sentencias simples, que en principio son las que más atienen al art. 136 CI; sentencias interpretativas, que abarcan las interpretativas *stricto sensu* - en las cuales la Corte elige una interpretación constitucional o inconstitucional entre las deducibles del precepto cuestionado - y las manipulativas aditivas, reductoras y sustitutivas, en que la Corte manipula los preceptos legales para adecuarlos de inmediato a la Constitución; y, finalmente, la modulación de los efectos temporales de las sentencias hacia el pasado - con las sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida - y hacia el futuro, con las admoniciones al legislador y las sentencias aditivas de principio, en las cuales el diálogo con los poderes judicial y legislativo se muestra más visible.

³⁸ LA PERGOLA, A. “Prólogo” en MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 19.

1. LAS SENTENCIAS SIMPLES.

La Corte adopta una serie de decisiones en su labor de control de la constitucionalidad de las leyes que son imprescindibles en el desarrollo de sus actividades y que, a pesar de su apariencia de actos meramente rutinarios, pueden encubrir alguna opción decisoria importante. Así los diversos autos interlocutorios y las decisiones meramente procesales (reenvío de las actuaciones al juez *a quo*, resoluciones de inadmisibilidad y de manifiesta inadmisibilidad), en las cuales el TC invoca razones de orden procedimental para abstenerse de verificar el fondo de la cuestión.³⁹ El “reenvío” es una creación enteramente jurisprudencial, que permite a la Corte devolver las actuaciones al juez *a quo* para que supla omisiones o tome en consideración nuevos hechos, desde una norma legal recién entrada en vigor a la irrelevancia sobrevenida de la cuestión producida por hechos posteriores a la elevación. Siempre que la Corte considere que no puede acceder a examinar el fondo de la cuestión, la Corte utiliza las resoluciones de “inadmisibilidad” o de “manifiesta inadmisibilidad”, que tienen pues un carácter residual.⁴⁰ La Corte las ha utilizado frecuentemente para inadmitir cuestiones de

³⁹ Ver: RUGGERI, A.; SPADARO, A. Lineamento di giustizia... op. cit. pp. 126 y sig.; RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. Corte Costituzionale e Parlamento... op. cit. pp. 179 y sig. MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. La giustizia... op. cit. pp. 430 y 431.

⁴⁰ Son causas de inadmisión, la falta de condiciones previstas en la ley para la apertura del proceso, la irrelevancia de la excepción para el proceso *a quo*, la disposición impugnada ya haber sido declarada anteriormente inconstitucional por la Corte, etc. Una cuestión es manifiestamente inadmisibile cuando no contempla algún presupuesto indispensable a la apertura del proceso, como en el intento de impugnar un acto sin fuerza de ley, en la falta de legitimación del juez o en el pedido de sentencia sobre una materia reservada a la exclusiva

inconstitucionalidad que buscan un fallo aditivo, reconociendo que el desarrollo del precepto constitucional en cuestión se encuentra en el ámbito de la llamada discrecionalidad del legislador, por ausencia de “*rime obbligate*”. Además, decisiones semejantes a esta contribuyeron enormemente para la “puesta al día” en los trabajos de la Corte ocurrida en fines de la década de los ochenta, y que fue fundamental para la disminución de la influencia de la doctrina del *diritto vivente* en sus pronunciamientos. Es decir, la inadmisión no siempre obedece a motivos objetivamente descritos en los reglamentos procedimentales, pudiendo prestarse para remediar procesalmente cuestiones más subjetivas, como las relacionadas a la discrecionalidad del legislador, e, incluso, con el cuestionable objetivo de aliviar la Corte del exceso de procesos.⁴¹

Sin ignorar la trascendencia que estos pronunciamientos procesales puedan llegar a tener, la verdad es que las decisiones que deciden sobre el fondo de la cuestión tienen un plus de importancia, porque son las únicas que efectivamente contienen un fallo sobre la constitucionalidad del precepto legal cuestionado (o sobre una o más de sus normas, en el caso de las sentencias interpretativas o manipulativas). Por imposición constitucional, la sentencia estimatoria declara la inconstitucionalidad del precepto legal, con efectos *erga omnes* y, normalmente, *ex tunc*, modificando por

discreción del legislador, una fuente permanente de polémica, por la obvia subjetividad que entraña tal concepto.

⁴¹ Las resoluciones de manifiesta falta de fundamentación (a semejanza de las de manifiesta inadmisibilidad) han sido comúnmente empleadas para inadmitir una cuestión de fácil solución. Sin embargo, la falta de un criterio claro del TC para afirmar en qué situación deben emitirse - principalmente cuando la materia abordada en la cuestión de inconstitucionalidad nunca había sido examinada antes por el Alto Tribunal -, ha sido criticada por autores como Romboli, para quien esas decisiones parecen tener más de pragmatismo que de razones jurídicas. "El hecho de que en los últimos años la Corte haya recurrido a la decisión de manifiesta falta de fundamentación, por inconsistencia de la cuestión apreciable *ictu oculi*, en un número de casos ocho veces superior a aquellos por los cuales había sido aplicada en los treinta años anteriores, muestra con evidencia cómo la Corte ha gestionado el concepto de manifiesta falta de fundamentación de una manera algo libre, en un primer momento con el fin de alcanzar el fin propuesto de la eliminación de las cuestiones pendientes y posteriormente como técnica decisoria ya definitivamente incorporada al propio instrumental." (ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones... op. cit. pp. 61 y 62). Todo eso significa que el TC ha ampliado significativamente el sentido de la resolución de manifiesta falta de fundamentación - que está prevista en ley -, para abarcar cuestiones que en los años anteriores habrían sido calificadas tan sólo de infundadas. Ver también: ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. p. 3.203; CARLASSARE, L. Le decisioni d'inammissibilità... p. 64.; CERRI A. Corso di giustizia... op. cit. p. 96; COSTANZO, P. Riflessioni interlocutorie sul... op. cit. p. 83; GARDINO-CARLI, A. Giudici e Corte costituzionale nel... op. cit. pp. 68 y sig.; LUCIANI, M. *Le decisioni processuale e...* pp. 147-148 y 177 y sig.; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 23; ONIDA, V.; D'AMICO, M., Il giudizio di... op. cit. pp. 271; PIZZORUSSO, A. Il controllo sull'uso della... op. cit. p. 90; PUGIOTTO, A. Dottrina del diritto vivente... op. cit. p. 3706; ROSSI, E. Corte costituzionale e discrezionalità... op. cit. pp. 216 y sig.

consiguiente la ley y el propio ordenamiento jurídico. Es la anulación, con eficacia general, y la vinculación a todo poder público, que no podrá aplicar la ley inconstitucional (art. 136 CI y art. 30 de la Ley 87/1953), lo que constituye dogmáticamente la sentencia estimatoria.⁴² La declaración de inconstitucionalidad entra en vigor a partir del día siguiente al de su publicación en la *Gazzeta Ufficiale*, lo que significa que los preceptos anulados ya no podrán ser aplicados.⁴³

Esto mismo no sucede, sin embargo, con la sentencia desestimatoria, tal como señaló Zagrebelsky tempranamente. Y ello porque "mientras la sentencia estimatoria se pronuncia sobre la cuestión y la ley, declarando fundada la primera e inconstitucional la segunda, la sentencia desestimatoria se pronuncia solamente sobre la

⁴² Otro efecto importante de la sentencia estimatoria es la ilegitimidad constitucional derivada o consecuencial, que está prevista en el art. 27, segunda parte, de la Ley 87/1953. Determina que cuando el TC declara la inconstitucionalidad de un precepto "declara, además, cuáles son las otras disposiciones legislativas, cuya ilegitimidad se deriva como consecuencia de la decisión adoptada". Es, por tanto, una excepción al principio de la congruencia y tiene por objetivo no consentir que se quede en vigor una ley, cuando otra, que constituye su presupuesto y fundamento, haya sido declarada inconstitucional. Sus límites parecen bastante claros, con todo el TC ha sido acusado de utilizar habilitación legal de forma más amplia, provocando críticas de la doctrina, que alerta para la asunción subrepticia de funciones legislativas por parte de la Corte y consiguiente actuación *contra legem*. (Ver: ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones ... op. cit. p. 69; también en MALFATTI, E.; PANIZZA, S.; ROMBOLI, R. *Giustizia Costituzionale*, Torino: Giappichelli, 2003, p. 139). Romboli destacó siete grupos de hipótesis utilizadas por la Corte para extender a otras disposiciones la declaración de inconstitucionalidad (ilegitimidad derivada): 1) las otras disposiciones junto a la/s impugnada/s coinciden en producir un efecto considerado inconstitucional; 2) las otras disposiciones contienen la misma, idéntica expresión considerada inconstitucional, o bien hacen referencia expresa a la disposición impugnada, o incluso regulan nuevamente la misma materia, reproduciendo de manera idéntica la disposición declarada inconstitucional; 3) la única razón de ser de las disposiciones es la de dictar una regulación instrumental para la regla sustancial considerada contradictoria a la Constitución; 4) la supervivencia de determinadas disposiciones plantearía una contradicción insuperable con la resolución de estimación y, sobre todo, con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar; 5) por encontrar en la nueva regulación, que había derogado la impugnada, los mismos vicios encontrados en la reglamentación precedente; 6) la Corte hace efectiva su decisión, extendiéndola a la regulación instrumental a través de decisiones de tipo aditivo; 7) la Corte hace referencia en el auto de remisión a una disposición diferente de la impugnada por el juez *a quo*, por considerarla análoga o semejante a la impugnada. (Ver: ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones ... op. cit. pp. 68-69; MALFATTI, E.; PANIZZA, S.; ROMBOLI, R. *Giustizia...* op. cit. pp. 138-139). De cualquier manera, aunque esas críticas puedan tener fundamento, la realidad es que la declaración de inconstitucionalidad derivada o consecuencial no ha sido demasiado utilizada por la Corte. En los años 2003, 2004 y 2006 han sido emitidas solo una vez en cada año (respectivamente las sentencias 169/2003, 24/2004 y 190/2006) y en el 2005, ninguna. Sin embargo, en los últimos tres años hubo un pequeño incremento: 2007 (sentencias 25, 170, 245, 270, 330 y 348); 2008 (sentencias 335, 350 y 442); 2009 (sentencias 273 y 333). Ver: *Relazioni* de los Presidentes de la *Corte Costituzionale* Zagrebelsky (2003), Onida (2004), Marini (2005), Bile (2006 y 2007), Flick (2008) y Amirante (2009). En: www.cortecostituzionale.it.

⁴³ Art. 136 de la Constitución. Hay matizaciones en relación a los efectos temporales. Vid más adelante el epígrafe 4. Modulación de los efectos temporales de las sentencias.

cuestión declarándola infundada".⁴⁴ Las consecuencias en términos de efectos son notables, puesto que "mientras la decisión de inconstitucionalidad es una decisión sin retorno, el pronunciamiento desestimatorio no impide que la misma cuestión sea elevada de nuevo en el futuro, y quizás que la misma Corte, en otras circunstancias, declare esta vez la inconstitucionalidad de la ley."⁴⁵ En otras palabras, al contrario de la sentencia estimatoria, la desestimatoria no tiene efectos generales y su vinculación está limitada a las partes del proceso *a quo*, pues el sistema italiano no admite una declaración de constitucionalidad. Aunque, como se verá a continuación, la sentencia *di rigetto* puede servir de precedente para que los jueces no admitan la elevación de la cuestión constitucionalidad, alegando manifiesta falta de fundamentación.⁴⁶

Estas conclusiones sobre los efectos de la sentencia desestimatoria son aceptadas de forma consensual, desde hace mucho tiempo, tanto por la literatura jurídica italiana, como por la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, a la vista de que la Constitución y las leyes ordinarias no preveían (y no prevén) nada respecto a los efectos

⁴⁴ ZAGREBELSKY, G. La giustizia... op. cit. p. 255.

⁴⁵ ZAGREBELSKY, G. Processo... op. cit. p. 627. Ver también: VIGNUDELLI, A. *La Corte delle leggi, Osservazioni sulla cosiddetta efficacia "normativa" delle sentenze della Corte Costituzionale*. Rimini: Maggioli, 1988, 2. ristampa 1996, pp. 101 a 103. En Portugal igualmente se niega la eficacia general a la decisión desestimatoria. Ver: CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional*... p. 1010; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição*... op. cit. p. 62; ALMEIDA, L.N. de, *A justiça constitucional*... op. cit. p. 134; MIRANDA, J. *Manual de...*, VI, p. 71; CANAS, V. *Introdução às decisões*... op. cit. p. 88. En Alemania la posibilidad de replantamiento de la inconstitucionalidad de la cuestión se centra sobre todo en la identidad efectiva entre la anterior y la nueva, y en los límites temporales de esta identidad. Ver: SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht*... op. cit. pp. 273, 274 y nota 7; MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C.H. Beck, 1992, "Art. 31", n. 12; WISCHERMANN, N. *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, pp. 19 a 38; KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed. Berlin, 1976, p. 295 y sig.; LANGE, K. "Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht" in *Juristische Schulung*, 1978. En Brasil, en el ámbito del control abstracto, tanto la decisión de inconstitucionalidad, como la de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes* y vinculantes, y su eventual no cumplimiento permite Reclamación al STF. La decisión de constitucionalidad, sin embargo, no impide una futura acción directa de inconstitucionalidad, que cuestione los mismos preceptos. Clèmerson Clève explica que "la decisión de rechazo o de pronuncia de inconstitucionalidad debe ser respetada por el propio STF y por los demás órganos integrantes del Poder Judicial, en función de la cosa juzgada (oponible *erga omnes*) que a ella adhiere." No obstante, "la alteración de las circunstancias fácticas puede autorizar el cambio de la comprensión constitucional de la materia". En: CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 240. Ver también: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 342 y 343; VELOSO, Z. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 284; ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças*... op. cit. pp. 55 y sig.

⁴⁶ Ver: ONIDA, V.; D'AMICO, M. *Il giudizio di...* op. cit.; ZAGREBELSKY, G. *Processo*... op. cit.; ZAGREBELSKY, G. *La giustizia*... op. cit.

de estos fallos, cupo a la doctrina y a la propia Corte definir sus contornos.⁴⁷ Y la virtual unanimidad a que se llegó respecto al valor de la sentencia desestimatoria sólo fue lograda tras un intenso y a la vez fructífero debate, que posiblemente esté en el origen del posterior desarrollo de la tipología de la Corte y de su riqueza.⁴⁸ La polémica doctrinal comenzó tras la entrada en vigor de la nueva Constitución y antes de entrar en funcionamiento la *Corte Costituzionale*, y se caracterizó como una reacción de la generalidad de los autores a la tesis inicial de Calamandrei (1950), que defendía el carácter paralegislativo del trabajo del TC para justificar la concesión de efectos *erga omnes* a la sentencia que desestima la cuestión de inconstitucionalidad. Como el sistema italiano es incidental a un proceso concreto, pero abstracto respecto a su resolución, Calamandrei concluyó que la decisión de la Corte afecta a la ley únicamente en su contenido normativo. Es decir, la Corte ejercita un poder fuera del ámbito de la jurisdicción. Por ello, sostuvo que el juez suspende el proceso ordinario y eleva la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC fundamentalmente en razón de la función y no tanto por ser incompetente en razón de la materia. La Corte decidirá tan solo sobre la eficacia de la ley a aplicar en el proceso suspendido y la decisión abstracta que esta venga a tomar tendrá la eficacia de un acto legislativo, es decir, *erga omnes*. La aclaración de la duda de inconstitucionalidad por el TC valdría como si fuera “una declaración que emanase del propio poder constituyente.” De ahí que el fallo desestimatorio tendrá la misma eficacia de una interpretación auténtica y cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto legal no podrán ser propuestas de nuevo

⁴⁷ ESPOSITO, C. Il controllo giurisdizionale sulla... op. cit. p. 269.

⁴⁸ Martín de la Vega apunta dos razones fundamentales que justifican que se replantee la vieja discusión en torno al rechazo a la concesión de efectos *erga omnes* para la sentencia desestimatoria de la *Corte Costituzionale*. De un lado, porque se encuentran en la literatura jurídica un número significativo de autores que “han venido cuestionando desde diversas perspectivas teóricas esta reducción del efecto jurídico de la sentencia desestimatoria al juicio del que surgió la cuestión” (Lignola, Favara, Redenti, Giannini, Zingalli, Rugeri, y otros). De otro, porque “resulta innegable que la definición de la eficacia de la sentencia desestimatoria pura frente al juez *a quo* y frente al resto de la magistratura, iba a incidir de manera fundamental en la solución que se diera al fenómeno de las sentencias interpretativas, que adoptarán inicialmente la forma de un pronunciamiento desestimatorio. El esquematismo sentencia estimatoria/desestimatoria, dispositivo/motivación y vinculación jurídica/mero precedente, que tan bien ejemplifica un autor como Pizzorusso, comenzará así a marcar buena parte del discurso dogmático italiano ante la cada vez más variada tipología de instrumentos decisorios utilizados por la Corte”. En: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 41. Ver también, entre otros: RUGGERI, A. *Storia di un "falso". L'efficacia "inter partes" delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*. Milano, 1990; PIZZORUSSO, A. "Effetto di 'giudicato' ed effetto di 'precedente' delle sentenze della Corte costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966; PIZZORUSSO, A. "La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o consigli?" in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963.

en otros procesos. Por otra parte, el fallo estimatorio tendrá la misma eficacia de una ley de abrogación (*ex nunc*), no afectando siquiera al caso propuesto por el juez *a quo*.⁴⁹

Todas estas tesis de Calamandrei sobre la naturaleza, el valor y la eficacia *erga omnes* de la sentencia desestimatoria fueron ampliamente refutadas por la doctrina y es precisamente en esa reacción en contra en la que reside su importancia para la consolidación de la jurisdicción constitucional italiana. Los primeros representantes de esta corriente doctrinal mayoritaria fueron Azzariti⁵⁰ y Garbagnati⁵¹ en el mismo año de 1950. Azzariti - que tras la dimisión de Nicola en 1957 suele considerarse el primer presidente efectivo de la Corte - entendía básicamente que el art. 136 de la Constitución tan solo prevé efectos generales a las sentencias de la Corte que estimen la cuestión de inconstitucionalidad. Estas, además de tener eficacia *erga omnes*, implican que el juez *a quo* no podrá aplicar la ley al caso concreto que se encontraba suspendido y deberá decidirlo. Es precisamente esta conexión entre la decisión de la Corte y el juicio *a quo*, la que es utilizada por Azzariti para defender la naturaleza jurisdiccional del trabajo del TC y, en consecuencia, rechazar el efecto *ex nunc* defendido por la concepción paralegislativa de Calamandrei. Por otra parte, a la sentencia desestimatoria ni siquiera se le pueden aplicar analógicamente los efectos generales previstos en el dicho art. 136 para la decisión estimatoria, una vez que tal eficacia es extraña al derecho procesal. Por ello, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad solo podrá reflejarse en el juicio dentro del que surgió la cuestión. Y como la sentencia desestimatoria tan solo niega la existencia de la inconstitucionalidad cuestionada, pero no excluye que el precepto pueda ser inconstitucional en otras situaciones o por otros motivos, el mismo precepto podrá ser cuestionado en otros procesos. Esta posibilidad no supone un problema para Azzariti, quien advierte que el juez que examine la nueva cuestión deberá, en principio, tomar en

⁴⁹ CALAMANDREI, P. L'illegittimità costituzionale ... op. cit. pp. 63, 75, 84 y 94 a 96.

⁵⁰ AZZARITI, G. "Il sindacato di costituzionalità delle leggi" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1950; AZZARITI, G. Gli effetti delle pronunzie... op. cit.

⁵¹ GARBAGNATI, E. "Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale" in *Scritti Giuridice in Onore di F. Carnelutti*. Padova, 1950.

consideración los precedentes de la Corte para declarar la manifiesta *infondatezza* de la cuestión y por consiguiente no remitirla a la Corte.⁵²

Con opiniones en la misma dirección, Garbagnati señala que la participación de la Corte, tras recibir la cuestión remitida por el juez *a quo*, es meramente procesal. El TC se limita a sustituir al juez ordinario en la declaración jurisdiccional incidental de inconstitucionalidad o de “constitucionalidad” de la ley impugnada en el caso concreto. Dada la naturaleza jurisdiccional de la Corte, no sería posible equiparar la sentencia estimatoria – que tiene efectos generales por determinación del art. 136 de la Constitución - con la desestimatoria, que tan sólo podrá tener eficacia dentro de los límites del proceso concreto. Además, considera que la ley erróneamente declarada inconstitucional puede ser fácilmente subsanada con su reproducción por el Parlamento⁵³, lo que podría no suceder con una sentencia

⁵² AZZARITI, G. Il sindacato di costituzionalità... op. cit. pp. 97 y sig.; AZZARITI, G. Gli effetti delle pronunzie... op. cit. pp. 192 y sig.

⁵³ Este argumento fue utilizado por Garbagnati en 1950, cuando la Corte todavía no existía. En: GARBAGNATI, E. Sull'efficacia delle decisioni della... op. cit. pp. 210 y 211. Posteriormente, la jurisprudencia del TC se consolidó en el sentido de imponer inúmeros límites a la reproducción de la ley inconstitucional por el legislador. Martín de la Vega advierte que “la expresión ‘*giudicato costituzionale*’ es entendida por la literatura jurídica italiana como referida a la prohibición de repetición de normas inconstitucionales por parte del legislador, y no como un efecto de la decisión de la Corte en el juicio inicial.” En: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 38 a 40. Los primeros que la utilizaron fueron: CHELI, E. “Legge retroattiva di sanatoria e giudicato costituzionale” in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963; BARBERA, A. “Giudicato costituzionale e poteri del legislatore” in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963. Discutieron esta cuestión, entre otros: RUGGERI, A. *Le attività “conseguenziale” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*. Milano, 1988; ZAGREBELSKY, G. “Processo Costituzionale” in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987; CRISAFULLI, V. “Riproduzione o ‘conferma’ di norme dichiarate incostituzionali” in *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1966. Ver las tensiones entre el legislador y la Corte en: D'ORAZIO, G. “Le sentenze costituzionali additive tra exaltazione e contestazione” in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, p. 61; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 16. Las tensiones entre la Corte y el legislador pueden ser encontradas en lengua española en: ROMBOLI, R. Italia... op. cit. pp. 89 a 135. En Alemania la “prohibición de repetición” ha provocado alguna polémica en el propio *Bundesverfassungsgericht*. Desde 1951 la sala segunda siempre había sido favorable a la prohibición, tanto que confirmó esta posición en 1985. No obstante, la sala primera cambió esta orientación en 1987, estableciendo que el legislador tenía derecho a repetir el contenido de la ley, cuya inconstitucionalidad había sido declarada por el TC, bajo el argumento de que el Parlamento se subordina exclusivamente al orden constitucional. Schlaich, entre otros, defiende la posición de la sala primera. En: SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1994, pp. 275 y 276. La posición de la sala segunda es defendida, entre otros, por MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*... op. cit. En Portugal, como veremos adelante, Ruy Medeiros defiende no solo la reproducción por el legislador de preceptos idénticos a los declarados inconstitucionales por el TC, sino que entiende que el Parlamento puede convalidar retroactivamente los actos practicados al abrigo de esos preceptos o alterar los efectos de la decisión. En: MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, pp. 819 y sig. También apoyan la no vinculación del legislador,

desestimatoria con eficacia vinculante *erga omnes*, una vez que muy probablemente el Parlamento no estaría estimulado para abrogarla. Por ello, la sentencia estimatoria sería la mejor manera de rectificar una sentencia desestimatoria errónea.⁵⁴ La reproponibilidad se justificaría además por las serias consecuencias del error de la Corte, que vulnerarían el derecho de defensa de los ciudadanos y los principios de igualdad y seguridad jurídica. Para Garbagnati, “una cosa es que, por un error de la Corte, ningún ciudadano pueda nunca más invocar a su favor la aplicación de una ley justa, y otra que, por un error de la Corte, todo ciudadano deba sufrir de forma definitiva la aplicación de una ley injusta”.⁵⁵

La crítica más contundente a la existencia de cualquier tipo de vinculación a la sentencia desestimatoria, incluso en relación al juez *a quo*⁵⁶, fue probablemente la de Cappeletti.⁵⁷ El maestro italiano destaca que el derecho positivo italiano no contempla la eficacia *erga omnes* de la sentencia desestimatoria y, si la contemplara, tal norma sería inconstitucional, por sustraer una ley al control de constitucionalidad y así atentar contra el carácter rígido de la Constitución, además de impedir la evolución del derecho, que sabidamente es susceptible de mutaciones. Concluye, afirmando que ni siquiera los que defienden la concepción de una Corte

pero con matices: ALMEIDA, L.N. de. "Portugal" en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 244. OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, pp. 144 y 145. La mayoría de la doctrina portuguesa, sin embargo, no apoya la posibilidad de repetición por el legislador. Entre otros: CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3. ed. Coimbra, 1993, p. 1045; CANAS, V. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 118; MIRANDA, J. "Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade" in *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. En Brasil, como veremos adelante, existe consenso favorable a que el legislador pueda repetir el contenido de la ley declarada inconstitucional por el STF (Tribunal Supremo Federal). Ver, entre otros: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata da... op. cit. p. 241; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado de constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 335. La jurisprudencia del STF también es favorable a la repetición. Ver: ADI 907, Ilmar Galvão DJU 03.12.1993; Reclamación 2.617-AgR, Cezar Peluso, j. 23/02/2005, DJ 20/05/2005.

⁵⁴ GARBAGNATI, E. Sull'efficacia delle decisioni della... op. cit. pp. 210 y 211. Este argumento fue criticado por RUGGERI, A. Storia di un "falso"... op. cit. pp. 41 y sig. Ver también: PIERANDREI, F. Le decisioni degli organi... op. cit. pp. 190 y 191.

⁵⁵ GARBAGNATI, E. Sull'efficacia delle decisioni della... op. cit. p. 205.

⁵⁶ La tesis de ausencia de vinculación del juez *a quo* a la sentencia desestimatoria fue rechazada por la jurisprudencia y por la mayor parte de la doctrina.

⁵⁷ La crítica partió de algunas observaciones de Esposito en su intervención en el Congreso Internacional de Derecho Procesal de Florencia, 1950. (ESPOSITO, C. Il controllo giurisdizionale sulla... op. cit.)

como legislador negativo pueden concordar con la tesis de que las sentencias *di rigetto* supongan una validación de la ley, porque incidirían en contradicción.⁵⁸

Cuando el TC italiano comenzó su labor en 1956, en la literatura jurídica italiana ya se había consolidado la concepción de la sentencia desestimatoria como vinculante únicamente para el juez *a quo*. En aquél año el propio Calamandrei rectificó su posición en relación a los efectos generales, pasando a aceptar que el art. 136 CI atribuye efectos *erga omnes* exclusivamente a las decisiones de la Corte que declaren la inconstitucionalidad de la ley. Acogió asimismo la teoría de Azzariti sobre la eficacia *di fatto* de la sentencia desestimatoria, admitiendo que las decisiones que reconocen tan sólo la legitimidad del precepto impugnado no son capaces de impedir nueva cuestión versando sobre el mismo asunto.⁵⁹ Aunque no abandonase su teoría a favor de la naturaleza paralegislativa de la justicia constitucional, Calamandrei pasa a considerar – desde la perspectiva práctica de la relación entre “el portero de la constitucionalidad de la ley” (el juez ordinario) y la Corte – que el hecho de no existir un plazo límite para la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad hace que no sea posible descartar que la misma ley pueda ser impugnada en otros procesos por vicios distintos de aquel por el cual lo fue la primera vez.⁶⁰ Constató, además, que el art. 30 de la ley n° 87/1953 preveía la publicación íntegra y oficial exclusivamente de las sentencias estimatorias. Todo esto influirá en su aceptación de que, tras la configuración definitiva del sistema de jurisdicción constitucional, los efectos del fallo estimatorio ya no pueden ser equiparados a los de la derogación (*ex nunc*), sino a los de la declaración de nulidad (*ex tunc*), hecho que fragiliza enormemente su teoría de la actividad paralegislativa de la Corte, por imposibilitar el mantenimiento del paralelismo entre sentencia estimatoria y desestimatoria.⁶¹

⁵⁸ Sobre este asunto: CAPPELLETTI, M., Pronunce di rigetto nel processo... op. cit. pp. 155 y sig.; "Effetti preclusivi nel processo civile delle pronunce costituzionali" in *Rivista Ius*, 1958, p. 510, nota 49; y "Sentenze condizionali della Corte Costituzionale (a proposito della interpretazione delle leggi nel processo costituzionale)" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1957, p. 8.

⁵⁹ CALAMANDREI, P. Corte Costituzionale e autorità... op. cit. p. 164. Ver también: CRISAFULLI, V. La Corte costituzionale tra... op. cit.; PIERANDREI, F. Le decisioni degli organi... op. cit. pp. 190 y sig.

⁶⁰ Ver: CALAMANDREI, P. Corte Costituzionale e autorità... op. cit. pp. 163 y 164.

⁶¹ A no ser que se acepte que la Corte ejerce como legislador cuando emite una sentencia estimatoria y como juez cuando adopta una decisión desestimatoria. La Corte mantendría así una peculiar naturaleza paralegislativa/jurisdiccional *secundum eventum litis*. En:

Liebman⁶² y Gionfrida⁶³ - aunque partiendo de ópticas distintas – coincidían en la idea de que el art. 136 CI preveía efectos *erga omnes* exclusivamente para la sentencia estimatoria y aludían, además, a razones prácticas para justificar la limitación de los efectos de la desestimatoria a su carácter preclusivo. Tras varias sentencias y *ordenanze* en que daba muestras de su posicionamiento conforme a la doctrina, el TC declaró expresamente en la STC 7, de 27 de enero de 1958 (recurso en vía principal), que la declaración de falta de fundamentación de la cuestión (*non fondatezza*) o el rechazo (*rigetto*) de un recurso en vía principal, no impide la interposición de nuevas cuestiones de inconstitucionalidad relativas al mismo precepto en otros juicios y, por tanto, su consiguiente reexamen, "ya que la decisión *di rigetto* no contiene una declaración de constitucionalidad de la ley, sino una de *infondatezza* de la cuestión elevada". Doctrina⁶⁴ y jurisprudencia han mantenido el consenso básico en esa materia, aunque pueden citarse algunas voces discordantes.⁶⁵

En la década de los sesenta Pugliese advertía que todavía era necesario aclarar qué tipo de eficacia tenía la sentencia desestimatoria en las sucesivas fases procesales dentro del juicio *a quo*.⁶⁶ Esa clarificación ocurrió después, según Martín de la Vega, en gran medida gracias a la importante aportación de Cappelletti sobre la inexistencia de efectos vinculantes de la sentencia desestimatoria en el proceso de origen. En primer lugar, por haber contribuido al "progresivo abandono de las tesis que mantenían la eficacia de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria sobre el juicio del

GARBAGNATI, E. Sull'efficacia delle decisioni... op. cit. pp. 206 y 207. Así también: CAPPELLETTI, M., "Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, p. 138.

⁶² LIEBMAN, E.T., "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1957, pp. 412-413.

⁶³ GIONFRIDA, G. Giudizio di legittimità... op. cit. pp. 107-108.

⁶⁴ Entre otros: CRISAFULLI, V. Le funzioni della Corte... op. cit. p. 225; PIZZORUSSO, A. Effetto di 'giudicato' ed... op. cit. p. 1984; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 627.

⁶⁵ Favara y Lignola entendían que la eficacia general de las sentencias desestimatorias sería consecuencia de la naturaleza objetiva de la jurisdicción constitucional. En: FAVARA, E. "Res iudicata" sulla costituzionalità delle leggi? Foro Padano, 1950, pp. 172 a 176; LIGNOLA, E. In tema di sindacato dell'autorità giudiziaria sulla costituzionalità delle leggi, Foro Padano, 1951, pp. 157 a 166. Para Costa, la eficacia general era consecuencia de la autovinculación de la Corte a sus pronunciamientos. En: COSTA, Sergio. "Decisione di rigetto della Corte costituzionale e preclusione" in *Rivista de Diritto Procesal*, 1957. Ruggeri defendía que la eficacia general era fruto de una reinterpretación global del sistema de efectos de los pronunciamientos de la Corte. En: RUGGERI, A. Storia di un "falso"...op. cit.

⁶⁶ PUGLIESE, G., "Giudicato civile (dir. Vig.)" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, 1962, p. 851.

que surgió la cuestión." En segundo, porque el rechazo a sus planteamientos llevó la doctrina y la jurisprudencia del TC "a lo que hoy puede considerarse la tesis ampliamente dominante en la literatura jurídica italiana: la producción por la sentencia *di rigetto* de un efecto preclusivo en el juicio *a quo*, efecto que impedirá la elevación de idéntica cuestión en, al menos, la misma fase del proceso ordinario".⁶⁷ De hecho, doctrina y jurisprudencia todavía no han definido si tal efecto preclusivo debe extenderse a las sucesivas fases del proceso (sucesivos grados de juicio), que tienen lugar tras la sentencia desestimatoria.⁶⁸ En este sentido, las sentencias 350/1987 y 225/1994 imponen ciertas condiciones para que el efecto preclusivo afecte también las fases posteriores del proceso: "el efecto preclusivo para el replanteamiento de cuestiones en el curso del mismo proceso debe considerarse que opera sólo cuando resulten idénticos en su totalidad los tres elementos que componen la cuestión (normas impugnadas, rasgos de inconstitucionalidad deducidos y razonamientos desarrollados para afirmar la sostenida inconstitucionalidad)." De manera que la sentencia desestimatoria del TC tiene exclusivamente un efecto preclusivo en relación al juez *a quo*, no afectando a los demás jueces. Además, tal preclusión se restringe a la correspondiente fase en que hubo el auto de remisión, salvo si la nueva cuestión de inconstitucionalidad que se pretenda plantear en algún grado de juicio posterior contenga al menos un elemento distinto de los que componían la cuestión ya decidida por el TC.

Es interesante constatar que la falta de eficacia *erga omnes* de la sentencia desestimatoria y su consiguiente falta de vinculación general motivó que la Corte pasase a preferir el uso de las decisiones estimatorias en largos periodos de la historia constitucional italiana. No obstante, ya en sus primeros años de actividad el TC llegó a la conclusión que la dicotomía sentencia estimatoria-desestimatoria era insuficiente para afrontar las situaciones complejas que iban surgiendo. Como en ciertos

⁶⁷ MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 91.

⁶⁸ Ver: ONIDA, V.; D'AMICO, M., I giudizio di... op. cit. p. 368; MORELLI, M.R. "Sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale e vincolo di interpretazione del giudizio a quo" in *Gius. civ.*, 1987, p. 2236. Son favorables a la posibilidad de reposición en todas las fases del proceso, entre otros: PUGLIESE, G., Giudicato civile... op. cit. p. 852; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 628; GIONFRIDA, G. Giudizio di legittimità... op. cit. pp. 114-115. Defienden la posición más restrictiva, entre otros: CERRI A. Corso di giustizia... op. cit. p. 90; SANDULLI, A. "Illegittimità delle leggi e rapporti giuridice" in *Scritti giuridice*, I, Napoli, 1990, p. 533; RIZZA, G. La Corte costituzionale fra... op. cit. p. 319; MORTATI, C. *Istituzione di Diritto Pubblico*, t. II, 7.ed. Padova, 1976, p. 1430; MARTINES, T. *Diritto Costituzionale*, Milano, 1992, p. 595.

casos la declaración de inconstitucionalidad pura y simple puede generar situaciones incluso más inconstitucionales, la Corte empezó a dictar sentencias que, además de mitigar tal posibilidad, buscaban resolver de inmediato la cuestión constitucional, como en el caso de las sentencias interpretativas.

2. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS.

2.1. La sentencia desestimatoria interpretativa y el contexto general.

Como se subrayó anteriormente, la Corte pronto se da cuenta de las insuficiencias del estricto modelo constitucionalmente previsto, y empieza a adaptarlo para afrontar de forma más realista las exigencias de mantener una buena relación con los poderes legislativo y judicial, y preservar a la vez los intereses más inmediatos de los ciudadanos, en el marco de un Estado que todavía construía y buscaba consolidar sus instituciones democráticas.⁶⁹ La comprobación de la existencia de diversas posibilidades interpretativas del texto impugnado y la opción por la posible interpretación constitucional frente al resto de interpretaciones – con base en el principio de la interpretación conforme a la Constitución⁷⁰ - ha sido la forma sin duda

⁶⁹ Sobre el alejamiento de la tipología de la Corte con relación al modelo constitucionalmente previsto, ver: PEGORARO, L. *La Corte e il Parlamento. Sentenza-indirizzo e attività legislativa*. Padova, 1987, pp. 5 y 6.

⁷⁰ Como es sabido, esta regla de hermenéutica ha sido aplicada por la Suprema Corte estadounidense desde el siglo XIX, por el TC alemán desde su surgimiento en 1945, y, actualmente, por la generalidad de los tribunales constitucionales. Ver, entre muchos otros

más utilizada por el TC para preservar la disposición legal, minimizando los impactos de sus decisiones a través de un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la creación de lagunas o discontinuidades. Y es precisamente la técnica de la distinción entre el texto y su interpretación, entre la disposición y las normas que contiene, lo que origina y caracteriza la sentencia interpretativa en sus distintas variantes.⁷¹ De forma que la sentencia interpretativa podría ser definida como la "que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo – frente a una doble posibilidad interpretativa – el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución."⁷²

autores italianos: SORRENTI, G. *L'interpretazione 'adeguatrice' della legge. Fondamento, natura e implicazione di un pratica dei giudici e della Corte costituzionale*. Milano, 2002; ONIDA, V.; D'AMICO, M. I giudizio di... op. cit. p. 151; ANZON, A. "Interpretazione 'corretta' e interpretazione 'conforme a Costituzione' del regime delle rogatorie internazionali" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, pp. 2246 y sig; RAUTI, A. "L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza (in margine Allá sent. Cost. n. 207/2001)" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, pp. 283 y sig.; AMOROSO, G., "L'Interpretazione 'adeguatrice' nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità", en *Foro Italice*, V, 1998, pp. 89 y sig; LAMARQUE, E., "Le sezioni unite penali 'si adeguano' all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp. 1412 y sig.

⁷¹ Sobre la relevancia de la conocida distinción: ASCARELLI, T. "Giurisprudenza Costituzionale e teoría dell'interpretazione" in *Rivista di diritto processuale*, 1957, pp. 351 y sig.; CRISAFULLI, V., "Disposizione (e norma)" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 195 y sig.; ZAGREBELSKY, G. La giustizia... op.cit. p. 279 y sig.; MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. La giustizia... op. cit. pp. 433 a 435. Martín de la Vega asienta la sentencia interpretativa en tres pilares dogmáticos básicos. El primer de ellos es "la ausencia de vinculación del TC a la interpretación realizada por el juez *a quo*", hecho que le permite elegir libremente la interpretación que considere más conforme. El segundo es justamente "la posibilidad de que la disposición legislativa sea susceptible de interpretaciones diversas, de las cuales alguna atribuya a la norma un significado en contraste con la Constitución". La Corte siempre ha preferido la interpretación conforme a la Constitución capaz de permitir la conservación del texto legal, "lo que conduce necesariamente, en un primer momento a la declaración de *no fondatezza* de la cuestión que se elevó partiendo de una interpretación distinta y no conforme con la norma suprema". El tercer es el hecho de que el TC entiende que la interpretación de la disposición puede constituir el objeto de la decisión, al mantener que la Corte juzga sobre normas pero se pronuncia sobre las disposiciones (STC 84/1996). En: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 105-108.

⁷² GUASTINI, R. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en CARBONELL, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 57. La sentencia en la cual la Corte se pronuncia sobre el contenido normativo de un precepto, conservando íntegro su texto, es la principal característica de la llamada sentencia interpretativa. Con todo, no es superfluo recordar las palabras del maestro Crisafulli, quien advierte que "todas las sentencias son, en un cierto sentido, interpretativas, y en particular lo son todas las sentencias de la Corte Constitucional". En: CRISAFULLI, V. "Le sentenze 'interpretative' della Corte costituzionale" in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, p. 1. Ver también, entre otros: VIGNUDELLI, A. La Corte delle leggi... op. cit. pp. 103 y sig.; MORELLI, M.R. "Sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale e vincolo di interpretazione del giudizio a quo" in *Giurisprudenza civile*, 1987, p. 2236; GUASTINI, R. Lezioni di teoría... op. cit. pp. 211 y sig. y 221 y sig.; RUGGERI, A.; SPADARO, A. Lineamento di giustizia... op. cit. pp. 133 y sig.

La sentencia interpretativa *di rigetto* fue el primer intento de salvar la ley y de ese modo disminuir el impacto de las decisiones del TC, abriendo el camino para decisiones basadas más en principios que en reglas.⁷³ En ella la Corte declara infundada la cuestión de inconstitucionalidad en los términos previstos en la motivación, que pasa a condicionar el fallo.⁷⁴ Pizzorusso la define como aquella "que contiene un fallo donde se declara la falta de fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad, y una motivación en la que se aclara que la decisión adoptada está condicionada a la atribución de un determinado significado a la norma impugnada, y se deja entrever que diferente interpretación podría conducir a resultado distinto."⁷⁵ Algunos autores consideran imprescindible que la compatibilidad de la interpretación resultante de los fundamentos con la Constitución aparezca expresamente en el fallo.⁷⁶

Aunque las sentencias interpretativas desestimatorias tengan en común el objetivo general de mantener íntegro el texto legal, no son completamente uniformes. La más corriente es la "sentencia desestimatoria interpretativa propiamente dicha" (*corretive*) a través de la cual el TC salva la constitucionalidad de la disposición, que pasa a ser interpretada en el sentido conforme a la Constitución indicado en la motivación, evitando que la adopción de la interpretación propuesta por el juez *a quo* - que planteó la cuestión - condujera a un fallo estimatorio. Con la "sentencia desestimatoria con interpretación" (*di rigetto con interpretazione*), que no es propiamente interpretativa⁷⁷, la Corte también descarta la interpretación propuesta por el juez *a quo*, pero no porque esta conduzca a un pronunciamiento estimatorio, sino por resultar infundada una vez aplicados los principios interpretativos normales o - tras la prevalencia de la doctrina del *diritto vivente* - porque la jurisprudencia ordinaria no la comparte. Son los casos en que la sentencia es desestimatoria *per erronea premessa interpretativa*. Finalmente, con la "sentencia desestimatoria interpretativa 'adecuadora'" (*adeguatrice*) la Corte dota a la disposición denunciada de un sentido que, en principio,

⁷³ Zagrebelsky hace un interesante análisis crítico sobre interpretación y derecho por principios en: ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil... op. cit. pp. 131 y sig.

⁷⁴ Fallo de la STC 127/1966: "*b) respinta l'eccezione di inammissibilità dedotta dall'Avvocatura dello Stato, dichiara non fondata, nei sensi esposti nella motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, in riferimento agli artt. 24, secondo comma, e 136, primo comma, della Costituzione.*"

⁷⁵ PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op. cit. p. 346.

⁷⁶ Ver: ZAGREBELSKY, G. Processo... op. cit. p. 691; SAITTA, A. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*. Milano, 1996, p. 235.

⁷⁷ Ver por todos: ONIDA, V.; D'AMICO, M. Il giudizio di costituzionalità... op. cit. pp. 273 y 274.

ella muy difícilmente consentiría, con el objetivo evidente de salvarla de un pronunciamiento que se anuncia como inconstitucional. Se acerca por tanto a lo que aquí denominamos sentencias manipulativas.⁷⁸ La decisión *adeguatrice* fue bastante utilizada en los primeros tiempos del TC, para adaptar la legislación preconstitucional a la Constitución y prácticamente abandonada cuando la Corte pasó a analizar mayoritariamente la legislación postconstitucional. También contribuyeron a su paulatino abandono, como veremos, la consolidación de la doctrina del *diritto vivente* y la percepción por parte del TC de la falta de eficacia *erga omnes* de la sentencia desestimatoria interpretativa.⁷⁹

Influidos por la polémica con Calamandrei⁸⁰, y asentada la concepción que anteriormente estudiamos sobre la sentencia desestimatoria simple, la doctrina y la jurisprudencia pronto rechazaron la eficacia *erga omnes* de la sentencia desestimatoria interpretativa, para evitar convertirla en interpretación auténtica o a la Corte en una 'jurisdicción de interpretación'.⁸¹ Una preocupación que, sin embargo, no ha impedido que tanto la doctrina como la Corte admitieran que el pronunciamiento desestimatorio del TC (incluido, por lo tanto, el interpretativo) produce un efecto preclusivo en relación al juicio *a quo*, que impide que este replantee la cuestión de inconstitucionalidad y le

⁷⁸ Lombardi señala que, al contrario del supuesto de la sentencia "*corretive*", la "*adeguatrice*" presenta una antinomia entre Constitución y ley. En: LOMBARDI, G. "Sentenze 'corretive' di rigetto della Corte costituzionale come sentenze di accoglimento in rapporto al 'punto di diritto' in *Giurisprudenza Italiana*, 1961, p.1155. Ver también: PIERANDREI, F. "La Corte Costituzionale e l'attività 'maieutica'" in *Giurisprudenza Italiana*, 1961, p. 182; PIERANDREI, F. "Corte Costituzionale" in *Enciclopedia del diritto*, Vol X, Milano, 1962, p. 983; CRISAFULLI, V., Le sentenze 'interpretative' della ... op. cit. p. 4.

⁷⁹ Ver: VIGNUDELLI, A. La Corte delle leggi... op. cit. p. 48; ONIDA, V.; D'AMICO, M. Il giudizio di costituzionalità... op. cit. pp. 275. PUGIOTTO, A. Sindacato di costituzionalità e... op. cit.; LA PERGOLA, A., La Giustizia Costituzionale nel... op. cit.; ELIA, L., La Giustizia Costituzionale... op. cit.; GARDINO-CARLI, A. Giudici e Corte costituzionale nel... op. cit.; MODUGNO, F. y CARNEVALE, P., Sentenza additive, 'soluzione... op. cit.

⁸⁰ Como anteriormente mencionado, en artículo publicado algunos años antes de la creación de la Corte, Calamandrei defendió que esta desarrolla una actividad paralegislativa, y que, por lo tanto, la sentencia desestimatoria debería tener también efectos *erga omnes*. Esta concepción fue prontamente rechazada por la mayor parte de la doctrina italiana, bajo el argumento de que ello equivaldría a dar a la sentencia desestimatoria estatus de interpretación auténtica de la ley. Un tipo de correlación que no se hace en otros ordenamientos, aun cuando tal vinculación es aceptada. Ver: CALAMANDREI, P. L'illegittimità costituzionale delle... op. cit. pp. 94 a 96.

⁸¹ Ver, entre otros: PUGIOTTO, A. "Quando la Corte sembra interpretare autenticamente se stessa" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002; ESPOSITO, C. "Auctorità delle decisioni di rigetto della Corte nei giudizi *a quo*" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, p. 1218; CRISAFULLI, V. La Corte costituzionale tra... op. cit. p. 290; PIERANDREI, F. Le decisioni degli organi... op. cit. pp. 190 y sig.; AZZARITI, G. Gli effetti delle pronunzie... op. cit. GIANNINI, M.S. "Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, pp. 915 y 916.

obliga a aplicar el precepto cuestionado en la solución del caso concreto. Como el sistema italiano no acepta que la interpretación de la Corte vincule a los jueces ordinarios, pero al mismo tiempo mantiene que tal interpretación genera un efecto preclusivo respecto al juez *a quo*, implícitamente parece aceptar que algún género de vinculación efectivamente existe. Semejante contradicción es señalada por Martín de la Vega, para quien la preclusión y la no vinculación general de la interpretación oriunda del TC son incompatibles en el ámbito de las sentencias desestimatorias interpretativas: "o se mantiene que no existe una preclusión para el caso de que el juez no acepte la interpretación de la Corte, y se le permite por tanto replantear la cuestión de inconstitucionalidad, o bien se entiende que, en algún sentido, en dicha preclusión se encuentra incluida la interpretación que recoge la sentencia constitucional".⁸² Una cuestión, por cierto, recurrente en la evolución de la justicia constitucional italiana.

Crisafulli es uno de los autores que se apunta muy tempranamente a la **tesis de la vinculación interpretativa positiva del juicio *a quo***, al advertir que, si así no fuera, se correría el riesgo de que el juez ordinario considerase simplemente vigente el precepto legal (objeto de una cuestión de inconstitucionalidad desestimada a través de una sentencia interpretativa) y lo aplicase según su propia interpretación. Como el resultado podría ser la aplicación de un precepto inconstitucional, entendía que en estos casos – una vez recurrida la nueva interpretación - debería ser posible la proposición de una nueva cuestión de inconstitucionalidad respecto el mismo precepto, pero ahora en relación a la nueva interpretación. Y ello porque la nueva cuestión sería distinta de la primera. Además, al verificar que la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad suspende el juicio, caracterizándose como una prejudicial,⁸³ defendió ya explícitamente que la interpretación constitucional de la Corte tuviese eficacia vinculante ante el juez "*a quo*".⁸⁴ Posteriormente Crisafulli perfeccionó esta tesis, a partir de la constatación de que la posibilidad de que el juez "*a quo*" pudiese optar por otra interpretación constitucional del precepto - tras la sentencia desestimatoria interpretativa del TC -,

⁸² MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 118.

⁸³ Art. 1.1 Ley Constitucional de 1948 y art. 23 Ley 87/1953.

⁸⁴ Ver: CRISAFULLI, V. Questioni in tema di... op. cit. pp. 941 a 943. Azzariti, el primer presidente de la Corte, apoyó de pronto la tesis de la vinculación positiva. En: AZZARITI, G. "Discorso del Presidente Azzariti nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, p. 885. Idéntico apoyo ha sido dado por autores como: ANDRIOLI, V. "Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale" in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, p. 131; LOMBARDI, G. "Sentenze 'correttive' di rigetto... op. cit. p. 1154.

dejaría a esta sin utilidad. Y, también, que la posibilidad de permanente replanteamiento de la interpretación rechazada llevaría a un “diálogo de sordos”, una vez que el precepto en cuestión permanece en vigor en el ordenamiento.⁸⁵ Por todo ello, Crisafulli aduce que los que aceptan que la Corte adopte libremente una interpretación del acto legal, que salve su constitucionalidad, deben también aceptar que el juez *a quo* quede vinculado a los términos del pronunciamiento interpretativo desestimatorio.⁸⁶ Es decir, deben aceptar "que la decisión de la Corte viene a integrar el juicio de aplicación del Derecho... en cuanto la sentencia desestimatoria, fijando el significado correcto y válido de la disposición, ofrecería al juez la premisa mayor, de la cual éste debería extraer las consecuencias aplicativas en relación con el caso concreto".⁸⁷ Trazando un paralelo con la sentencia desestimatoria simple, Crisafulli concluye que si en esta el juez *a quo* queda obligado a aplicar la disposición, en la sentencia desestimatoria interpretativa el juez deberá aplicar "aquella norma, entre las otras hipotéticamente deducibles de la disposición, en razón de la cual exclusivamente la cuestión ha sido declarada no fundada."⁸⁸ La interpretación acogida por la Corte es presupuesto del fallo desestimatorio.

Otros autores, de entre ellos Cappelletti, Zagrebelsky, Pizzorusso y Pierandrei, rehúsan la teoría de la vinculación positiva de Crisafulli, entendiendo de manera general que la interpretación de la Corte puede funcionar como precedente, pero tiene como máximo mera influencia de hecho.⁸⁹ La perspectiva de Cappelletti podría ser denominada “legalista”, puesto que se basa en que la sentencia desestimatoria interpretativa no puede limitar "el principio fundamental en el Estado de derecho, por el cual 'los jueces están sujetos tan sólo a la ley' (art. 101.2 CI) y son libres por tanto, o más precisamente autónomos e independientes, en su interpretación de las leyes."⁹⁰ Por ello, el juez *a quo* está autorizado a interpretar la ley de manera distinta a la del TC y, por consiguiente, a replantear idéntica cuestión de inconstitucionalidad. Como el juez *a quo* no está vinculado jurídicamente a un pronunciamiento desestimatorio en general,

⁸⁵ CRISAFULLI, V. "Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 98.

⁸⁶ CRISAFULLI, V., Ancora delle sentenze interpretative ... op. cit. pp. 98 a 100.

⁸⁷ CRISAFULLI, V. La Corte costituzionale tra... op. cit. p. 292.

⁸⁸ CRISAFULLI, V., Ancora delle sentenze interpretative ... op. cit. p. 154.

⁸⁹ Ver: ZAGREBELSKY, G. Processo... op. cit. p. 652.

⁹⁰ CAPPELLETTI, M. Sentenze condizionali della ... op. cit. p. 12.

también no lo está en relación a cualquier interpretación positiva o negativa del TC.⁹¹ Zagrebelsky, Pizzorusso y Pierandrei asimismo niegan la vinculación del juez *a quo*, pero por otro motivo, que es así sintetizado por este último: "la eficacia debe predicarse únicamente del dispositivo de la sentencia, que se limita a desestimar la cuestión, y no es atribuible a los motivos en virtud de los cuales se ha llegado a tal solución".⁹² Pizzorusso añade que es imposible que la interpretación entre en la fuerza de cosa juzgada o de preclusión de la sentencia, puesto que dicha interpretación no está comprendida ni en el *petitum* ni en la *causa petendi*. Puede así el juez ignorar la decisión del TC, porque la sentencia desestimatoria tiene un mero efecto persuasivo – libremente apreciable –, mientras la estimatoria sí tiene eficacia jurídica.⁹³ Es notoria pues la dificultad de gran parte de la doctrina italiana para aceptar que una sentencia desestimatoria - y, además, interpretativa - pueda tener algún efecto que la Constitución únicamente prevea para la sentencia estimatoria.⁹⁴

Después de todo, la tesis que acaba imponiéndose mayoritariamente es la de la **vinculación interpretativa negativa del juez *a quo*** - inicialmente desarrollada por Esposito (1957) -, que se traducía en la prohibición al juicio *a quo* de llegar a interpretaciones de la ley contrarias a la Constitución. Para el juez del caso concreto lo que realmente vinculaba era la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad en cuanto tal y no la interpretación constitucional dada al precepto legal por la Corte, que no impedía la opción por otras igualmente constitucionales.⁹⁵ Será Sandulli (1961), con todo, quien le dará sus contornos definitivos, al señalar que "la sentencia desestimatoria

⁹¹ CAPPELLETTI, M. Sentenze condizionali della ... op. cit. pp. 11 y 12.

⁹² PIERANDREI, F. Corte Costituzionale... op. cit. p. 984. En el mismo sentido: ZAGREBELSKY, G. Processo... op. cit. p. 653; PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op.cit. p. 389-90.

⁹³ PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni ... op. cit. pp. 350, 389 y 390. Ver también: ANDRIOLI, V. Motivazione e dispositivo nelle... op. cit. p. 178; ZAGREBELSKY, G. Processo... op. cit. p. 652; SAITTA, A. Logica e retorica nella... op. cit. p. 237.

⁹⁴ Respecto a este problema en particular, Martín de la Vega observa que la cuestión de fondo no resuelta está en compaginar la eficacia preclusiva que los autores "mantienen para la sentencia desestimatoria con la falta de vinculación a la interpretación, o en otras palabras, como conjugar la obligación de aplicar la ley tras la desestimación, con la posibilidad de replantear constantemente la cuestión de inconstitucionalidad, si no se quiere admitir que el juez pueda conscientemente aplicar la interpretación considerada por la Corte inconstitucional en su motivación". En: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 125.

⁹⁵ Ver: ESPOSITO, C. "Nota a la 'Sentenza – 26 gennaio 1957, n, 10'" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, pp. 76 y 77; ESPOSITO, C. "Della 'prudenza' nelle dichiarazioni di illegittimità costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, p. 12.

interpretativa no sólo impide jurídicamente al juez *a quo* decidirse por interpretaciones contrarias a la Constitución, sino que, más concretamente, le prohíbe interpretar la norma en el sentido rechazado por el TC.⁹⁶ El mérito de esta solución está en reafirmar el innegable carácter prejudicial de la sentencia desestimatoria de la Corte frente al juez *a quo*, salvaguardando a la vez la libertad interpretativa inherente al juicio ordinario.⁹⁷ Sin embargo, una eventual violación por parte del juez *a quo* de la obligación de excluir la interpretación rechazada por el TC, tan solo puede ser subsanada, en principio, a través de los procedimientos internos del propio proceso, una vez que no existen procedimientos específicos con este fin.⁹⁸

Respecto a la **eficacia de esas sentencias frente a los demás órganos de la magistratura**, ni la vinculación negativa general de la interpretación rechazada por la Corte, ni la vinculación positiva general a la interpretación acogida, lograron consolidarse en la doctrina y en la jurisprudencia italiana. Sólo la sentencia estimatoria goza de eficacia *erga omnes* y ello porque supone la anulación del precepto legal. Aun así, la eficacia jurídica – sea *inter partes*, sea general – está reducida al fallo de la sentencia, pudiendo la motivación contener consejos o recomendaciones con efecto meramente persuasivo o de "influencia". No hay norma positiva que autorice algún efecto interpretativo vinculante o la extensión de los efectos de la sentencia desestimatoria, incluida la interpretativa, a otros jueces que no el que planteó la cuestión.⁹⁹ El juez está vinculado exclusivamente a la ley (art. 101 CI) y tiene libertad y autonomía para interpretarla. Al TC le cabe decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley y no sobre dudas de interpretación. Además, como hemos

⁹⁶ SANDULLI, A. M., "Atto legislativo, statuizione legislativa y giudizio de legittimità costituzionale" in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, p. 495. También, entre otros, LAMARQUE, E., "Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (Un'indagine sul 'seguito' delle pronunzie costituzionali)" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, pp. 685 y sig.; CERRI A. Corso di giustizia... op. cit. p. 93; RIZZA, G. La Corte costituzionale fra... op. cit. p. 321; ONIDA, V.; D'AMICO, M. I giudizio di... op. cit. pp. 274 y 275; MORELLI, M.R. Sentenze interpretative di rigetto... op. cit. p. 2236.

⁹⁷ La "Ordinanza" n. 268, de 23 de mayo de 1990, marca la opción definitiva de la Corte por la vinculación negativa de la sentencia desestimatoria.

⁹⁸ En 1957 Crisafulli llegó a sugerir que la propia Corte suscitase frente al Poder Judicial un "conflicto de atribuciones" para estos casos. En: CRISAFULLI, V. Questioni in tema di... op. cit. p. 935 y *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 401 y ss.

⁹⁹ Hubo dos propuestas para dotar a la interpretación de una eficacia general actuando sobre el fallo de la sentencia (Crisafulli y Cappelletti), pero ninguna fue adoptada por la Corte. En: CRISAFULLI, V., Ancora delle sentenze interpretative ... op. cit. pp. 94 y sig.; CAPPELLETTI, M., Sentenze condizionali della Corte ... op. cit. pp. 3 y sig.

visto anteriormente, en Italia se suele hacer una estrecha correlación entre vinculación a la interpretación del TC e interpretación auténtica de la ley, hecho que contribuyó al rechazo de cualquier vinculación interpretativa de la magistratura a la jurisprudencia de la Corte.¹⁰⁰

De cualquier modo, si los jueces ordinarios eventualmente no aceptaban la interpretación considerada constitucional por el TC, prefiriendo otra, inconstitucional, cabía siempre la posibilidad de que posteriormente, al examinar otra cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma materia, la Corte optase por una sentencia estimatoria interpretativa o, en casos extremos, declarase la inconstitucionalidad del precepto legal en su totalidad. Hubo un periodo de claro enfrentamiento entre Corte Constitucional y magistratura, que puede ser ilustrado con dos sentencias. En la STC 8/1956 el TC emitió una sentencia desestimatoria interpretativa salvando la constitucionalidad del art. 2 del texto único de la *Leggi di Pubblica Sicurezza* (T.U. LPS), dictada en 1931 por el régimen fascista, imponiendo ciertos límites a su aplicación.¹⁰¹ Como la administración hizo caso omiso de su interpretación, años después el TC declaró la ilegitimidad constitucional del citado artículo en los términos y límites indicados en la motivación (STC 26/1961), sustituyendo la anterior sentencia desestimatoria interpretativa por una estimatoria interpretativa.¹⁰² Algo similar ocurrió con la importante sentencia desestimatoria interpretativa 11/1965, en la cual el TC rechazó anterior y reiterada interpretación de la Corte de Casación. Como esta prefirió mantener la aplicación de su propia interpretación, el TC posteriormente la desautorizó, emitiendo otra sentencia desestimatoria, pero condicionada a los términos de la interpretación especificada en la sentencia. No obstante, al constatar que la *Cassazione*

¹⁰⁰ PIERANDREI, F. Corte Costituzionale... op. cit. pp. 984 e 985; SANDULLI, A. M., Atto legislativo, ... op. cit. p. 495; CAPPELLETTI, M. "Spunti di una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967, p. 583; CRISAFULLI, V. La Corte costituzionale ... op. cit. pp. 290 y 291; ESPOSITO, C., "Della 'prudenza' nelle dichiarazioni di illegittimità costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, p. 9; ONIDA, V. "In tema de interpretazione delle norme sugli effetti delle pronunce di inconstituzionalità" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1965, p. 1433.

¹⁰¹ El hecho de que la Corte también hubiera realizado una invitación al legislador, para que reformara la legislación en los términos señalados en la sentencia, fueron interpretados por Cappelletti como una admisión de su falta de vinculación. En: CAPPELLETTI, M. *Sentenze condizionali della ...* op. cit. p. 6. Ver también: RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. *Corte Costituzionale e Parlamento...* op. cit. pp. 327 y sig.

¹⁰² A partir de esta sentencia el concepto de "*doppia pronuncia*" de Crisafulli (doble pronunciamiento en la misma sentencia), pasará a significar "*doppia pronuncie intervallate nel tempo*" (sentencias sucesivas). En: CRISAFULLI, V. *Le funzioni della Corte...* op. cit. p. 225.

no había cambiado su posición respecto al precepto legal en cuestión, el TC se vio obligado a declarar una sentencia estimatoria interpretativa en la cual descartó inequívocamente la interpretación que este consideraba errónea e inconstitucional (STC 52/1965). En este caso, por lo tanto, un enfrentamiento directo entre las dos Cortes, que igualmente culminó con una sentencia estimatoria interpretativa, caracterizando un claro ejemplo de *doppia pronunzia* (una sentencia desestimatoria interpretativa, seguida de una posterior sentencia estimatoria interpretativa), con el fin de alcanzar la eficacia *erga omnes*.¹⁰³

La amplia utilización de la sentencia desestimatoria interpretativa provocó pronto críticas en la doctrina. Montesano y Mortati, entre otros, propusieron explícitamente al TC que no hiciera más uso de este tipo de decisiones, que en su entendimiento son potenciales fuentes de incertidumbre en la aplicación de la ley y de conflictos principalmente con el Poder Judicial. Como en esas sentencias lo que se pretende al fin y al cabo es la erradicación de una interpretación inconstitucional, abogan sencillamente por el uso de la sentencia estimatoria, cuando el texto impugnado pueda comportar una interpretación de la magistratura contraria a la Constitución.¹⁰⁴ Una solución que conlleva un vacío legal y que por eso es criticada, entre otros, por Pierandrei, quien alerta que "desde el punto de vista de las exigencias prácticas puede ser altamente desaconsejable eliminar del sistema un texto legislativo antes de intentar directamente asegurar una interpretación satisfactoria".¹⁰⁵ Montesano contrapone con el argumento que mientras permanezca la disposición, siempre habrá la posibilidad de que los jueces deduzcan interpretaciones a veces levemente diversas de aquella invalidada por el TC, no obstante también inconstitucionales, sin reenviar la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal, contribuyendo así para aumentar el conflicto entre los poderes. De la eliminación del texto, por el contrario, "no se derivarían catastróficos vacíos legales, sino una mejor disposición del legislador a ejercer los poderes que le

¹⁰³ Para comentarios sobre esta sentencia, ver, entre otros: ELIA, L. *Divergenze e convergenze della Corte...* op. cit. pp. 1101 y sig. CRISAFULLI, V. *Ancora delle sentenze interpretative...* op. cit. pp. 91 y sig.

¹⁰⁴ MONTESANO, L. "Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale" in *Rivista di Diritto Processual*, 1958, pp. 525-539; MORTATI, C. *Istituzione di Diritto...* op. cit. p. 1066.

¹⁰⁵ PIERANDREI, F. *Corte Costituzionale...* op. cit. p. 985. Ver también: SILVESTRI, G. "Le sentenze normative della Corte costituzionale" in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*. Padova, 1985, pp. 759 y 760; LANZILLO, R. "Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi" in *Rivista di Diritto Civile*, 1982, p. 670; VIGNUDELLI, A. *La Corte delle leggi...* op. cit. pp. 117 y sig.

corresponden y una mayor inclinación de los jueces a matizar su jurisprudencia antes de que el TC la vuelva inútil con su intervención sobre el texto de la ley".¹⁰⁶ A pesar de las presiones ejercidas en contra de su uso, las sentencias desestimatorias continuarán siendo utilizadas por la Corte. Y la práctica de las *doppie pronunzie* tampoco desincentivará su uso, puesto que - como apunta Sandulli - el simple hecho de que el TC pruebe primero con una sentencia desestimatoria, para solo después decidirse por una estimatoria, tan solo confirma que la Corte no considera suficiente para declarar la inconstitucionalidad de un precepto el hecho de que este contenga alguna interpretación inconstitucional.¹⁰⁷

La preocupación de una parte de la doctrina - entre ellos Crisafulli, Elia y Branca - será la de no permitir que la sentencia desestimatoria interpretativa quedase privada de cualquier eficacia jurídica. Crisafulli concuerda con la postura mayoritaria de que la sentencia desestimatoria interpretativa no confirma la constitucionalidad de la ley, siendo tan sólo una declaración negativa, cuyos efectos se limitan a la cuestión en trámite en el juicio *a quo*, sin vincular al resto de la judicatura.¹⁰⁸ Sin embargo, si otro juez pretende adoptar la interpretación de la disposición considerada anteriormente inconstitucional por el TC, tiene la obligación jurídica de plantear una nueva cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte. Ésta conseguiría así reafirmar su interpretación, vinculando positivamente al ahora ya nuevo juicio *a quo*, o bien emitiendo una sentencia estimatoria interpretativa, eliminando definitivamente con efectos generales la disposición que contiene la interpretación inconstitucional (*doppia pronunzia*). En la obligación de volver a plantear la cuestión de inconstitucionalidad reside la eficacia mínima de la sentencia desestimatoria interpretativa en relación a los demás jueces, preconizada por Crisafulli.¹⁰⁹ Elia parte de estas observaciones de Crisafulli, pero va aun

¹⁰⁶ MONTESANO, I. "L'oggetto del giudizio costituzionale" in *Scritti in memoria di Antonio Giuffré*, Vol III, Milano, 1967, pp. 650 y 653.

¹⁰⁷ SANDULLI, A. M. Il giudizio sulle leggi... op. cit. p. 56.

¹⁰⁸ En sus consideraciones sobre la *doppia pronunzia* ocurrida por ocasión de las sentencias 11/1965 y 52/1965 (analizadas en páginas anteriores), Crisafulli deja claro que para él la sentencia desestimatoria interpretativa vincula positivamente tan solo al juez *a quo*. En: CRISAFULLI, V. Ancora delle sentenze interpretative... op. cit. pp. 91 y sig.

¹⁰⁹ CRISAFULLI, V., Ancora delle sentenze interpretative... op. cit. pp. 94 a 96. Mantiene posiciones más cercanas a la tesis de Crisafulli, autores como: SANDULLI, A. M. Il giudizio sulle leggi... op. cit. p. 55; ANDRIOLI, V. "A proposito dei dispositivi atipici delle sentenze della Corte costituzionale" in *Studi sulla Giustizia Costituzionale*. Milano, 1992, p. 182; RIZZA, G. La Corte costituzionale fra... op. cit. p. 321; ONIDA, V.; D'AMICO, M. I giudizio di... op. cit. p. 274.

más allá¹¹⁰, pues defiende que el juez replantee la cuestión “siempre que pretenda adoptar, no sólo la interpretación rechazada por la Corte, sino cualquier otra distinta a la expresamente acogida por el TC como constitucional y por tanto como base de su sentencia desestimatoria”.¹¹¹ La alternativa al replanteamiento sería la aceptación de la interpretación del TC sin mayores consideraciones.¹¹² Mucho más radical, con todo, es la propuesta de Branca, quien defiende sencillamente que se dote a la sentencia desestimatoria interpretativa de eficacia vinculante general a través de ley.¹¹³ Sin embargo, grande parte de la doctrina siempre se ha negado a aceptar que la sentencia desestimatoria interpretativa pueda producir alguna eficacia jurídica que sobrepase el juicio *a quo*, más allá de la mera influencia.¹¹⁴

A pesar de toda la polémica, la Corte siguió haciendo uso de las sentencias desestimatorias interpretativas, en gran medida gracias a la práctica de las *doppie pronunzie*, que, sin embargo, perderán fuerza como medio de relación entre el TC y los jueces ordinarios, por la carga conflictiva que la “acción” del juez y la “reacción” del TC conllevan. De otra parte, la consolidación de la doctrina del *diritto vivente*, en la segunda mitad de la década de los 60, llevará el TC a circunscribir el uso de sentencias desestimatorias interpretativas a aquellas situaciones para las cuales aun no exista jurisprudencia ordinaria consolidada, delimitando de forma más objetiva el ámbito en que estas podían ser emitidas.¹¹⁵ La aplicación de la doctrina del *diritto*

¹¹⁰ Ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 159 a 161.

¹¹¹ ELIA, L. "Sentenze 'interpretative' di norme costituzionali e vincolo dei giudici" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pp. 1719 a 1723. Ver también, con posiciones más o menos afines: BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Derecho Constitucional*, 3. ed. Madrid: Tecnos, 1987, p. 594; ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones... op. cit. p. 63.

¹¹² Elia desarrolla su punto de vista al advertir que imperaba en Italia un cierto reduccionismo en relación a las funciones del TC: “¿No es demasiado mecánica la contraposición entre la sentencia de acogimiento y la desestimatoria, fruto de una visión estrecha que reduce la función de la Corte a la puntual eliminación de normas ilegítimas?” En: ELIA, L. Sentenze 'interpretative' di norme... op. cit. p. 1723.

¹¹³ BRANCA, G. “Un anno di attività della Corte costituzionale” in *Política del diritto*, 1971, pp. 31 a 47.

¹¹⁴ Ver: VIGNUDELLI, A. La Corte delle leggi... op. cit. pp. 117 a 123; ESPOSITO, C. Della 'prudenza' nelle dichiarazioni... op. cit.; PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op. cit.; ANZON, A. *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi, L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*. Milano, 1995, p. 160.

¹¹⁵ La doctrina del *diritto vivente*, como un ‘fenómeno exquisitamente italiano’, es justificado por Martín de la Vega en estos términos: “Es fruto a partes iguales del papel central de la cuestión de inconstitucionalidad en este modelo, de las ‘relaciones de poder’ entre los órganos constitucionales del país y también, justo es reconocerlo, de una doctrina constitucional atenta a las necesidades y evoluciones del sistema a la vez que dotada de una alta capacidad de

vivente hizo que el TC dejase de imponer su propia interpretación constitucional del precepto legal cuestionado y asumiese como suya la interpretación jurisprudencial consolidada en el ámbito del Poder Judicial, siempre que tal interpretación estuviese apoyada al menos en un pronunciamiento de la Casación compatible con la Constitución.¹¹⁶ Esta deferencia ante los jueces ordinarios se justificaría porque constitucionalmente les cabe, y en particular a la Corte de Casación, la función de interpretar la ley. Teniendo en cuenta esta prerrogativa del Poder Judicial, la emisión de sentencias interpretativas por parte del TC representa un riesgo potencial para la relación institucional entre ambos órganos. La doctrina del *diritto vivente*, que respeta la prerrogativa del Poder Judicial como intérprete de la ley, sin menoscabar la autonomía interpretativa del TC, se reveló un instrumento idóneo para enfrentar esos riesgos.¹¹⁷ Por otra parte, el retraso verificado en el enjuiciamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad por parte del TC – solo regularizado a fines de la década de los ochenta – contribuyó de forma decisiva a que se consolidase en los tribunales ordinarios una jurisprudencia sobre cuestiones constitucionales, que serviría de base al *diritto vivente* y a la vez incrementaría su uso.¹¹⁸

Aunque existan opiniones divergentes respecto a la libertad de la Corte Constitucional para acoger o no la interpretación del juez *a quo*,¹¹⁹ es indiscutible que la actuación del TC en presencia de *diritto vivente* varía de acuerdo con la situación presentada. Si el juez remitente eleva una cuestión de inconstitucionalidad sobre el

elaboración conceptual". En: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 186.

¹¹⁶ ZAGREBELSKY, G. "La dottrina del diritto vivente" in *Strumenti e tecniche de giudizio della Corte Costituzionale* (Atti del Convegno, Trieste 26-28, maggio, 1986), Milano, 1988; PUGIOTTO, A. *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milan, 1994.

¹¹⁷ Ver: LUCIANI, M. Le decisione processuale e... op. cit. pp. 153 y sig.; ANZON, A. Il giudice a quo e la... op.cit. pp. 1082; ZAGREBELSKY, G. La giustizia... op. cit. p. 285 y sig.; ZAGREBELSKY, G., *Processo*... op. cit. pp. 646 a 648.

¹¹⁸ Con todo, la necesidad de tener en cuenta la labor interpretativa de la jurisdicción ordinaria ya se delineaba en las primeras sentencias del TC. La sentencia nº 3/1956 reconocía la necesidad de "tener en debida cuenta una constante interpretación jurisprudencial que confiere al precepto legislativo su efectivo valor en la vida jurídica, si es verdad, como lo es, que las normas son no como aparecen puestas en abstracto, sino como son aplicadas en la vida cotidiana por obra del juez, dirigidas a volverlas concretas y eficaces."

¹¹⁹ Crisafulli, por ejemplo, considera que la posibilidad que tiene la Corte de acoger o no el *diritto vivente*, tan solo confirma su libertad respecto al juez *a quo*. En: CRISAFULLI, V. *Questioni in tema di*... op. cit. pp. 929 y sig. Carnelutti, al contrario, entiende que el TC está obligado a acoger como propia la interpretación del juez *a quo* cuando juzga la ley. En: CARNELUTTI, F. "Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1962, pp. 349 y sig.

diritto vivente que es considerada infundada, la Corte la desestimar . Caso contrario, declarará la inconstitucionalidad. Por otro lado, si la cuestión remetida por el juez no es sobre el *diritto vivente*, pero este existe y es constitucional, la Corte la desestima con un pronunciamiento de interpretación conforme (*adeguatrice*), invitando al juez a seguir el *diritto vivente* existente. Con todo, si en esta última hipótesis el *diritto vivente* existente es inconstitucional, la Corte lo elimina con una decisión interpretativa estimatoria.¹²⁰ De forma que en presencia de *diritto vivente* la Corte deja de contraponer su propia interpretación a la interpretación del juez *a quo*, substituyéndola por la interpretación no inconstitucional dominante en la jurisprudencia, en especial en la de la Corte de Casación. Es decir, el TC renuncia a elegir a una de las posibles interpretaciones de la norma. En ausencia de *diritto vivente* la Corte procede a una intervención exegética sobre la norma, adecuándola a la Constitución. En consecuencia, el *diritto vivente* acaba por acarrear una disminución del campo de la sentencia desestimatoria interpretativa *corrective o adeguatrice*. No obstante, si el TC considera inconstitucional el *diritto vivente* aplicable, podrá declarar la inconstitucionalidad del precepto, aunque de la disposición pudiera hipotéticamente obtenerse interpretaciones constitucionales.¹²¹ Esta orientación, como se verá a continuación, ha cambiado en los últimos años por la expansión de la utilización de la interpretación conforme a constitución.

La doctrina del *diritto vivente* originó un considerable descenso en el número de sentencias desestimatorias interpretativas, que no obstante continuaron siendo utilizadas por la Corte, a pesar de la no aceptación por los jueces ordinarios de su vinculación interpretativa general. Este rechazo fue bastante evidente hasta fines de los años setenta, disminuyendo posteriormente, pero nunca desapareciendo. Tal realidad motivó que la Corte diera preferencia a la utilización de las decisiones interpretativas estimatorias, eligiendo de entre los posibles significados de la disposición aquel que fuera incompatible con la Constitución y declarándolo inconstitucional. Como veremos a continuación, con este cambio de estrategia el TC logró que la interpretación/norma

¹²⁰ GROPPi, T.. Hacia una justicia... op. cit. p. 498.

¹²¹ Ver, entre otros: ELIA, L. "La Giustizia Costituzionale" in *Vita Italiana*, 1985, p. 18; LA PERGOLA, A. "La Giustizia Costituzionale nel 1986" in *Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956-1989)*. Roma, 1991, p. 168; LUCIANI, M. Le decisioni processuali e... op. cit. pp. 153 y sig.; ANZON, A. Il giudice a quo e la... op.cit. pp. 1082; ZAGREBELSKY, G. La giustizia... op. cit. p. 285 y sig.; ZAGREBELSKY, G., Processo... op. cit. pp. 646 a 648. ZAGREBELSKY, G. La dottrina del diritto... op. cit.; PUGIOTTO, A. Sindacato di costituzionalit ... op. cit.

inconstitucional quedase eliminada del ordenamiento con la eficacia *erga omnes* de que carecía la sentencia desestimatoria. La disposición obviamente permanecía intacta.

A finales de la década de los ochenta la Corte logró acabar con el retraso en su calendario de trabajo, hecho que posteriormente se mostró de fundamental importancia. La "puesta al día" en el trabajo del Tribunal permitió el acortamiento del tiempo de resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad y dificultó enormemente la consolidación de una jurisprudencia en los tribunales ordinarios ("derecho vivo") capaz de servir de referencia para las decisiones del TC.¹²² La consecuencia fue el declive de la doctrina del *diritto vivente* y la pérdida de influencia de las líneas jurisprudenciales más concretizadoras de la Corte. Ello supuso que el juicio de constitucionalidad pasara a tener un carácter más marcadamente abstracto y, consiguientemente, determinó el gradual aumento del número de sentencias interpretativas adecuadoras, antes relegadas a un segundo plano.¹²³ Sin perder su característica de propuesta interpretativa (sin eficacia *erga omnes*), estas decisiones pasaron a tener un importante papel como "propuestas" indicativas de una interpretación constitucionalmente correcta de la disposición impugnada.¹²⁴ En la década de los noventa el juez ya necesitaba verificar - antes de elevar la cuestión de inconstitucionalidad - si el precepto objeto de impugnación podía eventualmente ser conservado a través de una interpretación conforme a la Constitución, hecho que posteriormente llegó a convertirse en una auténtica "doctrina". La jurisprudencia del TC comenzó a señalar claramente que el juez *a quo* tiene la obligación de tomar siempre en consideración la posible interpretación conforme de la disposición, en atención a los principios de la superioridad constitucional y de la inmediata preceptividad de la Constitución.¹²⁵ Este cambio de rumbo hacia la corresponsabilidad del Poder Judicial en

¹²² Sobre la importancia de la eliminación del retraso, ver entre otros: CARAVITA, B. Alcune riflessioni sulla... op. cit. pp. 44 y 45; D'ORAZIO, G. Il giudizio sulle leggi... op. cit. pp. 107 y sig.; GRANATA, G. "La giustizia costituzionale nel 1997" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 2104; PEGORARO, L. I rapporti della Corte costituzionale... op. cit. pp. 191 a 194; PIZZORUSSO, V. Prefacio... op. cit. p. 5; ROMBOLI, R. Introduzione al Seminario... op. cit. pp. 9 y 10; RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. Corte Costituzionale e Parlamento... op. cit. p. 67.

¹²³ ROMBOLI, R. Introduzione al Seminario... op. cit. p. 16.

¹²⁴ Ver: PEGORARO, L. I rapporti della Corte costituzionale... op. cit. pp. 185 y sig.; D'ORAZIO, G. Il giudizio sulle leggi... op. cit. pp. 105 y sig.; MARTINES, T. Diritto... op. cit. p. 598;

¹²⁵ Por ejemplo, sentencias 443/1994 y 138/1998. Ver: ONIDA, V.; D'AMICO, M. I giudizio di... op. cit. p. 151; ANZON, A. Il giudice a quo e la... op. cit. pp. 1083 y 1084; D'ORAZIO, G. Il giudizio sulle leggi... op. cit. p. 113; RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. Corte Costituzionale e Parlamento... op. cit. pp. 43 y sig.

el control de constitucionalidad si debió también al hecho de que en aquellos momentos los jueces ordinarios ya se encontraban más concienciados de la importancia de que la legislación estuviera imbuida de los valores constitucionales. La noción de que orden legal y orden constitucional en realidad hacen parte del mismo sistema y que por ello son inseparables, puso en cuestión la doctrina del *diritto vivente*, que se apoya o cuando menos busca justificarse en la separación entre estos dos órdenes.¹²⁶

La interpretación conforme a la Constitución comenzará a prevalecer sobre la doctrina del “derecho vivo” y será utilizada siempre que el TC entienda posible otra interpretación no inconstitucional del precepto legal, que había sido interpretado como inconstitucional por el remitente. En ese contexto, la presencia o no de *diritto vivente* pasa a ser irrelevante, pues toda vez que sea posible una interpretación no inconstitucional de la disposición impugnada, la Corte optará por la interpretación conforme.¹²⁷ “Sólo sucesivamente, si la interpretación inconstitucional persiste, la anula.”¹²⁸ El principio de la supremacía de la Constitución será esgrimido como argumento básico de esta nueva actitud, que buscará no permitir que el juez opte por una interpretación inconstitucional, cuando sea posible dar al precepto legal una interpretación constitucional.¹²⁹ La comprensión de que la busca de la eficacia *erga omnes*, había sido la principal responsable por la preferencia brindada por el TC a la fórmula estimatoria – sacrificando su propia libertad interpretativa –, indujo la doctrina a aceptar que la sentencia interpretativa *di rigetto* debería ser dotada de una mínima e indirecta eficacia jurídica. Y la mayoría de los autores se manifestó en el sentido de que esta se produjera en los términos de la tesis más restringida de Crisafulli.¹³⁰ Sin

¹²⁶ La valorización de los principios constitucionales en detrimento del *diritto vivente* es bastante evidente, por ejemplo, en las sentencias 232/1998 y 419/1999.

¹²⁷ En la sentencia 232/1998 el TC juzgó inconstitucional el derecho vivo, e invitó a los jueces a una interpretación conforme, afirmando que esta actuaba mejor los valores constitucionales que la declaración de inconstitucionalidad. Sobre el asunto véase ANZON, A. Il giudice a quo e la... op.cit. pp. 1082 y sig; LAMARQUE, E., Le sezioni unite penali 'si adeguano'... op. cit. pp. 1412 y sig; AMOROSO, G., L'Interpretazione 'adeguatrice' nella... op.cit. pp. 89 y sig.

¹²⁸ GROPPPI, T. Hacia una justicia... op. cit. p. 498.

¹²⁹ Sentencias 138 y 139/1998.

¹³⁰ La tesis fue expuesta anteriormente. En: CRISAFULLI, V., Ancora delle sentenze interpretative... op. cit. pp. 94 a 96. Mantienen posiciones más cercanas a la tesis de Crisafulli, autores como: ANDRIOLI, V. A proposito dei dispositivi... op. Cit. p. 182; ONIDA, V.; D'AMICO, M. I giudizio di... op. cit. p. 274; RIZZA, G. La Corte costituzionale fra... op. cit. p. 321; SANDULLI, A. M. Il giudizio sulle leggi... op. cit. p. 55; ZAGREBELSKY, G. La giustizia... op.cit. pp. 255 y sig.

embargo, sólo a finales de los años 90 la Corte pasó a emitir pronunciamientos rotundos sobre esa materia, afirmando perentoriamente que "las leyes no se declaran inconstitucionales porque sea posible darles una interpretación inconstitucional, sino porque no es posible darle una interpretación constitucional".¹³¹ Actualmente ya no restan dudas de que la admisibilidad de la Ordenanza de remisión del juez *a quo* depende de la comprobación de un tercer requisito, allende de la relevancia y de la no manifiesta falta de motivación: la imposibilidad de interpretación conforme a la Constitución.

La nueva postura de la Corte no ha supuesto un aumento de las tensiones en su relación con los jueces, puesto que la Corte de Casación ha aceptado por regla general las elecciones interpretativas del TC, incluso en lo que atañe a las sentencias interpretativas desestimatorias. Ha afirmado que cuando la solución adoptada por el TC es la única compatible con la Constitución, el juez no podrá aplicar el precepto con un sentido distinto, sin antes elevar una cuestión de inconstitucionalidad.¹³² Por lo que la Casación ha adecuado su propia jurisprudencia en el sentido de las decisiones del TC, reconociendo la preeminencia de la doctrina de la interpretación conforme sobre la del *diritto vivente*. No obstante, el tema todavía suscita algunas dificultades, como ilustra reciente disputa entre la Corte Constitucional y la Casación. Ésta, en línea con la "tradición" doctrinal italiana, no concordó con una sentencia interpretativa *di rigetto* del TC, optando por otra interpretación que a su juicio también era constitucional, lo que llevó al Constitucional a declarar que su interpretación era la única constitucional.¹³³ Para M. Esposito, el hecho de que el TC en ese caso no emitiera una sentencia estimatoria, declarando inconstitucional la disposición legislativa, significa mucho más que una cuestión atinente únicamente a la relación entre poderes u órganos. Lo que estaría en juego sería la propia tutela del derecho constitucional, función primaria hacia

¹³¹ Sentencias 356/1996; 147/1998; 65, 174 y 200/1999; y 319/2000.

¹³² Corte di Cassazione, Sez. Unite Penali 16 diciembre 1998, Alagni, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp. 1402 y sig. En la STC 350/1997 el Tribunal Constitucional esclareció que: "en presencia de *diritto vivente* no compartido por el juez *a quo* por entenderlo inconstitucional, este tiene la facultad de elegir entre la adopción, siempre consentida, de una interpretación distinta, o bien – adecuándose al derecho vivo – elevar la cuestión ante la Corte; mientras que, en ausencia de un contrario derecho vivo, el juez debe seguir la interpretación más adecuada a los principios constitucionales". En: GRANATA, G. *La giustizia costituzionale nel 1997...* op. cit. pp. 2916 y 2917.

¹³³ Cass. Pen. Sez. Un., 17 maggio 2004, n. 23016, Pezzella; Cass. Pen. Sez. Un. 19 gennaio 2000, n. 4, Musitano; Corte Cost. Ord. n. 529 de 2000; Sent. n. 292 del 1998; Cass. Pen. Sez. Un., 16 dicembre 1998, Alagni.

la cual se orienta el juicio incidental de legitimidad constitucional, significativamente llamado por Cappelletti de *jurisdicción constitucional de la libertad*.¹³⁴ Y ello porque "la actual relación entre la Corte Constitucional y el legislador registra una significativa (y preocupante) tendencia a acentuar el rito arbitral de la Consulta también en el proceso incidental".¹³⁵ Éste sería el motivo real del incremento de los pronunciamientos *di rigetto* en este tipo de proceso.¹³⁶ En otros términos, "la Corte Constitucional, en tiempos recientes, ha entendido la competencia incidental como función de arbitraje en su relación con el legislador y el poder judicial: operación sofisticada, pero susceptible de comportar un detrimento del derecho constitucional".¹³⁷ Al comentar las sentencias 198 y 233 del TC, ambas de 2003, Zagrebelsky hizo consideraciones muy próximas a las manifestadas por M. Esposito. El autor afirma que en las referidas sentencias existen efectivamente fuertes indicios de la mencionada función de arbitraje, en la medida en que la Corte ha "invitado" o "solicitado" al remitente a aceptar una interpretación diferente, en vez de decidir por sí mismo.¹³⁸ Es decir, el TC no decide tajantemente ni intenta imponerse, sino que asume un papel más conciliador, que le acerca a la función de un árbitro, poniendo de manifiesto la tendencia a reducir los impactos de sus decisiones o volver sus pronunciamientos más "dúctiles".¹³⁹

¹³⁴ En: ESPOSITO, M. "Datio in solutum: una sentenza de rigetto può costituire un equipollente di una sentenza di accoglimento?" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XLIX, Fasc. 3. Milano: Giuffrè, Maggio-Giugno, 2004, p. 1563.

¹³⁵ ESPOSITO, M. Datio in solutum... op. cit. p. 1563.

¹³⁶ El supuesto incremento se confirma pues en el año 2003, 47,29% de las decisiones en procesos incidentales de constitucionalidad fueron *di rigetto*. En el 2004 el porcentual saltó para 51,85% y después se ha mantenido relativamente estable, con 39,17% en el 2005; 35,14% en el 2006; 28,15% en el 2007; 34,52% en el 2008; y 37,77% en el 2009. Ver: *Relazioni* de los Presidentes de la *Corte Costituzionale* Zagrebelsky (2003), Onida (2004), Marini (2005), Bile (2006 y 2007), Flick (2008) y Amirante (2009). En: www.cortecostituzionale.it.

¹³⁷ ESPOSITO, M. Datio in solutum... op. cit. p. 1563.

¹³⁸ El entonces Presidente de la *Corte Costituzionale* Gustavo Zagrebelsky refería que: "con la sentenza 198 la Corte ha invitato il giudice ad abbandonare l'interpretazione meramente letterale per ricorrere a quella analogica (in assenza di diritto vivente), in nome del principio di supremazia della Costituzione. Con la sentenza 233 il rimettente è sollecitato ad accogliere una interpretazione opposta a quella da cui muove, in quanto, tra l'altro, il supposto diritto vivente contrario è stato disatteso dalla stessa Corte di cassazione con pronunce successive alla ordinanza di rimessione." En: ZAGREBELSKY, G. La Giustizia Costituzionale nel 2003, www.cortecostituzionale.it, Palazzo della Consulta, aprile 2004.

¹³⁹ En este mismo sentido: GROPPPI, T. Hacia una justicia... op. cit. pp. 499 y 500. Ver también: ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil ... op. cit.

2.2. Sentencia estimatoria interpretativa *stricto sensu*.

La sentencia estimatoria interpretativa es consecuencia directa de la propia configuración de la sentencia desestimatoria interpretativa como un pronunciamiento privado de eficacia hermenéutica general y vinculante para la judicatura. Esta característica, que, como vimos, dio lugar al fenómeno de la *doppia pronunzia*, mantendrá su protagonismo también en el estudio de la sentencia estimatoria interpretativa. Sin embargo, lo que cambiará es el contenido del debate jurisprudencial y doctrinal sobre la eficacia de estas sentencias, que se centrará en la posibilidad (o no) de declarar en el fallo la inconstitucionalidad de determinada interpretación (norma). Probablemente sea Crisafulli quien más colaboró al asentamiento teórico de la categoría. Partiendo de la escisión del precepto legal en disposición y norma, el maestro defendió la posibilidad de convertir el pronunciamiento desestimatorio interpretativo en una sentencia estimatoria interpretativa, puesto que ambas inciden sobre normas, dejan el texto legal inalterado y su fallo está condicionado por una determinada interpretación adoptada por la Corte en su motivación. La transformación del sentido del fallo solucionaría así el problema de la no aceptación de la vinculación a la sentencia desestimatoria interpretativa por parte de los jueces ordinarios.¹⁴⁰ Una posición fundada

¹⁴⁰ Sobre ese asunto es imprescindible ver: CRISAFULLI, V., "Disposizione (e norma)" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, 1964, pp. 195 y sig. Además, del mismo autor: Le sentenze 'interpretative' della ... op. cit. pp. 1 a 22; Ancora delle sentenze interpretative di... op. cit. p. 95; Le funzioni delle... op. cit. p. 230. Y además, entre otros: GIANNINI, M.S. Alcuni caratteri della giurisdizione... op. cit. pp. 902 y sig. La distinción entre disposición y norma está en la base de la interpretación conforme a la Constitución en Alemania. Ver, entre otros: SKOURIS, W. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973, pp. 92 y sig.; HESSE, K. "Concepto y cualidad de la Constitución" en *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 53; SACHS, M. "Teilnichtigkeitsklärung: Von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht" in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1979, pp. 389 a 393. En Portugal, la Ley nº 28/82, art. 80º, nº 3 (Ley del Tribunal Constitucional), dispone textualmente: "en el caso del juicio de constitucionalidad o de legalidad del precepto - que la decisión recurrida haya aplicado o rehusado aplicar - fundándose en su interpretación, el precepto deberá ser aplicado con tal interpretación en el proceso en causa". Con posiciones díspares sobre esta ley, ver: MIRANDA, J. *Manual de Direito...* op. cit. VI, pp. 75 y 76; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões...* op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007); CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 3. ed. op.cit. pp. 1295 y 1296;

en el hecho de que la eficacia de la sentencia desestimatoria interpretativa está limitada al juicio *a quo*, pudiendo generar a los demás jueces no acordes con la interpretación del TC - como máximo -, una obligación de plantearle una cuestión de inconstitucionalidad. Un problema que no tiene la sentencia estimatoria interpretativa, que excluye una o más normas de la disposición, con efecto *erga omnes*. Esta diferencia básica hace con que no sean exactamente intercambiables, como advierte Crisafulli: "*non sono quindi tranquillamente intercambiabili, poiché diversi ne sono gli effetti giuridici*".¹⁴¹ No obstante, será la diferencia en los efectos el aspecto fundamental para la aceptación de la sentencia estimatoria interpretativa por los órganos del Poder Judicial. Como se vio anteriormente, la polémica STC 26/1961 fue el primer pronunciamiento estimatorio interpretativo y se trató de una respuesta de la Corte a los jueces ordinarios, que insistían en aplicar una determinada interpretación de un artículo de ley, considerada inconstitucional por la Corte en una sentencia desestimatoria interpretativa anterior (STC 8/1956).¹⁴²

Inicialmente Crisafulli justificaba la diferenciación que hacía entre sentencia estimatoria parcial y sentencia estimatoria interpretativa, afirmando que la primera anula parte del texto legal (disposición) y la segunda exclusivamente normas (uno o más significados del texto). Sin embargo, algunos autores identificaban la sentencia desestimatoria interpretativa como resultante de interpretaciones alternativas y contradictorias (y, por lo tanto, transformables en estimatorias interpretativas). Por ello, cuando esta alternatividad no existía, preferían incluir tal decisión entre las sentencias de estimación parcial, aun cuando no incidiera en el texto.¹⁴³ Crisafulli entendía que esta

CANOTILHO, J.J.G. y MOREIRA, V. Fundamentos da... op. cit. pp. 270 y 271; MEDEIROS, R., A decisão de... op. cit. pp. 386 y 387. En Brasil, la distinción es aceptada consensualmente y la interpretación conforme a la Constitución está prevista en ley (Ley 9868, art. 28, párrafo único). Ver, entre otros: BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 189; MENDES, G. F. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 295; BITTENCOURT, *O controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 93 a 95; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle de... op. cit. p. 298.

¹⁴¹ CRISAFULLI, V., Le sentenze 'interpretative' della ... op. cit. p. 15. MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. La giustizia... op. cit. p. 434.

¹⁴² STC 26/1961 (Papaldo): "*Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 773, nei sensi e nei limiti indicati nella motivazione.*" La motivación: "*È, dunque, da ritenere che l'illegittimità dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, intesa questa espressione nei sensi sopra indicati.*"

¹⁴³ Pizzorusso, como se verá a continuación, fue el más notorio de esos autores. Ver: PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op. cit. pp. 375 y 376.

distinción era inútil. Con todo, puesto que muchas de las llamadas sentencias estimatorias parciales eliminaban exclusivamente normas, conservando la disposición, el maestro amplió su concepto de sentencia estimatoria interpretativa para abarcar cualquier pronunciamiento estimatorio que actuase sobre la norma, pasando a referirse a partir de ahí a una categoría general de sentencias estimatorias interpretativas.¹⁴⁴ Posteriormente, evoluciona en su posición, reconociendo que las sentencias que eliminan normas integrantes de una disposición (y no interpretaciones alternativas) pertenecen a la categoría de la sentencia estimatoria interpretativa, pero tienen características que las diferencian, razón porque la doctrina las ha denominado manipulativas.¹⁴⁵ En suma, a través de la sentencia estimatoria interpretativa - en sentido estricto - la Corte elige y declara la inconstitucionalidad de una interpretación entre las interpretaciones alternativas posibles de una misma disposición. La denominación sentencia manipulativa quedará reservada a aquellas situaciones en que la Corte declara inconstitucional una parte del contenido normativo complejo o conjuntamente derivado del precepto legal.

Pizzorusso, por su parte, no encontrará obstáculos para que el TC juzgue y declare la inconstitucionalidad de normas en el dispositivo de la sentencia, siempre que se trate de una sentencia estimatoria parcial (manipulativa). Es decir, siempre que el pronunciamiento separe normas extraídas de un único texto, "distinguibles por el hecho de regular distintos supuestos de hecho abstractos o efectos jurídicos diversos". Pero, "cuando de una misma proposición normativa se recaba más de una norma, sobre la base de divergentes orientaciones interpretativas", es decir, cuando la sentencia sea estimatoria interpretativa en sentido estricto, entiende que la inconstitucionalidad no podrá constar en el fallo, sino en la motivación.¹⁴⁶ De ello se deduce, continúa Pizzorusso, "que las sentencias estimatorias parciales incorporan correctamente al dispositivo la determinación de la norma objeto de la decisión. En el caso de una hipotética sentencia estimatoria interpretativa *stricto sensu* la interpretación rechazada no tendría cabida en el fallo, ya que no tiene una autonomía real respecto al razonamiento

¹⁴⁴ CRISAFULLI, V., Le sentenze 'interpretative' della ... op. cit. p. 16. Posición también defendida, entre otros, por Vignudelli y Silvestre aunque con otra finalidad. En: VIGNUDELLI, A. La Corte delle leggi... op. cit.; SILVESTRI, G. Le sentenze normative della... op. cit.

¹⁴⁵ CRISAFULLI, V. Lezioni ... op. cit. pp. 402 y sig.

¹⁴⁶ PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op. cit. pp. 375 y 376.

global que ha conducido a la decisión." Y ello porque, mientras en la sentencia estimatoria parcial (manipulativa) las distintas normas derivan de manera conjunta o compleja del texto, operando contemporáneamente, en la estimatoria interpretativa operan alternativamente, pues las normas contrastantes no pueden aplicarse de forma simultánea al mismo supuesto de hecho.¹⁴⁷ De ahí que en el fallo de la sentencia estimatoria parcial (manipulativa) normalmente se afirme que el precepto es inconstitucional *en la parte en que...*, mientras en la estimatoria interpretativa en sentido estricto la redacción - más usual en la motivación - afirme que el precepto es inconstitucional *en cuanto sea aplicable...*, como en el fallo de la sentencia 52/1965¹⁴⁸, o *si se interpreta...*, como en los fallos de las sentencias 395/2008 y 78/2007.¹⁴⁹

El uso de la sentencia estimatoria interpretativa generó multitud de críticas en la doctrina. El propio Pizzorusso consideraba simplemente imposible que una decisión en la cual el TC optaba por determinada interpretación y excluía otra, pudiera tener los mismos efectos vinculantes y *erga omnes* de una sentencia estimatoria. Según él, la norma afectada por una sentencia estimatoria ya no puede ser interpretada, una vez que deja de ser jurídicamente relevante.¹⁵⁰ Silvestri, por su parte, cuestiona incluso la

¹⁴⁷ Alessandro Pizzorusso esclarece que "mientras en la inconstitucionalidad parcial cualitativa las diferentes normas que se extraen de la disposición 'pueden operar *contemporáneamente*, pues regulan *fattispecie* diversas o determinan efectos independientes', en la interpretación conforme a la Constitución 'las diferentes normas que resultan de las interpretaciones contrastantes están destinadas a operar *alternativamente*'." En: PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op. cit. pp. 387-392. Con plantamientos muy semejantes: ZAGREBELSKY, G., Processo... op. cit. pp. 651 y sig.; CERRI A. Corso di giustizia... op. cit. pp. 94 y 95; ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones... op. cit.; MARTINES, T. Diritto... op. cit. p. 599; MODUGNO, F. "La giurisdizione costituzionale" in *La Costituzione italiana (Il disegno originario e la realtà attuale)*. Milano, 1980, p. 101.

¹⁴⁸ Sentencia 52/1965 (Castelli Avolio): *dichiara* in riferimento all'art. 24 della Costituzione, la illegittimità costituzionale dell'art. 392, primo comma, del Codice di procedura penale nella parte in cui, con l'inciso "**in quanto sono applicabili**", rende possibile non applicare all'istruzione sommaria le disposizioni degli artt. 304 bis, 304 ter e 304 quater dello stesso Codice.

¹⁴⁹ En la sentencia 395/2008 la Corte Constitucional declaró la "illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 4, del codice di procedura penale, **ove interpretato nel senso che** gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), cod. proc. pen., e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate".

En la sentencia 78/2007 la Corte Constitucional declaró la "illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), **ove interpretati nel senso che** allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misurerealternative da essi previste".

¹⁵⁰ PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op. cit. pp. 377 a 382.

distinción entre disposición y norma, afirmando que la norma no es más que la disposición interpretada, por lo que a cada disposición solo puede corresponder – en el momento de su aplicación – una sola norma. Califica, por lo tanto, de absurdo, el hecho de que la emisión de una sentencia interpretativa suponga la coexistencia de facto de dos interpretaciones (una constitucional y otra inconstitucional).¹⁵¹ Por otro lado, Montesano ni siquiera consideraba verdaderamente estimatoria la sentencia interpretativa, sino más bien un intento apenas disfrazado de dotar a la interpretación de la Corte de una fuerza vinculante *erga omnes*. La anulación *erga omnes* de una determinada interpretación sería incompatible con su verdadera naturaleza de pronunciamiento desestimatorio y adecuador de facto.¹⁵² Otros autores invocarán razones de derecho positivo para rechazar la categoría. Guarino entiende que la imposición de determinada interpretación no objeto de examen contradice el principio dispositivo¹⁵³, y Pierandrei señala que la regulación sobre la jurisdicción constitucional obliga a que la declaración de inconstitucionalidad tenga como objeto exclusivamente el texto normativo y que, por razones de certeza o seguridad jurídica, la anulación debe de ser clara y taxativa.¹⁵⁴

Semejantes observaciones críticas sobre la validez y la eficacia de la sentencia estimatoria interpretativa en sentido estricto, llevarán Rizza a defender que la eficacia de dicha tipología no puede depender de su acatamiento voluntario por parte de los jueces y de la administración, puesto que ello equivaldría a reducirla a una mera influencia sin valor jurídico relevante, equiparándola de hecho a la sentencia desestimatoria interpretativa, de cuya falta de eficacia nacería la nueva categoría. Al igual que la sentencia estimatoria que incide directamente en la disposición, lo que

¹⁵¹ SILVESTRI, G. *Le sentenze normative della...* op. cit. p. 775. Ver también: ASCARELLI, T. *Giurisprudenza Costituzionale e...* op. cit. pp. 350 y sig.; LAVAGNA, C. "Sulle sentenze 'aditive' della Corte costituzionale" in *Giurisprudenza Italiana*, 1969, pp. 146 y 147.

¹⁵² MONTESANO, L. "Sulle sentenze di incostituzionalità 'interpretative'" in *Giurisprudenza Italiana*, 1969, pp. 100 y sig. El criterio de la divisibilidad de la disposición en varias normas, algunas de las cuales serán declaradas ilegítimas, para utilizar la sentencia estimatoria parcial, y de la indivisibilidad, para emitir la sentencia estimatoria interpretativa, está en: MONTESANO, L. "Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norme" in *Rivista di Diritto Processual*, 1963, pp. 21 y sig. En el mismo sentido: BRANCA, G. "L'Illegittimità parziale nelle sentenze della Corte costituzionale" in *La Giustizia Costituzionale*, Firenze, 1966, p. 58. Ver también: ANDRIOLI, V. *Motivazione e dispositivo nelle...* op. cit. pp. 118 y sig.

¹⁵³ GUARINO, A. "Le sentenze costituzionali "manipolative" in *Studi in onore de Gioacchino Scaduto*, Vol IV, Padova:Cedam, 1970, p. 353, op. cit. p. 440.

¹⁵⁴ PIERANDREI, F. *Corte Costituzionale...* op. cit. pp. 966 y 967.

constituirá dogmáticamente la estimatoria interpretativa es la anulación de la “norma” - con eficacia *erga omnes* - y la consiguiente vinculación a los jueces, que no podrán así aplicar la ley en su sentido inconstitucional (art. 136 CI y art. 30 Ley 87/1953).¹⁵⁵ Una eventual "rebelión" de la magistratura contra la sentencia estimatoria interpretativa inutilizaría *la via italiana alla certezza costituzionale*.¹⁵⁶ Esta, subraya Martín de la Vega, "consiste en servirse del carácter reversible de la sentencia desestimatoria interpretativa para convertirla en una sentencia estimatoria del mismo tipo, lo que permite conseguir, a través de las *doppie pronunzie* y de la eficacia *erga omnes* de la forma estimatoria, resultados parecidos a los obtenidos por otros sistemas europeos en la búsqueda de la aquiescencia de los jueces, y todo ello sin necesidad de recurrir a medidas más incisivas (por ejemplo, la vinculatoriedad de todo tipo de sentencias)".¹⁵⁷

Quizás por ello, la facultad de la Corte para anular interpretaciones deducibles de la disposición con eficacia *erga omnes* ha sido acatada mayoritariamente por los jueces y la doctrina.¹⁵⁸ En todo caso, el apaciguamiento de gran parte del debate relativo a la eficacia de esas sentencias se debe al consenso tácito que las dos Cortes - Constitucional y Casación - lograron conseguir en los años setenta a través de la doctrina del *diritto vivente*. Como se vio anteriormente, gracias a ella el TC pasó a respetar la *praxis* interpretativa consolidada de la magistratura ordinaria y la Casación pasó a aceptar la fuerza vinculante de las sentencias estimatorias interpretativas y manipulativas en sus diversas formas.¹⁵⁹ El respeto al “derecho vivo” llevó prácticamente a la sustitución de la sentencia estimatoria interpretativa en su acepción estricta (anulación de una interpretación alternativa de la norma), por la sentencia estimatoria parcial o manipulativa (anulación o "construcción" de parte del contenido normativo de la disposición). Por su parte, la vinculación a la interpretación afirmada por la jurisprudencia ordinaria, privó en gran medida de libertad interpretativa a la

¹⁵⁵ RIZZA, G. La Corte costituzionale fra politica... op. cit. pp. 327 y 328.

¹⁵⁶ ELIA, L. "Sentenze 'interpretative' di norme costituzionali e vincolo dei giudici" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pp. 1719-1722.

¹⁵⁷ MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 183.

¹⁵⁸ ZAGREBELSKY, G., *Processo*... op. cit. p. 653; MODUGNO, F., *La Corte costituzionale italiana*... op. cit. p. 564 y sig.

¹⁵⁹ En otras palabras, el TC deja de imponer su interpretación cuando son posibles una o más interpretaciones constitucionales de determinada disposición y una de ellas proviene del *diritto vivente*. En cambio, si la Corte considera el derecho vivo inconstitucional, lo considerará incorporado al texto normativo y lo declarará *tout court* inconstitucional, debiendo la decisión ser plenamente acatada por toda la magistratura ordinaria.

Corte, pero la "certeza" proporcionada por la norma oriunda del *diritto vivente* le permitió al TC declarar la inconstitucionalidad *erga omnes*, con plena aceptación por parte de la magistratura.¹⁶⁰ Una situación que solo ha cambiado en los últimos años, como vimos, con la consolidación de una verdadera doctrina de la interpretación conforme, que ha dado un mayor protagonismo a los jueces ordinarios e incrementado de nuevo el número de sentencias desestimatorias.¹⁶¹

¹⁶⁰ Ver, entre otros: ZAGREBELSKY, G. "La dottrina del diritto vivente... op. cit. pp. 99-104; ZAGREBELSKY, G. La giustizia... op. cit. p. 285 y sig.; ZAGREBELSKY, G., Processo... op. cit. pp. 646 a 648; MARTINES, T. Diritto... op. cit. p. 599; GROPPi, T.. Hacia una justicia... op. cit. p. 498; ELIA, L. La Giustizia Costituzionale... op. cit. p. 18; LA PERGOLA, A. La Giustizia Costituzionale nel 1986... op. cit. p. 168; LUCIANI, M. Le decisione processuale e... op. cit. pp. 153 y sig.; ANZON, A. Il giudice a quo e la... op.cit. pp. 1082; PUGIOTTO, A. Sindacato di costituzionalità... op. cit.; CRISAFULLI, V. Questioni in tema di... op. cit. pp. 929 y sig. CARNELUTTI, F. Poteri della Corte... op. cit. pp. 349 y sig.

¹⁶¹ Ver, entre otros: ANZON, A. Il giudice a quo e la... op.cit. pp. 1082 y sig; LAMARQUE, E., Le sezioni unite penali 'si adeguano'... op. cit. pp. 1412 y sig; AMOROSO, G., L'Interpretazione 'adeguatrice' nella... op.cit. pp. 89 y sig.; GROPPi, T. Hacia una justicia... op. cit. p. 498. De hecho, las sentencias 395/2008 y 78/2007, citadas anteriormente, fueron las únicas estimatorias interpretativas emitidas por la Corte Constitucional en estos dos años. En el 2009 la Corte emitió una sentencia desestimatoria interpretativa (276) y diez formalmente no interpretativas, pero que contenían informaciones sobre la interpretación constitucional en la motivación (29, 141, 197, 238, 311, 321, 56, 217, 264 y 180). En el 2008 tres presentaron un fallo típico de decisión desestimatoria interpretativa (2, 165 y 308) y cinco formalmente no interpretativas, pero materialmente sí (136, 272, 31, 337, 356). En el 2007, dos sentencias desestimatorias interpretativas (379 y 403) y cuatro materialmente interpretativas (54, 109, 183 y 237). Datos retirados de los informes anuales de los presidentes Bile (2007), Flick (2008) y Amirante (2009). En: www.cortecostituzionale.it .

3. LAS SENTENCIAS MANIPULATIVAS.

La enorme, diversificada, creativa y - al fin y al cabo - confusa tipología de sentencias creada por la literatura jurídica italiana se enriquece aun más en el campo de las sentencias estimatorias interpretativas. Hay autores, como Zabrebelsky, que distinguen la sentencia estimatoria interpretativa de la sentencia estimatoria parcial. Así, denomina genéricamente sentencia estimatoria interpretativa a aquella que declara la inconstitucionalidad de un determinado significado de la disposición, usualmente referido en la motivación, reservando la expresión sentencia manipulativa¹⁶² a aquella que, además de contener una declaración de inconstitucionalidad, modifica el significado de la ley. Esta última puede ser estimatoria parcial (en relación al contenido normativo complejo, es decir, *stricto sensu*), aditiva y sustitutiva.¹⁶³ Sin embargo, para Pizzorrusso toda sentencia estimatoria interpretativa es estimatoria parcial o manipulativa. Se incluirían en ese concepto la decisión que elige entre interpretaciones

¹⁶² Se ha atribuido a Elia la creación del término. En: ELIA, L. Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria" in *Rivista Italiana di diritto e processo penal*, 1965, p. 362. La doctrina pronto asumió el término: SANDULLI, A.M. *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, p. 58; GUARINO, "Le sentenze costituzionali 'manipolative'" in *Diritto e giurisprudenza*, 1967; RESCIGNO, U. "Riflessioni sulle sentenze manipolative da un lato e sulla delimitazione della questione di costituzionalità dall'altro, suggerite dalla sentenza n. 139 del 1989" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, p. 654; ZAGREBELSKY, G. *Processo Costituzionale...* op. cit. p. 651.

¹⁶³ ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale...* op. cit. pp. 295 y sig.

alternativas, la acumulativa o aditiva, la sustitutiva y la sentencia-delegación.¹⁶⁴ Romboli considera la sentencia estimatoria interpretativa una especie de reverso de la sentencia desestimatoria interpretativa y denomina sentencia estimatoria parcial a aquella que elige la norma inconstitucional entre las deducibles de una disposición. La diferencia entre ésta y la sentencia estimatoria interpretativa no queda suficientemente clara, pero la sentencia manipulativa sería genéricamente la que modifica o integra el alcance normativo de la disposición.¹⁶⁵ Para Cerri la sentencia manipulativa es la categoría más general, que abarca la sentencia estimatoria interpretativa (que declara la inconstitucionalidad de una entre varias interpretaciones alternativas), la sentencia estimatoria parcial (que declara la inconstitucionalidad de una parte del significado o contenido normativo complejo), la aditiva y la sustitutiva.¹⁶⁶

Para otros autores, como Guarino, las expresiones sentencia manipulativa y sentencia estimatoria parcial engloban o sustituyen al de sentencia estimatoria interpretativa. El TC dictaminaría una sentencia manipulativa cuando declarase ilegítimos uno o más de los significados contenidos o deducibles de la disposición legal, que permanecería intacta.¹⁶⁷ Onida y D'Amico, Mortati y Rizza, entre otros, tienen opiniones semejantes.¹⁶⁸ Vergottini, por otro lado, incluye entre los pronunciamientos manipulativos, además de la sentencia aditiva y de la sustitutiva, la sentencia legislativa o paralegislativa, así llamada por ser una sentencia-orientación, es decir, que establece los parámetros que tendrán de ser respetados en el futuro por el legislador.¹⁶⁹ Así que, de forma hasta cierto punto sorprendente, Vergottini incluye entre las manipulativas las admoniciones al legislador (*moniti*).¹⁷⁰ Hay todavía muchas denominaciones más, pero, en ese paso, es posible decir que el sistema italiano, particularmente en el ámbito de las sentencias estimatorias interpretativas, es como si

¹⁶⁴ PIZZORRUSO, A. "Las sentencias 'manipulativas' del Tribunal Constitucional italiano" in *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 286 y sig.

¹⁶⁵ ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones ... op. cit. pp. 63 y sig.

¹⁶⁶ CERRI A. *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994. pp. 118 y sig.

¹⁶⁷ GUARINO, A. "Le sentenze costituzionali ... op cit. p. 353.

¹⁶⁸ ONIDA, V.; D'AMICO, M., Il giudizio di costituzionalità... op. cit.; MORTATI, C. *Istituzione di Diritto Pubblico*, t. II, Padova, 1976; RIZZA, G. La Corte costituzionale fra... op. cit.

¹⁶⁹ VERGOTTINI, G. de, *Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam, 1997, pp. 643 y sig.

¹⁷⁰ Ruggeri y Spadaro dividen las sentencias manipulativas en "el espacio" y en "el tiempo", y tambien incluyen las admoniciones en estas últimas. En: RUGGERI, A.; SPADARO, A. Lineamento di giustizia... op. cit. pp. 139 y sig. y pp. 148 y sig.

fuera un inmenso abanico, que alberga una infinidad de denominaciones no siempre demasiado coherentes.

Como vimos anteriormente, el intento del TC de imponer sus interpretaciones conformes a Constitución a través de las sentencias desestimatorias interpretativas fue ampliamente contestado por los jueces ordinarios debido a su carencia de eficacia *erga omnes*.¹⁷¹ El intento posterior de la Corte por imponer sus opciones interpretativas a través del mecanismo de la *doppie pronunzie* dio lugar a la sentencia estimatoria interpretativa. Sin embargo, el encuadramiento de toda sentencia que afectara únicamente al contenido normativo de la disposición en la categoría de sentencia estimatoria interpretativa - preconizada por Crisafulli -, conllevó la necesidad de distinguir entre sentencia estimatoria interpretativa en sentido estricto (que presupondrá interpretaciones alternativas) y sentencia estimatoria parcial (anulación parcial del contenido normativo).¹⁷² La primera tipología pareció sucumbir ante el advenimiento de la doctrina del *diritto vivente*, pero la segunda – la del pronunciamiento estimatorio parcial – será ampliamente utilizado por la Corte, siendo actualmente más conocida por sentencia manipulativa (también modificativa, aditiva etc.), que puede ser de tipo aditivo, sustitutivo y reductor o de estimación parcial *stricto*

¹⁷¹ Ver, entre otros: MODUGNO, F. Ancora sui controversi ... op. cit p. 17.

¹⁷² Alternativamente o contemporáneamente, como diría PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni ... op. cit. pp. 387-392; Ver también: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 216 y 217. En Alemania, algunos autores consideran que la interpretación conforme a la Constitución sirve para excluir los sentidos de la ley que la tornan inconstitucional y, por tanto, opera como decisión de inconstitucionalidad parcial cualitativa. Ver: MUTIUS, A. "Allgemeine Bindungswirkung verfassungskonformer gesetzesinterpretation durch das Bunderverfassungsgericht" in *Verwaltungs Archiv*, 1976, pp. 408 y sig; BETTERMAN, K.A. *Die Verfassungskonforme Auslegung – Grenzen und Gefahren*. Heidelberg, 1986, pp. 10 y sig.; MOENCH, C. *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977, p. 19; BURMEISTER, J. *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*. Berlin-Frankfurt a.M., 1966, pp. 120 y sig.; SKOURIS, W. Teilnichtigkeit von... op. cit. pp. 108 y 109; VOGEL, K. "Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht" in STARCK, C. (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, v. 1, p. 568. En Portugal Rui Medeiros admite las afinidades entre esos dos tipos de decisión, pero no acepta que haya identidad entre ellos. "La ley o la parte de la ley objeto de una interpretación conforme a la Constitución no es una ley inválida: la decisión interpretativa no se traduce en una decisión de inconstitucionalidad (aunque parcial) de la ley, limitándose a alejar el sentido o sentidos resultantes de la adopción de un determinado proceso de interpretación de la ley". En: MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 318. En Brasil Luís Barroso defiende abiertamente la equivalencia de estas dos modalidades de decisión: BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 48. Amaral Júnior defiende la distinción: AMARAL JÚNIOR, J.L.M do. "Da necessária distinção entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto" in *Jus Navigandi*, año 2, n. 2. Teresina, abril 1998, (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=132>). Para un análisis general, ver: MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*... op. cit. pp. 293 y sig.

sensu. Estas sentencias surgen de la constatación de que la anulación de un precepto legal puede dar lugar a consecuencias tan inconstitucionales, como su pervivencia en desacuerdo con la Constitución. Son por lo tanto, una alternativa a la declaración de inconstitucionalidad simple de un precepto legal cuyo contenido normativo dice más, dice menos o, incluso, dice lo que no debería, para ser considerado constitucional.

Tras un principio polémico y controvertido en que fueron criticadas principalmente por la magistratura, que se resistía aceptar sus efectos *erga omnes*, las sentencias manipulativas están actualmente consideradas como un rasgo característico de la jurisdicción constitucional italiana.¹⁷³ La propia Corte Constitucional dejó claro en la clásica sentencia 62/1971, que negarles eficacia general "no sólo comporta una violación del orden constitucional competencial... sino que causaría un grave y peligroso perjuicio a la efectiva operatividad de la suprema garantía dispuesta en la Constitución". Al igual que la sentencia estimatoria interpretativa en sentido estricto, la manipulativa no suprime el texto, sino que sólo excluye una norma contenida en el mismo, pero *en cuanto que o en la medida que el mismo deja de regular o regula de forma diferenciada* un supuesto que, por eso, resta contrario a la Constitución. Esas sentencias pueden ampliar la norma, adicionar un nuevo elemento al régimen de un texto juzgado parcialmente inconstitucional, o incluso sustituir un régimen jurídico por otro. El incremento de su uso no se debe apenas a los condicionamientos técnico-jurídicos analizados anteriormente¹⁷⁴, sino también a otros de índole político-

¹⁷³ Las sentencias manipulativas pasaron a representar, ya en el los años ochenta, más del 55% de las sentencias estimatorias del control incidental. La tendencia entonces esbozada se ha confirmado en los años siguientes y, incluso, en años recientes (2009: 74,19%; 2008: 59,09%; 2007: 80,55; 2006: 53,33%; 2005: 81,25%; 2004: 78,26%). Ver: *Relazioni* de los Presidentes de la *Corte Costituzionale* Onida (2004), Marini (2005) Bile (2006 y 2007), Flick (2008) y Amirante (2009). En: www.cortecostituzionale.it.

Elia considera la sentencia manipulativa una "solución italiana" alternativa a las ofrecidas por el derecho comparado. En: ELIA, L. *Le sentenze additive e la piú recente...* op. cit. pp. 305 y sig. Modugno afirma que ella es el "punto crucial" de la obra de la Corte. En: MODUGNO, F. *La Corte costituzionale italiana oggi...* op. cit. p. 30. El incremento de este tipo de sentencias fue constatado por Modugno en: MODUGNO, F. *Ancora sui controversi rapporti...* op. cit. p. 100. En mediados de la década de los 60 Sandulli sustentaba que las sentencias manipulativas indicaban un "*nuovo corso*" a la jurisdicción constitucional italiana. En: SANDULLI, A. M. *Il giudizio sulle leggi...* op. cit. p. 64. Mortati estudia la solución aditiva ante las omisiones del legislador. En: MORTATI, C. "Appunti per un studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore" in *Foro Italico*, V, 1970, pp. 172 y sig. Un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre las sentencias manipulativas como rasgo característico de la jurisdicción constitucional italiana puede ser encontrada en: MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional en Italia...* op. cit. pp. 223 y sig.

¹⁷⁴ Fundamentalmente la rigidez del art. 136 CI, que tan solo prevé que la sentencia declare la inconstitucionalidad del precepto legal, con efectos *erga omnes*, y la total ausencia de

institucionales. Entre estos, el hecho de que la nueva Constitución italiana fuera fuertemente programática, lo que implicaba un desarrollo necesariamente progresivo; un ordenamiento legal heredado de un régimen autoritario, falto de nuevas leyes en consonancia con la democracia; y un Parlamento que contribuía a la parálisis del sistema por tardar en desarrollar las reglas y principios de la nueva Constitución, y en sustituir la legislación preexistente. Y todo ello en un contexto en el que el control de constitucionalidad de la ley por la vía incidental obliga al TC a intervenir en situaciones muy concretas, en las cuales están en juego intereses y problemas inmediatos de las personas, que muchas veces no pueden esperar la ley reformadora del Parlamento, que tratará de superar las omisiones legales.¹⁷⁵

De ahí que muchos autores consideren que la inercia del legislador - uno de los principales argumentos utilizados para justificar el uso de las sentencias manipulativas - tan solo confirmaría que esta actuación de la Corte es equiparable a la del legislador positivo. Dado que en esas sentencias el TC no se limita a anular los preceptos tenidos por inconstitucionales, limitándose a la función de “legislador negativo”, le acusan de invadir la competencia de legislar atribuida por la Constitución al Poder Legislativo. Como la Corte manipula directamente el contenido normativo de la ley – integrándola o modificándola - para adecuarla a la Constitución, habría en estas sentencias en realidad una reconstrucción de la ley.¹⁷⁶ Entre los muchos críticos a esta

regulación de los efectos de los pronunciamientos de la Corte. El corolario de esta parquedad normativa fue el fracaso de la sentencia desestimatoria interpretativa en su intento de vincular otros jueces, más allá del juicio *a quo*, y el surgimiento de un paralelismo entre esta y la sentencia estimatoria interpretativa, que por afinidad desembocará en la sentencia de estimación parcial (manipulativa). Ver: MODUGNO, F., *La Corte costituzionale italiana oggi...* op. cit. p. 518; CRISAFULLI, V., *Le sentenze 'interpretative' della ...* op. cit. pp. 11 y 12; GUARINO, A. *"Le sentenze costituzionali ..."* op. cit. p. 434; SILVESTRI, G. *Le sentenze normative della...* op. cit. pp. 761 y sig.; ELIA, L. *Le sentenze additive e la piú recente...* op. cit. p. 307.

¹⁷⁵ Onida resume la situación así: “la Corte Constitucional y la magistratura han ido adquiriendo un papel más importante a medida que se confirmaba la sensación de una incapacidad de intervención orgánica del legislador; convirtiéndose por tanto en destinatarios no secundarios de aquella demanda de adecuación”. ONIDA, V. “L’attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale” in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV. Milano, 1977, pp. 505 y 506. También así: RODOTÀ, S. *La svolta 'política' della Corte...* op. cit. p. 395. Elia se refiere a una inercia “cualificada” del Parlamento. En: ELIA, L. *Le sentenze additive e la piú recente...* op. cit. pp. 305 a 307. Spadaro habla en “una especie de ‘instancia de apelación’ en la que es posible corregir y perfeccionar el ya de por sí complejo y largo trabajo de mediación realizado por el legislador”. En: SPADARO, A. “Di una Corte che non si limita ad ‘annullare’ le leggi, ma ‘corregge’ el legislatore e, dunque, ‘scrive’ - ...o ‘riscrive’ per intero – le leggi (il caso emblemático della giurisprudenza normativa sulle adozioni)” in *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*. Milano, 2000, p. 359.

¹⁷⁶ Ver: GUASTINI, R. *La ‘constitucionalización’ del...* op. cit. p. 65.

tipología¹⁷⁷ está Silvestri, que califica su uso de exceso de poder y de modificación tácita de la Constitución (abrogación del art. 136 CI).¹⁷⁸ Vignudelli, por su parte, aunque reconozca la existencia del fenómeno de las sentencias manipulativas, no comparte su fundamentación, entendiendo que la parte creativa que estas conllevan debería quedar reducida exclusivamente a la “mera influencia”.¹⁷⁹ Una posición que le pone en línea con lo defendido por Zagrebelsky¹⁸⁰ o Picardi.¹⁸¹

Partiendo de estudios realizados por Montesano y Branca, que tratan la omisión como una exclusión de determinada norma¹⁸², Mortati realizará uno de los estudios más influyentes sobre las omisiones del legislador, apartándolas del concepto de mera laguna. Para este autor la omisión legislativa relativa representa en realidad el

¹⁷⁷ Entre otros, son críticos al uso de las sentencias manipulativas: DUNI, G. "L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa" en *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milán: Giuffrè, 1989, pp. 573 a 575; LANZILLO, R. Poteri creativi della Corte... op. cit. pp. 668 y 669; VIGNUDELLI, A. La Corte delle leggi... op. cit. pp. 177 y sig.; RIZZA, G. La Corte costituzionale fra... op. cit. p. 322; SILVESTRI, G. Le sentenze normative della... op. cit. pp. 763 y sig.; ZAGREBELSKY, G. "La Corte costituzionale e il legislatore" in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 105. Aja y González Beilfuss advierten que "el argumento de la inercia del legislador, que se utiliza a menudo para justificar las sentencias intermedias unilaterales (al margen de que sea cierta), es la mejor demostración de que los Tribunales Constitucionales están realizando efectivamente una función de legislador positivo." AJA, E.; GONZÁLEZ BEILFUSS, M. "Conclusiones Generales" en AJA, E (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 278 - 279. Posición muy cercana a ésta es defendida en Portugal por MEDEIROS, R. A decisão de... op. cit. pp. 509 y sig. En Alemania, Ehmke y Hesse entienden que la interpretación conforme en su concepción original posibilita recoger del texto legal un sentido constitucional, conservando la integridad de la ley, pero no contiene "una delegación al Tribunal para que mejore o perfeccione la ley." Ver: EHMKE, H. "Prinzipien der Verfassungsinterpretation" in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963, p. 53, HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. ed. Heidelberg, 1988, p. 31. En Brasil, el STF define la interpretación conforme a Constitución como la "técnica de control de constitucionalidad que encuentra el límite de su utilización en el radio de las posibilidades hermenéuticas de extraer del texto una significación normativa harmónica con la Constitución". ADI 3046, Sepúlveda Pertence, j. 15/04/2004, DJ 28/05/2004. Gilmar Mendes explica que ella puede ocurrir "siempre que determinada disposición legal ofrezca diferentes posibilidades de interpretación, siendo algunas de ellas incompatibles con la Constitución". En: MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 287. En el mismo sentido: BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 189.

¹⁷⁸ SILVESTRI, G. Le sentenze normative della... op. cit. pp. 765 y sig.

¹⁷⁹ VIGNUDELLI, A. La Corte delle leggi... op. cit. pp. 177 y sig.

¹⁸⁰ ZAGREBELSKY, G. La Corte costituzionale e il legislatore... op. cit. pp. 105 y sig.; ZAGREBELSKY, G. *Processo Costituzionale...* op. cit. pp. 684 y sig.

¹⁸¹ PICARDI, N. "Le sentenze 'integrative' della Corte Costituzionale" in *Scritti en honore di C. Mortati*, IV. Milano, 1977, pp. 600 y sig.

¹⁸² MONTESANO, L. Sulle sentenze di incostituzionalità... op. cit. p. 102; BRANCA, G. *L'Illegittimità parziale nelle sentenze...* op. cit. p. 64.

resultado de un acto de voluntad del legislador, que puede ser abordado tanto bajo el punto de vista procesal, como sustancial. En términos procesales el objeto de juicio sería el propio comportamiento negativo del legislador. Un silencio equiparable a “una expresa prohibición de los comportamientos y relaciones no reguladas”, y que, por formar parte del texto en su función de instrumento generador de normas, haría que la omisión también pudiera ser objeto de juicio.¹⁸³ En términos sustanciales, el foco sería el posible efecto creativo de la sentencia constitucional. Mortati entiende que la sentencia del Tribunal produce “un efecto reductivo” en el radio de acción de la norma. Con todo, reconoce que en los casos en que no existe la simple eliminación de una prohibición tácita, “el efecto es necesariamente de integración, creador pues en mayor o menor grado, de nuevas normas”.¹⁸⁴ Por lo tanto, un *effetto aggiuntivo*.

El aspecto creativo de la sentencia manipulativa es algo indiscutible tanto para sus defensores, como para sus detractores. Aunque en las sentencias manipulativas la intervención positiva sea evidente, equiparar la actividad del TC al del legislador no deja de ser un exceso, porque al contrario del Tribunal, que apenas actúa en proceso iniciado por terceros y está sujeto a los criterios de la hermenéutica constitucional, el órgano legislativo tiene poder de iniciativa legal, sigue criterios de oportunidad políticos y tiene amplia libertad para revisar, interpretar, modificar, suspender o derogar la ley que haya creado. La función institucional/constitucional de la Corte es decidir a partir y en los límites del contenido predefinido en la Constitución. Por lo que la solución manipulativa no es libre, al igual que el legislador cuando desarrolla una ley, sino que viene impuesta por la lógica del sistema normativo constitucional vigente. Es una intervención - en principio - obligada, pues extrae una norma ya presente en el ordenamiento. Una solución "*a rime obbligate*", como dice Crisafulli.¹⁸⁵ Además, hay situaciones de orden material que el TC no puede ignorar, como en los casos en que los principios constitucionales - como lo de igualdad - protegen las demandas socioeconómicas impostergables de la población. Ciertos

¹⁸³ MORTATI, C. Appunti per un studio sui rimedi... op. cit. pp. 153 y sig.

¹⁸⁴ MORTATI, C. Appunti per un studio sui rimedi... op. cit. p. 165.

¹⁸⁵ CRISAFULLI, V. "La Corte Costituzionale ha vent'anni" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 1707.

preceptos legales posibilitan discriminaciones injustas e inconstitucionales, que pueden ser remediadas de forma tempestiva y efectiva gracias a las sentencias manipulativas.¹⁸⁶

Probablemente sea Modugno el autor más representativo de la línea doctrinal que busca justificar la manipulación de sentencias por parte de la Corte desde su función de realizar el principio de legitimidad constitucional.¹⁸⁷ Una línea según la cual los valores, objetivos y fines a salvaguardar por la Constitución deben ser entendidos como contenidos susceptibles “de desarrollo y evolución, y no como un dato negativamente limitado, históricamente determinado e invariable”.¹⁸⁸ Por ello, la inconstitucionalidad será siempre un “dato a revelar”, una elección entre las posibilidades de conformar el ordenamiento a la Constitución.¹⁸⁹ El límite será positivo, puesto que el TC, para garantizar la realización de los fines constitucionales, deberá integrarse a una función activa positiva, complementaria y paralela a la del Parlamento, pero dentro de los límites de su función de control.¹⁹⁰ De ahí que las sentencias manipulativas sean para Modugno mucho más que una forma de suplir la inactividad del legislador. Configuran esto sí un instrumento de creación necesario al desarrollo “de la auténtica naturaleza de la jurisdicción constitucional, que no es simplemente caducatoria, sino que está destinada a concurrir a la elaboración legislativa y al desarrollo de los principio fines y programas constitucionales”.¹⁹¹ En definitiva, las

¹⁸⁶ Entre otros, son favorables al uso de las sentencias manipulativas: BRANCA, G. L'Illegittimità parziale nelle sentenze... op. cit. p. 73; ONIDA, V.; D'AMICO, M., I giudizio di... op. cit. pp. 280 y 281; D'ORAZIO, G. “Profili storico-evolutivi della giustizia costituzionale in Italia” in *Rassg. Diritto Pubblico*, 197, p. 338; ELIA, L. “Il potere creativo delle Corti costituzionali” in *La sentenza in Europa (metodo, tecnica y stile)*. Padova, 1988, p. 224 y 225; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. pp. 21 y sig; MORTATI, C. Appunti per un studio sui rimedi... op. cit. p. 165; PIZZORUSSO, A. Il controllo sull'uso della... op. cit. p. 88; SANDULLI, A. M. Il giudizio sulle leggi... op. cit. p. 64. La función legislativa frente a la función jurisdiccional ha sido desarrollada por Jorge Miranda en su *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 515.

¹⁸⁷ MODUGNO, F., La Corte costituzionale italiana oggi... op. cit. pp. 527 y sig. Aunque no se puede olvidar las importantes aportaciones de autores como: CRISAFULLI, V. *Lezioni di diritto*... op. cit.; ELIA, L. *La Corte nel quadro de*... op. cit.

¹⁸⁸ MODUGNO, F. *La giurisdizione costituzionale*... op. cit. p. 219.

¹⁸⁹ MODUGNO, F., *La Corte costituzionale italiana oggi*... op. cit. p. 572.

¹⁹⁰ MODUGNO, F., *La Corte costituzionale italiana oggi*... op. cit. pp. 571 y 582; MODUGNO, F. *Ancora sui controversi rapporti*... op. cit. p. 21;

¹⁹¹ MODUGNO, F., *La Corte costituzionale italiana oggi*... op. cit. p. 575.

sentencias manipulativas serian producto de la naturaleza abierta y de compromiso de la Constitución, y de la libertad hermenéutica del Tribunal Constitucional.¹⁹²

De otra parte, Zagrebelsky sintetiza las preocupaciones de quienes critican el uso de las sentencias manipulativas – que el sugestivamente también denomina sentencias leyes - desde una perspectiva político-constitucional. El autor trata de examinar en cada supuesto concreto el cuadro normativo resultante de la decisión del TC, para determinar si este efectivamente introdujo nuevas normas en el ordenamiento. La “producción normativa” ocurriría siempre que hubiera un pronunciamiento de anulación parcial del precepto (tanto del texto, como de la norma), aditivo o sustitutivo. Hipótesis en que se plantearía el problema de su admisibilidad en un sistema democrático y más concretamente si tal decisión estaría o no usurpando la función del legislador.¹⁹³ Para Zagrebelsky no todos los casos de sentencias manipulativas atienden al supuesto de la solución *a rime obbligate* referida por Crisafulli. En cualquier caso, no correspondería al TC indicar con efectos vinculantes la existencia de una norma implícita, porque si la norma puede ser derivada del ordenamiento esa tarea debería corresponder a la magistratura.¹⁹⁴ De lo contrario, sería necesario encomendar al Parlamento la creación de una nueva ley, puesto que ninguna otra alternativa respetaría el ordenamiento jurídico italiano.¹⁹⁵ En ese sentido se mueve la crítica de Saitta, cuando afirma que “solo con una buena dosis de ingenuidad se puede sustentar que las decisiones manipulativas de la *Corte Costituzionale* sean fruto de las *rime obbligate* o hasta *obligatissime* impuestas por la métrica de las normas

¹⁹² MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. pp. 17 y 18.

¹⁹³ ZAGREBELSKY, G. La Corte costituzionale e il legislatore... op. cit. pp. 105 a 107; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. pp. 655 y sig.

¹⁹⁴ La tendencia a ampliar el papel de los jueces en la jurisdicción constitucional italiana fue vislumbrada por Zagrebelsky en principios de la década de los 80 y se ha confirmado en los últimos años, como denotan el aumento de las sentencias desestimatorias y bilaterales. Ver: ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil... op. cit. GROPPPI, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'?... op. cit. pp. 481 a 504; CRISAFULLI, V. La Corte costituzionale tra... op. cit.; ROMBOLI, R. Italia... op. cit.; ELIA, L. Divergenze e convergenze della Corte... op. cit.; GROPPPI, T.; ROLLA, G. Tra politica e giurisdizione... op. cit.; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit.; RIZZA, G. La Corte costituzionale fra... op. cit.

¹⁹⁵ ZAGREBELSKY, G. La Corte costituzionale e il legislatore... op. cit. pp. 109 y 110; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 658.

constitucionales, siendo evidente, por lo contrario, que el TC elige frecuentemente de forma discrecional entre una multiplicidad de soluciones abstractamente posibles”.¹⁹⁶

De cualquier modo, Zagrebelsky acepta la tesis de que solo en presencia de una solución *a rime obbligate* la Corte puede emitir una sentencia manipulativa, por la simple razón de que en tal caso es indiferente que la operación integradora sea resuelta por ella o por la magistratura ordinaria.¹⁹⁷ Por ello, solo en situaciones en las cuales tal supuesto no se produjera, habiendo por lo tanto la creación de normas nuevas, estaría configurado el abuso. En tales situaciones la sentencia manipulativa tendría que ser rebajada al mero valor persuasivo.¹⁹⁸ Y ello porque la Corte debería en realidad haber optado por la declaración de inconstitucionalidad, permitiendo al legislador el desarrollo de una nueva ley. La pérdida de espacio normativo del Parlamento es al fin y al cabo la gran preocupación de este autor.¹⁹⁹ Su posición, por consiguiente, no es tanto en contra de las sentencias manipulativas, sino más bien en contra de su uso abusivo. Zagrebelsky califica de “contractualista” su postura de defender el carácter estrictamente jurisdiccional del TC y su ligación con el juez ordinario, frente a la postura “organicista” o “antivoluntarista” de Modugno, que, en su defensa de las sentencias manipulativas, no distinguiría el papel de la jurisdicción constitucional del de los órganos político-constitucionales. Por ello, en la relación entre valores constitucionales y actuación de la Corte, Zagrebelsky abogará por “una reducción estricta del poder de la Corte, a fin de subrayar su límite frente al legislador”.²⁰⁰

La verdad es que "la persistencia de la polémica doctrinal en torno de la admisibilidad y de los efectos de las sentencias manipulativas no será más que el reflejo

¹⁹⁶ SAITTA, A. *Logica e retorica...* op. cit. pp. 311 y 312.

¹⁹⁷ Ver: RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. *Corte Costituzionale e Parlamento...* op. cit. pp. 254 y sig.

¹⁹⁸ ZAGREBELSKY, G. *Processo Costituzionale...* op. cit. p. 663.

¹⁹⁹ ZAGREBELSKY, G. *La Corte costituzionale e il legislatore...* op. cit. pp. 114 y sig.

²⁰⁰ ZAGREBELSKY, G. *La Corte costituzionale e il legislatore...* op. cit. p. 112, 148, 149, 156 y 157. Sin embargo, posteriormente Zagrebelsky matizará esta postura tan marcadamente antagónica a la defendida por Modugno. De hecho, en su obra “*Il diritto mitte*”, reconocerá que la creación en el ámbito de la sentencia manipulativa “puede resultar necesaria para satisfacer en el caso concreto pretensiones fundadas en derechos reconocidos por normas constitucionales de principio, cuando falten reglas legislativas acordes con tales principios”. De lo contrario habría “el vaciamiento de derechos reconocidos en la Constitución”. En: ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil...* op. cit. p. 153.

de su continua utilización por parte de la Corte".²⁰¹ Son regularmente emitidas por el TC y acatadas por sus destinatarios, siendo improbable que ese escenario cambie en un futuro próximo. Sin desconocer que la tipología de las sentencias manipulativas es amplia y que en ocasiones pueden imbricarse, dificultando sobremodo la definición de su perfil, desde un punto de vista más teórico y llevando en consideración las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia italianas, es posible distinguir de forma más nítida las sentencias estimatorias parciales (*manipulative* en sentido estricto, sustractivas, *riduttivi o ablativi*)²⁰², las sentencias *additive* (*aggiuntive*)²⁰³ y las sentencias *sostitutive*.²⁰⁴ De hecho, en los últimos años la Corte Costituzionale italiana en sus informes anuales ha dividido las sentencias manipulativas en reductoras o de estimación parcial, aditivas y sustitutivas.²⁰⁵ Y esta es la tipología que hemos adoptado en el ámbito de este estudio.

²⁰¹ MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 286. En la década de los ochenta, autores como Zagrebelsky y Luciani hablaban de una supuesta crisis en la emisión de pronunciamientos manipulativos. Sin embargo, sus previsiones de que el número de estas sentencias sufriría una sensible disminución no se confirmaron. Ver: ZAGREBELSKY, G. La Corte costituzionale e il legislatore... op. cit. p. 127; LUCIANI, M. Le decisioni processuali e... op. cit. pp. 258 y sig.

²⁰² Ver, entre otros: ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale... op. cit. pp. 297 y sig.; LAVAGNA, C. Sulle sentenze 'aditive' op. cit. p. 146; SANDULLI, A. M. Il giudizio sulle leggi... op. cit. pp. 60 y 61; DUNI, G. L'oggetto dei giudizi di costituzionalità... op. cit. pp. 343 y sig. Ver STC 45/1957. Pizzorusso también las llama de sentencia estimatoria parcial y las incluye entre las manipulativas, pero en el sentido que aquí denominamos sentencia estimatoria interpretativa en sentido estricto. En: PIZZORUSSO, A. Las sentencias 'manipulativas' del... op. cit. pp. 286 y sig. Para algunos autores, como Guastini y Romboli, ellas son fundamentalmente aditivas y sustitutivas. En: GUASTINI, R. La 'constitucionalización' del... op. cit. pp. 65-66; ROMBOLI, R. Italia... op. cit. pp. 113-115.

²⁰³ Ver, entre otros: D'ORAZIO, G. Le sentenze costituzionali additive tra... op. cit. pp. 64 y sig.; CRISAFULLI, V. Le sentenze 'interpretative' della ... op. cit. p. 14; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 655; ELIA, L. Le sentenze additive e la più..., op. cit. pp. 319 y sig.; LANZILLO, R. Poteri creativi della Corte... op. cit. p. 672; MODUGNO, F. La giurisprudenza costituzionale... op. cit. p. 210; PICARDI, N. Le sentenze 'integrative' della... op. cit. p. 600; SANDULLI, A. M. Il giudizio sulle leggi... op. cit. p. 65; RIZZA, G. La Corte costituzionale fra... op. cit. p. 322; ROMBOLI, R. *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*. Turín, 1998, pp. 172 a 174. Ver también: STC 168/1963.

²⁰⁴ Ver, entre otros: MODUGNO, A. "Corollari del principio di 'legittimità costituzionale' e sentenze 'sostitutive' della Corte" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Torino: Giappichelli, 1981, pp. 91 a 103; ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale... op. cit. pp. 296 y sig.; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 656; CRISAFULLI, V. Lezioni di diritto... op. cit. p. 406; ROMBOLI, R. *Aggiornamenti in tema...* op. cit. pp. 173 y 174; ONIDA, V.; D'AMICO, M. Il giudizio di..., op. cit. p. 350. Ver también: STCs 25/1965 y 15/1969.

²⁰⁵ *Sentenzen di tipo ablatorio (o di accoglimento parziale), di tipo additivo, y decisioni sostitutive*. Ver: *Relazioni de los Presidentes de la Corte Costituzionale* Zagrebelsky (2003), Onida (2004), Marini (2005) Bile (2006 y 2007), Flick (2008) y Amirante (2009). En: www.cortecostituzionale.it. En Alemania y Brasil este término no es utilizado. En Portugal Vitalino Canas incluye las sentencias reductoras entre las manipulativas. En: CANAS, V.,

3.1. Sentencia reductora o estimatoria parcial.

Dada la notoria complejidad y diversidad de las sentencias de la Corte italiana, la distinción entre decisiones desestimatorias y estimatorias tiene la ventaja de facilitar la comprensión de sus efectos en relación a la magistratura y al ordenamiento como un todo. Sin embargo, en las decisiones estimatorias interpretativas (en sentido estricto y manipulativas) y particularmente en la sentencia manipulativa reductora, el problema no está en su reconocida eficacia, sino en precisar la "frontera" que la separa de la sentencia estimatoria parcial referida específicamente al texto legal. Lo que ocurre es que la Corte, los jueces ordinarios, y prácticamente la totalidad de la doctrina italiana, no suele hacer distinción entre la sentencia estimatoria parcial – entendida como la anulación de una o más palabras o disposiciones normativas del precepto objeto de impugnación - y la sentencia reductora (*riduttiva* o *ablattiva*), que declara la

Introdução às decisões... op. cit. p. 185. Sin embargo, la generalidad de los autores portugueses no incluye la sentencia reductora entre las decisiones manipulativas. Ver: MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 503; ALMEIDA, L.N. de, "O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões" in COELHO, M.B. *Portugal: sistema político e constitucional 1974/1987*. Lisboa, 1989, pp. 955 y 956; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2. ed. Coimbra, 1992, pp. 59 y sig.; CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional ...*, 5. ed. op. cit. p. 1007, 1008 y sig.; MEDEIROS, R. A decisão de... op. cit. p. 457. En España, Díaz Revorio, por ejemplo, utiliza la expresión sentencia reductora con el mismo significado aquí dado a este término. En: DÍAZ REVORIO, F. J. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional – Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Lex Nova, 2001, pp. 63 y sig; y 27 y sig. El TC español emite también otro tipo de sentencia reductora bastante peculiar, porque reduce no el contenido normativo de la disposición, sino el ámbito espacial de aplicación de la ley: declara que una ley del Estado es inconstitucional sólo en determinadas Comunidades Autónomas, permaneciendo plenamente válida en otras. Jiménez Campo llama a éstas reductoras relativas y a las reductoras tradicionales, absolutas. Las relativas no pueden ser consideradas manipulativas porque no modifican la norma. Este autor denomina genéricamente de reductoras a las sentencias aquí llamadas de manipulativas. En: JIMÉNEZ CAMPO, J. "La declaración de inconstitucionalidad de la ley" en RUBIO LLORENTE, F.; JIMÉNEZ CAMPO, J. *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 132 y sig.

inconstitucionalidad de una o más normas del precepto legal, dejando el texto intacto.²⁰⁶ El argumento usado para justificar ese procedimiento mayoritario es que la anulación de parte de un texto legal elimina también la norma o normas que son su significado, es decir, hay invariablemente una o más normas eliminadas. Aunque esta posición sea respetable, el resultado concreto es la mezcla de sentencias de naturaleza diversa bajo la misma denominación. No es otro el motivo del alerta de Zagrebelsky, cuando mantiene que "la decisión estimatoria parcial relativa a las normas contenidas en un texto no debe ser confundida con las decisiones que inciden en parte del texto (sentencia parcial del punto de vista textual)".²⁰⁷ Por ello, a pesar de que autores como Crisafulli rectificaron y pasaron a aceptar la "unificación" de la categoría (la primera posición del maestro era favorable a la separación)²⁰⁸, y a pesar de que la propia Corte tienda a tratarlas en conjunto, aquí se procurará mantener la separación entre estos dos tipos de sentencia, aun cuando solo sea por su utilidad conceptual a la hora de estudiar la tipología de pronunciamientos constitucionales.

La sentencia reductora (relativa a normas) suele recaer sobre preceptos legales demasiado generales o excesivos, lo que justifica la supresión de ciertas normas y la pervivencia de otras conformes a la Constitución, principalmente en nombre del principio de la conservación de la ley. Con ese fin, explica Zagrebelsky, la Corte se valdría de un subterfugio: "simulaba la existencia de dos interpretaciones de la disposición - una restrictiva y otra extensiva - y declaraba la inconstitucionalidad de la ley en cuanto interpretada en la segunda forma".²⁰⁹ A partir de la mitad de la década de los sesenta la Corte comenzó a utilizar la decisión reductora, pero poniéndola bajo el mismo "paraguas" de la sentencia estimatoria parcial. La sentencia reductora (respeto a normas) señala que el precepto es inconstitucional *en la parte en que no excluye algo o en cuanto prevé, incluye o es aplicable* a cierto supuesto contrario a la Constitución. El

²⁰⁶ Como se verá más adelante, los portugueses evitan discusiones de este tipo, pues distinguen entre decisiones reductivas cuantitativas (que eliminan parte del texto) y cualitativas (que se limitan a reducir normas, conservando intacto el texto). En: CANAS, A. V., *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2. ed., Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 90 y sig. En sus *relazioni* anuales los presidentes de la *Corte Costituzionale* Amirante (2009), Flick (2008), Bile (2006 y 2007) y Marini (2005) se refieren a *decisioni di tipo ablatorio o di accoglimento parziale*. Onida (2004) utiliza sentencias *ablative e riduttivi*. Zagrebelsky (2003) prefiere sentencia *di accoglimento parziale*. En: www.cortecostituzionale.it.

²⁰⁷ ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale... op. cit. p. 298.

²⁰⁸ CRISAFULLI, V. Le sentenze 'interpretative' della ... op. cit. p. 16.

²⁰⁹ ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale... op. cit. p. 297.

texto no se ve afectado, pero sí su contenido normativo complejo, que puede considerarse inconstitucional por exceso. La sentencia produce un efecto de reducción en la aplicación del precepto, para tornarlo conforme a la Constitución. Aceptado que las “normas” pueden ser objeto de anulación por la Corte (y no sólo las disposiciones), este tipo de pronunciamiento no parece estar dotado de una fuerte carga polémica en relación a los jueces ordinarios o al legislador, pues no añade un significado al precepto (decisión aditiva), ni tampoco sustituye su significado por otro (decisión sustitutiva). Es decir, la intervención positiva de la Corte en la ley es mínima, aunque los efectos de la supresión de una norma puedan llegar a ser significativos.²¹⁰

Una de las más antiguas sentencias reductoras de la Corte es la 45/1957, que declara la inconstitucionalidad del precepto *en la parte en que implica* la necesidad de preaviso para las ceremonias o prácticas religiosas en lugares abiertos al público.²¹¹ Otra decisión que merece subrayarse es la sentencia 324/1998, comúnmente apuntada como un buen ejemplo de sentencia reductora. En sus apartados *a* y *c* la Corte declara la inconstitucionalidad de artículos de la ley *en la parte en que prevén* la aplicación también a los menores de la medida de seguridad consistente en el internamiento en un hospital psiquiátrico judicial.²¹² Esta posibilidad no estaba explicitada en el texto de la

²¹⁰ Para evitar cualquier posibilidad de su uso inadecuado, hay quien propone que la decisión reductora atienda a dos requisitos adicionales: que la norma declarada inconstitucional no se corresponda con una parte o inciso concreto del texto (de lo contrario la decisión idónea sería la sentencia estimatoria parcial de la disposición), y que el contenido normativo inconstitucional sea escindible o autónomo respecto al contenido subsistente, de manera que éste pueda entenderse y existir sin necesidad de ser completado o precisado por la sentencia (de lo contrario la decisión idónea sería la declaración de inconstitucionalidad simple). En: DÍAZ REVORIO, F. J. Las sentencias interpretativas... op. cit. p. 137. Tales requisitos, no obstante, pueden ser considerados inherentes a la propia exégesis manejada por la Corte en su labor de elegir la tipología más adecuada a los casos que examina. Si determinada norma inconstitucional es el único significado posible de una disposición, esta deberá ser necesariamente declarada inconstitucional y suprimida. Optar por una sentencia manipulativa reductora en tal situación implicaría el absurdo de mantener un texto legal sin significado. No es muy diferente la situación del segundo requisito indicado, dado que la sentencia reductora encuentra justificación exactamente en la posibilidad de ser escindida por comportar más de un significado autónomo.

²¹¹ *Sentenza 45/1957 (Petrocelli)*. Dichiarò la illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 25 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza del 18 giugno 1931, n. 773, nella parte che implica l'obbligo del preavviso per le funzioni, cerimonie o pratiche religiose in luoghi aperti al pubblico, in riferimento all'art. 17 della Costituzione.

²¹² *Sentenza 324/1998 (Onida)*: **a)** dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, primo e secondo comma, del codice penale, *nella parte in cui prevede* l'applicazione anche ai minori della misura di sicurezza del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario; **c)** dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 206, primo comma, del codice penale, *nella parte in cui prevede* la possibilità di disporre il ricovero provvisorio anche di minori in un ospedale psichiatrico giudiziario.

ley, pero podía ser deducida en función de su generalidad. Por eso se puede decir que hubo una declaración parcial de inconstitucionalidad, que se limitó a reducir el ámbito de aplicación de los citados preceptos legales, mas mantuvo intactos sus textos. Es decir, la decisión afectó exclusivamente a la norma.

Entre las decisiones más recientes es posible destacar la sentencia 380/2004, resultado de una demanda de la Región de Marche, que impugnó el art. 53 de la Ley Financiera del Estado (2003), por contener norma de competencia legislativa exclusiva de las regiones, contrariando así el art. 117 (2, 3 y 4) de la CI. La ley disponía que "para fines de oposición, se reconoce a los médicos que obtuvieron el título de especialización, los mismos puntos atribuidos para el trabajo profesional". La Corte acogió la demanda y declaró inconstitucional el citado artículo *en la parte en que se aplica* a los concursos regulados por entes regionales. Por lo que, la equivalencia titulación/trabajo ha pasado a valer sólo para los concursos realizados por el Estado. La sentencia reduce el ámbito de aplicación del precepto legal al declarar inconstitucional una de sus normas, pero mantiene el texto intacto.²¹³ También la sentencia 41/2006 es típicamente reductora del tipo *en la parte en que consiente* y, además, tiene la peculiaridad de ir en contra de una "interpretación absolutamente consolidada y dominante en la jurisprudencia de la Corte de Casación", es decir, del *diritto vivente*. El juez remitente defiende que la interpretación de los artículos 38 y 102 del *Codice di Procedura Civile* dada por el "derecho vivo", en hipótesis de litisconsorcio necesario, no estaría prevista en los artículos 24 y 25 de la Constitución. Y, por ello, sería inconstitucional en la parte en que consiente la inefectividad de la excepción de incompetencia territorial derogable, no propuesta por todos los litisconsortes involucrados.²¹⁴ Los argumentos del juez *a quo* son aceptados por el TC, confirmando

²¹³ *Sentenza 380/2004 (Bile)* dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 53 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2003), *nella parte in cui si applica* ai concorsi banditi dalle Regioni o dagli enti regionali (Palazzo della Consulta, l'1 dicembre 2004).

²¹⁴ *Sentenza 41/2006 (Vaccarella)* – dichiara l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 38 e 102 del codice di procedura civile, *nella parte in cui*, in ipotesi di litisconsorzio necessario, *consente* di ritenere improduttiva di effetti l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile proposta non da tutti i litisconsorti convenuti.

una vez más que el *diritto vivente* ha dejado de ser un obstáculo para la incisiva intervención de la Corte.²¹⁵

Por otro lado, la sentencia estimatoria parcial (respecto a la disposición) – que, como visto anteriormente, ha tenido en Italia tratamiento idéntico al dispensado a la decisión estimatoria parcial respecto a la norma – se caracteriza por limitar las posibilidades normativas del precepto, puesto que anula y expulsa del ordenamiento jurídico precisamente la parte de la disposición que contiene normas extensivas de determinados derechos o beneficios etc. Puede, asimismo, expulsar una norma que sea el significado integral de la disposición.²¹⁶ La anulación de parte del texto del precepto legal no es un tipo de decisión exactamente infrecuente, como denotan recientes sentencias emitidas por la Corte Constitucional italiana. La sentencia 320/2005, por ejemplo, declara la ilegitimidad constitucional *en la parte en que dispone* que el

²¹⁵ Como hemos visto anteriormente, la preeminencia de la doctrina de la interpretación conforme sobre la del *diritto vivente* se debe en gran medida al énfasis con que la Corte impulsa su utilización por parte del juez *a quo*. Tal postura, adoptada hace tiempo, ha obtenido la aceptación implícita de la Corte de Casación, que no ha interpuesto obstáculos para adecuar su propia jurisprudencia en favor de las decisiones del TC. Además, actualmente la propia admisibilidad de la Ordenanza de remisión ha pasado a depender también del requisito de la imposibilidad de interpretación conforme a la Constitución (allende de la relevancia y de la no manifiesta falta de motivación). Groppi considera que “en el fondo el reclamo a la necesidad de interpretación conforme a la Constitución, en presencia de ‘derecho vivo’, suena como un llamado a los jueces inferiores para invitarlos a rebelarse contra la Corte de Casación, aunque sea en nombre de la Constitución”. En: GROPPI, T. *Hacia una justicia...* op. cit. p. 500. En la sentencia 350/1997 el Tribunal Constitucional esclareció que: “en presencia de *diritto vivente* no compartido por el juez *a quo* por entenderlo inconstitucional, este tiene la facultad de elegir entre la adopción, siempre consentida, de una interpretación distinta, o bien – adecuándose al ‘derecho vivo’ – elevar la cuestión ante la Corte; mientras que, en ausencia de un contrario ‘derecho vivo’, el juez debe seguir la interpretación más adecuada a los principios constitucionales”. En: GRANATA, G. *La giustizia costituzionale nel 1997...* op. cit. pp. 2916 y 2917. Ver también: ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil...* op. cit. ROMBOLI, R. *Italia...* op. cit.; ELIA, L. *Divergenze e convergenze della Corte...* op. cit.; GROPPI, T.; ROLLA, G. *Tra política e giurisdizione...* op. cit. Sobre distinción entre sistemas concretos y abstractos, y los requisitos de admisibilidad, ver, entre otros: PIZZORUSSO, A. “I sistemi di giustizia costituzionali: dai modelli alla prassi” en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 521 y sig.; MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D’ORLANDO, E.; FERIOLI, E. *La giustizia...* op. cit. pp. 388 y sig. y 418 y sig.; RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamento di giustizia...* op. cit. pp. 169 y sig. y 212 y sig.; ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale...* op. cit. pp. 167 y sig.

²¹⁶ Puede ocurrir también que la declaración de inconstitucionalidad parcial amplíe el campo de aplicación de la disposición a nuevos sujetos. Tomando como ejemplo el de la hipotética sentencia sobre la igualdad viudos/viudas en el cual el TC suprime del texto legal los requisitos adicionales exigidos para que los viudos pudieran también cobrar pensión, equiparándolos, de esta forma, a las viudas, la anulación de algunas palabras amplía el contenido normativo de la disposición redactada por el legislador, con el objetivo de restringir las consecuencias jurídicas de determinado supuesto de hecho. Sería. Por lo tanto, una sentencia reductora con efectos aditivos.

reimborso del impuesto ya pagado no será inmediato.²¹⁷ La Corte también ha suprimido parte de disposiciones según las fórmulas: *en la parte en que prevé* un cierto contenido (sentencias 7, 320 y 437/2005²¹⁸), *en la parte en que se refiere* a cierto hecho (sentencia 190/2006)²¹⁹ y *en la parte en que subordina* determinado derecho a cierta acción previa (sentencia 266/2006).²²⁰ Un dispositivo bastante elaborado, pero siempre de tipo ablativo, es el que recoge la sentencia 78/2005, que declara la ilegitimidad constitucional de incisos de ley y de decreto ley, *en la parte en que hace derivar* automáticamente el rechazo de los trámites de regularización del trabajador extracomunitario, de la presentación de una denuncia por una de las razones por las cuales los artículos 380 y 381 del CPP prevén el arresto obligatorio o facultativo en flagrante.²²¹ En algunos casos la fórmula reductora se traduce en una ilegitimidad constitucional de una disposición *de manera limitada a la palabra o palabras expresamente individualizadas*. La sentencia 457/2005 declara inconstitucional "*alla parola «favorevole»*"²²² y las sentencias 392/2005 y 393/2006 declaran la

²¹⁷ *Sentenza 320/2005 (Marini): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 39 della legge 21 novembre 2000, n. 342 (Misure in materia fiscale), nella parte in cui dispone che «non si fa luogo a rimborso di imposte già pagate».*

²¹⁸ *Sentenza 437/2005 (Amirante): "dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, della medesima legge, nella parte in cui prevede che tutti i rapporti giuridici già facenti capo alle unità sanitarie locali operanti nella Regione Liguria, ancorché oggetto di giudizi in qualsiasi sede e grado, si intendono di diritto trasferiti alle aziende unità sanitarie locali, alle quali restano attribuite la titolarità e la legittimazione, sostanziale e processuale, attiva e passiva, e il relativo esercizio da parte dei rispettivi legali rappresentanti."*

²¹⁹ *Sentenza 190/2006 (Cassese): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8-bis del decreto-legge 28 maggio 2004, n. 136 (Disposizioni urgenti per garantire la funzionalità di taluni settori della pubblica amministrazione), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 luglio 2004, n. 186, nella parte in cui si riferisce alle procedure per il conferimento degli incarichi di presidenza;*

²²⁰ *Sentenza 266/2006 (Finocchiaro): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, primo comma, numero 3, del codice civile, nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta «che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre», alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.*

²²¹ *Sentenza 78/2005 (Amirante): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 7, lettera c), della legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), e dell'art. 1, comma 8, lettera c), del decreto-legge 9 settembre 2002, n. 195 (Disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari), convertito, con modificazioni, nella legge 9 ottobre 2002, n. 222, nella parte in cui fanno derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla presentazione di una denuncia per uno dei reati per i quali gli articoli 380 e 381 cod. proc. pen. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza.*

²²² *Sentenza 457/2005 (Marini) : "dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, comma 7, della legge 23 febbraio 1999, n. 44 (Disposizioni concernenti il Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura), limitatamente alla parola «favorevole»."*

inconstitucionalidad "*limitatamente alle parole*" que especifican.²²³ También merece ser destacada – incluso porque explicita el perfil mixto que muchas veces asumen las decisiones manipulativas - la sentencia 360/2003, en la que el TC, amén de declarar en el dispositivo la inconstitucionalidad del precepto cuestionado "*en la parte en que prevé*", incluyó en la motivación un principio orientativo al legislador, evitando así su aplicación directa por parte del juez. Al fin y a la postre el resultado es una sentencia estimatoria aditiva, que tiene la peculiaridad de contener una alta dosis bilateral en su motivación, pero con importantes reflejos en la limitación de sus efectos.²²⁴

Como ha quedado de manifiesto, bajo la a veces denominación doctrinal de sentencia estimatoria parcial o "ablativa" la Corte ha emitido tanto sentencias reductoras de normas, como de disposiciones. Estas decisiones ya no son contestadas con el énfasis de tiempos no tan lejanos, cuando se las reprochaba abiertamente invadir las funciones del legislador. Sin embargo, indudablemente, la anulación parcial de disposiciones o normas implica una intervención del TC en la legislación equiparable a la del legislador positivo. En ese aspecto, la intervención de la sentencia estimatoria parcial, que se pronuncia sobre el texto legal, es obviamente más visible que la de la sentencia reductora que solo eliminan normas, pero ambas a su manera pueden tener trascendentes consecuencias en el orden económico, social y presupuestario. Su importancia no puede ser subestimada, pues ciertas situaciones no son compatibles con la anulación total de preceptos, generando lagunas en el ordenamiento.²²⁵ Por último, cabe recordar que los efectos de la sentencia estimatoria parcial (de disposiciones) y de

²²³ *Sentenza 393/2006 (Quaranta): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), limitatamente alle parole «dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché».*

²²⁴ *Sentenza 360/2003 (Marini): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 60, ultimo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), nella parte in cui prevede che le variazioni e le modificazioni dell'indirizzo del contribuente, non risultanti dalla dichiarazione annuale, hanno effetto, ai fini delle notificazioni, dal sessantesimo giorno successivo a quello della avvenuta variazione anagrafica.*

Motivazione: Va dunque, dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, restando comunque riservata al legislatore l'individuazione di un diverso e più congruo termine per l'opponibilità della variazione anagrafica all'amministrazione finanziaria

²²⁵ Cabe destacar, por otra parte, que estas sentencias han sido tradicionalmente responsables de más de 30% de los fallos manipulativos, pero que en los años 2007 y 2008 el porcentual de estas sentencias fue superior al 60%. Porcentual de fallos reductores en relación al total de los fallos manipulativos: 2009 (34,79%); 2008 (61,53%); 2007 (62,06%); 2006 (31,25%); 2005 (34,62%); y 2004 (33,33%).

la sentencia reductora (de normas) son, de hecho, similares a los de cualquier decisión estimatoria: eficacia *erga omnes, ex tunc* y vinculación de los jueces en los términos del art. 136 CI y del art. 30 de la Ley 87/1953.

3.2. Sentencia aditiva.

La sentencia aditiva no se confunde con la reductora, porque en ésta última una norma es eliminada para que el precepto se vuelva constitucional, mientras que en la sentencia aditiva la constitucionalidad del precepto se consigue añadiendo una norma. La sentencia 438/2005 ilustra bien esa diferencia, pues presenta una construcción compleja, asociando elementos típicos de una ilegitimidad constitucional reductora (*nella parte in cui prevede che*) a otros que le reconducen de hecho a una aditiva (*senza osservare*). En su dispositivo la Corte declara la ilegitimidad constitucional del art. 4 de la Ley n. 424 de 8 de junio de 1966, **en la parte en que prevé** la posibilidad de embargo y ejecución de los rendimientos provenientes del trabajo de los servidores de los entes públicos diversos del Estado, para compensar daños al erario, **sin observar** los límites establecidos en el art. 545 del Código de Enjuiciamiento Civil.²²⁶ Por tanto, al contrario de la decisión reductora, la aditiva indica que un precepto es inconstitucional *en cuanto no establece...*, o *no prevé...*, o *omite...*, o *no incluye...*, o *excluye... algo* que debería incluir para ser conforme a la Constitución. Así que la sentencia aditiva tiene su causa en una omisión de la ley, como se puede observar con precisión en la sentencia 168/1963, que suele ser considerada la primera sentencia estimatoria aditiva del Tribunal Constitucional italiano. En ella la Corte declara inconstitucional el art. 11.1 de la Ley 195/1958 del Consejo Superior de

²²⁶ *Sentenza 438/2005*: dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 8 giugno 1966, n. 424 [...] *nella parte in cui prevede*, per i dipendenti degli enti pubblici diversi dallo Stato, la sequestrabilità e la pignorabilità delle indennità di fine rapporto di lavoro, per crediti da danno erariale, *senza osservare* i limiti stabiliti dall'articolo 545 del codice di procedura civile.

la Magistratura - que atribuye exclusivamente al Ministro de Justicia la iniciativa para proceder y deliberar sobre magistrados -, *en cuanto excluye* la iniciativa del propio Consejo para este mismo fin. Es decir, la iniciativa dejó de ser atribución exclusiva del Ministro de Justicia y se extendió al Consejo, una vez que el TC produjo una nueva norma y la añadió al significado de la disposición para convertirla en conforme con la Constitución. El texto fue conservado, pero pasó a significar también el sentido omitido (norma).²²⁷

Parece pues bastante evidente que en la sentencia aditiva solo puede haber la adición de determinado significado al precepto impugnado y no la anulación de una norma. Sin embargo, también con relación a ese aspecto existe controversia doctrinal. Guastini toma como base la aplicación del principio constitucional de igualdad, uno de los campos donde más proliferan este tipo de sentencias, para explicar que hay dos posiciones sobre la posibilidad de anulación. Por ejemplo, si la seguridad social atribuye un derecho a una clase de sujetos S1 y no a otra clase S2, que se encuentra en idénticas condiciones, el TC suele declarar el precepto inconstitucional *en la parte en la que no confiere* los mismos derechos a los sujetos S2. La primera posición sostiene que no hubo anulación, porque “si así fuera, los sujetos S1 perderían el derecho subjetivo conferido a ellos, mientras que al contrario, lo conservan. En realidad, lo que la Corte hace es más bien agregar una nueva norma al ordenamiento: la norma que confiere el mismo derecho subjetivo también a los sujetos S2.” Precisamente por ello son llamadas aditivas. La otra opción consiste en entender que sí se produce la anulación, pero no de la norma que confiere el derecho a los sujetos S1, sino de otra norma, no expresa, que niega el mismo derecho a los sujetos S2. “Se entiende que la anulación de una norma que niega cierto derecho produce el efecto de conferir el derecho en cuestión.”²²⁸ Al fin y al cabo el resultado será lo mismo: la extensión del derecho a los que de él estaban excluidos. No obstante, la posición más coherente con lo que se entiende por sentencia aditiva es, sin duda, la primera.

²²⁷ *Sentenza n. 168/1963 (Manca)*: dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 11, primo comma, della legge 24 marzo 1958, n. 195, istitutiva del Consiglio superiore della Magistratura, in riferimento agli artt. 104, primo comma, 105 e 110 della Costituzione, *in quanto*, per le materie indicate nel n. 1 dell'art. 10 della legge stessa, *esclude* l'iniziativa del Consiglio superiore della Magistratura;

²²⁸ GUASTINI, R. La 'constitucionalización' del... op. cit. pp. 65-66. Como visto anteriormente, esta posición es defendida por Mortati. En: MORTATI, C. Appunti per un studio sui rimedi... op. cit. pp. 153 y sig. Ver también: MONTESANO, L. Sulle sentenze di incostituzionalità... op. cit. p. 102; BRANCA, G. L'Illegittimità parziale nelle sentenze... op. cit. p. 64.

Las sentencias aditivas fueron divididas por Elia - con plena aceptación por parte de la doctrina - en decisiones de garantía (*di garanzia*) y en decisiones de prestación (*di prestazione*).²²⁹ La sentencia aditiva de garantía es definida por Modugno como la que "produce la adquisición de una situación jurídica activa a favor de algunos sujetos, y de una situación jurídica pasiva por parte del Estado, consistente en un '*non facere*' o en una sujeción".²³⁰ Ya la sentencia aditiva de prestación "conlleva la adquisición por parte de determinadas categorías de sujetos de un derecho de contenido patrimonial o de una prestación de servicios antes ilegítimamente excluida o limitada, con la consiguiente obligación a cargo del Estado de nuevas o mayores prestaciones".²³¹ Es decir, la sentencia aditiva de prestación no solo elimina una inconstitucionalidad, sino que implica costes financieros a la Administración Pública, que, en principio, no estaban previstos en los presupuestos.²³² Tras un periodo de dominio de las sentencias aditivas de garantía, a principios de los años setenta las de prestación pasaron a predominar, situación que se mantuvo inalterada hasta fines de la década.²³³ La disminución de su número en los primeros años de los ochenta se debe básicamente a la propia crisis financiera del Estado social, que motivó una tendencia al "*self restraint*" de la Corte relativamente a las consecuencias financieras de sus sentencias aditivas. Sin embargo, a fines de la década de los ochenta la emisión de las llamadas sentencias *di spesa*²³⁴ (una denominación más cruda para la sentencia *di prestazione*) de la Corte volvieron a niveles idénticos a los de la década de los setenta.²³⁵ Sin embargo, la paulatina adecuación de la legislación al parámetro constitucional - en gran parte motivada por la propia tutela judicial de los derechos sociales - y la imposición de

²²⁹ ELIA, L. Le sentenze additive e la piú..., op. cit. p. 314. Ver también: RUGGERI, A.; SPADARO, A. Lineamento di giustizia... op. cit. pp. 142 y sig.

²³⁰ MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 21.

²³¹ MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 21.

²³² Ver: CRISAFULLI, V. La Corte Costituzionale... op. cit. p. 1707.

²³³ ELIA, L. Le sentenze additive e la piú... op. cit. pp. 320 a 322.

²³⁴ El término se popularizó principalmente tras la obra de GROSSO, E. *Sentenze costituzionale di spesa "che non costino"*. Torino: Giappichelli, 1991.

²³⁵ MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 23. Ver también: DONATI, F. *Sentenze della Corte costituzionale*... op. cit. p. 1516; GROSSO, E. La sentenza n. 88 del 1992... op. cit. p. 2375; D'ORAZIO, G. Le sentenze costituzionali additive tra... op. cit. p. 81.

parámetros económico-financieros por la Unión Europea, volverá posteriormente muy difícil la tutela de los derechos de prestación.²³⁶

La preocupación por los costes de las sentencias (*sentenze di spesa*) y sus consecuencias para el erario público ha sido motivo de debates doctrinales, por el hecho de que el art. 81.4 CI prevea que la "ley que comporte nuevos o mayores gastos debe indicar los medios para hacerles frente".²³⁷ La Corte y la doctrina dominante entienden que esa obligatoriedad se dirige únicamente al legislador, porque el Tribunal, al contrario del Poder Legislativo, no está en condiciones de indicar los medios para afrontar los costes de sus decisiones de inconstitucionalidad.²³⁸ En verdad, si el Tribunal llegase a indicarlos, estaría explícitamente admitiendo su actuación como legislador positivo. Así que, después de todo, la Corte suele limitarse a conceder el derecho. Por esto, las sentencias aditivas de prestación acaban obligando a los poderes públicos a soportar costes financieros a veces de gran monta. Algunas de ellas, como las sentencias 494/1993 y 248/1994 son comúnmente citadas como ejemplos de decisiones que conllevan costes financieros fuera de la realidad del Estado actual.²³⁹

Más allá de la cuestión más propiamente política de los costes que conlleva, las críticas doctrinales a este tipo de sentencia buscan poner en evidencia la "paradoja" en que estaría incurriendo la Corte al emitir las, una vez que esta aplica el art. 81.4 CI a las leyes producidas por el legislador, pero no a las "normas" que ella misma produce, al emitir una sentencia aditiva.²⁴⁰ Por ello, autores como Caianiello y

²³⁶ Sobre la influencia de estas condicionantes sobre las *sentenzen di spesa*, ver: ROMBOLI, R. Aggiornamenti in tema... op. cit.

²³⁷ Art. 81.4 CI: "Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte."

²³⁸ La naturaleza no legislativa de la decisión de la Corte de cara al art. 81.4 CI ha sido subrayada, entre otros, por: CRISAFULLI, V. La Corte Costituzionale... op. cit. p. 1707; ELIA, L. Le sentenze additive e la piú... op. cit. p. 312; ROMBOLI, R. Aggiornamenti in tema... op. cit. p. 99; PIZZORUSSO, A. Tutela dei diritti costituzionali... op. cit. pp. 58 y 59. Ver también, entre otros: ZAGREBELSKY, G. Problemi in ordine ai costi... op. cit.; GROSSO, E. Sentenze costituzionale di spesa op. cit; SORACE, D. Note in tema di sentenze... op. cit; SORACE, D.; TORRICELLI, A. La tutela degli interessi tra... op. cit. p. 358; NIGRO, M. Le giurisdizione sui pubblici... op. cit. pp. 453 a 455.

²³⁹ Ese asunto está bien desarrollado en GROPPi, T., "La quantificazione degle oneri fianziari derivante dalle decisioni de la Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul proceso costituzionale" in COSTANZO, P. *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*. Torino, 1996, pp. 269 y sig.

²⁴⁰ Ver: NIGRO, M. Le giurisdizione sui pubblici... op. cit. p. 455; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 665; D'ORAZIO, G. Le sentenza costituzionali additive tra... op. cit. p. 88.

Donati llegan a concluir que esta no sujeción del TC al art. 81.4 implicaría una verdadera inconstitucionalidad sobrevenida. Razón por lo que defienden que en estos casos la Corte debería optar por sentencias simples de inconstitucionalidad.²⁴¹ La Corte, con todo, considera que esta no es la mejor solución, por los problemas que en ocasiones puede acarrear. La sentencia aditiva de prestación se justificaría como instrumento para la concreción del principio de igualdad y como resultado obligado de la inconstitucional deficiencia de la regulación legal existente o de su falta, muchas veces tras advertencias anteriores del TC al legislador.²⁴² Por lo que no sería la Corte la responsable directa del aumento del gasto público, señala Saja.²⁴³ Otros autores, como Zagrebelsky y Romboli, buscan justificar la sentencia *di spesa* siempre que sean respetadas determinadas condiciones. Para Zagrebelsky el criterio de admisión debería considerar la incidencia financiera del pronunciamiento y el grado de afectación a la discrecionalidad del legislador.²⁴⁴ Romboli, por otra parte, entiende que el TC debería tener en cuenta la situación económica del erario público y si, en nombre del principio de igualdad, no se estarán vulnerando otros preceptos constitucionales.²⁴⁵

En verdad, aunque no lo admita explícitamente, la Corte sí tiene obviamente en consideración los costes de sus sentencias. Esta falta de transparencia del TC en una materia tan importante es criticada por Romboli, para quien los costes no deberían ser considerados más que uno de los valores a ser ponderados por el TC en el momento de dictaminar la sentencia. Así que "las decisiones a través de las cuales la Corte procede a una labor de contrapeso entre los diversos valores o intereses constitucionalmente garantizados, implicados al mismo tiempo pero no realizables simultáneamente, deberían estar siempre motivadas de forma clara y extensa."²⁴⁶ En ese

²⁴¹ CAIANIELLO, V. "Corte costituzionale e finanza pubblica" in *Giurisprudenza Italiana*, 1984, pp. 284 y sig.; DONATI, F. *Sentenze della Corte costituzionale...* op. cit. p. 1548.

²⁴² Donati explica el *self restraint* practicado por la Corte antes de emitir la sentencia *di spesa*, en la forma de sentencias desestimatorias por discrecionalidad del legislador y de "*moniti*" al legislador en: DONATI, F. *Sentenze della Corte costituzionale...* op. cit. pp. 1519 a 1527.

²⁴³ Para Saja, tras la sentencia "la autoridad política puede regular de nuevo la entera disciplina, redistribuyendo '*secundum constitutionem*' y observando el fundamental principio de igualdad las mismas cantidades ya previstas. Si en tales casos no suele ésta actuar... resulta evidente que las mayores cargas financieras no pueden imputarse a la jurisprudencia de la Corte, sino a una elección discrecional del poder político". En: SAJA, F. "La giustizia costituzionale nel 1989" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, p. 564.

²⁴⁴ ZAGREBELSKY, G. *Processo Costituzionale...* op. cit. pp. 665 y 666.

²⁴⁵ ROMBOLI, R. *Aggiornamenti in tema...* op. cit. p. 102.

²⁴⁶ ROMBOLI, R. *Italia...* op. cit. p. 117.

sentido, la sentencia 1995/99²⁴⁷ indica un cambio de rumbo, pues asume de forma explícita y transparente la influencia de la situación financiera: "se ha tenido en cuenta la existencia del límite de los recursos disponibles y que en el ámbito de los márgenes financieros del ejercicio presupuestario corresponde al Gobierno o al Parlamento introducir modificaciones de los gastos allá donde sea necesario para guardar el equilibrio del presupuesto del Estado y la persecución de los objetivos de la programación financiera. Corresponde al legislador, en el equilibrado ejercicio de su discrecionalidad, y teniendo en cuenta, incluso, las exigencias fundamentales de política económica, sopesar todos los factores jurídicamente relevantes, [...] así como el funcionamiento de las finanzas públicas".²⁴⁸ Al hacer el balance entre los valores en cuestión, nada impide que la Corte llegue a la conclusión de que el principio del equilibrio presupuestario sea preponderante respecto a otros. En este caso podrá optar por una declaración de inconstitucionalidad simple o una sentencia bilateral, como la aditiva de principio, revalorizando así la participación de los jueces y el poder legislativo, como parece ser la actual tendencia del TC.²⁴⁹

Además de los costes, las sentencias aditivas padecen otras limitaciones de origen jurisprudencial, como son la exigencia del TC para que el juez *a quo* indique con precisión la norma que pretende que se adicione, su escaso margen en materia penal y su potencialmente conflictiva relación con la discrecionalidad del legislador. En cuanto al primer aspecto, la Corte ha exigido en el juicio de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad, que la *ordinanza* de remisión contenga el modo en

²⁴⁷ *Sentenza n. 1995/99 (Guizzi)*: Se l'adeguatezza e la proporzionalità richieste dall'art. 36 della Costituzione devono sussistere non solo al momento del collocamento a riposo, ma anche in prosieguo, in rapporto al mutato potere d'acquisto della moneta, va pure tenuto conto che esiste il limite delle risorse disponibili, e che in sede di manovra finanziaria di fine anno spetta al Governo e al Parlamento introdurre modifiche alla legislazione di spesa, ove ciò sia necessario a salvaguardare l'equilibrio del bilancio dello Stato e a perseguire gli obiettivi della programmazione finanziaria. [...] *Spetta al legislatore*, nell'equilibrato esercizio della sua discrezionalità e tenendo conto anche delle esigenze fondamentali di politica economica (sentenze nn. 477 e 226 del 1993), bilanciare tutti i fattori costituzionalmente rilevanti: [...] degli andamenti della finanza pubblica.

²⁴⁸ A finales de la década de los noventa la Corte creó la "Oficina para la documentación y cuantificación financiera", con el objetivo de conocer anticipadamente las implicaciones financieras de una eventual decisión de inconstitucionalidad, para que los jueces tengan esos datos disponibles cuando deciden las cuestiones.

²⁴⁹ Sobre modulación de sentencias *di spesa* y otras, ver: DONATI, F. *Sentenze della Corte costituzionale...* op. cit. p. 1554; D'ORAZIO, G. *Una vacatio per le sentenze...* op. cit. pp. 1147 y sig.; GROPPI, T. *¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'?*... op. cit. pp. 481 a 504; GROSSO, E. *La sentenza N. 88 del 1992...* op. cit. p. 2382; LUCIANI, M. *La modulazioni degli effetti nel tempo...* op. cit.; PINARDI, R. *La Corte, i giudici e il legislatore...* op. cit.; ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil...* op. cit.; ZAGREBELSKY, G. *Il controllo da parte della Corte...* op. cit.

que se debe integrar el significado normativo de la disposición impugnada. Eso significa, según Cerri, que no basta que el juez *a quo* precise la disposición carente de adición para ser constitucional, sino que especifique el contenido mismo de esta operación. Cuando la primera indicación resulte incompleta o falte la segunda, el TC simplemente no admitirá la cuestión.²⁵⁰ El llamado *verso* aditivo – un requisito formal – configura el primer filtro que interpone la Corte ante la duda constitucional y doctrinalmente supone la revalorización y la corresponsabilidad del juez *a quo* en el control de constitucionalidad y se insiere en el marco de la tendencia a autolimitación del TC en el campo de las sentencias aditivas.²⁵¹ Su ausencia implica la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad.²⁵²

El TC encuentra otro serio obstáculo para dictaminar sentencias aditivas cuando se trata de materia penal incriminatoria, porque el principio de legalidad penal (art. 25.2 CI) le impide – en principio - crear, reproducir o ampliar los tipos penales. El problema no es tanto la reserva de ley en sí, pues hay otras materias también sujetas a desarrollo legal y no por ello fuera del control jurisdiccional, sino los bienes que busca preservar. En este sentido, argumentos tales como lo de que la libertad personal necesita de un grado de certeza no compatible con cambios en la ley impuestos por un órgano diferente del Parlamento – el único legitimado por la soberanía popular - han sido utilizados por la Corte para excluir las sentencias manipulativas en este campo. El Tribunal suele no admitir las cuestiones (sentencias 199, 193, 391 y 489/1993; 144 y 260/1994; y 298/1995) y evita crear nuevos tipos penales, como en las sentencias 25/1995 (hurto venatorio), 411/1995 (provocar la muerte de un animal de su propiedad) y auto 132/1995 (agravar las sanciones previstas por ley para determinado delito).²⁵³ En

²⁵⁰ CERRI, A. *Corso di Giustizia Costituzionale*, Milano, 1994, p. 96. Ver también: MODUGNO, F.; CARNEVALE, P., *Sentenza additive, 'soluzione... op. cit. p. 519*; ELIA, L., *La Giustizia Costituzionale... op. cit. p. 18*; GRANATA, G. *La giustizia costituzionale nel 1997... op. cit. p. 2922*.

²⁵¹ Ver: ELIA, L., *La Giustizia Costituzionale... op. cit. p. 18*; MODUGNO, F.; CARNEVALE, P., *Sentenza additive, 'soluzione... op. cit. pp. 528 a 532*; D'ORAZIO, G. *Le sentenze costituzionali additive tra... op. cit. p. 85*; CARLASSARE, L. *Le decisioni d'inammissibilità... op. cit. p. 68*; PUGIOTTO, A. *Dottrina del diritto vivente... op. cit. pp. 3704 y 3705*.

²⁵² Las principales críticas a esta exigencia jurisprudencial pueden ser encontradas en: MODUGNO, F.; CARNEVALE, P., *Sentenza additive, 'soluzione... op. cit. pp. 519 y sig.* Ver también, entre otros: PUGIOTTO, A. *Dottrina del diritto vivente... op. cit. p. 3703*.

²⁵³ Con posiciones favorables a la tesis de la aplicación más incisiva del principio de legalidad penal, ver entre otros: ELIA, L., *La Giustizia Costituzionale... op. cit. p. 16*; LA PERGOLA, A. *La Giustizia Costituzionale nel 1986... op. cit. p. 156*. Por otro lado, Pizzorusso mantiene críticas a los defensores de la reserva de ley en materia penal, a partir de su concepción de la sentencia

una temática tan propicia a conflicto como esta, cupo a Crisafulli dar los contornos de la línea teórica después seguida por la Corte, al defender que no todos los pronunciamientos manipulativos generan efectos aditivos en el ordenamiento. Ese tipo de sentencia de la Corte, *"togliendo qualcosa che era potenzialmente compreso nella norma (e nella relativa disposizione), non crea, perciò, una nuova fattispecie legislativa già presente nell'ordinamento"*.²⁵⁴ Es decir, la manipulación de parte del contenido normativo de la disposición puede ser compatible con el principio de legalidad penal, aunque no haya declaración de la inconstitucionalidad del texto legal, siempre que tenga tan sólo efectos reductores (*in bonam partem*).²⁵⁵ En suma, aclaran Onida y D'Amico, "reducir la sanción penal legalmente prevista significaría simplemente suprimir una parte del contenido normativo existente, mientras que aumentarla significaría añadir algo no presente en la ley y sustituir al legislador, lo cual está vetado por el art. 25.2 C".²⁵⁶

Quienes no aceptan el uso de las sentencias manipulativas dirán que nada justifica la reconstrucción de la norma, ni siquiera la reducción de penas, pues se trata de una prerrogativa exclusiva del legislador y de su discrecionalidad.²⁵⁷ Ruggeri señala que el principio de la discrecionalidad del legislador está envuelto en "una nebulosa conceptual... todavía más difícil de entender dada la variedad de las formas en que 'camaleónicamente' se concreta y la amplitud verdaderamente incontenible de su radio de cobertura".²⁵⁸ Sin embargo, el TC ha consolidado una relación de cautela con el Parlamento y además ha intentado implicar y corresponsabilizar a los jueces ordinarios en el control de constitucionalidad de las leyes. Una tendencia que hizo Gardino-Carli afirmar que *"piu' giudice e 'meno' Corte sembra, quindi, il fine sottinteso di tali*

estimatoria como fuente primaria del ordenamiento comparable a la ley. En: PIZZORUSSO, A. Las sentencias 'manipulativas' del... op. cit. p. 292; PIZZORUSSO, A. Sui limiti della potestà... op. cit. pp. 307 y 319.

²⁵⁴ CRISAFULLI, V. La Corte Costituzionale ha... op. cit. p. 1707.

²⁵⁵ Por ejemplo, la STC 264/1988 vista en el ítem anterior. Ver: ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 664.

²⁵⁶ ONIDA, V.; D'AMICO, M. Il giudizio di..., op. cit. p. 283.

²⁵⁷ D'AMICO, M. "Sulla 'costituzionalità' delle decisioni manipolative in materia penale", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, pp. 255 a 278; PUGIOTTO, A. Dottrina del diritto vivente... op. cit. pp. 3699 a 3710.

²⁵⁸ RUGGERI, A. "Corte costituzionale e Parlamento tra apertura del 'modello' e fluidità dell'esperienza" en *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*. Milano, 2000, p. 38.

pronunce".²⁵⁹ En este contexto de cautela y respeto con los poderes más directamente involucrados, la Corte invocará la discrecionalidad del legislador para rechazar el pedido aditivo, siempre que no sea posible una única solución aditiva a *rime obbligate*. La idea es que si hay una imposición constitucional sin margen de opción, la discrecionalidad simplemente no existe. Si, no obstante, la estructura de la norma constitucional fuere abierta, es decir, admite alternativas de desarrollo legal, la elección debe corresponder al poder legislativo.²⁶⁰ En este caso la Corte podrá inadmitir la ordenanza, dictaminar una sentencia estimatoria pura o optar por una bilateral, como la aditiva de principio.²⁶¹ En las ya comentadas sentencias *di spesa*, por ejemplo, el TC, tras sopesar los costes, normalmente llega a la conclusión de que la decisión corresponde a la discrecionalidad del legislador (sentencias 1995/99, 477 y 226/1993). Además, como recuerda La Pergola, la discrecionalidad debe tener prioridad "cuando, aun existiendo motivos de censura, al menos bajo algunos aspectos dignos de consideración, un pronunciamiento estimatorio habría presentado elementos de tal complejidad estructural, o producido tal amplitud de efectos, que la regulación no puede no entenderse reservada al legislador".²⁶² Unos supuestos que no pivotan exactamente sobre presupuestos objetivos, lo que confirma el valor del alerta de Crisafulli, para quien la sentencia aditiva conlleva el peligro de - bajo una forma de estimación, sustancialmente y con múltiples matizaciones - "*vi aggiunge qualcosa*".²⁶³

²⁵⁹ GARDINO-CARLI, A. *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli "elementi diffusi" del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988, p. 9. Ver también: CARLASSARE, L. *Le decisioni d'inammissibilità...* op. cit. pp. 68 y 69.

²⁶⁰ Sobre "*rime obbligate*" y los límites normativos de la Corte, ver, entre otros: ANZON, A. *Nuove tecniche decisorie...* op. cit. pp. 3.203 y 3.204; CERRI A. *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, p. 96; COSTANZO, P. *Riflessioni interlocutorie sul...* op. cit. p. 83; MODUGNO, F. *Ancora sui controversi rapporti...* op. cit. p. 23; ONIDA, V.; D'AMICO, M., *I giudizi di...* op. cit. pp. 271; PIZZORUSSO, A. *Sui limiti della potestà...* op. cit. p. 312; PUGIOTTO, A. *Dottrina del diritto vivente...* op. cit. p. 3706; SAITTA, A. *Logica e retorica...* op. cit. pp. 311 y 312; ZAGREBELSKY, G. *Processo Costituzionale...* op. cit. p. 663.

²⁶¹ Ver adelante el epígrafe 4.2.2 Sentencia aditiva de principio. Sobre la relación entre la discrecionalidad del legislador y el uso de los pronunciamientos procesales, ver: CARLASSARE, L. *Le decisioni d'inammissibilità...* op. cit. p. 64; GARDINO-CARLI, A. *Giudici e Corte costituzionale nel...* op. cit. pp. 68 y sig; LUCIANI, M. *Le decisione processuale e...* op. cit. pp. 147-148 y 177 y sig.; PIZZORUSSO, A. *Il controllo sull'uso della...* op. cit. p. 90; ROSSI, E. *Corte costituzionale e discrezionalità...* op. cit. pp. 216 y sig.

²⁶² LA PERGOLA, A. "Relazione di Sintesi" in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* (Atti del Convegno di Trieste 26-28, maggio 1986). Milano, 1988.

²⁶³ CRISAFULLI, V. *Le sentenze "interpretative"...* op.cit. p. 14.

A pesar de los inúmeros reparos a su uso, la verdad es que las sentencias aditivas siempre han sido las manipulativas más dictaminadas por la Corte y este escenario no ha cambiado, pues entre los años 2004 y 2009 han representado aproximadamente 50% de esos fallos.²⁶⁴ Además de la sentencia 438 vista anteriormente, en 2005 el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos *en la parte en que no prevé* un determinado contenido (sentencias 63 144, 199, 233, 280, 281, 299, 343, 385 y 458) y en 2006 (sentencias 104, 174, 234, 255, 257 y 311²⁶⁵); *en la parte en que no se aplica* a hechos ulteriores (sentencia 408/2005)²⁶⁶; *en la parte en que no incluye* determinados sujetos beneficiarios de una prestación (sentencia 432/2005); *en la parte en que no equipara* determinados sujetos a otros (sentencia 433/2005).²⁶⁷

Por último, continúan en la doctrina las dudas sobre los convites exactos de la tipología. Valga como ejemplo la "*Relazione 2006 del Presidente Franco Bile*"²⁶⁸ donde se incluyen entre las sentencias aditivas dos sentencias que, a nuestro juicio, son reductoras respecto a la norma. Una declara la inconstitucionalidad *en la parte en que no excluye* los actos de naturaleza reglamentaria de las disposiciones legislativas de competencia de la Junta regional de la Campania (sentencia 119/2006)²⁶⁹ y la otra, *en la*

²⁶⁴ Excepto por los años 2007 y 2008, en que fueron superadas por las decisiones reductoras (ver epígrafe sobre las sentencias reductoras), las decisiones aditivas siempre han sido las manipulativas más utilizadas por la *Corte Costituzionale*. Porcentual de fallos aditivos en relación al total de los fallos manipulativos: 2009 (65,21%); 2008 (38,47%); 2007 (37,93%); 2006 (50%); 2005 (53,84%); y 2004 (44,45%). Ver: *Relazioni* de los Presidentes de la *Corte Costituzionale* Onida (2004), Marini (2005), Bile (2006 y 2007), Flick (2008) y Amirante (2009). En: www.cortecostituzionale.it.

²⁶⁵ *Sentenza n. 311/2006 (Maddalena): dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 10 agosto 1950, n. 648 (Riordinamento delle disposizioni sulle pensioni di guerra), *nella parte in cui non prevede* il vedovo quale soggetto di diritto alla pensione indiretta di guerra.

²⁶⁶ *Sentenza n. 408/2005 (Finocchiaro): dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 297, comma 3, del codice di procedura penale, *nella parte in cui non si applica* anche a fatti diversi non connessi, quando risulti che gli elementi per emettere la nuova ordinanza erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza.

²⁶⁷ *Sentenza n. 433/2005 (Marini): dichiara* l'illegittimità costituzionale degli artt. 30 e 31 della legge 6 luglio 1939, n. 1035 [...] *nella parte in cui*, ai fini del trattamento pensionistico di reversibilità, *non equiparano* ai minorenni gli orfani maggiorenni iscritti ad università o ad istituti superiori pareggiati per tutta la durata del corso legale e, comunque, non oltre il ventiseiesimo anno di età.

²⁶⁸ BILE, F (Presidente de la Corte Costituzionale), *La Giustizia Costituzionale nel 2006*, www.cortecostituzionale.it, Palazzo della Consulta, febbraio 2007.

²⁶⁹ *Sentenza n. 119/2006 (Silvestri): dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge della Regione Campania 24 dicembre 2003, n. 28 (Disposizioni urgenti per il risanamento della finanza regionale), *nella parte in cui non esclude* gli atti di natura regolamentare dai «provvedimenti» ivi previsti, attribuiti alla competenza della Giunta regionale.

parte en que no excluye de la jurisdicción exclusiva del juez administrativo los comportamientos que no se reconducen al ejercicio de un poder público, (sentencia 191/2006)²⁷⁰. En ambas hay una clara ablación, pues si la razón de la intervención de la Corte es el hecho de que el precepto no excluya determinada acción es porque el precepto implícita o explícitamente la incluye. Será, pues, la reducción del precepto el que lo volverá constitucional y no la adición de determinado significado.²⁷¹

3.3. Sentencia sustitutiva.

La sentencia sustitutiva usada por la Corte Constitucional italiana se caracteriza por poseer una "doble naturaleza", porque a una decisión de inconstitucionalidad de una norma contenida en una disposición, se añade una decisión *aggiuntiva*. Del punto de vista de la estructura, contiene una decisión de inconstitucionalidad de la ley por lo que prevé y una decisión aditiva por lo que no prevé. Su fallo afirma que el precepto es inconstitucional *en cuanto prevé...* o *señala algo, en lugar de* otra cosa que debería prever para ser constitucional. En otras palabras, la sentencia sustitutiva se compone de una parte que anula el contenido

²⁷⁰ *Sentenza n. 191/2006 (Vaccarella): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 325 [...] nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati», non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere.*

²⁷¹ A menos que el Presidente de la Corte respetara en estas dos sentencias la conocida posición doctrinal de Silvestri (el relator de una de ellas es el propio Silvestri), que entiende que **siempre** que el TC sale del esquema sentencia desestimatoria/sentencia estimatoria pura emite en realidad una sentencia aditiva, dado que no solo elimina una norma inconstitucional, sino que individualiza una norma que supuestamente sería la "legítima". Para este autor, en toda sentencia aditiva la Corte: a) reconoce que el texto existente no reúne las condiciones para ser constitucional; b) determina abstractamente la configuración del texto necesaria para que pase por el examen de constitucionalidad; y c) adiciona la norma necesaria para legitimar el precepto legal. Por ello en estas sentencias habría un intento encubierto de declaración de constitucionalidad. En: SILVESTRI, G. *Le sentenze normative della...* op. cit. pp. 763 y sig. y especialmente 776.

normativo inconstitucional y otra que dota el precepto del contenido ajustado a los principios constitucionales.²⁷² En suma, una parte que elimina el contenido y otra que lo reconstruye, como clarifica Guastini a través de un ejemplo: una disposición confiere cierto poder a cierto órgano estatal *O1*, mientras que según la Constitución (como es interpretada por la Corte), tal poder debería ser conferido a un órgano distinto *O2*. En vez de limitarse a declarar la inconstitucionalidad de la disposición y, por tanto, anularla, el TC atribuye el poder en cuestión al órgano *O2*.²⁷³ De manera que la norma sometida a la Corte es sustituida por una norma distinta, creada por la propia Corte.

Como parece obvio, la labor “creativa” de la Corte en la decisión sustitutiva es aún mayor que en las demás sentencias. En realidad se trata del resultado de una combinación entre una sentencia manipulativa reductora y una manipulativa aditiva, razón por la cual mantiene con esta última muchas semejanzas estructurales. El sentido de la disposición será determinante para que el TC opte por una sustitutiva en vez de una aditiva y, desde luego, ha optado con mucha más frecuencia por la solución aditiva.²⁷⁴ Quienes defienden la actuación del TC exclusivamente como legislador negativo, tendrán motivos sobrados para cuestionar la legitimidad de la "actividad legislativa", que conlleva la sustitución en éste tipo de sentencia. En efecto, es muy difícil defender que la sentencia sustitutiva no fuerce el precepto impugnado al establecer algo de lo que el texto es claramente incapaz. En principio, la parte “reconstructiva” debería ser la consecuencia natural del precepto despojado de la norma anulada y, obviamente, una exigencia constitucional. Es decir, como el último paso de la sentencia sustitutiva no es diferente de una sentencia aditiva, debería respetar todos sus requisitos. Sin embargo, lo usual en ese tipo de sentencia, como se verá a

²⁷² Ver: ONIDA, V.; D'AMICO, M., *Il giudizio di...*, op. cit. p. 350; ZAGREBELSKY, G. *La giustizia...* op. cit. p. 299; MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional en Italia...* op. cit. p. 222.

²⁷³ GUASTINI, R. *La 'constitucionalización' del...* op. cit. pp. 65-66.

²⁷⁴ Como vimos anteriormente, el porcentual medio de fallos aditivos en relación al total de los fallos manipulativos se ha mantenido en aproximadamente 50% (ver epígrafe sobre las sentencias aditivas). El porcentual de fallos sustitutivos en relación al total de los fallos manipulativos es muy significativamente menor: 2009 (0%); 2008 (0%); 2007 (0%); 2006 (18,75%); 2005 (11,54%); y 2004 (22,22%). De hecho, las decisiones sustitutivas han sido tradicionalmente las menos emitidas. En los últimos tres años (2007 a 2009) siquiera fueron utilizadas por la Corte. Ver: *Relazioni* de los Presidentes de la *Corte Costituzionale* Onida (2004), Marini (2005), Bile (2006 y 2007), Flick (2008) y Amirante (2009). En: www.cortecostituzionale.it.

continuación, es que el texto vaya en una dirección y la sentencia de la Corte, en otra.²⁷⁵

Aunque existan decisiones sustitutivas anteriores, la sentencia 15/1969²⁷⁶, además de ser una de las más conocidas, suele ser citada como una de las más importantes. En ella la Corte se pronuncia sobre el art. 313.3 del Código Penal, que establecía la autorización del Ministro de Gracia y Justicia para el ejercicio de la acción penal por el delito de vilipendio al Tribunal Constitucional. Sin indicar algún dispositivo constitucional específico, la Corte juzgó que dicha autorización era una prerrogativa propia, razón por la cual la exigencia de autorización por parte del Ministerio vulneraba varios principios y normas constitucionales y su propia independencia. Su fallo declara la ilegitimidad constitucional del referido artículo *en los límites en que atribuye* el poder de dar la autorización para proceder por el delito de vilipendio contra el TC al Ministro de Gracia y Justicia *en lugar de* a la misma Corte. La manipulación sustitutiva emerge de la anulación de la exigencia de autorización del Ministro para proceder por el delito, seguida de la atribución de esa autorización a otro órgano, en el caso, el propio TC. La "reconstrucción" de la norma se produjo porque la Corte entendió que de la Constitución se deprendía tal configuración y que este tipo de pronunciamiento era mejor que la permanencia en el ordenamiento de un precepto incompleto.

La Corte se ha atrevido a dictaminar decisiones sustitutivas inclusive en la siempre controvertida materia penal bajo la capa del examen de la proporcionalidad de la sanción penal. En la sentencia 409/1989²⁷⁷, por ejemplo, declaró la inconstitucionalidad de determinado precepto legal *en la parte en que* establecía cierta pena en la medida mínima de dos años *en lugar de* seis meses y en la medida máxima

²⁷⁵ Ver, entre otros: CRISAFULLI, V. Lezioni... op. cit. p. 406; LANZILLO, R. Poteri creativi della Corte... op. cit. p. 678; ELIA, L., Le sentenze additive... op. cit. p. 302; ROMBOLI, R. Aggiornamenti in tema... op. cit. pp. 173 y 174; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 656; MODUGNO, A. Corollari del principio di 'legittimità... op. cit. pp. 91 a 103.

²⁷⁶ *Sentenza n. 15/1969 (Crisafulli)*: La Corte Costituzionale *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'art. 313, terzo comma, del Codice penale, *nei limiti in cui attribuisce* il potere di dare l'autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio della Corte costituzionale al Ministro di grazia e giustizia *anziché* alla Corte stessa.

²⁷⁷ *Sentenza n. 409/1989 (Dell'Andro)*: dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, secondo comma, della legge 15 dicembre 1972, n. 772 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza) [...] *nella parte in cui determina* la pena edittale ivi comminata nella misura minima di due anni *anziché* in quella di sei mesi e nella misura massima di quattro anni anziché in quella di due anni;

de cuatro años *en lugar de* dos años. Esta sentencia marcó uno de los raros casos en los últimos tiempos de rebelión del Poder Judicial, pues los jueces militares se limitaron a aceptar la parte ablativa del veredicto, reivindicando como suya la tarea interpretativa de integrar la laguna.²⁷⁸ En términos muy semejantes, la sentencia 298/1995 determinó la sustitución de la pena de reclusión para ciertos delitos, que variaba entre cinco y diez años, por una pena de "uno a cinco años" y la sentencia 92/1996 reemplazó una sanción penal con multa por una sanción administrativa pecuniaria.

Aunque mantengan constantes la forma *nella parte in cui prevede/esclude/stabilisce* [un contenido] *anziché* [un otro], las sentencias sustitutivas presentan variaciones en su estructura, como es posible ver nítidamente en la redacción de las tres sentencias dictaminadas por la Corte en el año 2005. La sentencia 27/2005 declaró inconstitucional un artículo de la ley de tráfico *en la parte en que prevé* la responsabilidad del propietario del vehículo, si este no indica a la policía la identificación del conductor que practicó una violación de tráfico, *en lugar de* prever que el propietario indicará a la policía la identificación del conductor que practicó una violación de tráfico en el plazo de 30 días.²⁷⁹ En ésta decisión el Tribunal utilizó el tradicional mecanismo de sustituir una norma inconstitucional por otra creada por él mismo. Sin embargo, en las sentencias 168 y 444/2005 la Corte no produjo "*ex novo*", pues se limitó a elegir la ley conforme a la Constitución entre dos ya existentes en el ordenamiento. La sentencia 168/2005 declaró la ilegitimidad constitucional del Código Penal *en la parte en que prevé* la pena de dos años para quien ofenda la iglesia católica y de uno a tres años si el ofendido fuere quien la profesa o sea su ministro, *en lugar de* la pena menor establecida en el art. 406 del mismo código.²⁸⁰ De forma similar, la

²⁷⁸ Ver: SICLARI, M. "Aspetti problematici del processo costituzionale nell'ultimo triennio" in ROMBOLI, R. (ed.) *La giustizia costituzionale a una svolta*. Torino: Atti del seminario di Pisa (1990), 1991, nota 18, pp. 238 y sig.

²⁷⁹ *Sentenza n. 27/2005 (Quaranta)*: dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 126-bis, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada) [...] *nella parte in cui dispone* che: «nel caso di mancata identificazione di questi, la segnalazione deve essere effettuata a carico del proprietario del veicolo, salvo che lo stesso non comunichi, entro trenta giorni dalla richiesta, all'organo di polizia che procede, i dati personali e della patente del conducente al momento della commessa violazione», *anziché* «nel caso di mancata identificazione di questi, il proprietario del veicolo, entro trenta giorni dalla richiesta, deve fornire, all'organo di polizia che procede, i dati personali e della patente del conducente al momento della commessa violazione».

²⁸⁰ *Sentenza n. 168/2005 (Neppi Modona)*: dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 403, primo e secondo comma, del codice penale, *nella parte in cui prevede*, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, la pena della

sentencia 444/2005 declaró el precepto constitucionalmente ilegítimo "*en la parte en que excluye el empeño del total del crédito proveniente de la pensión concedida por la Caja Nacional del Notariato, en lugar de prever la imposibilidad del empeño, con la excepción prevista en la ley de los créditos cualificados, de la parte de la pensión necesaria para asegurar al pensionista los medios adecuados a las exigencias de la vida y el empeño limitado a la quinta parte de lo restante*".²⁸¹ Por lo tanto, al contrario de la sentencia 27/2005 vista anteriormente, en la cual el TC creó él mismo la nueva norma aplicable, en las dos últimas sentencias la Corte eliminó un artículo inconstitucional de una ley y lo sustituyó por otro constitucional de otra ley.

En el 2006 ocurrió algo semejante. Hubo dos sentencias en que la Corte intervino con más fuerza, creando la norma sustitutiva, y una en que el grado de intervención fue supuestamente menor, por haberse limitado a indicar una norma preexistente como alternativa. La sentencia 60/2006 declaró la ilegitimidad constitucional del precepto "*en la parte en que establece [un contenido] en lugar de [otro]*"²⁸² y la sentencia 154/2006 "*en la parte en que obliga a que el plazo de veinte días para contestar corra desde la fecha de publicación del depósito en la Gaceta Oficial en lugar de a partir de la fecha de la comunicación del depósito, procesada con aviso de recepción*".²⁸³ Por otro lado, en la sentencia 256/2006 la Corte declaró

reclusione rispettivamente fino a due anni e da uno a tre anni, *anziché* la pena diminuita stabilita dall'art. 406 dello stesso codice.

²⁸¹ *Sentenza n. 444/2005 (Vaccarella): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 del regio decreto-legge 27 maggio 1923, n. 1324 (Modificazioni al regio decreto-legge 9 novembre 1919, n. 2239) [...] nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare della pensione erogata dalla Cassa nazionale del notariato, anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte della pensione necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte.*

²⁸² *Sentenza n. 60/2006 (Silvestri): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lettera c-bis), della legge 21 novembre 1991, n. 374 (Istituzione del giudice di pace), [...] nella parte in cui stabilisce l'incompatibilità all'esercizio delle funzioni di giudice di pace – per il caso in cui «il coniuge, convivente, parenti fino al secondo grado o affini entro il primo grado» dell'interessato svolgano abitualmente attività professionale per imprese di assicurazione – con riguardo all'intero territorio nazionale, anziché limitarla al circondario del tribunale nel quale è esercitata detta attività professionale.*

²⁸³ *Sentenza n. 154/2006 (Vaccarella): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 213, comma secondo, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nella parte in cui fa decorrere, nei confronti dei «creditori ammessi», il termine perentorio di venti giorni per proporre contestazioni avverso il piano di riparto, totale o parziale, dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della notizia dell'avvenuto deposito del medesimo in cancelleria, anziché dalla comunicazione dell'avvenuto deposito effettuata a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento.*

constitucionalmente ilegítimo el art. 1 de la ley n. 1122/1955 “*en la parte en que excluye* de la hipoteca cualquier crédito proveniente de la pensión del Instituto Nacional de Seguridad de los periodistas italianos “Giovanni Amendola”, *en lugar de* prever la posibilidad de hipoteca con las excepciones previstas en la ley de créditos cualificados.²⁸⁴ Es decir, se limitó a indicar otra ley aplicable, pero conforme a la Constitución.

Las sentencias interpretativas y, en particular, las sentencias manipulativas, han sido la forma más usual de la *Corte Costituzionale* para obviar problemas, que eventualmente podrían agravarse si se limitara a declarar la inconstitucionalidad simple de determinados preceptos. Otra manera, desde luego más respetuosa al legislador, ha sido la modulación temporal de los efectos de sus decisiones, tanto hacia el pasado - a través de sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida -, como hacia el futuro, con la utilización de admoniciones al legislador y sentencias aditivas de principio. Esas decisiones serán analizadas a continuación.

²⁸⁴ *Sentenza n. 256/2006 (Vaccarella): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 9 novembre 1955, n. 1122 (Disposizioni varie per la previdenza e assistenza sociale attuate dall'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani «Giovanni Amendola»), nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare della pensione erogata dall'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani «Giovanni Amendola», anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte della pensione necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte.*

Esta fue la última sentencia sustitutiva emitida por la Corte Constitucional, que no las utilizó en los años siguientes. Ver: *Relazioni* de los Presidentes de la *Corte Costituzionale* Bile (2006 y 2007), Flick (2008) y Amirante (2009). En: www.cortecostituzionale.it.

4. MODULACIÓN DE LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS.

Como se ha visto, el art. 136 de la Constitución italiana establece que "cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una ley o un acto con fuerza de ley, la norma deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión". Además, el art. 30 de la ley 87/1953 prevé que la declaración de inconstitucionalidad del precepto genera automáticamente su anulación, con eficacia *extunc*. Es decir, la ley 87/1953 añade, respecto al texto constitucional, la retroactividad de la anulación a la fecha de la publicación de la ley impugnada, volviendo aun más problemática la cuestión de la eficacia de la decisión. Así que, exceptuados los actos o decisiones jurisdiccionales basados en el precepto ilegítimo ya cubiertos por la cosa juzgada - que se han vuelto definitivos al ser firmes o no susceptibles de recurso -, el precepto declarado inconstitucional no puede aplicarse más en procesos futuros o todavía pendientes de solución.

El resultado de tal radicalidad normativa, calificada por algún autor como "ingenuidad constituyente"²⁸⁵, es que el proceso interpretativo-creativo del TC para reparar la inconstitucionalidad violada se ha basado en el intento de no crear lagunas capaces de proyectarse en el tiempo, acarreando perjuicios socioeconómicos o situaciones todavía más inconstitucionales. Como advierte Saja, la Corte "opera en la

²⁸⁵ PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. pp. 29 y sig.

realidad social, [...] y no puede desentenderse de las consecuencias concretas, de los efectos reales de sus pronunciamientos."²⁸⁶ Así que las sentencias deben "producir efectos que puedan insertarse en la vida social mejorándola, y no creando graves inconvenientes prácticos".²⁸⁷ La excesiva rigidez del sistema es una constatación que encuentra un amplio respaldo entre los autores italianos, que suelen referirse a sus inconvenientes prácticos.²⁸⁸ Al fin y al cabo se nota que el mecanismo de restringir los efectos temporales de la decisión, para evitar la eliminación pura o simple de la ley impugnada, también se inserta en la estrategia de la Corte de suavizar la eficacia de sus pronunciamientos, al igual que las decisiones interpretativas y manipulativas. Otro punto en común con éstas últimas, es la utilización de la distinción entre disposición y norma, pero conectándola al principio de gradualidad temporal en la transformación del ordenamiento. De forma que la inconstitucionalidad deja de ser un dato absoluto, para ser un "*dato relativo, graduale, anche temporalmente condizionato*".²⁸⁹ "Utilizando una técnica análoga a la de la sentencia estimatoria parcial, la Corte distinguirá en un enunciado normativo varias y distintas normas desde el punto de vista de su eficacia en el tiempo, y logrará circunscribir a un determinado periodo de vigencia el efecto caducatorio de su sentencia."²⁹⁰ Las sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida son el resultado directo de esta técnica, y las que aplazan la declaración de inconstitucionalidad hacia el futuro agregan al principio de gradualidad, la continuidad en el desarrollo del ordenamiento. Lo que se busca es interferir lo mínimo posible en el ordenamiento, evitando graves discontinuidades y procurando mantener una correcta relación con el legislador.²⁹¹

²⁸⁶ SAJA, F. *Introduzione ai lavori...* op. cit. p. 3.

²⁸⁷ SAJA, F. *Introduzione ai lavori...* op. cit. p. 3.

²⁸⁸ Las críticas por la rigidez y la exageración de los efectos fueron consenso entre los diversos autores que se manifestaron en el Seminario *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989. Entre otros: Paladin, p. 8; Mezzonote, p. 42; Pizzorusso, p. 85; Luciani, p.107; y Zagrebelsky, p. 196.

²⁸⁹ MODUGNO, F. "Considerazioni sul tema" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989, p. 15; PINARDI, La Corte, i giudici... op. cit. pp. 4 y sig.

²⁹⁰ MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia... op. cit. p. 338.

²⁹¹ Zagrebelsky califica a esta actuación de la Corte como propia de una "ética de la responsabilidad", en términos weberianos. En: ZAGREBELSKY, G. "Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle*

Sin embargo, aceptar la modulación de los efectos temporales de las sentencias significa en la práctica aceptar que el reconocimiento de la inconstitucionalidad no implica la pérdida inmediata de la eficacia del precepto impugnado, con todas sus consecuencias. Y ello es una cuestión teórica importante, porque afecta al propio papel de la Corte, en la medida en que subvierte todo su sistema conceptual basado en la anulación automática de la ley con efectos *ex tunc*.²⁹² Permitir una especie de *vacatio* para la ley inconstitucional es la principal crítica que se hace a esa actuación de la Corte, que además tiene la grave consecuencia de impedir la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma materia, lo que vulnera el derecho constitucional de acción.²⁹³ Se le acusa asimismo de imponer un elemento extra normativo – el principio de gradualidad –, al juicio hermenéutico, transformando un "principio de derecho" en "política de derecho", para contestar la inercia del legislador. Una técnica que en último término "parece degradar los principios constitucionales a un mero valor programático haciéndoles depender de factores de mera oportunidad".²⁹⁴ Sin embargo, las voces críticas, como son las de D'Orazio, Pace y Fois, son una minoría en esta materia.²⁹⁵

La verdad es que la superación de la inconstitucionalidad en esos términos no puede ser una tarea exclusiva del Tribunal Constitucional, pero el resultado de la acción conjunta del "circuito Corte-jueces-Parlamento" incluye en la decisión un

esperienze straniere, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989, p. 198.

²⁹² MEZZONOTTE, C. "Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale." *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989, p. 39; PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. p. 105; ZAGREBELSKY, G. Il controllo da parte... op. cit. p. 197.

²⁹³ FOIS, S., "Consideración sul tema" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989, pp. 27-30; PACE, A., "Efetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989, pp. 54 y 58 y sig.

²⁹⁴ Sobre las críticas de la literatura jurídica italiana, ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia... op. cit. p. 341.

²⁹⁵ D'ORAZIO, G. "Ancora sugli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: el caso della sentenza num. 50 de 1989. Atto di coraggio" o di "rotura"?" in *Giurisprudenza italiana*, 1989, p. 350; PACE, A. Efetti temporali... op. cit. p. 54; FOIS, S. Consideración sul... op. cit. pp. 34 y 35.

innegable componente político.²⁹⁶ Y ello porque las decisiones tendentes a graduar en el tiempo los efectos de una posible decisión de inconstitucionalidad buscan también, en muchos casos, evitar obstáculos de índole política, potencialmente capaces de impedir que el Tribunal opte por declarar la inconstitucionalidad, aunque a veces esté convencido de la ilegitimidad de la ley impugnada. Una realidad más perceptible en las sentencias de inconstitucionalidad constatada, pero no declarada, que sin embargo está presente en mayor o menor grado en casi todas las sentencias con eficacia temporal modulada.²⁹⁷ Esa modulación puede ocurrir en relación al pasado - cuando el TC trata de limitar la retroactividad de los efectos a través de sentencias de ilegitimidad sobrevenida -, y en relación al futuro, cuando emite sentencias bilaterales con el objetivo de retrasar los efectos, permitiendo al Parlamento el desarrollo de una nueva ley.²⁹⁸

En términos jurisprudenciales se observa que el aplazamiento de los efectos hacia el futuro se da en decisiones de desestimación simples, de falta de fundamentación o de inadmisibilidad, pero Martín de la Vega alerta de que "lo pospuesto realmente no son los efectos del pronunciamiento sino la propia declaración de inconstitucionalidad de la ley, de ahí que el problema, desde el punto de vista de la eficacia, se reconduzca en último término al campo de los pronunciamientos 'monitorios'."²⁹⁹ En efecto, se trata de una sentencia desestimatoria con una apelación al legislador, que podrá o no ser atendida. Por lo que la posibilidad de que esta decisión pase a ser en el futuro de estimación (inconstitucionalidad) simple, dependerá

²⁹⁶ Actuando de esa manera, la Corte adopta soluciones muy cercanas a las utilizadas por los tribunales constitucionales de Austria o Alemania; GROPPPI, T. "Hacia una justicia... op. cit. p. 491.

²⁹⁷ En las palabras certeras de Modugno: La Corte "che richiede comunque al giudice costituzionale una piú chiara capacità di calibrare e misurarsi sulla politica". En: MODUGNO, F. Considerazioni... op. cit. pp. 24-25.

²⁹⁸ Estamos de acuerdo con Martín de la Vega, en que el término modulación es más descriptivo de la rica actividad desarrollada por la Corte. Ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 329 y 330. Utilizan "**modulación**", entre otros: D'AMICO, M. *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993, pp. 38 y sig.; ROMBOLI, R. Italia... op. cit. pp. 118 y sig.; LUCIANI, M. La modulazioni degli effetti nel tempo... op. cit. p. 105. Pizzorusso prefiere "**graduación** di efectos". En: PIZZORUSSO, A. "Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte Costituzionale" en *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989, p. 89. Zagrebelsky usa "**impadronirse** los efectos temporales". En: ZAGREBELSKY, G. Il controllo da parte ... op. cit. p. 195. Pinardi prefiere "**limitación**" de los efectos. En: PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. pp. 37 y sig.

²⁹⁹ MARTÍN DE LA VEGA, A., La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 330.

fundamentalmente de la ausencia de una nueva ley conforme a los mandamientos constitucionales. No obstante, su desarrollo ni siempre depende exclusivamente del legislador, porque en algunas materias específicas depende de otros órganos que detentan la iniciativa exclusiva de su envío al Parlamento. Ya en la sentencia aditiva de principio la decisión es formalmente estimatoria, aunque también tenga un innegable componente monitorio, como más adelante se expondrá.

También son estimatorias las sentencias de ilegitimidad sobrevenida, que modulan sus efectos hacia el pasado y se presentan en dos versiones. Una es la sentencia de ilegitimidad constitucional sobrevenida en sentido estricto, en la cual los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se producen tan solo a partir de la constatación de determinados hechos, considerados por la Corte como los motivadores de la ilegitimidad. La otra tipología es la dictada por el Tribunal a través de un equilibrio entre los valores constitucionales concretamente puestos en juego. Es decir, la sentencia del TC tutela ciertos valores constitucionales, pero limita la eficacia de su efecto *ex tunc*, para que la decisión no restrinja o debilite otros valores constitucionales igualmente importantes.

4.1. Modulación de los efectos hacia el pasado: sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida.

El intento de limitar los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad, materializada en las sentencias de ilegitimidad sobrevenida, es un fenómeno que ya no puede ser clasificado como demasiado reciente en la jurisprudencia italiana, pues tal tipo de decisiones han sido emitidas por la Corte desde 1988.³⁰⁰

³⁰⁰ En 1986 fue dictada la STC 137/1986, con motivación muy parecida a la STC 179/1988, pero que puede ser clasificada como un intento tan sólo intuito de limitar la eficacia anulatoria

Aunque el Tribunal haya optado por englobarlas estilísticamente, de manera general se ha aceptado que las sentencias "*dal momento in cui*" – o que contienen "cláusulas de irretroactividad", como diría Carnevale³⁰¹ - abarcan dos tipos de pronunciamientos conceptualmente diferentes y con consecuencias también distintas: la sentencia de ilegitimidad constitucional sobrevenida en sentido estricto y la sentencia de ilegitimidad constitucional sobrevenida por equilibrio entre valores.³⁰²

A través de la primera – la inconstitucionalidad sobrevenida **en sentido estricto** - la Corte afirma que "una determinada disciplina, conforme al dictado constitucional en el momento de entrar en vigor, se ha convertido en inconstitucional sólo después de sobrevenir acontecimientos posteriores, por lo que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad debe comenzar a producirse desde el momento en que esta condición se ha verificado de forma efectiva"³⁰³, y no desde el momento de su entrada en vigor, como ordena la regla general de los efectos de las sentencias estimatorias. Los acontecimientos sobrevenidos pueden ser normas, hechos o interpretaciones. Como diría Pizzorusso, "razones que operan en un tiempo y no en otro".³⁰⁴

La inconstitucionalidad sobrevenida en sentido estricto fue utilizada, por ejemplo, en la sentencia 50/1989³⁰⁵, cuyo dispositivo prescribe la ilegitimidad

del pronunciamiento. Ver: MARTIN DE LA VEGA, A. La sentencia... op. cit. pp. 348-349. Con un significativo título, Luciani escribía en 1989 uno de los primeros artículos sobre esa materia. Ver: LUCIANI, M. "La modulazioni degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta" in op.cit. p. 105. Ver también: RUGGERI, A.; SPADARO, A. Lineamento di giustizia... op. cit. pp. 152 a 154.

³⁰¹ CARNEVALE, P. "La dichiarazione di inconstitucionalità sopravvenuta dell' Art. 15 legge num. 180 del 1981 fra irrilevanza ed infondatezza della relativa 'questione legitimatis'" in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, pp. 409-410.

³⁰² Entre otros: Luciani, Modugno, Onida, Pizzorusso, Romboli y Ruffino, como se denota en sus artículos publicados en *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989.

³⁰³ ROMBOLI, R. Italia... op. cit. p. 119. También en ROMBOLI, R. "La tipologia de las decisiones ... op. cit. p. 71.

³⁰⁴ PIZZORUSSO, A. Soluzioni tecniche per graduare ... op. cit p. 96.

³⁰⁵ *Sentenza 50/1989 (Greco):* Dichiaro l'illegittimità costituzionale dell'art. 39, primo comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 (Revisione della disciplina del contenzioso tributario), *nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 128 del codice di procedura civile (pubblicità delle udienze) ai giudizi che si svolgono dinanzi alle Commissioni Tributarie di primo e di secondo grado, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza* nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti.

constitucional del art. 39, del d.P.R. n. 636/72 en la parte en que excluye la aplicabilidad del art. 128 del Código de Proceso Civil (principio de la publicidad) a los juicios que se desarrollan en las Comisiones Tributarias de primero y de segundo grado. Y añade: la inconstitucionalidad se entiende producida a partir del día sucesivo a la publicación de la sentencia en la Gaceta Oficial de la República, siendo válidos todos los actos anteriores basados en el artículo impugnado (*a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti*). La Corte justifica la decisión en su motivación, afirmando que "una vez completada la evolución legislativa y consolidada la opinión doctrinal y la línea jurisprudencial sobre el carácter jurisdiccional de los procesos tributarios no puede retrasarse más la declaración de ilegitimidad constitucional... Debe precisarse al respecto que, dada la gradualidad con la que se ha producido dicha evolución, tan sólo a partir de este momento puede entenderse realmente producida la sobrevenida ilegitimidad constitucional".³⁰⁶

Otro ejemplo es lo de la sentencia 501/1988³⁰⁷, que declaró inconstitucionales determinados artículos de la ley 141/1985, pero con efectos restringidos al período posterior a 1 de enero de 1988. La Corte entendió que la ley no atendía al principio de revalorización de las pensiones, que impone que se tenga en consideración el sueldo del personal activo. Sin embargo, decidió que la misma debería entenderse válida hasta fines de 1987, cuando agotaba su función de actualización de las pensiones. A partir de ahí pasó a ser inconstitucional. También pueden apuntarse la sentencia 124/1991³⁰⁸, que declaró la inconstitucionalidad de la ley 91/1977, con efectos

³⁰⁶ Además, hubo decisiones anteriores que llevaron a esa decisión, como la sentencia 212/1986, donde, bajo la forma de sentencia desestimatoria, se reconoce la inconstitucionalidad del artículo en cuestión, y la *ordinanza* 378/88, de manifiesta *infondatezza*, en la cual la Corte llega a avisar de que si la cuestión volviera a ser suscitada la adecuación al principio constitucional de publicidad sería inevitable.

³⁰⁷ *Sentenza 501/1988 (Casavola):* *Dichiara* l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 3, primo comma, e 6 della legge 17 aprile 1985, n. 141 ("Perequazione dei trattamenti pensionistici in atto dei pubblicidipendenti"), *nella parte in cui*, in luogo degli aumenti ivi previsti, non dispongono, a favore dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, nonché dei procuratorie avvocati dello Stato, collocati a riposo anteriormente al 1° luglio 1983, la riliquidazione, a cura delle Amministrazioni competenti, della pensione sulla base del trattamento economico derivante dall'applicazione degli artt. 3 e 4 della legge 6 agosto 1984, n. 425 ("Disposizioni relative al trattamento economico dei magistrati"), *con decorrenza dalla data del 1° gennaio 1988*.

³⁰⁸ *Sentenza 124/1991 (Mengoni):* *dichiara* l'illegittimità costituzionale, *sopravvenuta dal 28 febbraio 1986*, dell'art. 2, primo comma, del d.l. 1° febbraio 1977, n. 12, convertito nella legge 31 marzo 1977, n. 91 ("Norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza"), *nella parte in*

a partir de 28 de febrero de 1986, y la sentencia 288/1994³⁰⁹, que contiene idénticas prescripciones. Son, por lo tanto, decisiones que determinan expresamente el momento en que sobreviene la inconstitucionalidad de la norma y, en consecuencia, la fecha en que empezarán los efectos de la anulación.

Por otro lado, hay situaciones en las que la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad con el objetivo de tutelar y garantizar ciertos valores, pero percibe que la decisión *ex tunc* puede producir efectos negativos o lesionar gravemente otro u otros valores también merecedores de tutela a nivel constitucional. Por ello, opta por utilizar la técnica del *bilanciamento* entre valores constitucionales y "difiere la eficacia de su decisión de manera que se reduzcan o eliminen estos efectos negativos e indica, por tanto, un plazo de tiempo a partir del cual la disposición impugnada debe entenderse inconstitucional".³¹⁰ La consecuencia es que mientras no llegue la fecha definida para volverse inconstitucional, el precepto continuará aplicable en el proceso *a quo* y en otros todavía pendientes. Esta es la sentencia de ilegitimidad constitucional sobrevenida **por equilibrio entre valores**³¹¹, que supone un "compromiso temporal entre valores constitucionales"³¹².

La sentencia 266/1988³¹³ trata del art. 15 de la Ley 19/1981, que en su redacción preveía un determinado régimen administrativo para los jueces militares

cui non consente la computabilità dell'indennità di contingenza su elementi retributivi diversi da quelli previsti dalla contrattazione collettiva prevalente nel settore dell'industria.

³⁰⁹ *Sentenza 288/1994 (Mengoni):* Dichiaro, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 23, primo periodo, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (Interventi correttivi di finanza pubblica), *in relazione al tempo successivo alla data di entrata in vigore della legge citata n. 160 del 1988.*

³¹⁰ ROMBOLI, R. Italia... op. cit. p. 120. También en ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones... op. cit. p. 71.

³¹¹ RUFFINO explica que "é stata la ponderazione di 'rationes' estrinseche ai profili di legittimità/illegittimità della norma impugnata, concretante in quelle esigenze di *ordine costituzionale generale* che innescano il bilanciamento di valori ed il meccanismo giudiziale di controllo sull'incidenza dell'anullamento dalla legge nei confronti delle situazioni pregresse". En: RUFFINO, A. "Tendenze evolutive del sindacato incidentale di legittimità costituzionale fra tecniche di giudizio e clausole decisorie 'extra ordinem' (in margine alla vicenda della pubblicità dei processi tributari)" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989.

³¹² COSTANZO, P. Riflessioni interlocutorie sul... op. cit. pp. 76-77.

³¹³ *Sentenza 266/1988 (Dell'Andro).* Dichiaro l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, primo comma, della legge 7 maggio 1981, n. 180, nella parte in cui consente che i provvedimenti di cui allo stesso articolo siano ulteriormente adottati con la procedura indicata nella medesima disposizione.

Motivazione: L'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 15 della legge in esame, che qui si va a dichiarare, derivata, appunto, dall'inerzia legislativa protrattasi per sì lungo tempo,

"hasta la aprobación en no más de un año de un nuevo procedimiento". Una anterior cuestión de inconstitucionalidad sobre el mismo asunto había sido declarada inadmisibles, pero como posteriormente la inercia del legislador hizo que una normativa provisional se volviera ilegítimamente definitiva, la Corte declaró la inconstitucionalidad del citado artículo. Sin embargo los efectos quedaron limitados, porque la declaración *non incide, ripetesi, in alcun modo su quanto finora avvenuto, sia in via amministrativa sia in via giurisdizionale, sotto il vigore della citata norma ordinaria*. Además de la motivación, el dispositivo declara la inconstitucionalidad *nella parte in cui consente che i provvedimenti di cui allo stesso articolo siano ulteriormente adottati con la procedura indicata nella medesima disposizione*. Es decir, atenúa los efectos de la sentencia de tal forma que la transforma en estimatoria *ex nunc*, no siendo, en principio, siquiera aplicable al juicio incidental remitente.³¹⁴ Otro ejemplo es la sentencia 416/1992³¹⁵, que declara la inconstitucionalidad del art. 710 del Código de Proceso Civil de 1953, con efectos solo a partir de 12 de marzo de 1987, porque la no intervención del Ministerio Público en materia de tutela de menores - por ocasión de la separación y del divorcio - es contraria al principio de la razonabilidad. La decisión tomó en consideración las modificaciones legislativas, que ya preveían esa intervención en situaciones análogas.

Como es necesario determinar el punto de menor sacrificio entre los valores contrapuestos, la decisión depende de factores altamente subjetivos. Esta constatación lleva a algún autor como Romboli a concluir, que el grado de discrecionalidad de la Corte en ese tipo de inconstitucionalidad sobrevenida es todavía mayor.³¹⁶ De hecho, el equilibrio entre valores está basado en gran medida en el

non incide, ripetesi, in alcun modo su quanto finora avvenuto, sia in via amministrativa sia in via giurisdizionale, sotto il vigore della citata norma ordinaria.

³¹⁴ Ver especialmente: BARTOLE, S. "Elaborazione del parametro ed articolazione del dispositivo in una sentenza sull'ordinamento giudiziario militare" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988; MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 351.

³¹⁵ *Sentenza 416/1992 (Granata):* Dichiarò l'illegittimità costituzionale, sopravvenuta dal 12 marzo 1987, dell'art. 710 codice procedura civile, nel testo precedente a quello sostituito dall'art. 1 legge 29 luglio 1988 n. 331, nella parte in cui non prevede l'intervento del pubblico ministero per la modifica dei provvedimenti riguardanti la prole.

³¹⁶ ROMBOLI, R. Italia... op. cit. p. 120; también en ROMBOLI, R. "La tipología de las decisiones ... op. cit. p. 72.

principio de razonabilidad.³¹⁷ Ese fenómeno no ocurre en la ilegitimidad sobrevenida en sentido estricto, cuya fecha adviene directamente del interior de la cuestión analizada y del material normativo a disposición de la Corte, lo que le confiere un mayor grado de certeza. Por ello, hay autores que consideran que tan sólo la aparición de un *factum* normativo nuevo puede ser un motivo válido para que el Tribunal emita una sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida.³¹⁸ El *bilanciamento* entre valores acabaría por dar al TC un verdadero poder autónomo sobre los efectos temporales de sus pronunciamientos, que, al fin y al cabo, le permitiría disciplinar y determinar libremente la eficacia de las normas constitucionales.³¹⁹ Por ello, las alternativas a la ponderación de valores propuestas por autores como Zagrebelsky, Onida o Pinardi, son todas soluciones de *lege ferenda*.³²⁰ Con matices, defienden fundamentalmente la necesidad de emitir una sentencia estimatoria simple o *ex tunc*, seguida de la intervención del legislador, que deberá regular cuestiones pertinentes como la cosa juzgada, la prescripción o la caducidad.

4.2. Modulación de los efectos hacia el futuro: sentencias bilaterales.

³¹⁷ Sobre la importancia de la aplicación del concepto de razonabilidad a la interpretación constitucional: CASCAJO CASTRO, J. L. "Notas para un breve ensayo sobre 'Constitución e interpretación constitucional'" en: *Estudios de Deusto – Homenaje al Profesor Don Pablo Lucas Verdú*, Vol. 51/1, Deusto: Universidad de Deusto, Enero-Junio, 2003, pp. 81 a 92.

³¹⁸ De forma más radical Pinardi, pero también Panunzio, Politi y Zagrebelsky.

³¹⁹ Sobre ese aspecto específico ver: ONIDA, V. "Considerazioni sul tema" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989, p. 186.

³²⁰ ZAGREBELSKY, G. Il controllo da parte ... op. cit. pp. 219 y sig.; ONIDA, V. Considerazioni sul tema... op. cit. pp. 187 y sig.; PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. pp. 173-177 y 187-188.

No existen grandes discrepancias respecto a la percepción que la doctrina italiana tiene acerca de las técnicas de aplazamiento de la declaración de inconstitucionalidad. "En general, se es consciente de que tales procedimientos responden al temor de la Corte a la creación de un grave 'vacío normativo' y, en ocasiones, a la imposibilidad paralela de emitir una sentencia aditiva que incidiría en el ámbito de la discrecionalidad parlamentaria."³²¹ Es decir, en la libertad de configuración normativa del legislador para elegir la mejor forma de adecuar la ley a los términos constitucionales. Por lo que es posible afirmar que las sentencias bilaterales se inscriben igualmente en la política de la Corte de volver más dúctiles sus pronunciamientos. Una actitud que, por cierto, también se ha observado en las decisiones antes estudiadas, exceptuadas por supuesto las de estimación o de desestimación total. Esta especial deferencia para con el legislador puede ser asimismo consecuencia de la puesta al día del trabajo de la Corte Constitucional a fines ya de la década de los ochenta, que ha permitido a la Corte enjuiciar la producción legislativa contemporánea del Parlamento y de esa manera realizar un trabajo más "educativo" y a la vez más prospectivo.³²² Hay que considerar asimismo el elevado grado de dificultad política que conlleva desautorizar al mismo Parlamento que hizo la norma.³²³

Aunque el aplazamiento de la declaración de inconstitucionalidad no fuera propiamente una novedad en el sistema italiano³²⁴, solo a principios de los años noventa la práctica se volverá más usual, con la utilización de la fórmula renovada de las *doppie pronunzie*³²⁵. La doctrina apunta que el TC ha dictado decisiones de ese género con las más variadas denominaciones (entre otras, las declaraciones de

³²¹ Ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 330, Nota 7. Ésta materia se puede ver especialmente en POLITI, F. "Principio di continuità dell'ordinamento giurídico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali" 'giusta preoccupazione' o 'eccessivo timore' della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, p. 3171; ZAGREBELSKY, G. Il controllo da parte...op. cit. p. 196; PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. p. 82.; ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones..., op. cit. p. 73.

³²² Comentada en la parte introductoria de este capítulo.

³²³ No parece haber sido, sin embargo, tan fuerte factor de contención del TC el art. 28 de la Ley 87/1953, que prevé que "el control de legitimidad de la Corte Constitucional sobre una ley o acto con fuerza de ley excluye toda valoración de naturaleza política o control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento".

³²⁴ Sobre los sucesivos *moniti* al legislador en los años anteriores y específicamente sobre las sentencias desestimatorias *a denti stretti*, ver: LA PÉRGOLA, A. La giustizia costituzionale nel 1986... op. cit.

³²⁵ ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. p. 3.199.

inconstitucionalidad constatada pero no declarada, de incompatibilidad, de inadmisibilidad por exceso de fundamentación, de rechazo con constatación de inconstitucionalidad y de todavía constitucionalidad). Sin embargo, esas decisiones pueden ser divididas básicamente en dos tipos: las que constatan la inconstitucionalidad (pero no la declaran) y las que constatan la constitucionalidad (pero anuncian la inminencia de la inconstitucionalidad). Ambas decisiones modulan sus efectos hacia el futuro, siendo conocidas genéricamente por admoniciones al legislador. Han sido utilizadas cuando la Corte considera que determinado precepto no puede ser declarado inconstitucional - aunque ya lo sea o fatalmente se volverá -, pero contiene defectos insanables en relación a los principios constitucionales, que deberán ser remediados en el futuro por el legislador. Por ello, lo invita en la motivación a que haga una nueva disposición legislativa, mientras declara en el fallo la falta de fundamentación o la inadmisibilidad de la cuestión. Por lo tanto, las admoniciones al legislador tienen en común el hecho de que la Corte no impone unilateralmente una determinada norma, prefiriendo el diálogo, que se materializa en la forma de una advertencia o invitación explícita al Parlamento para que desarrolle la ley pertinente.³²⁶

Más recientemente la Corte comenzó a utilizar – no sin polémica - la sentencia aditiva de principio o aditiva con dispositivo genérico. La Corte declara en el fallo la inconstitucionalidad del precepto impugnado, valiéndose de la fórmula de la decisión aditiva (*en cuanto* no prevé determinado principio), sin embargo no añade una norma nueva, sino tan solo los principios que han de servir de parámetro para el desarrollo de la futura ley por el legislador y, mientras tanto, para su aplicación por los tribunales ordinarios. Como declara la ilegitimidad del precepto, pero no crea un contenido impositivo, la sentencia aditiva de principio propicia un interesante diálogo entre la Corte, los jueces y el legislador. Es precisamente esta característica la que la hace pertenecer, junto con las admoniciones al legislador, al grupo de las llamadas sentencias bilaterales, es decir, de aquellas decisiones que buscan revalorizar el papel del legislador en la reparación de la inconstitucionalidad y prefieren el diálogo a la mera imposición, confirmando la idea de que las decisiones de la Corte se están volviendo, también, en un sentido paralelo, un derecho “dúctil”.

³²⁶ Eso ha ocurrido, por ejemplo, en algunas cuestiones bien fundadas desde el punto de vista de los derechos constitucionalmente protegidos, pero que colisionan con el principio del equilibrio presupuestario (art. 84, n. 4, de la Constitución de 1947).

4.2.1. Admoniciones al legislador.

Las admoniciones al legislador normalmente aparecen, como ya se dijo, cuando la Corte llega a la conclusión de que el precepto impugnado no puede ser declarado inconstitucional, pero considera que contiene insuficiencias o que está mal desarrollado por el legislador en lo que concierne a los principios constitucionales. En estas situaciones declara la falta de fundamentación o incluso la inadmisibilidad (motivo meramente procesal) de la cuestión, al tiempo que en la motivación invita al legislador a regular nuevamente la materia, de manera que sane las deficiencias encontradas.³²⁷ Es precisamente en la invitación en donde reside la especial deferencia hacia el legislador democráticamente elegido, como es posible constatar en la ordenanza 134/2003³²⁸, donde la Corte Constitucional solicita al Parlamento que emplee una fórmula más precisa en la determinación de los principios y criterios directivos contenidos en una ley de delegación, o en la sentencia 280/2005 en la que el legislador es llamado a colmar la laguna de una ley que no preveía el *dies a quo* fijado como decadencia en una notificación tributaria. La tónica es el diálogo institucional y la búsqueda de soluciones, sin ninguna imposición, con deferencia hacia el principio de la independencia y

³²⁷ Ver: RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. Corte Costituzionale e Parlamento... op. cit. pp. 327 y sig.

³²⁸ *Ordinanza 134/2003 (Onida)*: "dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lettera c, della legge 24 aprile 1998, n. 128 (...) sollevata, in riferimento agli articoli 25, secondo comma, e 76 della Costituzione, dal Tribunale di Venezia con l'ordinanza in epigrafe."

Motivazione: "che il criterio di delega preso in considerazione dal remittente, espresso con formule più volte adottate dal legislatore nel delegare il Governo a dettare norme di attuazione delle direttive comunitarie, non può dirsi tale da non rispondere ai requisiti minimi dell'art. 76 della Costituzione, ancorché, per la grande varietà degli oggetti della delega, concernente l'attuazione di direttive afferenti alle più diverse materie, tali formule rischino di risultare di non facile interpretazione: donde *l'invito*, rivolto da questa Corte al legislatore (cfr. sentenze n. 53 del 1997 e n. 49 del 1999), in relazione a disposizioni di delega di siffatto tenore, affinché impieghi formule più precise."

separación de los poderes. Unas características que ubican las admoniciones al legislador entre las llamadas decisiones bilaterales.³²⁹

Sin embargo, la invitación, que suele ser genérica o flexible, puede eventualmente traducirse en una advertencia al legislador, principalmente si la Corte acentúa en la motivación la necesidad urgente de nueva legislación o incluye plazos específicos para la acción del Parlamento. En estos casos, la invitación puede contener la amenaza explícita - o implícita - de que el precepto impugnado será declarado inconstitucional de persistir la inactividad del legislador. Así que el *monito* al legislador, a pesar de estar normalmente contenido en una decisión desestimatoria, no puede entenderse como una desestimación pura o simple y tampoco como una sentencia desestimatoria interpretativa. Y ello porque, a pesar de resolver la cuestión formalmente con el fallo de desestimación, la realidad es que el fondo del asunto queda más bien en un compás de espera, como si fuera una especie de espada de Damocles en forma de una probable futura estimación total.³³⁰ La decisión tampoco puede ser entendida como desestimatoria interpretativa, porque la Corte deja todas las opciones normativas al criterio del legislador, no atreviéndose a elegir en la motivación una interpretación condicionante del fallo.

Se observa que la admonición puede ser más o menos flexible, conforme la urgencia detectada por el Tribunal. Una invitación flexible es, por ejemplo, la contenida en la sentencia 286/1995³³¹ sobre derecho de familia. La Corte se limita a

³²⁹ Ver, entre otros: ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale... op. cit. pp. 320 y sig.; CHELI, E. Il giudice delle... op. cit. pp. 59 y 60; RUGGERI, A.; SPADARO, A. Lineamento di giustizia... op. cit. pp. 154 a 156.

³³⁰ Sin embargo, la práctica de aplazar la declaración de inconstitucionalidad, a veces a través de sucesivos *moniti* - las llamadas cadenas monitorias -, para algunos autores sería nada más que un síntoma de la inactividad del Parlamento, además agravada por el temor de la Corte para posteriormente emitir la imprescindible sentencia estimatoria. Ver, entre otros: LA PÉRGOLA, A. La giustizia costituzionale nel 1986... op. cit.; ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. pp. 320 y sig.; D'ORAZIO, G. "Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionale (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 y 24 novembre 1988, 1989, pp. 355 y sig.; PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. pp. 126 a 139.

³³¹ *Sentenza 286/1995 (Santosuosso): dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (...) sollevata, in riferimento agli artt. 3, 29 e 31 della Costituzione, dalla Corte di cassazione con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

Motivazione: ciò rende auspicabile l'intervento legislativo, finalizzato ad un razionale riordino della materia, inteso ad armonizzare questo delicato aspetto della legge fallimentare ai principi ispiratori della riforma del 1975, eliminando gli inconvenienti lamentati, tenendo presenti gli altri

deklarar la inadmisibilidad de la cuestión e invita el legislador a reorganizar los preceptos legales referentes a los alimentos, de forma que compatibilice los principios constitucionales de la libertad de los cónyuges y la protección al núcleo familiar, sin intentar presionarlo para que actúe con celeridad. Por su carácter *sui generis*, merece asimismo destacarse la sentencia 333/1993³³² en la que la Corte invita al legislador a realizar una plena y positiva actuación de los valores constitucionales de imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración Pública. Ocurre sin embargo que esa decisión es una excepción a la regla general de desestimación por inadmisibilidad o falta de fundamentación de las admoniciones al legislador. De hecho, se trata de una situación particular en la que el Tribunal decide la legitimidad constitucional de una ley regional en conjunto con la ley del Estado que regula la materia. La sentencia declara la inconstitucionalidad de la ley regional, pero considera precaria e insuficiente la regulación estatal existente y, por lo tanto, susceptible de ser declarada inconstitucional. Al final opta por invitar el Parlamento a regular la materia de forma amplia y conforme a los principios constitucionales, por reconocer que pertenece al ámbito de la discrecionalidad del legislador.

Como las advertencias más blandas suelen no tener respuestas en tiempo razonable, la Corte ha pasado a tomar decisiones con la clara intención de presionar al Parlamento para salir de su proverbial inercia. A pesar de hacer constar en el fallo la falta de fundamento de la cuestión o su inadmisibilidad, el Tribunal reconoce la incompatibilidad del precepto impugnado con los principios constitucionales, utilizando expresiones duras como "inconstitucionalidad constatada", "no conformidad a los principios constitucionales", "situaciones que no están en sintonía con la Constitución", "claras especulaciones", "evidente falta de armonía" e "incongruencias y lagunas

ordinamenti europei e considerando in ogni caso i principi costituzionali sulla libertà dei coniugi e sulle esigenze di quel nucleo familiare che la Costituzione ha voluto chiaramente privilegiare.

³³² *Sentenza 333/1993 (Baldassare): dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, quinto comma, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 14 giugno 1983, n. 54 (Modificazioni e integrazioni alle disposizioni concernenti lo stato giuridico e il trattamento economico del personale regionale).*

Motivazione: Ma, poiché la piena attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione pubblica è riservata, in conformità con le rispettive competenze, alle scelte discrezionali del legislatore statale e di quello regionale, questa Corte, nel dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione palesemente incongruente con i suddetti principi, auspica che il legislatore provveda a riesaminare e a ridisciplinare gli aspetti precedentemente segnalati, ai fini della piena e positiva attuazione dei valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione pubblica.

difficilmente giustificables".³³³ Las sentencias 140/1993³³⁴ (separación del tratamiento penal del menor de la disciplina punitiva general) y 114/1994³³⁵ (supuestos de huelga de los abogados) son ejemplos de esa postura más dura, dejando claro al legislador que su actuación debe ser "urgente", "necesariamente oportuna" y "a efectuar cuanto antes". Es de resaltar que la inactividad del legislador – posterior a la invitación hecha en la sentencia 114/1994 - tuvo por consecuencia su duplicación por la sentencia 171/1996³³⁶ (*doppie pronunzie*), en cuyo fallo el TC declara taxativamente la inconstitucionalidad de la ley impugnada en la parte en que no prevé las garantías constitucionales en caso de huelga de los abogados.

Aunque en un análisis más minucioso sea posible distinguir aun más tipos, la doctrina italiana ha coincidido en señalar que la Corte emite los *moniti* al legislador básicamente en la forma de "resoluciones de incompatibilidad" (o de "inconstitucionalidad constada pero no declarada") y de "todavía constitucionalidad". La resolución es de incompatibilidad cuando la Corte, a pesar de decidir que la cuestión

³³³ Sentencias del Tribunal Constitucional 247, 378 y 431/1993; 80, 97, 310, 377, 378 y 408/1994; y 235/1996. Ver: ROMBOLI, R. Italia... op. cit. p. 112.

³³⁴ *Sentenza 140/1993 (Caianiello)*: dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 22, 98, 65 e 69 del codice penale, sollevate dal Tribunale per i minorenni di Catania, in composizione di giudice per l'udienza preliminare, in riferimento agli artt. 2, 3, primo comma, 10, primo comma, 27, terzo comma e 31, secondo comma, della Costituzione, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Motivazione: Come si vede il risultato che si intenderebbe raggiungere sul piano del diritto sostanziale rende necessario un intervento sostitutivo del legislatore, che definisca, nell'ambito di una pluralità di scelte, la portata e l'ampiezza della modifica. Un intervento questo che, per le esigenze poste in evidenza, è auspicabile che venga assicurato quanto prima per adeguare la situazione normativa a quella linea, già posta più volte in evidenza da questa Corte, di diversificare il più possibile il trattamento del minore dalla disciplina punitiva generale.

³³⁵ *Sentenza 114/1994 (Vassalli)*: dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 159, primo comma, del codice penale, sollevate, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Pretore di Potenza con l'ordinanza in epigrafe.

Motivazione: D'altra parte, se il legislatore ha avvertito la necessità di dettare, proprio in funzione della salvaguardia di beni costituzionalmente tutelati, norme sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, ricomprendendo fra questi anche l'amministrazione della giustizia (v. art. 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146), non v'è ragione per cui debbano restare esenti da specifiche previsioni forme di protesta collettiva che, al pari dello sciopero, sono in grado di impedire il pieno esercizio di funzioni che assumono, come quella giurisdizionale, un risalto primario nell'ordinamento dello Stato.

³³⁶ *Sentenza 171/1996 (Guizzi)*: 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1 e 5, della legge 12 giugno 1990, n. 146 (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della commissione di garanzia dell'attuazione della legge), nella parte in cui non prevede, nel caso dell'astensione collettiva dall'attività giudiziaria degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo d'un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dell'astensione e non prevede altresì gli strumenti idonei a individuare e assicurare le prestazioni essenziali, nonché le procedure e le misure conseguenziali nell'ipotesi di inosservanza.

es infundada o inadmisibile, afirma perentoriamente que el precepto impugnado es incompatible con los principios constitucionales. En este caso, puede llegar a advertir de forma explícita al legislador de que estimará la cuestión en una nueva ocasión. El Tribunal puede invocar también la discrecionalidad del legislador para posponer la declaración. La incompatibilidad basada en ello sería la "inconstitucionalidad constatada pero no declarada".³³⁷ Es decir, la Corte admite la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pero, por respeto a la discrecionalidad del legislador, no la declara.³³⁸ Ello se plasma en la motivación a través de una ponderación de los diferentes valores constitucionales en juego. Cabe al legislador elegir posteriormente el valor o valores que tendrán prioridad en el desarrollo de la ley. Sin embargo, lo que se percibe es que los dos tipos de sentencias tienen más puntos en común que discrepancias. En ambas el Tribunal afirma perentoriamente que el precepto impugnado es incompatible con los principios constitucionales y en ambas puede haber una advertencia explícita al legislador y a los jueces de que se estimará una cuestión idéntica en el futuro. De manera que la peculiaridad de la decisión de inconstitucionalidad constatada pero no declarada se reduce a la referencia a la discrecionalidad del legislador. Sin embargo, el acto de equilibrio entre los diferentes valores constitucionales, que lleva a la conclusión de que se trata en último término de una materia de estricta competencia legislativa, no es otra cosa que "ponderación" constitucional. Así que tal sutileza – aparte de inducir a confusión - no parece capaz de justificar la diferenciación, por lo que no insistiremos en ella, en línea con la mayoría de la doctrina, aunque utilice diferentes terminologías.³³⁹

De este modo, los pronunciamientos de inadmisibilidad o falta de fundamentación - por incompatibilidad a algún principio constitucional o por ser materia atinente a la discrecionalidad del legislador - a veces acompañados de una

³³⁷ ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones..., op. cit. p. 73.

³³⁸ Las admoniciones al legislador – básicamente resultantes de una política de *self-restraint* de la Corte - han sido destacadas como la antípoda de las sentencias aditivas por: D'ORAZIO, G. "Ancora sugli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: el caso della sentenza núm. 50 dle 1989. Atto di coraggio" o di "rotura"?" in *Giurisprudenza italiana*, 1989, pp. 344 y sig.; ROMBOLI, R. Aggiornamenti in tema... op. cit. p. 114.

³³⁹ Entre otros, Zagrebelsky utiliza "no inconstitucionalidad a término" y "desestimatorios condicionados". Ver: ZAGREBELSKY, G. Il controllo da parte della Corte..., op. cit. pp. 200 a 209; Pinardi prefiere "constitucionalidad provisional" e "inconstitucionalidad constatada pero no declarada" in PINARDI, R. La Corte, i giudici e il legislatore... op. cit. pp. 71 y sig. Hay también otras denominaciones, como "de rechazo o inadmisibilidad con constatación de inconstitucionalidad" o de "inadmisibilidad por exceso de fundamentación".

invitación no vinculante al Parlamento para que provea la ley³⁴⁰, pueden reconducirse bajo la denominación de "inconstitucionalidad constatada pero no declarada".³⁴¹ Zagrebelsky³⁴² considera la sentencia 310/2003³⁴³ un buen ejemplo de ese tipo de decisión. La Corte la considera falta de fundamentación por discrecionalidad del legislador, pero afirma que el procedimiento en cuestión no puede ser paralizado indefinidamente con una serie de simples prórrogas, sin un razonable límite de tolerancia. Esto es, el Tribunal reconoce que no puede sustituir al legislador, al tiempo que lo advierte sobre su inercia: un legítimo “monito”. La inconstitucionalidad constatada pero no declarada no debe ser confundida con la sentencia de mera inconstitucionalidad o de mera incompatibilidad, que el *Bundesverfassungsgericht* suele utilizar y que tiene el objetivo de evitar una situación todavía más inconstitucional o perjudicial a los ciudadanos, por el vacío legislativo que supondría la anulación del precepto cuestionado.³⁴⁴ Mientras los italianos apenas constatan la inconstitucionalidad,

³⁴⁰ La falta de vinculación y el hecho de que desvirtúan las funciones de la Corte son la base de la crítica de Cheli a las admoniciones: “¿Puede la Corte – que tiene el poder de anular sucesivamente la ley – dar ‘consejos’ preventivos al legislador? ¿Puede la Corte, en otros términos, volverse en un órgano de ‘consulta constitucional’ del Parlamento y transformar su función de control en una función de *indirizzo* y de ‘colegislador’? ¿Y qué valor formal puede ser reconocido a estos *moniti*, si en nuestro sistema la motivación de las sentencias constitucionales no son dotadas de fuerza vinculante?” En: CHELI, E. *Il giudice delle...* op. cit. p. 60.

³⁴¹ Ver: GROPPI, T. *Hacia una justicia...* op. cit. p. 486.

³⁴² *Relazione* anual del Presidente de la *Corte Costituzionale* Gustavo Zagrebelsky (2003) en www.cortecostituzionale.it.

³⁴³ *Sentenza 310/2003 (Chieppa): dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto-legge 27 dicembre 2001, n. 450 (...) sollevata, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 24, primo comma, e 42, secondo comma, della Costituzione, dal Tribunale di Firenze con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

Motivazione: “non si intende con ciò negare che il legislatore debba farsi carico delle esigenze di coloro che si trovano in particolari situazioni di disagio, in quanto appartenenti a categoria protetta, ricorrendo ad iniziative del settore pubblico o accordando agevolazioni o ricorrendo ad ammortizzatori sociali; ma non può indefinidamente limitarsi, per di più senza alcuna valutazione comparativa, a trasferire l'onere [del mancato rilascio] in via esclusiva a carico del privato locatore, che potrebbe trovarsi in identiche o anche peggiori situazioni di disagio”

³⁴⁴ Es imposible hablar de admoniciones al legislador sin referirse a Alemania, que fue el primer país a utilizarlas (*die Apellenscheidungen*). Sobre el asunto ver, entre muchos otros: RUPP, H.; BRÜNNECK, W. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?” in *Festschrift für Gebhard Müller*. Tübingen, 1970, pp. 355 y sig.; WEBER, A. “Alemania” en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 77 y sig.; LERCHE, P. “Das Bunderverfassungsgericht und die Vorstellung der ‘Annäherung’ an den verfassungsgewollten Zustand” in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1971, pp. 721 y sig.; PESTALOZZA, C. “‘Noch verfassungsmässige’ und ‘bloss verfassungswidrige’ Rechtslagen” in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I. Tübingen, 1976, p. 1547. En Portugal las sentencias apelativas no son admitidas. Ver: MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007); ALMEIDA, L.N. de, O Tribunal Constitucional... op. cit. pp. 958 y 959; CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional...*, 5. ed. op.

pero no la declaran, los alemanes declaran la incompatibilidad, pero no anulan el precepto.³⁴⁵ La contradicción alemana, por tanto, aparentemente es mayor. Sin embargo, es importante resaltar que en el decurso del plazo dado al legislador alemán la ley inconstitucional no se seguirá aplicando (a menos que el tribunal expresamente lo permita).³⁴⁶ Esta alternativa no existe en Italia, en donde la ley inconstitucional (a pesar de no haber sido expresamente declarada la inconstitucionalidad) continuará en vigor hasta que el legislador la rectifique o hasta que la Corte haga uso de la *doppie pronunzie*. En suma: lo que es regla en el sistema italiano - una norma entendida como inconstitucional permanece en vigor – es excepción en el sistema alemán.

Por otro lado, en la sentencia de todavía constitucionalidad la Corte considera constitucional la legislación impugnada, pero solo en función de su evidente o supuesto carácter temporal. La advertencia al legislador está en que si dicha regulación pasara a considerarse permanente o no es modificada en un determinado plazo, será declarada inconstitucional. Dado que no es jurídicamente eficaz de forma inmediata, es más un mecanismo de diálogo, pero también de presión o de amenaza. Ello se puede observar en las sentencias 42 y 226/1993, que tratan de la ecualización entre los valores de las pensiones de los trabajadores públicos y privados, y la necesidad de tener en cuenta el equilibrio entre las recetas y los gastos consagrados en el presupuesto.³⁴⁷ La sentencia 42 deja clara la posibilidad de reexaminar en el futuro la cuestión (*così determinando l'esigenza di un riesame della questione di costituzionalità*)³⁴⁸ y la

cit. p. 1006. En Brasil, ver por todos: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 267 a 269.

³⁴⁵ Por ejemplo, en las sentencias STCF 16, 130/142; STCF 7, 252; STCF 1, 14/20.

³⁴⁶ Puede optar también por establecer un régimen jurídico provisional, en tanto el legislador no regule de nuevo la materia. Esta posibilidad ha sido justificada por el hecho de su ley reguladora le permitir fijar la forma de ejecución de sus sentencias, pero parece evidente que un régimen jurídico supera tal concepto. Por eso Aja y González Beilfuss consideran que “este supuesto corresponde en realidad a las sentencias unilaterales, porque el Tribunal Constitucional realiza una función legislativa positiva, aunque de forma provisional (en “Conclusiones Generales” op. cit. pp. 280 y sig.).

³⁴⁷ Sobre el coste de las sentencias ver, entre otros: PIZZORUSSO, A. *Tutela dei diritti costituzionali...* op. cit. pp. 254 y sig.; ELIA, L. *Le sentenze additive ...* op. cit. pp. 310 y sig.; D'AMICO, M. *Giudizio sulle leggi...* op.cit. pp. 135 y sig.; ZAGREBELSKY, G. *La giustizia ...* op. cit. pp. 316 y sig.; ANZON, A. *Nuove tecniche decisorie...* op. cit. pp. 247 y 248; D'ORAZIO, G. *Le sentenze costituzionali ...* 1992, p. 83 (nota).

³⁴⁸ *Sentenza 42/1993 (Casavola)*: Riuniti i giudizi, dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 8 agosto 1991, n. 265 (...) sollevata, in riferimento agli artt. 3, 36, 38 e 136 della Costituzione, dalla Corte dei conti con le ordinanze di cui in epigrafe.

sentencia 226 ve como inevitable la intervención correctiva de la Corte (*tali che potrebbero rendere inevitabile l'intervento correttivo della Corte*).³⁴⁹ Debe subrayarse que a semejanza de la sentencia de inconstitucionalidad constatada pero no declarada, la de todavía constitucionalidad también pospone la declaración de inconstitucionalidad. No obstante, mientras que en ésta el TC constata que la ley es efectivamente constitucional - pero que si no fuere modificada a tiempo se volverá inconstitucional -, en aquella, constata que la ley es efectivamente inconstitucional, pero no la declara. Son, por lo tanto, distintas, pero tienen en común el hecho de que ambas implican un diálogo entre la Corte y el legislador. Su eficacia dependerá fundamentalmente del "acuerdo" tácito que debe existir entre ellos, que se reflejará en una mayor o menor celeridad en la adaptación de la legislación presta a volverse o a ser declarada expresamente inconstitucional.

Las “*admoniciones*” al legislador son muy parecidas a los pronunciamientos apelativos en la forma "la ley todavía no es inconstitucional" dictadas por el TC alemán en el ejercicio del control concentrado (*Apellenscheidung*). La diferencia es que en Italia el control de constitucionalidad se realiza muy mayoritariamente por los jueces de forma incidental a los procesos concretos, lo que implica rasgos importantes del sistema, como el hecho de que la amenaza de una futura declaración de inconstitucionalidad, si no se rectifica la norma, sea más que una mera posibilidad, porque cualquier juez podrá volver a cuestionarla en caso de inercia. En un sistema concentrado y abstracto como el alemán, es en general necesario esperar a la iniciativa de uno de los legitimados para la acción. Además, y ello es más grave, cuando

Motivazione: In tal caso le stesse considerazioni svolte nella sentenza n. 501 del 1988 a proposito dell'omesso calcolo delle anzianità pregresse ben potrebbero applicarsi alla mancata previsione di un qualsivoglia meccanismo di raccordo tra variazioni retributive indotte dagli aumenti del pubblico impiego e computo delle pensioni, così determinando l'esigenza di un riesame della questione di costituzionalità.

³⁴⁹ *Sentenza 226/1993 (Granata):* Riuniti i giudizi, dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 legge 28 dicembre n. 544 (Elevazione dei livelli dei trattamenti sociali e miglioramenti delle pensioni) e dell'art. 3 decreto legge 22 dicembre 1990 n. 409 (Disposizioni urgenti in tema di perequazione dei trattamenti di pensione nei settori privato e pubblico), convertito con modificazioni nella legge 27 febbraio 1991 n. 59, sollevate - in riferimento agli artt. 3, 36, 38 e 54 della Costituzione - dalla Corte dei conti con le ordinanze in epigrafe.

Motivazione: Peraltro, il divario allo stato esistente, da un lato, può assumersi come indice rivelatore della opportunità di perseguire un più avanzato livello di raccordo il cui raggiungimento rientra nella discrezionalità del legislatore nel più ampio contesto della generale politica economica e nei limiti delle risorse disponibili; dall'altro può e deve richiamare l'attenzione del legislatore sulla necessità di sorvegliare l'andamento del fenomeno al fine di evitare che esso possa pervenire a valori critici, tali che potrebbero rendere inevitabile l'intervento correttivo della Corte.

la Corte examina una ley remetida por el juez *a quo* y constata su inconstitucionalidad pero no la declara, significa en la práctica que está obligando al juez a aplicar una ley inconstitucional en la solución de un litigio concreto, con todas las consecuencias que la decisión puede traer para la vida de los involucrados. En suma, "la Corte viene en sustancia a descuidar casi completamente los intereses sustanciales presentes en el proceso *a quo* y a los sujetos que son titulares de los mismos y que tienen legitimación para personarse ante la Corte Constitucional."³⁵⁰ Pinardi llega a afirmar que se viola el principio de constitucionalidad, tanto desde un punto de vista subjetivo, para el afectado en el juicio *a quo* por la ley, como objetivo, al permitir a la norma seguir desplegando sus efectos a pesar de ser considerada inconstitucional.³⁵¹

D'Orazio no tiene una visión tan crítica en relación a la continuidad de aplicación de una ley ya sabidamente inconstitucional. Según este autor, en ciertas situaciones es la propia Constitución la que impone el aplazamiento de los efectos de la constatación de ilegitimidad constitucional.³⁵² En otras palabras, sería la interpretación reflexiva de la Constitución - seguramente con un papel importante para el principio de razonabilidad -, la que permitiría la posposición. De forma que el mantenimiento temporal de un precepto reconocido como inconstitucional no sería un ataque frontal al ordenamiento jurídico - vale decir, al principio de constitucionalidad -, sino consecuencia del equilibrio entre los valores constitucionales, con el único remedio de la intervención del legislador. La verdad es que solo durante el año de 2006 el TC declaró la manifiesta falta de fundamentación de la cuestión con base en la

³⁵⁰ ROMBOLI, R. La tipología de las decisiones... op. cit. pp. 73 y 74.

³⁵¹ PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. pp. 111-113. Mantiene posición crítica RUFFINO, A. Tendenze evolutive... op. cit. pp. 270 y sig.; y POLITI, F. "Principio di continuità dell'ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali" 'giusta preoccupazione' o 'eccessivo timore' della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, pp. 76 y sig. La autocontención (*self-restraint*) que conlleva los *moniti* al legislador ha sido objeto de críticas, entre otros motivos, por supuestamente destinarse más a proteger la inercia de la Corte, que propiamente a la discrecionalidad del legislador. Ver: ZAGREBELSKY, G. *Processo Costituzionale*... p. 659; ANZON, A. *Nuove tecniche decisorie*... op. cit. pp. 3204 y 3205; ONIDA, V.; D'AMICO, M. *I giudizi di*... op. cit. p. 271; SAJA, F. *Introduzione ai lavori*... op. cit. p. 4; PUGIOTTO, A. *Dottrina del diritto vivente*... op. cit. pp. 3706 y 3707.

³⁵² D'ORAZIO, G. *Una vacatio per le*... op. cit. pp. 1147 y sig. Para una mayor profundización de ese asunto, son indispensables las obras de los alemanes: MOENCH, C. *Verfassungswidriges Gesetz*... op. cit. pp. 70 y sig.; POHLE, A. P. *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen – Eine Untersuchung des Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetzestechnisch mögliche Nichtigterklärung durch das Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt am Main, 1979, pp. 33 y sig.

discrecionalidad del legislador en once oportunidades³⁵³, lo que es un dato más que confirma la tendencia a la ductilidad de su actuación, como queda patente en la ordenanza 455/2006.³⁵⁴

4.2.2. Sentencia aditiva de principio.

Siguiendo la línea de evitar confrontaciones con el legislador y los jueces, a partir de 1987 la Corte Constitucional ha pasado a emitir las sentencias aditivas de principio o sentencias aditivas con fallo genérico (*sentenza additiva a dispositivo generico*).³⁵⁵ En 1996, año en que este tipo de decisión tuvo un notable incremento³⁵⁶, Granata - entonces Presidente de la Corte - explicaba que "para remediar las graves omisiones/lagunas del legislador en el campo de los derechos fundamentales (sentencia 41, Santosuosso), sin invadir los poderes del Parlamento, se ha elaborado un tipo de sentencia de estimación denominada aditiva de principio. Con ella se declara la inconstitucionalidad de la omisión de un mecanismo idóneo para volver efectivos los

³⁵³ BILE, F. *La Giustizia Costituzionale nel 2006...* op. cit. La discrecionalidad del legislador fue alegada en las Ordenanzas 45, 158, 160, 169, 194, 202, 292, 352, 368, 455 y 462.

³⁵⁴ *Ordinanza 455/2006 (Flick): dichiara* la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5, commi 1 e 2, della legge 12 giugno 2003, n. 134 (Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti) e dell'art. 444, comma 1-bis, del codice di procedura penale, aggiunto dall'art. 1 della citata legge n. 134 del 2003, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 97 e 111 della Costituzione, dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Bari e dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Asti con le ordinanze indicate in epigrafe.

Motivazione: che, conclusivamente, il regime delle preclusioni, oggettive e soggettive, del patteggiamento "allargato" costituisce frutto di scelta discrezionale e di per sé non arbitraria del legislatore; quest'ultimo, nell'estendere sensibilmente l'ambito di operatività dell'istituto, ha ritenuto di dover considerare – in un'ottica del bilanciamento tra contrapposti interessi – sia i caratteri oggettivi del reato per cui si procede, sia le condizioni soggettive degli imputati, espressive di una pericolosità qualificata.

³⁵⁵ También conocidas por *sentencias-delegación, sentencias-mecanismo, sentencias declarativas...* La STC 215/1987 suele ser citada como la primera aditiva de principio.

³⁵⁶ Entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 41, 74, 118, 171, 241 y 361/1996.

derechos en cuestión, pero reservando al legislador el poder de concretar tal mecanismo en abstracto y habilitando mientras tanto a los jueces para crear la regla del caso concreto según el principio indicado por la Corte (sentencia 74, Mengoni)".³⁵⁷ En otras palabras, a semejanza de la sentencia aditiva clásica, la aditiva de principio también declara la disposición inconstitucional "por lo que no prevé", sin embargo no introduce nuevas normas, sino principios, a los que el legislador deberá dar desarrollo mediante disposiciones *erga omnes* y que, mientras tanto, pueden ser aplicados por los tribunales ordinarios. La decisión aditiva de la Corte sustituye a la norma invalidada y pasa a valer en forma de principio, que servirá de referencia a jueces y tribunales en la resolución de los casos concretos hasta que el Parlamento desarrolle la nueva ley reguladora. Los principios indicados por el Tribunal servirán asimismo de parámetro para el control de constitucionalidad del nuevo precepto legal. La característica básica de esa sentencia, recuerda Anzon, es "el reconocimiento de la inconstitucionalidad del precepto impugnado, conjuntamente con el reconocimiento de la pluralidad de los posibles remedios idóneos para eliminarla".³⁵⁸

Se trata, por tanto, de un instrumento de la Corte para matizar la unilateralidad de las sentencias manipulativas, que, como es sabido, modifican directamente la norma e imponen una sola interpretación de la ley. Además, tiene el mérito de prevenir la eventual inercia del legislador, que es el riesgo inherente a las admoniciones. La Corte indica en la motivación los principios que deberán servir de inspiración al desarrollo de la futura ley y puede eventualmente indicar un plazo límite al legislador.³⁵⁹ El fallo de la sentencia 243/1993, por ejemplo, determina que la inconstitucionalidad (*en la parte en que no prevé*) deberá ser colmada por el legislador

³⁵⁷ GRANATA, R. (Presidente de la Corte Costituzionale), *La Giustizia Costituzionale nel 1996*, www.cortecostituzionale.it, Palazzo della Consulta, febbraio 1997.

³⁵⁸ ANZON, A. *Nuove tecniche decisorie...* op. cit. p. 3210.

³⁵⁹ Ver especialmente: D'AMICO, M. "Le insidie delle decisioni di principio (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici matri nel caso di parto prematuro" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 3, Torino: Giappichelli, 1999, pp. 2252 y sig.; D'AMICO, M. "Un nuovo modello di sentenza costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, p. 1803; ANZON, A. "Un'aditiva di principio con termine per il legislatore" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, p. 890; PINELLI, C. "Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di additiva di principio" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Torino: Giappichelli, 1993, p. 1792; DOLSO, P. "Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 6, Milano: Giuffrè, 1999, pp. 4111 y sig.; PIZZORUSSO, A. "Corte Costituzionale: un nuovo 'tipo' di sentenza?" in *Corriere Giur.*, 1993, p. 773; RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamento di giustizia...* op. cit. pp. 141 y sig.; RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. *Corte Costituzionale e Parlamento...* op. cit. pp. 271 y sig.

*según los principios y los plazos indicados en la motivación.*³⁶⁰ Ya el fallo de la sentencia 185/1998 informa que en la motivación se encuentran los criterios y los límites objetivos, subjetivos y temporales que el legislador deberá observar en el desarrollo de la ley.³⁶¹ Queda claro, como indica Groppi, que esta decisión contiene una sentencia aditiva combinada con una sentencia-delegación, conciliando de esa manera la inmediatez de la estimación (*accoglimento*), con la salvedad de la esfera de discrecionalidad que corresponde al legislador.³⁶²

No siempre la sentencia aditiva de principio aparece explícitamente con todas sus características en el fallo o en la motivación, como se deduce de ejemplos como la sentencia 385/2005, que se limita a declarar, en términos un tanto genéricos, la inconstitucionalidad del precepto en la parte en que no prevé "el principio que permite al padre recibir, en alternativa a la madre, la indemnización de maternidad atribuida solo a esta última".³⁶³ Chirulli analizó críticamente esa sentencia y llegó a la conclusión de que la opción de la Corte no fue la mejor, por dejar claro que la decisión "obliga los jueces *a quo* a aplicar el principio indicado, no obstante la Corte entiende que es necesaria la intervención del legislador para colmar definitivamente la laguna existente".³⁶⁴ De hecho, la Corte afirma textualmente en la motivación que "está reservada al legislador la competencia para desarrollar un mecanismo legal que

³⁶⁰ *Sentenza 243/1993 (Spagnoli): 1) Dichiaro: l'illegittimità costituzionale dei combinati disposti dell'articolo 1, terzo comma, lettere b) e c), della legge 27 maggio 1959 n. 324 (Miglioramenti economici al personale statale in attività ed in quiescenza) [...] nella parte in cui non prevedono, per i trattamenti di fine rapporto ivi considerati, meccanismi legislativi di computo dell'indennità integrativa speciale secondo i principi ed i tempi indicati in motivazione.*

³⁶¹ Ver: MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. *La giustizia...* op. cit. pp. 436 y 437. Como se nota, las sentencias aditivas de principio tropiezan en España en la rigidez de la LOTC relativamente al binomio inconstitucionalidad/nulidad *ex tunc*, que se refleja también en el poco uso de las admoniciones al legislador.

³⁶² GROPPi, T. *Hacia una justicia...* p. 495. Esta autora también indica otros ejemplos: Sentencias del TC 26, 32, 61, 179 y 270 todas de 1999; y 526/2000. Ruggeri y Spadaro ubican la sentencia aditiva de principio como una subespecie de sentencia aditiva, juntamente con las aditivas de garantía y de prestación. En: RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamento di giustizia...* op. cit. pp. 147 a 149. En el mismo sentido: MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. *La giustizia...* op. cit. pp. 436 y 437.

³⁶³ *Sentenza 385/2005 (Contri): dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetta di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima.*

³⁶⁴ CHIRULLI, P. "Una problematica sentenza additiva di principio della Corte costituzionale in materia di maternità delle libere professioniste." in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 5. Milano: Giuffrè, 2005, p. 3810.

consienta una adecuada tutela también al trabajador padre".³⁶⁵ Parece que la mejor alternativa habría sido una admonición al legislador, aunque sea posible que la Corte haya optado por una aditiva de principio por tratarse de una cuestión social relevante y que no parecía poder quedar por más tiempo a merced de la inercia del Parlamento. No obstante, queda la pregunta de por qué la Corte ha transferido toda la responsabilidad a los jueces ordinarios, si tenía a su disposición otros instrumentos, como la admonición o la sentencia aditiva clásica. Este procedimiento solo puede ser correctamente comprendido en un contexto de revalorización de la coparticipación de los jueces en el control de la constitucionalidad, confirmando la tendencia hacia un sistema que pone más énfasis en las sentencias con efectos implícitos *inter partes*.

Algunas aditivas de principio contienen una referencia expresa a la intervención del juez en caso de inercia del legislador (sentencias 295/1991 y 279/1999), que de todos los modos puede ocurrir igualmente aunque no se encuentre esta referencia o parezcan dirigirse tan solo al legislador (sentencia 309/1999). Y ello porque "si el juez repropone la misma cuestión, haciendo manifiesta la inercia del legislador, la Corte la declara inadmisibile, recordando que es tarea del juez remediar la omisión para el caso concreto" (sentencia 171/1996).³⁶⁶ Es decir, el juez ordinario deja de ser aquel agente que se limita a remitir la cuestión y posteriormente aplica la solución dictada por el Tribunal y pasa a ser un sujeto activo, dictando él mismo la solución constitucional para el caso concreto, esto sí, respetando los principios indicados por la Corte. Sin embargo, esta sentencia sigue la misma técnica de la aditiva clásica, puesto que tiene como motivación la inercia del legislador y mantiene la figura de la *rime obbligate*, aunque difuminada en la forma de uno o más principios. Por ello, no representa una ruptura, sino una evolución de la tradicional sentencia aditiva. Puede, esto sí, representar un útil término medio entre las sentencias interpretativas (evitando que se acuse a la Corte de usurpar atribuciones del legislador democrático) y las admoniciones al legislador (sin someterse a una más que probable larga espera para el desarrollo de la ley por el Parlamento).³⁶⁷ El hecho de que la Corte autorice al juez

³⁶⁵ *Motivazione della Sentenza 385/2005 (Contri)*: nel rispetto dei principi sanciti da questa Corte, rimane comunque riservato al legislatore il compito di approntare un meccanismo attuativo che consenta anche al lavoratore padre un'adeguata tutela.

³⁶⁶ GROPPI, T. *Hacia una justicia...* op. cit. p. 495.

³⁶⁷ En España comentan ese punto, entre otros: GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios

común a que colme la omisión en caso de inercia del legislador hace a Groppi afirmar que este tipo de sentencia contiene el "germen de la rebelión" frente a la inactividad del Parlamento.³⁶⁸ Con todo, esta posibilidad de actuación del juez puede ser considerada también un incentivo para llegar a denominadores comunes. Por ello, a pesar de la aparente contradicción, es posible afirmar que se trata innegablemente de un instrumento para fomentar el diálogo y la colaboración entre Corte, jueces ordinarios y legislador, con potencial de reflejarse concretamente en la distribución del protagonismo y de las responsabilidades en el control de constitucionalidad.

En relación al contenido de esas sentencias, se observa que la Corte suele emitir las en materias relacionadas con la defensa de los derechos sociales,³⁶⁹ particularmente cuando se pretende evitar que una sentencia aditiva clásica acarree daños irreversibles al erario público, que no está en condiciones de afrontar gastos no previstos en el presupuesto. Sin embargo, el TC las ha utilizado incluso en materias referidas a la libertad personal, como en la STC 26/1999, en la cual se arguye esa garantía constitucional contra reglamentos restrictivos de la administración penitenciaria. Al estudiar la cuestión, la Corte constató la inexistencia de un modelo unitario de procedimientos sobre derechos del detenido, que le posibilitara emitir una sentencia aditiva. Debido a la urgencia que la materia requería, el TC decidió no hacer una admonición al legislador - que implicaba la inadmisibilidad de la cuestión (ley 354/1975, arts. 35 y 69 l.) -, prefiriendo declarar la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado a través de una sentencia aditiva de principio. Otra sentencia que involucra la garantía constitucional de la libertad es la STC 32/1999, que trata de la reglamentación del interrogatorio judicial.³⁷⁰

La utilización de la sentencia aditiva de principio, con todo, no está exenta de problemas. El hecho de que el Tribunal no sea capaz de decidir la cuestión a través de una sentencia aditiva tradicional sugiere que no se trata de una solución *a rime*

Políticos y Constitucionales, 2000, p. 209; DÍAZ REVORIO, F.J. Las sentencias interpretativas... op. cit. pp. 278 y sig.

³⁶⁸ GROPPPI, T. Hacia una justicia... op. cit. p. 495.

³⁶⁹ Son ejemplos: la STC 179/1999, que trata del derecho de propiedad; la STC 270/1999, que trata de la adecuada tutela de la madre y del niño en caso de parto prematuro; y la STC 309/1999, sobre tutela de la salud del ciudadano indigente. Asimismo la STC 243/1993, cuyo fallo está en nota en el principio de este epígrafe.

³⁷⁰ VASSALLI, G. (Presidente de la Corte Costituzionale), *La Giustizia Costituzionale nel 1999*, www.cortecostituzionale.it, Palazzo della Consulta, Gennaio 2000.

obbligate. Por eso, la admonición al legislador o la estimación-desestimación pura y simple de la cuestión aparentemente sería lo más indicado para semejante situación. No obstante, "ante una pluralidad de situaciones posibles la Corte, al considerar que no puede sustituir al legislador, invita al juez a hacerlo él mismo, dando lugar de esta manera a que se ofrezcan diferentes soluciones para un mismo caso".³⁷¹ En suma, el juez de las leyes se niega a hacer algo, pero en cambio pide a los jueces ordinarios que lo hagan, sin garantizar por tanto la uniformidad de las decisiones. En relación al legislador, la rapidez con que desarrollará la ley y su grado de respeto a los principios fijados depende básicamente del acuerdo implícito entre la Corte y el Parlamento, lo que debería suponer el establecimiento de mecanismos de seguimiento y coordinación entre ambos.³⁷² Otra dificultad generadora de críticas es el hecho de que no siempre es posible técnicamente extraer un principio constitucional susceptible de ser incluido en la motivación, lo que evidentemente restringe su uso.

Además, este tipo de sentencias conlleva el riesgo de que se produzca lo que se ha denominado "el doble efecto de paralizar". Por un lado, se trata de una decisión estimatoria y, por consiguiente, con efectos *erga omnes*; es decir, los preceptos declarados inconstitucionales no pueden ser aplicados por el juez. Por otro, la ausencia de legislación deja al juez sin la seguridad necesaria para finalizar el proceso. Por ello, Parodi ha propuesto que cuando no haya violación directa de la Constitución, sino que simplemente falte el desarrollo de una ley, se califique a la decisión como de mera constatación y no como de anulación.³⁷³ Y ello porque a veces ha ocurrido que la Corte, "tras el pronunciamiento de varias sentencias aditivas de principio, ha sido llamada a pronunciarse sobre la misma materia, ya fuera porque el juez le ha remitido nuevamente la cuestión de inconstitucionalidad relativa a disciplina resultante (sentencia 74/1996), ya fuera, más frecuentemente, por ser llamada a enjuiciar la conformidad al principio por ella anunciado en la sentencia aditiva, de la ley con la cual el Parlamento ha

³⁷¹ ROMBOLI, R. Italia... op. cit. pp. 126 y 127.

³⁷² La existencia de sentencias que suponen una colaboración más estrecha entre el TC y el legislador ha hecho surgir en la Corte una "Oficina para el seguimiento de las sentencias", con el fin de ser el órgano de conexión entre la Corte y el Poder Legislativo.

³⁷³ PARODI, G. *La sentenza additiva a dispositivo generico*. Turín: Giappichelli, 1996. También se ha preocupado con este asunto: ANZON, A. "L'additiva di principio nei giudizi in via principale" in *Giurizprudenza Costituzionale*, 1993, p. 891.

intentado darle desarrollo (sentencias 103 y 320/1995; 118, 241 y 361/1996)".³⁷⁴ Es decir, la sentencia aditiva de principio puede volverse un gran "*imbroglio*".

Este innovador instrumento de control de constitucionalidad vivió su momento de esplendor entre 1995 y 1999, y pasó a ser utilizado en menor intensidad en los últimos años³⁷⁵, hecho que no invalida su enorme potencial como mecanismo de control de constitucionalidad, dentro de un contexto de creciente acercamiento entre la Corte, los jueces ordinarios y el legislador. Respecto al diálogo y a la mutua colaboración entre poderes, tan importante en este tipo de procesos, debe subrayarse que no puede obviamente sobrepasar la sutil linde que separa política y derecho – *legis-latio* y *legis-executio* –, como alerta Pugiotto, porque "está a la orden del día el problema de cómo evitar que el legislador se haga juez del caso concreto, irrumpiendo en la esfera de atribuciones reservada a la autoridad judicial".³⁷⁶ Aunque Pugiotto se refiera más específicamente al problema de las llamadas "leyes interpretativas", no es demasiado difícil estar de acuerdo en que, al conceder poder a los jueces ordinarios para que desarrollen los principios constitucionales en la solución de los casos concretos – cuando hay inercia del Parlamento –, en cierta forma la Corte induce a juez y a legislador a entrar en contacto con más frecuencia. El inevitable intercambio de informaciones puede llevar al legislador a intentar dar una solución legislativa a los casos concretos pendientes de enjuiciamiento. Este intento puede generar (¿o sería degenerar?) leyes interpretativas. Como desde siempre la preocupación ha consistido en preservar al legislador del "hambre legislativa" de la Corte, no deja de ser irónico que justo cuando esta opta por dar más protagonismo a los jueces y respetar con más vigor la actividad propia del legislador, empiecen a aparecer críticas a la invasión de atribuciones materialmente judiciales por parte del Parlamento.

³⁷⁴ ROMBOLI, R. Italia... op. cit. p. 127.

³⁷⁵ Los Informes anuales de los presidentes de la Corte Constitucional italiana presentan excelente información, con datos estadísticos, sobre las sentencias emitidas por la Corte. En www.cortecostituzionale.it.

³⁷⁶ PUGIOTTO, A. "Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno L, Fasc. 6. Milano: Giuffrè, Novembre-Dicembre, 2005, p. 5145.

II. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN PORTUGAL.

INTRODUCCIÓN

La actual Constitución de la República Portuguesa (CRP) - de 1976 - nació marcada por la llamada Revolución de los Claveles, el proceso revolucionario de cariz socialista que puso fin a la dictadura fascista de Joaquim de Oliveira Salazar. Refiriéndose a este hecho, Gomes Canotilho³⁷⁷ ha dicho que "la Constitución Portuguesa, en la versión originaria de 1976, reivindicaba textualmente la dimensión de emancipación de los grandes relatos. Y ello porque pretendía "abrir camino para una sociedad socialista" (preámbulo); imponía a la República comprometerse en "su transformación en una sociedad sin clases" (art. 1º); atribuía al Estado democrático el "objetivo de asegurar la transición al socialismo mediante la creación de condiciones para el ejercicio democrático del poder de las clases trabajadoras" (art. 2º). En el art. 10º identificaba los sujetos encargados de dirigir y realizar el *gran relato*: "la alianza entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas y los partidos y organizaciones democráticos asegura el desarrollo pacífico del proceso revolucionario". Y "el desarrollo del proceso

³⁷⁷ CANOTILHO, J.J.G. "O Estado adjetivado e a teoria da constituição" in *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII, Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

revolucionario impone, en el plan económico, la apropiación colectiva de los principales medios de producción." A despecho de todas estas directivas, la realidad es que la posterior evolución de los hechos ha determinado la gradual supresión de los vestigios socialistas del texto constitucional, cuya "depuración" se ha completado con la entrada de Portugal en la Unión Europea y la consecuente necesidad de adaptación a las normativas comunitarias.

El propio Tribunal Constitucional (TC) luso se inserta en este contexto, pues no fue una creación de los constituyentes de 1976, sino de los diputados de la Asamblea de la República, que lo introdujeron en la primera revisión del texto constitucional producida en 1982 (Ley Constitucional - LC n. 1/1982).³⁷⁸ Desde entonces la Constitución confiere al TC una posición autónoma como otro "poder del Estado" al mismo nivel del Presidente de la República, del Gobierno o de la Asamblea de la República y define su organización, funcionamiento, composición y competencias,³⁷⁹ así como su papel en el sistema político y su autonomía en relación a los tribunales del poder judicial.³⁸⁰ En términos institucionales es posible afirmar que es un órgano constitucional (art. 202º CRP) independiente y autónomo – inclusive administrativa y financieramente –, que resuelve por sí mismo las cuestiones relativas al ámbito y límites de su propia competencia, y cuyas decisiones vinculan a todas las demás autoridades.

³⁷⁸ El sistema portugués de revisión constitucional permite modificaciones en el texto constitucional cada cinco años, con tal de que los miembros de la Asamblea de la República alcancen una mayoría calificada de dos tercios. También se permiten modificaciones en cualquier tiempo, siempre que sean aprobadas por una mayoría calificada de cuatro quintos de los diputados (arts. 284 a 289 CRP).

³⁷⁹ Principales competencias en cuanto órgano de garantía del orden jurídico-constitucional: arts. 221º y 223º. Composición: art. 222º. Organización y funcionamiento: art. 224º; Control de constitucionalidad: arts. 277º a 283º.

³⁸⁰ El art. 209º de la CRP incluye al TC entre los demás tribunales:

"1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas.

2. Podem existir tribunais marítimos e tribunais arbitrais."

Además, la Constitución deja a salvo siempre la competencia propia del TC en los artículos que garantizan la supremacía del Tribunal Supremo de Justicia (STJ) entre los tribunales judiciales (art. 210º) y del Tribunal Supremo Administrativo (STA) entre los tribunales administrativos y fiscales (art. 212º).

El TC está compuesto por trece jueces, diez de ellos designados por la Asamblea de la República y los demás cooptados por los jueces elegidos. Tanto la elección de los diputados, como las tres hechas por los jueces deben de ser aprobadas por la mayoría calificada de dos tercios de los presentes en la correspondiente sesión del Parlamento, tras haber comparecido la mayoría de los diputados en efectividad de funciones. Como mínimo seis integrantes del TC deben ser jueces del poder judicial y los demás, por lo menos, licenciados en Derecho. Su mandato es de nueve años improrrogables y solo puede ser reducido en los casos de muerte, incapacidad física permanente, renuncia, aceptación de otro cargo o práctica de acto incompatible con el ejercicio de sus funciones o por motivo disciplinar. El Presidente y el Vicepresidente ejercen funciones por un período de cuatro años y medio, pudiendo ser reelegidos. Los jueces del TC tienen las mismas garantías que los pertenecientes al órgano cumbre del poder judicial, el Tribunal Supremo de Justicia (STJ) - independencia, inamovilidad, imparcialidad e irresponsabilidad – y se les aplican las mismas incompatibilidades.³⁸¹

El TC normalmente funciona en sesiones plenarias. Sin embargo, existen tres secciones no especializadas constituidas por el Presidente o por el Vicepresidente y cuatro jueces más³⁸², de acuerdo con la distribución hecha por el propio Tribunal al principio de cada año judicial, que juzgan los recursos y las reclamaciones en el ámbito del control concreto de constitucionalidad y de legalidad, y los procesos de candidatura a la elección del Presidente de la República.³⁸³ Las sesiones del Tribunal en el ejercicio del control de la constitucionalidad no son públicas, aunque el anuncio de las decisiones lo sea.³⁸⁴ Tanto las sesiones plenarias, como las de sección, solo pueden realizarse con la presencia de la mayoría de los jueces en efectividad de funciones y las deliberaciones (decisión y fundamentación) deben ser aprobadas por la mayoría de votos de los jueces presentes. En caso de empate, el Presidente tiene voto de calidad. Es importante resaltar que – al contrario de la *Corte Costituzionale* italiana - los jueces vencidos pueden hacer declaración de voto, es decir, tienen derecho a redactar su voto particular. De esta forma

³⁸¹ Arts. 163º, h y 222º CRP, y arts. 13º, 19º, 21º, 23º, 26º, 30º y 37º, nº 1 Ley del Tribunal Constitucional - LTC.

³⁸² Art. 41º LTC: *Haverá três secções não especializadas, cada uma delas constituída pelo presidente ou pelo vice-presidente do Tribunal e por mais quatro juizes.*

³⁸³ El Presidente de la República tiene poder para determinar que se conozca en sesión plenaria, como medida necesaria para evitar divergencias jurisprudenciales o cuando tal se justifique en razón de la naturaleza de la cuestión a decidir (art. 79º-A LTC).

³⁸⁴ Arts. 40º, nº 1; 41º; 42º y 93º LTC.

el sistema portugués favorece la posibilidad de efectuar eventuales cambios en la doctrina del TC. Según Jorge Miranda, ello demuestra que el TC “es un órgano abierto a una pluralidad de corrientes y opiniones jurídicas, cuyas decisiones son ponderadas contradictoriamente, considerando todos los elementos disponibles. Órgano abierto de una Constitución abierta, no por eso dejan de ser vinculantes sus decisiones”.³⁸⁵ Esta opinión es corroborada por Gomes Canotilho, para quien “basta consultar el último número de los *Acórdãos*³⁸⁶ do Tribunal Constitucional (nº 52, referente al año 2002), para concluir que el TC portugués tiene una visión del ordenamiento jurídico-constitucional como un sistema abierto de reglas y principios”.³⁸⁷

La competencia del TC es muy amplia, puesto que puede decidir sobre la inconstitucionalidad de cualquier acto jurídico-público de contenido normativo que le sea sometido a examen. Desde el nivel supra-legal (leyes de revisión constitucional), pasando por el nivel legal (leyes, leyes de valor reforzado³⁸⁸ y decretos-ley³⁸⁹), hasta el nivel infra-legal (reglamentos)³⁹⁰ y las omisiones del Poder Legislativo. Puede decidir asimismo sobre la ilegalidad de las leyes del Estado y de las regiones en relación a las leyes de valor reforzado, la disconformidad de las leyes regionales en relación al estatuto de la respectiva región autónoma y la posibilidad de vulneración de derechos previstos en el estatuto de una región autónoma por parte de las leyes del Estado (art.

³⁸⁵ MIRANDA, J. "Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade" in *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII, Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

³⁸⁶ La traducción más cercana de *Acórdão* para el español es posible que sea “Acuerdo”. La expresión *Acórdão* es utilizada en Portugal – y también en Brasil - siempre que se trate de una decisión colegiada de un Tribunal y la expresión “sentencia” está reservada para la decisión dictada por un juez singular. En este estudio se utilizará indistintamente la expresión sentencia. Sin embargo, cuando se haga referencia a alguna sentencia del TC en particular, se utilizará la expresión *Acórdão* (en portugués).

³⁸⁷ CANOTILHO, J.J.G. [*Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas*](#). Lisboa: XX Aniversário do Tribunal Constitucional (Colóquios), 28 de noviembre de 2003. En: www.tribunalconstitucional.pt.

³⁸⁸ Las leyes de valor reforzado portuguesas equivalen a las leyes orgánicas españolas y a las leyes *complementares* (complementarias) brasileñas. A ejemplo de estas, la Constitución portuguesa determina que sean aprobadas por la mayoría absoluta de los diputados de la Asamblea de la República.

³⁸⁹ El decreto ley portugués no tiene los requisitos de urgencia y relevancia requeridos por el italiano y por la medida provisional brasileña. Ver: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 789 a 796; AMARAL JUNIOR, J.L.M. do, *Medida provisória e a sua conversão em lei – A emenda constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004.

³⁹⁰ Al contrario de Italia y Brasil, que no aceptan el control de constitucionalidad de normas infra legales.

277º CRP y 6º de la Ley del Tribunal Constitucional - LTC).³⁹¹ Se trata, por tanto, de una actividad de naturaleza preponderantemente jurisdiccional, como subrayan Jorge Miranda, Nunes de Almeida y la mayoría de los autores.³⁹²

No obstante, Gomes Canotilho³⁹³ llama la atención sobre la “intrigante” omisión de la doctrina portuguesa en torno a la actuación política del TC. “¿Cuál es la razón para que el TC haya hecho política, llegando incluso a los límites de la revisión constitucional por vía jurisdiccional o, por lo menos, avanzando sugerencias de desarrollo constitucional, sin que la doctrina haya dedicado ningún trabajo significativo a la ocultación discursiva, retórica y metódica del control jurídico constitucional de políticas públicas?” El maestro de Coímbra encuentra dos razones. Por un lado, la discusión de esas políticas ha estado sujeto a un principio jurídico-constitucional inevitable: la limitación del control a actos normativos. Al enfocarse el problema en torno a la inconstitucionalidad de la norma y no sobre las políticas públicas mismas, se terminó por discutir y dar centralidad decisoria a temas como la reserva de ley, la separación de poderes etc., todos de gran relevancia jurídico-constitucional y jurídico-dogmática, pero que tendencialmente oscurecen la naturaleza de *political question* de los problemas a decidir. Por otro lado, y valga la redundancia, las cuestiones políticas de las llamadas políticas públicas han constituido verdaderos *tabús* políticos. Cuando el TC discutía temas políticamente sensibles, como el de las tasas moderadoras de los servicios de salud o de la actualización del precio de las matrículas de la enseñanza superior, nunca pasó de los derechos a las políticas. Por más que fuera evidente que las normas garantizadoras de los derechos sociales, económicos y culturales llevaban acoplados *derechos sociales y políticas públicas*, el problema era siempre el de la conformación, modelación y restricción normativa de los derechos fundamentales y no

³⁹¹ Las competencias del TC abarcan una infinidad de otras materias, que se encuentran listadas en la Constitución, en la LTC (Ley nº 28/1982), en la Ley de los Partidos Políticos (Ley Orgánica nº 2/2003) y en la Ley de la Financiación de los Partidos Políticos y de las Campañas Electorales (Ley nº 19/2003).

³⁹² MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, 3.ed. Coimbra, 1991, pp. 382 y sig. y 485; ALMEIDA, L.N. de. O Tribunal Constitucional e o conteúdo... op. cit p. 943; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2. ed. Coimbra, 1992, pp. 13 y sig. y 63 y sig.; ASCENSÃO, J.O. "Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fonte de direito" in MIRANDA, J. (org.) *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1986, pp. 249 y sig.; QUEIROZ, C. *Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controle jurídico do poder*, Coimbra, 1990, pp. 164 y sig.; GUEDES, A.M. "Justice constitutionnelle. Rapport Portugais" in BON, P. (org.), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*. Paris, 1992, pp. 310 y seg.

³⁹³ CANOTILHO, J.J.G. [Tribunal Constitucional...](http://www.tribunalconstitucional.pt) op. cit. (www.tribunalconstitucional.pt).

el del control de las políticas públicas capaces de concretar esos derechos. Además, concluye Gomes Canotilho, “no siempre el TC ha abordado el problema de las políticas públicas en términos jurídico-constitucionales aceptables. Basta recordar las decisiones sobre la política pública de enseñanza, concretamente los asuntos sobre la enseñanza de religión y moral católicas en las escuelas superiores de educación y en los centros integrados de formación de profesores de las universidades (*Acórdão* nº 174/93), [...] en que el TC apela a criterios sociológicos en vez de recurrir a los principios constitucionales”.³⁹⁴ De todos modos, reconoce que “los jueces no se pueden transformar en conformadores sociales, ni es posible, en términos democráticos procesales, obligar jurisdiccionalmente a los órganos políticos a cumplir un determinado programa de acción. Se puede censurar a través del control de constitucionalidad actos normativos tendentes a concretar una política contraria a la fijada en las normas-tarea de la Constitución. Pero la *política deliberativa* sobre las *políticas* de la República pertenece a la política y no a la justicia”.³⁹⁵

El lado político del TC, como auténtico árbitro, es subrayado por Vitalino Canas, que destaca el compromiso económico, social y cultural que a su entender subyace en las constituciones contemporáneas. "Se intuye con nitidez la necesidad de un árbitro que asegure la ejecución de ese compromiso, interviniendo si es necesario de forma activa en el juego. Y ello porque el compromiso incide sobre programas y, al contrario de lo que acontece en el fútbol, donde el árbitro debe tan solo asegurar que el partido se desarrolle dentro de las reglas institucionales del juego, en el 'Juego Constitucional' moderno el árbitro es impelido a volverse él mismo un jugador, pero un jugador imparcial pues va a ‘marcar’ en ambas porterías por mandato de la Constitución. Es aquí donde más nítidamente detectamos el ‘*indirizzo*’ político de los Tribunales Constitucionales.”³⁹⁶ En otras palabras, este autor entiende que la función arbitral es inherente al TC, pero que las constituciones actuales – y en particular la portuguesa - imponen compromisos que el conjunto de la sociedad deberá intentar atender. Esta realidad obliga a que el TC decida teniendo siempre presentes los

³⁹⁴ CANOTILHO, J.J.G., [Tribunal Constitucional...](#) op. cit. (www.tribunalconstitucional.pt).

³⁹⁵ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 935 y 936. En este punto Gomes Canotilho hace referencia a una obra del jurista brasileño Fábio Konder Comparato, que aún no había sido publicada (COMPARATO, F.K. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, 1997).

³⁹⁶ CANAS, V. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2. ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, pp.12 a 14.

principios dirigentes descritos en el programa constitucional.³⁹⁷ En consecuencia, su función es más amplia y rica que la estrictamente judicial de los otros tribunales.

Es difícil imaginar que un árbitro pueda ser al mismo tiempo un jugador imparcial. De cualquier modo, la figura del “árbitro jugador” de Vitalino Canas sirve para mostrar como también en Portugal el TC necesita tener en cuenta otras variables en el control de la constitucionalidad de las leyes - principalmente de cariz político -, como los programas previstos en la Constitución, el respeto a la libertad de conformación del legislador y la buena convivencia con el Poder Judicial. Esta necesidad no es incompatible con su atribución primordial de “guardián de la Constitución”, que es decisiva para garantizar la plena aplicación del texto constitucional y para preservar el propio Estado democrático y social de derecho. Sin embargo, el conjunto de estos factores son una buena muestra de la ductilidad de su actuación y se manifiestan en mayor o menor grado en la mayor parte de sus decisiones.³⁹⁸ Tanto en aquellas en que el TC se limita a decidir sobre la inconstitucionalidad de un precepto de manera pura y simple, como en aquellas en que busca preservar la ley - como lo son las tomadas con base en la interpretación conforme a la Constitución - o modular sus efectos. Además, en el control concreto la función de guardián de la Constitución es asumida también por el poder judicial. Ambos – TC y poder judicial - ejercen una función jurisdiccional y, por ello, están sometidos al principio de lo pedido, no obstante, el control de constitucionalidad de los preceptos legales y reglamentarios les da un *plus* de autoridad. Los jueces del Poder Judicial pueden dejar de aplicar preceptos que consideren inconstitucionales, aunque en la cuestión en litigio no haya un “*petitum*” pedido expreso en este sentido. Y el Tribunal Constitucional está autorizado a declarar la inconstitucionalidad de preceptos, en base a fundamentos constitucionales diferentes de aquellos indicados por los demandantes.

³⁹⁷ La siempre polémica Constitución dirigente fue defendida por Canotilho durante un largo período. No se puede decir que el maestro de Coimbra haya cambiado totalmente de opinión, pero, sin duda, ha introducido importantes matices a su planteamiento inicial. Ver: CANOTILHO, J.J.G. O Estado adjetivado e ... op. cit. Y también: COUTINHO, J.N. (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Sobre su planteamiento original: CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. Canotilho hace un amplio estudio del Derecho Constitucional y de las teorías constitucionales en su obra *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002 (hay traducción española de la parte específica sobre las teorías constitucionales: *Teoría de la Constitución*, Madrid: Dykinson, 2003).

³⁹⁸ Como vimos anteriormente, este fenómeno es idéntico al constatado en las decisiones de la *Corte Costituzionale* italiana. Ver, entre varios otros: ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil... op. cit.; GROPPi, T. ¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'?... op. cit.

El sistema portugués es uno de los más completos – y complejos – del mundo, porque se vale de los tres tipos de control más conocidos: abstracto, concreto y previo, además de un control específico para la inconstitucionalidad por omisión del Parlamento en su deber de legislar.³⁹⁹ Tal vez por eso la Constitución utilice términos diferentes para designar las decisiones resultantes de los diversos procedimientos de control. Así que cuando estima la demanda en el control abstracto, el TC *declara* la inconstitucionalidad del precepto, con fuerza obligatoria general; en el control concreto *juzga* el precepto inconstitucional, con eficacia *inter partes*; en el control previo *se pronuncia* por la inconstitucionalidad del precepto, lo que obliga al Presidente de la República a vetar y devolver el decreto al órgano que lo desarrolló; y en el control de inconstitucionalidad por omisión *verifica* la existencia de la omisión inconstitucional, debiendo comunicar el hecho al órgano legislativo responsable por la omisión. Por otro lado, la sentencia que desestima o rechaza la demanda de inconstitucionalidad no está mencionada en la Constitución de forma expresa, pero deriva del propio sistema de control. Para evitar efectos vinculantes el Tribunal Constitucional no emite en verdad una decisión de constitucionalidad, sino que se limita a dictar una sentencia de no inconstitucionalidad o de rechazo de la inconstitucionalidad del precepto. De manera que en el control abstracto sucesivo *declara* al precepto no inconstitucional; en el control concreto lo *juzga* no inconstitucional; en el control previo *se pronuncia* por su no inconstitucionalidad; y en el control de las omisiones del legislador *verifica* la no existencia de inconstitucionalidad.⁴⁰⁰

Cabe resaltar que en Portugal no hay una acción constitucional individual contra las decisiones judiciales y actos administrativos vulneradores de derechos constitucionales⁴⁰¹, como el recurso de amparo español, la *Vesfassungsbeschwerde*

³⁹⁹ Vitalino Canas hace una interesante comparación entre las atribuciones de los distintos tribunales constitucionales en: CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. 2. ed. pp. 25 y sig. Ver también: ROSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris, 1992; FAVOREU, L. "Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale" in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n. 5, septiembre-octubre, 1984.

⁴⁰⁰ Ver ALMEIDA, L.N. de, "Portugal" en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 231 y 232.

⁴⁰¹ Rui Medeiros es reacio a la creación de un recurso de este tipo en Portugal. Ver: MEDEIROS, R., *A decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, pp. 352 y sig. Jorge Miranda, Gomes Canotilho y Armando Guedes, entre otros, son favorables. Ver: MIRANDA, J. *Ideias para uma revisão constitucional em 1996*. Lisboa, 1996, p. 29; CANOTILHO, J.J.G.. "Constituição e défice procedimental" in *Estado e Direito*, nº 2, 1988, pp.

alemana (ambas directamente al TC)⁴⁰² o el *mandado de segurança* brasileño presentado ante el Tribunal inmediatamente superior a aquel que emitió la decisión o, cuando se trate de actos administrativos, ante el Tribunal competente en función del órgano público que lo haya ejecutado.⁴⁰³ De todas formas, “fiscalizar la constitucionalidad de las normas jurídicas aplicadas por los tribunales no se confunde con la fiscalización de la constitucionalidad de las propias decisiones jurisdiccionales”.⁴⁰⁴ Y para el presente estudio, solo tiene interés el control de constitucionalidad de disposiciones y normas.⁴⁰⁵

El anteriormente mencionado procedimiento de control de la legalidad de los actos normativos, cuando se oponen a las leyes de valor reforzado o a los estatutos de las regiones autónomas, es idéntico al del control de constitucionalidad (arts. 280º y 281º CRP), pero no se admite el control previo ni, obviamente, el control de las omisiones, porque estas, cuando existen, tienen por referencia la Constitución. Otro supuesto, muy cercano al control de la legalidad, se produce en el control concreto, cuando los tribunales rechacen la aplicación de precepto legal con fundamento en su oposición a un tratado internacional. Frente a estas decisiones cabe un recurso ante el TC, que es obligatorio para el Ministerio Público - MP.⁴⁰⁶ No obstante, el control de la legalidad y sus correspondientes decisiones tampoco serán parte del objeto de este estudio.

A diferencia del capítulo dedicado a la sentencia constitucional en Italia, cuyo sistema es mayoritariamente concreto, en el presente capítulo se ha optado por construir la tipología de las sentencias a partir del estudio de los cuatro sistemas de

33 y sig. (también en *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 69 a 84; GUEDES, A. M., “O Tribunal Constitucional português – os primeiros seis anos (1983-1989)” in *O Direito*, I-II, 1993, p. 28.

⁴⁰² Ver sobre la *Vesfassungsbeschwerde* alemana, entre otros: GERONTAS, A. “Zur subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz” in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1982; ERICHSEN, H.U. “Die Verfassungsbeschwerde” in ERICHSEN, H.U. et. al. *Studien und Examen (Jura Extra)*. Berlin, 1982; JÜLICHER, F.W. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei Gesetzgeberischen Unterlassen*. Berlin, 1972.

⁴⁰³ Ver, entre otros: MEIRELLES, H.L. *Mandado de Segurança (atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes)*, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; FERRAZ, S. *Mandado de Segurança (Individual e Coletivo): Aspectos Polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993; TEIXEIRA, S.F. (org.). *Mandado de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁴⁰⁴ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 932 y 933.

⁴⁰⁵ Sobre la distinción entre control de normas y control de decisiones judiciales, ver por todos: MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 336 y sig.

⁴⁰⁶ Arts. 70º, nº 1, letra i, y 71º, nº 2 LTC.

control de constitucionalidad existentes en Portugal, dado que estos sistemas inciden directamente en los diversos tipos de sentencia. Esta compleja estructura ha determinado que, a fines de una mayor claridad expositiva, se opte por presentar inicialmente las características de los cuatro tipos de control y que después se realice el estudio específico de la tipología de las sentencias constitucionales portuguesas.

1. EL SISTEMA PORTUGUÉS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1.1 El control abstracto de constitucionalidad.

Como ya se señaló, el sistema portugués de control de constitucionalidad de los actos normativos es notablemente completo, al incluir los controles abstracto, concreto, previo y de inconstitucionalidad por omisión del legislador. A través de ellos el TC – y también el poder judicial en el control concreto - está llamado a decidir sobre la constitucionalidad de un amplio espectro de actos normativos, que va desde el nivel supralegal (leyes de revisión constitucional), pasando por el legal (leyes), el infralegal (reglamentos) y las omisiones del Poder Legislativo. Además, controla los actos legislativos incluso antes que se conviertan en leyes, es decir, durante el proceso legislativo, para evitar o disminuir la posibilidad de futuras declaraciones o pronunciamientos de inconstitucionalidad a través de los controles sucesivos.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ El TC controla también la legalidad de los preceptos legales en relación a las leyes de valor reforzado y de las leyes regionales y del Estado en relación a los estatutos de las regiones autónomas. Sin embargo, solo el control de la constitucionalidad hace parte del objeto de este estudio.

El control abstracto de constitucionalidad (control por vía principal, por acción o en vía directa) fue introducido por la Constitución de 1976 y supone una novedad en el ordenamiento jurídico portugués, que con anterioridad tan solo contemplaba un control concreto.⁴⁰⁸ No difiere demasiado de sus homólogos europeos, puesto que está concentrado en el Tribunal Constitucional, que ostenta la competencia exclusiva para juzgar este tipo de acciones. El TC conoce de las acciones directas de inconstitucionalidad presentadas por determinados órganos y autoridades legitimados a tal efecto por la Constitución. Los autores no buscan la satisfacción de un derecho personal, pues no hay un litigio concreto en discusión. El objetivo de la acción directa es exclusivamente el de solicitar al TC que declare la inconstitucionalidad de la ley o del precepto legal objeto de impugnación. La decisión tomada por el Tribunal tendrá fuerza obligatoria general (*erga omnes*) - afectando por consiguiente a toda la sociedad y vinculando especialmente a los órganos públicos y políticos -, además de efectos *ex tunc* y reviviscencia de la legislación que la ley o el precepto declarado inconstitucional eventualmente hubiera derogado.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ El control difuso, concreto e incidental de constitucionalidad existe desde la primera Constitución republicana de Portugal (1911). La Constitución de 1933 (Estado Novo - Salazar) lo mantuvo, pero solo ha dejado de tener una existencia casi teórica, para pasar a tener importancia práctica, con la Constitución de 1976 (Revolución de los Claveles).

⁴⁰⁹ Si el Tribunal Constitucional desestima el pedido, el precepto es considerado no inconstitucional, lo que no conlleva una declaración de constitucionalidad. Al igual que en Italia y en España - y al contrario de lo que sucede en el derecho alemán o en el brasileño -, el Tribunal Constitucional portugués no declara la constitucionalidad del precepto cuestionado. Tal restricción tiene obvias consecuencias para los efectos de las sentencias. Ver: CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...* p. 1010; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição...* op. cit. p. 62; ALMEIDA, L.N. de. *O Tribunal Constitucional e o conteúdo...* op. cit. p. 134; MIRANDA, J. *Manual de...*, VI, p. 71; CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 88. Para el caso italiano, ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional en Italia...* op. cit. p. 41; RUGGERI, A. *Storia di un "falso"...* op. cit.; PIZZORUSSO, A. *Effetto di 'giudicato'...* op. cit.; PIZZORUSSO, A. *La motivazione delle decisioni...* op. cit.; ZAGREBELSKY, G. *Processo...* op. cit. p. 627; VIGNUDELLI, A. *La Corte delle leggi...* op. cit. pp. 101 a 103. En Alemania, ver: SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht...* op. cit. 1994, pp. 273, 274 y nota 7; MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...* op. cit. p. 12; KRIELE, M. *Theorie der...* op. cit. pp. 295 y sig.; WISCHERMANN, N. *Rechtskraft und...* op. cit. pp. 19 a 38. Ver también: HECK, L.A. *O tribunal constitucional federal...* op. cit. En Brasil, ver entre otros: CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata da...* op. cit. p. 240; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. pp. 342 y 343; VELOSO, Z. *Controle jurisdicional de...* op. cit. p. 284; ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. pp. 55 y sig. En España, sobre la sentencia desestimatoria en el control de constitucionalidad de la ley, y su no equivalencia al pronunciamiento de constitucionalidad de la norma, con las correspondientes consecuencias sobre sus efectos, vid, los tempranos trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1981, pp. 139 y sig.; PÉREZ TREMPES, P. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Vid también: JIMÉNEZ CAMPO, J. "Los procedimientos de inconstitucionalidad" en VARIOS AUTORES. *La jurisdicción constitucional en España. Organización y procedimientos*. Madrid, 1994; o "Qué hacer con la ley inconstitucional" en *La*

Su objeto abarca la totalidad del ordenamiento jurídico del país, es decir, desde las leyes desarrolladas por la Asamblea de la República, hasta los simples reglamentos producidos a nivel local. Sólo quedan fuera de este amplísimo abanico de actos sujetos a control aquellos que no contengan normas jurídicas como ciertos actos administrativos.⁴¹⁰ Lo que se exige es que el autor de la acción - de forma autónoma y principal - impugne determinado precepto, alegando su inconstitucionalidad.⁴¹¹ Además, siguiendo los mismos cauces procesales, el TC verifica la legalidad de actos legislativos en confronto con leyes con valor reforzado y estatutos de las regiones autónomas (art. 281º, nº 1 CRP).⁴¹² Se puede decir que el TC actúa como “defensor de la Constitución” con respecto al legislador, cuando examina la conformidad de toda la producción normativa con el parámetro constitucional, y como órgano de garantía de la “legalidad reforzada”, cuando examina la conformidad de las leyes y reglamentos frente a las leyes de valor reforzado y los estatutos de autonomía.⁴¹³

Ostentan, sin limitaciones, legitimidad procesal activa para la acción directa el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea de la República, el Primer Ministro, el Proveedor de la Justicia, el Procurador General de la República y

sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Madrid: Tribunal Constitucional- Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 27 y 28. Desde otros planteamientos, pero en igual sentido, BOCANEGRA SIERRA, R. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional.* Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982. Una reflexión sobre las consecuencias de esta postura doctrinal a la hora de determinar los efectos del pronunciamiento desestimatorio en MARTÍN DE LA VEGA, A. Estudios sobre la eficacia... op. cit.

⁴¹⁰ a) De manera general, los autores portugueses coinciden en que el control de constitucionalidad luso abarca: leyes de revisión constitucional; normas del derecho internacional; actos legislativos (leyes, decretos leyes y decretos legislativos regionales); reglamentos de la Asamblea de la República y de las Asambleas Regionales; actos normativos de la Administración (actos reglamentarios típicos del Estado, Regiones Autónomas y municipios, y para-reglamentarios, como las resoluciones, instrucciones, directivas y despachos); resoluciones de la Asamblea de la República y de las Asambleas Regionales, cuando revistan carácter normativo; actos normativos del Presidente de la República (decretos de carácter normativo, como los que declaran el estado de sitio); referéndums locales y regionales; convenciones y acuerdos colectivos de trabajo; y estatutos de las asociaciones públicas.

b) Es interesante verificar que hasta 1993 los llamados *assentos* (jurisprudencia obligatoria del STJ) eran objeto de control de inconstitucionalidad, en virtud del art. 2º del Código Civil portugués. El *Acórdão* del TC 810/93 trata de este asunto y sus términos están comentados en el principio del epígrafe 2.4.4.2 Sentencias directivas.

⁴¹¹ Ver: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. p. 995.

⁴¹² Como se ha aclarado en la Introducción, el control de legalidad de los actos legislativos (y sus decisiones) no forman parte del objeto de este estudio.

⁴¹³ Las dos expresiones entrecuilladas fueron utilizadas por Gomes Canotilho en CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. p. 994.

una décima parte de los Diputados de la Asamblea de la República. Cuando el *petitum* de la declaración de inconstitucionalidad se fundamenta en la violación de los derechos de las regiones autónomas o la demanda de declaración de ilegalidad se basa en la violación del respectivo estatuto, también están legitimados los presidentes de los Gobiernos Regionales, los Representantes de la República, las Asambleas Legislativas de las regiones autónomas, sus respectivos presidentes o una décima parte de sus diputados (art. 281º, nº 2 CRP). Por referirse a situaciones subjetivas, el control abstracto no permite la participación del ciudadano individual, pero nada impide que este solicite a los órganos y autoridades procesalmente legitimados, que requieran al Tribunal la inconstitucionalidad o la ilegalidad de determinado precepto. El TC está limitado por el principio dispositivo y solo podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos expresamente solicitados. Además, el Tribunal no puede iniciar esta demanda *ex officio*, porque el control abstracto no es un proceso inquisitivo.

La Constitución portuguesa no impone un plazo determinado para el ejercicio del control abstracto, permitiendo que la acción de inconstitucionalidad sea presentada a cualquier tiempo.⁴¹⁴ El TC deberá ceñirse al *petitum* en cuanto a las normas impugnadas, pero no en cuanto a los preceptos y principios constitucionales supuestamente infringidos. Admitida la acción a trámite, el órgano del que proviene el acto normativo impugnado tiene la facultad de presentar alegaciones en el plazo máximo de treinta días.⁴¹⁵ Se atribuye a este órgano legitimidad pasiva, aun cuando con toda evidencia se trate de un proceso de carácter no contradictorio, pues no hay partes que litiguen sobre derechos subjetivos. Por ello se mantiene que el control abstracto es un proceso objetivo. Los legitimados pasivos son, fundamentalmente, la Asamblea de la

⁴¹⁴ En Italia y Brasil tampoco hay límite de tiempo para el ejercicio del control de constitucionalidad, pero sí lo hay, como es sabido, en España. La Constitución española no establece un plazo máximo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 33.1 LOTC) lo fijó en tres meses desde la publicación de la norma cuestionada. El plazo es preclusivo y no admite interrupción. Desde enero de 2000 se faculta al Presidente del Gobierno y a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas un plazo de nueve meses, siempre que exista acuerdo sobre la materia en el ámbito de la Comisión Bilateral de Cooperación entre el Gobierno General y la respectiva Comunidad Autónoma en los términos del art. 33.2 LOTC. Ello no impide, evidentemente, que los demás legitimados interpongan un recurso de inconstitucionalidad dentro del plazo ordinario de tres meses. El fin de la legislatura, incluso por disolución del Parlamento, proroga la legitimación de los parlamentarios hasta la conclusión del plazo para recurrir (ATC 547/1989).

⁴¹⁵ Cuando existan fundadas razones que lo justifiquen, este y todos los demás plazos del proceso pueden ser acortados por el presidente del Tribunal, oídos los demás integrantes. Ver: art. 51º, nºs 1 y 5, art. 54º; art. 62º, nº 1, y art. 65º, nº 3, LTC.

República (leyes, tratados internacionales y su reglamento interno); el Gobierno (decretos-leyes, decretos reglamentares y otros reglamentos); las Asambleas Legislativas (decretos legislativos y reglamentares de ámbito regional); los Gobiernos Regionales (reglamentos regionales); y los Municipios (reglamentos locales).⁴¹⁶

1.2 El control concreto de constitucionalidad.

Al contrario del control abstracto, cuya legitimación se encuentra limitada a ciertos órganos o miembros de los mismos, el control concreto de constitucionalidad posibilita al ciudadano individual acceder al Tribunal Constitucional.⁴¹⁷ El control se produce cuando los tribunales ordinarios necesitan aplicar la norma cuestionada a un caso concreto.⁴¹⁸ Antes de emitir sentencia, el juez debe examinar si el precepto en cuestión está o no en conformidad material o formal con los preceptos y principios de la Constitución (derecho de examen o de fiscalización). “De esta manera, tiene ‘acceso directo a la Constitución’, aplicando o desaplicando normas cuya inconstitucionalidad fue impugnada.”⁴¹⁹ Además de la competencia para apreciar la conformidad a la Constitución de las normas utilizadas en el proceso que conocen, los tribunales ordinarios tienen el deber de no aplicar preceptos que consideren inconstitucionales, es decir, de recusar la aplicación de un precepto con

⁴¹⁶ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit., 5. ed. p. 996.

⁴¹⁷ Ver, entre otros: CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. 2. ed. pp. 51 y sig.; ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. pp. 211 y 212; MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. pp. 525 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 972 y sig.; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 49 y sig.

⁴¹⁸ a) El Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales judiciales de primera y de segunda instancia; b) el Tribunal Supremo Administrativo y los demás tribunales administrativos y fiscales; c) el Tribunal de Cuentas (art. 209º, nº 1, CRP).

⁴¹⁹ Ver: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. p. 973.

fundamento en su inconstitucionalidad.⁴²⁰ Frente a esta decisión de inaplicación cabe recurso al TC, así como frente a aquellas decisiones que apliquen un precepto anteriormente declarado inconstitucional por el propio TC o por la Comisión Constitucional - CC⁴²¹, o frente a las que apliquen preceptos cuya inconstitucionalidad haya sido suscitada sin éxito por una de las partes.⁴²² En los dos primeros casos (decisiones positivas) el recurso puede ser interpuesto directamente ante el Tribunal Constitucional, pero en el último – cuando la parte suscita sin éxito la inconstitucionalidad (decisiones negativas) -, solo podrá ser admitido por el TC después de agotados todos los recursos posibles dentro del proceso judicial (art. 280º, nº 4 CRP y art. 70º, nºs 2 y 4 LTC). Se entiende que se han agotado todos los recursos ordinarios cuando se ha producido un desistimiento, caducado el respectivo plazo para la interposición o cuando no quepa el recurso por razones de orden procesal.⁴²³

Por lo tanto, el control concreto de constitucionalidad no se encuentra concentrado en el Tribunal Constitucional, sino que es difuso y es por tanto ejercido por todos los órganos judiciales, que considerando o no el precepto inconstitucional pueden

⁴²⁰ Art. 204º CRP: *Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.*

⁴²¹ Antes de que la primera revisión de la Constitución criara el Tribunal Constitucional en 1982, la Comisión Constitucional, además de ser el órgano consultivo del antiguo Consejo de la Revolución, era el responsable del control de constitucionalidad. Ver: ARAÚJO, A. de. “A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional” in *Análise Social*, n. 134, maio 1995, pp.881 y sig.; COSTA, J.M.C. da, “O Tribunal Constitucional português. Sua origem histórica” in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal e o sistema político e constitucional (1974-1987)*. Lisboa, 1989, pp. 913 y sig.

⁴²² Art. 280º CRP: **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.*
4. Os recursos previstos na alínea b) do n.º 1 [...] 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.

⁴²³ El texto originario de la Constitución de 1976 exigía, para acceder al TC, el agotamiento previo de todos los recursos en el ámbito judicial, tanto de las decisiones negativas, como de las positivas de inconstitucionalidad. La LC nº 1/1982 autorizó el recurso directo al TC y el art. 70º, nº 2 LTC determinó la mantenimiento de la obligatoriedad del agotamiento para las decisiones negativas de inconstitucionalidad (Ver nota anterior). Como veremos adelante, en el control difuso brasileño todos los órganos judiciales están autorizados a realizar el control de la constitucionalidad de las normas. Con todo, en el segundo grado de jurisdicción solo el Pleno del respectivo Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de determinado precepto. De las decisiones positivas o negativas del Tribunal de segundo grado cabe recurso extraordinario al Tribunal Supremo Federal (STF), que es la última instancia en materia constitucional. Como no existe un Tribunal Constitucional *ad hoc*, todo se resuelve en la instancia ordinaria.

decidir inmediatamente el caso concreto sin someter la cuestión al TC.⁴²⁴ La cuestión de inconstitucionalidad puede ser suscitada al juez de la causa por las partes, por el Ministerio Público (MP) o ser suscitada *ex officio* por el propio juez. El recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser interpuesto por las partes o por el MP, siendo obligatorio para este último cuando estén en cuestión tratados internacionales, actos legislativos o decretos reglamentarios.⁴²⁵ “El sentido de este precepto es el de evitar que las categorías normativas superiores del ordenamiento jurídico [...] sean desaplicados por los tribunales sin que el Tribunal Constitucional pueda tener la última palabra en la materia.”⁴²⁶ Es una precaución coherente con la presunción de constitucionalidad de las leyes y que se apoya “en el reconocimiento que el legislador está vinculado a la Constitución y ejerce un control previo de la constitucionalidad de las medidas legislativas que pretende aprobar”.⁴²⁷ Ya en relación con la posibilidad de recurso ante el TC (después de agotados los recursos en la vía judicial ordinaria), cuando los tribunales apliquen normas cuya inconstitucionalidad haya sido suscitada durante el proceso (art. 280º, nº 1, *b* CRP), Rui Medeiros entiende que ella se encuentra en las antípodas de un sistema destinado a proteger el legislador, porque permite que se recurra una decisión que ha valorado la presunción de la constitucionalidad de las leyes.⁴²⁸ Por otro lado, la necesidad de agotamiento de la vía judicial ordinaria es asimismo criticada por quien la percibe como un instrumento que permite dilatar excesivamente los procesos judiciales⁴²⁹, y es apoyada por quienes entienden que se trata de una forma de impedir que recursos presumiblemente improcedentes lleguen al Tribunal Constitucional y retrasen la decisión final del proceso ordinario.⁴³⁰

⁴²⁴ Al contrario de otros ordenamientos, el sistema portugués no prevé efectos generales a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional proferidos en el control concreto. Para Rui Medeiros, la atribución de mera eficacia *inter partes* a estos juzgamientos revelaría “la gran preocupación de la Constitución portuguesa en alargar el horizonte de información y argumentación del Tribunal Constitucional”. En: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 835.

⁴²⁵ Art. 280º CRP y arts. 70º y 72º, nºs 3 y 4 LTC.

⁴²⁶ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3. ed. Coimbra, 1993, p. 1019.

⁴²⁷ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 71. Ver también las páginas siguientes.

⁴²⁸ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 69.

⁴²⁹ MIRANDA, J. Manual de... II, op. cit. p. 448.

⁴³⁰ CORREIA, J.M.; PINTO, R.L. y SEARA, F.R. *Direito Constitucional Português Vigente – A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*. Lisboa, 1997, p. 54 y 55.

Compete al mismo tribunal que ha emitido la decisión recurrida apreciar la admisión del recurso al Tribunal Constitucional. La admisión del recurso no tiene cualquier connotación respecto a la eventual inconstitucionalidad del precepto y tampoco influirá, por sí solo, en la futura decisión del TC sobre la cuestión. En la hipótesis de no admisión o retención por parte del tribunal ordinario, las partes pueden presentar una Reclamación directamente ante el TC. Finalmente, si falta algún requisito exigido para la interposición del recurso, el juez del tribunal *a quo* informa al demandante para su subsanación. Una vez cumplidos los requisitos de forma satisfactoria, el recurso debe ser admitido y enviado al TC. En caso de inadmisión, el demandante podrá interponer una Reclamación ante el TC o desistir.⁴³¹ Una sección del TC, compuesta por el Presidente o su Vicepresidente y más cuatro jueces, conocerá del recurso. Para evitar divergencias jurisprudenciales, o cuando la naturaleza de la cuestión a decidir lo justifique, el Presidente puede determinar que sea el Pleno quien conozca, siempre que haya unanimidad entre los magistrados. En el supuesto de que una de las secciones falle una cuestión de inconstitucionalidad en sentido divergente con la anterior jurisprudencia del TC, cabe recurso al Pleno. También en el control concreto el Tribunal está vinculado al principio de lo pedido, lo que significa que solo puede juzgar la norma aplicada por la decisión judicial recurrida, o bien la norma cuya aplicación se haya denegado por la decisión. Sin embargo, puede hacerlo fundándose en la violación de normas o principios constitucionales o legales distintos de los alegados por las partes.⁴³²

El complejo significado de la estimación del recurso por parte del Tribunal Constitucional es señalado por Vitalino Canas, quien explica que "el término estimación se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad o ilegalidad, y no a la aceptación de la tesis de quien ha suscitado la cuestión en vía de recurso o por acción al TC. [...] Suponiendo que el TC dé la razón a un ciudadano que recurrió una sentencia que había recusado la aplicación de una norma con fundamento en su inconstitucionalidad, su pretensión será estimada. Sin embargo, en el aspecto de la constitucionalidad la decisión será desestimatoria, *porque su contenido negará que la norma impugnada sea inconstitucional*."⁴³³ Esto significa que la decisión sobre la

⁴³¹ Arts. 69º, 75º-A, 76º, nºs 1, 3 y 4, y 77º LTC.

⁴³² Arts. 41º, nº 1; 70º, nº 1; 79º-A, nº 1; 79º-C; y 79º-D LTC.

⁴³³ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 18 y 19.

pretensión del demandante no coincidirá necesariamente con la decisión sobre la cuestión de constitucionalidad. Como los recursos ante el Tribunal Constitucional deben limitarse a la cuestión de inconstitucionalidad (art. 280º, nº 6 CRP), sin entrar en el mérito del caso concreto, su estimación por el TC significará que el precepto en cuestión es declarado inconstitucional y su desestimación que el precepto simplemente no es inconstitucional, sin que esto conlleve una declaración de su constitucionalidad.⁴³⁴

1.3 El control previo de constitucionalidad.

El control previo de constitucionalidad previsto en la Constitución portuguesa de 1976 se inspira en gran parte en el adoptado por la Constitución francesa de 1958.⁴³⁵ Sin embargo, no es la única opción de control disponible, y esta es la razón por la que su objeto no abarca la totalidad de la producción legislativa, sino tan solo una parcela específica considerada en su momento de mayor importancia por los constituyentes.⁴³⁶ La singularidad del control previo consiste en que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional incide sobre actos normativos imperfectos, es decir, que todavía no han sido promulgados por el Presidente de la República. Y por ello, no pueden ser anulados.⁴³⁷ La consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad será tan solo una propuesta de veto o de reapertura del proceso legislativo en la Asamblea de la República o en una de las Asambleas Legislativas de las regiones

⁴³⁴ Ver CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 989 y 990.

⁴³⁵ Ver: FAVOREU, L. *Los Tribunales...* op. cit. No obstante, Gomes Canotilho apunta un precedente en la propia historia judicial portuguesa: el antiguo derecho ultramarino preveía idéntica solución (Ley nº. 5/72, de 23 de junio, Base XXXVIII). En: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. p. 1013.

⁴³⁶ Art. 278º CRP y art. 57º y sig. LTC.

⁴³⁷ No hacen, por lo tanto, cosa juzgada material. Alessandro Pizzorusso comenta el caso portugués en: PIZZORUSSO, A. "Gli effetti delle decisioni delle Corti Costituzionali nei giudizi ordinari" in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 920 y 921.

autónomas. Como la constatación de la conformidad del precepto con el parámetro constitucional se produce sin que haya aplicado a una situación concreta y como solo están legitimados un número reducido de autoridades públicas, el control previo puede ser considerado de naturaleza abstracta. Por consiguiente, el control abstracto puede ejercerse antes que las leyes entren en vigor (previo) o después que sean plenamente válidas y eficaces (sucesivo).⁴³⁸

El Presidente de la República está legitimado⁴³⁹ para suscitar el control previo de constitucionalidad antes de ratificar un tratado internacional, de sancionar el decreto de aprobación de un acuerdo internacional por la Asamblea de la República o de promulgar el decreto de aprobación de una ley o decreto-ley por la Asamblea de la República⁴⁴⁰, y ello en el plazo de ocho días, desde que conoció oficialmente la norma.⁴⁴¹ Cuando se trate de decreto (“proyecto”) de ley orgánica, el control previo también puede ser suscitado por el Jefe del Gobierno o por una quinta parte de los Diputados de la Asamblea de la República en el plazo de ocho días contados a partir de la fecha en que fueron formalmente informados por el Presidente del Parlamento del envío del

⁴³⁸ Ver: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 994 y 1014.

⁴³⁹ Art. 278º, 1 CRP. Ver también: *Acórdão* del TC nº 274/1986.

⁴⁴⁰ Jorge Pereira da Silva defiende la posibilidad de control previo de las omisiones legislativas. Sin embargo, no de la omisión en cuanto tal, sino del proyecto de ley que tenga por objeto derogar una ley ya existente – creada por deber de actuación legislativa -, para evitar el restablecimiento de la omisión. Ello en nombre del “principio de la prohibición del retroceso social”. En: SILVA, J.P. da, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003, pp. 245 y sig. Una posición algo polémica, puesto que el autor pone en entredicho los límites entre inconstitucionalidad por acción y por omisión del legislador. En efecto, prevenir el surgimiento de una omisión no es lo mismo que actuar sobre la propia omisión, porque en el primer caso existe efectivamente un proyecto de ley que podrá declararse inconstitucional, y tal no sucede cuando la norma no existe y - por esto – el Tribunal declara la inconstitucionalidad por omisión del legislador. Además, si el proyecto causante de la omisión de legislador llega a volverse ley, su constitucionalidad podrá ser cuestionada a través de acción sucesiva específica y declarada inconstitucional, con consecuente reviviscencia de la ley anterior.

⁴⁴¹ La propuesta o proyecto de ley aprobado por la Asamblea de la República pasa a llamarse decreto y es enviado al Presidente de la República, para que este lo promulgue. En este momento el Presidente de la República puede requerir al Tribunal Constitucional, que aprecie la constitucionalidad de uno o más de los preceptos que lo integran. No obstante, como el Presidente de la República también está autorizado a emitir decretos de desarrollo de las normas legales, para mayor claridad hemos decidido llamar “proyectos” a los decretos de aprobación. Ver: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. p. 869; MIRANDA, J. *Manual de op. cit.* Vol. II, p. 457; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição constitucional...* op. cit. p. 47; TELES, M.G. “Liberdade de iniciativa do Presidente da República quanto ao processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade” in *O Direito*, 1988, p. 47.

“proyecto” al Presidente de la República.⁴⁴² El control de los “proyectos” de las Asambleas Legislativas y de los de los Gobiernos de las Regiones Autónomas puede ser requerido por el Representante de la República en el plazo legal (no constitucional) de diez días.⁴⁴³ El Tribunal Constitucional tendrá un plazo de veinte y cinco días para pronunciarse, pero, siempre que no se trate de una ley orgánica, el Presidente de la República puede alegar la urgencia y acortarlo, en cuyo caso todos los demás plazos de tramitación también deberán ser acortados.⁴⁴⁴ Por cierto, el control previo es el único que admite el desistimiento en la demanda (art. 53° LTC).

El control previo tiene en común con los controles sucesivos (abstracto y concreto) el hecho de estar limitado al principio dispositivo. El Tribunal constitucional solo puede pronunciarse sobre los preceptos legales cuestionados expresamente. Sin embargo, y al igual que en los otros procesos constitucionales, no se encuentra limitado por los fundamentos constitucionales de la demanda. El autor del futuro precepto legal impugnado deberá ser notificado por el TC en el plazo de un día de la recepción del proceso para, si así lo entiende, contestarlo en los tres días siguientes.⁴⁴⁵

El TC puede rechazar la demanda de inconstitucionalidad por razones de orden meramente procesal, pero si llega a examinar el mérito de la cuestión, debe pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o no inconstitucionalidad del precepto.⁴⁴⁶ Si se pronuncia por la no inconstitucionalidad del “proyecto”, el Presidente de la República (a nivel nacional) o el Representante de la República (a nivel regional) deberá promulgarlo y sancionarlo, a menos que decida vetarlo por razones políticas. Una vez promulgado y sancionado el “proyecto” se perfeccionará, el proceso legislativo estará terminado y la ley podrá entrar en vigor en la fecha prevista. Si el Tribunal se pronuncia por la inconstitucionalidad, el Presidente o el Representante de la República

⁴⁴² El proceso de control previo de las leyes orgánicas fue introducido en la constitución portuguesa (art. 278° n° 4) en la Reforma de 1989.

⁴⁴³ Los dos archipiélagos pertenecientes a Portugal – Azores y Madera – tienen *status* de Región Autónoma. En cada una de ellas hay un Representante de la República nombrado por el Presidente de la República, por un periodo que coincide con el mandato presidencial. Su función a nivel regional es idéntica a la del Presidente de la República en el nivel nacional. Dado que el sistema político es parlamentario, quien ostenta la dirección política del país es el Primer Ministro y quien gobierna la región es el Presidente de la Región Autónoma.

⁴⁴⁴ Arts. 278°, n°s 3, 5, 6 y 8 CRP y arts. 56°, n° 4 y 60° LTC.

⁴⁴⁵ Arts. 51°, n° 1 y n° 5, y 54° LTC.

⁴⁴⁶ El pronunciamiento de no inconstitucionalidad no equivale a una declaración de constitucionalidad del precepto cuestionado.

está obligado a vetar el “proyecto” de forma expresa (no tácita) y devolverlo al órgano del que emanó. Éste podrá optar por eliminar del texto los preceptos considerados inconstitucionales, reformularlos o ignorar la decisión del Tribunal Constitucional y confirmar el texto original.⁴⁴⁷ Una cuarta opción obviamente sería el abandono del proyecto. En cualquier situación, los efectos de las decisiones del Tribunal en el control previo se restringen a los órganos constitucionales involucrados, no produciendo efectos fuera de ese ámbito.⁴⁴⁸

Si la Asamblea de la República (o la Asamblea Legislativa) opta por eliminar las disposiciones o normas inconstitucionales, el Presidente de la República (o el Representante de la República) promulgará y sancionará el “proyecto”. Si prefiere reformularlos, el Presidente de la República tiene el derecho de solicitar nueva apreciación preventiva al TC (art. 279º, nºs 1, 2 y 3 CRP). Si decide no acatar el veredicto de inconstitucionalidad, la Asamblea puede confirmar el texto original. Para ello, deberá alcanzar la mayoría calificada de dos tercios de los diputados presentes en la sesión y el total de votos deberá ser superior a la mayoría absoluta de los parlamentares en efectividad de funciones. Confirmado el texto, el Presidente de la

⁴⁴⁷ Art. 136º, nºs 1 y 4, y art. 233º, nº 2 CRP.

⁴⁴⁸ Jorge Miranda desarrolla esa temática en MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM nº 39, 2007); MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, VI. Coimbra: Coimbra, 2001, pp. 152 y sig. Ver también: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 1013 a 1021; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da...* op. cit. pp. 1007 y sig.; CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 39 a 50; CANAS, V. “O Ministério Público e a defesa da Constituição” in *Revista do Ministério Público*. Lisboa, 1984, pp. 65 y sig.; ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. pp. 209 y 210; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição constitucional...* op. cit.; TELES, M.G. *Liberdade de iniciativa do...* op. cit. España también posee un recurso previo de inconstitucionalidad, pero destinado actualmente solo al control de los tratados internacionales. Sobre el desaparecido “recurso previo de inconstitucionalidad de la ley, ver, entre otros: VEGA GARCÍA, A.S. de. “Acerca del Recurso Previo de Inconstitucionalidad” en *Revista de las Cortes Generales (Separata)*, n. 23. Madrid, Segundo Cuatrimestre, 1991, pp. 62 y 63; CRUZ VILLALÓN, P. “El control previo de constitucionalidad” en *Revista de Derecho Político*, n. 82, 1981, pp. 5 y sig.; RUBIO LLORENTE, F.. “La jurisdicción constitucional en España” en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 393, Nota 56; ALEGRE MARTINEZ, M. *Justicia constitucional y control preventivo*. León: Universidad de León, 1995. Vid también, de este autor, decidido partidario de la reintroducción de dicho recurso: “El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 8, 2007, pp. 3 a 29. Como veremos adelante, en Brasil - además de la posibilidad del Presidente de la República vetar determinado proyecto de ley por inconstitucionalidad - hay una especie de control concreto previo de constitucionalidad del procedimiento legislativo, que es más bien una excepción al sistema mixto sucesivo, puesto que solo puede ser enjuiciado en el STF por uno o más parlamentarios a través de *Mandado de Segurança*. Ver: MORAES, A. de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 229; PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. *Controle de Constitucionalidade*, 3. ed. Niterói: Impetus, 2005, pp. 185 a 188.

República deberá promulgar y sancionar la ley. La consecuencia es permitir que un “proyecto” sobre lo cual pesa el pronunciamiento de inconstitucionalidad se transforme en ley y permanezca indefinidamente en vigor. Una situación que puede ser calificada de extravagante, pero que es coherente con la preferencia por el legislador, que subyace en la posibilidad de confirmación de la ley por la Asamblea de la República. No obstante, el pronunciamiento de inconstitucionalidad – a pesar de haber sido superado – no deja de tener una muy notable relevancia, puesto que “establece una presunción de inconstitucionalidad (de la máxima importancia para los derechos, libertades y garantías)”, y “es condición para el recurso obligatorio del Ministerio Fiscal previsto en el art. 280º, nº 5”.⁴⁴⁹ De hecho, allende de la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre este precepto, si los tribunales ordinarios resuelven aplicarlo en el curso de algún proceso, el Ministerio Fiscal tiene la obligación - y los litigantes la opción - de recurrir al TC en el ámbito del control concreto sucesivo.⁴⁵⁰ Además, las autoridades y órganos legitimados para la acción directa en el control abstracto sucesivo también pueden solicitar al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad del precepto en cuestión. Una realidad que vaticina una corta vida al precepto legal confirmado por la Asamblea de la República y que configura “una salida para eventuales inconsecuencias del sistema”.⁴⁵¹

Los tratados internacionales tienen en la Constitución un tratamiento diferenciado en función de sus características especiales. Las opciones son mucho más limitadas, pues dependiendo de la decisión del TC sobre la constitucionalidad de cualquier de sus preceptos, el tratado podrá o no ser ratificado por el Presidente de la República. Si el Tribunal se pronuncia por su inconstitucionalidad, el tratado no podrá ser ratificado, pero la Asamblea de la República siempre tiene la posibilidad de confirmarlo, si considera la vigencia del tratado importante para el país o para satisfacer compromisos internacionales asumidos previamente. Este procedimiento obliga el Presidente de la República a ratificar el tratado (art. 279º, nº 4 CRP), pero no impide

⁴⁴⁹ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da...* op. cit. Comentario al art. 279º. Ver también: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 981 y 982; SOUSA, M.R. de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa, 1988, pp. 197 a 199; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 70 y sig.

⁴⁵⁰ Art. 280º, nº 5 CRP: *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.*

⁴⁵¹ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 45.

que en el futuro su constitucionalidad sea cuestionada a través de otro mecanismo de control sucesivo. En casos tales y especialmente cuando la normativa sea de vital importancia para el país, la forma más efectiva de resolver el problema probablemente sea la reforma de la propia Constitución⁴⁵². Sin embargo, se trata de una opción siempre complicada, por la mayoría calificadísima que requiere.

El control previo suele ser criticado por conllevar supuestamente un proceso más marcadamente político que el sucesivo. La inmediatez entre la aprobación de los proyectos de ley y su control por el Tribunal haría el control previo “correr el riesgo de transformarse en un medio para legitimar leyes de dudosa constitucionalidad o, en sentido opuesto, en instrumento de obstrucción a las iniciativas legislativas del gobierno y del parlamento.”⁴⁵³ La paradoja está en que su principal propósito es justamente el de evitar la introducción de normas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, si es verdad que el control previo es incapaz de evitar que una ley inconstitucional se vuelva plenamente válida y eficaz, también lo es que el sistema de protección de la Constitución garantiza la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de esa ley de forma sucesiva, a través de los demás mecanismos de control. Por otra parte, el sistema previo de control de los preceptos presumiblemente inconstitucionales suple en gran medida la necesidad del Tribunal Constitucional de adoptar las llamadas providencias cautelares de suspensión provisional de la eficacia de

⁴⁵² La cuestión de la creación de un derecho supranacional por vía de integración europea es tratada por Gomes Canotilho, para quien la hipótesis de revisión constitucional operada a través del derecho comunitario es inconstitucional, una vez que no atiende al modelo de revisión previsto en la Constitución. Aunque se admita la prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho constitucional interno, esta “se traduce tan solo en la *desaplicación* de eventuales normas constitucionales pero no en la revisión material de estas”. Ello porque “colocar fuera de aplicación una norma no es lo mismo que modificar esta misma norma”. En: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit., 5. ed. pp. 1055 y 1056. Sobre los límites de la ley de revisión constitucional, ver en la misma obra pp. 1044 y sig. Ver también: SOUSA, M.R. de. *O valor jurídico...* op. cit. pp. 286 a 298; TELES, M.G. *Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa (condições, termos e limites)*. Lisboa, 1967, pp. 171 y sig.; MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op.cit. pp. 389 y sig. Para una visión global sobre el derecho comparado, ver en la misma obra, pp. 404 y sig. PIRES, F. L. *Teoria da Constituição de 1976 – a transição dualista*. Coimbra, 1988, pp. 125 y sig. Ver también, del mismo autor: *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra, 1997.

⁴⁵³ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit., 5. ed. p. 1014. En el mismo sentido político puede leerse la libertad de iniciativa del Presidente de la República para requerer el control previo de constitucionalidad. Según la doctrina dominante, debe reconocerse siempre el derecho a un juicio de oportunidad política aun cuando el Presidente de la República esté ‘convencido’ de la inconstitucionalidad.” Ver en la misma obra, p. 1015. Ver también: TELES, M.G. *Liberdade de iniciativa...* op. cit. p. 36; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição constitucional...* op. cit. p. 47; MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. p. 403. En España, Cruz Villalón afirma que la aceptación de este tipo de proceso reside en la idea “del mal, el menos”. En: CRUZ VILLALÓN, P. *El control previo de...* op. cit. pp. 5 y sig.

los actos legislativos. Providencias estas, que carecen de cobertura constitucional en Portugal.⁴⁵⁴

1.4 El control de inconstitucionalidad por omisión del legislador y la sentencia de inconstitucionalidad por omisión.

Además de los controles de constitucionalidad tradicionales realizados previa o sucesivamente sobre leyes y reglamentos, la Constitución portuguesa atribuye al Tribunal Constitucional, de forma exclusiva, el poder de examinar los casos de inconstitucionalidad por omisión, es decir, la infracción de la Constitución por omisión de las medidas legislativas que posibilitarían la ejecución de los preceptos constitucionales. Aunque el proceso siga de manera general los mismos trámites del control abstracto sucesivo, el número de legitimados para la acción es menor: el Presidente de la República, el “Proveedor de Justicia”⁴⁵⁵ y – cuando el fundamento fuere

⁴⁵⁴ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 1007 y 1008. Ver también: CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e...* 2. ed. op. cit. p. 206; CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 98; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 433 y sig. Como veremos adelante, en Brasil tanto la acción declaratoria de constitucionalidad (art. 21 Ley 9868/1999), como la acción directa de inconstitucionalidad (art. 102, *p* CFB y art. 10 Ley 9868/1999), y la acción por incumplimiento de precepto fundamental (art. 5º Ley 9882/1999) admiten la concesión de medidas cautelares, con eficacia *erga omnes*. Ver, entre otros: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 249 y 250.

⁴⁵⁵ La figura del “ombudsman” portugués – comparable al Defensor del Pueblo español – tiene como misión principal “la defensa y la promoción de los derechos, libertades y garantías, y los intereses legítimos de los ciudadanos contra actos ilegales e injustos de los poderes públicos” (arts. 1º, 2º y 20º de la Ley 9/1991). El estatus y las funciones del Proveedor de Justicia están definidas en el art. 23º CRP: “1. Los ciudadanos pueden presentar quejas por acciones u omisiones de los poderes públicos al Proveedor de Justicia, que las apreciará sin poder decisorio, dirigiendo a los órganos competentes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias. 2. La actividad del Proveedor de Justicia es independiente de los medios gratuitos y contenciosos previstos en la Constitución y en las leyes. 3. El Proveedor de Justicia es un órgano independiente, siendo su titular designado por la Asamblea de la República, por el tiempo que la ley determinar. 4. Los órganos y agentes de la Administración Pública

la violación de derechos de las regiones autónomas - los presidentes de las Asambleas Legislativas de las respectivas regiones. Si el TC verifica la existencia de inconstitucionalidad por omisión, debe limitarse a dar de ello conocimiento al órgano legislativo responsable de la omisión (art. 283º CRP). El Tribunal, por lo tanto, no puede ordenar al legislador que elimine la omisión y tampoco suplir él mismo dicha omisión a través de una sentencia. En otras palabras, la declaración de inconstitucionalidad por omisión es meramente declaratoria o verificativa.⁴⁵⁶ Como la decisión no vincula al legislador, la mayor virtud de este tipo de control se plasma en el terreno político, en la medida en que pone de manifiesto que el órgano constitucional está incumpliendo su obligación constitucional de legislar. Como dice Jorge Miranda, “la inconstitucionalidad por omisión obliga al legislador o, al menos, vuelve patente la obligación de legislar, aun cuando se trate de una obligación desprovista de sanción”.⁴⁵⁷

cooperan con el Proveedor de Justicia en la realización de su misión.” Gomes Canotilho hace un interesante análisis sobre la posibilidad de ampliar la acción del Proveedor de Justicia a los casos privados que no observen los derechos fundamentales, en: CANOTILHO, J.J.G. “Proveedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias” in *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 85 a 96. Ver también: PRATA, A. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra, 1982.

⁴⁵⁶ El art. 283º, nº 1 CRP prevé que “el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para volver ejecutables las normas constitucionales” y el nº 2 (art. 68º LTC) le obliga a dar conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión al órgano competente. Ver: COSTA, J.M.C. da. *A jurisdição constitucional...* op. cit. p. 62; ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 237; CORREIA, J. de M. *A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*. Oeiras: Livraria Republicana, 1999; SILVA, J.P. da, *Dever de legislar e...* op. cit. p. 144; MIRANDA, J. “Inconstitucionalidade por omissão” in *Estudos sobre a Constituição*, v. II. Lisboa, 1977; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 263; CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. pp. 1026 y 1027. El control abstracto de inconstitucionalidad de las omisiones brasileño se inspiró en el portugués, pero fue más allá, puesto que también permite el control de las normas administrativas. Además, en el ámbito del control difuso trajo la innovación del *mandado de injunção*, como se verá adelante. Un buen análisis sobre la cuestión de las omisiones en Brasil puede ser encontrado en: CANOTILHO, J.J.G. “Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e à protecção judicial contra omissões normativas” in TEIXEIRA, S. de F. (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. Entre los autores brasileños, ver, entre otros: CARRAZZA, R.A. “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção” in *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, n. 101, 1992; PUCCINELLI JÚNIOR, A. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123; PIOVESAN, F. *Protecção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995, p. 94; FERRARI, R.M.M.N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 154; VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. p. 251.

⁴⁵⁷ MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM nº 39, 2007). Para Gomes Canotilho, “la fórmula del actual art. 283º/2 – dar conocimiento al órgano legislativo competente es menos directiva de la que se traducía en la posibilidad de recomendaciones, pero puede interpretarse como siendo un *apeló* del Tribunal Constitucional, con significado político e jurídico, a los órganos legislativos competentes en el sentido de que estos actúen y emanen los actos

“Desde el punto de vista del Derecho omitir no significa ‘no hacer’ o ‘no hacer nada’, pero si ‘no hacer algo’ que era esperado que se hiciera, porque era jurídicamente debido o impuesto”, esclarece Pereira da Silva⁴⁵⁸. Así que el concepto jurídico de omisión se construye “a partir de la yuxtaposición de un elemento material – la inercia o inactividad del órgano legislativo – y de un elemento formal – la violación de un deber de actuación, que comporta su antijuridicidad”.⁴⁵⁹ En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que una inconstitucionalidad por omisión solo es verificable cuando existe un específico concreto mandato constitucional al legislador e incumplido por este. En el *Acórdão* nº 276/89 el TC afirmó que la intervención del legislador en este dominio no se refiere tan solo al “deber general” de legislar. Deriva ante todo de un específico y concreto mandato o encargo constitucional. Una ‘imposición’ claramente definida en cuanto a su sentido y alcance, que no deja al legislador ningún margen de libertad en cuanto a su propia decisión de intervenir. Se podría hablar en términos de una verdadera “orden” de legislar, cumplida una vez emanada la ley.⁴⁶⁰ De manera que, cuando verifica la omisión, el Tribunal Constitucional efectúa, “aunque de forma implícita, un juicio objetivo de censura relativo a la actuación del legislador, que se encontraba jurídicamente obligado a actuar en determinado sentido y no lo hizo”.⁴⁶¹

legislativos necesarios a la ejecutoriedad de las leyes constitucionales”. En: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. p. 1027.

⁴⁵⁸ SILVA, J.P. da. *Dever de legislar e...* op. cit. p. 11.

⁴⁵⁹ SILVA, J.P. da. *Dever de legislar e...* op. cit. pp. 11 y 12. Ver también: CARVALHO, P.N. de, *Omissão e dever de agir em Direito Civil*. Coimbra, 1999, p. 115; CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. pp. 1021 a 1023; SÁ, F. “Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas” in MORAIS, P.B. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.

⁴⁶⁰ En el mismo sentido, los *Acórdãos* nºs 359/91 y 474/2002. Ver: ANDRADE, J.C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, 1983, pp. 300 y ss.; MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, V. II, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983, pp. 393 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente...* op. cit. pp. 325 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. pp. 1022 y 1023.

⁴⁶¹ SILVA, J.P. da, *Dever de legislar e...* op. cit. p. 115. En el *Acórdão* 182/1989, publicado en el *Diário da República* I Série nº 51 de 2 de marzo de 1989 (Defensa en contra del tratamiento informático de datos personales), el Tribunal Constitucional decidió: “a) Dar por verificado el no cumplimiento de la Constitución por omisión de la medida legislativa prevista en el n.º 4 de su artículo 35.º, necesaria para volver ejecutable la garantía prevista en el n.º 2 del mismo artículo; b) Dar conocimiento de esta verificación a la Asamblea de la República.” Ver también las sentencias 36/1990 de 04/07/1990 y 638/1995 de 28/12/1995.

Esta exigencia constitucional de acción es destacada por Gomes Canotilho⁴⁶², para quien la omisión legislativa inconstitucional deriva del no cumplimiento de imposiciones constitucionales de legislar en sentido estricto. Para que tenga significado autónomo y relevante, la omisión del legislador debe relacionarse a “una *exigencia constitucional de acción*, no bastando el simple *deber general de legislar*.” Es decir, la omisión solo se produce si el legislador, a pesar de vinculado a la adopción de determinadas medidas legislativas de concreción de la Constitución, no las desarrolla. Por ejemplo, el establecimiento y actualización del salario mínimo nacional (art. 59º, nº 2-a CRP), o la creación de un servicio nacional de salud universal, general y tendencialmente gratuito (art. 64º, nº 2-a CRP). Estas omisiones pueden generar una acción directa de inconstitucionalidad por omisión en los términos del art. 283º CRP. En cambio, las omisiones de normas-fin o normas-tarea, abstractamente impositivas, no vincularían al legislador en los mismos términos y, a pesar de ser potencialmente inconstitucionales, tampoco podrían originar una acción de inconstitucionalidad por omisión. Es el caso de los preceptos que contienen los objetivos del Estado como el art. 9º o el art. 81º de la Constitución.⁴⁶³

Gomes Canotilho constata asimismo la existencia de un deber de legislar – y consecuentemente la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad por omisión - cuando el legislador no cumple los mandatos de legislar contenidos en ciertos preceptos constitucionales. Estos mandatos son en general imposiciones únicas

⁴⁶² CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. pp. 1021 a 1023. Ver también: CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente...* op. cit. pp. 331 y sig. Rubio Llorente denomina *mandatos al legislador* a los preceptos que prevén leyes indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución. En: RUBIO LLORENTE, F. "La constitución como fuente de derecho" en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 59. En Brasil, el STF está más cercano a la posición portuguesa. Sin embargo, entre los autores las posiciones no son acordes. Ver, entre otros: PUCCINELLI JÚNIOR, A. *A omissão legislativa inconstitucional...* op. cit. p. 123; PIOVESAN, F.C. *Proteção judicial contra...* op. cit. p. 94; CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. p. 346; VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. pp. 250 y 251; FERRARI, R.M.M.N. *Efeitos da declaração...* op. cit. p. 154. En Alemania, ver, entre otros: LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983, p. 222.

⁴⁶³ La paradójica relación entre el grado de abstracción de un valor y su normatividad es señalada con notable clareza por Marcelo Coimbra: “Cuanto más elevado éticamente es un valor, más grande la necesidad de su realización en la vida social y por lo tanto más elevada debe ser su fuerza normativa. Ahí reside la contradicción: cuanto más elevado es el valor, más abstracto y polisémico, vía de regla, él será, lo que reduce su fuerza semántica. De ahí la importancia de la reducción de la relatividad axiológica, a fin de que los valores superiores no se pierdan en su vaguedad y polisemia, es decir, que su reducida fuerza semántica no ablande su fuerza normativa”. En: COIMBRA, M.A. “O déficit material da democracia contemporânea: levando os valores constitucionais a sério” in ALMEIDA FILHO, A.; PINTO FILHO, F.B.M. (orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 210.

(concretas pero no permanentes) de desarrollo de una o más leyes. Por ejemplo, el art. 196° de la Ley Constitucional 1/97, que presupone la modificación de la ley de organización del Tribunal Constitucional. Existiría posibilidad de omisión cuando el precepto constitucional no es un mandato concreto de legislar y tampoco una imposición permanente y concreta, pero se tratan de preceptos sin suficiente densidad para volverse ejecutables por sí mismos, como por ejemplo, el art. 117°, n° 3 CRP, que necesita que la ley defina los crímenes de responsabilidad para que sea ejecutable. Finalmente, el legislador tiene la obligación de corregir o mejorar la omisión por falta de actualización o perfeccionamiento de preceptos que se han vuelto incorrectos o desfasados, principalmente si de la omisión resulten consecuencias graves para la efectividad de derechos fundamentales.⁴⁶⁴ Ya Vitalino Canas enfatiza el aspecto técnico de la producción legislativa, considerando que en la situación prevista en el art. 283° CRP hay, ante todo, “una situación de inejecución de normas constitucionales, que necesitan de concreción a través de un conjunto de medidas legislativas, envolviendo opciones de fondo y una reglamentación completa y detallada, dependiente de conocimientos técnicos del legislador, al cual la Constitución ha conferido amplia libertad de conformación y de elección no solo en cuanto al contenido de las medidas, sino también en cuanto al momento de su producción”. Esta actuación estaría fuera del alcance del juez, aun cuando la Constitución no reservase el ‘como’ y el ‘cuando’ al legislador ordinario.⁴⁶⁵

Por otro lado, Jorge Miranda entiende que entre las normas preceptivas y las programáticas (así como entre las normas ejecutables y las no ejecutables por sí mismas) no existe una diferencia de naturaleza o de valor. “Solo existen diferencias de estructura y de proyección en el ordenamiento. Unas y otras son normas jurídicas y, desde luego, normas jurídico-constitucionales integrantes de un mismo y único orden constitucional; ninguna de ellas es mera proclamación política o cláusula no vinculante. Tampoco se vislumbran dos grados de validez, sino solo de realización o de efectividad.”⁴⁶⁶ Con todo, especifica tres condiciones para la ocurrencia de omisión inconstitucional: “a) que el incumplimiento de la Constitución derive de la violación de cierto y determinado precepto; b) que se trate de precepto constitucional no ejecutable

⁴⁶⁴ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. pp. 1022 y 1023.

⁴⁶⁵ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. 2. ed. p. 94. Ver también: SÁ, F. *Omissões inconstitucionais e...* op. cit.

⁴⁶⁶ MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op.cit. p. 441.

por sí mismo; y c) que en las circunstancias concretas de la práctica legislativa falten las medidas legislativas necesarias para volver ejecutable aquella norma.”⁴⁶⁷ El maestro de Lisboa, por tanto, también excluye de control las llamadas imposiciones constitucionales abstractas, hecho que le acerca a la posición de Gomes Canotilho.⁴⁶⁸

Además de no poder utilizar el Tribunal una sentencia de inconstitucionalidad por omisión – o cualquier otro medio - para exigir del legislador que cumpla con su obligación constitucional de legislar, tiene que sopesar la propia conveniencia de su utilización, principalmente cuando está en juego el principio de igualdad. Para Rui Medeiros, “la tesis portuguesa de la mera declaración de inconstitucionalidad por omisión es mucho más gravosa para el principio de constitucionalidad que la que resultaría de una declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general acompañada de una limitación de efectos *pro futuro* o de una mera declaración de incompatibilidad como es admitida en Alemania.”⁴⁶⁹ El problema

⁴⁶⁷ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, V. II, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 518.

⁴⁶⁸ La cuestión de la ejecutoriedad de las normas constitucionales - sea su aplicación directa, sea a través de ley - es siempre candente, principalmente cuando se tratan de las llamadas normas programáticas. Sobre ello, ver: MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op.cit. p. 441; CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e...* 2. ed. op. cit.; QUEIRÓZ, C. *Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controle jurídico do poder*. Coimbra, 1990, pp. 143 y sig.; SOUSA, M.R. de. *Direito Constitucional*. Braga, 1979, pp. 96 y sig.; TELES, M.G. *Eficácia dos tratados na...* op. cit. pp. 204 y sig.; CASTRO, A. de. “Relações necessárias entre as disposições económicas básicas da Constituição e os seus princípios programáticos” in *Fronteira*, n. 6. Coimbra, 1982, pp. 123 y sig. Ver: *Acórdão* del TC n° 174/1993 en *Diário da República*, 2ª série, 01/06/1993 y *Acórdão* del TC n° 423/1987 en *Acórdãos do TC*, X, pp.77 y sig. En Brasil ver, entre otros: HORTA, R.M. “Constituição, direitos sociais e normas programáticas” in ALMEIDA FILHO, A.; PINTO FILHO, F.B.M. (orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 540 y sig.; BARROSO, L.R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, pp. 109 y sig.; BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 218 y sig.; FERREIRA FILHO, M.G. *Curso de direito...* op. cit. pp. 12 y 13; SILVA, J.A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed. São Paulo: RT, 1982, pp. 141 a 147; CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. p. 42. En Italia ver, por todos: CRISAFFULLI, V. *La Costituzione e le sue Disposizione di Principio*. Milano: Giuffrè, 1952; ZAGREBELSKY, G. *Diritto Costituzionale: Il sistema delle fonti del diritto*. Vol. 1, Torino: Torinese, 1998, p. 104. En Alemania ver, entre otros: SCHNEIDER, H.P. “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales” en *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 114 (original publicado en *Deutsche Landesreferate zum Öffentlichen Recht und Völkerrecht*, ed. por BERNHARDT, R. y BEYERLIN, U., Heidelberg, 1983, pp. 23 y sig.); SACHS, M. “Normentypen im deutschen Verfassungsrecht” in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, n. 6, 1991, p. 155; SACHS, M. “Die Einteilung der Grundrechts” in *STERN*, K. *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, III/I, 1988, p. 385.

⁴⁶⁹ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 513. Ver en la doctrina alemana, entre otros: UMBACH, D.C.; CLEMENS, T. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, 1992, p. 1007; HEIN, P. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht – Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*. Baden-Baden, 1988, p. 39.

se encuadra en la represión de la conocida como discriminación normativa del legislador. Si el TC optase por una sentencia de omisión parcial, manteniendo los beneficios a quienes ya los reciben e instando al legislador a desarrollar una ley extendiendo los beneficios a los demás, la situación de inconstitucionalidad podría prolongarse indefinidamente.⁴⁷⁰ De ahí que la inconstitucionalidad por omisión podría acabar permitiendo paradójicamente la perpetuidad de las desigualdades y representar “un nítido debilitamiento de la normatividad del principio de igualdad”, como mantiene Jónatas Machado⁴⁷¹. No obstante, Jorge Miranda critica el uso de la declaración de inconstitucionalidad simple en tales situaciones, aunque con efectos limitados. Admite incluso la utilización de una sentencia aditiva o de una decisión que garantice el resarcimiento gradual de los perjudicados. “Solo porque el Tribunal Constitucional no puede construir *ex novo* una norma de concreción apta para abarcar todas las situaciones y categorías de personas, no se debe tener por inconstitucional la concreción ya alcanzada. Únicamente en el límite, frente a soluciones arbitrarias, se justifica la declaración de inconstitucionalidad. El principio de igualdad no debe ser visto tanto en su vertiente negativa, como en su vertiente positiva; más que la supresión de

⁴⁷⁰ Es por este motivo que el Tribunal Constitucional en ocasiones ha optado por sentencias aditivas y sustitutivas. En estos casos, sin embargo, ha establecido que la norma que suple la omisión debe ser el resultado necesario del contexto formado por el conjunto de normas que forman la ley en cuestión y por el conjunto de normas de las demás leyes o bien ser la única elección posible, una vez analizadas las leyes de grado superior y los preceptos y principios de la propia Constitución. Una posición en consonancia, al menos parcial, con la doctrina italiana de la solución aditiva a *rime obbligate*. Ver, entre otros: SILVA, P.C. “Sentenças aditivas do Tribunal Constitucional e o princípio da igualdade” in *O Direito*, ano 140, nº 5, 2008, pp. 1113 a 1139; MIRANDA, J., “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 423/87” in *O Direito*, III-IV, 1988, p. 539; CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 94 y 95. Sobre la *rime obbligate* ver, por todos: CRISAFULLI, V. “La Corte Costituzionale ha vent’anni” in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 1707.

⁴⁷¹ MACHADO, J. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra: Coimbra, 1996, p. 296. Ver también: GOUVEIA, J.B. “Inconstitucionalidade por omissão. Consultas directas ao cidadão a nível local” in *O Direito*, II, 1990; SILVA, P.C. Sentenças aditivas do Tribunal... op. cit. pp. 1113 a 1139. Sobre el refuerzo de los mecanismos de control de las omisiones, ver en Brasil: PFEIFFER, R.A.C. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999; CARRAZZA, R.A. Ação direta de inconstitucionalidade por... op. cit.; BARBI, C.A. “Mandado de Injunção” in TEIXEIRA, S.F. (org.). *Mandado de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. En Alemania, ver: GLEIXNER, W. *Die Normerlassklage – Der Anspruch auf Erlass untergesetzlicher Normen und formeller Gesetze*. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1993, pp. 78 y sig.; SCHENKE, W.R. “Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen” in *Verwaltungs Archiv*, 1991, pp. 308 y sig.; SCHENKE, W.R. *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*. Berlin, 1979, pp. 168 y sig.

diferencias, exige hoy en día la atribución de beneficios por igual y, en algunas circunstancias, paulatinamente.”⁴⁷²

Esta es una cuestión candente en Portugal, porque, como se ha visto, el art. 283º CRP restringe a muy determinadas autoridades la legitimación para activar el control de inconstitucionalidad por omisión. Ello significa que “el ciudadano, además de perjudicado en sus derechos fundamentales por la omisión de ley que vuelva ejecutable el correspondiente precepto constitucional, no dispone de la posibilidad de poner en marcha en el control concreto, el control de inconstitucionalidad por omisión.”⁴⁷³ En todo caso, Gomes Canotilho alerta de que es un error vincular la omisión inconstitucional únicamente con la violación de derechos fundamentales, porque el control de inconstitucionalidad por omisión es diferente de la acción constitucional contra actos del poder público lesivos de los derechos constitucionales que existe en algunos países y ello porque: “1) la omisión legislativa inconstitucional existe siempre que el legislador no ‘ejecuta’ o cumple parcialmente una imposición constitucional concreta; 2) no todos los derechos fundamentan eventuales acciones por omisión legislativa, porque también en el ámbito de estos derechos hay que demostrar la existencia de un deber de acción concretamente impuesto al legislador por la Constitución; 3) la violación de los derechos fundamentales por omisión legislativa puede resultar indirectamente de otras imposiciones constitucionales, sin que se pueda hablar, a no ser que sean términos amplios, de omisión lesiva de derechos fundamentales subjetivos y concretos (v.g., no realización de la imposición de la Reforma Agraria)”.⁴⁷⁴ Por lo tanto, los términos demasiado estrictos que conforman el

⁴⁷² MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM nº 39, 2007). Ver también: SILVA, P.C. Sentenças aditivas do Tribunal... op. cit. pp. 1113 a 1139.

⁴⁷³ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 514. Ver también: MIRANDA, J. Ideias para... op. cit. pp. 29 y 30. Como se verá, esta posibilidad existe en el sistema brasileño, donde la Constitución prevé la concesión de Mandado de *Injunção* siempre que la falta de norma reglamentar vuelva inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a nacionalidad, soberanía y ciudadanía (art. 5º LXXI). Ver, entre otros: MACIEL, A.F. “Mandado de Injunção e inconstitucionalidade por omissão” in *O Direito*, I-II, 1994; TEIXEIRA, S.F. (org.). *Mandado de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990; PFEIFFER, R.A.C. Mandado de injunção... op. cit.; PASSOS, J.J.C. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. En Alemania, ver, entre otros: GERONTAS, A. Zur subsidiarität der Verfassungsbeschwerde...; JÜLICHER, F.W. Die Verfassungsbeschwerde gegen... op. cit.; ERICHSEN, H.U. Die Verfassungsbeschwerde... op. cit.

⁴⁷⁴ CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e...* 2. ed. op. cit. pp. 336 y 337. La cuestión relativa a los derechos fundamentales puede verse, entre otros, en: SILVA, P.C. Sentenças aditivas do Tribunal... op. cit. pp. 1113 a 1139; CANOTILHO, J.J.G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. En Alemania: HÄBERLE, P. *La garantía del contenido*

art. 283° CRP no permiten que el Tribunal Constitucional vaya más allá de la verificación de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión y de su comunicación al legislador. Es precisamente esa característica meramente verificativa o declaratoria - inherente a este tipo de decisión – la que no permite que el Tribunal supla él mismo dicha omisión y tampoco que ordene al legislador tomar las medidas necesarias para eliminarla.

esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2003; ALEXY, R. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

2. LA TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS EN PORTUGAL.

La tipología de sentencias existentes en el sistema portugués es en gran parte semejante a la de los demás sistemas europeos de control de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional ha utilizado en sus decisiones mayoritariamente la sentencia simple de inconstitucionalidad (estimatoria), la de no inconstitucionalidad (desestimatoria), la interpretativa (en sentido estricto), la reductora (inconstitucionalidad parcial), la aditiva y la sustitutiva. Solo estas dos últimas son consideradas modificativas (manipulativas), porque la sentencia reductora es tratada con autonomía, como perteneciente a un espectro más amplio de decisiones llamadas intermedias o atípicas, en las cuales también se incluyen la interpretativa y las dos consideradas modificativas. Las sentencias que modulan los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad serán tratadas en la última parte de este capítulo. Pueden encuadrarse en esta categoría la sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida, la limitativa y la de mera incompatibilidad específica para tratados internacionales ratificados por el Estado portugués. Además de estos tres tipos, expresamente previstos en la Constitución, serán analizadas otras tres categorías de sentencias que modulan los efectos, y que, aun cuando hasta ahora no han sido admitidas por el TC, tienen un indudable interés teórico por el debate y la polémica que suscitan: la de mera incompatibilidad (para todos los actos normativos), la directiva (emitida una única vez) y la apelativa. Finalmente, por una cuestión de orden práctico, se ha optado por tratar la sentencia de inconstitucionalidad por omisión conjuntamente con el control de inconstitucionalidad por omisión del legislador, por ser esta la única decisión resultante

de ese tipo de control. Por otra, el problema de las omisiones legislativas, especialmente la parcial, será retomado a la hora de analizar las sentencias modificativas.

2.1 Sentencia simple de inconstitucionalidad.

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal por el Tribunal Constitucional portugués en el **control abstracto** implica su eliminación del orden jurídico desde que ha entrado en vigor (*ex tunc*)⁴⁷⁵, la prohibición de su aplicación en cualquier ámbito y la reviviscencia de la legislación que ella eventualmente haya derogado. Tiene, por lo tanto, fuerza obligatoria general (*erga omnes*), fuerza de ley, y vinculación general. En otras palabras, la sentencia de anulación del precepto, además de vincular a todos los órganos administrativos⁴⁷⁶, tribunales en general y al propio TC⁴⁷⁷, tiene valor normativo para todas las personas físicas y jurídicas afectadas, que deben dejar de invocarlo en las relaciones entre ellos o con los poderes públicos.⁴⁷⁸

La cuestión del valor normativo de la declaración de inconstitucionalidad se ha prestado a alguna polémica entre los autores portugueses, porque podría llevar a la idea de que la sentencia del Tribunal Constitucional pudiera equipararse a una ley y, en

⁴⁷⁵ El alcance de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad podrán ser restringidos siempre y cuando la seguridad jurídica, razones de equidad o interés público de excepcional relevancia, debidamente fundamentado, lo exigieren (art. 282º, nº 4 CRP), como veremos en el epígrafe sobre modulación de los efectos temporales de la sentencia.

⁴⁷⁶ Acórdão do STA de 28 de janeiro de 1988: “Tendo o Tribunal Constitucional declarado a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma norma, é nula por usurpação de poder a decisão da Administração que aplica uma medida por ela autorizada.”

⁴⁷⁷ Acórdão nº 141/87, de 22 de Abril: “Relativamente ao Tribunal Constitucional, ao invés do que sucede com as entidades públicas e privadas, nem sequer é necessário que a decisão seja publicada para que seja vinculativa.”

⁴⁷⁸ Ver Acórdãos del TC nºs 119/90 y 385/98. Como se verá en este mismo epígrafe, la cosa juzgada emergente de esas decisiones también ha sido motivo de polémica en la literatura jurídica portuguesa.

consecuencia, también ser objeto de control de constitucionalidad. Y, como es sabido, el hecho que la decisión del TC tenga fuerza de ley no significa que tenga valor de ley. Por eso, Castanheira Neves esclarece que “el resultado del *control* de validez no obtiene la naturaleza de acto legislativo solo porque tiene eficacia general o porque elimina la validez jurídica de normas legales. Por supuesto que la *generalidad* [...] es, en principio, característica legislativa, pero ella sola no basta para considerar acto legislativo cualquier decisión o declaración con esa eficacia”.⁴⁷⁹

Al comentar la expresión fuerza de ley, Gomes Canotilho afirma que esta “no significa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad o de ilegalidad tengan exactamente la misma naturaleza de las leyes; son ‘semejantes a las leyes’ en cuanto a algunos de sus efectos, pero no son formalmente actos legislativos ni crean normas jurídicas. Precisamente por eso no hay posibilidad de requerir la declaración de inconstitucionalidad de las propias sentencias, ni el propio Tribunal puede eliminarlas, como tiene la facultad de hacer el legislador en relación a las leyes que desarrolla”.⁴⁸⁰ Por ello, tampoco Jorge Miranda⁴⁸¹ acepta la posibilidad de control de las decisiones del Tribunal Constitucional. Seis puntos son, en su opinión, irrefutables en esta materia: a) el TC nunca tiene la iniciativa de la declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad, pues depende de una iniciativa externa; b) una vez que se le requiera la apreciación de la inconstitucionalidad del precepto, el TC está obligado a decidir; c) el TC no puede interpretar, modificar, suspender o derogar la decisión que adopte; d) tras declarar la inconstitucionalidad de un precepto, el TC está vinculado a su propia decisión, de forma que debe decidir todos los recursos del control concreto, pendientes sobre la misma cuestión de inconstitucionalidad, de acuerdo con esa declaración⁴⁸²; e) si algún tribunal aplica la norma declarada inconstitucional y el TC es llamado a intervenir, no podrá reexaminar su decisión, tan solo podrá determinar que esta sea cumplida; f) la

⁴⁷⁹ NEVES, A.C., *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra, 1983, p. 612. En este sentido es posible decirse que la propia expresión *legislador negativo* de Kelsen no es la más apropiada, porque al Tribunal Constitucional – y a los demás tribunales - les falta entre otras características la discrecionalidad inherente a los órganos legislativos.

⁴⁸⁰ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit., 5. ed. p. 998.

⁴⁸¹ MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op.cit. pp. 507 y 508; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões...* op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁴⁸² Ver: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. p. 1000. Ver también: SACHS, M. *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*. Köln, 1977, pp. 25 y sig.

declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general no está sujeta al control de constitucionalidad - ni por el TC, ni, mucho menos, por los demás tribunales⁴⁸³-, lo que no significa que la decisión no pueda ser corregida o enjuiciada, cuando padezca de ciertos vicios. Es precisamente la posibilidad que el TC cometa errores, lo que lleva Rebelo de Sousa⁴⁸⁴ a afirmar que “la declaración de inconstitucionalidad puede ser ella misma inconstitucional y objeto de apreciación por el TC, pero no en los términos del art. 281º, nº 1 CRP⁴⁸⁵”. Para el autor, este artículo deja claro que las únicas normas controlables constitucionalmente por el Tribunal Constitucional son los actos legislativos y reglamentarios. Sin embargo, está de acuerdo con que el TC controle la constitucionalidad de sus propias decisiones, no porque la decisión sea equiparable a un acto legislativo, sino porque en la realidad es posible que el Tribunal cometa alguna inconstitucionalidad.

Vitalino Canas⁴⁸⁶ es el autor portugués que tiene una posición más singular sobre esa cuestión. Cuando en 1984 expresó por primera vez su opinión, defendía que el Tribunal Constitucional no era un órgano meramente jurisdiccional y que la fuerza obligatoria general de sus decisiones estaba más ligada a los actos normativos (de ahí la expresión fuerza de ley), que a los actos tan solo declaratorios. Las decisiones de inconstitucionalidad, por consiguiente, también contendrían normas. Como el control de constitucionalidad portugués incide sobre todas las normas del ordenamiento (el art. 281º, nº 1 CRP se refiere genéricamente a normas y no a actos legislativos o reglamentarios), llegó a la conclusión que el TC podía controlar sus propias decisiones. Además, en la misma línea de Rebelo de Sousa, sustentaba que eso podría “abrir espacio a la posibilidad de autocritica por parte del Tribunal

⁴⁸³ OTERO, P., *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, pp. 95 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit., 5. ed. pp. 997 y 998; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit., p. 804. Como se verá adelante, Marcelo Rebelo de Sousa y principalmente Vitalino Canas discrepan de la posición dominante.

⁴⁸⁴ SOUSA, M.R. de, *O valor jurídico* op. cit. p. 265.

⁴⁸⁵ Art. 281.1. CRP: “*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 autónoma; 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.*”

⁴⁸⁶ CANAS, V. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 1. ed. Lisboa: Cognition, 1984, pp. 57 y sig.

Constitucional, o sea, a la posibilidad de este reconocer que ha hecho mal”.⁴⁸⁷ Algunos años después (1994) rectificó su planteamiento inicial imponiéndole un matiz importante. En su nueva línea argumentativa Vitalino Canas parte del supuesto de que el fallo (dispositivo) de la sentencia del TC se divide en dos partes distintas: una certificativa y otra dispositiva-constitutiva.⁴⁸⁸ Pasa entonces a defender que la parte certificativa - en que el TC declara la inconstitucionalidad del precepto – está dotada de una vinculación especial y que, por eso, en relación a ella solo sería posible invocar una inconstitucionalidad formal u orgánica, como v.g. una invasión de competencia del Tribunal. Ya en relación a la parte dispositiva-constitutiva, en que el TC fija los efectos - hecho que le da un marcado carácter normativo -, considera que puede haber control tanto en el aspecto formal (violación de normas del proceso, forma o competencia), como en el aspecto material (violación de normas de contenido, como v.g. el principio fundamental de igualdad).⁴⁸⁹

La defensa del control de constitucionalidad de las propias decisiones del Tribunal Constitucional fue objeto de severas críticas por parte de la doctrina portuguesa. Vital Moreira mantiene que es un “despropósito admitir que las decisiones del Tribunal Constitucional en el control abstracto pudieran ser ellas mismas sujetas a control de constitucionalidad y que un tribunal ordinario cualquiera pudiera venir a cuestionar la constitucionalidad de una decisión de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”.⁴⁹⁰ Más allá de la cuestión doctrinal de fondo, esa crítica de Vital Moreira lleva a reflexionar sobre una cuestión de orden práctico: la admisión de control sobre las decisiones del TC por parte de los tribunales ordinarios podría abrir las puertas

⁴⁸⁷ CANAS, V. “O Tribunal Constitucional português: valor e alcance das suas decisões” in *Progresso do Direito*, nº 3-4, 1986, p. 129.

⁴⁸⁸ Para Rui Medeiros, la “aclaración” de Vitalino Canas se debe a las críticas que su planteamiento inicial recibió de la doctrina portuguesa. En: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit., p. 804. De cualquier modo, es importante señalar que la separación entre parte certificativa y parte dispositiva-constitutiva preconizada por Vitalino Canas se produce exclusivamente en el texto del dispositivo de la decisión “(donde se declara una norma inconstitucional o ilegal y se fijan sus efectos)”, no alcanzando sus motivos determinantes. Es decir, se reduce al fallo. Ver: CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit., 2 ed. pp. 168 a 171 y 176. Tal distinción, por consiguiente, nada tiene que ver con la clásica separación entre el dispositivo de la sentencia y sus motivos determinantes, que, como veremos adelante, cobra especial relieve cuando se trata de determinar la eficacia de una decisión.

⁴⁸⁹ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit., 2 ed. pp. 168 a 171.

⁴⁹⁰ MOREIRA, V. “O Tribunal Constitucional português: valor e alcance das suas decisões” in *Progresso do Direito*, 1986, nº 3-4, p. 114.

a un fin de cuestionamientos, con evidentes riesgos de fragilizar y poner en cuestión la propia función del Tribunal Constitucional. Rui Medeiros critica la posición de Vitalino Canas, porque entiende que la llamada vinculación especial de la parte certificativa de la decisión se debe tan solo a la fuerza de cosa juzgada y que idéntico raciocinio sirve para la parte dispositiva-constitutiva, donde el TC fija los efectos o el alcance de la decisión. Además, entiende que no se puede controlar la constitucionalidad de las decisiones del TC como si de un texto legislativo se tratara. Sin embargo, considera pertinente la preocupación de Vitalino Canas con el riesgo de que el Tribunal cometa un error grave, aun cuando cree que esta eventualidad puede ser perfectamente subsanada a través de los medios en su opinión propios para el control de esas sentencias: el no acatamiento del legislador a la prohibición de reproducción del precepto declarado inconstitucional y el proceso de revisión constitucional.⁴⁹¹

Si Vitalino Canas está prácticamente aislado en su defensa del control de la constitucionalidad de las decisiones del Tribunal Constitucional⁴⁹², Rui Medeiros se encuentra virtualmente solo en otra cuestión: la defensa de la no vinculación del legislador a la declaración de inconstitucionalidad, que conlleva el rechazo de la prohibición de reproducción del precepto declarado inconstitucional.⁴⁹³ Nunes de Almeida y Paulo Otero apoyan, pero de forma muy mitigada, la tesis de la no vinculación del legislador. Nunes de Almeida no es exactamente un defensor de dicha teoría, pues entiende que la declaración de inconstitucionalidad está sujeta a la cláusula

⁴⁹¹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit., p. 805. Como visto anteriormente, en Italia está prohibida la repetición de normas declaradas inconstitucionales por parte del legislador. Tal prohibición es conocida por *giudicato costituzionale*. Ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 38 a 40; CHELI, E. Legge retroattiva di sanatoria... op. cit.; BARBERA, A. Giudicato costituzionale e... op. cit.; RUGGERI, A. Le attività "conseguenziale" nei... op. cit.; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit.; CRISAFULLI, V. Riproduzione o "conferma" di... op. cit.; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 16. En Alemania el propio *Bundesverfassungsgericht* se encuentra actualmente dividido. Mientras la sala primera a partir de 1987 pasó a admitir la posibilidad de repetición, la sala segunda mantiene la prohibición. Esta última posición es defendida, entre otros, por MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. Schlaich, entre otros, defiende la posición de la sala primera. En: SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1994, pp. 275 y 276. En Brasil, como veremos adelante, existe consenso favorable a que el legislador pueda repetir el contenido de la ley declarada inconstitucional por el STF (Tribunal Supremo Federal). Ver, entre otros: CLÉVE, C.M. A fiscalização abstrata da... op. cit. p. 241; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado de... op. cit. p. 335. En la jurisprudencia del STF: Reclamación 2.617-AgR, Cezar Peluso, j. 23/02/2005, DJ 20/05/2005.

⁴⁹² Como atrás visto, tan solo Marcelo Rebelo de Sousa está parcialmente de acuerdo con el control de constitucionalidad de las decisiones del TC.

⁴⁹³ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 819 y sig. 05.

rebus sic stantibus, pero un apoyo moderado puede intuirse cuando sostiene que “en los supuestos de inconstitucionalidad material, el legislador deberá dejar pasar, como mínimo, el tiempo razonable para poder ser considerada exigible o, como mínimo, aceptable, la revisión anterior.”⁴⁹⁴ El apoyo de Paulo Otero es más fuerte pues, aunque esté de acuerdo con la sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus*, entiende que cuando el TC declara inconstitucional una norma conforme a la Constitución, el legislador tiene derecho a reproducirla. “En caso de inconstitucionalidad de la cosa juzgada del Tribunal Constitucional en el control abstracto sucesivo, sea porque se declara inconstitucional una norma que no lo era, sea porque, en paralelo, se viola el principio de la libertad de configuración del legislador o de la preferencia del legislador como órgano de concreción de la Constitución, siempre está reservado al Poder Legislativo la facultad de repetir el acto, aunque éste pueda ser objeto de nueva declaración de inconstitucionalidad.”⁴⁹⁵ Lo que denotan esos dos posicionamientos es una dosis muy grande de subjetividad, puesto que tanto el “tiempo razonable” de Nunes de Almeida, como la “declaración de inconstitucionalidad de una norma que no lo era” de Paulo Otero no son conceptos de posible explicitación en términos objetivos y seguros. Siempre dependerán de la opinión de quien, en principio, no concuerde con la postura del TC. La diferencia está en que solo el Tribunal Constitucional ostenta la legitimidad constitucional para transformar su opinión en decisión.

Sin embargo, como se subrayó anteriormente, el mayor defensor de la reproducción por el legislador de preceptos idénticos a los declarados inconstitucionales

⁴⁹⁴ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 244.

⁴⁹⁵ OTERO, P. Ensaio sobre ... op. cit. pp. 144 y 145. Como hemos visto anteriormente, en Italia muy tempranamente se fijó la idea de que el legislador tiene una cierta libertad para repetir la ley declarada inconstitucional. Por ello, una ley erróneamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional puede ser fácilmente subsanada con su reproducción por el Parlamento. Esta posibilidad debe haber contribuido para que en aquel país el debate se haya centrado más en la naturaleza, el valor y la eficacia *erga omnes* de la sentencia desestimatoria, con la consensual refutación de la tesis paralegislativa de Calamandrei respecto a la justicia constitucional (CALAMANDREI, P. L'illegittimità costituzionale ... op. cit. pp. 63, 75, 84 y 94 a 96). En efecto, es imposible garantizar que el Parlamento esté motivado para abrogar una sentencia desestimatoria con eficacia vinculante *erga omnes*. De ahí que se concluyó que la posibilidad de reproponer la cuestión con el fin de obtener una sentencia estimatoria sería la mejor manera de rectificar una sentencia desestimatoria errónea. Ver: GARBAGNATI, E. Sull'efficacia delle decisioni della... op. cit. pp. 205, 210 y 211. Cfr. con RUGGERI, A. Storia di un “falso”... op. cit. pp. 41 y sig. Ver también: PIERANDREI, F. Le decisioni degli organi... op. cit. pp. 190 y 191; CAPPELLETTI, M. Pronunce di rigetto nel processo... op. cit. pp. 155 y sig.; Effetti preclusivi nel processo... op. cit. p. 510, nota 49; y Sentenze condizionali della... op. cit. p. 8. La rectificación de Calamandrei respecto a los efectos vinculantes generales de la sentencia desestimatoria está en: CALAMANDREI, P. Corte Costituzionale e autorità... op. cit. pp. 163 y 164.

por el Tribunal Constitucional es Rui Medeiros, quien además defiende que el Parlamento puede convalidar retroactivamente los actos practicados al abrigo de esos preceptos o alterar los efectos de la decisión.⁴⁹⁶ A favor de su tesis, argumenta que la prohibición pone en cuestión la Constitución abierta, pues conduce a una especie de canonización de la interpretación de la jurisprudencia constitucional, que bloquea y fosiliza el texto constitucional.⁴⁹⁷ Una afirmación tan extremada no impide que acepte la sujeción de la prohibición de la reproducción a la cláusula *rebus sic stantibus*.⁴⁹⁸ Esa actitud no deja de ser curiosa, porque en la medida en que tal cláusula garantiza que la vinculación solo existirá mientras no se modifiquen las circunstancias en que la inconstitucionalidad fue declarada, parece que el argumento de la fosilización de la Constitución pierde mucha de su fuerza. No obstante, Rui Medeiros no considera suficiente la flexibilización de la interpretación de los límites temporales y postula que haya una “ponderación constitucional entre la preocupación con la corrección de las decisiones y el objetivo de paz y seguridad social subyacente al instituto de la cosa juzgada constitucional”.⁴⁹⁹ Lo que quiere evitar es que el TC tenga el poder de “errar vinculadamente”. Aduce que “la incorrección de la decisión abriría camino para una alteración implícita de la Ley Fundamental, convirtiendo el Tribunal Constitucional en un casi legislador constitucional o en una especie de intérprete auténtico de la Constitución”. Por ello, “la aprobación por el legislador de una norma idéntica a la declarada inconstitucional puede, en verdad, ser vista como un *acto de colaboración* o como una apelación para que el TC medite mejor sobre los fundamentos en que fundó la anterior declaración de inconstitucionalidad”.⁵⁰⁰ En suma, Rui Medeiros entiende que “una Constitución viva exige que su interpretación resulte de una relación dialéctica entre el legislador y el órgano de control”.⁵⁰¹ “La admisibilidad de una prohibición de reproducción pondría en causa el equilibrio entre el Tribunal Constitucional y el legislador, [...] porque transformaría la relación bilateral constitución-ley en una relación trilateral constitución-sentencia-ley, en la que el parámetro positivo de la

⁴⁹⁶ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 819.

⁴⁹⁷ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 826.

⁴⁹⁸ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 828.

⁴⁹⁹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 829.

⁵⁰⁰ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 831.

⁵⁰¹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 833.

Constitución sería mediado por la declaración de inconstitucionalidad”.⁵⁰² Finalmente, recuerda que la Constitución (art. 279º, nº 2)⁵⁰³ autoriza la Asamblea de la República en conjugación con el Presidente de la República a obviar el pronunciamiento de inconstitucionalidad en el control previo, lo que en su opinión revelaría “el rechazo inequívoco del dogma de la infalibilidad de las decisiones del TC por el legislador constitucional”.⁵⁰⁴ Además, la no vinculación de las declaraciones de no inconstitucionalidad y la inadmisión de la fuerza obligatoria general en las decisiones en el control concreto⁵⁰⁵ confirmarían la preocupación de la Constitución portuguesa en “no impedir un constante replanteamiento de las soluciones jurisprudenciales”.⁵⁰⁶ Sin embargo, a pesar de toda la argumentación expuesta, Rui Medeiros concede que en el caso de que el legislador “persista obstinadamente en la reglamentación ya declarada inconstitucional, ignorando sin motivo justificado el sentido de la jurisprudencia constitucional, no será difícil demostrar su conducta censurable en una acción de *responsabilidad civil por el ilícito legislativo*”.⁵⁰⁷

⁵⁰² MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 832. Cfr. con Gomes Canotilho, que no admite la reproducción por el Parlamento de la ley declarada inconstitucional, y ve con naturalidad el paso de una relación bilateral (Constitución-ley) a una trilateral (Constitución-sentencia-ley), en la cual el parámetro positivo de la Constitución pasa a ser mediado por la declaración de inconstitucionalidad. En: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit., 5. ed., p. 999. Ver también: RUGGERI, A., *Le attività “consequenziali” nei rapporti tra la Corte Costituzionali e il legislatore*, Milano, 1988, p. 23.

⁵⁰³ Art. 279º, 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.”

⁵⁰⁴ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 834.

⁵⁰⁵ Se analizarán posteriormente, en este mismo epígrafe, los efectos del pronunciamiento de inconstitucionalidad en el control concreto.

⁵⁰⁶ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 835.

⁵⁰⁷ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 840. Rui Medeiros considera que el ilícito no resulta tan solo de la afronta a la decisión de inconstitucionalidad *erga omnes*, sino de la reincidencia en la inconstitucionalidad. Ver: MEDEIROS, R. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra, 1992, pp. 188 y sig. En Alemania, Albrecht Zeuner ya advertía en la década de los 50 para el peligro de la debilitación de la jurisdicción constitucional en caso de una sucesión interminable de decisiones contradictorias del TC y del legislador. En: ZEUNER, A. *Über die Geltungsdauer der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und die Möglichkeit späterer abweichender Entscheidungen* in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1955, p. 340; Stefan Koriath admite la reproducción por el Parlamento, siempre que precedida de un diligente estudio que concluya por la constitucionalidad de la norma. En: KORIOATH, S. *Die Bindungswirkung normverwender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* in *Der Staat*, 1991. Ver también: PESTALOZZA, C. – *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*, 3. ed. München: C.H. Beck, 1991, p. 333. En Italia el llamado *giudicato costituzionale* no permite la reproducción de la ley declarada

Jorge Miranda⁵⁰⁸ critica la postura de Rui Medeiros sobre la posibilidad de reproducción legislativa de un precepto declarado inconstitucional. El maestro de Lisboa acepta que la reproducción sea posible siempre y cuando sobrevenga “cualquier evento que afecte a la norma parámetro – revisión constitucional, costumbre *contra legem* o mutación tácita por interpretación evolutiva o por alteración de la realidad constitucional”. Pero añade que lo más importante en esa cuestión es “saber si el legislador, vigentes los mismos presupuestos constitucionales, está autorizado a reproducir aquello que el Tribunal Constitucional – órgano con competencia específica en la materia - haya declarado inconstitucional, como resultado de un proceso que garantiza el contradictorio por parte del órgano autor de la norma.⁵⁰⁹ Y asimismo es necesario saber si las decisiones del TC, que vinculan a todas las entidades públicas (art. 2º LTC), no se aplican al legislador.” Jorge Miranda entiende que el legislador también está vinculado a las decisiones del TC y que, no habiendo cambios de presupuestos constitucionales, tiene vetado la reproducción del precepto declarado inconstitucional. Justifica su posición a través de un análisis sistemático-comparativo: “si los proyectos y las propuestas de ley definitivamente rechazados no pueden ser renovados en la misma sesión legislativa, salvo nueva elección de la Asamblea de la República (art. 167º, nº 4 CRP), y si algo semejante se estatuye sobre las propuestas de referéndum recusadas por el Presidente de la República o que obtuvieron respuesta negativa del electorado (art. 115º, nº 10 CRP), ¿cómo entonces se puede permitir que, al día siguiente al de la decisión del Tribunal Constitucional, pudiera el Parlamento, el Gobierno o cualquiera de las asambleas legislativas regionales retomar el procedimiento tendente a la aprobación nuevamente de la ley declarada inconstitucional?” Jorge Miranda no vislumbra en esa situación el equilibrio entre TC y legislador preconizado por Rui Medeiros, sino “el camino más corto para todos los conflictos”. Considera también que no cabe la invocación que hace Rui Medeiros del art. 279º, nº 2 CRP⁵¹⁰ - que trata de los

inconstitucional. Ver, entre otros: CRISAFULLI, V. Riproduzione o “conferma” di... op. cit.; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 16. En Brasil hay consenso favorable a la reproducción: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata da... op. cit. p. 241; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado de... op. cit. p. 335. En la jurisprudencia del STF: Reclamación 2.617-AgR, Cezar Peluso, j. 23/02/2005, DJ 20/05/2005.

⁵⁰⁸ MIRANDA, J. Os tipos de decisões ... op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁵⁰⁹ Art. 54º LTC: “Admitido o pedido, o presidente notifica o órgão de que tiver emanado a norma impugnada para, querendo, se pronunciar sobre ele no prazo de 30 dias ou, tratando-se de fiscalização preventiva, de 3 dias.”

⁵¹⁰ Este artículo se refiere al control previo de constitucionalidad. Por lo tanto, la decisión del Tribunal Constitucional no es sobre una ley existente, sino sobre un proyecto de ley. Vid supra

efectos de la decisión en el control previo -, “porque la confirmación en él prevista se sitúa en una fase interlocutoria del procedimiento, en la cual se manifiesta la tensión entre los dos principios estructuradores del régimen político (democrático y Estado de Derecho), y porque la eventual promulgación - sanción presidencial - no impide el control sucesivo, con los efectos inherentes”.⁵¹¹ Este es en su opinión el verdadero equilibrio consagrado por la Constitución portuguesa, que además garantiza al Parlamento, en caso de no estar de acuerdo con la declaración de inconstitucionalidad, la opción de revisar el texto constitucional. La revisión, claro está, deberá respetar los límites materiales y circunstanciales (arts. 288º y 289º CRP), la supremacía constitucional y “la reserva de fijación de efectos de la inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional (art. 282º, nº 4)”⁵¹², que impide la convalidación de leyes inconstitucionales.

En suma, en su defensa de la no reproducción por el legislador de un precepto declarado inconstitucional por el TC, Jorge Miranda⁵¹³ argumenta básicamente que: a) cuando la inconstitucionalidad fuere material, el órgano autor del acto o de la norma no puede volver a practicarlo o producirla si el precepto constitucional parámetro no haya sufrido mutación;⁵¹⁴ b) cuando la inconstitucionalidad fuere orgánica o formal,⁵¹⁵ el órgano autor no puede volver a practicar el acto o producir la norma sin que se corrijan los vicios que los invalidan;⁵¹⁶ c) el legislador no puede convalidar, por vía legislativa, actos practicados bajo una ley inconstitucional; d) después de una revisión constitucional, el legislador puede producir una ley igual a la que antes había sido declarada inconstitucional, pero no puede conferirle eficacia retroactiva. Y todo ello porque la supremacía de la Constitución no admite que se convalide por revisión

los comentarios de Rui Medeiros sobre el tema y el contenido del art. 279º, nº 2 CRP reproducido en nota de pié de página anterior en este mismo epígrafe.

⁵¹¹ Ver MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, VI, Coimbra, 2001, pp. 238 y sig.

⁵¹² CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da ...* op. cit. 3. ed. p. 1044.

⁵¹³ MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. pp. 505 y 506; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões...* op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁵¹⁴ Para reforzar su afirmación, Jorge Miranda transcribe en nota a pié de página el art. 243º de la Constitución colombiana, que, por su claridad, merece la pena ser aquí reproducido: "Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsisten en la Constitución las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución."

⁵¹⁵ Ver *Acórdão* nº 92, de 31 de julho de 1984.

⁵¹⁶ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, II, 4 ed. Coimbra, 2000, p. 484.

constitucional ley anteriormente declarada inconstitucional. El rechazo a la reproducción es compartido por autores como Vitalino Canas, que claramente sostiene que la decisión de inconstitucionalidad “no podrá ser contestada posteriormente por nadie y tampoco podrá emanarse una nueva norma con idéntico contenido, a menos que la inconstitucionalidad o la ilegalidad sea un vicio de forma o de competencia”, especificando que “ningún órgano podrá producir una norma de contenido *exactamente igual*, invocando la *misma competencia*, siguiendo el *mismo proceso* y dándole la *misma forma*”.⁵¹⁷ Gomes Canotilho y Vital Moreira están de acuerdo con esta postura, pero alertan que nada podría impedir materialmente la reproducción de la norma, más allá de un “principio de lealtad constitucional y de buena fe democráticas”.⁵¹⁸ Gomes Canotilho⁵¹⁹, sirviendo aquí a Jorge Miranda, acentúa la imposibilidad del legislador de “neutralizar o contrariar la declaración de inconstitucionalidad (o de ilegalidad) a través de la convalidación retroactiva - por acto legislativo - de actos administrativos practicados con base en una norma declarada inconstitucional sin restricción de efectos. El legislador no puede constitucionalizar a través de ley lo que es inconstitucional por decisión del Tribunal Constitucional.⁵²⁰ De ahí la existencia de un límite negativo general vinculante al legislador: prohibición de la reproducción, a través de ley, de la norma declarada inconstitucional”.⁵²¹ Gomes Canotilho exceptúa, por supuesto, los casos de revisión del texto de la Constitución⁵²² y de mutación constitucional, entendida esta más bien como una “alteración de la realidad jurídico-social que soporta la esfera normativa de las normas constitucionales”, como reconoce Paulo Rangel.⁵²³ Tal evolución llevaría al legislador a actualizar las normas y al Tribunal Constitucional a revisar sus posiciones hermenéuticas.

Como se ha visto, la posición dominante en Portugal defiende que las decisiones del TC no son equiparables a un acto legislativo – y mucho menos a los fines

⁵¹⁷ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit., 2 ed. p. 118.

⁵¹⁸ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da...* op. cit. p. 1045.

⁵¹⁹ CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional e...* pp. 999 y 1000.

⁵²⁰ Entre otros, el *Acórdão* nº 23/83, *Diário da República*, II, de 01/02/1984 (que declara inconstitucional el Decreto-Ley nº 413/78, que convalidó retroactivamente actos administrativos ilegales).

⁵²¹ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da...* op. cit. Anotación al art. 282º.

⁵²² Por ejemplo: la eliminación de la irreversibilidad de las nacionalizaciones en la 2ª revisión de la CRP constitucionalizó las privatizaciones.

⁵²³ RANGEL, P.C. “O legislador e o Tribunal Constitucional” in *Direito e Justiça*, 2, 1997, p. 157.

del control de constitucionalidad-, pero que tienen en común con dichos actos la fuerza obligatoria general a la que someten a todas las instancias del poder público y a las personas físicas y jurídicas.⁵²⁴ Rui Medeiros, con el beneplácito de Jorge Miranda⁵²⁵, defiende que la decisión de inconstitucionalidad con fuerza *erga omnes* (art. 282º, nº 1, CRP) puede ser reconducida no solo a la cosa juzgada formal sino a un efecto de cosa juzgada material. “La decisión del TC que declara, con fuerza obligatoria general la inconstitucionalidad de una norma, no siendo más susceptible de impugnación⁵²⁶, hace cosa juzgada.”⁵²⁷ Castro Mendes explica que “la cosa juzgada formal solo impide que en el mismo proceso se altere el contenido de la decisión. Con la cosa juzgada material lo que queda indiscutible e inmutable no es la decisión como acto dependiente, sino la decisión como contenido o materia, lo decidido, la situación fáctica o jurídica tal como la sentencia la representó”.⁵²⁸ La literatura jurídica portuguesa ha aceptado en general que la cosa juzgada formal genere preclusión.⁵²⁹ Como sostiene Gomes Canotilho, “*res judicata* en sentido formal son decisiones finales, no susceptibles de recurso, preclusivas de la alegación sobre la cuestión por ellas resuelta en el mismo proceso”.⁵³⁰ Tampoco hay demasiadas controversias en relación a la cosa juzgada material. Autores como Rui Medeiros⁵³¹ y Paulo Otero⁵³² concuerdan con Gomes Canotilho, para quien “a semejanza de lo que ocurre con las otras decisiones de los tribunales, también las sentencias del Tribunal Constitucional tienen fuerza de cosa juzgada formal y

⁵²⁴ Entre otros: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit., 5. ed. pp. 998 y sig.; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da...* op. cit. Anotação ao art. 281º; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões ...* op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁵²⁵ MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. p. 506; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões...* op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁵²⁶ Cabe impugnación (Reclamación) contra las decisiones interlocutorias, como la inadmisión de un Recurso de Inconstitucionalidad o el despacho del juez-relator en una sesión del Tribunal Constitucional etc.

⁵²⁷ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 791 y sig.

⁵²⁸ MENDES, J.de C. *Manual de Processo Civil*. Lisboa, 1963, p. 459. Ver también: SOUSA, M.T. de “O objecto da sentença e o caso julgado material” in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 325. Lisboa, 1983; SOUSA, M.T. de, *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa, 1997; VARELA, A. et. al. *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1984, pp. 683 y sig.

⁵²⁹ Entre otros, CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional...* op. cit. 5. ed. p. 997; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 791; ALMEIDA, L.N. de, “A justiça constitucional no quadro das funções do Estado” in *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas (Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)*. Lisboa, 1987, p. 131.

⁵³⁰ CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...* op. cit. 5. ed. p. 997.

⁵³¹ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 793.

⁵³² OTERO, P. *Ensaio sobre...* pp. 67 y 68.

material”.⁵³³ Y ello porque, complementa Rui Medeiros, “la jurisprudencia no se circunscribe a la justicia en el caso individual, y para salvaguardar la paz y la seguridad jurídicas impuestas por el principio del Estado de Derecho, utiliza la figura de la cosa juzgada material. Esta puede, pues, sin dificultad explicar la inmutabilidad y la perennidad de la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general”.⁵³⁴

Vitalino Canas es indudablemente el contrapunto a la mayoría de los autores portugueses en lo que se refiere a la cosa juzgada, pues entiende que ese instituto no responde adecuadamente a las exigencias del derecho procesal constitucional y que el fenómeno debería explicarse desde otro punto de partida conceptual. La razón es que el proceso abstracto sucesivo de control de la constitucionalidad es objetivo, es decir, al contrario del proceso judicial, no tiene litigantes. Alega, en primer lugar, que la cosa juzgada de la sentencia judicial vincula tan solo a las partes litigantes, no vinculando a terceros aunque jurídicamente interesados⁵³⁵, y que la decisión en el control abstracto vincula no solo a los que intervinieron en el proceso, sino también a todas las demás personas - físicas o jurídicas, públicas o privadas - de la nación. En segundo lugar, aduce que en el proceso civil sólo el fallo de la decisión es vinculante y muy excepcionalmente su motivación, no admitiéndose la formación de cosa juzgada sobre la interpretación o aplicación de textos

⁵³³ CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional...* op. cit. p. 997.

⁵³⁴ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 797. Como en Portugal, también en Italia las sentencias estimatorias de la Corte producen cosa juzgada formal y material, mientras que las desestimatorias, tan solo cosa juzgada formal. Ver, entre otros: ZAGREBELSKY, G. *Processo...* op. cit. p. 627; VIGNUDELLI, A. *La Corte delle leggi...* op. cit. pp. 101 a 103. En Alemania la posibilidad de replantamiento de la inconstitucionalidad de la cuestión se centra sobre todo en la identidad efectiva entre la anterior y la nueva, y en los límites temporales de esta identidad. Ver: WISCHERMANN, N. *Rechtskraft und...* op. cit. pp. 19 a 38; SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht...* op. cit. pp. 273, 274 y nota 7; KRIELE, M. *Theorie der...* op. cit. p. 295 y sig.; MAUNZ, T. in MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...* op. cit. § 31, n. 12. LANGE, K. *Rechtskraft, Bindungswirkung und...* op. cit. Como veremos adelante, en Brasil la propia Constitución (art. 102 § 2º CFB) prevé que, en el ámbito del control abstracto, tanto las decisiones de inconstitucionalidad como las de constitucionalidad producen eficacia contra todos y efecto vinculante. La decisión “debe ser respetada por el propio Tribunal Supremo Federal y por los demás órganos integrantes del Poder Judicial, en función de la cosa juzgada (oponible *erga omnes*) que a ella adhiere.” En: CLÉVE, C.M. *A fiscalização abstrata da...* op. cit. p. 240. Ver también: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado de...* op. cit. pp. 342 y 343; ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. pp. 55 y sig; VELOSO, Z. *Controle jurisdicional de...* op. cit. p. 284.

⁵³⁵ ANDRADE, M. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra, 1979, p. 313.

legales.⁵³⁶ Y que la decisión de inconstitucionalidad emitida por el TC debería vincular, allende del fallo, necesariamente a los motivos determinantes del pronunciamiento: “la interpretación de la ley que fue utilizada por el TC, la interpretación de la norma constitucional, las consecuencias prácticas de la aplicación de cada una, la forma en que se establecen las relaciones entre ambas”.⁵³⁷ Para Vitalino Canas, la incorporación de los motivos determinantes sería fundamental para evitar la reproducción de leyes idénticas a aquella declarada inconstitucional o leyes no idénticas, pero con resultados idénticos. Por eso, concluye que “en Portugal el control abstracto sucesivo da lugar a decisiones estimatorias que, más allá de fuerza obligatoria general, fuerza de ley y carácter normativo-legislativo, poseen una fuerza vinculante *sui generis*, que se traduce, por lo menos en la no posibilidad de repetir el precepto y que protege no solo al fallo de la decisión, sino también a sus motivos determinantes, o sea, a los fundamentos en que se basó el raciocinio lógico que llevó a aquella decisión”.⁵³⁸

La verdad es que esa cuestión, de gran repercusión en un país como Alemania⁵³⁹, no ha merecido mayor atención en Portugal. Gomes Canotilho se limita a

⁵³⁶ Sobre ese asunto en el Derecho Civil portugués, ver ANDRADE, M. *Noções Elementares...* op. cit. pp. 327 y sig.; VARELA, A. et. al. *Manual de ...* op. cit. pp. 714 y sig.

⁵³⁷ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit., 2 ed. pp. 173 y sig.

⁵³⁸ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit., 2 ed. pp. 177 y 178.

⁵³⁹ La mayoría de la doctrina alemana ha aceptado que la cosa juzgada y la fuerza de ley se circunscriban al fallo de la decisión, pero diverge sobre si el efecto vinculante debe o no extenderse a los fundamentos determinantes e, incluso, a los *obiter dicta*. Para Wischermann el efecto vinculante debería limitarse al fallo, no distinguiéndose, bajo el prisma objetivo, de la cosa juzgada. Ver: WISCHERMANN, N. *Rechtskraft und...* op. cit. pp. 42 y 43. Bachof y Vogel entienden que la decisión debe extenderse a las situaciones o casos paralelos. Ver: BACHOF, O. “Die Prüfungs und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber der Verfassungswidrigen und Bundesrechtswidrigen Gesetz” in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 87, 1962, p. 25; VOGEL, K. *Rechtskraft und Gesetzeskraft...* op. cit. pp. 589 y 599. Ver también: KRIELE, M. *Theorie der...* op. cit. p. 291; PESTALOZZA, C. *Verfassungsprozessrecht – Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*, 3. ed. München: C.H. Beck, 1991, pp. 324 y 325; BRYDE, B.O. *Verfassungsentwicklung...* op. cit. p. 420; MAUNZ, T. in MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...* op. cit. § 31, n° 16. La vinculación general de la interpretación del Tribunal Constitucional plasmada en sus diferentes tipos de sentencias es casi unánime en España. Ver, entre otros: PÉREZ TREMPES, P. *Tribunal Constitucional y...* op. cit.; LÓPEZ GUERRA, L. “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional” en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Valencia: CGPJ – Universidad de Jaén – Tirant lo Blanch, 1997; RUBIO LLORENTE, F. “Sobre las relaciones entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional” en *La forma del poder - Estudios sobre la Constitución*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; JIMÉNEZ CAMPO, J. *Qué hacer con la ley inconstitucional...* op. cit.; DÍAZ REVORIO, F. J. *Las sentencias interpretativas...* op. cit.; PUNSET BLANCO, R. “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes” en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*. Madrid: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, 1997. En sentido contrario, limitando el efecto vinculante tan solo a

afirmar que la vinculación se da tan solo en relación a la *ratio decidendi*.⁵⁴⁰ Nunes de Almeida cree que “en muchas ocasiones, para tener una comprensión exacta de la extensión de la inconstitucionalidad parcial es necesario recurrir al conocimiento de los fundamentos de la sentencia que la ha declarado”.⁵⁴¹ Rui Medeiros⁵⁴², por su parte, considera que nada impide y todo recomienda, que cuando el fallo no se presente suficientemente claro, se recurra a la motivación de la decisión para captar su verdadero sentido y admite asimismo el claro valor persuasivo que puede tener la jurisprudencia constitucional.⁵⁴³ Sin embargo, no acepta que exista una vinculación jurídica de los tribunales a los motivos determinantes, como efecto autónomo. Aduce, citando a Castanheira Neves⁵⁴⁴, que tal vinculación “violaría gravemente el principio de la independencia decisoria y el principio de la jurisdicción...”⁵⁴⁵ No por otro motivo, concluye Rui Medeiros⁵⁴⁶, citando a Barbosa de Melo⁵⁴⁷, se ha establecido “el rechazo a la atribución de eficacia *erga omnes* a los pronunciamientos de inconstitucionalidad en el control concreto, para, entre otras cosas, propiciar ‘un diálogo entre los tribunales en general y el Tribunal Constitucional’, permitiendo ‘una *ósmosis jurisprudencial* entre el TC y las demás instancias del Poder Judicial [...] bastante saludable para el desempeño de la misión del primero’.” Y todo ello se perdería con la vinculación general a los motivos determinantes de los pronunciamientos. Además, entiende que las limitaciones a la actuación del Tribunal Constitucional que conlleva el principio dispositivo se quedarían en la práctica casi vacías de contenido. De manera que, si no fuera por

los fallos que contengan expresamente el carácter interpretativo del pronunciamiento: SANTOS VIJANDE, J.M. *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*. Granada: Comares, 1995. Ver también: PASTOR RIDRUEJO, L. “Aplicación de la ley y control de constitucionalidad” en *El Tribunal Constitucional*, v. III, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

⁵⁴⁰ CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional*... op. cit. p. 998.

⁵⁴¹ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 236.

⁵⁴² MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 811.

⁵⁴³ Sobre la influencia de la jurisprudencia, ver NEVES, A.C. O instituto dos... op. cit. pp. 59 y 60.

⁵⁴⁴ NEVES, A.C., O instituto dos... op. cit. pp.18 y sig., 95 y sig., 271 y sig., 276, 301, 352 y sig., y 667 y sig.

⁵⁴⁵ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 816.

⁵⁴⁶ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 817.

⁵⁴⁷ MELO, A. B. de et. al. *Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra, 1981, p. 257.

Vitalino Canas, la vinculación a los *tragenden Gründe* del TC prácticamente no tendría defensores en Portugal.⁵⁴⁸

Otra cuestión a destacar es que la decisión de inconstitucionalidad, en principio, no incide en la cosa juzgada de los procesos judiciales. No obstante, la Constitución establece que puede ser flexibilizada por el Tribunal Constitucional siempre que el precepto declarado inconstitucional respete la materia penal, disciplinar o a ilícito de mera ordenación social, y sea de contenido menos favorable al acusado (art. 282º, nº 3 CRP).⁵⁴⁹ Como explica Gomes Canotilho, “la excepción a la regla consiste en que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos también en relación a los casos juzgados, si de la revisión retroactiva de las sentencias firmes resulte un régimen más favorable a los ciudadanos condenados por ilícitos criminales, disciplinarios o de mera ordenación social”. Las hipótesis más frecuentes de ese tipo de revisión serían: a) la reviviscencia de normas que no configurasen un ilícito por la norma declarada inconstitucional; b) la aplicación de leyes sobrevenidas a la norma o normas declaradas inconstitucionales en las cuales se estableciese un régimen más favorable al acusado, como reducción de la pena, descriminalización o reducción de los plazos de prescripción del procedimiento criminal.⁵⁵⁰ La reviviscencia de normas penales tiene como límite el art. 29º, nº 4 CRP, que prevé que “nadie puede sufrir pena o medida de seguridad más graves que las previstas en el momento de la correspondiente conducta...” Tratándose, por otro lado, de inconstitucionalidad sobrevenida, es decir, por infracción de precepto constitucional surgido posteriormente,

⁵⁴⁸ Como señalado en nota supra, en Alemania esta cuestión es bastante polémica, no habiendo consenso en la doctrina, aunque el *Bundesverfassungsgericht* en ocasiones haya defendido la extensión de la vinculación a los motivos determinantes [BVerfGE 1, 14 (37); 31 (38); 5,34 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (86); 24, 289(294); 33, 199 (203); 40, 88 (93)]. En Italia el efecto vinculante se restringe al fallo de la decisión. Ver, entre otros: PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op. cit. pp. 375, 376, 389 y 390; SAITTA, A. Logica e retorica nella motivazione... op. cit. p. 235; PIERANDREI, F. Corte Costituzionale... op. cit. p. 984; ZAGREBELSKY, G. Processo... op. cit. p. 653. Asimismo en Brasil. Ver, entre otros: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 341. Sobre los límites objetivos del efecto vinculante, ver, en la misma obra, pp. 338 a 342. Gilmar Mendes *apud* CLÉVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 267, nota 295; CLÉVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 267.

⁵⁴⁹ La analogía puede extender el beneficio constitucional a otras situaciones. Ver: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 588 y sig.; MIRANDA, J. Manual de ..., VI, pp. 260 y sig.; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Constituição da ... op. cit. p. 1041.

⁵⁵⁰ CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional... op. cit. pp. 1003 y 1004.

es necesario tener en cuenta que, por determinación expresa del art. 282º, nº 2 CRP⁵⁵¹, la declaración solo produce efectos a partir de la entrada en vigor de la modificación constitucional, hecho que ha reducido en gran medida la posibilidad de controversias en relación a este tema.

La **reviviscencia**⁵⁵² de las leyes o reglamentos que el precepto declarado inconstitucional pueda haber derogado, es decir, su vuelta automática al ordenamiento, es considerada una consecuencia natural de la declaración de inconstitucionalidad en Portugal.⁵⁵³ “Se trata de un efecto de producción automática, es decir, que no debe ser decidido expresamente por el Tribunal ni tampoco debe ser éste el que declare qué disposiciones reviven como consecuencia de su decisión.”⁵⁵⁴ El objetivo es evitar lagunas legales, pero como no siempre hay legislación anterior aplicable y cuando la hay puede ocurrir que también esta sea inconstitucional – en cuyo caso la *reviviscencia* recaerá sobre la que esta haya derogado y así sucesivamente -, el Tribunal Constitucional a veces se ve obligado a colmar la laguna con el uso de los principios generales de derecho, la interpretación conforme a la Constitución y otros mecanismos. Sin embargo, las lagunas legales subsisten “en los supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida, en los que no es posible la *reviviscencia*; en los casos en que el Tribunal Constitucional limita los efectos para excluir la *reviviscencia*⁵⁵⁵; en los casos en los que subsidiariamente se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones rehabilitadas y el TC así lo declaró⁵⁵⁶; o incluso en los casos en que, por ausencia de dispositivos anteriores o por causas del sistema, no es posible proceder a la

⁵⁵¹ Art. 282º, nº 2 CRP – “*Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.*”

⁵⁵² En portugués, “*represtinação*”. Ver “*Acórdão nº 490/1989 de 13 de Julho*”; MIRANDA, J. Manual de ... II, op. cit. pp. 293 y 294; PINHEIRO, A. S. “*Represtinação*” in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, 1996, pp. 234 y sig.; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 651 y sig; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Fundamentos da... op. cit. pp. 275 y 276; ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 247.

⁵⁵³ Como veremos adelante, por idénticos motivos la *reviviscencia* ha sido aceptada también en Brasil.

⁵⁵⁴ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 247.

⁵⁵⁵ Una situación muy usual en materia penal. Ver *Acórdão* del TC nº 56/1984. Sobre las limitaciones a la *reviviscencia* impuestas por el TC, ver: LANCEIRO, R.T. “*O efeito represtinatório da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e a sua limitação pelo Tribunal Constitucional*” in MORAIS, P.B. de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

⁵⁵⁶ *Acórdão* del TC nº 103/1987.

reviviscencia”.⁵⁵⁷ De cualquier modo, es razonable que no exista reviviscencia cuando esta pueda traer más problemas al ordenamiento, que la no existencia de cualquier norma.⁵⁵⁸

Una cuestión todavía no resuelta es la de saber si el TC puede apreciar de forma inmediata la constitucionalidad de la norma revivida, sin existir previamente un pedido expreso en este sentido. Para Gomes Canotilho, “no está vedada al Tribunal Constitucional la posibilidad de conocer de esta inconstitucionalidad para fundar en ella la recusa de la reviviscencia (*Acórdão* del TC nº 56/84).⁵⁵⁹ Más dudoso – por violar el principio del pedido – es la posibilidad del TC *conocer* y *declarar* la inconstitucionalidad de normas revividas (*Acórdão* del TC nº 452/95).”⁵⁶⁰ Este problema lógicamente no se plantea en el **control concreto**, porque el tribunal no puede aplicar normas inconstitucionales y tampoco dejar de decidir la causa.⁵⁶¹ Aunque la Constitución (art. 282º, nº 1) solo prevé la reviviscencia en la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, la misma solución es adoptada por los jueces en el control concreto, con el apoyo del Tribunal y de la generalidad de la doctrina.⁵⁶² Gracias a la posibilidad de reviviscencia los jueces tienen la facultad de aplicar en la causa *sub judice* la ley que había sido derogada por aquella declarada inconstitucional.

En este sentido, Jorge Miranda enseña que "el control concreto presupone tres poderes: el de determinar la norma aplicable al caso, el de apreciar su conformidad con la Constitución y, como consecuencia, el de no aplicarla cuando

⁵⁵⁷ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 253.

⁵⁵⁸ Ver MIRANDA, J. Manual de ... VI, op. cit. pp. 254 y sig.; CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 78 y 96; ALMEIDA, L.N. de, A justiça constitucional... op. cit. 137; SOUSA, M.R. de, O valor jurídico... op. cit. pp. 257 y sig.; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 651 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional... op. cit. p. 1004.

⁵⁵⁹ En el *Acórdão* del TC nº 56/84 el TC restringió los efectos de la reviviscencia porque se trataba de materia penal y se buscaba evitar la aplicación de disposiciones revividas que resultaban más desfavorables.

⁵⁶⁰ CANOTILHO, J.J.G., Direito Constitucional... op. cit. p. 1005.

⁵⁶¹ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Fundamentos da... op. cit. p. 276.

⁵⁶² *Acórdãos* del TC nº 490/89 y 103/87. Ver: MIRANDA, J. Manual de ... II, op. cit. p. 447; CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 70 y sig.; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Fundamentos da... op. cit. p. 276; Constituição da... pp. 796, 997 y 1028.

disconforme con la misma".⁵⁶³ Como los jueces no pueden dejar de juzgar, algunas características importantes de ese control provienen del propio hecho de ser realizado por el Poder Judicial. Así que “éste es copartícipe de un poder positivo: el de aplicar la norma anterior cuando se esté frente a una inconstitucionalidad originaria; y, a falta de norma aplicable - sea por no haber norma anterior que pueda volver a estar vigente, sea porque la inconstitucionalidad es sobrevenida -, el poder de colmar la laguna a través de los principios generales de derecho.”⁵⁶⁴ El problema es que la posibilidad de reviviscencia en el control concreto tropieza también con el hecho de que no siempre hay una legislación anterior aplicable. Además, cuando sí la hay, debe considerarse que la decisión de inconstitucionalidad en la primera instancia es dictada tan solo por un juez (singular), que podrá verse obligado a verificar también la constitucionalidad de la ley anterior - que había sido derogada por aquella que él mismo declaró inconstitucional - o sencillamente aplicarla sin mayores cuidados. Es casi de sentido común concluir que semejante situación potencia la posibilidad de error y por ende vulnera la seguridad jurídica. De hecho, es perfectamente posible que el juez - tras declarar la inconstitucionalidad de la ley derogadora - aplique la ley revivida en la resolución de la causa concreta que examina y, posteriormente, el Tribunal Constitucional declare inconstitucional la ley revivida o que el TC declare la no inconstitucionalidad de la ley derogadora, confirmando por lo tanto la derogación definitiva de la ley revivida. Por ello, el intento de aplicación de la ley revivida conlleva la posibilidad de generar más problemas que la propia existencia de la laguna, porque ésta casi siempre puede colmarse por el juez de la causa en base a los principios generales de derecho, en la interpretación conforme a la Constitución y en otros mecanismos hermenéuticos.

En cualquier caso, la labor del Tribunal Constitucional debe estar “limitada a la investigación sobre la constitucionalidad de la norma, definiendo para el juez *a quo*, expresa o implícitamente, cuales son las consecuencias de un juicio positivo sobre la cuestión, siendo competencia del juez *a quo* todo lo demás, es decir, el último grado de concreción, que es determinar si aquellas consecuencias repercuten o no sobre el resultado final del litigio”.⁵⁶⁵ Tal limitación viene delineada por el art. 280º n° 6 CRP,

⁵⁶³ MIRANDA, J. Manual de... op. cit. p. 483; MIRANDA, J. Os tipos de decisões ... op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁵⁶⁴ MIRANDA, J. Manual de... op. cit. p. 483; MIRANDA, J. Os tipos de decisões ... op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁵⁶⁵ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 59.

que dispone que “los recursos al Tribunal Constitucional están restringidos a la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad, conforme los casos”. El propio recurso define la actuación del TC, que no está autorizado a ir más allá de lo solicitado. Por ello su decisión contendrá dos mandatos distintos dirigidos al tribunal *a quo*: “uno ordenando la desaplicación del precepto, si fuere aplicable; otro, ordenando la aplicación del precepto, o preceptos, por él derogados, siempre y cuando existan”.⁵⁶⁶ La decisión de aplicación de precepto juzgado no inconstitucional no conlleva, en principio, ningún problema, pero las consecuencias de los recursos que quepan contra esta decisión pueden llegar a ser importantes.⁵⁶⁷

Los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional en el control concreto no están previstos expresamente en la Constitución, como ocurre en el control abstracto. Por ello deben deducirse del régimen de recursos establecido para el control concreto en la Constitución (art. 280º) y en la Ley del Tribunal Constitucional – LTC (arts. 70º y sig.). Si el TC estima total o parcialmente el recurso, el tribunal que elevó la cuestión de inconstitucionalidad deberá reformar la decisión tomada en el proceso concreto o mandar reformarla de conformidad con los parámetros establecidos en la decisión del Tribunal Constitucional. La decisión del recurso produce cosa juzgada formal⁵⁶⁸, es decir, se refleja únicamente en el proceso relativo a la cuestión de inconstitucionalidad suscitada (art. 80º, nº 1 LTC). Su eficacia, por tanto, es tan solo *inter partes*. Se trata de una singularidad portuguesa porque, como es sabido, en los países que poseen un Tribunal Constitucional *ad hoc* y un proceso de control incidental de constitucionalidad concentrado en este Tribunal, la decisión de inconstitucionalidad usualmente trae conexas una decisión de control abstracto, o sea, con eficacia *erga*

⁵⁶⁶ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 59 y 60.

⁵⁶⁷ MIRANDA, J. Os tipos de decisões ... op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007). Ver el epígrafe siguiente, que trata de las sentencias simples de no inconstitucionalidad.

⁵⁶⁸ Sobre cosa juzgada formal y material, consultar: VARELA, A., BEZERRA, J. M., NORA, S. *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1984, pp. 683 y sig.; SOUSA, T.M. de, *O objecto da sentença e o caso julgado material*, Lisboa, 1983; ANDRADE, M. *Noções Elementares ...* op. cit, pp. 310 y sig. En el derecho comparado, ver, entre muchos otros, en España: MONTERO AROCA, G. “La cosa juzgada: conceptos generales” en *Cuadernos de derecho judicial*. Madrid: CGPJ, 1996, pp. 79 y sig. En Alemania: SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht...* op. cit. pp. 272 y 273; GOLDSCHMIDT, J. *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1929, p. 152. En Italia: CARNELUTTI, F. “Efficacia, autorità e inmutabilidad della sentenza” en *Rivista di diritto processuale*, 1935, pp. 63 y sig.

omnes.⁵⁶⁹ Como los jueces tienen total libertad para aplicar la ley de acuerdo con su libre convencimiento y como el sistema portugués tampoco admite la regla del *stare decisis*, la posibilidad de decisiones contradictorias es muy elevada. Por ello, la Constitución prevé que si determinado precepto ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en tres casos concretos anteriores, los jueces del TC y el representante del MP en el Tribunal tienen legitimidad activa para iniciar un proceso con el objetivo de generalizar los efectos del juicio de inconstitucionalidad, es decir, para que este pase a tener fuerza obligatoria general.⁵⁷⁰ Este proceso, además de no ser automático ni obligatorio, depende de la apreciación del pedido de generalización por el TC, que no lo hará en caso de que no vislumbre en él un interés jurídico relevante (contenido práctico apreciable). Sin embargo, una vez se haya decidido por su inconstitucionalidad, es su deber la declaración con fuerza obligatoria general.⁵⁷¹ En suma, al fin y al cabo el

⁵⁶⁹ No se puede olvidar que, al contrario de sistemas como el alemán, el italiano o el español, el control concreto portugués no es meramente incidental. Los tribunales judiciales no se limitan a apreciar, admitir y remitir la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, teniendo competencia para decidir sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto en cuestión. De ahí que se dice que “en el actual sistema jurídico portugués, todos los tribunales, sin excepción, son *órganos de la justicia constitucional*”. En: CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...* op. cit. p. 907. Ver también: MIRANDA, J. *Manual de...*, VI, pp. 105 y sig.; ALMEIDA, L.N. de, *A justiça constitucional...* op. cit. p. 111. En Italia, ver: PEGORARO, L. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino, 1998, p. 39; RUFFINO, A. *Tendenze evolutive del sindacato incidentale...* op. cit.; LUCIANI, M. *Le decisioni processuali e...* op. cit. En Alemania: BABEL, G. *Probleme der abstrakten Normenkontrolle*. Berlin, 1965, pp. 53 y sig.; TRIEPEL, H. *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*. Bad Homburg vor der Höhe, 1965 (reimpresión), pp. 66 y 67; SCHUMANN, E. *Verfassungs und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidung*. Berlin, 1963, p. 73. En España, vid por todos: RUBIO LLORENTE, F. *La jurisdicción constitucional en España...* op. cit. pp. 390 a 392. Como veremos más adelante, en Brasil el STF funciona siempre como última instancia de los recursos en el control difuso, y las decisiones en este ámbito tienen únicamente efectos *inter partes*. Ver: AMARAL JUNIOR, J.L.M. do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002, p. 90; STRECK, L.L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 457; MORAES, A. de. *Jurisdição Constitucional e...* op. cit. p. 252.

⁵⁷⁰ Art. 281.º, n.º 3, CRP; art. 80.º, n.ºs 1, 2, 3 y 4, y 82.º LTC. En los fundamentos del Acórdão del TC 313/2008 se puede leer: “*Não se suscitam dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 281.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e 82.º da LTC, tendo o Tribunal Constitucional julgado inconstitucional a norma em causa nos três acórdãos identificados pelo requerente – Acórdãos n.ºs 522/2006, 195/2007 e 233/2007 –, juízo esse que, aliás, veio a ser reiterado nos Acórdãos n.ºs 298/2007, 484/2007 e 575/2007 e nas Decisões Sumárias n.ºs 577/2006 e 43/2008, encontrando-se o texto integral de uns e outras disponível em www.tribunalconstitucional.pt.”*

⁵⁷¹ MIRANDA, J. *Manual de...*, II, op. cit., p. 383. Ver también Acórdãos del TC n.ºs 313/2008, 195/97, 1149/96, 869/96, 457/94, 64/88, 204/86 y 119/86.

control concreto también es capaz de generar, aunque indirectamente, una decisión con efectos *erga omnes*.⁵⁷²

Finalmente, la sentencia simple de inconstitucionalidad puede ser considerada la decisión por excelencia del **control previo** de constitucionalidad, aunque su consecuencia no sea la anulación del precepto impugnado. Sin embargo, como se trata de una decisión emitida antes de la conclusión del proceso legislativo - la ley todavía no existe -, su consecuencia no es la anulación del precepto.⁵⁷³ El pronunciamiento del Tribunal Constitucional implica tan solo el veto del Presidente de la República o del Representante de la República, por inconstitucionalidad, y la consecuente devolución del proyecto de ley al órgano que lo había aprobado (Asamblea de la República o Legislativa y Gobierno), que tiene la facultad de eliminar los preceptos impugnados, reformularlos, confirmar la redacción original o desistir del proyecto de ley.

2.2 Sentencia simple de no inconstitucionalidad.

La Constitución no contiene un precepto específico que trate de los efectos de la sentencia de desestimación de la pretensión de inconstitucionalidad, pero el Tribunal Constitucional ha mantenido una práctica que suple esa carencia. Si desestima una demanda en el **control abstracto**, el TC no declara directamente la constitucionalidad del precepto impugnado, sino que declara su no inconstitucionalidad.⁵⁷⁴ Aunque en términos estrictamente lógicos dos negaciones

⁵⁷² Ver CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit., 5. ed. pp. 1012 y 1013.

⁵⁷³ En este caso la pronuncia de inconstitucionalidad no hace cosa juzgada material, como comenta Alessandro Pizzorusso en: PIZZORUSSO, A. *Gli effetti delle decisioni...* op. cit. pp. 920 y 921.

⁵⁷⁴ Ver *Acórdãos* del TC nºs 346/2008, 581 y 159/2007.

equivalgan a una afirmación, esa ha sido la forma ingeniosa encontrada por el TC portugués para evitar la declaración pura y simple de constitucionalidad⁵⁷⁵. De esta manera evita que, por analogía, la validez del precepto impugnado pueda tener efectos idénticos a los de una declaración de inconstitucionalidad y de paso preserva su libertad para apreciar de nuevo la constitucionalidad del mismo precepto en el futuro, pudiendo, eventualmente, cambiar de posición e invalidar una de sus normas o el mismo precepto en su totalidad en el caso de mutación constitucional u otro motivo. No se trata, por lo tanto, de una cuestión menor. Desde luego, como subraya Gomes Canotilho, “mientras la declaración de inconstitucionalidad determina la nulidad *ipso jure*, eliminando la posibilidad de recursos por la vía incidental, la no declaración carece de cualquier efecto semejante, siendo admisible la proposición de una nueva acción directa por otras entidades constitucionalmente legitimadas, y de la interposición de recursos por la vía incidental. [...] Si una decisión de no declaración de inconstitucionalidad tuviera fuerza de cosa juzgada, significaría la consagración en Portugal de la regla del *stare decisis* o de la *vinculación a los precedentes judiciales*, que es extraña al derecho portugués y solo admisible a través de los procesos constitucionalmente reconocidos (art. 281º, nº 2 CRP)”⁵⁷⁶.

Jorge Miranda entiende asimismo que la declaración de no inconstitucionalidad puede producir, en todo caso, cosa juzgada formal en relación al respectivo proceso de control y que “al Tribunal Constitucional solo le compete declarar - y solo le puede ser pedido que declare - la inconstitucionalidad, y no la constitucionalidad o la no inconstitucionalidad.” Tal restricción proviene del objetivo de garantía a que se destina el control. “Solo esta concepción impide que tales sentencias adquieran una especie de fuerza constitucional, toda vez que no pueden más ser reformadas; solo ella asegura plena libertad de enjuiciamiento al TC y a los demás tribunales; tan solo ella impide el fraude a la Constitución que sería permitir que cualquier órgano o entidad con poder de iniciativa solicitase la apreciación de cierto precepto para, después de obtener una decisión de no inconstitucionalidad, impedir que en otro momento, en cualquier tribunal o en el propio Tribunal Constitucional, con o sin

⁵⁷⁵ En Portugal y en la mayoría de los países con sistema de justicia constitucional no se contempla la declaración de constitucionalidad. Las excepciones más notables son Alemania y Brasil.

⁵⁷⁶ CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...* p. 1010. Ver también: COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição...* op. cit. p. 62; ALMEIDA, L.N. de, *A justiça constitucional...* op. cit. p. 134; MIRANDA, J. *Manual de...*, VI, p. 71; CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 88.

la misma composición, este precepto volviera a ser cuestionado.”⁵⁷⁷ No hay demasiadas discrepancias entre los autores portugueses en relación a esta doctrina, que es también seguida por el TC, que la estableció hace ya mucho tiempo: “las únicas decisiones capaces de impedir la posibilidad de nueva apreciación judicial de la constitucionalidad de una norma son las que, siendo proferidas en el control abstracto sucesivo, declaren su inconstitucionalidad”.⁵⁷⁸

Sin embargo, Rui Medeiros utiliza esa unanimidad en relación a las declaraciones de no inconstitucionalidad para defender una de sus tesis más caras: la insostenibilidad de la prohibición de la reproducción por el legislador del precepto legal declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el derecho portugués.⁵⁷⁹ Una prohibición considerada por él “incompatible con el rechazo a la atribución de fuerza obligatoria general a las declaraciones de constitucionalidad” (*sic*). Argumenta que si “tal prohibición existiera, también se podría decir que una errónea declaración de inconstitucionalidad vendría a adquirir fuerza constitucional, por no poder ser reformada. [...] La distinción entre los efectos atribuidos a las decisiones de estimación (fuerza obligatoria general con prohibición de reproducción) y las decisiones de rechazo (total ineficacia) revelaría ‘una grave desarmonía o contradicción interna en el sistema de justicia constitucional’. Y ello porque la decisión del TC ora se presentaría como una especie de parecer, cuando rechazase el pedido de declaración de inconstitucionalidad, ora constituiría una verdadera y propia *superley* (de valor constitucional) en los casos en que estimase la cuestión”.⁵⁸⁰ En conclusión, entiende que “la inexistencia de una

⁵⁷⁷ MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. pp. 508 y 509. Ver del mismo autor: MIRANDA, J. Os tipos de decisões ... op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007); MIRANDA, J. Manual de ... op. cit., II, p. 483; MIRANDA, J. *Ciência Política e Direito Constitucional*, I. Lisboa, 1972-1973, p. 511; Cf. *Acórdão* nº 15/88 del Tribunal Constitucional, de 14 de Enero, in *Diário da República*, 1ª serie, nº 88, de 3 de Febrero de 1988, p. 375.

⁵⁷⁸ *Acórdão* del TC nº 66/1984.

⁵⁷⁹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 834 y sig.

⁵⁸⁰ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 838 y 839. Buena parte de la argumentación de Ruy Medeiros en esta materia está basada en la doctrina de Antonio RUGGERI, que la analiza ampliamente en: *Storia di un “falso” – L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale*. Milano, 1990, *passim* y “La certeza del diritto allo specchio” in ANZON, A.; CARAVITA, B.; LUCIANI, M.; VOLPI, M. (org.). *La Corte Costituzionale e gli altri poteri dello Stato*. Torino, 1993. Sin embargo, muchos otros autores italianos analizaron esta materia, como por ejemplo: CRISAFULLI, V. Le funzioni della Corte... op. cit.; ESPOSITO, C. Il controllo giurisdizionale sulla... op. cit.; GIONFRIDA, G. Giudizio di legittimità costituzionale... op. cit. pp. 107 y sig.; LIEBMAN, E.T. Contenuto ed efficacia delle... op. cit. pp. 412 y sig.; SANDULLI, A. M. Il giudizio sulle leggi... op. cit. pp. 54 y sig. En Portugal, ver también: TELES, M.G. “A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis” in *O Direito*, 1971, p. 210.

prohibición de reproducción de los preceptos declarados inconstitucionales con fuerza obligatoria general o de convalidación de los actos en ellas fundados apunta (...) en un sentido claro: la fuerza obligatoria general de la declaración de inconstitucionalidad afecta únicamente a la concreta aplicación de la ley (inconstitucional) o, lo que es lo mismo, al contrario de lo que es *communis opinio* entre nosotros, no vale en relación al legislador”.⁵⁸¹ Aun cuando los argumentos expuestos por Ruy Medeiros no sean demasiado consistentes – puesto que la falta de armonía apuntada no parece representar una condición suficiente para convertir a la sentencia estimatoria en una *superley*, y tampoco a la desestimatoria en un simple parecer -, hay que reconocer que no existen razones objetivas para que la reproducción de la ley inconstitucional por el Parlamento no sea posible en Portugal. Y ello porque no hay en el ordenamiento ninguna prohibición que la avale y porque sin prohibición no se puede obviar el principio de la separación de poderes.

Al contrario de las decisiones de no inconstitucionalidad en el ámbito del control abstracto, que no producen ningún efecto, las del **control concreto** - desestimación del recurso - implican dos efectos: "a) la prohibición del juez *a quo* de inaplicar la norma con fundamento en la inconstitucionalidad o ilegalidad ya negada en el curso del proceso por el TC; b) la cosa juzgada."⁵⁸² La decisión recurrida se vuelve, por lo tanto, definitiva en el aspecto específico discutido en la cuestión de inconstitucionalidad. De ahí que la decisión negativa de inconstitucionalidad es vinculante en relación al tribunal recurrido, que deberá aplicar el precepto impugnado en el proceso concreto en tramitación. La decisión negativa de inconstitucionalidad vincula también a los demás tribunales participantes en el mismo proceso, pero, como en el control abstracto, no equivale a una declaración de constitucionalidad. Significa tan solo que el precepto no es inconstitucional para aquel caso concreto específico,

⁵⁸¹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 849. Para Jorge Miranda, lo que denota este tipo de argumentación es la ya antigua, pero siempre presente discusión doctrinal entre los que defienden la primacía de la Constitución - y por ende del Tribunal Constitucional - y los que abogan por la primacía del legislador. “Si se opta por la primera – acorde con la tendencia dominante tras 1920 o 1945 – se comprende bien que se atribuya fuerza obligatoria general tan solo a la declaración de inconstitucionalidad dejándose siempre en abierto a los ciudadanos, y a los jueces en general, la posibilidad de replantear la cuestión”. En: MIRANDA, J. Os tipos de decisões ... op.cit. nota 66 (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁵⁸² CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 18 en nota. Ver también: MIRANDA, J. Manual de ... op. cit. p. 483; MIRANDA, J. Os tipos de decisões ... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007); MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. pp. 502 y sig. y 508 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e..., op. cit. 5. ed. pp. 956 y sig.

razón por la cual podrá ser declarado inconstitucional bajo otros puntos de vista. Así que en el futuro, de la misma manera que en el control abstracto, considerando otros argumentos o habiendo un cambio en el contexto normativo constitucional, el TC podrá juzgar el mismo precepto inconstitucional, aunque el punto de vista abordado sea exactamente el mismo utilizado anteriormente para considerarlo no inconstitucional.⁵⁸³

Respecto al **control previo** de constitucionalidad, el pronunciamiento de no inconstitucionalidad del TC trae como consecuencia la promulgación, sanción y publicación del proyecto de ley, que así se transforma en un acto normativo plenamente eficaz.⁵⁸⁴

2.3 Sentencias intermedias o atípicas.

A semejanza de otros Tribunales Constitucionales, el TC portugués ha sido obligado a superar la dicotomía de las sentencias simples, a través de las cuales tan solo podía declarar el precepto inconstitucional o no inconstitucional. La experiencia ha enseñado que la declaración de nulidad, en particular, puede traer dificultades en la relación con los demás poderes y problemas importantes a los afectados por la ley. “Esto ha conducido a la doctrina y a la jurisprudencia a construcciones más complejas y matizadas respecto a las sanciones aplicables a actos normativos disconformes con la Constitución.”⁵⁸⁵ La gradual ductilidad de la actuación del Tribunal se manifiesta con la utilización de otros tipos sentencias, que en Portugal son llamadas intermedias o atípicas

⁵⁸³ Ver CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. 5. ed. pp. 990 y 991.

⁵⁸⁴ Por ejemplo, el fallo del *Acórdão* del TC 442/2007 tiene la siguiente redacción: “*Pelo exposto, ao abrigo do artigo 278.º da Constituição da República, o Tribunal Constitucional decide: a) Não se pronunciar pela inconstitucionalidade da parte final da norma do n.º 10 do artigo 89.º- A da Lei Geral Tributária, na redacção dada pelo artigo 2.º do Decreto n.º 139/X da Assembleia da República.*”

⁵⁸⁵ CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...* pp. 946 y 947.

en contraposición a las sentencias que sencillamente declaran o juzgan un precepto inconstitucional o no inconstitucional (típicas).

Las decisiones intermedias o atípicas son, según Jorge Miranda, esencialmente tres: las decisiones interpretativas o de fijación de una interpretación - vinculante o no para los restantes tribunales -, que surgen de la interpretación conforme a la Constitución y que buscan evitar el juicio de inconstitucionalidad; las decisiones limitativas de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad o de la propia inconstitucionalidad; y las decisiones aditivas o modificativas, en las cuales el TC agrega un contenido normativo a la ley para hacer posible su subsistencia a la luz de la Constitución.⁵⁸⁶ Para este autor, la sentencia reductora o de inconstitucionalidad parcial ni siquiera formaría una categoría autónoma. De hecho, la decisión reductora no es interpretativa en sentido estricto, porque en ella el juez no elige alternativamente una de las normas emergentes de la disposición, y tampoco limitativa, porque no limita - o no modula - los efectos de la inconstitucionalidad declarada. Lo que hace es declarar inconstitucional una parte del precepto o de la norma, es decir, del objeto del juicio. Sin embargo, esa amputación trae evidentes consecuencias en relación al sentido original del texto, es decir, en términos normativos. Y es exactamente este cambio de sentido lo que ha llevado a la mayor parte de los autores italianos a incluir la decisión reductora entre las manipulativas.⁵⁸⁷ Vitalino Canas⁵⁸⁸ está de acuerdo con ellos, pero la generalidad de los autores portugueses no incluye la sentencia reductora entre las decisiones manipulativas, que, por cierto, prefieren llamar modificativas o, genéricamente, aditivas.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 503; MIRANDA, J., Manual de, op. cit. p. 483; MIRANDA, J., Os tipos de decisões ... op.cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007). Sobre este asunto, ver también: MIRANDA, J. (org.) *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986; ALMEIDA, L.N. de. O Tribunal Constitucional e o conteúdo... op. cit. pp. 951 y sig.; CANAS, V., Introdução às decisões... op. cit. pp. 180 y sig.; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 289 y sig., 413 y sig. y 533 y sig.; OTERO, P. Ensaio sobre... pp. 110 y sig.; VÁRIOS AUTORES, *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*. Lisboa: VII Conferência dos Tribunais Constitucionais, 1987; CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional... pp. 1005 y sig.

⁵⁸⁷ Ver, entre otros: ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale... op. cit. pp. 297 y sig.; LAVAGNA, C. Sulle sentenze 'aditive' op. cit. p. 146; DUNI, G. L'oggetto dei giudizi di costituzionalità... op. cit. pp. 343 y sig.; SANDULLI, A. M. Il giudizio sulle leggi... op. cit. pp. 60 y 61. Ver Sentencia del TC 45/1957.

⁵⁸⁸ CANAS, V., Introdução às decisões... op. cit. p. 185.

⁵⁸⁹ CANAS, V., Introdução às decisões... op. cit. p. 185; MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 503; ALMEIDA, L.N. de. O Tribunal Constitucional e o conteúdo... op. cit. pp. 955 y 956;

Buscando respetar al máximo la tipología y nomenclatura usualmente utilizada en Portugal, se ha optado por incluir entre las decisiones intermedias o atípicas a la sentencia interpretativa (en sentido estricto), la reductora (inconstitucionalidad parcial) y las modificativas (aditiva y sustitutiva). No obstante, aquellas que modulan sus propios efectos, conocidas por limitativas, serán tratadas en un epígrafe específico (2.4), porque se refieren más a los efectos temporales de las sentencias que propiamente al contenido del precepto objeto de impugnación por su supuesta inconstitucionalidad.

2.3.1 Sentencia interpretativa en sentido estricto.

Como se ha visto, la sentencia interpretativa en sentido estricto es el resultado de la interpretación conforme a la Constitución y se caracteriza por el hecho de que el Tribunal Constitucional elige de entre las posibles normas implícitas en un precepto, aquella o aquellas que a su juicio sean constitucionales. De forma que si el texto es interpretado de acuerdo con el sentido dado por el TC, será considerado constitucional y permanecerá intacto. Confirmando esa premisa, el Tribunal Constitucional portugués ha mantenido que la interpretación conforme a la Constitución “presupone que el precepto en cuestión sea portador, desde su inicio, de diversos significados, y que uno de ellos, a diferencia del resto, sea compatible con la Constitución”. En tal situación, “en vez de eliminar pura y simplemente la disposición por inconstitucionalidad” se debe optar por el significado compatible y decidir por un juicio de no inconstitucionalidad.⁵⁹⁰ Nunes de Almeida recuerda que este procedimiento se utiliza también por respeto a la libertad de configuración del legislador, que asimismo

COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 59 y sig.; CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...*, 5. ed. op. cit. pp. 1007, 1008 y sig.; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 457.

⁵⁹⁰ *Acórdão* del TC nº 13/1995.

lleva al TC a “adoptar una posición de *self-restraint*, principalmente en lo que se refiere a la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, protección de la confianza y proporcionalidad”.⁵⁹¹

Portugal no escapa a la regla de otros sistemas jurídico-constitucionales en los cuales existe una polémica doctrinal, tanto sobre la utilización de estas sentencias, como sobre la amplitud de sus efectos. La defensa de la discrecionalidad del legislador más de una vez se hace presente en la obra de Rui Medeiros, quien defiende que antes de proceder a la interpretación conforme a la Constitución es necesario proceder a una interpretación teleológica de la ley en cuanto tal. Y ello para evitar que la interpretación *stricto sensu* conforme a la Constitución, a pesar de ser compatible con la letra del precepto, contraríe la intención claramente reconocible del legislador o el sentido inequívoco de la ley o, en una versión más restrictiva, la intención que está subyacente a la tendencia general de la ley o en las opciones fundamentales en ella consagradas.⁵⁹² En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que la interpretación conforme no puede subvertir “los propósitos expresamente consignados en la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen al precepto impugnado, a las intervenciones de los diputados que lo subscribieron y a las palabras del Ministro de la Justicia, que lo defendió”⁵⁹³. Sin embargo, determinar la intención del legislador, sobre todo en leyes con más tiempo de vigencia, no suele ser una tarea fácil. Además, si se toma en consideración que el control difuso de constitucionalidad permite a todos los tribunales ordinarios la aplicación de la interpretación conforme, puede verse que se trata de una tarea destinada a realizarse con profusión.

La sentencia interpretativa normalmente es desestimatoria, aunque, como se verá, también puede ser utilizada para llegar a una decisión de estimación. Sus efectos en el **sistema abstracto** son idénticos a los de las declaraciones de no inconstitucionalidad y de inconstitucionalidad simple.⁵⁹⁴ Además, la interpretación del Tribunal Constitucional no es contrastada de forma inmediata por un tribunal judicial en

⁵⁹¹ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 227.

⁵⁹² Ver: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 310 y sig.

⁵⁹³ Acórdão del TC nº 254/1992.

⁵⁹⁴ El alcance de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad podrán ser restringidos siempre y cuando la seguridad jurídica, razones de equidad o interés público de excepcional relevancia, debidamente fundamentado, lo exigieren (art. 282º, nº 4 CRP). Ver adelante epígrafe 2.4 Modulación de los efectos temporales de la sentencia.

un caso concreto, lo que disminuye la posibilidad de enfrentamientos. Esto no sucede en el **control concreto**, razón por la cual centraremos a la sentencia interpretativa en este tipo de procesos. El art. 280º, nº 1 de la constitución portuguesa prevé la posibilidad de recurrir ante el TC las decisiones de los tribunales que recusen la aplicación de cualquier precepto con fundamento en su inconstitucionalidad o que apliquen un precepto cuya inconstitucionalidad haya sido suscitada durante el proceso. Por ello, las decisiones interpretativas del TC pueden tener tres contenidos posibles: “a) interpretación concordante con la que el tribunal *a quo* haya sostenido de modo a que aplique la norma impugnada; b) interpretación discordante de la que el tribunal *a quo* haya adoptado pero, igualmente, sin conducir al rechazo de la aplicación de la norma impugnada; c) interpretación en contraste con la del tribunal *a quo*, que había concluido por la inconstitucionalidad”.⁵⁹⁵ En los tres casos el TC interpreta la norma conforme a la Constitución. Sin embargo, en el primero concuerda con la interpretación constitucional del tribunal *a quo* y en el segundo y en el tercero, discrepa de ella. En suma, en la interpretación conforme el TC opta – cuando ello sea posible - por una interpretación no inconstitucional del precepto impugnado, pero puede disentir tanto de la interpretación constitucional, como de la inconstitucional preferida por el tribunal *a quo*.

Gomes Canotilho⁵⁹⁶, por su parte, apoya la posibilidad de una decisión *interpretativa de estimación*, a pesar de que el objetivo de la interpretación conforme a la Constitución sea en principio la preservación de la ley. Ello ocurriría cuando una norma considerada no inconstitucional por el tribunal recurrido (decisión negativa) fuera juzgada inconstitucional por el TC, por no estar de acuerdo con la interpretación de la norma en el sentido de la constitucionalidad hecha por el tribunal *a quo* o por entender que los sentidos posibles y razonables de la norma conducen a su inconstitucionalidad. Será asimismo interpretativa estimatoria si el TC está de acuerdo con el pronunciamiento interpretativo de inconstitucionalidad del tribunal *a quo*.⁵⁹⁷ El TC portugués ha emitido, de hecho, decisiones interpretativas de inconstitucionalidad. Es el caso del *Acórdão* del TC nº 385/1998 que declaró la inconstitucionalidad de la

⁵⁹⁵ MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 510; MIRANDA, J. Os tipos de decisões ... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁵⁹⁶ CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... , 5. ed. op.cit. pp. 991y 992. Ver *Acórdãos* del TC nºs 329/1999 y 517/1999.

⁵⁹⁷ La “sentencia interpretativa de estimación” no es la “sentencia reductora cualitativa”. La diferencia está explicada en el epígrafe siguiente: 2.3.2 Sentencia reductora o de inconstitucionalidad parcial.

norma del art. 69º, nº 2 del Decreto-Ley nº 519-F2/79⁵⁹⁸, “*en cuanto interpretada como determinando que de las decisiones de los registradores y notarios se recurre ante el tribunal de la comarca*”. O del muy reciente *Acórdão* del TC nº 183/2008, que se pronuncia por la inconstitucionalidad de la norma extraída de las disposiciones conjugadas del art. 119º, nº 1, *a*, del Código Penal y del art. 336º, nº 1, del Código de Proceso Penal *interpretada* en el sentido de que la prescripción del procedimiento criminal se suspende con la declaración de contumacia.

Las críticas comienzan cuando el Tribunal Constitucional va más allá de la verificación de constitucionalidad de la interpretación dada por el tribunal *a quo*. Algo perfectamente posible, ya que el control de la constitucionalidad incidental incide necesariamente sobre una ley previamente interpretada por el tribunal recurrido.⁵⁹⁹ Gran parte de la doctrina portuguesa no está de acuerdo con la libertad de interpretación constitucional de la ley por el TC. Ya en la década de los noventa Mário de Brito defendía que “si el tribunal recurrido juzga inconstitucional la norma bajo determinada interpretación, al Tribunal Constitucional cumple tan solo verificar la inconstitucionalidad de tal norma en esa interpretación, no le siendo permitido imponer al tribunal recurrido otra interpretación que considere no inconstitucional”.⁶⁰⁰ Como veremos a continuación, ese modo restrictivo de ver la jurisdicción constitucional, reservando a los jueces ordinarios la primacía de la interpretación de leyes, inclusive cuando esté directamente involucrada la Constitución, ha tenido en Rui Medeiros⁶⁰¹ y Gomes Canotilho⁶⁰² dos defensores y en Jorge Miranda⁶⁰³ un crítico.⁶⁰⁴

⁵⁹⁸ Art. 69 del Decreto-Ley nº 519-F2/79:

“2. Si la decisión del registrador () admite recurso al tribunal de la comarca, la facultad de reclamación, sólo puede ser ejercida antes de interpuesto el recurso a que haya lugar, en los términos de las disposiciones legales aplicables.”

⁵⁹⁹ Ver MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 369 y sig.

⁶⁰⁰ BRITO, M. de, “Sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional” in *Revista do Ministério Público*, nº 62. Lisboa, abril-junho, 1995, p. 57.

⁶⁰¹ En una de las obras de Rui Medeiros hay un epígrafe en el que trasparece su posición: “3. La incompetencia del Tribunal Constitucional para controlar la corrección de la interpretación de la ley adoptada por el tribunal *a quo* o para imponer al tribunal recurrido, en los términos del nº 3 del art. 80 de la LOTC, una determinada interpretación conforme a la Constitución.” En: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 359 y sig.

⁶⁰² Para Gomes Canotilho, el juez de la causa “no está obligado a aplicar la ley con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en el proceso en causa”. En: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e....*, 5. ed. op.cit. pp. 1294 y sig.

⁶⁰³ Tras afirmar que “si el Tribunal Constitucional juzga inconstitucional una norma, el tribunal recurrido deberá reformar su decisión en conformidad (art. 80º, nº 2, Ley nº 28/1982)”, Jorge

Si existe un desacuerdo doctrinal en esta materia, también parece haberlo con el Tribunal Constitucional, pues su jurisprudencia tampoco proporciona una orientación segura. Hay decisiones que avalan la tesis de que al TC le cabe únicamente apreciar la conformidad constitucional de la ley y otras que le dan amplia libertad para elegir e imponer la interpretación que juzgue más conveniente, sin tener en consideración la elección anterior del tribunal *a quo*. En una decisión que parece alinearse con las tesis más restrictivas (*Acórdão* nº 465/2001), el TC dejó claro que “no le corresponde a la jurisdicción constitucional intervenir en controversias doctrinarias o jurisprudenciales, más allá de lo que impone la apreciación de la conformidad constitucional de las normas que le incumbe apreciar.” Y concluyó que la justeza de la interpretación dada por el tribunal *a quo* a la norma revocatoria de determinado artículo del Régimen del Arrendamiento Urbano (Decreto-Ley nº 321-B/90, de 15 de octubre) no estaba en discusión. “En aquel momento solo era relevante la cuestión de conformidad constitucional de la norma revocatoria tal como fue entendida y aplicada por la decisión recorrida”. Siguiendo la misma línea de argumentación, otra decisión (*Acórdão* nº 362/2001) entendió que el Tribunal no puede “intervenir o resolver contiendas jurisprudenciales en materias que escapan a su función específica de control de constitucionalidad. [...] La cuestión de inconstitucionalidad a resolver no consiste en hacer la adecuada subsunción de los hechos a la norma, o, por otra vía, en fijar la mejor interpretación para la norma – es decir, la interpretación preferible, independientemente del análisis de la conformidad constitucional”. Así que “en el Tribunal Constitucional puede estar en causa tan solo la constitucionalidad de la interpretación del artículo...”.

Miranda indaga: “¿Por qué motivo, si él la juzga no inconstitucional, no tendrá el tribunal recurrido que observar la interpretación - sea cual sea - que el TC le haya atribuido?” En: MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007) pp. 10 y 11. Ver también: MIRANDA, J. Teoria do Estado... op.cit. pp. 509 y sig.; MIRANDA, J. Manual de Direito... op. cit. VI, pp. 75 y 76;

⁶⁰⁴ Como vimos en el capítulo dedicado a Italia, la “guerra interpretativa” entre tribunales judiciales y la *Corte Costituzionale* tuvo por consecuencia el desarrollo de la doctrina del *diritto vivente*, que aboga por el respeto del TC a la interpretación constitucional de la ley, ya consolidada en los tribunales ordinarios. Esta doctrina tuvo notable importancia hasta fines de la década de los ochenta, jugando un papel fundamental en la definición del sistema de efectos y de la tipología de las sentencias de la jurisdicción constitucional italiana. Ver, entre otros: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 186; ZAGREBELSKY, G. La dottrina del diritto vivente... op. cit.; ZAGREBELSKY, G., Processo... op. cit. pp. 646 a 648; PUGIOTTO, A. Sindacato di costituzionalità... op. cit.; LUCIANI, M. Le decisioni processuali e... op. cit. pp. 153 y sig.; ANZON, A. Il giudice a quo e la... op.cit. pp. 1082; CRISAFULLI, V. Questioni in tema di... op. cit. pp. 929 y sig.; CARNELUTTI, F. Poteri della Corte costituzionale... op. cit. pp. 349 y sig.

Sin embargo, hay decisiones que afirman que el TC, funcionando como última instancia del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, no puede ver cercenados sus poderes cognitivos por una decisión anterior todavía no definitiva, emitida en el proceso donde se ha originado el recurso. Y ello porque tal situación equivaldría a negarle al TC su condición de garante de la Constitución en el control concreto, que precisamente se traduce en decidir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos cuya aplicación o rechazo de aplicación se produce en cualquier otro tribunal. Para decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad, necesariamente se impone al Tribunal Constitucional proceder a la interpretación del precepto cuya inconstitucionalidad se pretende imputar o rechazar. Este es el caso del *Acórdão* 2/84, que afirma, en síntesis, que los poderes cognitivos del TC tienen que asumir la amplitud máxima.⁶⁰⁵ Fiel a esta línea de pensamiento, al examinar una cuestión de inconstitucionalidad sobre una decisión dictada por un tribunal ordinario, que había considerado inconstitucional el art. 119º del Código de las Asociaciones Mutualistas, por supuesta violación del art. 168º CRP, el TC entendió que el precepto legal cuestionado era susceptible de ser interpretado conforme a la Constitución y ordenó que fuera aplicado en el proceso con esa interpretación (*Acórdão* n° 407/1998). En otro proceso estaba en causa el art. 145º, n°5 del Código de Proceso Civil (CPC), que permite la práctica de un acto después del término del respectivo plazo, siempre que se realice en los tres días subsiguientes y mediante el pago de multa. Este precepto fue declarado inconstitucional por el tribunal *a quo*, por no obligar al Ministerio Fiscal al pago de la multa. El TC, no obstante, consideró al MP dispensado de la multa y por tanto no inconstitucional el precepto impugnado, interpretado en el sentido de que la dispensa depende de “una manifestación de voluntad requiriendo la práctica del acto en los tres días posteriores al término del plazo” (*Acórdão* n° 355/2001).

Las decisiones pueden ser – y efectivamente son - discordantes. Sin embargo, aunque el sentido común indique que “cuanto mayor es el efecto vinculante atribuido a la interpretación conforme a la Constitución realizada por el Tribunal Constitucional, más intensa será la disminución de la función tradicional de

⁶⁰⁵ Es probablemente la decisión más antigua de ese tipo: *Acórdão* n° 2/84, de 11 de Janeiro (Diário da República, II série, 26 de abril de 1984).

interpretación de la ley que cabe a los tribunales ordinarios”⁶⁰⁶, es importante recordar que cuando el TC portugués recurre a la interpretación conforme a la Constitución, no lo hace a su libre albedrío, sino con base en la Ley nº 28/82, art. 80º, nº 3 (LTC), que dispone textualmente: “en el caso del juicio de constitucionalidad o de legalidad del precepto - que la decisión recurrida haya aplicado o rehusado aplicar – fundándose en su interpretación, el precepto deberá ser aplicado con tal interpretación en el proceso en causa”. O sea, la ley indica con claridad que cabe al TC la última palabra en materia de interpretación y que, por consiguiente, está autorizado a utilizar, en cualquier caso, la interpretación conforme a la Constitución. Obviando esta realidad, algunos autores no dudan en señalar la inconstitucionalidad de la Ley del Tribunal Constitucional en este punto⁶⁰⁷, por atentar supuestamente contra la independencia del tribunal de la causa y subvertir el sistema de reparto de competencias entre el TC y los demás tribunales, violando, entre otros, el art. 203º CRP, que garantiza la independencia entre los poderes. Rui Medeiros llega a afirmar que este precepto legal “abre la puerta para que el Tribunal Constitucional se transforme en ‘señor’, no apenas de la Constitución, sino también de las leyes ordinarias que con ella son confrontadas, aumentando sustancialmente el grado de concentración del sistema”. Por lo que, faltaría “una habilitación constitucional para introducir una transformación tan grande en el sistema portugués de control de constitucionalidad”. La propia posibilidad prevista en la ley ordinaria para ampliar la competencia del TC, recogida en el nº 3 del art. 223º CRP, a su entender “no vale cuando está en causa la función principal de este Tribunal, expresamente autonomizada por la Constitución, es decir, la apreciación de la inconstitucionalidad y ilegalidad de normas jurídicas (art. 223º, nº 1 y arts. 277º y sigs.), y seguramente no tolera soluciones

⁶⁰⁶ SIMON, H. “Die verfassungskonforme Gesetzeauslegung” in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1974, p. 90 *apud* MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 363. Ver también: DIEDERICHSEN, U. “Das Bundesverfassungsgericht als oberes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre” in *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1988, pp. 171 y sig.; LARENZ, K.; CANARIS, K.W. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin-Heidelberg, 1995, p. 161.

⁶⁰⁷ BRITO, M. de, "Ainda sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional" in *Estudos em homenagem à Prof. Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume II. Coimbra: Almedina, novembro 2002, p. 737; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 359 a 387. La superioridad interpretativa del TC consagrada en la LTC merece las dudas de Gomes Canotilho bajo el punto de vista de su constitucionalidad. En: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e....*, 5. ed. op.cit. p. 1295.

que subviertan el sistema de reparto de competencias entre el TC y los demás tribunales”. Por lo que, el art. 80º, nº 3 LTC sería incompatible con la Constitución.⁶⁰⁸

Rui Medeiros⁶⁰⁹ llega a esta conclusión a partir de tres constataciones. En primer lugar porque el citado artículo impide al tribunal recurrido adoptar otra interpretación de la ley igualmente compatible con la Constitución. Y ello a pesar de no poderse excluir en principio que otras interpretaciones de la ley apunten igualmente a resultados conformes a Constitución. En segundo término, porque impide que el tribunal recurrido rehúse la aplicación de la ley por considerar que contiene únicamente el sentido juzgado inconstitucional por el TC. El propio TC ya ha reconocido que la desaplicación de una ley que no se fundamente en un juicio de inconstitucionalidad no es sindicable ante el TC: “esta materia escapa a los poderes de cognición de este tribunal, que están delimitados por su función específica de control de constitucionalidad. Tan sólo por vía de un recurso judicial, si ello es posible, se podría atacar la decisión del tribunal recurrido” (*Acórdão* nº 261/1995). Por último, el TC no puede controlar el modo en que los tribunales integran una laguna. Si un tribunal, a pesar de la analogía de las situaciones, rehúsa solucionar el supuesto caso de omisión según la norma aplicable a los casos análogos, el TC puede considerar inconstitucional la norma discriminatoria así aplicada por el juez. Pero, aun cuando se limite a declarar la inconstitucionalidad de la interpretación literal, no puede, seguramente, imponer al tribunal recurrido el recurso a la analogía.

Los argumentos de Gomes Canotilho también se encuadran dentro de esta postura crítica y comienzan por cuestionar el propio uso de la interpretación conforme a la Constitución, que “para continuar siendo interpretación no puede ir más allá de los sentidos posibles, resultantes del texto y del fin de la ley. [...] La alteración del contenido de la ley a través de la interpretación puede llevar a una *usurpación* de funciones, transformando los jueces en legisladores activos.”⁶¹⁰ Específicamente en

⁶⁰⁸ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 386 y 387.

⁶⁰⁹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 382 a 385.

⁶¹⁰ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op.cit. p. 1293. Ver también: COSTA, J.M.C. da, *A justiça constitucional...* op. cit. p. 58; MIRANDA, J. *Manual de...* II, op. cit. pp. 265 y sig.; NEVES, A.C. *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*. Coimbra, 1993, pp. 195 y sig.; MEDEIROS, R. *A decisão de...* op. cit. pp. 509 y sig. En Alemania: EHMKE, H. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...* op. cit. p. 53, HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts...* op. cit. p. 31; BETTERMAN, K.A. *Die Verfassungskonforme Auslegung...* op. cit. pp. 33 y sig. En Brasil: MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 287; BARROSO, L.R.

relación con la superioridad interpretativa del TC prevista en el art. 80º, nº 3 LTC, el maestro de Coimbra manifiesta dudas sobre su constitucionalidad. No encuentra soporte en la Constitución para la afirmación del Tribunal Constitucional, que concede a sí mismo la prerrogativa de “proferir sentencias interpretativas, determinando a otros tribunales, en los recursos que se elevan ante él, que cierta norma sea interpretada – y aplicada – en el enjuiciamiento del caso con el sentido que él define como conforme a la Constitución” (*Acórdão* nº 163/1995). Su temor es que el TC pase “de un tribunal con funciones específicas, competente para juzgar recursos ‘restringidos a la cuestión de la inconstitucionalidad’, a una *superinstancia*, decisivamente influyente en la solución de las cuestiones sometidas a la apreciación de los tribunales civiles o administrativos”.⁶¹¹ Y añade que “el principio de la interpretación conforme a la Constitución tal vez fuera mejor entendido jurídico-funcionalmente si tuviera ese sentido: al juez de la causa le está vedada la aplicación de la ley con el sentido juzgado inconstitucional, pero no está obligado a aplicar la ley con la interpretación dada por el TC en el proceso en causa. Le bastaría que demostrara que el sentido elegido por él se encuentra en conformidad con la Constitución.”⁶¹²

Al fin de cuentas, lo que los autores más críticos parecen defender, cuando abogan por reconocer menos poder al TC y por valorar más las opciones interpretativas de los jueces ordinarios, es algo semejante a la doctrina del *diritto vivente*, de larga utilización en Italia hasta fines de la década de los ochenta, que impone a la Corte Constitucional acatar la interpretación de la ley dada por el juez *a quo*, siempre que exista jurisprudencia consolidada en los tribunales y la interpretación sea

Interpretação e... op. cit. p. 189; AMARAL JÚNIOR, J.L.M. do. Da necessária distinção... op. cit. p. 1.

⁶¹¹ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op.cit. p. 1295. Ver en la literatura germana: BENDA, E.; KLEIN, E. *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*. Heidelberg: Müller, 1991, p. 345; HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts...* op. cit. p. 3.

⁶¹² CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op.cit. pp. 1295 y 1296. Específicamente sobre este punto, ver: VOSSKÜHLE, A. “Theorie und Praxis der Verfassungskonformen Auslegung von Gesetzes durch Fachgerichte” in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 129, 2000, p. 177. Como comentado anteriormente, el respeto a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios está en la base de la doctrina del *diritto vivente*. Ver: ANZON, A. Il giudice a quo e la... op.cit. pp. 1082; CRISAFULLI, V. Questioni in tema di... op. cit. pp. 929 y sig.; CARNELUTTI, F. Poteri della Corte costituzionale... op. cit. pp. 349 y sig.; ELIA, L. La Giustizia Costituzionale... op. cit.; GARDINO-CARLI, A. Giudici e Corte costituzionale... op. cit.; GROPPI, T. ¿Hacia una justicia constitucional... op. cit.; LUCIANI, M. Le decisione processuale e... op. cit. pp. 153 y sig.; MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 184 y sig.; MODUGNO, F.; CARNEVALE, P. Sentenza additive, 'soluzione... op. cit.; PUGIOTTO, A. Sindacato di costituzionalità... op. cit.; ZAGREBELSKY, G. La dottrina del diritto vivente... op. cit.;

constitucional. Sin embargo, los autores portugueses en general van más allá, porque buscan dar preferencia al juez ordinario, inclusive cuando este adopta una decisión aislada, es decir, sin jurisprudencia que la avale.⁶¹³ Un elemento subrayado por Gomes Canotilho y Vital Moreira resume prácticamente toda la cuestión de la libertad interpretativa del Tribunal Constitucional: la necesidad de determinar en los recursos de inconstitucionalidad si la norma en cuestión es “norma en abstracto o la norma con el sentido concreto que el tribunal ordinario le ha atribuido”.⁶¹⁴ Y ello porque en el primero caso el TC tiene amplia posibilidad interpretativa, pero en el segundo, está condicionado por la interpretación del tribunal de origen de la cuestión de inconstitucionalidad, no pudiéndole vedar otras posibilidades hermenéuticas, que este considere más correctas y que también sean constitucionales. Es decir, el TC tiene total libertad interpretativa cuando el control sea abstracto; sin embargo, en el control concreto su libertad es total tan solo para declarar la inconstitucionalidad, pero es relativa cuando el precepto cuestionado sea considerado no inconstitucional. Vitalino Canas opina de forma semejante, pues no acepta que en control abstracto el TC se someta a un estricto principio dispositivo. Sin embargo, teniendo en cuenta el contexto en que el control concreto se produce, encuentra que “es razonable la aceptación del imperio de un riguroso principio dispositivo”.⁶¹⁵

Jorge Miranda es uno de los pocos contrapuntos a esta posición doctrinal mayoritaria favorable a las tesis restrictivas. Admitiendo que el art. 80º, nº 3 de la LTC no es una consecuencia necesaria de la función específica del TC, el maestro de Lisboa hace una serie de preguntas extremadamente pertinentes y que merecen ser reproducidas en su integridad. “¿Será una consecuencia imposible? ¿El objeto del proceso de control concreto deberá ser entendido restrictivamente? ¿Al suscitarse una cuestión de inconstitucionalidad, se está confinando la norma impugnada a una única interpretación? ¿La interpretación en el proceso concreto no podrá abarcar todos los sentidos implícitos en la norma (o en la disposición) en causa? ¿Le está vedado al TC

⁶¹³ Gomes Canotilho defiende la autocontención del Tribunal Constitucional en presencia de *diritto vivente*, en términos semejantes a los practicados en Italia. En: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e....*, 5. ed. op.cit. p. 1296.

⁶¹⁴ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da...* op. cit. pp. 270 y 271; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da República...* op. cit. art. 280º, nota XXVI. Ver también, MIRANDA, J. *Manual de Direito...* op. cit. II, p. 206.

⁶¹⁵ CANAS, V. “O Ministério Público e a defesa da Constituição” in *Revista do Ministério Público*, 1984, p. 85.

buscar otro sentido más allá del elegido por el tribunal *a quo*? Negándose su competencia para decisiones interpretativas como estas, ¿no se tendrá de negarle también competencia para decisiones interpretativas inversas - aquellas en que juzga inconstitucional una norma con sentido diferente de aquél que le haya dado el tribunal *a quo* (sea en interpretación conforme, sea juzgando la norma inconstitucional)?”⁶¹⁶

No parece que quepa duda de que sí es posible defender las tesis menos restrictivas de Jorge Miranda. De hecho, el art. 80º, nº 3 de la LTC no es una consecuencia imposible de la función específica del TC, que es el tribunal idóneo para elegir la interpretación constitucional más adecuada, inclusive en el control concreto. Esta prerrogativa del TC no debería estar limitada por un entendimiento restrictivo del objeto del control concreto. No es coherente con las funciones del Tribunal Constitucional obligarlo a un confinamiento interpretativo, cuando sea posible una interpretación conforme a la Constitución y el tribunal *a quo* haya elegido una interpretación inconstitucional para el caso específico. La búsqueda de otros sentidos del precepto en cuestión, utilizando a este fin todas las posibilidades hermenéuticas disponibles, no está vedada al TC. Finalmente, no parece haber lógica jurídica capaz de justificar la aceptación de la declaración de inconstitucionalidad (simple o interpretativa) del TC - cuando el tribunal *a quo* haya optado por una interpretación a su juicio conforme a la Constitución - y el rechazo a la situación inversa.

Además, el art. 80º, nº 2 de la LTC prevé expresamente que si el Tribunal Constitucional juzga una norma inconstitucional, el tribunal recurrido deberá modificar su decisión de conformidad con el pronunciamiento. Y si la juzga no inconstitucional, “¿por qué motivo el tribunal recurrido no deberá observar la interpretación - sea cual sea - que el TC le haya atribuido? Si el TC no puede fijar de manera imperativa un determinado sentido a la ley - aunque solo sea en aquél caso en concreto - ¿no se estará dejando al tribunal *a quo* la posibilidad de establecer, con posterioridad a la decisión del TC, cualquier otra interpretación (inclusive una que el Alto Tribunal haya, de forma explícita o implícita, considerado inadmisibles) y, así, propiciar un nuevo recurso? ¿Y la probable multiplicación de recursos no producirá inconvenientes para la economía procesal y conflictos entre tribunales? Finalmente, en función de esta práctica del

⁶¹⁶ MIRANDA, J. Manual de Direito... op. cit. VI, pp. 75 y 76; MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

Tribunal Constitucional ¿no se podrá hablar de la formación de una costumbre constitucional meramente ratificadora de las decisiones interpretativas?”⁶¹⁷ En todos estos interrogantes de índole procesal y práctico suscitados por Jorge Miranda en el ámbito del control concreto, parece subyacer la idea de que lo más razonable sería otorgar efectos vinculantes a las decisiones positivas o negativas de constitucionalidad del TC. La alternativa, aunque defendible en términos puramente jurídicos, no contiene argumentos capaces de superar los graves inconvenientes prácticos inherentes a su posible aplicación. De entre ellos, la multiplicación de recursos ante el TC en el ámbito del mismo proceso, que volvería aun más lenta la resolución de las demandas. El propio Rui Medeiros reconoce este último inconveniente, pero considera que la legislación procesal portuguesa tiene mecanismos para atenuarlo. Cita como ejemplo la no admisión, por manifiesta falta de fundamento del recurso interpuesto contra decisión de un tribunal que aplique una norma cuya inconstitucionalidad haya sido suscitada durante el proceso.⁶¹⁸ La conclusión a que se llega es que ese debate es un tanto estéril, porque desde un principio ya se sabe que la decisión del TC prevalecerá en el proceso. Partiendo de esta realidad, lo más razonable sería que la economía procesal fuera el principio orientador de este tipo de discusión.

La sentencia interpretativa también es posible en el ámbito del **control previo** de constitucionalidad. Vitalino Canas explica que una sentencia interpretativa de estimación producirá los efectos típicos de una sentencia simple de estimación. El Presidente de la República veta y devuelve el proyecto a la Asamblea Legislativa. Esta podrá eliminar el precepto que tuvo una o varias de sus normas afectadas por el pronunciamiento de inconstitucionalidad (la Asamblea no puede eliminar una interpretación), reformularlo para que no pueda ser interpretado de aquella manera o confirmarlo a pesar del pronunciamiento del TC. La sentencia interpretativa de desestimación también sigue la senda de la decisión simple de no inconstitucionalidad. Al Presidente de la República le resta tan solo promulgar, sancionar y mandar publicar la ley. Además, como el control previo es abstracto, los destinatarios del precepto no están obligados a acatar y aplicar la interpretación considerada constitucional por el

⁶¹⁷ MIRANDA, J. Manual de Direito... op. cit.VI, pp. 75 y 76; MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁶¹⁸ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade ... op. cit. pp. 369 y 370. En la nota 419 Rui Medeiros apunta otros mecanismos.

TC.⁶¹⁹ En todo caso, es necesario aclarar que el Tribunal Constitucional, cuando ha podido elegir entre una sentencia interpretativa de desestimación y una sentencia de inconstitucionalidad parcial, ha preferido esta última opción.⁶²⁰ De hecho, Rui Medeiros defiende la existencia en Portugal de una “preferencia constitucional por la sentencia reductora”.⁶²¹ Sin embargo, como se ha visto con anterioridad, en fechas recientes el Tribunal Constitucional también ha optado por la sentencia interpretativa de inconstitucionalidad, de la que es asimismo ejemplo el *Acórdão* 375/2008.

2.3.2 Sentencia reductora o de inconstitucionalidad parcial.

También en Portugal la sentencia de inconstitucionalidad parcial o reductora⁶²² es aquella en la que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de parte de un precepto – disposición o norma -, alterando su sentido originario. Y de la misma manera, cuando la inconstitucionalidad incide en el texto de la disposición - eliminando frases o palabras aisladas - da origen a la **decisión reductora cuantitativa**, que el Tribunal prefiere denominar sentencia de inconstitucionalidad parcial horizontal. Cuando incide tan solo en alguna norma

⁶¹⁹ Ver: CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. p. 47.

⁶²⁰ ALMEIDA, L.N. de, *Portugal...* op. cit. p. 235.

⁶²¹ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 439 y sig.

⁶²² Entre otros: ALMEIDA, L.N. de. *O Tribunal Constitucional e o conteúdo...* op. cit. p. 955; ALMEIDA, L.N. de, *Portugal...* op. cit. pp. 235 y 236; ALMEIDA, L.N. de, *A justiça constitucional ...* op. cit. p. 126; CORREIA, F.A., *Relatório Geral da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha in Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*, 71-72, Lisboa, 1998, p. 91; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 433 y sig.; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição constitucional ...* op. cit. pp. 59 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op. cit. pp. 1008 a 1010.

derivada de la disposición, origina la **decisión reductora cualitativa**, que el TC denomina sentencia de inconstitucionalidad parcial vertical o ideal.⁶²³

Un buen ejemplo de sentencia que incide parcialmente sobre la disposición e invalida parte de su texto - **reducción cuantitativa** - es el *Acórdão* 29/1984 en el cual el TC declaró la inconstitucionalidad del art. 168º del contencioso aduanero *en la parte en que atribuye* a la “autoridad instructora” competencia para “proceder al enjuiciamiento y liquidación”, por violar el art. 32º CRP, que se refiere a las garantías del proceso criminal. También el reciente *Acórdão* del TC 313/2008 declaró la inconstitucionalidad - por violación del principio de igualdad - de la parte final del art. 41º, nº 2, del Estatuto de las Pensiones de Sobrevivencia, *en la parte en que determina* que la pensión devenga a partir del día 1 del mes siguiente a aquel en que tal pensión haya sido requerida.⁶²⁴ Por otro lado, la **sentencia reductora cualitativa**, llamada por los alemanes declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, es definida por Vitalino Canas como “aquella en que se declara la inconstitucionalidad de la norma (en su conjunto), en cuanto su previsión abarque una cierta situación”.⁶²⁵ Por ejemplo, el *Acórdão* 12/1984 declaró inconstitucional una norma del art. 4º, nº 1-c del DL 701-B/76, que declaraba inelegibles para los órganos de los municipios “los funcionarios de los órganos representativos de los pueblos o de los municipios”. El TC entendió que esta disposición solo podría ser conforme a la Constitución si no abarcase a los funcionarios sin posibilidad de influenciar a las votaciones, por la baja proyección social de los cargos que ejercían. Así que declaró la norma inconstitucional *en la parte en que* se aplicaba a los electricistas, peones etc.⁶²⁶ El texto permaneció intacto, pero la norma redujo su ámbito de aplicación. Cuando el Tribunal hace uso de una sentencia reductora cualitativa “el juicio de inconstitucionalidad incide sobre normas en cuanto realidades jurídicas y no sobre

⁶²³ Cardoso da Costa, Gomes Canotilho y Nunes de Almeida hacen asimismo mención a una inconstitucionalidad parcial *ratione temporis* (limitada a un determinado lapso de tiempo) de algunas disposiciones y cita como ejemplo el *Acórdão* 148/1994 (*Caso das Propinas*). En: COSTA, J.M.C. da, *A justiça constitucional...* op. cit. p. 62; CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op. cit. p. 1009; ALMEIDA, L.N. de, *A justiça constitucional...* op. cit. pp. 126 y 127.

⁶²⁴ Otros ejemplos de sentencia reductora cuantitativa son los *Acórdãos* 962/1996, 173/1992 y 123/1984.

⁶²⁵ CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. p. 90. Ver también: LOPES, P.M. “Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa” in MORAIS, P.B. de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

⁶²⁶ Otros ejemplos de sentencia reductora cualitativa son los *Acórdãos* 58/1987 y 143/1985.

preceptos en cuanto enunciados lingüísticos concretos”.⁶²⁷ Por eso, Rui Medeiros ve como razonable “la posibilidad de controlar normas que no consten de disposiciones o que solo indirectamente resulten de disposiciones”.⁶²⁸

“Las inconstitucionalidades parciales, en principio, solo invalidan la parte del acto directamente afectada (*vitiatur sed non vitiat*), pero pueden viciarlo todo, si la parte directamente afectada mostrarse esencial en la economía del acto (*vitiatur et vitiat*).”⁶²⁹ Así que, en principio, las normas legales aisladas no invalidan las demás normas de la misma ley (principio de la conservación de los actos legislativos).⁶³⁰ El art. 277º, nº 1 CRP prevé que “son inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios en ella contenidos”, garantizando de esa manera que la inconstitucionalidad incide sobre normas (y no sobre el acto legislativo en su conjunto). Y ello porque el objetivo del control no es invalidar las leyes, sino tan solo los preceptos contrarios a la Constitución. Rui Medeiros añade otros principios: “de acuerdo con el principio de la conformidad funcional, la ley no debe ser declarada inválida *in toto* en los casos en que la garantía de la Constitución no exija que se vaya tan lejos. El respeto por el legislador, implícito en el principio de la separación de los poderes, y la seguridad jurídica no consienten, asimismo, decisiones de inconstitucionalidad excesivas. Eso significa [...] que la decisión de inconstitucionalidad debe limitarse a lo estrictamente necesario para la defensa de la Constitución [...]”.⁶³¹ Sin embargo, la inconstitucionalidad parcial podrá volverse total si las demás normas dejaren de tener significado autónomo (criterio de la dependencia) o el precepto inconstitucional formara parte de una reglamentación global a la cual presta sentido y justificación (criterio de la interdependencia).⁶³²

Al contrario de Italia, la diferencia entre sentencia interpretativa y declaración de inconstitucionalidad parcial en su aspecto normativo no ha sido motivo de grandes polémicas. De manera general se está de acuerdo en que la sentencia

⁶²⁷ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Fundamentos da... op. cit. p. 269.

⁶²⁸ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 436.

⁶²⁹ TELES, M.G., *Direito Constitucional – sumários desenvolvidos*, Lisboa, 1970, p. 89.

⁶³⁰ Ver *Acórdão* de la CC nº 415 de 18/08/1981.

⁶³¹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 440.

⁶³² Ver CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op. cit. pp. 1008 y 1009; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 421 y sig.

reductora cualitativa no debe ser confundida con la interpretativa en sentido estricto, porque mientras en esta - resultado de la interpretación conforme - el TC elige una o más normas constitucionales entre las alternativas posibles, en aquella, declara inconstitucional parte del contenido normativo del precepto.⁶³³ En ambas el texto se mantiene íntegro, aunque la decisión reductora sea siempre de inconstitucionalidad y la interpretativa pueda ser de no inconstitucionalidad (más en consonancia con el espíritu de la interpretación conforme) o de inconstitucionalidad. Sin embargo, la semejanza entre los dos tipos de pronunciamientos es evidente, hecho ya constatado por la doctrina alemana, que fue la primera en preocuparse por esta cuestión. El problema se encuentra, apunta Bryde, en confundir la interpretación conforme a la Constitución con un tipo de decisión específico, cuando en realidad se trata de una regla normal de la hermenéutica jurídica. “Utilizada correctamente, la interpretación conforme a la Constitución no es más que interpretación de la ley (*Gesetzesauslegung*), porque cualquier intérprete está obligado a interpretar la ley según las decisiones fundamentales de la Constitución.”⁶³⁴ Por ello, Hesse apunta que la interpretación conforme está inserta en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico (*Einheit der Rechtsordnung*), que considera la Constitución como contexto superior (*vorrangiger Kontext*) de las leyes y demás reglamentos.⁶³⁵ Desde esa perspectiva, ella configuraría “una subdivisión de la llamada interpretación sistemática.”⁶³⁶ Aunque la interpretación conforme a la Constitución sea de hecho una regla de hermenéutica, es innegable que da origen a un tipo de decisión con características bien definidas, que es la sentencia interpretativa (en sentido estricto).⁶³⁷ Además, la interpretación conforme puede asimismo utilizarse para dar origen a una sentencia de inconstitucionalidad. Para ello, basta con que el intérprete opte por la alternativa inconstitucional en detrimento de la constitucional, pero esa acción la volvería una especie de interpretación “disconforme” a la Constitución. Se suele apuntar como distinción entre la inconstitucionalidad parcial y la interpretación

⁶³³ Cardoso da Costa considera que al excluir sentidos de la ley que la vuelven inconstitucional, la interpretación conforme opera como decisión de inconstitucionalidad parcial cualitativa. Ruy Medeiros abraza la corriente mayoritaria, que entiende que las dos decisiones son conceptualmente distintas. COSTA, J.M.C. da, *A justiça...* op. cit. pp. 59 y 60; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 317 y sig.

⁶³⁴ BRYDE, B.O. *Verfassungsentwicklung, Stabilität...* op. cit. p. 411.

⁶³⁵ HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts...* op. cit. p. 30, nº 80.

⁶³⁶ MENDES, G.F. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 289.

⁶³⁷ Como visto anteriormente, no se trata de una opción por una corriente minoritaria, porque la sentencia interpretativa en sentido estricto es un tipo de decisión utilizado en la tipología de un gran número de autores en Italia, Alemania, Portugal y otros países.

conforme a la Constitución el hecho de que la primera tiene la fuerza vinculante general de las decisiones de inconstitucionalidad, lo que no se produciría con la segunda cuando la alternativa elegida es constitucional. No obstante, subyacente a ambas se encuentra el objetivo de salvar la ley, por lo que se encuentran en relación con el principio de la conservación de las leyes.⁶³⁸

Desde sus primeros tiempos de actuación el TC portugués ha utilizado sentencias reductoras, pero su uso no está libre de algunas críticas, que apuntan hacia una usurpación de las funciones que serían exclusivas del legislador positivo. Para Vitalino Canas, “las decisiones reductoras implican, inevitablemente, una alteración del contenido originario del precepto. Pero la actividad creadora y manipuladora del juez constitucional es mayor en las reductoras cualitativas.”⁶³⁹ Este es el nudo de la cuestión. El propio *Acórdão* 12/1984 antes referido, tiene un voto particular de Jorge Campinos, que recoge una fuerte crítica a la utilización de la sentencia reductora, particularmente a la cualitativa. “No le corresponde al Tribunal Constitucional distinguir allí donde la ley no distingue [...]. Apenas cabe al TC declarar o no la inconstitucionalidad de cualquier norma. No puede desmembrar un precepto que no comparte, ‘inventar’ normas, tornar una norma cada vez menos general y cada vez menos abstracta. En caso contrario, desconociendo estos axiomas, la más alta instancia del control de la constitucionalidad se volverá, bien pronto, un ilegítimo ‘legislador’; y así, con justo título y a pesar de su escasa antigüedad, se hablará del ‘*gouvernement des juges*’.”⁶⁴⁰ Por ello, Vitalino Canas advierte que estas decisiones “deben de tener en su base un mínimo de correspondencia con aquello que el legislador previsiblemente querría o quiso (tratándose de aquellos casos en que le haya sido conferido un cierto poder de evaluación y elección de soluciones); o, entonces, debe ser la concreción de soluciones a las que el legislador ya estaría más o menos vinculado”.⁶⁴¹ En otras palabras, debe respetarse la voluntad del legislador. Una advertencia que podría extenderse para las demás sentencias, sobre todo las aditivas y las sustitutivas, pero de muy difícil operatividad, especialmente cuando se trate de una ley muy antigua o aprobada en una legislatura anterior. Por todo ello, Rui Medeiros mantiene que “la admisibilidad de una decisión de inconstitucionalidad

⁶³⁸ Ver: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op. cit. p. 1009

⁶³⁹ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 91.

⁶⁴⁰ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, II, pp. 323 y sig.

⁶⁴¹ CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. p. 92.

parcial cualitativa se encuentra con un límite: un juicio de inconstitucionalidad sin reducción del texto no es admisible cuando se presente no ya como un simple juicio de invalidez parcial, sino que todo como una decisión modificativa”.⁶⁴² Como es evidente, al contrario que buena parte de los autores italianos, que tienden a aceptar que la sentencia reductora es modificativa (o manipulativa), esta cuestión no es pacífica entre los autores portugueses.⁶⁴³ El propio Jorge Miranda llega a afirmar que la sentencia de inconstitucionalidad parcial “no forma propiamente una categoría autónoma”.⁶⁴⁴

Rui Medeiros cita a Gustavo Zagrebelsky, para afirmar que “una inconstitucionalidad parcial puede, desde el punto de vista de sus efectos, constituir una decisión modificativa”. Y ello porque, si la reducción del precepto elimina una limitación (v.g. un *no*), la decisión podrá ampliar el alcance de la norma. Por eso, la diferencia entre una sentencia reductora y una modificativa no estaría en la mera comparación entre el precepto original y el reducido, sino en el ámbito normativo. El alcance innovador es lo que caracteriza a la decisión reductora con efecto modificativo. Esta no se limita a suprimir una norma, permitiendo la generación de otras a partir de las fuentes de derecho existentes, sino que transforma el significado de la ley, protagonizando una metamorfosis. “La norma inconstitucional es, por fuerza de la manipulación del ámbito de la decisión de inconstitucionalidad, sustituida por una nueva norma, que no proviene de las fuentes anteriores. El Tribunal Constitucional actúa, por lo tanto, como legislador positivo.”⁶⁴⁵ Como Rui Medeiros parte del presupuesto que la sentencia de inconstitucionalidad parcial puede no ser modificativa, cuando se encuentra ante una sentencia reductora con efectos aditivos, parece identificarla con una sentencia sustitutiva. Las características que apunta no son tanto de una sentencia reductora con efectos modificativos sino más bien de una sentencia modificativa sustitutiva. De hecho, la supresión de una norma seguida de la adición de otra creada por el TC caracteriza la sentencia sustitutiva (es inconstitucional *en cuanto*

⁶⁴² MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 438.

⁶⁴³ Los autores portugueses y el Tribunal Constitucional no incluyen la sentencia reductora entre las sentencias manipulativas, a las que denominan modificativas, integrativas o, genéricamente, aditivas. Ver: CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... , 5. ed. op. cit. pp. 1007 a 1010; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 486 a 489; CANAS, V., Introdução às decisões... op. cit. pp. 89 a 98 y 185 y sig.; ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. pp. 235 y 236, y 239 a 241.

⁶⁴⁴ MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 504.

⁶⁴⁵ Ver: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 487 y 488. CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 91.

prevé o señala algo, en lugar de otra cosa...). Se trata, pues, de otro tipo de sentencia que solo tiene en común con la reductora la reducción de parte del precepto originario. Como afirmó con razón Vitalino Canas, la inconstitucionalidad parcial – cuantitativa o cualitativa - siempre modifica el sentido del precepto afectado. De manera que cuando el Tribunal Constitucional utiliza este tipo de sentencia forzosamente manipula su contenido – y, en consecuencia, su sentido –, sin que necesite agregar o inventar otro significado. Y si eso ocurre, la sentencia deja de ser reductora, para ser sustitutiva.

La inconstitucionalidad parcial en el **control concreto** está prevista expresamente en el art. 80º, nº 2 de la LTC, donde se señala que “si el Tribunal Constitucional estima el recurso, **aunque solo sea parcialmente**, el proceso vuelve al tribunal *a quo*, para que este, conforme al caso, reforme la decisión...”⁶⁴⁶ De manera que la inconstitucionalidad parcial hace cosa juzgada en el proceso de la misma manera que la inconstitucionalidad total. Pero, si el recurso se reduce a la cuestión incidental de la inconstitucionalidad, la decisión del TC incide tan solo sobre esta misma cuestión y no sobre la cuestión principal de la causa. Consecuentemente, el TC no debe ser confundido con “una súper-instancia de recurso, con posibilidad de sustituir al tribunal recurrido para proferir una decisión de mérito sobre la causa principal”⁶⁴⁷ Por otro lado, si el TC desestima la cuestión, el efecto es similar al producido por la desestimación de una inconstitucionalidad total (simple). Es decir, el juez deberá aplicar el precepto al proceso concreto con las disposiciones o normas que habían sido impugnadas. Hay una simple preclusión, limitada al proceso que originó el incidente de inconstitucionalidad.

Aunque considere que de manera general la Constitución portuguesa no dificulta la inconstitucionalidad parcial, Gomes Canotilho afirma que es dudoso que el Tribunal Constitucional pueda valerse de esa posibilidad antes de la promulgación de la ley, es decir, en el ámbito del **control previo**.⁶⁴⁸ También Vitalino Canas parece dudar en este sentido, porque entiende que las decisiones reductoras – así como las aditivas y sustitutivas – deben de ser una solución de *última ratio*, enteramente subsidiaria. De

⁶⁴⁶ Art. 80º, 2 LTC: “*Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.*”

⁶⁴⁷ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op. cit. pp. 989 y 990. Ver también: CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 89 y sig.

⁶⁴⁸ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op. cit. p. 1009.

manera que el TC solo debería poder aplicarlas en una situación de “*necesidad legislativa*” definida a través de tres índices: a) la declaración simple de inconstitucionalidad provocaría un vacío en el ordenamiento jurídico; b) la ausencia de tratamiento jurídico sería pernicioso para los intereses públicos y privados actuales; c) no es previsible que el legislador produzca una nueva reglamentación en un período de tiempo razonablemente corto. Fuera de este contexto, y dado que el control previo se produce en el curso del propio proceso legislativo, lo que permite al legislador corregir de inmediato eventuales inconstitucionalidades, la actividad supletoria del TC podría constituir “una intolerable intromisión en la libertad de conformación del legislador”.⁶⁴⁹ Por otro lado, Rui Medeiros afirma que las mismas objeciones que suscita la admisibilidad de sentencias interpretativas de estimación en el control previo pueden mantenerse respecto a la reducción cualitativa de un precepto legal, porque el régimen del art. 279º CRP no ha sido pensado para eliminar meras interpretaciones. Está de acuerdo en que el principio de conservación de las leyes asume menor importancia en el control previo, pero que esto no anula la regla de preferencia por la decisión reductora también en este tipo de control.⁶⁵⁰ El TC parece dar razón a Rui Medeiros, porque en los últimos años ha pronunciado decisiones reductoras cuantitativas en el ámbito del control previo. Por ejemplo, en el reciente *Acórdão* 304/2008⁶⁵¹ el TC se pronunció por la inconstitucionalidad de disposiciones de un Decreto de la Asamblea de la República (proyecto de ley) *en la parte en que determinan* que las competencias de la Policía Judicial sean establecidas en los términos que determine su reglamento, por violación de la reserva de ley impuesta por el art. 272º, nº 4 CRP.

Como se ha visto, la generalidad de los autores portugueses prefiere no ubicar la sentencia reductora en el ámbito de las decisiones modificativas – Vitalino Canas es una rara excepción -, a pesar de parecer evidente que la reducción de una disposición o de una norma implica la manipulación de su contenido. Por cierto, si se aceptara tal implicación, que la sentencia reductora tuviera o no efectos aditivos sería

⁶⁴⁹ CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 48 y 49. En el *Acórdão* del TC nº 479/1994 el TC recusó expresamente la posibilidad de una sentencia reductora, porque ella no se correspondería a aquello que el legislador previsiblemente querría, ni sería la concretización de soluciones a que el legislador estaría más o menos vinculado.

⁶⁵⁰ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 438, nota nº 116 y p. 441, nota nº 134. Ver también: SOUSA, M.R. de, *O valor jurídico...* op. cit. pp. 235 y sig.

⁶⁵¹ Otros ejemplos recientes de decisiones reductoras cuantitativas en el ámbito del control previo son los *Acórdãos* del TC nºs 620, 382 y 258/2007.

algo secundario, al menos en relación a su supuesta “transformación” en modificativa. De cualquier manera, esta es la razón por la cual las decisiones modificativas son estudiadas en el sistema portugués tan solo como sentencias aditivas o sustitutivas.

2.3.3 Sentencias modificativas aditivas y sustitutivas.

“En las decisiones reductoras o de inconstitucionalidad parcial hay una parte de la norma que cae para poder salvar el resto. En las decisiones aditivas hay una parte o una norma que se añade con idéntico fin”, enseña Jorge Miranda.⁶⁵² “Mientras allí lo que se verifica es una violación por acción del autor de la norma que dispone lo que no debería, aquí la norma dice menos de lo que debería decir”, aclara Vitalino Canas.⁶⁵³ Es decir, el TC utiliza la sentencia aditiva cuando el precepto no contiene todo lo que debería contener para ser constitucional.⁶⁵⁴ Esto significa que no es la disposición o la norma la que es declarada inconstitucional, sino su ausencia. La constatación de la omisión viene acompañada de la adición del contenido necesario para que el precepto originario se vuelva constitucional, lo que conlleva su modificación.⁶⁵⁵ Su contenido, por lo tanto, es normativo. Tal vez por el hecho de no haber considerado a la decisión reductora como modificativa, la denominación de sentencia aditiva suele ser utilizada en

⁶⁵² MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. p. 514; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões...* op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁶⁵³ CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. p. 93.

⁶⁵⁴ La expresión aditiva a veces es utilizada en Portugal para denominar genéricamente a las sentencias modificativas (manipulativas).

⁶⁵⁵ Si el TC optase por una sentencia de omisión, manteniendo los beneficios a quienes ya los reciben e instando al legislador a desarrollar una ley extendiendo los beneficios a los demás, la situación de inconstitucionalidad podría prolongarse indefinidamente. Por ello, no utiliza la posibilidad específica de control de omisiones prevista en el art. 283º CRP. Ver, entre otros: SILVA, P.C. *Sentenças aditivas do Tribunal...* op. cit. pp. 1113 a 1139; MIRANDA, J. *Anotação ao Acórdão do Tribunal...* op. cit. p. 539; CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 94 y 95.

Portugal como sinónima de decisión modificativa. Otras expresiones utilizadas son adjuntiva, acumulativa o integrativa, aunque Jorge Miranda reserve esta última expresión para otro tipo de decisión, que a su juicio tiene características que la vuelven autónoma. “De las decisiones aditivas se distinguen las decisiones integrativas, a través de las cuales se interpreta cierta ley (con preceptos insuficientes y, en esa medida, eventualmente inconstitucionales), completándola con preceptos de la Constitución sobre ese objeto que le son aplicables y por ello directamente aplicables. La diferencia está en que en las decisiones aditivas el órgano de control formula implícita o indirectamente una regla, mientras que en las decisiones integrativas se apoya directamente en una regla constitucional.”⁶⁵⁶ No obstante, esta sutil diferencia no ha tenido mucho eco en la literatura jurídica portuguesa.⁶⁵⁷

Muchas sentencias que normalmente serían catalogadas como reductoras, son consideradas aditivas en Portugal. Nunes de Almeida, por ejemplo, afirma que “a pesar de no haber aceptado nunca el papel de sustituto del legislador, el TC ha pronunciado en ocasiones determinadas sentencias que [...] contienen un contenido ‘normativo’ aunque aparentemente se configuren como meras sentencias de inconstitucionalidad parcial: *sentencias integrativas o aditivas*”⁶⁵⁸. Es decir, en la práctica ese autor entiende que la sentencia reductora con efectos aditivos es una sentencia aditiva de facto. No obstante, como se ha señalado anteriormente, la supresión de una disposición o de una norma forzosamente modifica el contenido normativo del precepto afectado, esto es, crea una nueva norma, independientemente del hecho de que algunas de esas sentencias sean reductoras en su forma y aditivas en sus efectos. Con

⁶⁵⁶ MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 514; MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007). Ver: *Acórdão* del TC nº 329/99, de 2 de junio, *Diário da República*, 2ª serie, nº 167, de 20 de julio; y *Acórdão* del TC nº 517/99 de 22 de septiembre in *Diário da República*, 2ª serie, nº 263, de 11 de noviembre.

⁶⁵⁷ La diferenciación de Jorge Miranda mantiene puntos en común con los dos tipos de operaciones que, según Crisafulli, son realizados por la *Corte Costituzionale* en las sentencias manipulativas. El maestro italiano afirma que cuando el TC declara inconstitucional una omisión del legislador, lo que hace simplemente es eliminar el obstáculo para la aplicación de otras normas ya existentes pero que resultaban vedadas implícitamente por el silencio de la ley. En el segundo supuesto no hay una exclusión tácita, sino una “simple omisión”. El TC hace derivar la norma que colmará el vacío de un principio general, o bien directamente de la norma constitucional violada por la omisión. Ver: CRISAFULLI, V. *La Corte Costituzionale ha vent'anni...* op. cit. pp. 1706 y 1707. CRISAFULLI, V. *Lezioni...* op. cit. pp. 703 y sig.; MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional en Italia...* op. cit. pp. 235 y 236.

⁶⁵⁸ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 239. Como Jorge Miranda y Rui Medeiros dan un significado diferente a la sentencia integrativa, se podría afirmar que en esa afirmación de Nunes de Almeida hay tres tipos autónomos de sentencias: inconstitucionalidad parcial, aditiva e integrativa. Sin embargo, para este autor hay tan solo una.

todo, es interesante constatar que cuando subraya que la sentencia aditiva puede venir travestida de “mera” sentencia de inconstitucionalidad parcial, Nunes de Almeida está dando a entender que la sentencia reductora no tiene contenido normativo; y si lo tiene, se trata en realidad de una sentencia aditiva. Por cierto, todos los ejemplos de sentencia aditiva utilizados por este autor en un artículo de 1998 son en realidad sentencias de inconstitucionalidad parcial con efectos aditivos.⁶⁵⁹ En el *Acórdão* n° 143/1985, por ejemplo, el TC decidió una acción directa de inconstitucionalidad en la cual se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de la disposición del Estatuto de la Abogacía que determinaba la incompatibilidad entre el ejercicio de la abogacía y la actividad como funcionario o agente de cualesquiera servicios públicos, con excepción de los docentes de las asignaturas de Derecho, aunque solo en esta última parte. El TC terminó por declarar la inconstitucionalidad de esta disposición, con fuerza obligatoria general, “en la parte en que considera incompatible el ejercicio de la abogacía con la actividad docente de asignaturas que no sean de Derecho”, por violar el principio de igualdad.⁶⁶⁰ Como puede observarse, aunque la sentencia adopte la forma de una declaración de inconstitucionalidad parcial, la consecuencia práctica es alargar la excepción contenida en la parte final del precepto, que pasa así a abarcar a todos los docentes, sean o no de asignaturas de Derecho.⁶⁶¹ No obstante, eso no la convierte en una sentencia aditiva.⁶⁶²

⁶⁵⁹ *Acórdãos* n°s 143/85, 203/86, 103/87; 181/87; 173/92 y 962/96 in ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. pp. 239 a 241.

⁶⁶⁰ *Acórdão* n° 143/85, de 30 de Julho in Diário da República, 1ª série, n° 202, de 3 de Setembro de 1985.

⁶⁶¹ Jorge Miranda y Gomes Canotilho también incluyen esta sentencia entre las aditivas. En: MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 514, Nota n° 68; MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez n° 39, 2007); Gomes Canotilho incluye los *acórdãos* 203/86 y 103/87 indicados por Nunes de Almeida. En: CANOTILHO, J.J.G. Derecho Constitucional... op. cit. p. 1007. Rui Medeiros incluye los *acórdãos* 203/86 y 181/87. En: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 474. Por último, confrontar con: MORAIS, C.B. de. “As sentenças com efeitos aditivos” in MORAIS, P.B. de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

⁶⁶² Al contrario de lo que defiende la mayoría de los autores portugueses, Zagrebelsky entiende que la siguiente sentencia del TC italiano es reductora: “una ley preveía que los defensores de las partes podrían asistir a determinados actos, no pudiendo, en contrapartida, asistir al interrogatorio del imputado. El TC declaró la inconstitucionalidad de la norma en la parte en que se hacía esa exclusión, pasando, con esto, el defensor a poder asistir a tales actos.” (ZAGREBELSKY, G. *La Giustizia Costituzionale*. Bologna, 1977, p. 164, Nota 26.)

La sentencia aditiva casi siempre está ligada a la aplicación del principio de igualdad.⁶⁶³ El caso clásico es el de la ley que concede un determinado beneficio a un grupo de personas (v.g., una pensión), al tiempo que discrimina negativamente a otro en idéntica situación. En vez de eliminar los preceptos que violan el principio de igualdad, el TC garantiza la igualdad concediendo el beneficio a los discriminados a través de la creación de una nueva norma. El TC amplía así el ámbito normativo del precepto, declarando la inconstitucionalidad *en la parte en que no prevé* (y debería prever), *en cuanto no establece...*, *o omite...*, *o no incluye...*, *o excluye...* determinado derecho constitucionalmente garantizado. Esto es, el TC suple la omisión que impide la conformidad constitucional de la ley. El *Acórdão* n° 95 de la Comisión Constitucional, de 6 de abril de 1978, suele ser apuntado como el primer pronunciamiento aditivo emitido en Portugal.⁶⁶⁴ En él, la entonces Comisión Constitucional declaró inconstitucional la fijación de la edad núbil de las mujeres, inferior a la fijada para los hombres. Por la forma en que fue redactada – sin declarar que el precepto es inconstitucional *en la parte en que no prevé* –, aparentemente se trata de otra sentencia reductora con efectos aditivos, puesto que una sentencia aditiva se limita a añadir un significado al precepto (no lo reduce antes).⁶⁶⁵ Como diría Vitalino Canas, en la decisión aditiva “ninguna eliminación se verifica. Hay esto sí un añadido”.⁶⁶⁶ Por cierto, la decisión que se caracteriza por eliminar para después añadir es la decisión modificativa sustitutiva. A través de ella el TC “declara la inconstitucionalidad de una norma en la parte o en los límites en que contiene una prescripción en vez de otra o profiere una decisión que implica la ‘sustitución’ de disciplina jurídica contenida en el precepto juzgado inconstitucional”.⁶⁶⁷ Es, por tanto, una mezcla de sentencia reductora con aditiva. “Reductora, porque elimina parte de la norma tal como hasta entonces existía; aditiva, porque pone nueva reglamentación en el lugar de la parte expurgada.”⁶⁶⁸ La

⁶⁶³ SILVA, P.C. *Sentenças aditivas do Tribunal...* op. cit. pp. 1113 a 1139. Ver también las siguientes decisiones: *Acórdão* n° 231/94, de 9 de marzo (pensiones de supervivencia), *Diário da República*, 1ª serie, n° 98, de 28 de abril de 1994; *Acórdão* n° 545/99, de 23 de octubre (subvención mensual vitalicia a ex-titulares de cargos políticos), *Diário da República*, 2ª serie, n° 272, de 22 de noviembre de 1999.

⁶⁶⁴ MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. p. 514, Nota n° 68; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões...* op. cit. (CD ROM *Datadez* n° 39, 2007).

⁶⁶⁵ Ver el apéndice al *Diário da República* de 3 de Mayo de 1978.

⁶⁶⁶ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 188.

⁶⁶⁷ CANOTILHO, J.J.G. *Derecho Constitucional...* op. cit. p. 1007. Ver también: ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 241.

⁶⁶⁸ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 188.

decisión sustitutiva declara que la norma es inconstitucional *en cuanto prevé... o señala algo, en lugar de otra cosa...* que debería prever para ser considerada constitucional.

Vitalino Canas subraya que no toda omisión puede ser subsanada por una declaración de inconstitucionalidad por acción (en el caso, aditiva). Para ser excluida del específico control de inconstitucionalidad por omisión (art. 283º CRP), esta deberá ser necesariamente “un punto concreto, fácilmente detectable por el análisis de las restantes normas de la ley, de normas de leyes diferentes o por cualquier otra forma que permita la afirmación de que cierta solución, en concreto, habría sido o debería haber sido la elegida (o de ello se estaría cerca) por el legislador. O entonces, aquella donde no se le atribuye ninguna libertad de elección, ni en cuanto a los fines, ni en cuanto a los medios”.⁶⁶⁹ En otras palabras, para que el TC pueda emitir una sentencia aditiva en una situación de omisión, tendrá que respetar al menos uno de los dos requisitos: la norma que suple la omisión debe ser el resultado necesario del contexto formado por el conjunto de normas que forman la ley en cuestión y por el conjunto de normas de las demás leyes o bien ser la única elección posible, una vez analizadas las leyes de grado superior y los preceptos y principios de la propia Constitución. Una posición en consonancia, al menos parcial, con la doctrina italiana de la solución aditiva a *rime obbligate*.⁶⁷⁰

Gomes Canotilho y Vital Moreira defienden que “el TC solo puede declarar (o no declarar) la inconstitucionalidad (o la ilegalidad) de la norma en causa, pero no puede sustituirla por otra norma por él creada.”⁶⁷¹ Esa preocupación por no permitir que el TC actúe como si fuera un legislador, es matizada en los casos de

⁶⁶⁹ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 94 y 95.

⁶⁷⁰ Em Portugal, ver, entre otros: CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 94 y 95; MIRANDA, J. Anotação ao Acórdão do Tribunal...op. cit. p. 539; SILVA, P.C. Sentenças aditivas do Tribunal... op. cit. pp. 1113 a 1139. Sobre la *rime obbligate* ver las aportaciones de: CRISAFULLI, V. La Corte Costituzionale ha vent'anni... op. cit. p. 1707. Ver también: ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. pp. 3.203 y 3.204; CERRI A. Corso di giustizia op. cit. p. 96; PIZZORUSSO, A. “Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale” in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, p. 312; COSTANZO, P. Riflessioni interlocutorie sul... op. cit. p. 83; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 23; PUGIOTTO, A. Dottrina del diritto vivente... op. cit. p. 3706; ONIDA, V.; D'AMICO, M., I giudizio di... op. cit. pp. 271; PIZZORUSSO, A. Sui limiti della potestà... op. cit. p. 312; PUGIOTTO, A. Dottrina del diritto vivente... op. cit. p. 3706; SAITTA, A. Logica e retorica... op. cit. pp. 311 y 312; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 663.

⁶⁷¹ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Constituição da...op. cit. p. 1045. Ver también: CANOTILHO, J.J.G. “Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva” in *Perspectivas Constitucionais*, I. Coimbra, 1996, pp. 882 y 883.

violación del principio de igualdad.⁶⁷² En estos supuestos, aduce Gomes Canotilho, “donde el problema de la concreción del principio de igualdad es el punto esencial de la cuestión, la mala actuación del legislador puede residir tanto en el acto positivo (exclusión arbitraria de ciertos grupos de las ventajas legales) como en el procedimiento con omisión (generación de una ley que beneficia positivamente un grupo de ciudadanos, pero olvida otros).”⁶⁷³ Y aclara: “esta concreción incompleta puede resultar tanto de una intención deliberada del legislador de conceder ventajas solo a ciertos grupos o favorecer ciertas situaciones, violando el principio de igualdad y cometiendo una ‘inconstitucionalidad por acción’, como derivar de una incompleta apreciación de las situaciones de hecho, pero sin que exista el propósito de arbitraria y unilateralmente favorecer a ciertos grupos o situaciones. En esta última hipótesis habrá una inconstitucionalidad por omisión y no por acción.”⁶⁷⁴ El maestro de Coimbra se basa fundamentalmente en la intención del legislador, que casi siempre es muy difícil de constatar, en una concepción que puede ser considerada excesivamente subjetivista. En la primera situación – omisión discriminatoria intencional del legislador – habría una inconstitucionalidad por acción en la que cabría una sentencia aditiva; y en la segunda - omisión discriminatoria no intencional del legislador -, solo cabría el control de inconstitucionalidad por omisión.⁶⁷⁵

Vitalino Canas⁶⁷⁶ no vislumbra fundamento dogmático capaz de justificar estas dos situaciones y se acerca al entendimiento de Jorge Miranda⁶⁷⁷, para quien las violaciones del principio de igualdad producidas por determinadas omisiones conducen en primera línea siempre a una inconstitucionalidad por acción y solo en segunda línea a una inconstitucionalidad por omisión. Y ello ocurriría independientemente de que la omisión fuera intencional o que resultara de un error o una deficiente apreciación de los presupuestos de hecho. Así los dos supuestos señalados por Gomes Canotilho podrían ser objeto de control de inconstitucionalidad por acción y solucionados de inmediato a través de una sentencia aditiva, sin necesidad de esperar la posterior intervención del

⁶⁷² CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da...* op. cit. p. 129.

⁶⁷³ CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente...* op. cit. p. 334.

⁶⁷⁴ CANOTILHO, J.J.G. *Derecho Constitucional...* op. cit. pp. 1023 y 1024.

⁶⁷⁵ Ver: CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e...* 2. ed. op. cit. pp. 333 y 334.

⁶⁷⁶ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 95 y 96, nota nº 88.

⁶⁷⁷ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, II, 3. ed. Coimbra, 1991, p. 522.

legislador, como ocurre en la sentencia de inconstitucionalidad por omisión. Claro está, siempre y cuando el legislador esté vinculado a una única solución legislativa. Esto es, Jorge Miranda admite la sentencia modificativa cuando la ley establezca diferenciaciones infundadas en relación a personas y situaciones, caso en que se aplicará a todas ellas la norma más favorable o que mejor se integre en el espíritu del sistema jurídico-constitucional. También la considera admisible en caso de omisión legislativa parcial, es decir, cuando un derecho contenido en un precepto constitucional no es directamente aplicable y la ley le confiere ejecutoriedad, dejando de garantizarlo a todas las personas abarcadas. Si en esta situación la sentencia aditiva no fuera posible, por no estar el legislador vinculado a una única solución legislativa, habría que mantener la concreción ya alcanzada y suplir la omisión por medio del mecanismo específico de control de inconstitucionalidad por omisión (art. 283º CRP).⁶⁷⁸ Sin embargo, la solución anterior puede ser preterida por una que adopte una decisión de inconstitucionalidad simple, en caso de que la ley haya creado privilegios o discriminaciones arbitrarias. Este sería el límite.⁶⁷⁹ Rui Medeiros tiene sus dudas en relación a estos supuestos, pues considera que en el pensamiento de Jorge Miranda no está claro que “la simple verificación de la inconstitucionalidad por omisión (parcial) se presente como una de las posibles sanciones aplicables a las leyes que confieren derechos en violación del principio de igualdad”.⁶⁸⁰

Después de analizar una serie de decisiones del Tribunal, Rui Medeiros llega a la conclusión de que “las diferencias señaladas causan, naturalmente, extrañeza, dejando en el aire la sospecha de que nuestro juez constitucional, en la elección del tipo de decisión, opera más como juez de oportunidad y político, que como juez de la constitucionalidad de las leyes”.⁶⁸¹ De hecho, en materia de pensiones, área donde se puede encontrar el mayor número de sentencias modificativas, el TC nunca ha dudado en incluir a los pensionistas participantes de un régimen menos favorable en otro más

⁶⁷⁸ Acórdão del TC nº 423/87 en Diário da República, 1ª série, de 26 de noviembre (igualdad en materia religiosa). MIRANDA, J. “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 423/87” en *O Direito*, III-IV, 1988, p. 539. Ver epígrafe 1.4 Control de inconstitucionalidad por omisión del legislador.

⁶⁷⁹ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, IV. Coimbra, 1988, pp. 220 y 221; MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, II, 2.ed. Coimbra, 1983, p. 522.

⁶⁸⁰ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 471.

⁶⁸¹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 477.

favorable.⁶⁸² En el *Acórdão* n° 713/96 el TC llegó a afirmar que cuando no hay justificación para el tratamiento diferenciado, la nivelación habrá de ser hecha a favor de la solución más favorable, para no contrariar la naturaleza de las cosas.⁶⁸³ En una sentencia sobre asistencia judicial al extranjero, el TC mantuvo la misma orientación, pues declaró la ley inconstitucional en la parte en que vetaba la concesión de asistencia judicial al extranjero que quisiera impugnar contenciosamente el rechazo a su petición de asilo, por violar el principio de igualdad y el derecho fundamental al recurso contencioso.⁶⁸⁴ Sin embargo, cuando decidió sobre los pagos de indemnizaciones por nacionalización a los grandes accionistas y empresarios en plazos más largos y con tasas más reducidas que las asignadas a los pequeños, el Tribunal buscó justificar la constitucionalidad de la discriminación, afirmando que “si tales diferenciaciones de trato infringieron el principio de igualdad, siempre restaría saber cuál de los regímenes era constitucionalmente inadmisibles: si lo establecido para los grandes inversionistas o si, antes bien, lo establecido para los pequeños”. Es decir, aquí no tuvo lugar la aplicación automática del régimen más favorable.⁶⁸⁵ Ya, cuando tuvo que decidir sobre discriminaciones en materia religiosa, el TC falló que las leyes en cuestión no eran inconstitucionales por acción, sino más bien por omisión. Por ello, le incumbía al Estado desarrollar nuevas leyes concediendo idéntico tratamiento a las demás confesiones religiosas, para no infringir por omisión el principio de igualdad y, por consiguiente, la Constitución.⁶⁸⁶

A partir de la constatación de que muchas veces el TC adopta decisiones tomando en consideración variables que tienen índole más política que jurídica, es decir, que no siempre su papel se restringe al de juez de la constitucionalidad, Rui Medeiros mantiene serias restricciones al uso de las sentencias modificativas. Es evidente que su crítica al uso de estas sentencias se debe también a la defensa a ultranza que realiza de la actuación del TC como legislador negativo.⁶⁸⁷ No obstante, concede que, en nombre del principio de la conservación de las leyes, hay casos en que los elementos objetivos

⁶⁸² *Acórdãos* del TC n°s 203/86, 181/87, 449/87, 12/88, 191/88, 231/94, 563/96, 713/96.

⁶⁸³ *Acórdão* del TC n° 713/96, en *Diário da República*, 2ª série, 09/07/1996.

⁶⁸⁴ *Acórdão* del TC n° 338/95, en *Diário da República*, 2ª série, 01/08/1995.

⁶⁸⁵ *Acórdão* del TC n° 39/88, en *Acórdãos do TC*, XI, pp. 233 y sig.

⁶⁸⁶ *Acórdão* del TC n° 174/93, en *Diário da República*, 2ª série, 01/06/1993 y *Acórdão* del TC n° 423/87, en *Acórdãos do TC*, X, pp.77 y sig.

⁶⁸⁷ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 493 y sig.

disponibles pueden legitimar la modificación de la ley. Por ejemplo, “el hecho de que la norma de exclusión del trato de favor constituya una excepción a la regla general consagrada en la propia ley puede imponer la conclusión de que el legislador, si tuviera que eliminar la discriminación, extendería el ámbito de aplicación de la regla.” En tal caso eliminar la totalidad de la ley sería un absurdo. Lo que el autor afirma querer evitar es que el TC acabe por decir “aquello que él habría hecho se estuviera en el papel del legislador”.⁶⁸⁸

En caso de duda, concluye Rui Medeiros, “al contrario de lo que sucede cuando está en causa la simple reducción de la ley, el principio de la separación de poderes y el principio democrático postulan el rechazo de las decisiones modificativas”.⁶⁸⁹ Su oposición llega al punto de afirmar que “la modificación de la ley propuesta por el TC no es vinculante para el tribunal *a quo* y que en los procesos de fiscalización abstracta sucesiva, no se beneficia de la fuerza obligatoria general de la declaración de inconstitucionalidad”.⁶⁹⁰ Su solución para “las leyes que atribuyen derechos en violación al principio de igualdad, en el orden jurídico portugués, es la decisión de inconstitucionalidad total, aunque con limitación de los efectos”. Según él, esta solución, además de ser un freno a la tendencia a mitigar la responsabilidad del legislador, es coherente con la idea de que en un estado democrático corresponde a los representantes del pueblo elegir la legislación conforme a la Constitución. Además forzaría el legislador a aprobar rápidamente una nueva norma no discriminatoria.⁶⁹¹

Aunque no lleguen al extremo de negar a las sentencias modificativas la vinculación frente al tribunal *a quo* en el control concreto y los efectos *erga omnes* en el control abstracto, otros autores son asimismo muy críticos con esta tipología de sentencias. Vital Moreira considera que la jurisdicción constitucional no puede “usurpar el papel del legislador ordinario, expresión de la mayoría de gobierno, substituyéndolo en las opciones constitucionalmente admisibles. [...] Es a la mayoría democráticamente

⁶⁸⁸ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 502.

⁶⁸⁹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 503. Como antes se ha subrayado, la generalidad de los autores portugueses considera que las sentencias reductoras no son modificativas. Las sentencias reductoras con efectos aditivos no son consideradas propiamente reductoras y son llamadas simplemente sentencias modificativas (o aditivas). Ver también: MORAIS, C.B. de. As sentenças com efeitos aditivos... op. cit.

⁶⁹⁰ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 478 y sig.

⁶⁹¹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 522 y 523. Ver a continuación el epígrafe: 2.4. Modulación de los efectos temporales de las sentencias.

legitimada para gobernar a quien compete hacer las leyes y no a los jueces, ni al propio juez constitucional. A este solo le compete verificar si se ha legislado de manera disconforme a la Constitución”.⁶⁹² En el mismo sentido, al referirse a la jurisdicción constitucional, Castanheira Neves afirma que “a la concreta realización del derecho no compete la intencionalidad estratégica, reformadora y programática, que corresponde a los poderes de dirección política y que en el universo jurídico (mejor, político-jurídico) será propia del legislador”.⁶⁹³ Y el propio Gomes Canotilho asevera que el Tribunal Constitucional “desempeña y no puede dejar de desempeñar fundamentalmente la función de *jurisdictio*: no es un legislador, ni, menos aun, un ‘superlegislador’ apócrifo”.⁶⁹⁴

Por el contrario, Jorge Miranda no se opone a las sentencias modificativas esgrimiendo supuestos de peso. “Aun reconociendo la necesidad de mantenerlas dentro de un marco estrecho y de no menospreciar los condicionantes financieros a la luz del postulado de la ‘reserva económica de lo posible’, no vemos como rehusar la utilización de este tipo de decisiones ante discriminaciones o diferenciaciones infundadas las en que la extensión del régimen más favorable se ofrece, simultáneamente, como la decisión más inmediata para la sensibilidad colectiva y la más cercana a los valores constitucionales.”⁶⁹⁵ Además, tacha de improcedentes las críticas que afirman que el TC actúa como un legislador positivo, cuando emite sentencias modificativas. Y ello porque el TC “no actúa por iniciativa propia, ni según criterios políticos; actúa en un proceso instaurado por terceros y vinculado a criterios de interpretación y construcción jurídica inherentes a la hermenéutica constitucional”. Por otro lado, critica a autores como Rui Medeiros, por invocar el art. 283º CRP (inconstitucionalidad por omisión de legislador), como señal de una supuesta preferencia constitucional por el legislador⁶⁹⁶, “porque este precepto se refiere a normas constitucionales no exequibles por ellas mismas o programáticas, cuando las decisiones

⁶⁹² MOREIRA, V, “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional” in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 195 y 196.

⁶⁹³ NEVES, A.C. Metodologia jurídica... op. cit. p. 236.

⁶⁹⁴ CANOTILHO, J.J.G. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 882.

⁶⁹⁵ MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 515; MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007); MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ed. Coimbra, 2000, p. 392.

⁶⁹⁶ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 497 y sig.

aditivas (o modificativas) presuponen normas exequibles y la eficacia de estas depende del proceso en que son emitidas”.⁶⁹⁷

También Vitalino Canas tiene una visión mucho más abierta en relación a la función del Tribunal Constitucional. Citando Calamandrei, ese autor considera que “la configuración actual de las constituciones no permite ninguna veleidad a los tribunales constitucionales para actuar de forma meramente negativa, antes bien, les exige una esforzada actividad que muchas veces se puede confundir con un *indirizzo* político en la efectiva concreción y desarrollo del programa constitucional.”⁶⁹⁸ De hecho, entiende “que el Tribunal Constitucional no desempeña funciones puramente jurisdiccionales. Aunque sea primacialmente un Tribunal, a veces tendrá que desempeñar el papel de un verdadero órgano legislativo”.⁶⁹⁹ Pero advierte que el TC podrá como máximo “completar un régimen jurídico ya existente y solo si posee datos que respalden la convicción de que la voluntad del legislador ordinario no está siendo suplantada”.⁷⁰⁰ Como antes se ha visto, las sentencias modificativas son admitidas tan solo en una situación de “necesidad legislativa”.⁷⁰¹ Es decir, se justificarían en situaciones en las cuales la declaración de inconstitucionalidad simple no sería la solución más indicada. Por ello, los argumentos anteriormente esgrimidos para no admitir una sentencia reductora en el **control previo** de constitucionalidad, valen asimismo para las sentencias modificativas aditivas y sustitutivas.

La verdad es que Portugal no difiere en este aspecto de la realidad existente en los sistemas de justicia constitucional de otros países, en donde las sentencias modificativas también son criticadas y los argumentos sostenidos son muy semejantes.⁷⁰² El hecho de que las críticas no disuadan a los tribunales de emitir las, más

⁶⁹⁷ MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 515; MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁶⁹⁸ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 96 y 97, nota 90.

⁶⁹⁹ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 194.

⁷⁰⁰ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 195.

⁷⁰¹ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 48.

⁷⁰² En España, por ejemplo, Rubio Llorente afirma que la utilización de la sentencia modificativa “puede ser aplaudida por quienes ven en ella la única vía razonablemente rápida para acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos, pero violenta al máximo el sistema de división de poderes, que es el fundamento mismo de toda la arquitectura constitucional”. En: RUBIO LLORENTE, F. “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho” en *La forma del Poder – Estudios sobre la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 491.

que ser interpretado como una actitud prepotente o insensible del Alto Tribunal, debe ser más bien visto como una ratificación de la necesidad de ese tipo de sentencia, como instrumento idóneo para eliminar injusticias - particularmente cuando esté en cuestión el principio de igualdad - y propiciar mayor celeridad al proceso. El uso de esas sentencias por el Tribunal Constitucional, claro está, deberá respetar el principio de la razonabilidad. Y este propósito debe estar subyacente no solo en las sentencias modificativas, sino también en aquellas en las cuales el TC considere más conveniente declarar la inconstitucionalidad y modular o limitar sus efectos.⁷⁰³ La resolución de los complejos problemas emergentes en la sociedad actual no puede prescindir de instrumentos jurisdiccionales de decisión más ágiles y flexibles que las sentencias puras de anulación.

2.4 Modulación de los efectos de las sentencias.

La cuestión de la modulación de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional no se plantea en el **control previo** y tampoco en el **control de inconstitucionalidad por omisión**. En el primero, porque no se trata de una ley, sino de un mero proyecto de ley que todavía está en pleno proceso legislativo. En el segundo, porque, por omisión del legislador, la ley sencillamente no existe. En cuanto al **control concreto sucesivo**, Nunes de Almeida recuerda que debe ser aplicado el principio general de que en los hechos sometidos a enjuiciamiento ningún tribunal puede aplicar normas inconstitucionales (art. 204º CRP⁷⁰⁴).⁷⁰⁵ Así que, una vez juzgado

⁷⁰³ En este sentido, Karl Larenz considera que la evaluación de las consecuencias previsibles de la decisión del TC debe estar orientada especialmente para la manutención o perfeccionamiento de la capacidad funcional del Estado de Derecho. En: LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, 1997, p. 517.

⁷⁰⁴ Art. 204º CRP: “*Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infringem o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.*”

inconstitucional un precepto, la consecuencia automática y directa es su no aplicación al caso concreto.⁷⁰⁶ De manera que la cuestión de la modulación de efectos es relevante tan solo en cuanto a las sentencias de inconstitucionalidad emitidas en el ámbito del **control abstracto sucesivo de constitucionalidad** y en la medida en que el TC busque minimizar los posibles efectos negativos de la declaración. Según Rui Medeiros, desde el punto de vista de la aplicación de la Constitución sobre el precepto legal impugnado, tales efectos pueden ser abordados de tres formas diferentes: “no aplicar la Constitución, porque *salus publica suprema lex*; aplicarla en la lógica *fiat justitia, pereat mundus*; o aplicarla y buscar evitar las consecuencias indeseables que de ahí puedan advenir”.⁷⁰⁷ Este último modo, que se traduce en limitar efectos de la declaración de inconstitucionalidad, ha sido utilizado en Portugal desde la Asamblea Nacional de la Constitución de 1933 hasta el advenimiento de la Constitución de 1976. Tras un pequeño interregno de 6 años, ha vuelto con la revisión constitucional de 1982, que creó el Tribunal Constitucional y le autorizó a restringir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

El sistema portugués acepta tres formas de limitar los efectos temporales de las decisiones del TC. La primera de ellas es la inconstitucionalidad sobrevenida del precepto legal, en función de un precepto constitucional surgido posteriormente (art. 282º, nº 2 CRP). Se trata de un caso especial, porque este artículo no da margen de elección al TC, pues determina que el efecto retroactivo se detenga exactamente en la fecha en que fue promulgada la nueva Constitución o en la que surgió el nuevo precepto a través de revisión constitucional. La segunda es la sentencia limitativa en sentido estricto (art. 282º, nº 4 CRP), que permite efectivamente al TC la ponderación de los efectos *erga omnes, ex tunc* y de reviviscencia de los preceptos eventualmente derogados. Y la tercera es la sentencia de mera incompatibilidad para tratados internacionales ratificados por Portugal (art. 277º, nº 2 CRP). Los demás tipos

⁷⁰⁵ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 246.

⁷⁰⁶ El TC y la generalidad de la doctrina no acepta la limitación de efectos en el control concreto. Ver: *Acórdãos* del TC nºs 314/1995 y 490/1989; Entre otros: SOUSA, M.R. de, O valor jurídico... op. cit. p. 262; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V., *Constituição da...* op. cit. p. 796. Es favorable a la limitación: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 743 y sig. Ver también: CORREIA, H.A.P. “Admissibilidade da restrição temporal de efeitos em fiscalização concreta” in MORAIS, P.B. de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

⁷⁰⁷ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 674. Ver también: TELES, M.G. Eficácia dos tratados na... op. cit. pp. 171 y sig.

doctrinales de pronunciamientos - sentencias de mera incompatibilidad, directivas y apelativas – no están previstas en la Constitución y aunque según algunos autores no pueden ser admitidas por el ordenamiento jurídico portugués, no dejan de suscitar interés y un vivo debate como posibles alternativas a otro tipo de fallos constitucionales.

2.4.1 Sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida.

El art. 282º, nº 2 CRP dispone que la declaración de inconstitucionalidad por infracción de un precepto constitucional posterior, solo produce efectos desde la entrada en vigor de este último.⁷⁰⁸ Es decir, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley anterior a la Constitución o a una revisión constitucional no serán *ex tunc*, sino que se limitarán a retroceder hasta la entrada en vigor de la Constitución o del nuevo precepto constitucional introducido a través de revisión. Gracias a la claridad y objetividad de esta disposición, la inconstitucionalidad sobrevenida prácticamente no ha sido motivo de polémica en Portugal, bien al contrario que en Italia, donde la falta de reglamentación ha originado, como se ha visto, importantes debates. Aun así pueden encontrarse divergencias doctrinales en cuestiones como la derogación, la caducidad o la efectiva inconstitucionalidad de la norma anterior incompatible.

Gomes Canotilho, por ejemplo, explica que en la **inconstitucionalidad sobrevenida** se establece un régimen intermedio entre la eficacia *ex tunc* absoluta y la eficacia *ex nunc*: “a) no se tratan de efectos absolutos *ex tunc*, porque dichos efectos no retroceden al momento de la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional,

⁷⁰⁸ Art. 282º, nº 2 CRP: “2. *Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.*”

sino al del comienzo de la vigencia del parámetro normativo-constitucional posterior; b) no se trata de efectos *ex nunc*, porque la declaración no vale solo *pro futuro*, sino que retrocede al momento de entrada en vigor de la norma constitucional sobrevenida”.⁷⁰⁹ Por ello, la inconstitucionalidad sobrevenida nunca tiene el efecto de rehabilitar (revivir) la disposición legal anterior, como puede ocurrir, y de forma automática, cuando la inconstitucionalidad es originaria. Por otro lado, “un tribunal no puede aplicar una norma de derecho pre-constitucional⁷¹⁰ contraria a la Constitución, puesto que ha dejado de estar en vigor, pero solo la puede considerar derogada o caducada después de haberla considerado contraria a la Constitución.”⁷¹¹ De ahí que, subraye Gomes Canotilho, en la inconstitucionalidad sobrevenida hay un concurso de derogación (leyes que se suceden en el tiempo) y nulidad (leyes de jerarquía diferente en relación de contrariedad). La inconstitucionalidad (plano de validez) conduce, en un caso concreto, a la derogación (plano de vigencia).⁷¹² Sin embargo, Jorge Miranda entiende que la contraposición no

⁷⁰⁹ CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional...* op. cit. p. 1001.

⁷¹⁰ La Constitución prevé expresamente la posibilidad de control del derecho anterior a la Constitución. Art. 290º, nº 2 CRP: “O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.”

⁷¹¹ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da op. cit.* pp. 254 y 255.

⁷¹² CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional...* op. cit. pp. 1288 y 1289. Sobre inconstitucionalidad sobrevenida, consultar además: ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 247; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 112 y sig; MIRANDA, J. Teoria do Estado... op.cit. pp. 464 y sig. Ver: *Acórdão* del TC nº 133/1990. La doctrina italiana identifica dos tipos de inconstitucionalidad sobrevenida: “en sentido estricto” (determinada disciplina se vuelve inconstitucional después de sobrevenir algún acontecimiento posterior, que marcará el inicio de la producción de sus efectos) y “por equilibrio entre valores” (que supone un compromiso temporal entre valores constitucionales y, por ello, la aplicación por el Tribunal del principio de razonabilidad para determinar la fecha en que la decisión pasa a surtir efectos). Ver: PIZZORUSSO, A. Soluzioni techiche per graduare ... op. cit p. 96; ROMBOLI, R. Italia... op. cit. p. 119; ROMBOLI, R. “La tipología de las decisiones ... op. cit. p. 71; RUFFINO, A. Tendenze evolutive del sindacato...; COSTANZO, P. Riflessioni interlocutorie sul... op. cit. pp. 76-77; CARNEVALE, P. La dichiarazione di inconstitucionalita... pp. 409-410. Ver también los artículos de Luciani, Modugno, Onida, Pizzorusso, Romboli y Ruffino publicados en *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989. En Alemania ver, entre otros: LARENZ, K. *Metodologia da ciência...* op. cit. pp. 495 y sig.; Ver también: HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22; MAUNZ, T.; ZIPPELIUS, R. *Deutsches Staatsrecht*, 26. ed. München, 1985, p. 54; IPSEN, J. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 164. En Brasil ver: CLÉVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 55. MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 407 y sig.; BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. pp. 49 y sig.; MORAES, A. de. “Comentários à Lei 9882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” en TAVARES, A.R.; ROTHENBURG, W.C. (org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22; STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 703; BRUST, L. “A jurisdição constitucional no Brasil” in *Destaque Jurídico – Revista de Estudos Jurídicos*, v. 3, n. 3. Gravataí: Ulbra, agosto 2004, pp. 27 y 28. En España: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La

debe de ser entre inconstitucionalidad y derogación, sino entre inconstitucionalidad originaria y sobrevenida, que debe ser aplicada tanto a las situaciones producidas por una Constitución nueva, como a las que son producto de una revisión constitucional. “La inconstitucionalidad sobrevenida expresa una valoración negativa del mandato jurídico, originado por nuevos principios o preceptos constitucionales en relación a la ley anterior. Es esta valoración la que determina el fin de la vigencia de la ley y determina su caducidad y su derogación, porque en función de su disconformidad con la Constitución, de ahora en adelante la ley deja de tener una condición intrínseca de subsistencia, independientemente de cualquier acto de voluntad específicamente dirigido a su eliminación.”⁷¹³

La orientación del TC en esta materia es muy clara y su jurisprudencia proviene de la antigua Comisión Constitucional (CC)⁷¹⁴, que decidió que “el derecho ordinario anterior a 1976, que se había vuelto disconforme por la subsecuente publicación de la Constitución, padecía de vicio de inconstitucionalidad material sobrevenida y que, por lo tanto, la Comisión era competente para conocer los competentes recursos”.⁷¹⁵ Por cierto, el TC considera que la línea trazada por la Comisión Constitucional se consolidó con el art. 282º, nº 2 CRP y en sucesivas sentencias ha mantenido que el juicio de inconstitucionalidad sobrevenida no difiere cualitativamente del juicio de inconstitucionalidad material originario.⁷¹⁶ Por eso, “aunque el tribunal recurrido considere que una norma legal fue derogada por una norma constitucional preceptiva y exequible por sí misma, no se dejan de aplicar los mecanismos de control concentrado de la constitucionalidad previstos en la Constitución”.⁷¹⁷ El TC ha entendido que la derogación de la norma objeto del *petitum* de inconstitucionalidad no obsta su enjuiciamiento, toda vez que este se muestre indispensable para corregir o eliminar alguno de los efectos producidos durante su

Constitución como norma... op. cit. p. 203; VEGA GARCÍA, P. de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 177 a 215.

⁷¹³ MIRANDA, J. *Teoria do Estado*... op.cit. pp. 465 y 466.

⁷¹⁴ *Acórdãos* de la CC nºs 40 y 41 de 1977.

⁷¹⁵ MENDES, A.R. “O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na fiscalização da constitucionalidade das leis (1976-1983)” in COELHO, M.B. (org.). *Portugal e o sistema político e constitucional (1974-1987)*. Lisboa, 1989, pp. 938 y 939.

⁷¹⁶ *Acórdãos* del TC nºs 201/1986, 446/1991, 429/1989.

⁷¹⁷ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade*... op. cit. p. 121.

vigencia. Sin embargo, exige la existencia de interese jurídico relevante, no bastando que la norma derogada haya producido algún efecto (*Acórdão* 19/2007).

2.4.2 Sentencia limitativa.

El art. 282º, nº 4 CRP autoriza al Tribunal Constitucional la modulación de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad – que de ordinario son *erga omnes*, *ex tunc* y determinan la reviviscencia de los preceptos eventualmente derogados –, dándole la facultad de establecer que la sentencia produzca sus efectos a partir de una fecha pretérita más reciente o, incluso, futura (*ex nunc*), por razones de seguridad jurídica, equidad o interés público de excepcional relieve.⁷¹⁸ Su objetivo seguramente es el de mitigar la excesiva rigidez que la decisión pudiera comportar.⁷¹⁹ Esta regla es considerada de particular relevancia por Gomes Canotilho, quien advierte que “al permitirse al TC la ‘manipulación’ de los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad, se le abre la posibilidad de ejercer poderes tendencialmente

⁷¹⁸ Art. 282º nº 4 CRP: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2. 1. 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 reprivatização das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.”

⁷¹⁹ SOUSA, M.R. de, O valor jurídico... op. cit. pp. 265 y sig.; MIRANDA, J. Manual de... op. cit. II, pp. 500 y 501. Ver em Alemania: LARENZ, K. Metodologia da Ciência...op. cit. p. 517; BACHOF, O. “Estado de Direito e poder político” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 1980, p. 15. En Itália Zagrebelsky califica a esta actuación de la Corte como propia de una “ética de la responsabilidad” En: ZAGREBELSKY, G. Il controllo da parte... op. cit. pp. 197 y 198. Ver también: MEZZONOTTE, C. Il contenimento della retroattività...op. cit. p. 39; PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. p. 105. En sentido crítico a la modulación de efectos: D’ORAZIO, G. Ancora sugli effetti nel tempo... op. cit. p. 350; PACE, A. Effetti temporali... op. cit. p. 54; FOIS, S. Consideración sul... op. cit. pp. 34 y 35.

normativos”.⁷²⁰ Jorge Miranda explica que la ponderación de los efectos de las sentencias del TC acaba apareciendo como un poder en competencia con el Poder Legislativo, porque incluye, además de razones estrictamente jurídicas – la seguridad y la equidad –, una razón de carácter eminentemente político: el interés público de excepcional relieve.⁷²¹ De hecho, se trata en este último caso de un criterio de oportunidad aparentemente extraño a la función jurisdiccional y que da margen a que el TC acabe sobrepasando los límites clásicos de su función. Sin embargo, no puede olvidarse que la propia Constitución es la que le otorga esta posibilidad y que siempre que la limitación de efectos se base en un interés público de especial transcendencia el Tribunal está especialmente obligado a fundamentar su sentencia.⁷²²

Vitalino Canas destaca que “ningún otro Tribunal Constitucional goza de tamaña libertad de movimientos en el establecimiento de los efectos de sus decisiones”.⁷²³ Si esto es verdad, también lo es el hecho de que la norma contenida en el art. 282º, nº 4º no es una “peculiaridad” portuguesa, pues aparece en los textos o por lo menos en la jurisprudencia de diversos países. Además, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea está autorizado a limitar los efectos de sus decisiones cuando se

⁷²⁰ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op. cit. p. 1005. Ver: COSTA, J.M.C. da, *A justiça constitucional no quadro...* p. 68; RANGEL, P.C. *O legislador e o Tribunal...* op. cit. p. 157; ALMEIDA, L.N. de, *Portugal...* op. cit. p. 227. Ver también: ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil...* op. cit.; GROPPI, T. *¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'?...* op. cit. En el derecho comparado hay una buena síntesis respecto las relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional en: AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

⁷²¹ MIRANDA, J. *Manual de...*, op. cit. II, p. 503. Ver también: MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 727; SAMPAIO, F.C. “Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade” in MORAIS, P.B. de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

⁷²² Ver ALMEIDA, L.N. de, *Portugal...* op. cit. p. 252; SOUSA, M.R. de, *O valor jurídico...* op. cit. pp. 265 y sig. A partir de una lista organizada por Jorge Miranda, Vitalino Canas enumera cuatro hipótesis en las que no podría verificarse la restricción de efectos: 1) la norma inconstitucional viola *preferred rights* (entre otros, art. 19, nº 6 CRP); 2) si el TC pretende discriminar entre personas, con violación del principio de igualdad; 3) si el TC pretende distinguir entre zonas del territorio en que la norma produciría efectos y zonas en que no produciría; 4) si la norma inconstitucional es inexistente. En: CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. p. 196.

⁷²³ CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 195 y 196. Ver también: MEDEIROS, R. “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional” in *O Direito*, III, 121, 1989, pp. 512 y sig.; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da...* op. cit. pp. 1042 y sig.; ALMEIDA, L.N. de. *O Tribunal Constitucional e o conteúdo...* op. cit. p. 970. Como veremos en la segunda parte de este estudio, en Brasil la Ley 9868/1999 ha concedido al Tribunal Supremo Federal posibilidades aun mayores de modular los efectos de sus sentencias.

pronuncia sobre la ilegalidad de algún reglamento⁷²⁴ Una realidad que no impide las críticas sobre la utilización excesiva de esta facultad constitucional.⁷²⁵ Vital Moreira llega a decir que el TC “corre el riesgo de *transformar la excepción en regla*, siendo de temer que se extienda la creencia de que ‘el crimen compensa’ y que vale siempre la pena crear normas inconstitucionales, porque, por más flagrante que sea desde el inicio la inconstitucionalidad, siempre habrá fuertes posibilidades de que el TC, al declarar la norma inconstitucional, venga a salvaguardar los actos y hechos entretanto consumados”.⁷²⁶ Este es un punto bastante sensible, porque habla de las relaciones con el Poder Legislativo y alerta sobre el hecho de que, con la involuntaria ayuda del TC, plasmada en la casi certeza de la no anulación *ex tunc*, se puedan generar todavía más leyes inconstitucionales. Nunes de Almeida no tiene una opinión tan pesimista. Afirma que del análisis de la jurisprudencia del Tribunal se desprende claramente su tendencia a invalidar los actos practicados bajo la norma inconstitucional, pero que, en una jurisprudencia prudente, los jueces del TC utilizan frecuentemente el poder de limitación de efectos para no afectar a las situaciones ya consolidadas.⁷²⁷ Y al fin y al cabo es de esto de lo que se trata.

La verdad es que la limitación de los efectos - o, más allá de los efectos, la limitación de la propia inconstitucionalidad – dice Jorge Miranda, “resulta de la conveniencia de suavizar el rigor de las decisiones, adecuándolas a las situaciones de la vida, en nombre de otros principios e intereses constitucionalmente protegidos. Implica, por consiguiente, una tarea de armonización y concordancia práctica, además de servir de instrumento de garantía (por paradójico que parezca *prima facie*). Y ello porque si la limitación de los efectos no se produjera, los órganos de control podrían llegar a no declarar la inconstitucionalidad a fin de evitar consecuencias demasiado gravosas”.⁷²⁸ El propio Tribunal destacó la necesidad de limitar efectos en el *Acórdão* 272/86, afirmando

⁷²⁴ Art. 174º del Tratado de Roma (no alterado por el Tratado de la Unión Europea).

⁷²⁵ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op. cit. p. 1005.

⁷²⁶ Declaración de voto (voto particular) del juez Vital Moreira al “*Acórdão* del TC nº 144/1985” in *Acórdãos del Tribunal Constitucional*, VI, pp. 183 y sig.

⁷²⁷ ALMEIDA, L.N. de, *A justiça constitucional...* op. cit. pp. 138 y sig. Ver, entre otros: *Acórdãos* 239/2008, 85/2008, 551/2007, 18/2007, 896/1996, 13/1995, 231/1994, 397/1993, 308/1993, 368/1992, 308/1990, 254/1990, 77/1988, 53/1988, 451/1987, 80/1986.

⁷²⁸ MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. p. 512; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões...* op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007). Otto Bachof diría que “un resultado injusto o - por cualquier otra razón - dudoso, es también probablemente, pero no siempre, un resultado jurídicamente errado. En: BACHOF, O. *Estado de Direito e poder...* op. cit. p. 15.

que cuando declara la “inconstitucionalidad de una disposición con fuerza obligatoria general, está contribuyendo al reequilibrio del sistema jurídico. Y al mismo tiempo, y cabe admitir que de forma casi paradójica, el ejercicio de esa misma competencia constituye un factor de incertidumbre e inseguridad del derecho”. Por ese motivo, “en caso de duda el Tribunal siempre ha elegido la solución más prudente, la que más restringe los efectos de la inconstitucionalidad con el fin de salvaguardar principalmente los actos administrativos ya consolidados”.⁷²⁹

El principio de la seguridad jurídica fue alegado recientemente por el TC como argumento para limitar los efectos de una decisión de inconstitucionalidad (*Acórdão* 239/2008). Se le solicitaba al TC que declarase la inconstitucionalidad de las letras *f* y *l* del art. 11º, nº 1 del Decreto Reglamentar (DR) nº 53/97, que establecía que el candidato a la Policía Marítima debería acumular obligatoriamente los requisitos de no haber sido condenado por crimen doloso y de no haber sufrido ninguna sanción durante el cumplimiento del servicio militar. El TC declaró en el fallo la inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de las normas contenidas en las dos letras, por violación del dispuesto en el art. 30º, nº 4 CRP (ninguna pena implica como efecto necesario la pérdida de cualesquiera derechos civiles, profesionales o políticos). Sin embargo, por motivos de seguridad jurídica, en los términos del art. 282º, nº 4 CRP, mantuvo los efectos producidos por las normas declaradas inconstitucionales hasta la publicación de la sentencia, sin perjuicio de los casos aun susceptibles de impugnación o que de ella se encontrasen pendientes. En los motivos determinantes el TC explicó que “teniendo en cuenta que una declaración de inconstitucionalidad produce efectos *extunc* (art. 282º, nº 1 CRP), deben ser ponderadas las eventuales repercusiones negativas de la decisión, en relación con las situaciones jurídicas constituidas bajo el régimen de oposición en que se insertan las normas cuestionadas. Encontrándose estas en vigor hace más de 10 años, se han producido durante todo ese periodo un gran número de ingresos en los cuadros de la Policía Marítima, al abrigo de oposiciones realizadas en aplicación de aquél régimen, y que ya se encuentran con su situación jurídico-profesional consolidada. El principio de la seguridad jurídica impone que las oposiciones ya finalizadas no puedan ser reabiertas por fuerza del presente juicio, justificándose la utilización de la facultad conferida por el art. 282º, nº 4 CRP, para limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, de modo que no sean

⁷²⁹ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 249.

afectados los resultados de las oposiciones ya finalizadas y no impugnadas, o cuya impugnación ya haya sido definitivamente decidida.”⁷³⁰

El hecho de que el Tribunal, en el *Acórdão* 239/2008, haya mantenido los efectos producidos por las normas declaradas inconstitucionales hasta la publicación de la sentencia en el *Diário da República*, en principio no genera demasiada discusión. Pero sí lo generaría si el TC postergara de forma deliberada e intencionada la publicación de la decisión por el tiempo necesario para el desarrollo de una nueva ley por parte del Parlamento. Es decir, si se vale de un subterfugio para mantener en vigor una ley inconstitucional, con la intención de evitar roces con el legislador o con otro poder, como ocurrió en al menos una ocasión (*Acórdão* 168/1988).⁷³¹ Gomes Canotilho entiende que la “disociación temporal entre la declaración de inconstitucionalidad y su publicación” es una práctica que en Portugal podría ser considerada inconstitucional. Y añade que “el problema de la ‘sincronización’ entre la invalidación del precepto y su sustitución puede ser resuelta de forma transparente con la delimitación de la eficacia temporal en los términos del art. 282º, nº 4 CRP”.⁷³² En suma, no ve motivo para que se utilice un subterfugio, cuando la propia Constitución proporciona la solución.

La cuestión más polémica en esa materia es la referente a la posibilidad de diferir al futuro los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Es decir, más allá de los efectos *ex nunc*. Para Jorge Miranda, el diferimiento “choca con el propio principio de constitucionalidad.”⁷³³ Opinión compartida por Gomes Canotilho y Vital Moreira, quienes aceptan que la decisión de inconstitucionalidad no produzca efectos hasta su publicación oficial, pero mantienen que si después de esta fecha el precepto continuara surtiendo efectos, ello sería incompatible con la propia idea de decisión de

⁷³⁰ *Acórdão* del TC nº 239/2008 de 22.04.2008 (Mariano) en la dirección URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080239.html>

⁷³¹ El TC portugués declaró la inconstitucionalidad formal de un acuerdo entre Portugal y EEUU, en el cual el Estado portugués autorizaba a su homónimo norte-americano la instalación en tierras lusas de una estación electro-óptica para vigilancia del espacio exterior. Como estaba en juego la imagen externa del país y el respeto por las obligaciones del Estado portugués, el TC hizo constar en el fallo que especiales razones de seguridad jurídica y de interés público aconsejaban que los efectos de la inconstitucionalidad fueron limitados a la fecha de publicación de la sentencia en publicación oficial. Sin embargo, postergó por más de dos meses la publicación de la decisión - de 18 de julio para 27 de septiembre de 1988 - (“*Acórdão* del TC nº 168/88 de 27/09/1988” in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, XII, pp. 173 y sig).

⁷³² CANOTILHO, J.J.G.. *Direito Constitucional...*, 5. ed. op. cit. p. 1006.

⁷³³ MIRANDA, J. *Manual de...*, op. cit. II, p. 505.

inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general.⁷³⁴ También Rebelo de Sousa es tajante: “no puede el Tribunal Constitucional, en ningún caso, salvaguardar para el futuro los efectos de un acto nulo, como no puede ampliar el espectro de casos juzgados más allá de su estricto ámbito sin para ello invocar los presupuestos objetivos del art. 282º, nº 4 CRP, como tampoco puede impedir la reviviscencia o buscar efectos pasados del acto nulo sin cumplir dichos presupuestos, como tampoco puede [...] subrogarse al órgano que practicó o que debería haber practicado el acto nulo, practicando él mismo acto diverso y constitucional”.⁷³⁵ Es decir, el art. 282º, nº 4 CRP debe ser interpretado restrictivamente, de forma que el límite máximo de validez de la ley inconstitucional sea la publicación de la sentencia (*ex nunc*). Una vez publicada la declaración de su nulidad, por respeto al principio de constitucionalidad la ley no podrá continuar en vigor.

Rui Medeiros⁷³⁶, en principio, está de acuerdo con quienes, como Canotilho y Moreira⁷³⁷, entienden que después de publicada la declaración de inconstitucionalidad, el precepto impugnado no pueda ser aplicado más. Sin embargo, admite “excepcionalmente, a la luz del canon de la proporcionalidad, que la ley inconstitucional pueda temporalmente continuar produciendo efectos tras la publicación de la declaración”.⁷³⁸ Argumenta que “de nada sirve esgrimir contra el poder de limitación de efectos *in futuro* la simple circunstancia de que el art. 282º, nº 4 CRP no contemple expresamente”. Primero, porque cree que es posible “interpretar este artículo en el sentido de que el TC puede diferir para el futuro el momento del cese de la vigencia de la norma declarada inconstitucional”. Segundo, y este es el aspecto decisivo, “si la teleología de la norma que atribuye al Tribunal un poder de limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad arranca del reconocimiento de que, en muchos casos, el propio ordenamiento constitucional, bajo la perspectiva de la luz del principio de la proporcionalidad, postula una restricción del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, entonces es forzoso reconocer que, cuando la única forma de asegurar las finalidades visadas por el art. 282º, nº 4 pasa por la limitación de

⁷³⁴ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V., *Constituição da...* op. cit. p. 1042.

⁷³⁵ SOUSA, M.R. de, *O valor jurídico...* op. cit. pp. 263 y 264.

⁷³⁶ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 725.

⁷³⁷ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V., *Constituição da...* op. cit. p. 1042.

⁷³⁸ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 724.

efectos *in futuro*, nada impide que el TC opte por tal solución.”⁷³⁹ Vitalino Canas también se manifiesta favorablemente, aunque refuerce el carácter excepcional de la medida. “Son muchas las situaciones en que esta solución puede ser la más aconsejable: las más obvias son aquellas en que la anulación provocará un vacío jurídico (en los casos en que no hay posibilidad de reviviscencia de la norma anterior), que es vital evitar. Asimismo, cuando no hay posibilidad de interpretación conforme a la Constitución y tampoco de una decisión reductora, aditiva o sustitutiva.” Es favorable también a que el TC pueda establecer un plazo para que el legislador produzca nueva legislación, como sucede en Austria⁷⁴⁰, o que le sea permitido establecer una legislación transitoria, aun siendo consciente de que eso difícilmente podría encuadrarse en el actual derecho portugués.⁷⁴¹

Es evidente que tanto Vitalino Canas, como Rui Medeiros enfatizan el carácter excepcional que conlleva la limitación *in futuro*. En ese sentido, Rui Medeiros esclarece su pensamiento con un ejemplo: “si la legislación sobre el rendimiento mínimo garantizado fuera declarada inconstitucional con fuerza obligatoria general, podría acontecer que el respeto por las expectativas de aquellos que hicieron sus planes de vida con base en la legislación inconstitucional justificase que transitoriamente se mantuviera en vigor”.⁷⁴² Trae asimismo a colación el caso del Acuerdo Portugal-Estados Unidos, objeto del *Acórdão* del TC nº 168/88 visto anteriormente, en el cual el TC declaró la inconstitucionalidad formal del Acuerdo y después postergó deliberadamente su publicación por más de dos meses. Un procedimiento considerado inconstitucional por él y otros autores, y que a su juicio podría haber encontrado mejor solución con la limitación de efectos *in futuro*.⁷⁴³

Cabe subrayar que Rui Medeiros ha optado por una situación que involucra el interés público - legislación sobre el rendimiento mínimo -, para justificar la limitación *in futuro* de la decisión de inconstitucionalidad. Aunque el interés público

⁷³⁹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 729 y 730.

⁷⁴⁰ En Austria el TC puede establecer un plazo de vigencia de hasta 18 meses para la norma declarada inconstitucional.

⁷⁴¹ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 202 y 203.

⁷⁴² MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 725.

⁷⁴³ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 727; CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e..., 5. ed. op. cit. p. 1005. Ver también: SOUSA, M.R. de, O valor jurídico... op. cit. pp. 265 y sig.; SAMPAIO, F.C. Os efeitos diferidos... op. cit.

sea una de las razones previstas en el art. 282º, nº 4 CRP, el hecho de este autor invoque una razón de carácter político - o de juicio de valor político y no estrictamente jurídico - ,⁷⁴⁴ configura una aparente contradicción con sus reiteradas críticas a la “actuación política” del TC, al cual le gustaría ver reducido a la única condición de legislador negativo.⁷⁴⁵ Sin embargo, como el mantenimiento en vigor de una ley inconstitucional no deja de ser una evidente opción por el legislador, su posición es coherente con la intransigente defensa que hace de la labor de los legisladores, como los únicos legitimados por el voto popular para hacer leyes. Además, el autor se justifica explicando que “el mantenimiento en vigor de la norma inconstitucional resulta del sistema jurídico y no de una determinación autónoma del TC. Es decir, los límites de la decisión de inconstitucionalidad, incluso los límites *in futuro*, derivan, no del ejercicio de un poder constitutivo discrecional del TC, sino eventualmente de principios constitucionales objetivamente vigentes y que el órgano de control se limita a declarar en términos vinculados.” Siendo así, no se podría alegar “el carácter anómalo de una tesis que permite que, tras el reconocimiento calificado de la inconstitucionalidad por el TC, los tribunales y las autoridades administrativas queden obligados a aplicar la norma declarada inconstitucional”.⁷⁴⁶ De todas formas, los autores que defienden la posibilidad de limitación *in futuro*, concuerdan en que esta opción debe ser analizada caso a caso y que “del principio fundamental de la primacía de la Constitución en sentido estricto resulta que la permanencia en vigor de la norma inconstitucional solo puede constituir una *solución transitoria*”.⁷⁴⁷ Por cierto, el Tribunal Constitucional ha traspasado el límite de la fecha de publicación de la sentencia una sola vez⁷⁴⁸, cuando declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones de una ley que preveían la integración de ciertas tierras en zonas de caza asociativa y turística. El TC determinó que la exclusión de las áreas de la zona de caza asociativa operase con efectos *ex nunc* y la de las zonas de caza turística, tan solo en el plazo establecido en la respectiva concesión, lo cual podría ocurrir muchos años después de publicada la sentencia (*Acórdão* del TC nº 866/1996).

⁷⁴⁴ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 252; MIRANDA, J. Manual de..., op. cit. II, p. 503.

⁷⁴⁵ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 493 y sig. y 864 y sig.

⁷⁴⁶ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 730 y 731.

⁷⁴⁷ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 730 y 731; CANAS, V., Introdução às decisões... op. cit. p. 110, 205 y 206. Ver también: CORREIA, H.A.P. Admissibilidade da restrição temporal... op.cit.

⁷⁴⁸ Vid ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 251.

2.4.3 Sentencia de mera incompatibilidad para tratados internacionales.

Si la generalidad de la doctrina considera que la legislación portuguesa no admite la sentencia de mera incompatibilidad – como veremos a continuación -, no ocurre lo mismo respecto a los preceptos contenidos en tratados internacionales ratificados por Portugal. En efecto, el art. 277º, nº 2 CRP prevé para estos una *sui generis* declaración de inconstitucionalidad sin los efectos de la nulidad, cuando se trate de una inconstitucionalidad orgánica o formal. Esta no impide la aplicación de los tratados en el orden jurídico portugués, desde que sean aplicados en el ordenamiento jurídico de la contraparte y siempre que la inconstitucionalidad no resulte de la violación de un precepto fundamental.⁷⁴⁹ En términos materiales, confirma Vitalino Canas - que prefiere denominarla decisión de estimación ficticia -, “la decisión de mera incompatibilidad acaba por aproximarse, en resultados y en contenido a las decisiones en armonía con el art. 277º, nº 2 CRP. [...] La diferencia reside en que en las decisiones de mera incompatibilidad es el TC quien decide la continuidad de la aplicación por motivos de ‘seguridad jurídica’ o ‘razones de equidad o interés público de especial relieve’, mientras que en el caso de las decisiones sobre normas ‘irregularmente ratificadas’ es la propia Constitución quien lo tolera, en honor a la buena fe y a la certeza jurídica en las relaciones jurídicas internacionales.”⁷⁵⁰ La literatura jurídica lo ha

⁷⁴⁹ Art. 277º, nº 2: “A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.”

⁷⁵⁰ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit., p. 206, nota 204. Cfr.: ARAÚJO, A. "Relações entre o direito internacional e o direito interno. Limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade (a norma do art. 277, 2, da CRP)" in VÁRIOS AUTORES, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1993, p. 35; GOUVEIA, J.B. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa, 1992, pp. 39 y sig.

denominado precepto inconstitucional irregular, justamente porque, a pesar de su inconstitucionalidad, es válido y eficaz, no pudiendo ser anulado por el TC.⁷⁵¹ El hecho de que la Constitución portuguesa consagre en su texto una inconstitucionalidad sin consecuencias no se debe a un capricho de los constituyentes, sino a un motivo de interés público, explica Rebelo de Sousa. “Lo que distingue la invalidez de la irregularidad, en el plano de las causas, es que en esta última el vicio solo puede relacionarse con la competencia y con la forma - un vicio menos grave que la invalidez - y, simultáneamente, en ella se verifica la tutela de un interés público justificador de la preclusión de la correspondencia entre la inconstitucionalidad y la invalidez.”⁷⁵²

La inconstitucionalidad formal u orgánica que no esté expresamente prevista en la Constitución, no puede ser calificada como irregular por los jueces ordinarios y el TC. Y la única irregularidad existente en la Constitución es precisamente la del art. 277º, nº 2,⁷⁵³ que exige el concurso de cuatro circunstancias caracterizadoras para ser reconocida como tal: “1ª) el acto irregular es un acto inconstitucional intrínsecamente viciado; 2ª) los vicios se relacionan únicamente a la competencia o a la forma del acto; 3ª) los vicios no se pueden referir a la violación de un precepto fundamental, considerada esta como la que repercute en la competencia o en la forma de los principios esenciales de la Constitución material; 4ª) el interés público que explica la validez del acto inconstitucional es el interés de la no afectación de la contratación internacional, que supone la buena fe de las partes contratantes. Buena fe que puede ser lesionada si un tratado internacional celebrado por Portugal fuere considerado inválido, a pesar de estar siendo aplicado en el orden o en los órdenes jurídicos de la o de las otras partes, solo porque ha violado un precepto secundario de la CRP”.⁷⁵⁴ Por consiguiente, es el principio de proporcionalidad el que fundamenta la existencia de esta excepción en la Constitución, que dicho sea de paso, no deja de ser un indicio más de la ductilidad en la actuación del TC. Aunque esta vez impuesta por la propia Constitución.

⁷⁵¹ SOUSA, M.R. de, O valor jurídico ... op. cit. pp. 271 y sig.; ARAÚJO, A. Relações entre... op. cit. pp. 9 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... , 5. ed. op. cit. p. 946; GOUVEIA, J.B. O valor positivo...; TELES, M.G. "Inconstitucionalidade pretérita" in MIRANDA, J. (org.) *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 101 y sig.

⁷⁵² SOUSA, M.R. de, O valor jurídico... op. cit. p. 272.

⁷⁵³ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 733.

⁷⁵⁴ SOUSA, M.R. de, O valor jurídico... op. cit. pp. 273 y 274.

2.4.4 Modulaciones de efectos no admitidas en el sistema portugués.

Las tres posibilidades anteriores de ponderación de efectos están expresamente previstas en la Constitución (art. 282º, nºs 2 y 4 y art. 277º, nº 2) y son aceptadas por el Tribunal Constitucional y por la generalidad de la doctrina portuguesa. Por esto Jorge Miranda advierte que todas las demás soluciones no pueden ser admitidas, al contrario de lo que sucede en otros países a consecuencia de normas constitucionales, legales o consuetudinarias.⁷⁵⁵ Esta casi unanimidad no ha impedido la polémica doctrinal sobre la necesidad, conveniencia o posibilidad de introducir en el sistema portugués otros tipos de decisiones con objetivos semejantes. Las más citadas son las sentencias de mera inconstitucionalidad (también para las normas internas), las directivas y las apelativas, todas de origen germánico, que serán asimismo aquí analizadas.

2.4.4.1 Sentencia de mera incompatibilidad.

⁷⁵⁵ MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007); MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 732 y sig. En sentido diferente, CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit., pp. 192 y sig. y 202 y sig.

A través de la llamada sentencia de declaración de mera incompatibilidad (también conocida como decisión de mera inconstitucionalidad o de estimación ficticia) el Tribunal Constitucional declara la incompatibilidad de un precepto con la Constitución, sin que la decisión tenga como efecto inmediato su anulación y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico. Es por lo tanto una decisión de inconstitucionalidad sin la consecuencia jurídica de la nulidad. Para Gomes Canotilho este tipo de sentencia no tiene soporte constitucional “si se quiere configurar la hipótesis de efectos aun más restrictivos que los de la anulabilidad con eficacia *ex nunc*”.⁷⁵⁶ Es decir, que se permita que una norma considerada inconstitucional continúe en vigor más allá de la publicación de la decisión que declaró la incompatibilidad.

La importación de la figura de la declaración de mera incompatibilidad del derecho alemán – donde tampoco tiene aprobación general⁷⁵⁷ - es considerada innecesaria por Rui Medeiros⁷⁵⁸, para quien la solución contenida en el art. 282º, nº 4 CRP, además de superior, es la más adecuada al sistema portugués. “No se vislumbra un fundamento para utilizar una solución inventada en un ordenamiento que desconoce una tal regla.”⁷⁵⁹ Además, la solución alemana se limita a declarar la incompatibilidad y no establece, en ocasiones, ningún plazo a partir del cual el precepto se volverá nulo, mientras la solución portuguesa prevé que “aunque haya limitación de efectos *in futuro*, el TC no puede dejar de establecer un plazo para el fin de la vigencia de la ley inconstitucional. Y el transcurso de ese plazo implica la expulsión automática de la norma del ordenamiento jurídico, sin depender de una nueva tomada de posición del

⁷⁵⁶ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* 5. ed. op. cit. p. 1006; ver también nota 38.

⁷⁵⁷ La declaración de mera incompatibilidad está lejos de ser aceptada unánimemente en Alemania. Están en contra: SCHNEIDER, B.J. *Funktion der Normenkontrolle un der richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze. Eine verfassungsgeschichtliche und theoretische Untersuchung*. Frankfurt am Main – Bern – New York – Paris, 1988, pp. 171 y sig.; SKOURIS, W. *Teilnichtigkeit von...* op. cit. pp. 45 y sig. Prefieren la decisión de invalidez con limitación de efectos: GERONTAS, A. “Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit” in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1982, pp. 490 y 491; SÖHN, H. *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?* Frankfurt am Main, 1974, pp. 4 y sig.

⁷⁵⁸ MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 521.

⁷⁵⁹ De hecho, el par. 78 de la BVerfGG prevé únicamente que: “llegado al convencimiento el TC de la incompatibilidad de derecho federal con la Constitución o de derecho de los *Ländern* con la Constitución o con el derecho federal, declarará la nulidad de la ley”.

guardián de la constitucionalidad”.⁷⁶⁰ En otras palabras, el sistema portugués exige que la vigencia de la ley inconstitucional sea necesariamente provisional.

En una obra publicada en 1982 - anterior a la revisión de la Constitución del mismo año que introdujo la posibilidad de modulación de efectos (art 282º, nº 4 CRP), Gomes Canotilho manifestaba su simpatía por la declaración de mera incompatibilidad, por entender que los resultados de una declaración de nulidad pueden ser más graves que los de la declaración de mera incompatibilidad. “Bajo el punto de vista de los resultados, la tesis de la simple declaración de inconstitucionalidad sin establecimiento de nulidad puede corresponder mejor al sentido de la propia imposición constitucional, porque son manifiestamente más graves los resultados provenientes de la declaración de nulidad, [...] que aquellos que se contienen en el simple reconocimiento de una situación inconstitucional imperfecta.”⁷⁶¹ Un razonamiento en el cual es posible vislumbrar el principio de la proporcionalidad. Posteriormente el maestro de Coímbra enumeró algunas hipótesis en que la declaración de mera incompatibilidad podría tener alguna justificación: a) violación del principio de igualdad en la que el TC constata que la falta de densidad del principio como norma parámetro no le permite sustituir el legislador, que así podrá elegir la mejor opción entre las disponibles; b) la declaración con nulidad crearía una situación de vacío o de caos jurídico manifiestamente incompatible con el orden constitucional, de modo que solo el legislador estaría en condiciones de resolver el problema de la norma inconstitucional; c) inexistencia de reglas o disciplina jurídica transitoria que pudieron ser una alternativa plausible a la solución contenida en la norma inconstitucional; d) existencia de omisión legislativa inconstitucional, porque en algunos casos el establecimiento de la nulidad no es capaz de crear una situación constitucional.⁷⁶²

Hoy en día Gomes Canotilho entiende que la legitimidad constitucional de una declaración de mera incompatibilidad es discutible y que los efectos que con ella se pretende obtener pueden ser alcanzados con el establecimiento de los efectos más restrictivos previstos en el art. 282º, nº 4 CRP o con la figura de la “omisión legislativa

⁷⁶⁰ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 521 y sig.

⁷⁶¹ CANOTILHO, J.J.G. Constituição Dirigente... op. cit. pp. 204 y 205.

⁷⁶² CANOTILHO, J.J.G.. Direito Constitucional e... 5. ed. op. cit. p. 947.

parcial”.⁷⁶³ Esta última permitiría - por ejemplo, en las violaciones al principio de igualdad - no declarar la inconstitucionalidad de una solución justa, como la concesión de pensiones, y declarar la inconstitucionalidad por omisión del legislador, que se olvidó de extender el beneficio para otras personas en idéntica situación. Ello porque el legislador tiene la obligación de volver exequibles el derecho social y el principio de la igualdad. De esta manera se evitaría el mantenimiento en vigor de una ley inconstitucional como ocurre en la declaración de mera incompatibilidad.⁷⁶⁴ “La no atribución de los efectos de la nulidad *ipso jure* no puede implicar la supervivencia y aplicación de la norma considerada inconstitucional, ni los ‘peligros’ de lagunas legislativas se pueden sobreponer a los peligros de la erosión del principio de la constitucionalidad de los actos normativos.”⁷⁶⁵ Nunes de Almeida, Jorge Miranda, Rui Medeiros y Vital Moreira adoptan idéntica posición.⁷⁶⁶

Vitalino Canas, que viene a ser el único de los autores portugueses de referencia que no es contrario a la declaración de mera incompatibilidad, recuerda que “el mecanismo del art. 282º, nº 4 CRP, aun cuando entendido en el sentido restrictivo de destinarse apenas a permitir la preterición de la eficacia retroactiva (entendimiento que recusa), supone justamente la aplicación por los Tribunales de normas inconstitucionales.”⁷⁶⁷ Por ello, afirma que este mecanismo no puede ser esgrimido como impedimento para dichas decisiones. Defiende, esto sí, que se debe darle un tratamiento distinto según el caso en cuestión. Si la norma inconstitucional consagra cierta obligación para cierta categoría de personas o las excluye de cierto beneficio, su aplicación debe ser suspendida en los tribunales, impidiéndose así la formación de cosa juzgada. Si la norma inconstitucional exime de cierto deber general o atribuye determinado beneficio a cierta categoría, debe continuar siendo aplicada a las personas a las que beneficia.⁷⁶⁸

⁷⁶³ CANOTILHO, J.J.G.. *Direito Constitucional...*, 5. ed. op. cit. p. 947.

⁷⁶⁴ Ver CANOTILHO, J.J.G.. *Direito Constitucional...*, 5. ed. op. cit. p. 1024.

⁷⁶⁵ CANOTILHO, J.J.G.. *Direito Constitucional...*, 5. ed. op. cit. p. 1006. Ver también *Acórdão* del TC 272/86 in *Diário da República*, I, 18/09/1986.

⁷⁶⁶ ALMEIDA, L.N. de, *Portugal...* op. cit. p. 236; MIRANDA, J. *Manual de...* op. cit. VI, pp. 255 y sig.; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 732 a 734; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição...* op. cit. anotación al art. 282º.

⁷⁶⁷ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 205 y 206.

⁷⁶⁸ CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 206.

La verdad es que el efecto jurídico más obvio de la declaración de mera incompatibilidad es que la norma continúa en vigor, pero esta decisión pretende ser también una especie de “barrera” o “prohibición” de aplicación dirigida a los tribunales y a la administración pública, y un llamamiento a que el legislador cree una nueva ley en un plazo razonable (deber de perfeccionamiento de la ley).⁷⁶⁹ Sin embargo, como la norma continúa en vigor, al TC solo le queda esperar que no sea aplicada por sus destinatarios, o que lo sea, pero con parsimonia. Y como no ha impuesto ningún plazo al legislador, tendrá que esperar que este cree una nueva norma lo antes posible. Esto significa que la decisión de mera incompatibilidad depende de la buena voluntad de los demás poderes, para que no se vuelva inocua por falta de coercibilidad. Además, cuando el Tribunal Constitucional llegue a la conclusión de que la inercia del legislador ha sobrepasado el límite de lo razonable, dependerá de una nueva demanda de inconstitucionalidad para que pueda finalmente declarar la inconstitucionalidad pura y simple de la norma en cuestión. En conclusión, desde que se acepte que el art. 282º, nº 4 CRP también permite la limitación de efectos *pro futuro* (más allá de los efectos *ex nunc*), la ponderación de efectos de la sentencia en él prevista parece ser más que suficiente para alcanzar los objetivos de la declaración de mera incompatibilidad sin los efectos de la nulidad, superando sus inconvenientes. La facultad del Tribunal Constitucional para determinar la fecha en que la norma inconstitucional deja de tener validez sirve también de “incentivo” para que el legislador actúe más diligentemente en el desarrollo de la nueva norma.

Finalmente, la posibilidad del TC de adoptar providencias cautelares de suspensión provisional de la eficacia de los actos legislativos, además de no estar previsto en la Constitución, es innecesaria en el sistema portugués, que posee el mecanismo de control previo de la constitucionalidad.

2.4.4.2 Sentencia directiva.

⁷⁶⁹ Ver CANOTILHO, J.J.G.. *Direito Constitucional...*, 5. ed. op. cit. p. 948. Ver también: SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht...* op. cit. 1991, p. 236; HEIN, P. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger...* op. cit. pp. 123 y sig.

Con la decisión directiva el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, “definiendo a la vez los rasgos esenciales de una norma alternativa, no inconstitucional, que el órgano con competencia normativa podrá o deberá desarrollar”.⁷⁷⁰ Las directivas de la nueva norma en conformidad con la Constitución normalmente deberán estar localizadas en los fundamentos de la sentencia y no en el fallo. Ese tipo de decisión es un reconocimiento a la importancia jurídico-social de la norma impugnada. El único ejemplo portugués es el *Acórdão* del TC nº 810/93⁷⁷¹, que trata del establecimiento de doctrina con fuerza obligatoria general (*assentos*) por los tribunales judiciales, particularmente por el Supremo Tribunal de Justicia (STJ), previsto en el art. 2º del Código Civil. Este artículo fue declarado inconstitucional por el hecho de “los *assentos* se arrogaren el derecho de interpretación o integración auténtica de la ley, con fuerza obligatoria general, asumiendo de esa manera la naturaleza de actos no legislativos de interpretación o integración de las leyes”.⁷⁷² Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se posicionó en contra de la existencia de los *assentos*, por considerarlos un instrumento útil para “asegurar la uniformización de la jurisprudencia y la unidad del derecho”. Así, optó por no eliminarlos del ordenamiento, al tiempo que enunció algunas directivas, que, a su entender, deberían ser seguidas por el legislador, a fin de evitar su naturaleza de prescripción con validez abstracta para el futuro y recuperar su naturaleza de simple jurisprudencia calificada. En suma, el legislador debería cumplir tres directivas para

⁷⁷⁰ Vitalino Canas es el autor que individualizó y denominó directivas a este tipo de sentencia. En: CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 100.

⁷⁷¹ *Acórdão* del TC nº 810/93 en *Diário da República*, 2ª série, nº 51, 02/03/1994, pp. 1992 y 1993.

⁷⁷² Es interesante verificar que en el *Acórdão* 810/93 el TC menciona que en decisiones anteriores ha llegado a aceptar que los *assentos* se adecuaban al concepto de norma y que por eso estaban sujetos al control de su constitucionalidad (*Acórdãos* nºs 8/87 y 359/91, *Diário da República*, I serie, de, respectivamente, 9 de febrero de 1987 y 15 de octubre de 1991). Textualmente: “a fixação de doutrina com força obrigatória geral operada através dos assentos, traduz a existência de uma norma jurídica com eficácia erga omnes, em termos de, quanto a ela, ser possível o accionamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade” Asimismo, en los *Acórdãos* nºs 40/84, 68/86 y 104/86, *Diário da República*, II serie, de, respectivamente, 7 de julio de 1984, 7 de Junio y 4 de agosto de 1986. *In verbis*: “o carácter normativo dos assentos é, na verdade, irrecusável, face ao disposto no artigo 2º do Código Civil, segundo o qual os tribunais podem fixar doutrina com força obrigatória geral”.

volver constitucionales a los *assentos*: a) que estén sujetos al contradictorio y a la impugnación procesal de las partes; b) que puedan ser modificados por el propio Tribunal que los emitió; c) que tan solo obliguen a los jueces y a los tribunales dependientes y jerárquicamente subordinados a aquél que los haya emitido y no a los tribunales de otros órdenes y a la comunidad en general.

Nunes de Almeida critica el contenido del *Acórdão* del TC nº 810/93, que en el fallo “juzga inconstitucional la norma del art. 2º del Código Civil *en la parte en que* atribuye a los tribunales competencia para establecer doctrina con fuerza obligatoria general...”.⁷⁷³ Afirma el autor que a pesar de que el TC “optó por una declaración de inconstitucionalidad parcial, en la fundamentación de la sentencia no dejó de ir sugiriendo qué alteraciones del régimen jurídico deberían producirse para permitir mantener con cierta eficacia práctica la institución de los *assentos*, aunque no fuera constitucionalmente admisible el mantenimiento de su fuerza obligatoria general.”⁷⁷⁴ Nunes de Almeida describe una situación bastante singular: la institución de los *assentos* fue declarada parcialmente inconstitucional - hecho que volvió inviable el mantenimiento de su fuerza obligatoria general -, pero las alteraciones sugeridas en los fundamentos de la sentencia tenían el objetivo de mantener los *assentos* con “cierta eficacia práctica”. En otras palabras, si las “sugerencias” también estuvieran en el fallo, se estaría delante de una auténtica sentencia sustitutiva. Asimismo, podría considerársela una especie de sentencia sustitutiva *de facto*, porque hay una reducción normativa (los *assentos* dejan de tener fuerza obligatoria general), seguida de la agregación de tres directivas (¿al legislador o a los tribunales?) para sustituirla de forma constitucional. De hecho, los *assentos* continúan existiendo y nada impide que los tribunales continúen a estableciéndolos, siempre que sigan las directivas trazadas y que tomen en consideración que ya no tienen fuerza obligatoria general.

Es esto lo que parece querer decir Jorge Miranda cuando afirma que las decisiones directivas son un mixto de decisiones reductoras y aditivas, tendentes a la

⁷⁷³ En el original portugués: “*Nestes termos decide-se julgar inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição*” (actual art. 112º, nº 5).

⁷⁷⁴ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 239; ALMEIDA, L.N. de. O Tribunal Constitucional e o conteúdo... op. cit. p. 958. Ver también: COSTA, J.M.C. da, A justiça constitucional... op. cit. p. 61.

reformulación de una institución jurídica.⁷⁷⁵ Semejante construcción decisoria del TC tan solo se justifica por el respeto que debe al legislador, mayormente en una sentencia en la cual justamente se discute el principio de la separación de los poderes, y no deja de ser una forma de suavizar la sentencia. En una clara manifestación del derecho dúctil, el TC ha demostrado que también toma en consideración a otros actores cuando emite una sentencia. Por cierto, en una decisión posterior (*Acórdão* n° 743/96)⁷⁷⁶ el TC se sintió compelido a explicar que en el *Acórdão* n° 810/93 “no había emprendido, en términos decisorios, ninguna tarea de reconstrucción de un régimen jurídico legislativamente adoptado”. Se habría, esto sí, limitado a “presentar ayudas jurisprudenciales como complemento de su actividad decisoria”.⁷⁷⁷ Una explicación que no convence a Rui Medeiros, para quien la sentencia directiva no es más que una sentencia modificativa disfrazada. “Bajo la capa de una decisión de inconstitucionalidad parcial, el TC atribuye a los *assentos* un sentido y una eficacia **modificada** respecto a lo que les imputaba el precepto inconstitucional en su tenor global y formalmente prescrito.”⁷⁷⁸

El propio Tribunal Constitucional expuso su posición en una sentencia de 1986, afirmando perentoriamente que, “en cualquier caso, y si por determinadas razones la declaración de inconstitucionalidad implicara la necesidad de pronunciar medidas normativas alternativas, dicha función incumbirá naturalmente al legislador (y no al Tribunal)”.⁷⁷⁹ Por eso, a despecho de su intento con el *Acórdão* n° 810/93, que le costó una explicación posterior a través del *Acórdão* n° 743/96, se puede decir que el TC tiene una posición concorde “con la gran mayoría de la doctrina portuguesa, que entiende que el Tribunal, al realizar una función de control de constitucionalidad de carácter esencialmente negativo, debe limitarse a expurgar del ordenamiento las normas que declare inconstitucionales, bajo pena de usurpación de poder y de violación de la regla

⁷⁷⁵ MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez n° 39, 2007), nota n° 91.

⁷⁷⁶ *Acórdão* del TC n° 743/96, en *Diário da República*, I-A, de 18/07/1996.

⁷⁷⁷ Por otro lado, a veces el legislador invoca la jurisprudencia del TC y los fundamentos de derecho de sus sentencias para justificar ciertas reformas legislativas. Ejemplos: el preámbulo del decreto-ley n° 304/93 9 invoca la sentencia n° 61/91; el artículo 9 del decreto-ley n° 321-B/90 remite a la sentencia 77/88; el preámbulo del decreto-ley n° 329-A/95 se refiere a varias sentencias que contribuyeron para la reforma del Código de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁷⁸ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 489. Ver también: NEVES, A.C., “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n° 810/93” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127, 1994, p. 67.

⁷⁷⁹ *Acórdão* del TC n° 154/86, de 06/05/1986, en *Diário da República*, 1ª serie, n° 133, de 12 de junio de 1986.

de separación de funciones constitucionales”. Razón por la cual, concluye Nunes de Almeida, este tipo de sentencia no parece que pueda ser admitido en el sistema portugués.⁷⁸⁰

2.4.4.3 Sentencia apelativa.

La sentencia apelativa es aquella en la que el Tribunal Constitucional declara no inconstitucional el precepto impugnado, al tiempo que hace una llamada o recomendación al legislador para que este realice modificaciones en la ley o sustituya el precepto en cuestión, para evitar que en el futuro se vuelva inconstitucional. Es decir, al contrario de la sentencia directiva, en que el TC declara la inconstitucionalidad, en la apelativa el Tribunal declara que el precepto todavía no es inconstitucional, pero que está en vías de volverse inconstitucional y que por eso el legislador tendrá de hacer nueva legislación. Gomes Canotilho aclara que “el *volverse inconstitucional* de una ley o de una situación es un proceso y no un acto. De ahí que, al no poderse encajar el resultado en la dogmática alternativa de la constitucionalidad/inconstitucionalidad se suscite el problema de, pragmáticamente, obviar la amenaza de inconstitucionalidad.”⁷⁸¹ Ello ocurre, “o porque las propias normas de la Constitución son susceptibles de una interpretación evolutiva, que minará la compatibilidad de la norma infra-constitucional, o porque los presupuestos fácticos que habían impresionado al legislador en el momento en que produjo la norma infra-constitucional se han alterado de modo que ella con certeza se volverá arbitraria, desproporcional o violadora del principio de igualdad, o por cualquier otro motivo.”⁷⁸²

⁷⁸⁰ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. pp. 238 y 239.

⁷⁸¹ CANOTILHO, J.J.G. Constituição Dirigente... op. cit. p. 276.

⁷⁸² CANAS, V., Introdução às decisões... op. cit. p. 99.

Como explica Nunes de Almeida, “bajo la forma de una sentencia de no inconstitucionalidad, el Tribunal diagnostica o pronostica la existencia de una inconstitucionalidad y reenvía el texto al legislador para que éste, dentro de un determinado plazo, proceda a su revocación o a la modificación de las normas dudosas”.⁷⁸³ Coexisten aquí dos juicios, complementa Jorge Miranda⁷⁸⁴: “uno de no inconstitucionalidad o de no inconstitucionalidad actual; otro, de necesidad de nueva normativa o de inconstitucionalidad en el futuro. Sin embargo, solo el primero es jurídicamente eficaz, porque ni siquiera el decurso del plazo acarrea el reconocimiento automático de la inconstitucionalidad. No hay una declaración de inconstitucionalidad a término o bajo condición suspensiva”.⁷⁸⁵ Gomes Canotilho confirma que “el llamamiento judicial no es, en rigor, obligatorio para el legislador, pero constituye un aviso o amonestación dirigida a este, indicador de que el Tribunal, en el futuro, podría no tolerar la inconstitucionalidad”.⁷⁸⁶

Aunque las razones para emitir sentencias de ese tipo pudieran ser las mismas de países como Alemania o Italia, la verdad es que el TC nunca las ha utilizado en Portugal. Además, la doctrina es escéptica sobre tal posibilidad.⁷⁸⁷ Gomes Canotilho considera que la sentencia apelativa es de dudosa aceptación en el derecho constitucional portugués, pero podría tener algún sentido útil sobretudo en los casos de omisión legislativa. Sin embargo, advierte sobre la posibilidad de que esas sentencias sean utilizadas para mantener indebidamente en el ordenamiento normas inconstitucionales: “también falta soporte normativo constitucional para las sentencias apelativas, si con estas sentencias se pretende la continuación de la validez de una norma, ya considerada inconstitucional, hasta la futura intervención legislativa”.⁷⁸⁸ O sea, el Tribunal Constitucional deberá tener la convicción de que la norma realmente no

⁷⁸³ ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 238; ALMEIDA, L.N. de. O Tribunal Constitucional e o conteúdo... op. cit. pp. 958 y 959.

⁷⁸⁴ MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007).

⁷⁸⁵ Es por eso que la decisión apelativa no se confunde con la decisión proferida en el control de inconstitucionalidad por omisión, que pone de manifiesto la obligación de legislar, aunque sea una obligación sin sanción.

⁷⁸⁶ CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... , 5. ed. op. cit. p. 1006.

⁷⁸⁷ Entre otros: MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007); ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 238; ALMEIDA, L.N. de. O Tribunal Constitucional e o conteúdo... op. cit. pp. 958 y 959; CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... , 5. ed. op. cit. p. 1006.

⁷⁸⁸ CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... , 5. ed. op. cit. pp. 948 y 1006.

es inconstitucional cuando dicta la sentencia. De hecho, las sentencias apelativas son polémicas porque pueden ser una forma de evitar la declaración de inconstitucionalidad de normas disconformes con la Constitución, alerta Rui Medeiros. “El rechazo a emanar una decisión de inconstitucionalidad puede verificarse no solo cuando se concluye que la ley aun no padece *de facto* de cualquier inconstitucionalidad (*perspectiva dinámica*), sino también cuando, por consideración a otros intereses constitucionalmente relevantes, se verifica que el vicio aun no debe ser declarado (*perspectiva tolerante*).”⁷⁸⁹ Si el uso de sentencias apelativas bajo la primera perspectiva puede ser discutible en Portugal, bajo la segunda todo indica que no, como anteriormente ha puesto de manifiesto Gomes Canotilho, pues de lo que se trata sustancialmente es de mantener – o tolerar - normas inconstitucionales en el ordenamiento, infringiendo al fin y al cabo el principio de constitucionalidad de los actos normativos.

⁷⁸⁹ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 676.

SEGUNDA PARTE

LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN BRASIL.

INTRODUCCIÓN

La supremacía ejercitada por la Constitución Federal de Brasil (CFB) de 1988 en el sistema político y en el ordenamiento jurídico es un hecho incontestable, no solo por la rigidez que ostenta, sino por el amplio acatamiento que ha logrado en la sociedad. De hecho, el art. art. 60 CFB exige un quórum muy cualificado para cualquier modificación que se le quiera imponer y establece además que algunos de sus artículos no son susceptibles de modificación (cláusulas de intangibilidad).⁷⁹⁰ Es en esta supremacía en la que se funda el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, que en Brasil se realiza de forma difusa o incidental (concreta) por todos los jueces y tribunales en todas las instancias, y de forma concentrada (abstracta) en el Tribunal Supremo Federal (STF). El sistema de control por lo tanto es mixto y prescinde de un Tribunal Constitucional *ad hoc* como los existentes en Europa, puesto que es realizado por el propio Poder Judicial.

El resultado final de este sistema de control – claro está - son las sentencias constitucionales. No puede analizarse la tipología y, principalmente, los

⁷⁹⁰ El art. 60 CFB exige la mayoría de 2/3 de los integrantes de la Cámara de los Diputados – en dos turnos de votación - y del Senado Federal, según las mismas condiciones. Es decir, cada enmienda debe ser votada y aprobada dos veces en cada cámara legislativa. A pesar de estas exigencias – y algo contradictoriamente - la Constitución ya sufrió 66 enmiendas - la última de ellas en 13.07.2010. Hubo más seis en una revisión constitucional especial ocurrida en 1993, que exigía tan solo los votos de la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional (Cámara de los Diputados y Senado Federal reunidos), y que estaba prevista en el art. 3º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT). Por lo tanto, en el total fueron 72 enmiendas.

efectos de estas decisiones, sin hablar del sistema de control que las ha producido. Esto será perceptible en el curso de todo el estudio. No obstante, para posibilitar una visión de conjunto del sistema mixto de control de constitucionalidad brasileño, previamente presentaremos un resumen de sus principales características, de manera parecida a lo que se ha hecho en el capítulo dedicado a Portugal. Teniendo en cuenta esta premisa, el estudio empezará con una breve presentación del papel del STF en el Poder Judicial⁷⁹¹ y en la jurisdicción constitucional. Seguidamente serán analizados los controles difuso (concreto) y concentrado (abstracto) de constitucionalidad. Este último activado exclusivamente por algunas autoridades y órganos a través de acción directa de inconstitucionalidad – por acción u omisión del legislador –, acción declaratoria de constitucionalidad y acción por incumplimiento de precepto fundamental. Por último, se apuntarán los rasgos del control judicial preventivo y el control político preventivo y sucesivo, que son las excepciones permitidas por el sistema. El estudio específico y pormenorizado de la tipología de las sentencias será el paso siguiente.

Excepto por algunas peculiaridades importantes, es posible decir que la tipología de las sentencias constitucionales en Brasil es semejante a la de los países europeos. Los primeros tipos de decisión examinados son la sentencia simple de inconstitucionalidad - que puede ser formal, material, por dependencia y por conexión – y la sentencia de constitucionalidad, que también es admitida en el sistema brasileño. Se verán en conjunto, pues pueden ser declaradas tanto en la acción directa de inconstitucionalidad, como en la declaratoria de constitucionalidad. Esto se explica porque - de forma inédita - estas dos acciones tienen carácter dúplice: la desestimación implica una declaración en sentido opuesto, con los mismos efectos. Los efectos de estas sentencias en el control concentrado y en el control difuso serán igualmente analizados, ocasión en la que se abordará la polémica cuestión de la supuesta *abstractivización* del control concreto, que se estaría produciendo en el control de constitucionalidad brasileño.

A continuación el estudio se centra en las características y posibilidades de la sentencia de inconstitucionalidad parcial (cuantitativa) y de las sentencias interpretativas. Estos pronunciamientos merecen una atención especial, teniendo en cuenta que la ley 9868/1999 prevé expresamente la utilización por el STF de la

⁷⁹¹ Los detalles sobre la estructura del poder judicial brasileño están en el ANEXO I.

interpretación conforme a la Constitución (sentencia interpretativa en sentido estricto) y de la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (reductora o de inconstitucionalidad parcial cualitativa).⁷⁹² Como se verá, la interpretación conforme ha sido básicamente utilizada por el STF en su vertiente estimatoria y equiparada a la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. Esa posición es en el trabajo criticada, porque las características de la inconstitucionalidad parcial cualitativa hacen que pertenezca – juntamente con la aditiva y la sustitutiva - al grupo de decisiones conocidas por manipulativas o modificativas. Sentencias que reducen, aumentan e incluso sustituyen el contenido normativo del precepto legal, y a las que también se ha recurrido, a pesar del discurso del legislador negativo mantenido por el STF. Como colofón, son detalladamente analizados los fundamentos de dos *acórdãos* interpretativos emitidos en el ámbito del control difuso por un tribunal estadual, en los que queda explícita la necesidad de que esas decisiones sean transparentes y libres de reduccionismos conceptuales.

Seguidamente son examinadas las omisiones legislativas inconstitucionales. La sentencia más tradicional emitida en ese ámbito es la que declara la inconstitucionalidad por omisión del legislador (control concentrado), cuya única finalidad es comunicarla al órgano responsable por la omisión, para que adopte las providencias necesarias (art. 103, § 2º CFB). Por lo tanto, los mismos pocos efectos previstos por la Constitución portuguesa, que en este particular le sirvió de inspiración. La sentencia de inconstitucionalidad por omisión parcial del legislador sigue idéntica camino. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la inconstitucionalidad por omisión impugnada en *mandado de injunção* (control difuso). Durante casi 20 años el STF había preferido equiparar sus efectos a los de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Pero en los últimos años hubo un marcado cambio de rumbo en esa orientación, hasta el punto de que actualmente ya es posible identificar tres tipos diferentes de sentencias emitidas por el STF en ese tipo de acción. La tradicional

⁷⁹² Lenio Streck considera que la ley 9868/1999 es inconstitucional, porque regula el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, sin estar autorizada por la Constitución, que tan solo autoriza al Congreso Nacional a elaborar reglas procesales a través de ley ordinaria. De hecho, la Constitución no prevé la existencia de una Ley Orgánica para el STF, al estilo de las existentes en Europa para los Tribunales Constitucionales. Por ello, el autor entiende que sería necesario una Enmienda Constitucional, que autorizara al Congreso a elaborar una ley específica sobre la materia, preferentemente con mayoría calificada. En: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 541 y 542.

sentencia de mera comunicación de la omisión, que parece estar cayendo en desuso; la sentencia apelativa con concesión diferida de derecho (concesión de derecho una vez sobrepasado el plazo dado al legislador); y la revolucionaria sentencia normativa supletoria, que puede tener tanto efectos *inter partes*, como *erga omnes*. La elección del término “normativa” se justifica porque el STF elabora él mismo la norma inexistente, que será aplicable mientras el legislador no promulgue una nueva ley. Aunque sea polémica, esta innovadora decisión tiene el mérito de romper con el paradigma del legislador negativo, elevado a dogma durante muchos años por el STF. Todo indica que la nueva orientación del STF sacará el *mandado de injunção* del letargo en que se encontraba en cuanto instrumento de ciudadanía.

El análisis de la modulación de los efectos temporales de las sentencias cierra este estudio. El primer punto que merece atención es el control de validez de la legislación anterior a la Constitución vigente o a alguna Enmienda Constitucional. Como la doctrina del STF ha preferido considerar esta legislación derogada, actualmente no hay espacio para la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida en el sistema brasileño. No obstante, la limitación de efectos actualmente está garantizada por la ley 9868/1999, que permite que el STF module los efectos temporales de sus sentencias de forma tan amplia que muy probablemente sea el brasileño el Tribunal con más posibilidades de gestionar sus propias decisiones. La limitación puede darse tanto en relación al futuro, con decisiones de inconstitucionalidad con eficacia *ex nunc* o *pro futuro*, como en relación al pasado, con decisiones de retroactividad “mitigada” o parcial. Por último se estudian las sentencias apelativas, que - según el criterio aquí asumido - son aquellas que contienen una exhortación explícita o implícita al legislador, independientemente de que sean de constitucionalidad o inconstitucionalidad. Se encuadran en esta condición la sentencia de declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad y la sentencia apelativa en sentido estricto (el precepto todavía es constitucional).

II. EL SISTEMA BRASILEÑO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

INTRODUCCIÓN

La primera Constitución republicana (1891) - de marcada influencia norteamericana -, instituyó el control difuso de constitucionalidad de normas en el ámbito de los procesos conocidos por el Poder Judicial. Este sistema se ha mantenido hasta el día de hoy, pero actualmente convive con el sistema concentrado. El primer paso hacia un sistema mixto de control fue la Representación de Intervención - creada por la Constitución de 1934 -, enjuiciada directamente en el STF por el Procurador General de la República. Como se verá más adelante, esta acción aun existe y conserva algunos rasgos muy cercanos a lo que se entiende por control concentrado, aunque su objeto esté limitado a la defensa de ciertos principios considerados sensibles, como la forma republicana de gobierno, el sistema representativo, el régimen democrático o la autonomía municipal, entre otros, y se la utilice como instrumento de conservación de la federación. No obstante, el control abstracto solo ha pasado realmente a formar parte del panorama jurídico brasileño en la década de los sesenta, con la creación de la

Representación de Inconstitucionalidad, que igualmente tenía como único legitimado para la acción al Procurador General de la República (Enmienda a la Constitución de 1946 n. 16/1965).

La Constitución de 1988 amplió de modo significativo el control concentrado. Como se señaló anteriormente, hoy es posible interponer una acción directa de inconstitucionalidad (tanto de preceptos legales, como de omisiones del legislador), la acción declaratoria de constitucionalidad (cuando exista controversia relevante sobre la constitucionalidad de precepto legal en el control difuso) y la acción por incumplimiento de precepto fundamental (utilizada subsidiariamente, cuando otras acciones no sean posibles). El Procurador General de la República comparte la responsabilidad de interponer estas acciones con otras autoridades e instituciones, pero continúa como único legitimado de la Representación de Intervención, que permanece en el ordenamiento. El control difuso, ejercido de forma incidental en todos los procesos, por todos los jueces y tribunales judiciales, completa el sistema. El STF funciona como última instancia de los recursos en el control difuso y como instancia única en el control concentrado. En suma, la verificación de la constitucionalidad de las normas en Brasil ha sido monopolio del Poder Judicial desde el siglo XIX. No obstante, a pesar de permanecer siendo esencialmente judicial, desde 1965 el control ha dejado de ser exclusivamente difuso para volverse mixto, combinando los sistemas difuso (concreto) y concentrado (abstracto). Además, el sistema no está exento de excepciones, pues, dadas ciertas condiciones, permite un control judicial preventivo y un control político preventivo y sucesivo de constitucionalidad.⁷⁹³

⁷⁹³ El análisis de las sentencias constitucionales conlleva la constante referencia a las acciones que las han originado. Por ello, la reseña con las principales características del control mixto de constitucionalidad brasileño, que será presentada a partir de ahora, tiene tan solo el objetivo de proporcionar una visión de conjunto del sistema y se basa en un artículo del autor: BRUST, L. "A jurisdição constitucional no Brasil" in *Destaque Jurídico – Revista de Estudos Jurídicos*, v. 3, n. 3. Gravataí: Ulbra, agosto 2004, pp. 9 a 32. Su funcionamiento puede verse con más detalles, entre otros, en: BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed. São Paulo: RT, 2000; MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; PALU, O.L. *Controle de constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2001; POLETTI, R. *Controle da constitucionalidade das leis*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; SILVA, J.A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit.; VELOSO, Z. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; WALD, A. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva, 1996; ZAVASCKI, T.A. "Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade" in *Procedimentos Especiais Cíveis*. FARIAS, C.C. de; DIDIER JÚNIOR, F. (org.), São Paulo: Saraiva, 2003.

1. El Tribunal Supremo Federal.

El STF tiene como origen más remoto la *Casa da Suplicação do Brasil*, creada en 1808 por el Rey de Portugal D. João VI, para ser el órgano máximo del Poder Judicial de la entonces colonia portuguesa. A pesar de que Brasil alcanzó la independencia en 1822, la Casa continuó funcionando hasta 1829, cuando fue sustituida por el Supremo Tribunal de Justicia, que se mantuvo durante todo el periodo monárquico. Un año después de la proclamación de la República en 1899, el gobierno lo sustituyó por el STF, inspirado en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (Decreto 510, de 22 de junio de 1890). La Constitución de 1891 instauró la Federación y constitucionalizó la existencia del Tribunal Supremo Federal, que se mantiene integrado en el Poder Judicial hasta hoy.⁷⁹⁴ En todas las constituciones del siglo XX “le fue reservada la posición de órgano de cúpula del Poder Judicial, poseedor de la palabra definitiva en las cuestiones constitucionales”.⁷⁹⁵

El Alto Tribunal brasileño se compone de once jueces elegidos libremente por el Presidente de la República entre ciudadanos con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años de edad, de reconocido saber jurídico y excelente reputación.⁷⁹⁶ Los nombramientos están condicionados a la aprobación previa de la mayoría absoluta del Senado Federal (art. 101 CFB), tras someterse el elegido a una

⁷⁹⁴ Sobre los antecedentes históricos del STF, ver: BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. de. *Historia constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB, 2002; RODRIGUES, L.B. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BALEEIRO, A. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

⁷⁹⁵ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 15.

⁷⁹⁶ A semejanza de los jueces integrantes de los demás tribunales superiores (STJ, TST, TSE, STM), los jueces que componen el STF son denominados de *ministros*. No obstante, para evitar confusión con los ministros de Estado (poder ejecutivo) y para acercarnos a la terminología española, en el ámbito de este estudio los denominaremos “magistrados”.

sesión de preguntas de los senadores.⁷⁹⁷ Los magistrados disfrutan de las mismas garantías de los demás jueces integrantes de la magistratura (son vitalicios, inamovibles y su sueldo es irreducible) y su jubilación es obligatoria a los 70 años (art. 40, § 1º, II CFB).⁷⁹⁸ Con excepción del Presidente - que tiene un mandato de dos años y no puede ser reelegido - todos los demás magistrados pertenecen a una de las dos salas de cinco miembros que componen el Tribunal. Además de ser la instancia máxima del Poder Judicial en materia constitucional (control difuso), el STF ostenta el monopolio del conocimiento de las acciones del sistema concentrado de constitucionalidad. Las decisiones, sobre, v.g., la constitucionalidad de una ley o la concesión o no de medida cautelar, son exclusivas de la mayoría absoluta del Pleno, con un quórum mínimo de ocho magistrados.

La principal competencia originaria (prerrogativa exclusiva) del STF es la de ser el guarda de la Constitución Federal, cabiéndole juzgar las acciones directas en el ámbito del control concentrado (art. 102, I, *a* CFB) y ser la última instancia de los recursos en el ámbito del control difuso (art. 102, III CFB).⁷⁹⁹ En atención al principio del doble grado de jurisdicción, el STF funciona también como tribunal de apelación de las demandas de *habeas-corporus*, *mandados de segurança*, *habeas-data* y *mandados de*

⁷⁹⁷ El Proyecto de Enmienda a la Constitución nº 473/2001, aprobado por la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de los Diputados en el 08/11/2010, establece la alternancia entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional en la elección de los magistrados del STF. La nominación deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de sus integrantes.

⁷⁹⁸ El hecho del STF formar parte de la estructura del Poder Judicial es criticado por Walber Agra, para quien esta circunstancia “lo impide dedicarse con más atención a la jurisdicción constitucional, con el riesgo de volverse un órgano corporativo, en el sentido de pugnar por los intereses de los jueces como clase social” (*sic*). En: AGRA, W.M. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal – Densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Río de Janeiro: Forense, 2005, p. 47.

⁷⁹⁹ Tiene además bastantes otras funciones, que están descritas en el art. 102, I, *b a p* CFB. Entre otras, procesar y juzgar, originariamente: en las infracciones penales comunes, al Presidente de la República, al Vice-Presidente, a los miembros del Congreso Nacional, a sus propios Magistrados y al Procurador General de la República; el litigio entre Estado extranjero u organismo internacional y alguno de los entes federados; las causas y los conflictos entre la Unión y los Estados, la Unión y el Distrito Federal, o entre unos y otros; la extradición solicitada por Estado extranjero; la reclamación para la preservación de su competencia y garantía de la autoridad de sus decisiones; los conflictos de competencia entre el STJ y otros tribunales, entre Tribunales Superiores, o entre estos y cualquier otro tribunal; la petición de medida cautelar de las acciones directas de inconstitucionalidad; el *mandado de injunção*, cuando la elaboración de la norma reguladora fuere atribución del Presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal, de las Direcciones de una de esas Casas Legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores, o del propio STF; las acciones contra el Consejo Nacional de Justicia y contra el Consejo Nacional del Ministerio Público, entre otras.

injunção decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si la decisión es desestimatoria, así como de las demandas sobre crímenes políticos. La competencia para juzgar estos recursos es ordinaria (art. 102, II CFB) y pueden versar sobre cualquier materia. Finalmente, el STF detenta también la competencia extraordinaria para juzgar en única o última instancia los recursos que versen sobre materia constitucional. El instrumento procesal adecuado es el recurso extraordinario (art. 102, III CFB) - que es esencial en el control difuso de constitucionalidad - y que puede ser presentado cuando la decisión recurrida: a) contraría una disposición de la Constitución federal; b) declara la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal; c) juzga válida una ley o un acto de gobierno local contestado en relación a la Constitución federal; o d) juzga válida una ley local contestada en relación a ley federal (cuestión constitucional de reparto de competencias entre Unión, Estados y Municipios).⁸⁰⁰

Las decisiones del STF, “ora juzgando situaciones concretas, ora apreciando la legitimidad en abstracto de normas jurídicas, ostentan la fuerza de la autoridad que detenta - por voluntad del constituyente - la palabra definitiva en materia de interpretación y aplicación de las normas constitucionales”.⁸⁰¹

2. Control difuso o incidental (concreto) de constitucionalidad.

⁸⁰⁰ Suponiendo que una demanda enjuiciada en la primera instancia de la justicia estadual común haya sido recurrida y decidida por el Tribunal de Justicia (2ª instancia), si hay materia constitucional - hipótesis del art. 102, III CFB -, es posible presentar recurso extraordinario directamente al STF, es decir, sin pasar por el Tribunal Superior de Justicia (STJ). Eso no impide que en el mismo proceso se presente otro recurso al Tribunal Superior de Justicia sobre la materia estrictamente legal. A este recurso se le llama especial y está previsto en el art. 105, III CFB. Ver: Anexo I – Estructura del Poder Judicial brasileño.

⁸⁰¹ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 16.

El control difuso de constitucionalidad de preceptos legales se caracteriza por ser incidental dentro de las causas concretas sometidas a jueces y tribunales del Poder Judicial. Las partes, el Ministerio Público y el Juez - de oficio - poseen legitimidad para suscitar la inconstitucionalidad de leyes o actos normativos de competencia de la Unión, Estados y Municipios en el curso de cualquier proceso judicial. Aunque la intención inicial del demandante no sea la verificación de la constitucionalidad de una ley, sino la tutela de un determinado derecho previsto en ley, la otra parte, el Ministerio Público o el juez de la causa pueden suscitar su inconstitucionalidad. La legitimidad para juzgar la constitucionalidad es de los jueces y tribunales, pero el art. 97 CFB no hace referencia al juez singular: “solo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o de los miembros del respectivo Órgano Especial podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Poder Público” (regla del *full bench*). Nadie discute la legitimidad del juez singular para hacer el control concreto de constitucionalidad, pero hay alguna controversia en la doctrina sobre si este efectivamente está autorizado a declarar la inconstitucionalidad del precepto o si debe limitarse a dejar de aplicarlo.⁸⁰²

El pronunciamiento judicial no versa sobre el objeto principal del litigio, sino sobre la cuestión previa – inconstitucionalidad - indispensable a la resolución del mérito de la demanda. Al recibir una acción o recurso en que haya preliminar sustentando la inconstitucionalidad de determinado precepto legal (cuestión prejudicial), la sala del tribunal deberá decidir si será o no admitida. En caso de rechazarse - el precepto habrá sido considerado constitucional -, el conocimiento del caso concreto prosigue normalmente. En caso de ser admitida – habría como mínimo una duda sobre la constitucionalidad del precepto impugnado –, la cuestión necesariamente debe ser remitida al Pleno (o al Órgano Especial) del tribunal, para que este la juzgue. Estará así suscitado el incidente de inconstitucionalidad. El enjuiciamiento de la demanda quedará suspendido hasta la deliberación del Pleno. Una vez decidido el incidente, los autos retornan a la sala para el enjuiciamiento del caso concreto, a la luz del entendimiento

⁸⁰² Lenio Streck, por ejemplo, considera que “al contrario de los tribunales, el juez no declara la inconstitucionalidad del texto normativo; tan solo deja de aplicarlo.” En: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 457. Alexandre de Moraes, por otro lado, señala que: “la cláusula de reserva de plenario no veda la posibilidad del juez singular de declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo del poder público, determina esto sí una regla especial a los tribunales como garantía de una mayor seguridad jurídica.” En: MORAES, A. de. *Jurisdição Constitucional e...* op. cit. p. 252.

firmado por el Pleno relativo a la cuestión constitucional. En la hipótesis de que la inconstitucionalidad fuera declarada por la propia sala, cabría Recurso Extraordinario al STF, por no haber sido observado el art. 97 CFB. Sin embargo, la sala puede declarar la constitucionalidad del precepto legal o su derogación, en la hipótesis de que este sea anterior a la Constitución en vigor. Como la doctrina del STF no ha admitido la inconstitucionalidad sobrevenida, la verificación de la posible no recepción de la norma “puede ser hecha por la sala del tribunal sin la suscitar el incidente ante el Pleno”.⁸⁰³

Además, el art. 481, párrafo único, del CPC dispensa el incidente si el Pleno del propio tribunal o del STF ya se habían previamente manifestado sobre la inconstitucionalidad en cuestión.⁸⁰⁴ La dispensa, cuando se trata de una materia ya decidida por el Pleno del propio tribunal, está recogida en los reglamentos de varios tribunales y se inserta en una lógica de economía procesal, pero todavía suscita controversias.⁸⁰⁵ La dispensa por existencia de previa manifestación del Pleno del STF también tiene sus críticos, pues concede verdadera eficacia *erga omnes* y efecto vinculante a una decisión del Tribunal Supremo emitida en el ámbito del control difuso de constitucionalidad, antes de que el Senado Federal haya suspendido la ejecución de la ley a través de resolución.⁸⁰⁶ La necesidad de esta peculiar resolución está prevista en el art. 52, X, CFB y se debe al hecho de que la sentencia de inconstitucionalidad - emitida por jueces y tribunales en el control difuso - vale tan solo para las partes involucradas en el proceso (eficacia *inter partes*) y tiene efectos retroactivos (*ex tunc*).⁸⁰⁷ La resolución del Senado le proporciona eficacia *erga omnes*.⁸⁰⁸ Las decisiones

⁸⁰³ AMARAL JUNIOR, J.L.M. do. Incidente de... op. cit. p. 90.

⁸⁰⁴ Art. 481, párrafo único, CPC: “Las salas de los tribunales no someterán al Pleno o al Órgano Especial la solicitud de inconstitucionalidad, cuando ya exista un pronunciamiento del Pleno de estos tribunales o del Pleno del Supremo Tribunal Federal sobre la cuestión.”

⁸⁰⁵ Lenio Streck la considera inconstitucional. En: STRECK, L.L. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 456 y sig.

⁸⁰⁶ Amaral Junior la considera inconstitucional: AMARAL JUNIOR, J.L.M. do. Incidente de... op. cit. pp. 87-88.

⁸⁰⁷ a) Art. 52, X CFB: “Compete privativamente al Senado Federal suspender total o parcialmente la ejecución de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal.”

b) La posibilidad del Senado de suspender la ejecución de una ley considerada inconstitucional por el Pleno del STF fue incluida en el ordenamiento brasileño por la Constitución de 1934.

c) La propuesta de Ley 1972/2003, que pretende regular el art 52 X CFB, prevé que el STF deberá enviar al Senado Federal en el plazo de diez días - contados desde la fecha en que la decisión hizo cosa juzgada - copia de la sentencia de inconstitucionalidad emitida por el Pleno

en el control concentrado obviamente no necesitan de esta actuación del Senado Federal, puesto que originariamente ya tienen efectos generales.

2.1 Acciones constitucionales.

En Brasil no hay recurso comparable al recurso de amparo español, pero existen instrumentos jurídicos a disposición de los ciudadanos para la defensa de sus derechos públicos subjetivos. Estas acciones, que tienen un importante papel en el control difuso de constitucionalidad de los actos del Poder Público, pueden ser enjuiciadas por cualquier órgano judicial – inclusive en el STF -, dependiendo de la autoridad u órgano público que haya cometido la arbitrariedad.

El *mandado de segurança* busca garantizar derecho “líquido y cierto”⁸⁰⁹ del que lo invoca (art. 5º, LXIX CFB), no protegido por *habeas corpus* (derecho de ir y venir - art. 5º, LXVIII CFB) o *habeas data* (acceso a informaciones sobre la persona del impetrante mantenidas por el Poder Público y su eventual rectificación - art. 5º, LXXII

en el ámbito del control difuso de constitucionalidad, con parecer del Procurador General de la República, para la suspensión de la ejecución de la ley en el plazo de 60 días.

⁸⁰⁸ a) Hay controversias en relación al efecto temporal de la resolución del Senado Federal: Gilmar Mendes defiende que, excluyendo la cosa juzgada y otras fórmulas de preclusión, los efectos son siempre *ex tunc*. Esta sería la posición del STF. En: MENDES, G.F. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, pp. 390-391. Oswaldo Palu y Lenio Streck entienden que la resolución del Senado Federal tiene efectos *ex nunc*, pero respetando los actos pretéritos. En: PALU, O.L. *Controle de...* op. cit. p. 270; STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 479 y sig.

b) Esta materia ha sido tratada con detalle en el epígrafe “1.5 Efectos en el control difuso (concreto)”, especialmente en los tópicos relativos a la supuesta *abstractivización* del control concreto brasileño.

⁸⁰⁹ El llamado derecho “líquido y cierto” es un concepto polémico y objeto de muchas críticas por su imprecisión. Sérgio Ferraz intenta definirlo: “líquido será el derecho que se presenta con alto grado, en tesis, de plausibilidad, y cierto, aquel que se ofrece configurado preferentemente de forma patente, siempre documentalmente, sin recurso a dilaciones probatorias”. En: FERRAZ, S. *Mandado de Segurança (Individual e Coletivo): Aspectos Polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

CFB). Desde 1988 también puede ser invocado por un partido político con representación en el Congreso Nacional y por una organización sindical, entidad de clase o asociación en defensa de los intereses de sus miembros (art. 5º, LXX CFB). El *mandado de injunção* puede ser propuesto por cualquier persona en los casos de omisión legislativa. Es decir, siempre que la falta de norma reguladora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía (art. 5º, LXXI CFB).⁸¹⁰ La *acción popular* puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, y pretende anular un acto lesivo al patrimonio público o de una entidad de la que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural (art. 5º, LXXIII CFB). La *acción civil pública* puede ser propuesta por el Ministerio Público, por las personas jurídicas estatales y autónomas, y por las asociaciones constituidas para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos, con intención de preservar esos bienes (art. 129, III CFB). Cuando no es el titular de esa acción, el Ministerio Público actúa como fiscal de la ley, pero debe asumirla si la parte desiste.

Todas estas acciones están destinadas a controlar la aplicación de la Constitución, pero nada impide que en su curso también se produzca el control difuso (incidental) de constitucionalidad de las leyes y actos normativos. No obstante, en ningún caso pueden ser utilizadas como sustitutivas de la acción directa de inconstitucionalidad, dado que se trata de demandas con objetivos concretos cuyas decisiones solo tienen efectos *inter partes*.⁸¹¹

3. Control concentrado (abstracto) de constitucionalidad.

⁸¹⁰ El mandado de *injunção*, por su especial conexión con las omisiones legislativas, será analizado con más detalles en el epígrafe “4.3 Sentencias de inconstitucionalidad por omisión en *mandado de injunção*.”

⁸¹¹ Sin embargo, el STF ya ha emitido decisiones en *mandado de injunção* con efectos *erga omnes*. Ver epígrafe: “4.3.4 Sentencia normativa supletoria *erga omnes*.”

El control concentrado de constitucionalidad brasileño (abstracto) se ha inspirado en los modelos europeos surgidos tras la segunda guerra mundial, como Italia, Portugal, España y Alemania. Los preceptos legales juzgados inconstitucionales bajo este control son expulsados del ordenamiento jurídico, con efectos vinculantes, *erga omnes* y, en principio, *ex tunc*⁸¹². Es decir, la decisión vincula a los órganos judiciales y administrativos, tiene efectos generales y la invalidez se proyecta hasta la fecha en que surgió la ley.⁸¹³ Si los jueces y tribunales inferiores no la acatan en sus pronunciamientos, decidiendo de manera contraria al entendimiento firmado, todos los perjudicados serán parte legítima para interponer una reclamación directamente al STF, para que este haga valer la decisión tomada (art. 102, I, 1 CFB y art 28, Ley 9868/1999).⁸¹⁴ La principal diferencia en relación a los sistemas continentales europeos reside en el hecho de que la Constitución brasileña no entrega el control abstracto a un Tribunal Constitucional *ad hoc*, sino al órgano máximo del Poder Judicial, el STF.

El objeto del control abstracto son las leyes y actos normativos del Poder Público. No se admiten las llamadas inconstitucionalidades indirectas, como la impugnación de una norma que desarrolle determinada ley. En este caso deberá ser impugnada la ley que le da soporte. Además, las normas creadas antes de la vigencia de la actual Constitución o que se puedan haber vuelto contraías a la misma tras una reforma constitucional, no están sujetas al control de constitucionalidad, porque el STF las ha considerado derogadas.⁸¹⁵ Por lo general, pueden ser objeto de control: a) las *enmiendas constitucionales*, que deben respetar las limitaciones de circunstancia, de

⁸¹² El STF está autorizado a mitigar esa regla. Ver epígrafe “5. Modulación de los efectos temporales de las sentencias.”

⁸¹³ Ver epígrafe “1.4 Efectos en el control concentrado (abstracto).”

⁸¹⁴ “El Pleno del STF analizó el alcance de la norma inscrita en el art. 28 de la Ley n. 9868/1999 (Reclamación 1880-AgR/SP, Maurício Corrêa) y firmó orientación que reconoce a terceros la posibilidad de interponer reclamación cuando se vuelva necesario asegurar el efectivo respeto a los juzgados de esta Suprema Corte, proferidos en el ámbito de procesos de control normativo abstracto...”. [Reclamación 4971-MC](#), Celso de Mello, decisión singular, j. 12/04/2007, *DJ* 18/04/2007; En el mismo sentido: Reclamación 2143 -AgR, Celso de Mello, *DJ* 06/06/2003; [Reclamación 5051-MC](#), Cezar Peluso, decisión singular, j. 29/03/2007, *DJ* 13/04/2007; Reclamación 4878-MC, Gilmar Mendes, decisión singular, j. 04/12/2007, *DJ* 11/12/2007.

⁸¹⁵ Ver epígrafe “5.1 Derogación de la legislación preconstitucional e inconstitucionalidad sobrevenida.”

procedimiento y materiales previstas en el art. 60 CFB;⁸¹⁶ las *leyes complementarias*⁸¹⁷ y *ordinarias*, que están sujetas a control bajo los aspectos formal y material, así como las *resoluciones* y *decretos legislativos* del Poder Legislativo, que no necesitan de la sanción del Presidente de la República y tienen fuerza de ley;⁸¹⁸ c) el control sobre las *leyes delegadas* (art. 68 CFB) al Presidente de la República por el Congreso Nacional, se produce tanto sobre la resolución del Congreso, que delega la competencia al Presidente de la República (aspectos formal y material), como sobre el contenido de la propia ley delegada (límites de la resolución); d) las *medidas provisionales* (art. 62 CFB) - que son elaboradas por el Presidente de la República y tienen fuerza de ley - pueden ser fiscalizadas en relación a sus presupuestos (urgencia y relevancia), a su objeto (la Constitución prohíbe determinadas materias) y a su contenido propiamente dicho; e) el *decreto* del Presidente de la República, promulgando un tratado internacional aprobado y ratificado por el Congreso Nacional, así como el *decreto legislativo* que aprobó - según las mismas exigencias de una enmienda constitucional - un tratado o convención internacional que trate de derechos humanos (art. 5º, § 3º CFB); f) los *reglamentos autónomos* del Poder Ejecutivo, que invadan competencias reservadas a la ley, así como los *reglamentos internos de los tribunales* (art. 96, I, a CFB)⁸¹⁹; g) las *constituciones estatales* y las *leyes estatales*, cuando se entienden contrarias a la Constitución Federal. Actualmente también es posible el control de *leyes municipales* en relación a la Constitución Federal, aunque de forma limitada y subsidiaria, a través de la acción por incumplimiento de precepto fundamental.⁸²⁰ Finalmente, la *ausencia de norma* (omisión de los órganos responsables por la emisión de ley o acto normativo) también puede ser declarada inconstitucional.

El Presidente de la República y demás autoridades e instituciones que constan en el art. 103 CFB - Mesa del Senado Federal, Mesa de la Cámara de los

⁸¹⁶ ADI 1946-MC, Sydney Sanches, DJ 14/09/2001: "El Supremo Tribunal Federal ha entendido que es admisible acción directa de inconstitucionalidad de Enmienda Constitucional, cuando se alega, en la petición inicial, que esta contraría principios inmutables o las llamadas cláusulas de eternidad de la Constitución originaria (art. 60, § 4º, CFB)."

⁸¹⁷ Asemejadas a las leyes orgánicas españolas.

⁸¹⁸ Respecto al Poder Legislativo, el STF busca respetar al máximo las denominadas *interna corporis*.

⁸¹⁹ Ver: CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 197 y sig.

⁸²⁰ Ley 9882/1999, art. 1º, párrafo único, I. Vid, más adelante, los comentarios sobre la acción por incumplimiento de precepto fundamental.

Diputados, Mesas de las Asambleas Legislativas de los Estados y del Distrito Federal, Gobernador de Estado o del Distrito Federal, Procurador General de la República, Consejo Federal del Colegio de Abogados, un partido político con representación en el Congreso Nacional y una confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional – son los únicos legitimados para interponer acciones en el ámbito del control concentrado brasileño. Como se ha visto anteriormente, hay tres opciones: acción directa de inconstitucionalidad, acción declaratoria de constitucionalidad y acción por incumplimiento de precepto fundamental. Todas son competencia exclusiva del STF, que está autorizado a conceder medidas cautelares.⁸²¹ Y, por otra parte, también existe la representación de intervención, que está cayendo en desuso y que podría ser definida como una especie de “paraacción” abstracta.

La *acción directa de inconstitucionalidad* puede ser utilizada tanto para controlar eventuales inconstitucionalidades existentes en la legislación federal y estadual, como para dejar patente la omisión de los entes públicos responsables por la elaboración de la legislación. En realidad, son dos acciones con trámites semejantes, pero con objetivos diferentes. En los casos de la impugnación de preceptos legales, el objetivo es obtener del STF una declaración de inconstitucionalidad, es decir, de nulidad de esos preceptos. Por otro lado, si el STF declara la inconstitucionalidad por omisión de medida para volver efectivo precepto constitucional, deberá comunicarla al Poder competente para que adopte las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días (art. 103, §2º CFB). El STF normalmente no impone ningún plazo al Poder Legislativo, pues entiende que estaría invadiendo competencia de otro Poder. Una realidad que vuelve inviable también una eventual medida cautelar. La posibilidad de que el propio Tribunal supla la omisión tampoco existe, porque la Constitución no lo permite.⁸²²

La *acción declaratoria de constitucionalidad* fue introducida por la Enmienda Constitucional nº 03/1993 (art. 102, I, a CFB), y tiene por objetivo exclusivo la declaración de constitucionalidad de una ley o de un acto normativo federal impugnado en un proceso concreto. El control difuso efectuado por jueces y tribunales

⁸²¹ Ver epígrafe “1.4.4 Efectos de la decisión en Medida Cautelar.” La única excepción es la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

⁸²² El análisis detallado de la inconstitucionalidad por omisión se encuentra en el epígrafe “4. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión.”

inferiores queda a parte y la decisión sobre la constitucionalidad del dispositivo legal cuestionado pasa a la competencia exclusiva del STF.⁸²³ Tal característica impone la necesidad de demostrar la existencia de una controversia judicial relevante sobre la aplicación de la disposición objeto de la acción declaratoria. Es importante asimismo resaltar una peculiaridad del control abstracto brasileño: la desestimación de la demanda de declaración de inconstitucionalidad de un precepto implica la declaración expresa de su constitucionalidad y la desestimación de la petición de declaración de constitucionalidad de un precepto implica la declaración expresa de su inconstitucionalidad. Es lo que el STF y la doctrina llaman “carácter dúplice” o “ambivalente” de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad.⁸²⁴

La *acción por incumplimiento de precepto fundamental* tiene por objeto evitar o reparar la lesión a un precepto fundamental resultante de un acto del Poder Público, y también puede darse cuando sea relevante el objeto de la controversia constitucional sobre una ley o un acto normativo federal, estadual o municipal, incluso anteriores a la actual Constitución (Ley 9882/1999, art. 1º, párrafo único, I). La ley, por tanto, ha ampliado el control concentrado a cualquier acto del Poder Público, incluidos los no normativos. Además, incluyó las leyes y actos del Poder Público municipal y las leyes y actos de los tres entes federados, producidos antes del advenimiento de la actual Constitución. Hasta entonces, las normas municipales tan solo podían ser objeto de acción directa de inconstitucionalidad estadual (art. 125 § 2º CFB) y el STF nunca había aceptado la inconstitucionalidad sobrevenida. Otra novedad es la eventual posibilidad de control preventivo, pues el objeto de la acción por incumplimiento de precepto fundamental no es tan solo reparar, sino también *evitar* la lesión.⁸²⁵ Su utilización, sin

⁸²³ Art. 102 § 2º CFB: “Las decisiones definitivas de mérito, emitidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, a nivel federal, estadual y municipal.”

⁸²⁴ a) Ley 9868/1999, art. 24: “Proclamada la constitucionalidad, se desestimará la acción directa o se estimará la eventual acción declaratoria; y, proclamada la inconstitucionalidad, se estimará la acción directa o se desestimará la eventual acción declaratoria.”

b) Ver epígrafe “1. Sentencia simple de constitucionalidad/inconstitucionalidad.”

⁸²⁵ Gilmar Mendes, que participó de la comisión especial que creó el esbozo de la propuesta de ley del Gobierno Federal sobre la materia, clarifica: “en cierta forma, la acción de incumplimiento viene a completar el sistema de control de constitucionalidad de perfil relativamente concentrado en el Tribunal Supremo Federal, una vez que las cuestiones que hasta entonces no podían ser apreciadas en el ámbito del control abstracto (ADI y ADC) serán

embargo, debe tener un carácter subsidiario, es decir, darse siempre y cuando no sea posible la utilización de otro medio de control. El campo de lo que se entiende por preceptos fundamentales, que englobarían reglas y principios constitucionales, todavía no está consolidado. La doctrina por lo general está de acuerdo en que abarcan los fundamentos de la República (art. 1º), los objetivos fundamentales (art. 3º), los derechos y garantías individuales (art. 5º, entre otros), los principios sensibles (art. 34, VII) y los artículos protegidos por la cláusula de intangibilidad del art. 60 § 4º.⁸²⁶

La *representación de intervención* fue instituida por la Constitución de 1934 y, con excepción de la de 1937, estuvo presente en todas las demás. Hasta 1965 fue la acción que más se acercaba a un control abstracto de constitucionalidad. Si algún Estado-miembro infringe uno de los cinco principios previstos en el art. 34, VII CFB⁸²⁷, el Procurador General de la República, como único legitimado, podrá presentar la solicitud de intervención en el STF. Si este la estima, suspenderá el acto impugnado y, tras la cosa juzgada, se los comunicará a la autoridad interesada y al Presidente de la República, a fin de que estos tomen las providencias que entiendan oportunas. Si la suspensión es suficiente para la vuelta a la normalidad, no habrá intervención. En caso contrario, tras la requisición del STF, el Presidente de la República podría decretarla.⁸²⁸

objeto de examen en el ámbito del nuevo procedimiento.” En: MENDES, G.F. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto” in TAVARES, A.R.; ROTHENBURG, W.C. (org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 135.

⁸²⁶ En el epígrafe “5.1 Derogación de la legislación preconstitucional e inconstitucionalidad sobrevenida” son tratadas cuestiones relativas a la acción por incumplimiento de precepto fundamental.

⁸²⁷ Art. 34, VII CFB: “a) Forma republicana, sistema representativo y régimen democrático; b) derechos de la persona humana; c) autonomía municipal; d) prestación de cuentas de la administración pública, directa y indirecta; e) aplicación del mínimo exigido de los créditos resultantes de impuestos estatales - comprendida la proveniente de transferencias - en mantenimiento y desarrollo de la enseñanza y en acciones y servicios públicos de salud.”

⁸²⁸ Clèmerson Clève y Gilmar Mendes consideran que la acción directa de inconstitucionalidad promueve con ventaja la defensa de los principios constitucionales en cuestión, puesto que vuelve nulo el acto impugnado, con eficacia *erga omnes* y, regla general, *ex tunc*. La representación de intervención tiene tan solo el efecto de autorizar la intervención, no declarando nulo el acto impugnado. En: CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. pp. 137-138; MENDES, G.F. *Jurisdição...* op. cit. p. 44. Alexandre de Moraes se une a la tesis minoritaria, que defiende que esta acción también declara nulo el acto, con efectos *erga omnes* y *ex tunc*. En: MORAES, A. de. *Jurisdição ...op. cit.* p. 283.

4. Excepciones del sistema.

El sistema brasileño de control de constitucionalidad es, por excelencia, judicial y sucesivo. Sin embargo, existe un control preventivo judicial y político del proceso legislativo de elaboración de las leyes en el Congreso Nacional, y un control político sucesivo de algunos actos normativos elaborados por el Poder Ejecutivo.

La primera excepción es la posibilidad de un *control preventivo en concreto* de la constitucionalidad del proceso legislativo, es decir, de los procedimientos utilizados para la elaboración de las leyes y otros actos normativos en el Congreso Nacional. El instrumento procesal adecuado a tal el efecto es el *mandado de segurança*, que deberá ser presentado ante el STF por un parlamentario.⁸²⁹ El órgano o autoridad demandado puede ser, por ejemplo, la Mesa de una de las Cámaras legislativas o el presidente de una comisión. El control de constitucionalidad se centrará exclusivamente bajo en el aspecto formal del proceso legislativo (arts. 59 a 69 CFB).⁸³⁰ Bajo el aspecto material (contenido), el control judicial, sea en concreto, sea en abstracto, sólo puede producirse con la norma ya promulgada y publicada. Por cierto, en caso de aprobación de la ley por el Congreso, el STF extingue el proceso del *mandado de segurança*.⁸³¹

La segunda excepción es el *control político preventivo* de constitucionalidad de la propuesta de ley durante el proceso legislativo. La propuesta de ley es previamente examinada en cuanto a su constitucionalidad en la Cámara de los Diputados y en el Senado Federal por sus respectivas Comisiones de Constitución y Justicia, que pueden dar pareceres contrarios. Posteriormente, los Plenos de las dos cámaras también tienen oportunidad de pronunciarse. Una vez aprobada en el Congreso

⁸²⁹ MORAES, A. de. *Jurisdição...* op. cit. p. 229.

⁸³⁰ Las cuestiones concernientes a los reglamentos internos de las cámaras legislativas han sido consideradas asunto *interna corporis*, no susceptibles de apreciación judicial, por el principio de la separación de los poderes (STF – Pleno - MS 22503-3/DF).

⁸³¹ *Súmula* STF Nº 266 - No cabe *mandado de segurança* contra ley en tesis.

Nacional, la propuesta de ley es sancionada o vetada por el Presidente de la República. El veto, necesariamente motivado, puede darse si su contenido fuere considerado total o parcialmente inconstitucional o contrario al interés público (art. 66 § 1º CFB). Si el veto no es mantenido por el Congreso Nacional (o la propuesta no es sancionada), la ley estará sujeta a control judicial sólo a partir de su promulgación y publicación.

La tercera excepción es el *control político sucesivo*. La Constitución permite que el Poder Legislativo utilice la figura del Decreto Legislativo para expulsar del ordenamiento jurídico normas consideradas inconstitucionales en dos situaciones. El art. 49, V CFB prevé que compete exclusivamente al Congreso Nacional la suspensión de los actos normativos del Poder Ejecutivo, que sobrepasen el poder reglamentario o los límites de la delegación legislativa. Es decir, si el Presidente de la República promulga un decreto (art. 89, IV CFB) o una ley delegada (art. 68 §§1º, 2º y 3º CFB) no conformes a la previsión constitucional, el Poder Legislativo podrá eliminarlos. La segunda situación está prevista en el art. 62 CFB, que trata de las medidas provisionales promulgadas por el Presidente de la República en caso de urgencia o relevancia. La medida provisional tiene fuerza de ley, entra en vigor en la fecha de su publicación y tiene validez por un periodo de 60 días, prorrogable por 60 días más. Durante este periodo el Congreso Nacional deberá decidir si la transforma en ley o la rechaza. Si ejerce su prerrogativa de rechazarla por inconstitucional, estará retirando del ordenamiento jurídico una norma vigente, de forma semejante a lo que hace el STF.

II. LA TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS EN BRASIL.

INTRODUCCIÓN.

Ruy Barbosa, citando a Dicey, enseñaba a finales del siglo XIX, que “la expresión inconstitucional aplicada a una ley tiene, por lo menos, tres acepciones diferentes, que varían según la naturaleza de la Constitución a la que se alude: I – Empleada en relación a un acto del Parlamento inglés, significa simplemente que, en la opinión del individuo que lo aprecia, este acto es opuesto al espíritu de la Constitución inglesa; pero no puede significar que éste represente una infracción de la legalidad y, como tal, sea nulo. II – Aplicada a una ley de las cámaras francesas, expresaría que esta ley, ampliando, supongamos, la extensión del periodo presidencial, es contraria a lo dispuesto en la Constitución. Pero de ahí no se sigue necesariamente que la ley se tenga como vana, puesto que no es cierto que los tribunales franceses se reputen obligados a desobedecer a las leyes inconstitucionales. Empleada por franceses, la expresión de ordinario se debe tomar como un simple término de censura. III – Dirigida a un acto del Congreso norteamericano, el vocablo inconstitucional quiere decir que este acto excede los poderes del Congreso y es, en consecuencia, nulo. En este caso la palabra no comporta necesariamente reprobación. Un norteamericano podría, sin incongruencia

ninguna, decir que un acto del Congreso es una buena ley, beneficia el país, pero que, desgraciadamente, peca de inconstitucionalidad. Es *ultra vires*, es decir, nula”.⁸³²

Si no fuera por el sistema francés - que avanzó hacia un sistema preventivo de control -, la lección más que centenaria del maestro seguiría siendo actual, porque tanto el sistema inglés, en gran medida, como el norteamericano, se mantienen en lo esencial. Además, lo que Ruy Barbosa afirmaba respecto a los Estados Unidos es válido también para Brasil.⁸³³ Ambos países tienen constituciones rígidas, lo que significa que en ambos la Constitución ostenta la supremacía sobre todas las normas del ordenamiento jurídico. Sin supremacía, presupuesto para la producción de la inconstitucionalidad, las constituciones de los dos países - a pesar de ser escritas - no diferirían substancialmente del sistema inglés. Y ello porque constitucionalidad e inconstitucionalidad designan conceptos relacionados, “la relación que se establece entre una cosa (la Constitución) y otra cosa (un comportamiento) que está o no conforme a ella, que cabe o no en su sentido, que tiene en ella o no su base.”⁸³⁴ Este comportamiento, que se materializa en el contenido de la ley - pero también en los propios trámites para su elaboración -, debe ser compatible con el parámetro representado por la Constitución.⁸³⁵ De lo contrario, el Tribunal deberá emitir una sentencia de inconstitucionalidad.

⁸³² DICEY, Albert Venn. *Lectures introductory to study of the Law of the Constitution*. London, 1888, pp. 165 y 166, *apud* BARBOSA, R. “Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo” in *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1962 (original de 1893), p. 46.

⁸³³ Como vimos anteriormente, el actual sistema brasileño de control de constitucionalidad es mixto. Desde la primera Constitución republicana (1891), su principal influencia ha sido la norteamericana. Por este motivo el control concreto tiene larga tradición en Brasil y también la nulidad (*ex tunc*) ha sido siempre considerada por el STF y por prácticamente toda la doctrina, la consecuencia natural de la declaración de inconstitucionalidad. El control abstracto ha sido incorporado en 1965 - y ampliado por la Constitución de 1988 -, por influencia inicialmente de los sistemas alemán e italiano y posteriormente de los sistemas español y portugués. Una influencia que también es perceptible en la práctica del STF de modular los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, materia actualmente reglada por la Ley 9868/1999.

⁸³⁴ Ver: MIRANDA, J. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 473. El conocido autor portugués lanzó en Brasil una obra adaptada al derecho constitucional nacional.

⁸³⁵ Como ya se mencionó, las dos principales acciones del control concentrado brasileño – acción directa de inconstitucionalidad (ADI) y acción declaratoria de constitucionalidad (ADC) – poseen un carácter doble, puesto que la desestimación de una acción directa de inconstitucionalidad implica la declaración de constitucionalidad del precepto impugnado y viceversa. Por eso se suele decir que la “ADC configura una ADI con señal cambiada”. Ver: [Reclamación nº 2.256](#), voto de Gilmar Mendes, j. 11-09-2003, DJ 30-04-2004.

De tal forma que aceptar que la Constitución ostente la supremacía en el ordenamiento jurídico y que, por consiguiente, sea el parámetro para la verificación de la constitucionalidad de las leyes, conlleva que se dé por supuesto que sus principios y reglas sean preceptivos.⁸³⁶ Sin embargo - aunque en los últimos años las cosas estén cambiando -, esto no es totalmente cierto en Brasil, porque se ha llegado a aceptar que no todas las disposiciones constitucionales tienen valor normativo pleno y que algunas ni siquiera son aplicables. Síntoma de ello es que los manuales de derecho constitucional suelen presentar una clasificación de las normas constitucionales bajo la perspectiva de su aplicabilidad y eficacia. La posibilidad de que determinado precepto no sea inmediatamente aplicable supone un problema añadido, tanto para los demandantes, como para el propio STF en su toma de decisión. Por esto, previamente al estudio de la tipología de las sentencias, se buscará situar la posición actual de la doctrina y del propio STF sobre el tema. La clasificación de los preceptos constitucionales que ha llegado a ser la más difundida y utilizada por la doctrina y por los tribunales - incluyendo el propio STF -, es la de José A. da Silva⁸³⁷, que los divide en tres grupos: a) normas constitucionales de eficacia plena, que tienen aplicación inmediata, sin necesidad de legislación posterior; b) normas constitucionales de eficacia contenida (reducible), que tienen aplicación inmediata, pero la ley puede reducir su radio de aplicación; y c) normas constitucionales de eficacia limitada, que dependen de ley para ser plenamente aplicables y pueden ser de principio instituyente o programáticas.⁸³⁸ Para el autor, esta clasificación tiene únicamente la finalidad de

⁸³⁶ En este sentido, Hans Peter Schneider afirma que “la aplicabilidad directa de cualquier norma constitucional de la Ley Fundamental asegura en relación al Derecho ordinario la ‘supremacía de la Constitución’, tanto por la primacía como por la reserva del Derecho constitucional”. En: SCHNEIDER, H.P. Aplicación directa y eficacia indirecta... de las normas constitucionales” en *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 114 (original publicado en BERNHARDT, R.; BEYERLIN, U. (orgs.) *Deutsche Landesreferate zum Öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Heidelberg, 1983, pp. 23 y sig.).

⁸³⁷ SILVA, J.A. da. Aplicabilidade das normas... op. cit. pp. 141 a 147.

⁸³⁸ En esta clasificación es perceptible una visible influencia de la anteriormente propuesta por Crisafulli, que alertaba que todas las normas constitucionales eran preceptivas, pero las dividía en dos grupos: “de eficacia plena” y “dependientes de complementación”. Esta última subdividida en normas de legislación y programáticas. En: CRISAFFULLI, V. La Costituzione e le sue... op. cit. Otra clasificación importante es la de Zagrebelsky, que las divide en normas de eficacia directa y de eficacia indirecta. Esta última, subdividida en normas de eficacia diferida, de principio y programáticas. En: ZAGREBELSKY, G. Diritto Costituzionale: Il sistema... op. cit. p. 104. Otra clasificación tradicional es la del suizo Hans Huber, que las divide en “directrices al legislador, normas orgánicas, normas declarativas de derechos fundamentales y normas limitativas del ejercicio de estos derechos”. En: HUBER, H. “Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung” in *Verfassung*, v. 452. Darmstadt, 1978, pp. 307 y sig. Bajo un punto de vista básicamente material está la clasificación del alemán Ulrich Scheuner, que las divide en: “normas que enuncian derechos fundamentales, garantías

demostrar que las normas constitucionales tienen diferentes grados de eficacia, siendo, sin embargo, siempre eficaces, es decir, preceptivas. Sin embargo, hay autores, como Ferreira Filho, que afirman “que no toda norma constitucional tiene aplicabilidad inmediata”. Este autor divide las normas constitucionales en auto-aplicables y no auto-aplicables, entendiendo que estas últimas pueden ser incompletas, condicionadas y programáticas.⁸³⁹ Una clasificación, por lo tanto, muy cercana a la anterior, pero sin la salvedad de José A. da Silva respecto a la eficacia ostentada por todas las normas constitucionales. Este tipo de clasificación suele ser utilizada por los tribunales para justificar desestimaciones de demandas de inconstitucionalidad y la no concesión de derechos.

La doctrina constitucional brasileña más reciente entiende que no hay dispositivo constitucional sin normatividad. “Preámbulo, principios, preceptos, inclusive los programáticos, son normas jurídicas, y así deben ser comprendidos”, mantiene Clèmerson Clève, para quien incluso los principios implícitos de la Constitución brasileña, como el de proporcionalidad, tendrían su funcionalidad. “Todos ellos cimentan la unidad de la Constitución, indican el contenido del derecho en un tiempo y lugar dados y, por esta razón, fijan *standards* de justicia, prestándose como mecanismos auxiliares en el proceso de interpretación e integración de la Constitución y del derecho infra constitucional. Es más, poseen una eficacia mínima, es decir, aunque en muchas situaciones no sean susceptibles de aplicación directa e inmediata, exigiendo casi siempre integración normativa por parte del legislador (aunque no en el caso de los principios-garantía), por lo menos tienen una eficacia derogatoria frente a la legislación anterior e impeditiva de la legislación posterior, desde el momento en que sean incompatibles con sus postulados.”⁸⁴⁰

institucionales, mandatos al legislador, principios fundamentales (parámetros para la interpretación de la Constitución) y fines del Estado (normas normalmente llamadas de programáticas, pero que, no obstante, vinculan a los poderes públicos y sirven también de criterio de interpretación). En: SCHEUNER, U. “Staatszielbestimmungen” in *Verfassung*, v. 452. Darmstadt, 1978, pp. 329 a 355.

⁸³⁹ FERREIRA FILHO, M.G. Curso de direito... op. cit. pp. 12 y 13.

⁸⁴⁰ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 42 a 44. En ese sentido, Hans Peter Schneider esclarece que “se debe entender por ‘aplicación directa’ del Derecho constitucional sólo la consciente y asumida concreción de la Constitución por parte de los órganos estatales legislativos, ejecutivos y judiciales, mientras que por ‘efecto indirecto’ se entiende la actualización constitucional espontánea en virtud de resoluciones estatales a lo largo del proceso político.” Y lo más importante: “La aplicabilidad inmediata y el efecto indirecto de las normas constitucionales como formas de realización de la Constitución tienen siempre un

La tendencia a aceptar que todas las normas constitucionales son jurídicas y preceptivas, incluyendo a las programáticas, es incuestionable. André Tavares es contundente: “ciegos repetidores de teorías formuladas hace mucho tiempo, en contextos completamente distintos del actual, los responsables de la ejecución concreta de la Constitución han podado la voluntad real bajo el argumento, ya descolorido por el uso reiterado, de que se trata en ocasiones de normas meramente programáticas”.⁸⁴¹ Maria H. Diniz enfatiza la normatividad de estas disposiciones “aunque se dirijan directamente a los órganos estatales, principalmente al Legislativo, confiriendo derechos subjetivos. Son normas eficaces porque tienen eficacia negativa, o sea, porque paralizan los efectos de cualquier norma jurídica contraria a sus principios”.⁸⁴² Marcelo Neves defiende, incluso, que “en los sistemas de constitución rígida siempre es posible el cuestionamiento jurídico de la inconstitucionalidad de la ley, por incumplimiento de una norma programática”.⁸⁴³ Finalmente, resumiendo el pensamiento de buena parte de la actual doctrina brasileña, Lenio Streck afirma “que esta discusión acerca de la (des)clasificación de las normas constitucionales ya está superada desde hace mucho en el derecho contemporáneo” y recuerda la polémica Crisafulli/Azzaritti y los escritos de Gomes Canotilho y Jorge Miranda.⁸⁴⁴

De cualquier modo, la clasificación de José A. da Silva suele ser utilizada por el STF para desestimar demandas de inconstitucionalidad y para no aplicar preceptos constitucionales, como es posible apreciar en sus sentencias. En el ámbito del control concentrado o abstracto (efecto *erga omnes*) el Tribunal desestimó en 1995 la demanda de una medida cautelar en acción directa de inconstitucionalidad, bajo el argumento que “el art. 187 CFB es una norma programática, en la medida en que prevé especificaciones en ley ordinaria”.⁸⁴⁵ Sin embargo, en el 2001 estimó una acción directa de inconstitucionalidad, declarando que la “norma constitucional de eficacia limitada

carácter complementario, esto es, una y otra son factores que condicionan, completan y refuerzan recíprocamente un proceso de Constitución, que es complejo y permanente, de la comunidad política.” En: SCHNEIDER, H.P. Aplicación directa y... op. cit. pp. 114 y 115.

⁸⁴¹ TAVARES, A.R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 80 a 85.

⁸⁴² DINIZ, M.H. *Norma constitucional e seus efeitos*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 105 y 106.

⁸⁴³ NEVES, M. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 103.

⁸⁴⁴ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 29. Ver también: SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 271 y sig.

⁸⁴⁵ ADI 1.330-MC, Francisco Rezek, j. 10-08-1995, DJ 20-09-2002.

necesita de complementación por ley ordinaria, no obstante tiene - en línea de principio y siempre que sea posible - la inmediata eficacia negativa de derogar las reglas preexistentes que le sean contrarias”.⁸⁴⁶ En el ámbito del control difuso o concreto (efecto *inter partes*) el STF concedió en el año 2000 efectividad a los arts. 5º y 196 CFB, porque “el derecho a la salud, además de cualificarse como derecho fundamental que asiste a todas personas, representa una consecuencia constitucional indisoluble del derecho a la vida. [...] La interpretación de la norma programática no puede transformarla en una promesa constitucional sin más consecuencias”.⁸⁴⁷ No obstante, en el 2002 consideró que “el art. 37, V, CFB es de eficacia contenida, dependiendo de su desarrollo por ley ordinaria”.⁸⁴⁸ Y, recientemente, en el 2008, concluyó que el art. 37, I, CFB “es un precepto constitucional dotado de eficacia limitada, pendiente de desarrollo para producir efectos, siendo así, no auto-aplicable”.⁸⁴⁹ Coincidencia o no, estas dos últimas sentencias tienen por base el art. 37 CFB, que trata de las siempre espinosas y comprometidas situaciones concernientes al funcionariado público. Pero la verdad es que las cinco sentencias traídas a colación, que cubren el periodo de 1995 a 2008, revelan que el STF aun no ha logrado consolidar una jurisprudencia en ésta materia tan importante y al parecer ha optado por decidir las demandas de acuerdo con las peculiaridades de cada situación. La “gestión” de la inconstitucionalidad puede ser una explicación.⁸⁵⁰

Como se puede percibir fácilmente, la normatividad de la Constitución trae consecuencias para la tipología de las sentencias. En el caso brasileño no existe una previsión normativa específica para las decisiones apelativas, aunque como se verá más adelante, el STF implícita o explícitamente ya las ha emitido. Sin embargo, el Tribunal está autorizado a declarar la inconstitucionalidad por omisión y a veces ha apelado al

⁸⁴⁶ ADI 2.381-MC, Sepúlveda Pertence, j. 20-06-2001, *DJ* 14-12-2001). En el mismo sentido: ADI 2.967, Sepúlveda Pertence, j. 12-02-2004, *DJ* 19-03-2004.

⁸⁴⁷ RE 271.286-AgR, Celso de Mello, j. 12-09-2000, *DJ* 24-11-2000. En el mismo sentido: RE 393.175-AgR, Celso de Mello, j.12-12-2006, *DJ* de 02-02-2007.

⁸⁴⁸ RMS 24.287, Maurício Corrêa, j. 26-11-2002, *DJ* de 01-08-2003.

⁸⁴⁹ RE 544.655-AgR, Eros Grau, j. 09-09-2008, *DJE* 10-10-2008.

⁸⁵⁰ López Bofill advierte que "muchos de esos pronunciamientos y de las técnicas en ellos utilizadas no pertenecen al campo de las decisiones en que la constitucionalidad de la ley se sustenta en una o varias de sus posibles interpretaciones, pero se refieren a la *gestión* de una ley inconstitucional, una vez esa inconstitucionalidad haya sido advertida." En: LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 33.

legislador para que proceda al desarrollo de la ley, incluso con fijación de plazo. La declaración de inconstitucionalidad por omisión está expresamente prevista en la Constitución y en cierta manera legitima las clasificaciones de las normas constitucionales que reconocen que algunas de ellas no son autoaplicables. De ahí que el demandante deba tener cuidado al elegir la acción. Si quiere la concesión de un derecho con base en una norma de eficacia limitada, es probable que el STF no lo conceda o lo conceda parcialmente. La opción podría ser un *mandado de injunção*, en función de la nueva postura del STF que – después del *mandado de injunção* 670/2007 – aparentemente ha pasado también a suplir la falta de legislación. En el control concentrado sería posible una acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, si el objetivo es sencillamente la derogación o la declaración de inconstitucionalidad de una ley, basta con que se la solicite al juez/tribunal de la demanda en el control difuso o que se enjuicie una acción directa de inconstitucionalidad en el control concentrado, una vez que la falta de la *interpositio legislatoris* no impide, en principio, esa posibilidad.

1. SENTENCIA SIMPLE DE CONSTITUCIONALIDAD/INCONSTITUCIONALIDAD.

Como vimos anteriormente, la sentencia de inconstitucionalidad en Brasil está umbilicalmente ligada a la sentencia de constitucionalidad, porque la desestimación de la acción directa de inconstitucionalidad implica la declaración de constitucionalidad del precepto impugnado⁸⁵¹ y la desestimación de la acción declaratoria de constitucionalidad implica la declaración de su inconstitucionalidad. El carácter bifronte o ambivalente de ambas acciones - hoy expresamente previsto en la Ley 9868/1999 y en el Reglamento Interno del Tribunal Supremo Federal (RISTF)⁸⁵² - es el resultado de una jurisprudencia que se ha consolidado a lo largo del tiempo, dado que ya en la década de los sesenta el STF declaraba la constitucionalidad del precepto impugnado, si desestimaba una acción de inconstitucionalidad (representación de inconstitucionalidad - RI).⁸⁵³ Para Gilmar Mendes, esta facultad “corresponde, sin duda, a la naturaleza del proceso del control abstracto de normas, destinado no solo a eliminar del orden jurídico,

⁸⁵¹ Al contrario que en Italia, Portugal y España, donde la desestimación de la inconstitucionalidad no genera ninguna consecuencia de este tipo.

⁸⁵² Ley 9868/1999, art. 24: “Proclamada la constitucionalidad, se juzgará desestimatoria la acción directa o estimatoria la eventual acción declaratoria.” Idéntica previsión puede encontrarse en los arts. 22 y 23 de esta misma ley. RISTF, art. 173: “Efectuado el enjuiciamiento, con el *quorum* del art. 143, párrafo único [ocho magistrados], se proclamará la inconstitucionalidad o la constitucionalidad del precepto o del acto impugnados, si en uno o en otro sentido se manifiesten seis magistrados.”

⁸⁵³ Creada en 1965, la Representación de Inconstitucionalidad fue la primera acción de inconstitucionalidad abstracta del derecho brasileño. Ver: arts. 143 y 173 del Reglamento Interno del STF y art. 23 de la Ley 9868/1999.

pronta y eficazmente, la ley inconstitucional, sino también a eliminar, de forma definitiva, las dudas eventualmente surgidas sobre la constitucionalidad de las leyes válidas”.⁸⁵⁴ En otra obra, refiriéndose a la evolución del control concentrado o abstracto desde su institución en 1965, el mismo autor mantiene que “a pesar de la utilización del término “representación de inconstitucionalidad”, el control abstracto de normas fue concebido y desarrollado como proceso de naturaleza dúplice o ambivalente”, porque si el Procurador General de la República “estuviera convencido de la legitimidad de la norma, podría promover el control abstracto con la finalidad de ver confirmada la orientación cuestionada”.⁸⁵⁵ La consolidación de esta tendencia jurisprudencial se produce con la promulgación de la Constitución de 1988, la creación de la acción declaratoria de constitucionalidad (Enmienda Constitucional -EC nº 3 de 1993), la aprobación de las leyes 9868 y 9882 en 1999 - que disciplinan las acciones del control

⁸⁵⁴ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 304. Sobre la problemática de la vinculación de los tribunales judiciales en caso de declaración de constitucionalidad en Alemania, ver: BROX, H. Zur Zulässigkeit der erneuten... op. cit. p. 818; BRYDE, B.O. Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik... op. cit. pp. 408 y 409; LANGE, K. Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft... op. cit. p. 6 y sig.; MAUNZ, T. in MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. § 31, nºs 37 y 42. Klaus Vogel opina contrariamente a la vinculación: VOGEL, K. Rechtskraft und Gesetzeskraft... op. cit. p. 613. Ver también: ENGELHARDT, D. “Das Richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat” in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1959, p. 136. El TC español y la doctrina la rechazan. Ver, entre otros: BOCANEGRA SIERRA, R. El valor de las sentencias... op. cit. p. 254; RUBIO LLORENTE, F. La jurisdicción constitucional en España... op. cit. pp. 385 y sig. Ver también: JIMÉNEZ CAMPO, J. Los procedimientos de inconstitucionalidad... op. cit. Como vimos anteriormente, Italia y Portugal también rechazan la vinculación de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad.

⁸⁵⁵ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 93. Cabe aquí un pequeño comentario sobre el momento político (1965) en que surgió la Representación de Inconstitucionalidad, particularmente con esa posibilidad de que el Procurador General de la República la presentara con el objetivo de confirmar la constitucionalidad del precepto legal (supuestamente) cuestionado. Un año antes (1964) se produjo un golpe militar, que instauró en el país una dictadura que se mantuvo en el poder durante 21 años. En 1965, pues, aun estaba en vigor la Constitución (democrática) de 1946, pero la legislación más reciente ya era fruto del gobierno autoritario, que no escatimaba medios para imponer sus propósitos al preterido Congreso Nacional brasileño. Parece bastante evidente que la posibilidad de confirmar la constitucionalidad de una ley elaborada bajo una dictadura, pero bajo la formal vigencia de una Constitución democrática, sólo podría interesar al poderoso y autoritario Poder Ejecutivo, que, por cierto, era quien nombraba el Procurador General de la República (y a los integrantes del STF). Una de las características más llamativas del régimen entonces vigente era su esfuerzo por mantener una “apariencia” democrática en el país, a través de la pervivencia formal de las antiguas instituciones democráticas, que, sin embargo, eran controladas en mayor o menor grado por el Poder Ejecutivo. Tal peculiar sistema fue denominado “democracia relativa” por el General Ernesto Geisel, uno de los militares que en aquella época ejerció como Presidente de la República (1975-1980) y que fue “elegido” por el Congreso Nacional en una “elección indirecta”.

concentrado⁸⁵⁶ – y, definitivamente, con la Enmienda Constitucional n° 45/2004. De modo que hoy en día la naturaleza dúplice de estas acciones está prevista en la Constitución y en la ley.⁸⁵⁷

La doctrina, de manera general, acepta con naturalidad e incluso con cierta pasividad esa peculiaridad brasileña. Una de las escasas críticas proviene de Lenio Streck, a partir de la constatación de que “no es nada pacífica la idea de que en el derecho comparado la acción directa de inconstitucionalidad y la no declaración de inconstitucionalidad (aun cuando existiera la acción declaratoria de constitucionalidad) puedan constituir dos caras de la misma moneda”.⁸⁵⁸ De hecho, el carácter dúplice no existe en otros ordenamientos jurídicos, ni siquiera en Alemania, donde los órganos con legitimidad para demandar en el control abstracto están autorizados para solicitar al TC la declaración de constitucionalidad de una ley sobre la cual haya controversia sobre su constitucionalidad.⁸⁵⁹ Pero la semejanza empieza y termina ahí, porque el sistema alemán no permite que el TC declare la constitucionalidad de una ley en la misma acción en que le había sido solicitada la declaración de inconstitucionalidad.⁸⁶⁰ Por cierto, Gomes Canotilho pone reparos a la afirmación de Gilmar Mendes – corroborada por Clèmerson Clève - de que la acción declaratoria de constitucionalidad no sería más que una acción directa de inconstitucionalidad de signo inverso,⁸⁶¹ afirmando que en términos teórico constitucionales ello no es en absoluto así. “La estructura de la decisión en cada una de las acciones es substancialmente diferente: la sentencia positiva de inconstitucionalidad es una decisión declarativa de inconstitucionalidad; la sentencia

⁸⁵⁶ Yves Gandra Martins destaca que la Ley 9868/1999 fue elaborada en su fase inicial por una comisión de juristas de renombre, bajo la coordinación del actual magistrado del STF Gilmar Mendes. Este jurista realizó su doctorado en Münster (Alemania) y sus escritos denotan la influencia de la doctrina de aquél país. En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. XVII.

⁸⁵⁷ Ver: MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 64 y sig. Ver también, entre otros: ZAVASCKI, T.A. “Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade” in FARIAS, C.C. de; DIDIER JÚNIOR, F. (org.), *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55; ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 45 y sig.; MOTTA, S.; DOUGLAS, W. *Controle de constitucionalidade – teoria e questões*. Brasília: Consulex, 2000, p. 103. En la jurisprudencia: ADI 2031 – DF, Ellen Gracie, DJU 17.10.2003, p. 13; RE 431.715-AgR, Carlos Britto, j. 19-4-2005, DJ 18-11-2005.

⁸⁵⁸ STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 570.

⁸⁵⁹ Ley del Tribunal Constitucional Alemán, párrafo 31º conjugado con el 76º.

⁸⁶⁰ Sobre este asunto, ver: CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... op. cit. pp. 1011 y 1012.

⁸⁶¹ Gilmar Mendes in MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 344; CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 284.

negativa de inconstitucionalidad no declara ni *fixa* en términos *definitivos e irreversibles* la constitucionalidad de ninguna norma.”⁸⁶² El maestro de Coimbra subraya además que es discutible la naturaleza jurídica de los efectos de la sentencia de constitucionalidad. “En el caso de la declaración de inconstitucionalidad estamos ante sentencias judiciales con fuerza de ley (*Richterrecht mit Gesetzeskraft*). La sentencia es un acto normativo negativo. En la acción declaratoria de constitucionalidad se dice que los efectos son ‘inmediatamente procesales’, pero lo que se pretende son efectos ‘mediatamente legislativos’, añadiendo un *dictum* firme de un Tribunal a un *hecho* legislativo contestable. ¡El Tribunal pone su ‘sello’ y determina la preclusión de la contestación jurídica (y política)!”⁸⁶³ No parecen teóricamente rebatibles las certeras observaciones de Gomes Canotilho, sin embargo, la realidad ha demostrado que el STF no impone sin embargo restricciones a que se cuestione la inconstitucionalidad de una norma anteriormente declarada constitucional en el control abstracto, respaldado en ello por la generalidad de la doctrina.⁸⁶⁴

La crítica más completa a la figura proviene, con todo, de Jorge Miranda, quien advierte que la acción declaratoria de constitucionalidad – con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante – resulta bastante cuestionable bajo el punto de vista de la certeza del derecho y de la economía procesal: “en primer lugar, porque, para conseguirlo, bastaría con atribuir fuerza obligatoria general a la no declaración de inconstitucionalidad; en segundo término, porque disminuye el campo del control concreto; y, principalmente, porque en su resultado práctico acaba por traducirse en un *plus* de legitimidad, en una especie de sanción judicial, a medidas legislativas provenientes de los órganos a quienes se reserva la iniciativa (salvo el Procurador General de la República).” Critica asimismo el hecho de que “una acción propuesta con cierta finalidad se convierta en una acción con resultado opuesto.”⁸⁶⁵ El autor apunta cuatro aspectos fundamentales – la necesidad de la acción, su efecto en el control

⁸⁶² CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional...* op. cit. p. 1011.

⁸⁶³ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional...* op. cit. p. 1011, citando: SLAIBI FILHO, N. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 119; GROPPI, T. “La ‘ação declaratória de constitucionalidade’: una novità nel sistema brasiliano di giustizia costituzionale” in *Quaderni Costituzionali*, 1994, pp. 109 y sig.

⁸⁶⁴ Ver adelante el epígrafe 1.4.1 Efectos generales y vinculantes. Ver también: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 363 y 364; STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 565 y sig.

⁸⁶⁵ MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. p. 509.

difuso, la legitimación para la acción y su carácter dúplice -, que merecen ser analizados con un poco más de detenimiento.

El hecho es que la atribución de fuerza obligatoria general a la desestimación de la acción de inconstitucionalidad ya existía antes de la creación de la acción declaratoria de constitucionalidad, pero implicaba una actuación un tanto heterodoxa del Procurador General de la República – único legitimado para la acción -, que presentaba la “representación de inconstitucionalidad” con la intención de que fuera confirmada la constitucionalidad del precepto “cuestionado”. Por tanto, dentro del contexto brasileño, y bajo el punto de vista de la transparencia procesal, la creación de la acción declaratoria de constitucionalidad puede ser considerada una evolución.⁸⁶⁶ André Tavares ve, incluso, un fundamento democrático en la declaración de constitucionalidad, “ya que una ley, perfectamente legítima y de gran repercusión social, puede no estar siendo aplicada por el Ejecutivo bajo el pretexto de su inconstitucionalidad. En estos casos, la acción declaratoria de constitucionalidad se vuelve un instrumento al servicio del ciudadano y de la sociedad en contra del incumplimiento de las leyes, incumplimiento que a su vez va en contra del Estado de Derecho y vulnera la seguridad jurídica”.⁸⁶⁷

Sin embargo, Jorge Miranda tiene razón al afirmar que la acción tiene como efecto la disminución del campo de actuación del control concreto. La cuestión es determinar si, tomada aisladamente, la acción puede ser perjudicial para el sistema o si, por el contrario, puede llegar a ser beneficiosa. Clèmerson Clève, por ejemplo, la

⁸⁶⁶ En el epígrafe 1.4.1 (efectos), será analizada la principal crítica que se puede hacer a la declaración de constitucionalidad: el riesgo de petrificar la jurisprudencia del STF, es decir, de frenar su evolución en armonía con la de la sociedad.

⁸⁶⁷ TAVARES, A.R. Curso de direito... op. cit. p. 272. Al fundamento de esta afirmación de André Tavares se contraponen la doctrina del STF así delineada por el magistrado Néri da Silveira: “Pero el principio es que la ley se presume constitucional; el principio es que la Administración, de cara a una ley, tiene que actuar a fin de cumplirla. Pienso que no está en la doctrina de esta Corte la autorización a los gobernantes, para que incumplan una ley por entenderla inconstitucional. No es esa la doctrina asentada en este Tribunal.” (ADI MC 1144, Francisco Rezek, j. 23.02.1995, DJ 04.05.2001). Además, el incumplimiento de leyes por parte del Gobierno va en contra del principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, tanto que el Abogado General de la Unión “en actuación procesal plenamente vinculada, debe asumir – en la condición de garante de la presunción de constitucionalidad - la defensa irrestricta de la validez jurídica de la norma impugnada.” (ADI 1.434-MC, Celso de Mello, j. 20.08.1996, DJ 22.11.1996). Ver también: ADI 1.350, Celso de Mello, decisión singular, j. 27.06.1996, DJ 04.08.1996; ADI 72-QQ, Sepúlveda Pertence, j. 22.03.1990, DJ 25.05.1990; ADI 1.254-AqR, Celso de Mello, j. 14.08.1996, DJ 19.09.1997; ADI 242, Paulo Brossard, j. 20.10.1994, DJ 23.03.2001.

considera importante en un sistema que admite la convivencia entre los modelos concentrado y difuso de inconstitucionalidad, puesto que permite llevar la cuestión constitucional al STF, para que este la resuelva de modo definitivo.⁸⁶⁸ La finalidad de la acción declaratoria de constitucionalidad no es otra que homogeneizar las decisiones sobre la constitucionalidad de preceptos legales polémicos - que en su momento sirven de base a derechos subjetivos de las personas -, con potencial capacidad de vulnerar la seguridad jurídica del ordenamiento. Como dice Celso Bastos, la acción declaratoria de constitucionalidad “solo tendrá lugar y se justificará frente a la existencia de un estado de incertidumbre de grandes proporciones en cuanto a la legitimidad de la norma”.⁸⁶⁹ Tanto es así que la posibilidad de conceder una medida cautelar en una acción declaratoria de constitucionalidad tiene justamente el objetivo de “evitar el agravamiento del estado de inseguridad o de incertidumbre jurídica que se pretende eliminar”.⁸⁷⁰ La propia ley exige, como condición de la acción, la “existencia de una controversia judicial relevante sobre la aplicación de la disposición objeto de la acción declaratoria”.⁸⁷¹ Y el STF ha exigido del actor de la acción declaratoria de constitucionalidad la prueba “de la existencia, en proporciones relevantes, de una controversia judicial, cuya existencia - precisamente en función del antagonismo interpretativo que de ella resulta y de la elevada incidencia de decisiones que consagran tesis conflictivas – produzca un verdadero estado de inseguridad jurídica, capaz de generar un escenario de perplejidad social y de provocar grave incertidumbre en cuanto a la validez constitucional de determinada ley o acto normativo federal”.⁸⁷² En otras palabras, la acción declaratoria de constitucionalidad sólo puede ser utilizada cuando la controversia constitucional ya esté instalada en el ámbito del control difuso, no prestándose a que cualquier autoridad, de forma preventiva y sin cualquier tipo de discusión, intente imponer a la sociedad su punto de vista (que, por cierto, siempre

⁸⁶⁸ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 282. Ver también: SLAIBI FILHO, N. Ação declaratória de... op. cit. p. 11.

⁸⁶⁹ BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 4, t. III. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 152. En el mismo sentido: MORAES, A. *Direito Constitucional*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 580 y 581; PALU, O.L. *Controle de constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*, São Paulo: RT, 1999, p. 228; SILVA, J.A. da, *Curso de direito constitucional positivo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 59 y 60; VELOSO, Z. *Controle jurisdicional de...* op. cit. pp. 285 y 286; TAVARES, A.R. *Curso de direito...* op. cit. pp. 278 y 279.

⁸⁷⁰ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 250.

⁸⁷¹ Ley 9868/1999, art. 14. La petición inicial indicará: III - la existencia de controversia judicial relevante sobre la aplicación de la disposición objeto de la acción declaratoria.”

⁸⁷² ADC 15, Carmen Lúcia, decisión singular, j. 15/03/2007.

dependerá de la decisión final del STF).⁸⁷³ Contrariamente, la desestimación de la acción directa de inconstitucionalidad - con fuerza obligatoria general – no necesita de una previa controversia judicial relevante en los juzgados ordinarios. Esto es, si fuera eliminada la acción declaratoria de constitucionalidad y permaneciera tan solo en el sistema la desestimación de la acción directa de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, como prefiere Jorge Miranda, el campo de actuación del control difuso podría verse aún más restringido.

En cuanto a la coincidencia entre legitimados para la acción y legisladores, cabe considerar tres cuestiones: 1º) la crítica es anterior a la Enmienda Constitucional nº 45/2004, que equiparó el número de legitimados de la acción declaratoria de constitucionalidad con el de la acción directa de inconstitucionalidad.⁸⁷⁴ Aunque no desaparezca el problema apuntado por Jorge Miranda, la ampliación del número de legitimados – que incluye, entre otros, al Colegio de Abogados y a las Federaciones y Sindicatos de ámbito nacional - supone más control social sobre la acción.⁸⁷⁵ “Así, si para algunos, en un primer momento, habría sido posible afirmar que la acción declaratoria de constitucionalidad sería un ‘instrumento de la gobernabilidad’ – y no de la democracia – esto ya no es posible: tras la Enmienda Constitucional nº 45/2004 [...] la tarea del control concentrado de constitucionalidad es una misión de todos, y no solo de los órganos estatales.”⁸⁷⁶ 2º) la necesidad de que exista controversia judicial relevante inhibe en gran medida la posibilidad de que el legislador utilice su condición de legitimado de forma abusiva; 3º) el demandante tiene que tener siempre presente el posible efecto contrario a sus intereses, esto es, puede suceder que el STF opte por declarar la inconstitucionalidad del precepto.⁸⁷⁷

⁸⁷³ Ver: Voto de Sepúlveda Pertence (RTJ 157/388).

⁸⁷⁴ El antiguo art. 103, § 4º CFB preveía que sólo podrían proponer acción declaratoria de constitucionalidad, el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de los Diputados o el Procurador General de la República. Actualmente las autoridades y órganos legitimados para proponer acción declaratoria de constitucionalidad y acción directa de inconstitucionalidad están nominados en el art. 103, I a X CFB.

⁸⁷⁵ Ver el Anexo III “Acciones declaratorias de constitucionalidad por legitimado” y los comentarios sobre este asunto en las próximas páginas.

⁸⁷⁶ STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C. de; LIMA, M.M.B. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. In: www.leniostreck.com.br, 2007, pp. 6 y 7.

⁸⁷⁷ ADI 3.218-AgR, Eros Grau, decisión singular, j. 28.02.2005, *DJ 07.03.2005*: “Acuerdo la observación de José Ignacio Botelho de Mesquita: 'el riesgo de, al demandar la declaración de

Este punto - la naturaleza dúplice - es precisamente la última crítica del autor, que, por cierto, sería apropiada, si el sistema brasileño no admitiera la acción declaratoria de constitucionalidad. En esta hipótesis, al igual que ocurre en Italia, Portugal y España, la desestimación de la acción de inconstitucionalidad tan solo debería producir la continuidad del precepto cuestionado en el ordenamiento, sin cualquier otro efecto. Sin embargo, en Brasil existen dos acciones contrapuestas: acción declaratoria de constitucionalidad y acción directa de inconstitucionalidad. Si la desestimación de una acción declaratoria de constitucionalidad se redujera a eso, a una desestimación, el STF estaría admitiendo la permanencia de un precepto reconocidamente inconstitucional en el ordenamiento. Ello generaría la necesidad de una posterior acción directa de inconstitucionalidad, para que el Tribunal pudiera finalmente declarar la inconstitucionalidad de un precepto, que él mismo ya había considerado inconstitucional – sin declararlo en el fallo - en la acción declaratoria de constitucionalidad. En este contexto, la no declaración inmediata de la inconstitucionalidad del precepto en la propia acción declaratoria de constitucionalidad, con todas sus consecuencias, conllevaría un claro menoscabo de los principios de economía procesal, de certeza del derecho, y por ende de la propia seguridad jurídica. Por el mismo razonamiento, la simple existencia de una acción con objetivo opuesto es suficiente para justificar que el STF, al desestimar la acción directa de inconstitucionalidad, declare la constitucionalidad de un precepto legal cuestionado, siendo secundario que la consecuencia de esta sea tan solo la continuidad de un precepto (constitucional) en el ordenamiento. Como la desestimación pura y simple de la acción de inconstitucionalidad – sin declaración de constitucionalidad - no vincula a los tribunales inferiores, la lógica del sistema impone que pueda presentarse una nueva acción declaratoria de constitucionalidad.⁸⁷⁸ En otras palabras, mientras mantenga una acción cuyo objetivo es confirmar lo que, se supone, es (o debería ser) atributo de todas las leyes – su constitucionalidad -, el sistema concentrado brasileño sólo podrá ser coherente y proporcionar seguridad jurídica plena, mientras mantenga también el

inconstitucionalidad de una ley, de provocar la declaración de su constitucionalidad con eficacia *erga omnes*, constituye un factor de gran efecto disuasorio a la iniciativa de proponer una ADI'..."

⁸⁷⁸ Teori Zavascky considera que la acción directa de inconstitucionalidad y la declaratoria de constitucionalidad tienen idéntica naturaleza. "Cualquier de ellas es apta para producir una declaración jurisdiccional de constitucionalidad o de inconstitucionalidad del precepto legal. No tendría sentido ni razón alguna atribuir a sus sentencias de mérito eficacias distintas. Tanto una, como otra, cuando entran en el mérito de la cuestión, producen sentencias con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante." En: ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 54.

carácter dúplice o ambivalente de sus acciones. La gran cuestión de fondo es la supuesta petrificación de la jurisprudencia del STF que conllevaría la declaración de constitucionalidad. Hipótesis solo posible si el sistema no permitiera nueva demanda de inconstitucionalidad respecto el mismo precepto. Pero lo permite.⁸⁷⁹

Ana Scartezzini mantiene asimismo reticencias en relación a la declaración de constitucionalidad, pero por un motivo diferente. Partiendo del principio de que el Estado no necesita declarar que su actividad es legítima, recuerda el particular interés del Poder Ejecutivo en dirimir dudas de constitucionalidad relacionadas con sus acciones de gobierno, de forma definitiva y sin dar margen a decisiones discrepantes de jueces y tribunales. Además, llama la atención sobre el hecho de que los ciudadanos no tienen garantizados el contradictorio en estos procesos. “No hay una previsión en el sentido de posibilitar que el ciudadano, que sufrirá los efectos de esta decisión, intervenga en la acción y deduzca los argumentos que le parezcan relevantes en la defensa de sus intereses.”⁸⁸⁰ De hecho, el Gobierno Federal ha sido comúnmente señalado como el gran interesado en que el STF declare la constitucionalidad de leyes

⁸⁷⁹ STF - ADI 3.218-AgR, Eros Grau, decisión singular, j. 28/02/2005, *DJ 07/03/2005*: “...la ley hoy declarada constitucional puede en una ocasión posterior ser juzgada inconstitucional.”

En 2003 el STF resolvió una cuestión previa al análisis de la ADI 2.777, que versaba sobre la posibilidad de juzgar la inconstitucionalidad de un precepto anteriormente declarado constitucional por el propio Tribunal en anterior acción del control concentrado (ADI 1.851). “El Tribunal – aun cuando es consciente de la necesidad de una motivación idónea, crítica y expresa, para justificar una eventual readmisión del análisis de una cuestión ya tratada por la Corte -, concluyó en el sentido de admitir el enjuiciamiento de las acciones directas, por considerar que el efecto vinculante previsto en el § 2º del art. 102 CFB no condiciona al propio STF, limitándose a los demás órganos del poder judicial y al poder ejecutivo”. (ADI 2.777-QO, Cezar Peluso, j. 27/11/2003. Informativo STF nº 331).

Control difuso - en 1999 el Pleno del STF consideraba constitucional el art. 2º, § 1º de la Ley 8072/1990: “...en el enjuiciamiento del Habeas Corpus nº 69.657 el Pleno del STF ya decidió, que no es inconstitucional el art. 2º, § 1º de la Ley 8072/1990, cuando impone el régimen integralmente cerrado, en el cumplimiento de penas por los crímenes muy graves en ella definidos (STF - HC 76371 - SP - Pleno - Marco Aurélio - DJU 19.03.1999). En 2006, en cambio, el mismo dispositivo legal ha pasado a ser considerado inconstitucional: “está en conflicto con la garantía de la individualización de la pena – art. 5º, XLVI, CFB - la imposición, mediante norma, del cumplimiento de la pena en régimen integralmente cerrado. Nueva inteligencia del principio de la individualización de la pena. En evolución jurisprudencial queda asentada la inconstitucionalidad del art. 2º, § 1º, de la Ley 8.072/1990 (STF - HC 82959 - SP - Pleno - Marco Aurélio - DJ. 01.09.2006). Sobre la posibilidad de reapreciación de la cuestión por el STF, enfatizando que las sentencias tienen implícitas la cláusula *rebus sic stantibus*, ver: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 362 a 364. En el mismo sentido, el italiano Antonio Ruggeri afirma que, aunque la desestimación de una cuestión de inconstitucionalidad tuviera eficacia *erga omnes*, esta estaría, por su propia naturaleza, condicionada a la permanencia del estado objetivo con base en el cual la decisión fue adoptada. En: RUGGERI, A. *Storia di un “falso”...* op. cit. pp. 118 y sig. Ver también: LIEBMAN, E.T. *Eficácia e autoridade da coisa...* op. cit. pp. 25 y 26.

⁸⁸⁰ SCARTEZZINI, Ana Maria *apud* MARTINS, I.G.S. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. XVI, Nota 6.

puestas en cuestión en demandas sustanciadas en las instancias judiciales inferiores. Sin embargo, la estadística demuestra que esa afirmación sólo es verdadera si tomados en consideración los primeros años de existencia de la acción declaratoria de constitucionalidad. De las nueve primeras demandas, siete fueron presentadas por el Presidente de la República (dos de ellas junto con la Mesa del Senado Federal y de la Cámara de los Diputados) y dos por el Procurador General de la República, de actuación institucional independiente, pero que es nombrado por el jefe del Poder Ejecutivo.⁸⁸¹ De las catorce restantes, ocho lo fueron por confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional, cuatro por Gobernadores de Estado o del Distrito Federal y dos no fueron admitidas a trámite por falta de legitimación. De manera que, si inicialmente hubo un marcado protagonismo del Presidente de la República, no puede seguir sin embargo manteniéndose lo mismo en la actualidad. No obstante, no deja de ser significativo que de un total de veinte y tres demandas, once de ellas (casi 50%) tengan por actor al Poder Ejecutivo a nivel federal o estadual.⁸⁸²

La crítica de Ana Scartezzini a la no participación del ciudadano en el control concentrado puede ser considerada, como mínimo, desproporcionada. En primer lugar, porque el ciudadano dispone del control difuso, que le garantiza amplias posibilidades de contradictorio. En segundo término, porque la naturaleza objetiva del proceso en el control concentrado prescinde, en principio, del contradictorio, una vez que no están en juego derechos subjetivos de personas, sino la validez de leyes abstractamente analizadas. Por ello, la participación ciudadana en niveles cercanos a los usuales en una demanda judicial ordinaria no existe en ningún país. Además, la falta de contradictorio ha sido parcialmente suplida por el art. 7º, § 2º, de la ley 9868/1999, que instituyó la figura del *amicus curiae*. Gracias a ello, el STF está autorizado a admitir la manifestación de órganos o entidades representativos de intereses eventualmente afectados por la declaración de inconstitucionalidad. Además, el órgano estatal que ha creado la norma cuestionada tiene la posibilidad de defender, objetivamente, el propio acto que creó. Finalmente, enseña José A. da Silva, en el sistema brasileño hay "una presunción de validez constitucional en favor de leyes y actos normativos del Poder

⁸⁸¹ Art. 128, § 1º CFB: "El Ministerio Público de la Unión tiene por jefe el Procurador General de la República, nombrado por el Presidente de la República de entre integrantes de la carrera, mayores de treinta y cinco años, tras la aprobación de su nombre por la mayoría absoluta de los miembros del Senado Federal, para mandato de dos años, permitida la reconducción."

⁸⁸² Ver el Anexo III "Acciones declaratorias de constitucionalidad por legitimado".

Público, que sólo se deshace cuando sobre ellos incide el mecanismo de control establecido en la Constitución. Esa presunción fue reforzada por la Constitución, que prevé en su art. 103, § 3º, un contradictorio en el proceso abstracto de declaración de inconstitucionalidad, imponiendo el deber de audiencia del Abogado General de la Unión, que obligatoriamente defenderá el acto o texto impugnado".⁸⁸³ De manera que las manifestaciones del *amicus curiae*, a criterio del STF; del órgano legislativo creador del precepto cuestionado, si lo estima pertinente; y del Abogado General de la Unión, de forma obligada, parecen garantizar el contradictorio posible, respetados los límites inherentes al control abstracto.⁸⁸⁴

Respecto a los efectos de las declaraciones de constitucionalidad y de inconstitucionalidad, es posible afirmar que son fundamentalmente idénticos: generales (*erga omnes*) y vinculantes⁸⁸⁵ - para los demás órganos del Poder Judicial y al Poder Ejecutivo⁸⁸⁶ - y, como regla general, retroactivos (*ex tunc*). La declaración de inconstitucionalidad determina también la reviviscencia de los preceptos legales eventualmente derogados por el precepto declarado inconstitucional. Además, tanto la

⁸⁸³ SILVA, J.A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53.

⁸⁸⁴ Antes que el art. 7º, § 2º, de la ley 9868/1999 instituyera la figura del *amicus curiae*, la posición del STF era esta: "La imposibilidad de la intervención procesal de una entidad privada en la acción directa, no se traduce en ninguna violación de la garantía constitucional del contradictorio. El postulado del contradictorio, en el proceso de control abstracto de constitucionalidad, se ve atendido, de un lado, con la posibilidad del órgano estatal de defender, objetivamente, el propio acto que creó, y, de otro, con la intervención del Abogado General de la Unión, que, en actuación procesal plenamente vinculada, debe asumir – en la condición de garante y vigilante de la presunción de constitucionalidad, la defensa irrestricta de la validez jurídica de la norma impugnada." (ADI 1.434-MC, Celso de Mello, j. 20.08.1996, *DJ* 22.11.1996).

⁸⁸⁵ Dos ejemplos de decisiones que concedieron efecto vinculante a una acción directa de inconstitucionalidad antes de la Enmienda Constitucional nº 45/2004: Rcl 1.880-AgR, Maurício Corrêa, j. 07-11-2002, *DJ* 19-03-2004; Rcl 2.256, voto Gilmar Mendes, j. 11-09-2003, *DJ* 30-04-2004.

⁸⁸⁶ El efecto vinculante de la sentencia estimatoria de la acción directa de inconstitucionalidad solo ha pasado a tener existencia constitucional tras la Enmienda Constitucional nº 45/2004, que modificó el art. 102, § 2º CFB (que hasta entonces preveía efecto vinculante exclusivamente para la sentencia emitida en acción declaratoria de constitucionalidad), dándole la siguiente redacción: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal." Antes estos efectos constaban exclusivamente en el art. 28, párrafo único, de la Ley 9868/1999. También la acción por incumplimiento de un precepto fundamental tiene idénticos efectos, como prevé el art. 8º, § 3º de la Ley 9882/1999: "A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público."

acción declaratoria de constitucionalidad, como la acción directa de inconstitucionalidad admiten la concesión de medidas cautelares. Al contrario de la sentencia de constitucionalidad, que se limita a confirmar la constitucionalidad de determinado precepto legal federal, la sentencia de inconstitucionalidad de un precepto legal federal o estadual puede tener motivaciones más variadas. Por esto, previamente al análisis de los efectos de ambas sentencias, se hará un breve estudio de las sentencias de inconstitucionalidad formal, material, por dependencia y por conexión.

1.1. Sentencia de inconstitucionalidad formal y material.

Como en los demás países, también en Brasil la sentencia simple de inconstitucionalidad se produce por la acción de los poderes públicos en la producción de leyes o actos normativos contrarios a reglas o principios constitucionales. Y, asimismo, el juicio de inconstitucionalidad no se limita al aspecto material (intrínseco), sino que se extiende a los aspectos formales (extrínsecos). Puede darse, por lo tanto, no solo la incompatibilidad resultante de contradicción o contrariedad entre contenidos normativos (legal y constitucional), sino también la proveniente de la disconformidad entre procedimiento de producción normativa (legislativa) y contenido normativo (constitucional)”.⁸⁸⁷ De ahí que una ley puede resultar tanto materialmente

⁸⁸⁷ NEVES, M. Teoria da... op. cit. p. 74. En el mismo sentido: MELLO, J.L.A. *Da separação de poderes à guarda da Constituição: As Côrtes Constitucionais*. São Paulo: RT, 1968, pp. 82 y 83; SAMPAIO, N.S. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 127; BITTENCOURT, L. *O controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 71 y sig. RAMOS, E.S. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 149 y sig. En Italia, ver: CRISAFULLI, V. *Lezioni di diritto...* op. cit. p. 119; REDENTI, E. “Legittimità delle Leggi e Corte Costituzionale” en *Quaderni dell’Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, XII. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 16 y 17; MODUGNO, F. *L’Invalidità della Legge*, v. II. Milano, 1970, pp. 79 y sig. En Portugal, ver: CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. pp. 949 y 950; MOREIRA, C. “Fiscalização judicial da Constituição” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1943, pp. 3 y sig y 355 y sig. En Alemania, ver: GUSY, C. *Parlamentarischer Gesetzgeber...* op. cit. p. 184; PESTALOZZA, C. *Verfassungsprozessrecht...* op. cit. p. 173; ULSAMER, G. in MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER,

constitucional y formalmente inconstitucional (y viceversa), como resultar inconstitucional por ambos motivos simultáneamente.⁸⁸⁸

Llama la atención la particular importancia dada por los autores brasileños a la sentencia de inconstitucionalidad formal, que Gilmar Mendes prefiere llamar declaración de nulidad total como expresión de unidad técnico-legislativa.⁸⁸⁹ Una posible explicación para ello sería el hecho de que la Constitución de 1988 incorporó reglas de procedimiento legislativo y de competencia, que, dado su grado de detalle, podrían más bien estar regulados por la legislación ordinaria. Por otra parte, al contrario de lo que ocurre en Europa, el STF y la mayoría de la doctrina brasileña considera que la inconstitucionalidad formal por incompetencia abarca no solo los vicios relacionados a la iniciativa privativa de alguna autoridad u órgano para la demanda (Presidente de la República, STF etc.)⁸⁹⁰, el consecuente procedimiento legislativo⁸⁹¹ o a la reserva de ley⁸⁹², sino también a todos los casos de invasión de competencia entre los entes federados (Unión, Estados y Municipios)⁸⁹³, conocidos en España como

G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. § 78, nº 23; IPSEN, J. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit... op. cit. p. 98. Ver sentencias del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* nºs. 1, 14, 8, 104, 48, 127.

⁸⁸⁸ VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 22. Una reciente decisión del STF sobre la constitucionalidad de una ley del Estado de Santa Catarina ilustra bien esta situación: "la ley nº 11.562/2000, no obstante el loable contenido material de combate a la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, incide en inconstitucionalidad formal, porque invade la competencia de la Unión para legislar sobre derecho laboral". (ADI 2487, Joaquim Barbosa, j. 30-08-2007, *DJE* de 28-03-2008). Como se nota, el STF considera la invasión de competencia una inconstitucionalidad formal.

⁸⁸⁹ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 341 y 342.

⁸⁹⁰ ADI 3.555, Cezar Peluso, j. 04/03/2009 (Informativo STF nº 537); ADI 2.904, Menezes Direito, j. 15/04/2009, (Informativo STF nº 542); RE 198.982, Ilmar Galvão, j. 05/08/1998, *DJ* 19/04/2002.

⁸⁹¹ MS 24.642, Carlos Velloso, j. 18/02/2004, *DJ* 18/06/2004: "El parlamentar tiene legitimidad activa para impetrar *mandado de segurança* con la finalidad de no permitir actos practicados en el procedimiento de aprobación de leyes y enmiendas constitucionales que no se compatibilizan con el procedimiento legislativo constitucional. Legitimidad activa del parlamentar, apenas. Precedentes del STF: MS 20.257/DF, Moreira Alves (*leading case*), *RTJ* 99/1031; MS 21.642/ DF, Celso de Mello, *RDA* 191/200; MS 21.303-AgR/DF, Octavio Gallotti, *RTJ* 139/783; MS 24.356/DF, Carlos Velloso, *DJ* 12-9-03."

⁸⁹² ADI 2.585, Ellen Gracie, j. 24/04/2003, *DJ* 06/06/2003; ADI 3.369-MC, Carlos Velloso, j. 16/12//2004, *DJ* 01/02/2005; ADI 3.369-MC, Carlos Velloso, j. 16/12/2004, *DJ* 18/02/2005.

⁸⁹³ Por ejemplo: [ADI 2.501](#), Joaquim Barbosa, j. 04/09/2008, Informativo STF nº 518: "En cuanto al mérito, se entiende que la norma en cuestión [del Estado de Minas Gerais] invade la competencia de la Unión para legislar sobre directrices y bases de la educación y también para establecer normas generales sobre educación (...)." Ver también: HC 91.859, Carlos Britto, j. 04/11/2008, 1ª Turma, *DJE* 13/03/2009; ADI 855, Rel. p/ o ac. Gilmar Mendes, j. 06/03/2008, *DJE* 27/03/2009; ADI 3.897, Gilmar Mendes, j. 04/03/2009, *DJE* 24/04/2009; ADI 3.817,

inconstitucionalidad competencial. El rango constitucional que se atribuye a esas materias⁸⁹⁴ ha determinado que la petición de declaración de inconstitucionalidad formal pase a ser algo bastante usual, llevando este tipo de inconstitucionalidad a asumir una dimensión muy importante en Brasil.⁸⁹⁵

La doctrina ha logrado un cierto consenso sobre esta materia, lo que ha evitado muchas polémicas. Sin embargo, al menos en relación al llamado “vicio de iniciativa” (inconstitucionalidad formal orgánica) el STF ya se ha visto compelido a cambiar de posición. Anteriormente el Tribunal consideraba que la sanción del Presidente de la República al fin del proceso legislativo (arts. 64 a 69 CFB) tenía el poder de subsanar la usurpación inconstitucional de la iniciativa a él reservada en determinadas materias (art. 61, § 1º CFB). No obstante, su jurisprudencia actual se orienta en sentido opuesto, pues considera la firma presidencial “jurídicamente insuficiente para convalidar el defecto radical oriundo del incumplimiento de la

Cármem Lúcia, j. 13/11/2008, *DJE* 03/04/2009; ADI 3.587, Gilmar Mendes, j. 12/12/2007, *DJE* 22/02/2008.

⁸⁹⁴ Algunos ejemplos en la Constitución brasileña: art. 18, párrafos 3º y 4º: condiciones para la creación, fusión y desmembramiento de Estados y Municipios; arts. 21 a 30: competencias de la Unión, Estados y Municipios; art. 61: autoridades y órganos que detienen la iniciativa de los proyectos de ley; art. 61, § 1º: iniciativa reservada al Presidente de la República; art. 62: reglas para la edición de medidas provisionales; arts. 64 a 69: proceso legislativo. Sobre este asunto, ver: NEVES, M. Teoria da... op. cit. p. 116.

⁸⁹⁵ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 41. Alfredo Buzaid enseña que los “requisitos formales conciernen, desde un punto de vista subjetivo, al órgano competente de donde emana la ley; y, desde un punto de vista objetivo, a la observancia de la forma, plazo y rito prescritos para su elaboración.” En: BUZAID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 49. La transgresión al requisito subjetivo (incompetencia del órgano) es llamada por Nelson Sampaio de inconstitucionalidad formal orgánica y la transgresión al requisito objetivo (violación de las formas prescritas), de inconstitucionalidad formal en sentido estricto. Además, llama de inconstitucionalidad formal temporal a la norma desarrollada en época prohibida. En: SAMPAIO, N.S. O processo... op. cit. p. 127. De manera que la sentencia de inconstitucionalidad formal no resulta, como acuerda Marcelo Neves, “de la contradicción o contrariedad, en el sentido lógico de los términos, entre ley y Constitución. La incompatibilidad normativa, en ésta hipótesis, proviene de la inadecuación o disconformidad del procedimiento efectivo de elaboración legislativa (plano del ser) al contenido de la norma constitucional prescriptiva del proceso legislativo (plano del deber ser).” En: NEVES, M. Teoria da... op. cit. p. 74. O, como diría André Tavares, en la inconstitucionalidad formal “no ocurre la comparación entre dos normas (la de la ley y la de la Constitución), sino entre hechos y la Constitución. La obediencia a las formalidades constitucionalmente impuestas solo se podrá revelar a partir del análisis de las condiciones concretas a partir de las cuales surgió la ley impugnada por invalidez”. En: TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. p. 171. Y los hechos concretos se refieren básicamente a la competencia de quien tomó la iniciativa de encaminar el proyecto de ley y a la fiel observancia del proceso legislativo. Ver: FERREIRA FILHO, M.G. Curso de... op. cit. p. 34; CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 39. Ver también las sentencias: RE 210.246, Nelson Jobim, j. 12/11/1997, *DJ* 17/03/2000; ADI 864, Moreira Alves, DJ 13/09/1996; ADI 805, Celso de Mello, DJ 08/04/1994; ADI 574, Ilmar Galvão, DJ 11/03/1994; Rp. 1318, Carlos Madeira, RDA nº 169, julio/septiembre 1987, pp. 60 a 66.

Constitución de la República”.⁸⁹⁶ Es decir, no hay remedio para una ley formalmente inconstitucional. Por ello, la sentencia de inconstitucionalidad formal se pronuncia generalmente en relación a la totalidad de la ley.⁸⁹⁷ Difícilmente una infracción a una regla del proceso legislativo constitucionalmente previsto, es decir, extrínseca al contenido de la norma, puede ser declarada parcialmente inconstitucional⁸⁹⁸ y parece imposible que pudiera ser resuelta a través de una decisión interpretativa.

A pesar de la importancia que la inconstitucionalidad formal ha asumido en el contexto brasileño, los defectos por inconstitucionalidad material - incompatibilidad entre el contenido del texto legal y el contenido de los principios y reglas constitucionales - son siempre cuantitativamente superiores, además de cualitativamente más relevantes.⁸⁹⁹ La inconstitucionalidad material también puede

⁸⁹⁶ ADI 1070 MC, Celso de Mello, DJU 15.09.1995. También: ADI 1064, Ilmar Galvão, DJU 26.09.1997; ADI 1475 MC, Octavio Gallotti, DJU 22.11.1996. Como veremos adelante, otra materia potencialmente polémica es la posibilidad de inconstitucionalidad formal sobrevenida. Ver epígrafe “5.1. Derogación de la legislación preconstitucional e inconstitucionalidad sobrevenida”. Además, se discute si la inconstitucionalidad formal revela una ley inexistente o inválida. Para Lúcio Bittencourt, la ley inconstitucional es inexistente. En: BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. p. 133. Sin embargo, André Tavares considera que la inconstitucionalidad formal no se confunde con la inexistencia de la ley. “Si el acto legislativo es desarrollado por uno de los órganos de producción legislativa del Estado, aunque ese desarrollo sea deficitario - incluso por no ser el órgano competente -, hay ley (existencia), a pesar de haber entrado deficientemente en el sistema (invalidez). Sólo se puede hablar en inexistencia del acto legislativo cuando la ley no fue hecha por algún órgano legislativo del Estado. Cuando eso ocurre no hay ley, y, por tanto, ella no puede ser declarada inconstitucional, sino jurídicamente inexistente.” En: TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. p. 186.

⁸⁹⁷ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 341; CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 48 y 49.

⁸⁹⁸ Hay por lo menos una situación en que la inconstitucionalidad formal parcial es factible. “Es el caso de las enmiendas que un proyecto de ley reciba, en contradicción, por ejemplo, con el sistema de iniciativa legislativa”. En: TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. pp.189 y 190. Ver adelante el epígrafe 2. Sentencia de inconstitucionalidad parcial (cuantitativa).

⁸⁹⁹ La razón ciertamente está en que las normas limitadoras del proceso de formación de las leyes se limitan a pocos artículos, mientras las normas limitadoras del contenido de las leyes congregan a prácticamente toda la Constitución. Ver: TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. p. 182 y nota 48. Para André Tavares “la inconstitucionalidad material es una cuestión puramente de derecho, porque se ciñe estrictamente al análisis jurídico de la compatibilidad entre contenidos normativos. La inconstitucionalidad formal requiere el análisis de circunstancias fácticas, porque solo así se puede confirmar el cumplimiento o no del mandato constitucional.” En: TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. p. 183. Sin embargo, Paulo Bonavides considera que la competencia conferida a la autoridad judicial para “examinar si la ley fue elaborada en conformidad con la Constitución; si hubo una correcta observancia de las formas establecidas; o si lesiona una competencia deferida constitucionalmente a uno de los poderes”, configura un control estrictamente jurídico. El control material, al incidir sobre el contenido de la norma, tendría un elevado contenido político: “desciende al fondo de la ley, otorga a quien lo ejerce competencia para decidir sobre el tenor y la materia de la regla jurídica, busca acomodarla a los cánones de la Constitución, a su espíritu, a su filosofía, a sus principios políticos fundamentales.” En: BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 229.

producirse “cuando la norma, aunque disciplinando materia dejada por el constituyente a la ‘libertad de conformación del legislador’, haya sido desarrollada ‘no para realizar los fines constitucionales concretos, sino para proseguir otros, diferentes o de señal contraria a aquellos’.”⁹⁰⁰ O bien, habiendo sido creada para realizar finalidades apuntadas en la Constitución, desatiéndelas por hacerlo de modo inapropiado, desnecesario, desproporcional o, en síntesis, irrazonable. Se trata, en el primer caso, de la hipótesis de desvío o exceso de Poder Legislativo y en el segundo, de manifiesta infracción del principio de razonabilidad o proporcionalidad de los actos del poder público, y aquí, del Poder Legislativo.”⁹⁰¹ Por otro lado, no se puede olvidar que “todas las normas constitucionales que limitan el contenido de las leyes acaban delimitando (aunque indirectamente) la competencia del órgano legislativo”. En consecuencia, sería “posible afirmar que toda inconstitucionalidad material representa un caso de incompetencia constitucional del órgano legislativo, sea esta incompetencia directa o indirecta.”⁹⁰² De manera que desde este punto de vista la inconstitucionalidad material podría originarse

⁹⁰⁰ CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Fundamentos da... op. cit. p. 264.

⁹⁰¹ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 45 a 47. Gomes Canotilho llama a estos dos casos de “vicios de mérito” y los incluye en la rúbrica “exceso o desvío del poder legislativo”. En: CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... op. cit. pp. 1302 y 1303. Sobre el desvío de poder legislativo, ver: TÁCITO, C. “Desvio de poder legislativo” in *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, São Paulo, pp. 62 a 68; MELLO, C.A.B. de, “Desvio de poder” in *Revista de Direito Público*, nº 89. São Paulo, pp. 24 a 36. Sobre el principio de proporcionalidad, ver en Brasil: SARLET, I.W. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência” in *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, Ano III. Sapucaia do Sul: Notadez, 2003; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; STUMM, R.D. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; BONAVIDES, P. Curso de... op. cit. p. 354; TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. p. 506 y sig.; MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 395; CASTRO, C.R.S. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. En Portugal: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 724; ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 227. En España, ver la importante obra del colombiano BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Ver también las calificadas notas de CASCAJO CASTRO, J.L. Notas para un breve ensayo... op.cit. pp. 81 a 92. Por último: GONZÁLES BEILFUSS, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi, 2003.

⁹⁰² André Tavares considera que “tomándose como base los elementos del ámbito de validez de las normas jurídicas, es posible distinguir cuatro especies de leyes materialmente inconstitucionales: en razón de la materia (*stricto sensu*), en razón de la persona (competencia del órgano), en razón del espacio (competencia espacial) y en razón del tiempo (competencia temporal)”. En: TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. pp. 182 y 183. Ver también: NEVES, M. Teoria da... op. cit. pp. 112 y 113; BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. pp. 82 a 90; VERNENGO, J.R. *Curso de Teoría General del Derecho*, 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1995, pp. 117 a 124.

no sólo de la oposición entre los contenidos de la Constitución y de la ley, sino también de otros factores relacionados.⁹⁰³

1.2. Sentencia de inconstitucionalidad por dependencia.

A pesar de no existir una previsión legal o constitucional que autorice a ello⁹⁰⁴, el STF emite una sentencia de inconstitucionalidad total por dependencia, siempre que sea posible identificar “una relación de *dependencia* o *interdependencia* entre las partes inconstitucionales y constitucionales de la ley. Si la disposición principal de la ley es considerada inconstitucional, el STF pronuncia la inconstitucionalidad total, excepto si alguna norma es capaz de subsistir sin la parte considerada inconstitucional. Se trata aquí de una *declaración de inconstitucionalidad por dependencia unilateral*. La indivisibilidad de la ley puede resultar, asimismo, de una fuerte integración entre sus diferentes partes, lo que llevará a una *declaración de inconstitucionalidad por dependencia recíproca*.”⁹⁰⁵ En el primer caso las normas

⁹⁰³ Buscando la intersección entre inconstitucionalidad material y formal, Anhaia Mello expone que “en el fondo una inconstitucionalidad material no deja de ser una inconstitucionalidad formal, porque si la materia fuera votada como ley constitucional [por el Congreso Nacional], según las reglas de revisión, no sería inconstitucional ni siquiera materialmente.” En: MELLO, J.L.A. Da separação de... op. cit. p. 83. O sea, siempre que en los trámites de una Enmienda Constitucional sean respetadas las reglas y limitaciones impuestas por la Constitución, no puede haber ningún tipo de inconstitucionalidad. Con todo, dentro de esa concepción “restaría a la noción de inconstitucionalidad material la incompatibilidad entre el contenido de la ley y el contenido de aquellos artículos que componen la parte inmodificable de la Constitución”. En: TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. p. 185. Pero la aceptación de semejante posición implica reducir demasiado el cauce de ese tipo de inconstitucionalidad, advierte con acierto Marcelo Neves. En: NEVES, M. Teoria da... op. cit. p. 115.

⁹⁰⁴ Representación 1379, Moreira Alves, DJ. 11.09.1987; Representación 1305, Sydney Sanches, RDA 170, p. 46.

⁹⁰⁵ MENDES, G.F. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 284; MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional*... op. cit. p. 342; BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. p. 127. Ver: Representación 1379, Moreira Alves, DJ 11/09/1987.

restantes, a pesar de ser constitucionales, pierden su significado autónomo, lo que implica que su permanencia en el ordenamiento jurídico no tiene más razón de ser. En el segundo, el precepto inconstitucional forma parte de una reglamentación global a la que aporta sentido y justificación.⁹⁰⁶ Su anulación modifica de tal manera los objetivos originales de la ley establecidos por el poder legislativo, que el Tribunal se ve obligado a anular totalmente la ley.

La sentencia de inconstitucionalidad total por dependencia no debe confundirse con la inconstitucionalidad por conexión.⁹⁰⁷ Gilmar Mendes explica que “mientras la declaración de inconstitucionalidad total incide sobre normas o partes de la ley que no eran inconstitucionales, pero fueron objeto de impugnación por su íntima conexión con la norma declarada nula, en el caso de la extensión de la declaración de inconstitucionalidad se trata de una ampliación del objeto del pronunciamiento, que hace que la declaración de nulidad incida sobre normas inconstitucionales que no habían sido directamente impugnadas, (...) si se entiende que ellas son, por razones idénticas, contrarias a la Constitución.”⁹⁰⁸ Con la sentencia de inconstitucionalidad total por dependencia el STF no amplía *ex officio* el objeto de la impugnación a otros preceptos asimismo inconstitucionales, sino que estima integralmente la petición de declaración de inconstitucionalidad, inclusive en relación a preceptos que a su juicio serían constitucionales, porque la anulación de los preceptos principales no les permitiría subsistir de forma autónoma. Sin embargo, no siempre es posible verificar claramente esta diferenciación en las decisiones del STF. Por ejemplo, en la acción directa de inconstitucionalidad 1144, el magistrado relator – cuyo voto fue aprobado por unanimidad en el Pleno - afirmó textualmente que “la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2º y 3º de la ley atacada implica su vaciamiento. La declaración de inconstitucionalidad de sus demás preceptos se da por conexión.”⁹⁰⁹

⁹⁰⁶ Ver: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 49 y 50. Ver también: CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional... op. cit. pp. 1008 y 1009; SKOURIS, W. Teilnichtigkeit von... op. cit. pp. 35 y 36; IPSEN, J. Rechtsfolgen... op. cit. p. 101; PESTALOZZA, C. Verfassungsprozessrecht... op. cit. pp. 173 y 174.

⁹⁰⁷ Vicente Paulo y Marcelo Alexandrino, por ejemplo, no hacen cualquier distinción. Ver: PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. Controle de... op. cit. pp. 173 a 175.

⁹⁰⁸ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 259. Ver: IPSEN, J. Rechtsfolgen... op. cit. p. 103; STERN, K.; SACHS, M. “Erläuterung zu Art. 93” in *Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung*. Hamburg, 1982; STERN, K. “Erläuterung zu Art. 100” in *Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung*. Hamburg, 1967;

⁹⁰⁹ ADI 1.144, Eros Grau, j. 16.08.2006, DJ 08.09.2006 (Informativo STF nº 436).

Ocorre que la ley – compuesta de siete artículos - había sido totalmente impugnada. Si el STF concluyó que los dos artículos considerados inconstitucionales no permitían la subsistencia autónoma de los demás, lo más correcto sería haberlos declarado inconstitucionales por dependencia. Un hecho que, en verdad, no tendrá ninguna influencia en los efectos de la decisión.

1.3. Sentencia de inconstitucionalidad por conexión.

Durante largos años la orientación predominante en el STF propugnaba su estricta limitación al principio dispositivo, es decir, el Tribunal debería “atenerse al tenor, al *petitum*, en una aplicación de la regla que impone que debe haber correlación entre la pretensión y la decisión. En otras palabras, el respeto al principio de la *congruencia (ne eat iudex ultra vel extra petita partium)*.”⁹¹⁰ Por ello el análisis de constitucionalidad efectuado por el Tribunal debía limitarse al texto impugnado, no estándole permitido extender la declaración de inconstitucionalidad a otros preceptos vinculados a aquel, pero no impugnados, aunque la razón de la inconstitucionalidad fuera la misma.⁹¹¹ Según la primitiva jurisprudencia del STF, tal extensión alteraría el sistema de la ley y le transformaría en legislador positivo.⁹¹² Zeno Veloso defendía en aquel entonces un cambio de rumbo, manteniendo que la extensión de la declaración a preceptos correlativos o dependientes del que haya sido objeto de la acción, debería producirse incluso por una cuestión de economía procesal. “Determinada la nulidad de éste, nada justifica que el control jurisdiccional no se expanda a otro, tratando ambos del

⁹¹⁰ VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 201.

⁹¹¹ RP 1313 – MS, RTJ n. 137, p. 1110.

⁹¹² Ver: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 154 a 156 y, especialmente, la nota nº 32. En la jurisprudencia: ADI 1755, Nelson Jobim, j. 15/10/1997, DJ 18/05/2001; ADI 1822, Moreira Alves, j. 26/06/1998, DJ 10/12/1999.

mismo asunto y estando afectados por el mismo vicio.”⁹¹³ A pesar de la falta de respaldo constitucional o legal para la extensión *ex officio* de la declaración de inconstitucionalidad a otros preceptos no impugnados, ésta ha sido la posición que el STF ha terminado adoptando en los últimos años.⁹¹⁴ Sin embargo, hay que tener presente que tal procedimiento configura una excepción a la regla general de respeto al principio dispositivo, y sólo es admitido por el STF en el control concentrado.

La inconstitucionalidad por conexión - más conocida en Brasil por inconstitucionalidad por *arrastamento* o atracción - podrá producirse en relación a otros preceptos pertenecientes a la misma ley impugnada y en relación a un decreto o a otro acto(s) normativo(s) que tengan su base en el precepto legal impugnado. Un ejemplo de la primera modalidad es la acción directa de inconstitucionalidad 2501, en cuya sentencia el STF “estimó la demanda para declarar la inconstitucionalidad del art. 82, § 1º, II del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución del Estado de Minas Gerais, así como, por conexión, de los §§ 4º, 5º y 6º del mismo artículo (...).”⁹¹⁵ Un ejemplo de la segunda modalidad puede encontrarse en la acción directa de inconstitucionalidad 173, donde el Pleno del STF concedió Medida Cautelar “suspendiendo los efectos del art. 1º de la Ley Federal nº 7711/1988 hasta el enjuiciamiento final de la acción, quedando, **por vía de consecuencia**, en suspenso los efectos del Decreto nº 97834/1989.”⁹¹⁶ En ésta última modalidad la conexión presupone la subordinación del Decreto (u otro acto normativo) al precepto legal impugnado en la

⁹¹³ VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 203. Sin embargo, hubo excepciones. Por ejemplo, en la Representación 1077/RJ, Moreira Alves, j. 28/03/1984, DJ 28/09/1984. Había sido impugnado el art. 2º de la Ley 383/1980, elevando arbitrariamente tasas judiciales. El STF concedió una medida cautelar suspendiendo la aplicación del artículo y además extendió la suspensión al art. 3º, que derogaba la ley anterior que regulaba el asunto, de manera que ésta volviera a estar en vigor hasta que el STF decidiera el mérito de la cuestión. “Ésta extensión se justifica porque la suspensión de la ley impugnada por medio de la medida cautelar afectaría, provisionalmente, al resultado que se pleitea en definitivo, si se estimara la representación de inconstitucionalidad. Y, en el caso de estimación de ésta, siendo nula la ley declarada inconstitucional, permanece vigente la legislación anterior a ella y que habría sido derogada si no hubiera nulidad.”

⁹¹⁴ En Portugal tampoco, pero ha sido emitida por el TC. En Italia el art. 27 de la Ley de 1953 (*Corte Costituzionale*) permite la extensión. En España hay previsión en el art. 39, I, de la LOTC. En Alemania está prevista en el § 78, 2º de la Ley Orgánica de la Corte Constitucional.

⁹¹⁵ ADI 2501, Joaquim Barbosa, j. 04/09/2008, *DJE* 19/12/2008. Ver también: ADI 2982-ED, Gilmar Mendes, j. 02/08/2006, DJ 22/09/2006; ADI 2.982-QO, Gilmar Mendes, j. 17/06/2004, DJ 12/11/2004; ADI 1662, Maurício Corrêa, j. 30/08/2001, DJ 19/09/2003; ADI 722 MC, Moreira Alves, j. 23/04/1992 y 20/05/1992, DJ 19/06/1992.

⁹¹⁶ ADI 173 MC, Moreira Alves, j. 09/03/1990, DJ 27/04/1990. Ver también: ADI 437 QO, Celso de Mello, j. 11/03/1991, DJ 19/02/1993; ADI 2.608 MC, Celso de Mello, j. 19/09/2002.

demanda y no podrá darse si ambos poseen fuerza de forma independiente, figurando en leyes autónomas.⁹¹⁷

En suma, en el control concentrado el STF está vinculado al principio dispositivo, que no obstante podrá ser relativizado en caso de inconstitucionalidad por conexión de otros preceptos legales no indicados en la demanda o de otros actos normativos no impugnados expresamente, pero subordinados al precepto legal objeto de la acción de inconstitucionalidad.⁹¹⁸ El problema es saber hasta dónde puede llegar el STF, cuando extiende - por conexión - la inconstitucionalidad a otros preceptos no impugnados. Es decir, cual es el límite de la excepción al principio dispositivo. En este sentido, el análisis de la sentencia emitida por el STF en la acción directa de inconstitucionalidad 2895⁹¹⁹ puede resultar esclarecedor. En esta decisión, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de parte de un precepto, pero no la extiende a la otra parte, a pesar de reconocer que ésta también es inconstitucional. Se trataba del art. 74 de la Ley Complementaria nº 07/1991 del Estado de Alagoas, que tenía el siguiente tenor: “La retribución del cargo en comisión del Procurador General del Estado será fijada en valores idénticos a los del Secretario de Estado, *no pudiendo los Procuradores del Estado de 4ª Clase recibir una retribución inferior a la que sea atribuida al cargo de Procurador General*, ni superior a la retribución prevista en el art. 37, XI CFB.”

Con base en el art. 37, XIII CFB, que prohíbe la vinculación o equiparación de cargos, empleos o funciones a efectos de remuneración del personal del servicio público, fue solicitada - y estimada por el STF - la declaración de inconstitucionalidad de la parte de este artículo que equipara la retribución de los Procuradores del Estado de 4ª Clase a la del Procurador General del Estado (arriba, en cursiva). Sin embargo, la equiparación - también inconstitucional - entre la remuneración del Procurador General del Estado y la del Secretario de Estado, que consta en la primera parte del artículo, no fue impugnada ante el STF, que tampoco la

⁹¹⁷ ADI 3.645, Ellen Gracie, j. 31/05/2006, DJ 01/09/2006. Ver especialmente la referencia a la manifestación del Juez Gastaldi Buzzi en la ADI 2004.000630-6, juzgada por el Pleno del Tribunal de Justicia de Santa Catarina.

⁹¹⁸ Como más adelante se verá, la sentencia de inconstitucionalidad por conexión tiene algo en común con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma revivida. En ambas no se exige una impugnación expresa, pero en nombre del principio de economía procesal y por una cuestión de lógica jurídica, deben ser invalidadas.

⁹¹⁹ ADI 2895, Carlos Velloso, j. 02/02/2005, DJ 20/05/2005.

declaró *ex officio* por conexión. Según el Tribunal, “aunque la constitucionalidad de la primera parte del art. 74 sea dudosa, se da en este supuesto la imposibilidad de su apreciación en virtud del ‘principio dispositivo’ y por no darse, en la hipótesis en cuestión, el fenómeno de la inconstitucionalidad por ‘conexión’, ya que el citado precepto legal no es dependiente de la norma declarada inconstitucional”.⁹²⁰ Es decir, el STF alude en su decisión a la necesidad de respetar el principio dispositivo, cuando, como es sabido, la sentencia de inconstitucionalidad por conexión presupone precisamente una excepción a dicho principio en aras al principio de economía procesal. Además, aunque la dependencia entre el precepto impugnado y el conexo pueda existir (no evidentemente en los términos de la inconstitucionalidad por dependencia, que se extiende a preceptos constitucionales), esta dependencia no es imprescindible para que se configure una inconstitucionalidad por conexión.⁹²¹ La exigencia básica es que el fundamento de la inconstitucionalidad sea el mismo. Por cierto, Carlos Velloso – magistrado relator del proceso - explica en su voto que “en el control concentrado el STF queda condicionado al ‘principio dispositivo’. No obstante, cuando la declaración de inconstitucionalidad de una norma afecta a un sistema normativo dependiente de ella o a normas subsecuentes, la declaración de inconstitucionalidad puede ser extendida a estas, por conexión. En este caso, sin embargo, ello no se produce, ya que la primera parte del citado art. 74 de la Ley Complementaria 07/91 de Alagoas, tiene vida propia.” Esto es, el magistrado concede que el principio dispositivo no es inmune a excepciones, pero se aferra a la cuestión de la dependencia, alegando que la primera parte del artículo tiene “vida propia”.

Tal orientación no parece ser la más acertada y desde luego se aleja del principio de economía procesal. La condición (límite) para la inconstitucionalidad por conexión no debería ser la simple existencia de los preceptos subsiguientes dependientes, sino la existencia de preceptos con el mismo fundamento de

⁹²⁰ *Ementa* de la ADI 2895, p. 434 (resumen previo al fallo).

⁹²¹ El uso de la expresión “norma dependiente” en el ámbito de la inconstitucionalidad por conexión – por la obvia confusión que puede generar con la “inconstitucionalidad total por dependencia” -, debería restringirse a designar aquel acto normativo jerárquicamente inferior (v.g. un decreto del Presidente de la República), que desarrolla la ley declarada inconstitucional y que, por eso, también debe ser declarado inconstitucional. Ver ADI 3.645, Ellen Gracie, j. 31/05/2006, DJ 01/9/2006: “Declaración de inconstitucionalidad consecencial o por *arrastamento* de decreto reglamentar superveniente en razón de la relación de dependencia entre su validez y la legitimidad constitucional de la ley objeto de la acción. Precedentes: ADI 437-QO, Celso de Mello, DJ 19/02/1993 y ADI 173-MC, Moreira Alves, DJ 27.04.90.”

inconstitucionalidad - sean estos dependientes o independientes, anteriores o posteriores al expresamente impugnado en la petición. Partiendo de ahí se verificará que en la primera parte del art. 74 de la LC 07/91 el legislador equipara la remuneración del Procurador General del Estado a la del Secretario de Estado y en la segunda, la remuneración de los Procuradores del Estado de 4ª Clase a la del Procurador General del Estado. Es decir, su intención es pura y simplemente equiparar la remuneración del Procurador General y de los Procuradores de 4ª Clase a la remuneración del Secretario de Estado, de manera que un eventual reajuste para este último provoque el reajuste en cadena de los demás. El fundamento de la inconstitucionalidad de ambas partes del art. 74, por lo tanto, es la equiparación de la remuneración entre cargos (desiguales). Por lo que, la extensión de la inconstitucionalidad a la primera parte del artículo estaría plenamente justificada. El hecho de que la primera parte del precepto tenga “vida propia”⁹²² es desde luego irrelevante. Además, aunque el actor se haya limitado a pedir la declaración de inconstitucionalidad de la equiparación remuneratoria entre los Procuradores del Estado de 4ª Clase y el Procurador General (y por consiguiente el Secretario de Estado), su silencio sobre la equiparación entre la remuneración del Procurador General del Estado y la del Secretario de Estado indica su acuerdo último con ella. Es decir, la cuestión de inconstitucionalidad ha sido instrumentalizada para alcanzar el objetivo concreto de impedir la equiparación de unos cargos y permitirle a un cargo específico, a pesar de que el fundamento de la inconstitucionalidad sea idéntico. Esto es, una auténtica “inconstitucionalidad relativa”, a voluntad del actor. Semejante situación acaba impregnando el proceso objetivo de cierta subjetividad. Para evitarla y revalorizar el principio de economía procesal, el límite para extender por conexión la inconstitucionalidad de un precepto a otro - que integre la misma ley o acto normativo a ella subordinado (excepción al principio dispositivo) -, debería por norma abarcar aquellas situaciones en que el fundamento de inconstitucionalidad de ambos preceptos fuera el mismo, aunque supuestamente tengan “vida propia”.

⁹²² La cuestión de la “vida propia” tiene sentido cuando el precepto conexo se encuentre en otra ley del mismo nivel jerárquico. En este caso es recomendable que el principio de separación de poderes preceda al de economía procesal, para evitar que el STF tenga el poder de declarar *ex officio* la inconstitucionalidad de otras leyes.

Por último, se hace necesario recordar que el STF no está vinculado a los motivos de inconstitucionalidad alegados⁹²³, lo que le ha permitido declarar la inconstitucionalidad de un precepto por motivos distintos de los alegados por el actor. Gracias a la llamada “cognición abierta”, la *causa petendi* puede ser obviada y suplida por otra. En otras palabras, el STF puede declarar la inconstitucionalidad de determinado precepto legal, con base en otro artículo de la Constitución que el alegado por el actor en la fundamentación de la demanda.⁹²⁴ Esta posibilidad no debe ser considerada un obstáculo para la inconstitucionalidad por conexión, porque, en rigor, la situación permanece inalterada. Si el STF, como Corte Constitucional, está autorizado a elegir los fundamentos que justificarán la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado, nada puede impedir que esos mismos fundamentos sean utilizados para extenderla a otros preceptos de la misma ley o de acto normativo subordinado.⁹²⁵

1.4. Efectos en el control concentrado (abstracto).

⁹²³ ADI 2396, Ellen Gracie, j. 26/09/2001, DJ 14/12/2001: “Cognición abierta. El Tribunal no está astrito a los fundamentos invocados por el actor, pudiendo declarar la inconstitucionalidad por fundamentos diversos de los expendidos en la petición.” En el mismo sentido, el RE 505.477, Marco Aurélio, decisión singular, j. 25/05/2007, DJ 15/06/2007: “(...) en el proceso objetivo, la Corte actúa sin vinculación a la causa de pedir que consta en la petición inicial.”

⁹²⁴ ADI 1358 MC Sydney Sanches, j. 07/12/1995, DJ 26/04/1996. Ver también, entre otras: ADI 1187, Maurício Corrêa, j. 27/03/1996, DJ. 30/05/1997; ADI 1606 MC, Moreira Alves, j. 18/09/1997, DJ 31/10/1997.

⁹²⁵ Como en la cognición abierta se da la ficción de que el precepto legal cuestionado fue analizado teniendo en cuenta toda la Constitución, el mayor problema parece residir en la posibilidad de petrificación del derecho, que pueda suponer una sentencia declaratoria de constitucionalidad. Ver, por ejemplo, los términos de la sentencia proferida en el AI 413.210-AgR-ED-ED, Ellen Gracie, j. 24/11/2004, DJ 10/12/2004: “La cognición del Tribunal en la acción directa de inconstitucionalidad es amplia. El Pleno no está limitado a los fundamentos y dispositivos constitucionales traídos en la petición inicial, realizando el cotejo de la norma impugnada con todo el texto constitucional. **No hay que hablar, por tanto, de argumentos no analizados por el Pleno de esta Corte, que, en el citado enjuiciamiento, ha agotado la cuestión.**”

La sentencia de mérito, que declara la inconstitucionalidad⁹²⁶ o la constitucionalidad de preceptos en acciones en el ámbito del control concentrado, deberá ser comunicada a la autoridad u órgano del que procede la norma, no pudiendo ser recurrida u objeto de una acción tendente a rescindirla (acción rescisoria).⁹²⁷ Aunque estas decisiones, en principio, “hacen cosa juzgada formal y material, es decir, se vuelven inmutables y indiscutibles”⁹²⁸, ello no significa - como veremos a continuación - que en el futuro el STF no pueda cambiar de opinión atendiendo a la propia evolución de la sociedad. Lo único que se admite, en términos de inconformidad ante la decisión, es la interposición de un “recurso de aclaración” (*embargos declaratorios*), en el plazo máximo de cinco días, siempre que el actor de la acción entienda necesario clarificar una eventual oscuridad o contradicción en el texto de la sentencia o considere que el STF ha omitido algún punto sobre el cual se debería haber pronunciado.⁹²⁹ Este procedimiento no es técnicamente un recurso, siendo más bien una petición de aclaración. La aplicación del principio de economía procesal a estas decisiones se justifica, porque el control concentrado es competencia exclusiva del STF (instancia única) y la postergación de la decisión final, con el consecuente mantenimiento de un precepto inconstitucional en el ordenamiento jurídico, podría vulnerar la seguridad jurídica. Además, el hecho de que el control concentrado admita la cognición abierta hace suponer que el STF habrá analizado todos los posibles fundamentos, que autoricen

⁹²⁶ Tratándose de ADI, el *Acórdão* de declaración de inconstitucionalidad normalmente viene redactado en términos similares a estos: “Vistos, relatados y discutidos estos autos, acuerdan los Magistrados del STF, en Sesión Plenaria, en la conformidad del acta de enjuiciamiento y de las notas taquigráficas, por mayoría de votos, estimar la acción y declarar la inconstitucionalidad de la Ley nº 9.844, de 24.03.1993, del Estado de Rio Grande do Sul, con votos contrarios de los Magistrados Ilmar Galvão y del Presidente (Magistrado Sepúlveda Pertence).” En: ADI 864, Moreira Alves, j. 25.04.1996.

⁹²⁷ ADI 2.154 y ADI 2.258, Sepúlveda Pertence, j. 14.02.2007, Informativo STF nº 456: “Se ha aclarado que, en el caso de declaración de inconstitucionalidad, la rescisión de esa decisión restablecería la fuerza de la ley antes eliminada, lo que generaría inseguridad jurídica. Por su parte, en la hipótesis de declaración de constitucionalidad, la seguridad jurídica también estaría comprometida si esa decisión, vinculante para todos los demás órganos de la jurisdicción y de la administración pública, pudiera ser rescindida con motivo de una simple variación en la composición del STF, sin cambio relevante del contexto histórico y de las concepciones jurídicas subyacentes a la *res iudicata* rescindida.”

⁹²⁸ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 102. En sentido contrario, entendiendo que la sentencia de constitucionalidad hace tan solo cosa juzgada formal, “no impidiendo siquiera que el mismo actor solicite de nuevo la apreciación de la inconstitucionalidad de la norma ‘declarada’ (*sic*) constitucional”, ver: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 778.

⁹²⁹ Arts. 25 y 26 de la Ley 9868/1999.

la declaración de inconstitucionalidad o constitucionalidad, y no solo aquellos sostenidos por el actor en su *petitum*.⁹³⁰

El art. 102, § 2º CFB (en la redacción dada por la Enmienda Constitucional nº 45/2004) y el art. 28, párrafo único, de la Ley 9868/1999, prevén que la declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad - incluso si son producto de una interpretación conforme a la Constitución o una declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto -, tienen eficacia frente a todos y efectos vinculantes en relación a los órganos del poder judicial y a la administración pública federal, estadual y municipal. El efecto vinculante es un concepto relativamente reciente en Brasil, tanto es así que ni siquiera aparecía en la redacción original de la Constitución de 1998. Fue introducido a través de la Enmienda Constitucional nº 3/1993 como efecto exclusivo de la declaración de constitucionalidad, pero, dada la naturaleza bifronte de la acción declaratoria de constitucionalidad, cuando el STF la desestimaba, declaraba la inconstitucionalidad del precepto también con efecto vinculante. Sin embargo, esto no se producía cuando la declaración de inconstitucionalidad era fruto de una acción directa de inconstitucionalidad. Esta contradicción fue solucionada a través de la Ley 9868/1999, que, como se vio anteriormente, extendió el efecto vinculante también a la acción directa de inconstitucionalidad, y la solución se consolidó definitivamente con la Enmienda Constitucional nº 45/2004. De ahí que en el control concentrado brasileño actual los efectos *erga omnes* y vinculantes valen tanto si se prediquen de la sentencia de constitucionalidad, como de la de inconstitucionalidad.⁹³¹ La primera, confirma la constitucionalidad de un precepto legal sobre el cual existía una controversia relevante en los tribunales. La segunda, declara nulo el precepto impugnado, es decir, reconoce su invalidez retroactivamente a la fecha en que había entrado en vigor (*ex tunc*), y

⁹³⁰ ADI 1.896-MC, Sydney Sanches, j. 18/02/1999, *DJ* 28/05/1999: "La jurisprudencia del Pleno ha fijado el entendimiento de que el enjuiciamiento de la acción directa de inconstitucionalidad no depende de la *causa petendi* formulada en la petición inicial, o sea, de los fundamentos jurídicos en ella deducidos. La petición de inconstitucionalidad en proceso objetivo debe ser considerado por la Corte bajo todos los aspectos relativos a la Constitución y no solo de aquellos focalizados por el actor. Se presume, entonces, que en el precedente, al menos implícitamente, hayan sido considerados todos los fundamentos para eventual acción de inconstitucionalidad, inclusive los presentados en la petición inicial de la presente acción." Ver también: RE 431.715-AgR, Carlos Britto, j. 19/04/2005, *DJ* 18/11/2005; ADI 3.045, voto de Celso de Mello, j. 10/08/2005, *DJ* 01/06/2007.

⁹³¹ Tal equiparación, en el orden de los efectos, del pronunciamiento estimatorio y del desestimatorio es semejante al existente en Alemania, pero muy alejado de la concepción de sentencia desestimatoria de países como Italia, Portugal y España en los cuales esta no tiene efecto vinculante.

determina la reviviscencia de las leyes por él eventualmente derogadas.⁹³² Aunque la jurisprudencia del STF sea aplastantemente favorable a la tesis de la nulidad, la realidad es que el Tribunal se ha visto compelido a matizar el efecto de muchas de sus sentencias, principalmente para proteger la cosa juzgada emergente de los procesos judiciales, y, de hecho, la posibilidad de modulación terminó plasmándose en una norma legal como se verá más adelante.⁹³³ No obstante, en este epígrafe se analizarán tan solo los efectos tradicionales de las sentencias de inconstitucionalidad y de constitucionalidad, los intentos de modulación del STF y la posición de la doctrina. Los efectos de las demás sentencias serán abordados en los apartados correspondientes.

1.4.1. Efectos generales y vinculantes.

Como es consabido, los efectos de las sentencias emitidas en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad no se limitan al actor de la demanda objetiva, valiendo para toda la sociedad. Es decir, tienen eficacia subjetiva *erga omnes*. Sin embargo, a pesar de que el control concentrado fue implantado en Brasil en 1965 (Enmienda Constitucional nº 16), tan solo a partir de 1977 las decisiones pasaron a tener efectos generales.⁹³⁴ Hasta entonces el STF seguía el mismo procedimiento empleado en

⁹³² Ver, entre otros: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 257 y sig. y 341 y sig.; BRUST, L. *A jurisdição constitucional no...* op. cit. pp. 15 a 17; BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 83; TAVARES, A.R. *Curso de...* op. cit. p. 180 y sig.; FERREIRA FILHO, M.G. *Curso de direito...* op. cit. p. 34; PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários à Constituição de 1946*, v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963; ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. pp. 48 y sig.; ARRUDA, P. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 74 y sig.

⁹³³ El art. 27 de la Ley 9868/1999 autoriza el Tribunal a modular los efectos de sus sentencias, por razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social. Ver el epígrafe 5. Modulación de los efectos temporales de las sentencias.

⁹³⁴ Ver Pareceres de los magistrados Rodrigues Alckmin y Moreira Alves, DJ 16/05/1977, pp. 3123 y 3124. En 18/06/1977 el magistrado Thompson Flores, entonces presidente del STF,

el control difuso, limitándose a informar al Senado Federal de la existencia de la declaración de inconstitucionalidad, para que este hiciera uso de su prerrogativa de suspender la eficacia de la ley.⁹³⁵

Los efectos generales producidos por las decisiones del STF emitidas en el control concentrado de constitucionalidad no han dado lugar a demasiadas polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia. Al contrario, la falta de profundidad al abordar ese tema ha sido la tónica dominante. Lúcio Bittencourt, uno de los constitucionalistas brasileños más autorizados del siglo XX, constataba en los años sesenta, que “nuestros tratadistas no indican la razón jurídica determinante de este amplio efecto. Repiten la doctrina de los escritores americanos y las afirmaciones de los tribunales, sin buscarles el motivo, la causa o el fundamento.”⁹³⁶ En la misma línea, Gilmar Mendes considera que la doctrina brasileña, “sin disponer de un mecanismo que prestara *fuera de ley* o que, por lo menos, confiriera carácter vinculante a las decisiones del STF para los demás tribunales, tal como el *stare decisis* norteamericano, (...) se contentaba en resaltar la evidencia de la nulidad de la ley inconstitucional y la obligación de que los órganos estatales se abstuvieran de aplicar disposición declarada inconstitucional por el STF”.⁹³⁷ Años después (2001), a pesar de la existencia de una previsión constitucional y legal sobre el efecto vinculante de las decisiones de (in)constitucionalidad, el mismo autor concluía que la doctrina brasileña todavía no había logrado dotar al término *erga omnes* “de mayor densidad teórica”.⁹³⁸

determinó que únicamente las decisiones de inconstitucionalidad emitidas en el control difuso seguirían siendo comunicadas al Senado Federal.

⁹³⁵ Este procedimiento, exclusivo del control difuso, fue introducido en el ordenamiento brasileño por la Constitución de 1934 e incorporado a las de 1946, 1967/1969 y 1988 (art. 52, X).

⁹³⁶ BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. pp. 140 y 141.

⁹³⁷ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 318 y 319.

⁹³⁸ Gilmar Mendes en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 326. La verdad es que la distinción entre efectos *erga omnes*, *fuera de ley* y cosa juzgada no es tan pacífica, como demuestra Klaus Vogel, quien además pondera que el efecto vinculante podría constituirse tan solo en la extensión subjetiva de la cosa juzgada. Ver: VOGEL, K. Rechtskraft und Gesetzeskraft... op. cit. pp. 569 y 570. Las dificultades dogmáticas relacionadas a estos conceptos también fueron examinadas por MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit., 1995, § 31, pp. 5 y sig. El efecto vinculante, tal como es concebido en Alemania - aclara Martín de la Vega -, “se trataría de un efecto de derecho material con límites objetivos, en cuanto que solo vincularía las concepciones del TC sobre la interpretación constitucional, y las consideraciones sobre la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones de la ley, en cuanto esta interpretación legal está ligada a la Constitución. Se predicaría solo de las sentencias sobre el fondo, e

La doctrina y la práctica del STF ponen de manifiesto que los efectos generales dimanar únicamente del fallo de la sentencia y no de sus motivos determinantes.⁹³⁹ Independientemente del objetivo de la acción, el fallo deberá declarar expresamente la inconstitucionalidad - reconociendo la nulidad del precepto legal y su eliminación del ordenamiento - o la constitucionalidad, confirmando la validez del precepto y su permanencia en vigor. Es decir, no existe la hipótesis de desestimación pura y simple de una acción, porque esta desestimación siempre ocasiona una declaración en sentido opuesto al pretendido. La situación de la ley declarada constitucional permanece inalterada, de manera que el legislador puede modificarla o, incluso, derogarla. Pero, “desde el prisma estrictamente procesal”, pondera Gilmar Mendes, “la eficacia general impide, en principio, que la cuestión sea sometida al STF una vez más”.⁹⁴⁰ Esta imposibilidad inicial no será necesariamente definitiva, porque la propia dinámica evolutiva de la sociedad podrá exigir una nueva manifestación del Tribunal. Por esto, se reconoce “que las sentencias contienen implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*. Los cambios posteriores que alteren la realidad normativa o bien una eventual modificación de la orientación jurídica sobre la materia, pueden volver inconstitucional una norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidad sobrevinida*)”.⁹⁴¹ Este cambio de comprensión constitucional, agrega Clèmerson Clève, “puede provenir tanto de la alteración del sentido de la norma parámetro, como de la

implicaría la obligación por parte de los poderes públicos de adecuar su actuación/omisión y su comportamiento general en los casos futuros al sentido en que el TC ha resuelto ‘una cuestión litigiosa de derecho constitucional’.” En: MARTÍN DE LA VEGA, A. Estudios sobre la eficacia... op. cit. p. 153, nota 70. Ver también: MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit., 1995, § 31, pp. 14 y sig.

⁹³⁹ Ver, entre otros: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 267; Gilmar Mendes *apud* CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 267, nota 295; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 341. Sobre los límites objetivos del efecto vinculante, ver, en la misma obra, pp. 338 a 342.

⁹⁴⁰ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 327.

⁹⁴¹ Gilmar Mendes en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 332. Ver también, entre otros: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 240; ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 107. En Italia: RUGGERI, A. Storia di un “falso”... op. cit. pp. 118 y sig.; LIEBMAN, E.T. Eficácia e autoridade da coisa... op. cit. pp. 25 y 26. GARBAGNATI, E. Sull’efficacia delle decisioni della... op. cit. pp. 205, 210 y 211; PIERANDREI, F. Le decisioni degli organi... op. cit. pp. 190 y 191; CAPPELLETTI, M. Pronunce di rigetto nel processo... op. cit. pp. 155 y sig.; CALAMANDREI, P. Corte Costituzionale e autorità... op. cit. pp. 163 y 164. En Portugal: OTERO, P. Ensaio sobre ... op. cit. pp. 144 y 145. ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 244. En Alemania: BROX, H. Zur Zulässigkeit... op. cit. p. 826; BRYDE, B.O. Verfassungsentwicklung... op. cit. pp. 412 y 413; LANGE, K. Rechtskraft, Bindungswirkung und... op. cit. pp. 6 y sig.; VOGEL, K. Rechtskraft und Gesetzeskraft... op. cit. p. 613.

normativa objeto del juicio”.⁹⁴² Tanto la mutación constitucional, como la legal, son consecuencia directa de una sociedad en constante evolución.⁹⁴³ Así que, más que “plenamente legítimo”, como ha dicho Gilmar Mendes, es imprescindible que se asegure la posibilidad “de alegar ante el STF la inconstitucionalidad de una norma declarada constitucional en una acción declaratoria de constitucionalidad o en una acción directa de inconstitucionalidad”.⁹⁴⁴ Sólo ello garantiza que la cosa juzgada, que se adhiere a la eficacia general, “no ‘congele’ de modo definitivo la jurisprudencia del STF”.⁹⁴⁵ Esta cuestión tiene particular importancia en función del efecto vinculante que la decisión abstracta genera y que lleva a autores como Zeno Veloso a afirmar que “no se puede cuestionar la validez de un precepto que tuvo reconocida su constitucionalidad”.⁹⁴⁶

Desde que el STF determinó que las decisiones de inconstitucionalidad en el ámbito del control concentrado no necesitaban de ningún acto del Senado Federal para perder su validez, la doctrina y la jurisprudencia nunca han puesto en duda la inmediata eficacia *erga omnes* que este tipo de decisiones produce. Además, el uso de la expresión era común desde hace mucho tiempo entre los constitucionalistas brasileños. Sin embargo, el efecto vinculante tan solo fue introducido en el ordenamiento en 1977, juntamente con la “Representación Interpretativa”, cuyo objetivo era obtener del STF la interpretación constitucional de determinado precepto. El efecto vinculante determinaba que el incumplimiento de la decisión implicaba “una negativa de la vigencia del texto

⁹⁴² CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 240.

⁹⁴³ Por ejemplo, “la declarada compatibilidad de un precepto normativo ordinario con la Constitución podrá deshacerse en función de sobrevenida reforma o enmienda constitucional. De igual modo, la constitucionalidad de una norma, reconocida a la luz de cierta realidad social, podrá dejar de existir en el momento en que se modifique el parámetro fáctico adoptado”. En: ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 107.

⁹⁴⁴ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 333. Lênio Streck, que es contrario a proporcionar cualquier efecto a la decisión de constitucionalidad, utiliza el siguiente argumento de Ruy Medeiros para defender su punto de vista: “Si la declaración de constitucionalidad tuviera fuerza obligatoria general, una decisión del Tribunal Constitucional que concluyera erróneamente por la conformidad a la Constitución de una determinada norma involucraría, inevitablemente, una alteración de la Constitución, una vez que la decisión tendría el valor de la norma constitucional que sirvió de parámetro y solo podría ser corregida por enmienda constitucional.” En: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 837 *apud* STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 779.

⁹⁴⁵ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 240. Como diría Lênio Streck, “buceando en el río de la historia, el intérprete podrá atribuir otro sentido al texto”. En: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 569. Ver también: RE 105.012, Néri da Silveira, DJ 01/07/1988.

⁹⁴⁶ VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 197.

interpretado”.⁹⁴⁷ Ésta modalidad de acción tuvo poca duración, pues fue derogada por la Constitución de 1988, pero el efecto vinculante fue reintroducido por la Enmienda Constitucional n° 3/1993, que creó la acción declaratoria de constitucionalidad, determinando que la decisión de ella resultante tuviera “eficacia contra todos y efecto vinculante, respecto a los demás órganos del Poder Judicial y al Poder Ejecutivo” (art. 102, § 2° CFB).⁹⁴⁸

Por lo tanto, el constituyente derivado dejó patente en la acción declaratoria de constitucionalidad, que habría que distinguir la eficacia *erga omnes* del efecto vinculante⁹⁴⁹. Sin embargo, guardó silencio sobre los efectos vinculantes para la acción directa de inconstitucionalidad. A partir de este hecho y dado que no existía una ley que reglara esta cuestión, el STF pasó a interpretar que los efectos vinculantes deberían valer tanto para la sentencia estimatoria como para la desestimatoria, de la acción declaratoria de constitucionalidad.⁹⁵⁰ De ahí que la desestimación de la acción declaratoria de constitucionalidad pasó a implicar la declaración de la inconstitucionalidad del precepto, igualmente con efecto vinculante.⁹⁵¹ El paso siguiente

⁹⁴⁷ EC n° 7/1977, art. 9°. El único legitimado para interponer la Representación Interpretativa era el Procurador General de la República.

⁹⁴⁸ Ver: MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 469; CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 306.

⁹⁴⁹ Gilmar Mendes, autor del estudio que fue incorporado a las justificaciones del Proyecto de Enmienda Constitucional n° 130/1992, que resultó en la Enmienda Constitucional n° 3/1993, estableció que la eficacia *erga omnes* y el efecto vinculante deberían ser tratados como efectos afines, pero distintos. La diferencia fundamental estaría en que el efecto vinculante – desarrollado en el derecho procesal constitucional alemán – asegura fuerza vinculante no sólo a la parte dispositiva de la decisión, sino también a los llamados fundamentos o motivos determinantes (*tragende Gründe*). Esto obligaría al legislador a observar estrictamente la interpretación conferida a la Constitución por el Tribunal, impidiéndole promulgar una nueva ley de contenido idéntico al declarado inconstitucional. El efecto vinculante se extendería también a las llamadas normas paralelas, v.g., las promulgadas en otros Estados de la Federación. En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 337, Nota 114. Ver también: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 242 y 243. Por otro lado, Lênio Streck – que no comparte esta concepción - señala que el efecto vinculante tan solo “obliga a los tribunales y a la administración, generando, pues, una eficacia *erga omnes stricto sensu*; ya la eficacia *erga omnes* es un efecto vinculante *lato sensu*, puesto que atinge incluso a los particulares”. En: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 775, nota 242.

⁹⁵⁰ Es interesante verificar que en Alemania pasó algo semejante, pero en relación al significado general de la atribución de “fuerza de ley” a las sentencias del Tribunal, que podría ser cuestionada sin extenderse a la decisión desestimatoria. Por ello, MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. señalan que, dado que la “calidad de ley” es inherente a la norma, la decisión con “fuerza de ley” solo podría entenderse como la fijación de la constitucionalidad de la norma de forma vinculante para todos. En: Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit., 1995, § 31, pp. 25 y sig.

⁹⁵¹ PET 1.402-MC, Celso de Mello, decisión singular, j. 04/03/1998, DJ 16-03-1998: "A grande inovação instituída pela EC 3/1993, no entanto, concerne à outorga de efeito vinculante às

fue la extensión del mismo sistema de efectos a las sentencias de estimación y desestimación fruto de la acción directa de inconstitucionalidad. De modo que “cuando en hipótesis quepa acción declaratoria de constitucionalidad, la misma fuerza vinculante habrá de ser atribuida a la decisión definitiva de la acción directa de inconstitucionalidad”.⁹⁵² Ello debe ser así, aclara Gilmar Mendes, porque “una vez aceptada la idea que la acción declaratoria de constitucionalidad es tan solo una acción directa de inconstitucionalidad con ‘señal cambiada’, teniendo ambas carácter dúplice o ambivalente, es difícil admitir que la decisión proferida en una acción directa de inconstitucionalidad tenga unos efectos o consecuencias distintos de aquellos reconocidos para la acción declaratoria de constitucionalidad”.⁹⁵³ En el mismo sentido, Teori Zavascki enfatiza que “el efecto vinculante, que representa, en esencia, la imposición obligatoria del cumplimiento de la decisión, constituye, en el caso de la acción directa de inconstitucionalidad, consecuencia natural del sistema de control de constitucionalidad”. Por esto, “a menos que se quiera transformar el control concentrado en una función jurisdiccional inconsecuente e inútil en la práctica, es forzoso reconocer que la fuerza vinculante de la decisión es institucional y se impone por razón de tratarse de una sentencia con ilimitada eficacia subjetiva emitida por la más alta Corte del país.”⁹⁵⁴ Con el apoyo de buena parte de la doctrina, la jurisprudencia del STF fue posteriormente adoptada por la Ley 9868/1999 (arts. 24 y 28, párrafo único) y elevada al nivel constitucional a través de la Enmienda Constitucional 45/2004. Desde entonces, el art. 102, § 2º CFB ha pasado a prever expresamente que las decisiones de mérito de ambas acciones producen eficacia *erga omnes* y efecto vinculante.⁹⁵⁵

Particularmente en relación a la declaración de constitucionalidad de un precepto por el STF, “quedan los órganos del Poder Judicial obligados a seguir esa orientación, una vez que la cuestión esté definitivamente decidida por el STF.”⁹⁵⁶ En

decisões definitivas de mérito — quer as que confirmam a constitucionalidade (juízo de procedência da ação), quer as que declaram a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais (juízo de improcedência da ação) — proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º)."

⁹⁵² Rcl nº 167, Sepúlveda Pertence, despacho, RDA, 206:246 (247). Ver también: Rcl 2.653-MC, Cezar Peluso, decisión singular, j. 30/06/2004.

⁹⁵³ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 344.

⁹⁵⁴ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 53.

⁹⁵⁵ Ver: Rcl 2.143-AgR, Celso de Mello, j. 12-03-2003, DJ 06-06-2003.

⁹⁵⁶ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 330.

suma, “el efecto vinculante deriva del particular papel político institucional desempeñado por la Corte - o por el TC -, que debe velar por la estricta observancia de la Constitución en los procesos especiales concebidos para solventar determinadas y específicas controversias constitucionales.”⁹⁵⁷ Por ello, “afecta también a los actos de igual tenor producidos en el futuro, que serán tenidos como constitucionales o inconstitucionales, independientemente de una nueva acción.”⁹⁵⁸ Relativamente a los actos singulares practicados en el pasado, con base en un precepto legal declarado inconstitucional, no hay en Brasil ley que prevea su intangibilidad, aceptándose genéricamente la idea de que son, igualmente, ilícitos.⁹⁵⁹ Sin embargo, “se concede protección al *acto singular*, procediéndose a la diferenciación entre el efecto de la decisión en el *plano normativo* y en el *plano del acto singular* mediante la utilización de las *fórmulas de preclusión*.”⁹⁶⁰ Es decir, aquellos actos jurídicamente no susceptibles de revisión o impugnación judicial – en las que la *res iudicata* ya se consumó -, son inmunes a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, las decisiones del STF en el ámbito del control concentrado conllevan efectos vinculantes. Como más adelante se verá, la declaración de inconstitucionalidad puede traer serios problemas al proyectarse sin restricciones al pasado. En cambio, la proyección al futuro puede ser considerado el principal problema de la declaración de constitucionalidad, dado el peligro de la fosilización del derecho que conlleva. De hecho, esta es la principal crítica que suele padecer el efecto vinculante, principalmente cuando la decisión de inconstitucionalidad sea fruto de una interpretación conforme a la Constitución.⁹⁶¹

1.4.1.1. Límites objetivos de los efectos vinculantes.

⁹⁵⁷ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 345.

⁹⁵⁸ SILVA, J.A. da. Curso de Direito Constitucional... op. cit., 13. ed. p. 63.

⁹⁵⁹ En Alemania sí la hay: § 79 de la Ley del *Bundesverfassungsgericht*.

⁹⁶⁰ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 334. Ver también: IPSEN, J. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit... op. cit. pp. 174 y sig.

⁹⁶¹ Ver: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. pp. 571 y sig.

Una de las cuestiones más discutidas en la jurisprudencia del STF y en la doctrina es la cuestión de los límites objetivos del efecto vinculante. Es decir, si este se limita al fallo de la sentencia o si se extiende a sus motivos determinantes. Gilmar Mendes acentúa que “el carácter trascendente del efecto vinculante impone que este se predique no solo del contenido de la parte dispositiva, sino también de la norma abstracta que se extrae de la decisión en su conjunto, o sea, la proposición de que determinado tipo de situación, conducta o regulación – y no tan solo aquella objeto del pronunciamiento jurisdiccional – es constitucional o inconstitucional y debe, por eso, ser preservado o eliminado”.⁹⁶² Sin referirse cabalmente a los motivos determinantes, el autor apunta que el efecto vinculante no puede circunscribirse al fallo, dada la virtual imposibilidad de extraer la norma abstracta a que alude, respetando los estrechos límites de la parte dispositiva de la sentencia. Esta únicamente tendrá contenido suficiente para servir de parámetro a otras situaciones, si se toma en consideración la decisión como un todo.⁹⁶³

La posición de Gilmar Mendes, además de coherente con la finalidad del efecto vinculante, es totalmente comprensible y previsible, pues fue el autor de la justificación anexada al Proyecto de Enmienda Constitucional - PEC nº 130/1992, que resultó en la Enmienda Constitucional nº 3/1993, que introdujo la expresión efecto vinculante en la actual Constitución. El actual magistrado del STF asegura que la concepción del efecto vinculante contenida en el Proyecto “está estrictamente fundamentada en el modelo germánico, disciplinado en el § 31 (2) de la Ley del *Bundesverfassungsgericht*”. Entiende, pues, que esta cuestión deba ser estudiada a la luz

⁹⁶² En: MEIRELLES, H.L. *Mandado de Segurança (atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes)*, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁹⁶³ Una aseveración algo semejante a la de Geiger quien, en el intento de dar más concreción al concepto de vinculación, la identifica con aquellas afirmaciones “con las que el fallo se encuentra en una relación de tal modo intrínseca y estrecha que, al ser imprescindibles en el razonamiento, el fallo no puede mantenerse si una de ellas no es tenida en cuenta”. Este mismo autor en ocasiones también encuentra la vinculación en aquellas afirmaciones “que el tribunal tiene por necesarias para justificar su sentencia, y que por tanto son consideradas a fondo y su formulación bien sopesada, y así constituyen los elementos fundamentales de la motivación”. Ver: W. Geiger *apud* SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht...* op. cit. 1994, p. 279.

de los elementos contenidos en la propuesta original, que “no permite dudas respecto a la pretensión de otorgar no solo eficacia *erga omnes*, sino también efecto vinculante a la decisión, dejando claro que estos no estarían limitados exclusivamente a la parte dispositiva”.⁹⁶⁴ En la justificación del Proyecto el autor explicita su posición favorable a la extensión del efecto vinculante a los motivos determinantes, pareciéndole “legítimo que se recorra a la literatura alemana para entender el significado efectivo del efecto vinculante”.⁹⁶⁵

En realidad, la mayoría de la doctrina alemana ha aceptado que la cosa juzgada y la fuerza de ley se circunscriban al fallo de la decisión, pero diverge sobre si el efecto vinculante debe o no extenderse a los fundamentos determinantes.⁹⁶⁶ Algunos, como Wischermann, sustentan que el efecto vinculante debería limitarse al fallo, no distinguiéndose, bajo el prisma objetivo, de la cosa juzgada. “Realzan, así, la calidad judicial de la decisión”.⁹⁶⁷ Löwer, Schlaich y Stricker también mantienen posiciones

⁹⁶⁴ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 338.

⁹⁶⁵ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 338. Apenas a título de curiosidad, es de registrarse que en la Reclamación 1.987 (Maurício Corrêa, j. 01/10/2003, DJ 21/05/2004), Gilmar Mendes hace uso de su condición de autor del proyecto, para defender su punto de vista: “(...) soy el autor intelectual, juntamente con Ives Gandra, de la propuesta que llevó al efecto vinculante en la EC nº 3. Fui yo el autor del texto presentado por Roberto Campos en la Cámara de los Diputados. Y sabíamos que el efecto vinculante tenía así el propósito, que es el de la *Bindungswirkung* alemana, de prestar efecto vinculante a los motivos determinantes”. (Debates, pp. 80 y 81).

⁹⁶⁶ Entre los que entienden que el efecto vinculante debería limitarse al fallo, están: WISCHERMANN, N. Rechtskraft und... op. cit. pp. 42 y 43; LÖWER, W. “Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgericht” in ISENSEE/KIRCHHOF Hrsg. *Handbuch des Staatsrechts*, II, Heidelberg, 1987, p. 797; STRICKER, G. “Subjetive und objektive Grenzen der Entscheidungen gemäss art. 31 Abs. I BverfGG” in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1995, pp. 982 y sig.; SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1994, pp. 277 a 283. Maunz et. al. limitan la concesión a ciertos razonamientos de carácter regulativo. En: MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. § 31, p. 15 y sig. Bachof y Vogel son favorables: BACHOF, O. Die Prüfungs und Verwerfungskompetenz... op. cit. p. 25; VOGEL, K. Rechtskraft und Gesetzeskraft... op. cit. pp. 589 y 599. Ver también: KRIELE, M. Theorie der... op. cit. p. 291; PESTALOZZA, C. Verfassungsprozessrecht... op. cit. pp. 324 y 325. El *Bundesverfassungsgericht* ha emitido sentencias que extienden la vinculación a los motivos determinantes: [BVerfGE 1, 14 (37); 31 (38); 5,34 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (86); 24, 289(294); 33, 199 (203); 40, 88 (93)]. En Portugal el efecto vinculante se restringe al fallo de la decisión. Ver, entre otros: ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 236; CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional*... op. cit. p. 998; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 811 y sig.; MELO, A. B. de et. al. Estudo e projecto de revisão... op. cit. p. 257; NEVES, A.C. O instituto dos... op. cit. pp.18 y sig., 95 y sig., 271 y sig., 276, 301, 352 y sig., y 667 y sig. En Italia igualmente los efectos dimanar exclusivamente del fallo. Ver, entre otros: SAITTA, A. Logica e retorica nella motivazione... op. cit. p. 235; PIERANDREI, F. Corte Costituzionale... op. cit. p. 984; PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni... op. cit. pp. 375, 376, 389 y 390; ZAGREBELSKY, G. Processo... op. cit. p. 653.

⁹⁶⁷ WISCHERMANN, N. Rechtskraft... op. cit. pp. 42 y 43.

críticas a la vinculación a los *tragende Gründe*.⁹⁶⁸ Entre los favorables, hay quien encuentre necesario establecer sus límites a través de un concepto restrictivo. Es el caso de Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, que entienden que los motivos determinantes de la decisión son vinculantes cuando “el propio Tribunal quiere abiertamente conceder a ciertos razonamientos un concreto carácter regulativo y los fundamenta detalladamente”. Además, su objeto debería limitarse a cuestiones concernientes a la interpretación de la Constitución.⁹⁶⁹ Otros, como Klaus Vogel y Otto Bachof, son más receptivos a la extensión de los efectos vinculantes. Vogel propone abiertamente que estos abarquen la norma decisoria concreta, entendida como “idea jurídica subyacente a la formulación contenida en la parte dispositiva, que, concebida de forma general, permite no solo la decisión del caso concreto, sino también la decisión de casos semejantes”.⁹⁷⁰ Y Bachof considera que “el papel fundamental del Tribunal Constitucional alemán consiste en la extensión de sus decisiones a las situaciones o casos paralelos”.⁹⁷¹ La práctica del Tribunal de Karlsruhe demuestra que ha defendido la extensión de la vinculación a los motivos determinantes.⁹⁷² Gilmar Mendes recuerda que la Corte Constitucional alemana siempre ha interpretado el efecto vinculante (*Bindungswirkung*), “como instituto más amplio que la cosa juzgada (y, por consiguiente, que la fuerza de ley) precisamente para volver obligatorio no solo el fallo de la decisión, sino también los llamados fundamentos determinantes (*Tragende*

⁹⁶⁸ Löwer señala que todos los argumentos que se suelen dirigir contra una vinculación estricta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo son válidas también para una vinculación normativa a las *tragende Gründe* del Tribunal Constitucional. En: LÖWER, W. *Zuständigkeiten und Verfahren...* op. cit. p. 797. Schlaich indica tres razones para el rechazo: la primera es la propia dificultad de determinar el objeto de la vinculación. La segunda, es el riesgo de “canonización” de las valoraciones de la sentencia, que no disminuye por la falta de autovinculación del TC, en cuanto los tribunales ordinarios, aceptando la fuerza de su jurisprudencia, dejan de elevar cuestiones y dificultan el propio cambio del órgano. La última es la falta de previsión normativa expresa para el efecto. En: SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht...* op. cit. 1994, pp. 277 a 283. Ver también: STRICKER, G. *Subjektiv und objektive Grenzen...* op. cit. pp. 982 y sig.

⁹⁶⁹ MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...* op. cit. § 31, p. 15 y sig.

⁹⁷⁰ VOGEL, K. *Rechtskraft und...* op. cit. pp. 589 y 599.

⁹⁷¹ BACHOF, O. *Die Prüfungs und Verwerfungskompetenz...* op. cit. p. 25. Ver también: KRIELE, M. *Theorie der...* op. cit. p. 291.

⁹⁷² Entre otras, las siguientes sentencias del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*: 1, 14 (37); 31 (38); 5,34 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (86); 24, 289(294); 33, 199 (203). En la sentencia 40, 88 (93) el Bundesverfassungsgericht, además de extender el efecto vinculante a los motivos determinantes de la decisión, defiende su papel como máximo intérprete de la Constitución, cualificándose a sí mismo como “massgeblichen Interpretier und Hüter der Verfassung” y como “verbindliche Instanz in Verfassungsfragen”. Böckenförde asocia, desde una perspectiva crítica, la participación del Tribunal a la “expresión del poder constituyente”. En: BÖCKENFÖRDE, E.W. “Die Methoden der Verfassungsinterpretation” in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976.

Gründe)”.⁹⁷³ Según este planteamiento, “la eficacia de la decisión del Tribunal trasciende el caso singular, de modo que los principios dimanantes de la parte dispositiva y de los fundamentos determinantes sobre la interpretación de la Constitución deben de ser observados por todos los tribunales y autoridades en los casos futuros.”⁹⁷⁴ Y concluye: “la limitación del efecto vinculante a la parte dispositiva de la decisión lo volvería inocuo, dado que poco añadiría a la cosa juzgada y a la fuerza de ley. Además, tal reducción disminuiría significativamente la contribución del Tribunal a la preservación y el desarrollo del orden constitucional”.⁹⁷⁵

Refiriéndose a la creciente complejidad de las decisiones de los Tribunales Constitucionales y a la necesidad de que sean acatadas por los órganos judiciales, Clèmerson Clève opina que “parece inevitable que se les conceda una eficacia vinculante que se extienda más allá de la parte dispositiva, alcanzando también la fundamentación de la sentencia”.⁹⁷⁶ No obstante, considera que “en el caso brasileño, porque el constituyente reformador se refirió a ‘decisión definitiva de mérito’⁹⁷⁷, el efecto vinculante se restringe exclusivamente a la parte dispositiva de la sentencia, no alcanzando sus fundamentos determinantes”.⁹⁷⁸ Fue efectivamente este el sentido del

⁹⁷³ MENDES, G.F. “A ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional nº 3 – 1993” in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, n. 4, julho a setembro 1993, p. 102. Ver también: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 267.

⁹⁷⁴ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 339.

⁹⁷⁵ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 341. Sobre los límites objetivos del efecto vinculante, ver, en la misma obra, pp. 338 a 342. De hecho, el derecho alemán ha dado al efecto de cosa juzgada un carácter puramente procesal, que le confina al contenido concreto del fallo. Este límite objetivo no permite a la cosa juzgada abarcar los motivos determinantes de la sentencia - como sucede con el efecto vinculante - y, al contrario de la fuerza de ley, se limita a las partes del proceso, diferentes según el procedimiento adoptado. Ver: WISCHERMANN, N. Rechtskraft und... op. cit. pp. 19 a 38; LÖWER, W. Zuständigkeiten und Verfahren... op. cit. pp. 794 y 795; SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1994, pp. 272 a 274; MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. § 31, p. 13 y sig.; BENDA, E.; KLEIN, E. Lehrbuch des... op. cit. pp. 502 y sig. Ver también: BRYDE, B.O. Verfassungsentwicklung... op. cit. p. 420.

⁹⁷⁶ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 311.

⁹⁷⁷ El actual art. 102 § 2º CFB: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

⁹⁷⁸ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 267 y 307. Lenio Streck alude a otro argumento para justificar la no extensión del efecto vinculante a los motivos determinantes de la decisión: “El texto eliminado, por no generar más efectos, vuelve irrelevante la discusión

voto del magistrado Moreira Alves - muy probablemente la primera manifestación sobre esta materia -, cuando juzgó la acción declaratoria de constitucionalidad nº 1⁹⁷⁹. Pero la verdad es que el STF todavía no se ha definido con precisión.

El magistrado Celso de Mello comentó esta cuestión en la Reclamación 2.986 enjuiciada en el 2005 (medida cautelar)⁹⁸⁰, ocasión en la que reconoció que la jurisprudencia dominante del STF era favorable a que el efecto vinculante se restringiera al fallo, pero se manifestó partidario de su extensión a la *ratio decidendi*, trayendo a colación dos precedentes en los que el Pleno admitió la posibilidad de reconocer la transcendencia de los motivos determinantes en el sistema jurídico brasileño.⁹⁸¹ Reconoce que la vinculación a los motivos determinantes de la decisión es coherente con la “necesidad de preservar, en su integridad, la fuerza normativa de la Constitución”⁹⁸² y que su objetivo es “proporcionar eficacia y utilidad al control

acerca de las motivaciones que han generado el proceso de nulificación”. En: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 776.

⁹⁷⁹ ADC nº 1, Moreira Alves, j. 01/12/1993, DJ 16/06/1995. El argumento contrario a la extensión utilizado por Moreira Sales, y apuntado por Clèmerson Clève, es básicamente lo mismo que ha sido utilizado por Löwer en Alemania: “La ampliación del art. 31.I BverfGG, que sólo habla de la vinculación de la decisión – y no sobre sus fundamentos – es por ello mismo una vulneración de los límites funcionales de la jurisdicción constitucional”. En: LÖWER, W. *Zuständigkeiten und Verfahren...* op. cit. p. 797. En nota a pie de página este autor sustenta que esta podría ser actualmente la posición mayoritaria de la doctrina. En el mismo sentido: SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht...* op. cit. 1994, pp. 277 a 283.

⁹⁸⁰ Rcl 2.986 – MC, Celso de Mello, decisión singular, j. 11/03/2005, DJ 18/03/2005.

⁹⁸¹ Las reclamaciones 1987 (Distrito Federal) y 2363 (Pará) tratan de leyes de sus respectivas unidades federativas, pero de contenido idéntico a la legislación del Estado de São Paulo, cuya eficacia fue parcialmente suspendida por el STF en la ADI 1.662-SP, Maurício Corrêa, j. 30/08/2001, DJ 19/09/2003.

Rcl 1.987- DF, Maurício Corrêa, j. 01/10/2003, DJ 21/05/2004: “...Afronta a la decisión proferida en la ADI 1662. (...) se revela evidente la violación al contenido esencial del *acórdão* proferido en la mencionada acción directa, que posee eficacia *erga omnes* y efecto vinculante. La decisión del Tribunal, en sustancia, fue desobedecida, legitimando el uso de la reclamación. Hipótesis a justificar la transcendencia sobre la parte dispositiva de los motivos que basaron la decisión y de los principios por ella consagrados, una vez que los fundamentos resultantes de la interpretación de la Constitución deben ser observados por todos los tribunales y autoridades, hecho que contribuye para la preservación y el desarrollo del orden constitucional”.

Rcl 2.363 - PA, Gilmar Mendes, j. 23/10/2003, DJ 01/04/2005: “...3. Afronta a la autoridad de la decisión proferida en la ADI 1662. (...) 5. Efecto vinculante de las decisiones proferidas en acción directa de inconstitucionalidad. 6. Eficacia que trasciende el caso singular. 7. Alcance del efecto vinculante que no se limita a la parte dispositiva de la decisión. 8. Aplicación de las razones determinantes de la decisión proferida en la ADI 1662. 9. Reclamación estimada.”

⁹⁸² La fuerza normativa de la Constitución, que resulta de su supremacía formal y material, es destacada, entre otros, por: CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. p.42 y sig.; PALU, O.L. *Controle de constitucionalidad...* op. cit. 1999, pp. 50 a 57; MORAES, A. de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p.109; TAVARES, A.R. *Curso de direito...* op. cit. pp. 80 a 85; STEVENSON, R.A.; FERRAZ JR., T.S.; DINIZ, M.H.

abstracto, confiriendo fuerza a los pronunciamientos de los tribunales constitucionales”. Celso de Mello explica que la tradicional vinculación al fallo evita que otros jueces apliquen el precepto legal reconocido como inconstitucional, en virtud del art. 102, § 2º CFB, pero no los impide que apliquen otra norma, que verse sobre el mismo tema e igualmente lesiva al mismo precepto constitucional, pero que no conste expresamente en el fallo del *Acórdão*. La extensión del efecto vinculante a los motivos determinantes permitiría que en esa situación el interesado o el Ministerio Público interpusieran Reclamación al STF, para garantizar la autoridad de sus decisiones (art. 13, Ley 9868/1999).

Dos años después parece que el STF renegó de esta incipiente tendencia extensiva del efecto vinculante, una vez que decidió tajantemente en sentido contrario la Reclamación 2.475. En ella, el relator Carlos Velloso, pone de manifiesto que “fundamentos y *obiter dictum* no integran el fallo de la decisión”, razón por la cual no generan efectos vinculantes.⁹⁸³ Su afirmación se basa en el voto de Moreira Alves en la acción declaratoria de constitucionalidad nº 1, particularmente en dos puntos que hablan del significado del efecto vinculante: “a) si los demás órganos del Poder Judicial no respetan la decisión emitida en esa acción en los casos concretos que juzguen, la parte perjudicada podrá valerse de Reclamación ante el STF, para que este garantice la autoridad de esa decisión; b) la decisión se restringe a su fallo, no abarcando – como sucede en Alemania – sus motivos determinantes, porque la Enmienda Constitucional nº 3 solo atribuye efecto vinculante a la decisión definitiva de mérito; y alcanza los actos normativos de igual contenido del que la dio origen, pero que no fue su objeto, para que sean tenidos como constitucionales o inconstitucionales independientemente de nueva acción, pero con una eficacia limitada a los actos normativos emanados de los demás órganos del poder judicial y del poder ejecutivo, sin alcanzar los actos del poder legislativo”.⁹⁸⁴ Por cierto, es precisamente este último punto el que posibilita la declaración de inconstitucionalidad por conexión. De todas formas, la sentencia emitida en la Reclamación 2.475 significa una verdadera vuelta a los orígenes y parece indicar la línea que seguirá el STF. Tanto es así, que solo dos semanas después el Tribunal la

Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência, Eficácia e Supremacia. São Paulo: Atlas, 1989, pp. 98 a 104.

⁹⁸³ Rcl 2.475-AgR, Carlos Velloso (relator originario) y Marco Aurélio (relator para el *Acórdão*), j. 02/08/2007, DJ 01/02/2008.

⁹⁸⁴ Cuestión de Orden en la ADC nº 1, Moreira Alves, j. 27/10/1993, DJ 16/06/1995.

cita expresamente como precedente: "en un reciente pronunciamiento el Pleno del STF rechazó la tesis de la eficacia vinculante de los motivos determinantes de las decisiones de acciones de control abstracto de constitucionalidad".⁹⁸⁵

Sin embargo, en una muy reciente decisión singular de concesión de una medida cautelar en Reclamación (Rcl. 5.771), Eros Grau ha vuelto a adoptar la tesis de la eficacia vinculante de los motivos determinantes. Basándose en la doctrina de Gilmar Mendes utilizada en otra sentencia, afirmó perentoriamente, que "el efecto vinculante abarca también los fundamentos determinantes de la decisión."⁹⁸⁶ Con todo, hay que matizar que se trata de la misma cuestión contenida en las Reclamaciones 1.987 y 2.363 – atrás referidas - en las cuales el Pleno del STF aceptaba la tesis del efecto vinculante de los motivos determinantes de la sentencia de inconstitucionalidad de una ley del Estado de São Paulo, proferida en la acción directa de inconstitucionalidad 1.662. En las tres Reclamaciones, legitimados de otros Estados de la Federación solicitaron que la inconstitucionalidad declarada en la acción directa de inconstitucionalidad 1.662 fuera extendida a leyes de idénticos contenidos vigentes en sus respectivos Estados. Es decir, a leyes paralelas que no constaban en el fallo del *Acórdão*. Como en dos Reclamaciones el Pleno del STF aceptó conceder efecto vinculante a los motivos determinantes para declarar la inconstitucionalidad de leyes paralelas, queda por saber lo que ocurrirá cuando decida el mérito de la Reclamación 5.771, aunque parezca un tanto complicado que retroceda en esta cuestión, por las repercusiones negativas que causaría esta falta de coherencia y principalmente por la inseguridad jurídica que ello generaría.

Como parece evidente, aunque aparentemente el Pleno ya se haya pronunciado en contra de la transcendencia de los motivos determinantes, esta cuestión todavía no está definida en términos totalmente seguros. Pero se puede afirmar que la posibilidad de invalidar otras leyes de contenido idéntico a la declarada inconstitucional, pero no contenidas en el fallo, a través del eficiente instrumento procesal de la Reclamación, con medida cautelar, podría contribuir enormemente a la economía y la racionalidad procesal y por ende a la propia seguridad jurídica, sobre todo en un Estado federal - como el brasileño -, que corre más riesgos de que surjan leyes paralelas. La repercusión positiva que el efecto vinculante de los motivos determinantes podría

⁹⁸⁵ Rcl 2.990-AgR, Sepúlveda Pertence, j. 16/08/2007, DJ 14/09/2007.

⁹⁸⁶ Rcl 5.771, Eros Grau, decisión singular, j. 28/02/2008, DJE 05/03/2008.

proporcionar al sistema, parece innegable. Si el STF declarara, por ejemplo, la inconstitucionalidad material de la ley que establece cierto tributo en un determinado Estado y el mismo tributo se estableciera en otro Estado, no habría necesidad de una nueva acción directa de inconstitucionalidad para declarar la nulidad de esta nueva ley, porque también ella sería considerada nula. En la hipótesis de que el Estado continuara cobrando el tributo, bastaría con una Reclamación al STF para restablecer la autoridad de su decisión.⁹⁸⁷

Con respecto a la declaración de constitucionalidad, la eventual extensión del efecto vinculante a los motivos determinantes de la decisión conlleva un riesgo aun mayor de que contribuya a la fosilización del derecho, puesto que la decisión del STF tan solo confirma la legitimidad constitucional del precepto. Como vimos anteriormente, esta es la principal crítica que algunos autores hacen a la propia existencia de la acción declaratoria de constitucionalidad y por ende al fallo de constitucionalidad. Sin embargo, y como no podría ser diferente, la cláusula *rebus sic stantibus* – implícita en este tipo de sentencia - también incide en el caso de extenderse el efecto vinculante a los fundamentos de la decisión, que, por su propia naturaleza, estará siempre condicionada a la permanencia del estado objetivo con base en el cual fue emitida.⁹⁸⁸ Sensible a la evolución de la sociedad, en el futuro el STF podrá decidir cambiar de opinión, como analizaremos a continuación.⁹⁸⁹

1.4.1.2. Límites subjetivos de los efectos vinculantes.

⁹⁸⁷ El magistrado Sepúlveda Pertence trajo a debate esta cuestión en la Reclamación 1.987 (Maurício Corrêa, j. 01/10/2003, DJ 21/05/2004), pp. 75 y 76.

⁹⁸⁸ Ver: RUGGERI, A. Storia di un “falso”... op. cit. pp. 118 y sig.

⁹⁸⁹ ADI 3.218-AgR, Eros Grau, decisión singular, j. 28/02/2005, DJ 07/03/2005: “...la ley hoy declarada constitucional puede en una ocasión posterior ser juzgada inconstitucional.”

Las decisiones de constitucionalidad e inconstitucionalidad en el ámbito del control abstracto de normas vinculan a todos los magistrados y tribunales, así como a la Administración Pública federal, estadual, distrital y municipal, “que deberán adecuar sus pronunciamientos a aquello que la Suprema Corte, en manifestación imperativa, haya decidido”.⁹⁹⁰ Además, la sentencia hace posible “el enjuiciamiento inmediato de causas que versen sobre el mismo tema, aunque el *Acórdão* del Pleno — que firmó el precedente en el *leading case* — no haya sido publicado, o, en el caso de que esté ya publicado, aun no sea firme.” Es decir, la decisión del Pleno del STF vincula a los futuros enjuiciamientos, incluso antes de que sea publicada.⁹⁹¹ La inobservancia de la decisión, “caracteriza una grave violación del deber funcional, sea por parte de las autoridades administrativas, sea por parte del magistrado.”⁹⁹² El no acatamiento de la decisión por el poder judicial autoriza al perjudicado a proponer, en cualquier caso, Reclamación y, eventualmente, Recurso Extraordinario⁹⁹³ al STF, para que la Corte garantice la autoridad de su decisión.⁹⁹⁴ La Reclamación puede ser propuesta tanto en el ámbito del control difuso, como en el del control abstracto, siempre que se den dos circunstancias: “a) que el incumplimiento de la sentencia se produzca por un acto sobrevenido, practicado por persona, órgano o entidad vinculada al proceso del control

⁹⁹⁰ Rcl 2.143-AgR, Celso de Mello, j. 12/03/2003, *DJ* 06/06/2003. Teori Zavascki entiende que el efecto vinculante no tiene eficacia desde el origen de la norma, puesto que tal efecto “no proviene de la validez o invalidez de la norma apreciada (eficacia material), sino de la sentencia que la aprecia (eficacia procesal).” Por ello, concluye que “el efecto vinculante también es *extunc*, pero su eficacia se desencadena con la sentencia que declaró la constitucionalidad o la inconstitucionalidad, y no con el inicio de la *vigencia* de la norma examinada”. En: ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. p. 55.

⁹⁹¹ RE 216.259-AgR, Celso de Mello, j. 09/05/2000, *DJ* 19/05/2000: “La decisión del Pleno del STF, proferida en las condiciones establecidas por el art. 101 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo Federal - RISTF, **vincula** a los enjuiciamientos futuros – tanto los efectuados colegialmente por las Salas, como singularmente, por los jueces de esta Corte -, sin perjuicio de la posibilidad de que cualquiera de los magistrados del Tribunal (con apoyo en lo dispuesto en el art. 103 del RISTF) proponga al Pleno la revisión de la jurisprudencia asentada en materia constitucional.”

RISTF, art. 101: “*A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.*”

RISTF, art. 103: “*Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.*”

⁹⁹² MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. 343. Ver: art. 133, I CPC.

⁹⁹³ La acción por antonomasia del control difuso de constitucionalidad.

⁹⁹⁴ Ver: VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. p. 284; ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. pp. 55 y sig.; CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. p. 308; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. 343. Legislación: art. 102, I, /CFB; arts. 156 a 162 RISTF.

concentrado o a la creación de la norma que le sirve de objeto; b) que la Reclamación sea propuesta por un ente legitimado”.⁹⁹⁵

Sin embargo, la decisión no vincula el propio STF, que, en principio, tiene libertad para cambiar de opinión. Para Clèmerson Clève, “la decisión de rechazo o la declaración de inconstitucionalidad debe ser respetada por el propio STF y por los demás órganos integrantes del Poder Judicial, en función de la cosa juzgada (oponible *erga omnes*) que a ella adhiere.” No obstante, no considera que esto pueda significar la congelación definitiva de la jurisprudencia del STF, “ya que la alteración de las circunstancias fácticas puede autorizar el cambio en la comprensión constitucional de la materia”.⁹⁹⁶ Es decir, un precepto considerado constitucional en una época, podrá ser considerado inconstitucional en otra. De manera que si no hubiera alguna flexibilidad para reconocer esa realidad, la vinculación radical del STF a sus propias decisiones supondría un freno a la evolución de su jurisprudencia. La Constitución brasileña no frena esa evolución, porque en su art. 102, § 2º se refiere a que el efecto vinculante se da en relación a los **demás** órganos del Poder Judicial.⁹⁹⁷ Además, si por un lado el Reglamento Interno del Tribunal Supremo Federal (RISTF) prevé en su art. 101, que “la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de ley o acto normativo, pronunciada por mayoría cualificada, se aplica a los nuevos procesos sometidos a las Salas o al Pleno”, por otro, posibilita en su art. 103, que cualquiera de los magistrados proponga la revisión de la jurisprudencia establecida en materia constitucional. Es decir, la declaración emitida por el Pleno vincula a los futuros enjuiciamientos del propio Pleno y de sus Salas, así como a las decisiones singulares de sus magistrados. Sin

⁹⁹⁵ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 58. Ver también: PALU, O.L. Controle de constitucionalidad... op. cit. 1999, p. 204. Ver en la jurisprudencia: STF - Rcl 399, Sepúlveda Pertence, DJU 24.03.1995; Rcl 397, Celso de Mello, RTJ 147:31.

⁹⁹⁶ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 240. En este mismo sentido, subrayando que la afirmación de la constitucionalidad de la norma en el derecho alemán no supone la sanación de eventuales defectos no reconocidos y tampoco impiden el reexamen de la ley en el futuro, si cambios en la percepción de la ley lo justifiquen, ver: LÖWER, W. Zuständigkeiten und Verfahren... op. cit. p. 800. Los límites temporales del reconocimiento de la constitucionalidad son destacados por: FROWEIN, V. J. “Änderungen des Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts al Rechtsproblem” in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1971, pp. 794 y sig.

⁹⁹⁷ El art. 28, párrafo único, de la ley 9868/1999, que es anterior al art. 102, § 2º CFB, prevé vinculación a los órganos del Poder Judicial, sin excluir el STF. A despecho de esta realidad, Lenio Streck defiende que las decisiones que rechazan la inconstitucionalidad tienen tan solo efecto de cosa juzgada formal y ni siquiera pueden vincular a los demás órganos del poder judicial. En: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. pp. 777 y 778.

embargo, cada uno de esos magistrados está autorizado a proponer al Pleno la revisión de la jurisprudencia establecida.⁹⁹⁸

Gilmar Mendes entiende asimismo que “desde un punto de vista estrictamente material también debe excluirse una autovinculación del STF a los fundamentos determinantes de una decisión anterior, pues esto podría significar una renuncia al propio desarrollo de la Constitución, tarea inmanente a los órganos de jurisdicción constitucional”. Sin embargo, añade que cualquier cambio de orientación debe ser explicitado y justificado “con base en una crítica fundamentada del entendimiento anterior”.⁹⁹⁹ Esta es, por cierto, la posición que el STF ha consolidado a partir de 2003, cuando resolvió una cuestión previa al análisis de la acción directa de inconstitucionalidad 2777, que versaba sobre la posibilidad de juzgar la inconstitucionalidad de un precepto anteriormente declarado constitucional por el propio Tribunal en otra acción del control concentrado.¹⁰⁰⁰ La decisión se emitió en los siguientes términos: “el Tribunal – aun cuando sea consciente de la necesidad de una motivación idónea, crítica y expresa, para justificar una eventual readmisión del análisis de una cuestión ya tratada por la Corte -, concluyó en el sentido de admitir el enjuiciamiento de las acciones directas, por considerar que el efecto vinculante previsto en el § 2º del art. 102 CFB no condiciona al propio STF, limitándose a los *demás* órganos del poder judicial y al poder ejecutivo”.¹⁰⁰¹ Hasta entonces, a pesar de algunos

⁹⁹⁸ Ver: RE 216.259-AgR, Celso de Mello, j. 09/05/2000, DJ 19/05/2000; y RE 313.768-AgR, Sepúlveda Pertence, j. 26/11/02, DJ 19/12/2002. "

⁹⁹⁹ MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. pp. 342 y 343. Ver: BRYDE, B.O. Verfassungsentwicklung... op. cit. p. 426.

¹⁰⁰⁰ Se trataba de la ADI 1.851, en la cual el mismo precepto ahora cuestionado en la ADI 2777, había sido declarado constitucional, con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante. Por cierto, el hecho de que en Brasil el cuestionamiento de la inconstitucionalidad no esté sometido a plazo de presentación, hace que la posibilidad de replanteamiento sea una posibilidad siempre presente y que tiene el beneplácito de la doctrina y de la jurisprudencia del STF. Situación similar se produce en Alemania. Ver: MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. pp. 12 y sig.; SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1994, pp. 273 y 274.

¹⁰⁰¹ ADI 2.777-QO, Cezar Peluso, j. 27/11/2003. Informativo STF nº 331. Ver también: VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 284. Schlaich, que rechaza la vinculación a los motivos determinantes de la decisión del Bundesverfassungsgericht, entiende que el riesgo de “canonización” de las valoraciones de la sentencia no disminuye por la falta de autovinculación del TC, en cuanto los tribunales ordinarios, aceptando la fuerza de su jurisprudencia, dejan de elevar cuestiones y dificultan el propio cambio del órgano. En: SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1994, pp. 277 a 283. Sin embargo, en la página 254 de la misma obra, el autor afirma que la vinculación de los tribunales ordinarios a la jurisprudencia constitucional no debería ser obstáculo al replantamiento, puesto que tal vinculación se limita a la interpretación de la Constitución y a las interpretaciones de la norma legal consideradas

pronunciamientos puntuales favorables a la admisión de una acción directa de inconstitucionalidad propuesta sobre misma materia anteriormente declarada constitucional por el STF, como los de Carlos Velloso y Paulo Brossard en el enjuiciamiento de la acción declaratoria de constitucionalidad n° 1¹⁰⁰², la idea imperante era la de que el STF debería estar vinculado a sus propias decisiones, por tener cognición plena en la materia a él sometida en el control objetivo. Es decir, el hecho de que el Tribunal no está vinculado a la causa de pedir, conllevaría la presunción de que todos los ángulos de la cuestión habrían sido analizados.¹⁰⁰³ Una abstracción que al fin y al cabo buscaba evitar que la Corte eligiera una nueva interpretación para el mismo tema, en nombre de la preservación de la seguridad jurídica.

De esta forma actualmente no existen dudas sobre la posibilidad de que el STF revise sus decisiones en el futuro, si la evolución de la sociedad, las transformaciones políticas, económicas y otras situaciones así lo determinan. En síntesis, el efecto vinculante de la declaración de constitucionalidad no impide la evolución del derecho, en la medida en que es incapaz de impedir una futura acción directa de inconstitucionalidad, que cuestione los mismos preceptos.¹⁰⁰⁴ La fórmula

contrarias a la Constitución por el TC. Martín de la Vega advierte en este último aspecto un claro paralelismo con el sistema español: “Más allá de la mayoritaria negación de efectos generales para la sentencia desestimatoria, y de la no exacta identificación de estos con el concepto de ‘fuerza de ley’ alemán, lo cierto es que en nuestro país también desempeña un papel fundamental la idea de vinculación a los poderes públicos de la actividad interpretativa del Tribunal”. En: MARTÍN DE LA VEGA, A. Estudios sobre la eficacia... op. cit. p. 159.

¹⁰⁰² ADC n.1, Moreira Alves, DJ 16/06/1995 (Cuestión de Orden), voto del Magistrado Carlos Velloso: “Sustento que no debe haber impedimento en el enjuiciamiento de la ADI, aun cuando juzgada procedente la ADC. Es decir, el enjuiciamiento de ADI, tiempos después, no debe ser impedido.” El Magistrado Paulo Brossard se pronunció en el mismo sentido: “hoy la ley puede ser constitucional, mañana, no”.

¹⁰⁰³ AI 413.210-AgR-ED-ED, Ellen Gracie, j. 24/11/2004, DJ 10/12/2004: “La cognición del Tribunal en la acción directa de inconstitucionalidad es amplia. El Pleno no queda sujeto a los fundamentos y dispositivos constitucionales traídos en la petición inicial, realizando el cotejo de la norma impugnada con todo el texto constitucional. No cabe hablar, por tanto, de argumentos no analizados por el Pleno de esta Corte, que, en el citado enjuiciamiento, ha agotado la cuestión.”

¹⁰⁰⁴ El derecho alemán reconoce el efecto de cosa juzgada a la sentencia desestimatoria, con amplio apoyo de la doctrina, sin que este efecto esté previsto en ley. (Ver, por todos: PESTALOZZA, C. Verfassungsprozessrecht... op. cit. p. 304, nota 156). Como vimos anteriormente, en Alemania la cosa juzgada se circunscribe al fallo (la vinculación se extiende a la motivación) y se limita a las partes del proceso (al contrario de la fuerza de ley). De otra parte, la cosa juzgada está sometida al mismo límite temporal de la vinculación y de la fuerza de ley, permitiendo el replanteamiento de la cuestión y por ende que el Tribunal cambie de posición en el futuro, teniendo en cuenta la evolución social y jurídica de la sociedad. Ver: WISCHERMANN, N. Rechtskraft und... op. cit. pp. 19 a 38; LÖWER, W. Zuständigkeiten und Verfahren... op. cit. pp. 794 y 795; MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. § 31, p. 13 y sig.; SCHLAICH, K.

recíproca, sin embargo, no es real, porque evidentemente no sería admitida una acción declaratoria de constitucionalidad sobre preceptos ya declarados inconstitucionales en el control concentrado, por la sencilla razón de que estos preceptos ya no forman parte del ordenamiento jurídico, una vez que fueron declarados nulos con efecto *ex tunc*.

Finalmente, el efecto vinculante tampoco alcanza al poder legislativo brasileño, que está autorizado a elaborar una nueva ley con el mismo contenido de la declarada inconstitucional¹⁰⁰⁵. La posibilidad de repetición no tendría así limitaciones jurídicas, pero “sí tiene límites políticos o prudenciales, que obligan a tomar en cuenta el tiempo y los eventuales cambios de opinión”.¹⁰⁰⁶ Como señala con acierto Lenio Streck, “las alteraciones sociales (siempre histórico-temporales) pueden producir circunstancias (contingencias) que lleven a la conclusión de que un texto, hoy inconstitucional *in totum* – una vez reproducido por el legislador tiempos después – pueda considerarse compatible con la Constitución”.¹⁰⁰⁷ Esta es también la doctrina del

Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1994, pp. 272 a 274; BENDA, E.; KLEIN, E. Lehrbuch des... op. cit. pp. 502 y sig. Lenio Streck entiende que en Brasil la sentencia de constitucionalidad hace tan solo cosa juzgada formal, “no impidiendo siquiera que el mismo actor solicite de nuevo la apreciación de la inconstitucionalidad de la norma ‘declarada’ (*sic*) constitucional”. En: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 778.

¹⁰⁰⁵ Ver, entre otros: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 241; STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. pp. 776 y 777; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 335. Como vimos anteriormente, Italia no acepta la reproducción de leyes inconstitucionales por el Parlamento. Tal prohibición es conocida por “*giudicato costituzionale*”. Ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 38 a 40. Ver también, entre otros: CRISAFULLI, V. Riproduzione o “conferma”... op. cit.; RUGGERI, A. Le attività “consequenziale” nei... op. cit.; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. En Portugal, la mayoría de la doctrina no apoya la posibilidad de repetición por el legislador. Entre otros: CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 118; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Constituição da República... op. cit. p. 1045; MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. Tiene opinión favorable: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 832. En Alemania la “prohibición de repetición” ha provocado alguna polémica en el propio *Bundesverfassungsgericht*. Desde 1987 la sala primera reconoce al Parlamento el derecho de reproducir la ley declarada inconstitucional, bajo el argumento de que el legislador se subordina exclusivamente al orden constitucional. Ver, entre otros: SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1994, pp. 275 y 276. Sin embargo, la sala segunda se mantiene favorable a la prohibición. Ver, entre otros, MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. En España la repetición es posible. Ver, entre otros: BOCANEGRA SIERRA, R. “Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional” en *Estudios sobre la Constitución Española – Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría – Tomo I – El ordenamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1991; RUBIO LLORENTE, F. La jurisdicción constitucional en España... op. cit. pp. 386 y 387.

¹⁰⁰⁶ RUBIO LLORENTE, F. La jurisdicción constitucional en España... op. cit. p. 387, nota 41.

¹⁰⁰⁷ STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 777. En esta misma página, el autor también alerta de que “alteraciones en la composición de las Cortes Constitucionales acarrear – y eso es frecuente – cambios en los posicionamientos, mayormente cuando la mayoría que declaró la inconstitucionalidad fue escasa. Además, los tribunales pueden errar y sufrir

STF, que en reiteradas ocasiones se ha manifestado favorablemente a la posibilidad de que el legislador tenga el derecho de reproducir los términos de una ley anteriormente declarada inconstitucional.¹⁰⁰⁸ En presencia de nueva ley idéntica o análoga, los eventuales perjudicados ni siquiera podrían utilizar el instrumento legal de la Reclamación, que en este caso no sería admitida por el STF. Como el objeto de la Reclamación es el de garantizar la autoridad de la decisión del STF emitida sobre una ley anterior – y el Parlamento hizo una nueva ley -, la única hipótesis viable para eximirse de sus efectos, sería la interposición de una nueva acción directa de inconstitucionalidad.¹⁰⁰⁹ Y esta, como acción típica del control concentrado, solo puede ser interpuesta por los órganos y autoridades constitucionalmente autorizados (art. 103, I a IX CFB). Por otra parte, la mera instauración del proceso de control concentrado no impide que el poder legislativo derogue la ley objeto de impugnación ante el STF, mientras esté pendiente de decisión la respectiva acción directa.¹⁰¹⁰ Además, en el supuesto de que el Tribunal declare la constitucionalidad de una ley (federal), esta, obviamente, podrá ser alterada, modificada o derogada posteriormente con toda libertad por el Congreso Nacional, puesto que la declaración de constitucionalidad no cambia el estatus de la ley.¹⁰¹¹

imposiciones de varios matices, sin dejar de considerar que ellos no están vinculados a sus propios precedentes.”

Como vimos en el capítulo II, Rui Medeiros - uno de los pocos defensores de la repetición en Portugal - aporta otro dato: “La imposibilidad de renovación del acto colocaría al legislador en una posición claramente subalterna respecto al Tribunal Constitucional (...) y alejaría al legislador, legitimado democráticamente, del proceso de interpretación y actuación de la Constitución.” En: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 832.

¹⁰⁰⁸ Entre otras decisiones: ADI 907, Ilmar Galvão DJU 03.12.1993; Reclamación 2.617-AgR, Cezar Peluso, j. 23/02/2005, DJ 20/05/2005.

¹⁰⁰⁹ ADI 1.850-MC, Sepúlveda Pertence, j. 02/09/1998, DJ 27/04/2001: La Reclamación para “garantizar la autoridad de las decisiones del STF en el control directo de constitucionalidad de normas (...), no abarca el caso de la edición de una ley de contenido idéntico o similar a la anteriormente declarada inconstitucional, por no haber vinculación del legislador a la motivación del enjuiciamiento sobre la validez del dispositivo legal precedente, que deberá ser objeto de nueva acción directa.” Lo mismo ocurre con las normas originadas en el Poder Ejecutivo, afirma José Afonso da Silva. En: SILVA, J.A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 63.

¹⁰¹⁰ ADI 2.903, Celso de Mello, j. 01/12/2005, DJE 19/09/2008: “La mera instauración del proceso de control normativo abstracto no se reviste, por sí sola, de efectos inhibitorios de las actividades normativas del poder legislativo, que no queda imposibilitado, por ello, de derogar, mientras esté pendiente la respectiva acción directa, la propia ley objeto de impugnación ante el STF, pudiendo, incluso, reeditar la norma anteriormente declarada inconstitucional, una vez que no se extiende al Parlamento la eficacia vinculante que resulta, naturalmente, de la propia declaración de inconstitucionalidad proferida en el control concentrado.”

¹⁰¹¹ Ver: VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 284.

1.4.2. Efectos retroactivos.

La posición tradicional del STF y, en general, de la doctrina brasileña, respecto a los efectos retroactivos de la decisión de inconstitucionalidad, fue sintetizada por Paulo Brossard en el enjuiciamiento de la segunda acción directa de inconstitucionalidad presentada después de la entrada en vigor de la Constitución de 1988.¹⁰¹² En su voto el magistrado compara la verificación de la nulidad de la ley por el STF, con la verificación de la falsedad de un supuesto diamante por un joyero. “El joyero no hizo la pasta sintética, solo verificó que lo era. Tampoco la decisión judicial cambia la naturaleza de la ley, como el joyero no cambia la naturaleza del diamante. Nunca fue ley, nunca fue diamante. Lo que se suponía que era un diamante y que el experto verificó que era un producto sintético, no dejó de ser un diamante a partir de la verificación del joyero, pues *ab initio* no pasaba de producto sintético. Lo mismo ocurre con la ley inconstitucional. El poder judicial no la hizo inconstitucional, tan sólo verificó y declaró que lo era. Por eso su efecto es *ex tunc*.” Es decir, la sentencia de inconstitucionalidad es meramente declarativa de una situación preexistente y, por consiguiente, no constitutiva.

La atribución de efecto *ex tunc* a la sentencia de inconstitucionalidad está íntimamente ligada al concepto de nulidad, que deriva directamente de la supremacía inherente a una Constitución rígida, como la brasileña. A finales del siglo XIX Rui Barbosa ya señalaba que “toda medida legislativa o ejecutiva que no respete preceptos constitucionales es, en su esencia, nula. Actos nulos de la legislatura no pueden conferir poderes válidos al Ejecutivo.”¹⁰¹³ Medio siglo después, corroborando lo que ya defendía

¹⁰¹² ADI nº 2 - DF, Paulo Brossard, j. 06/02/1992, DJU 21/11/1997.

¹⁰¹³ BARBOSA, R. *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo*. Rio de Janeiro: Cia. Impressora, 1893, p. 47.

la mayor parte de la doctrina de entonces, Alfredo Buzaid aclaraba que “la sentencia que declara la inconstitucionalidad es predominantemente declarativa y no predominantemente constitutiva. La nulidad afecta a la ley *ab initio*. Aunque aplicable hasta el pronunciamiento definitivo del poder judicial, la sentencia tiene efectos retroactivos hasta el nacimiento de la ley, valiendo, por lo tanto, *ex tunc*. El poder judicial no modifica el estado de la ley, considerando nulo lo que inicialmente era válido. Se limita a declarar la invalidez de la ley, es decir, la declara nacida muerta.”¹⁰¹⁴ Es por ello que Francisco Campos en la misma época afirmaba que “un acto o una ley inconstitucional es un acto o una ley inexistente; una ley inconstitucional es ley solo aparentemente, porque de hecho o en realidad no lo es. El acto o la ley inconstitucional no produce ningún efecto, porque no existe de derecho o es para el derecho como si nunca hubiera existido.”¹⁰¹⁵ Aunque la inexistencia de la ley inconstitucional sea una cuestión muy discutible, en la medida en que la ley invalidada por el STF pasó por los trámites del proceso legislativo y entró en vigor - lo que supone la existencia de una ley inconstitucional declarada nula por decisión del STF -, la verdad es que nula o inexistente, la tradición constitucional brasileña determina que la ley inconstitucional deje de tener validez retroactivamente desde la fecha de su entrada en vigor. Y esto, “junto con todas las consecuencias que de ello deriva, toda vez que los actos inconstitucionales son nulos y, por lo tanto, privados de cualquier carga de eficacia jurídica, alcanzando la declaración de inconstitucionalidad de la ley o acto normativo, inclusive, a los actos pretéritos practicados con base en ella (efectos *ex tunc*).”¹⁰¹⁶

De manera que “el dogma de la nulidad de la ley inconstitucional pertenece a la tradición del derecho brasileño”.¹⁰¹⁷ Entender que “el acto judicial no deroga la ley [...], tan solo reconoce la existencia de un acto viciado”¹⁰¹⁸, se funda en la antigua doctrina norteamericana, según la cual “*the unconstitutional statute is not law at*

¹⁰¹⁴ BUZAID, A. Da ação direta... op. cit. p. 132.

¹⁰¹⁵ CAMPOS, F. *Direito Constitucional*, v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 430. También: MAXIMILIANO, C. *Comentários à Constituição brasileira*, v. I, 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 159.

¹⁰¹⁶ MORAES, A. de. *Direito Constitucional*, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 624 y 625. En sentido contrario, considerando la decisión constitutiva negativa, entre otros: Pontes de Miranda y Maria Regina N. Ferrari; en Austria, Hans Kelsen; en Italia, Calamandrei.

¹⁰¹⁷ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional*... op. cit. p. 317.

¹⁰¹⁸ CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata*... op. cit. p. 244.

all”.¹⁰¹⁹ Una posición defendida por Alfredo Buzaid, que aseveraba que “si la ley inconstitucional pudiera adquirir validez, aunque temporalmente, resultaría de ahí una inversión en el orden de las cosas, pues, durante el periodo de vigencia de la ley se suspende necesariamente la eficacia de la Constitución. En otras palabras, el respecto a la ley ordinaria significa desacato a la autoridad de la Constitución.”¹⁰²⁰ Es decir, la equiparación entre nulidad e inconstitucionalidad implica que “el reconocimiento de cualquier efecto a una ley inconstitucional comporta la suspensión provisional o parcial de la Constitución.”¹⁰²¹ La doctrina clásica con respecto a la inconstitucionalidad es actualmente compartida, entre otros, por Zeno Veloso, para quien “si se admitiera algún efecto a la ley declarada inconstitucional, ello supondría una derogación de la Constitución, lo que es absurdo y compromete toda la estructura escalonada de nuestro sistema jurídico.”¹⁰²²

También el STF ha entendido que el reconocimiento de la validez de una ley inconstitucional – aunque por tiempo limitado – representaría una ruptura con el principio de la supremacía de la Constitución.¹⁰²³ Supremacía que, recuerda Gilmar Mendes, se plasma en diversos artículos de la Constitución, como “el principio del Estado de Derecho (art. 1º), la aplicación inmediata de los derechos fundamentales (art. 5º, § 1º), la vinculación de los órganos estatales a los principios constitucionales, que de ahí resulta, y la inmutabilidad de los principios constitucionales, en lo que concierne a los derechos fundamentales y al proceso especial de reforma constitucional.”¹⁰²⁴ Además, “tanto el poder del juez de negar la aplicación de ley inconstitucional, como la facultad asegurada al individuo de negar su observancia [recurso extraordinario],

¹⁰¹⁹ WILLOUGHBY, W.W. *The constitutional law of the United States*, v. 1. New York, pp. 9 y 10; COOLEY, T.M. *A treatise on the constitutional limitations*, 4. ed. Boston, 1878, p. 227.

¹⁰²⁰ BUZOID, A. Da ação direta... op. cit. p. 131.

¹⁰²¹ Gilmar Mendes en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 313.

¹⁰²² VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 185. En ésta misma página el autor matiza de cierta manera su opinión, afirmando que “este entendimiento tiene de ser alterado, pues la Ley 9868/1999 ha venido a regular la materia, confiriéndole notables modificaciones”. Defienden la doctrina clásica de la nulidad *ipso jure* y *ex tunc*, entre otros: MORAES, A. Jurisdição... op. cit. p. 270; MELLO, O.A.B. de. *A teoria das constituições rígidas*, 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, pp. 204 y 205; RAMOS, E.S. A inconstitucionalidade... op. cit. pp. 119 y 245.

¹⁰²³ Representación 980, Moreira Alves, j. 21/11/1979.

¹⁰²⁴ En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 317. El *mandado de injunção* sería la demostración de que todos los derechos subjetivos constitucionalmente asegurados vinculan a los órganos estatales. Ver adelante el epígrafe “4.3. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión en *mandado de injunção*.”

demuestran que el constituyente presupuso la nulidad de la ley inconstitucional”¹⁰²⁵ (arts. 97 y 102, III, *a, b, c, d* CFB). De ahí que la nulidad *ipso jure* y *ex tunc* tengan base constitucional.¹⁰²⁶ “Esa orientación, que ya era dominante antes de la adopción del control abstracto de normas en el ordenamiento jurídico brasileño, adquirió, posteriormente, casi el significado de una verdad axiomática”, subraya el mismo autor.¹⁰²⁷ La sentencia de inconstitucionalidad formal obviamente también tiene efectos retroactivos desde la fecha de entrada en vigor de la norma. La eventual creación posterior de una ley con el mismo contenido – respetando todos los procedimientos legislativos idóneos – no podrá reflejarse sobre el periodo del pasado en que la norma invalidada por inconstitucionalidad formal estaba en vigor, a menos que sea para beneficio de la sociedad. El contenido constitucional de la norma declarada nula no puede servir de pretexto para hacer valer la nueva ley con efectos retroactivos.¹⁰²⁸

Si no hay duda de que el juez tiene el poder de negar la aplicación de una ley que considere inconstitucional, esto no ocurre en relación al poder ejecutivo. Antes de la actual Constitución, la clave capaz de definir la legitimidad de este rechazo estaba en considerar la ley nula o anulable. Clèmerson Clève opina que “únicamente la nulidad - y no la anulabilidad – puede autorizar el rechazo por el poder público del cumplimiento de la ley o de los actos reputados como inconstitucionales, aunque sin perjuicio de posterior examen por el poder judicial. Si se considerara un acto anulable, sería de cumplimiento obligatorio hasta el pronunciamiento del órgano jurisdiccional competente, desposeyendo el poder ejecutivo de cualquier fundamento para repudiarlo.”¹⁰²⁹ De hecho, como los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

¹⁰²⁵ En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 318. Es interesante constatar que la Asamblea Constituyente de 1986-1988 rechazó un proyecto que introducía en la Constitución un artículo con el siguiente tenor: “Art. 127 § 2º: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória.” Como se nota, una redacción muy cercana a la del art. 282.4 de la Constitución Portuguesa y a la del art. 27 de la Ley 9868/1999 brasileña.

¹⁰²⁶ Ver: RAMOS, E.S. A inconstitucionalidade... op. cit. pp. 61 y sig. Ver también: HEIN, P. Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger... op. cit. pp. 14 y sig.; MOENCH, C. Verfassungswidriges Gesetz... op. cit. pp.11 y sig.

¹⁰²⁷ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 321 y 322.

¹⁰²⁸ ADI 1.417, voto de Octavio Gallotti, j. 02/08/1999, DJ 23/03/2001: “No puede, pues, la ulterior creación del tributo, ahora por el empleo del procedimiento legislativo idóneo, pretender sacar partido del pasado inconstitucional, de modo que extraiga de él la validez del pretendido efecto retroactivo.”

¹⁰²⁹ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 246.

con eficacia *ex nunc* (anulabilidad) tan solo se producen a partir de la fecha en que la sentencia hace cosa juzgada, en el periodo anterior la ley debe ser cumplida, aunque el Ejecutivo esté convencido de su inconstitucionalidad. Hasta la implantación del control concentrado en 1965 (con el Procurador General de la República como único legitimado para la acción), la posición doctrinal ampliamente mayoritaria – incluso en el STF¹⁰³⁰ – era la que apoyaba la posibilidad del rechazo a la aplicación.¹⁰³¹ A partir de este modelo sus defensores empezaron a disminuir, hasta que la inclusión del Presidente de la República y de los Gobernadores de los Estados entre los legitimados para la acción directa de inconstitucionalidad por la Constitución de 1988, cambió completamente la percepción sobre esta materia. “Si el Presidente de la República – o, eventualmente, el Gobernador del Estado – están legitimados para proponer la acción directa de inconstitucionalidad al STF, incluso con medida cautelar”, pondera Gilmar Mendes, “no parece legítimo que deje de utilizar esa facultad ordinaria para valerse de un recurso excepcional, antes concebido y tolerado tan solo por la imposibilidad de una solución inmediata y eficiente de la controversia.”¹⁰³² Sin embargo, Elival Ramos todavía ve la posibilidad de rechazar la aplicación, aunque en términos más restrictivos. “El jefe del poder ejecutivo puede rehusar el cumplimiento de la ley *sub judice* tan solo hasta el enjuiciamiento de la petición de una medida cautelar, formulada por él mismo. Si el STF estima la petición, la ejecución de la ley estará suspendida desde entonces en virtud de la concesión de la medida cautelar, con eficacia *erga omnes*. Si, por el contrario, lo desestima, estará rechazando el *fumus boni juris* de la acción o los daños que la ejecución temporal de la ley pueda provocar (*periculum in mora*), juicio este que debe ser acatado por el jefe del Poder Ejecutivo requirente.”¹⁰³³

¹⁰³⁰ La Representación 980, Moreira Alves, j. 21/11/1979, por ejemplo, tiene el siguiente fallo: “Es constitucional el decreto del Jefe del Poder Ejecutivo Estadual que determine a los órganos a él subordinados, que se abstengan de la práctica de actos que impliquen la ejecución de dispositivos legales vetados por falta de iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo.” Ver también: RMS 4.211, Cândido Motta Filho, *RTJ* n. 2, p. 386, RMS 13.950, Amaral Santos, *RDA* n. 97, p. 116.

¹⁰³¹ Ver: MONTEIRO, R.C.B. “O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo” in *RF* n. 284, pp. 101 y sig.; LIMA, R.O. “A inconstitucionalidade e o destinatário original da norma viciada” in *Ciência Jurídica* n. 46, pp. 23 a 32; REALE, M. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro, 1968, p. 47.

¹⁰³² MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 161. En el mismo sentido: ASSIS, A.C. de. “Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade” in *RDP* n. 91, pp. 117 a 122.

¹⁰³³ RAMOS, E.S. *A inconstitucionalidade...* op. cit. p. 240.

Para valorar la posterior evolución de la jurisprudencia del STF sobre la retroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, basta con leer la manifestación de Celso de Mello en la acción directa de inconstitucionalidad 652 (juzgada en 1992) y compararla con otra, del mismo magistrado, en la acción directa de inconstitucionalidad 2215 (juzgada en 2001). En la más antigua, mantiene que “los actos inconstitucionales son nulos y privados, en consecuencia, de cualquier carga de eficacia jurídica”¹⁰³⁴. En la más reciente, reconoce que en determinadas situaciones - como aquellas fundadas en la autoridad de la cosa juzgada o apoyadas en la necesidad de preservar la seguridad jurídica, en atención al principio de la buena fe -, hay “una tendencia claramente perceptible en el sentido de flexibilizar la rigidez dogmática de la tesis que proclama la nulidad radical de los actos estatales incompatibles con el texto de la Constitución de la República.”¹⁰³⁵ Esto puede ocurrir, por ejemplo, si un funcionario es investido en un cargo público en virtud de una ley inconstitucional. “No existiendo perjuicio, se protege la apariencia de legalidad de los actos a favor de la buena fe de terceros.”¹⁰³⁶ Una segunda matización proviene del respeto a la cosa juzgada”.¹⁰³⁷ Mucho antes de ello el STF ya expresaba su preocupación por las consecuencias de la nulidad ilimitada. Probablemente la primera manifestación en ese sentido fue un voto particular de Leitão de Abreu emitido en 1977, en el que – citando a Hans Kelsen - defendió la tesis de que la ley inconstitucional no es nula, sino anulable, y que la decisión de nulidad no tiene carácter declaratorio, sino constitutivo. “La tutela de la buena fe exige que en determinadas circunstancias, principalmente cuando bajo la ley aun no declarada inconstitucional se establecieron relaciones entre el particular y el poder público, se valore prudencialmente, hasta qué punto la retroactividad de la decisión que decreta la inconstitucionalidad puede afectar, perjudicándolo, al agente que tuvo por legítimo el acto y, fundado en él, operó en la presunción de que estaba procediendo al amparo del

¹⁰³⁴ ADI 652, Celso de Mello, j. 02.04.1992, DJ 02.04.1993.

¹⁰³⁵ ADI 2.215-MC, Celso de Mello, decisión individual, j.17-04-2001, DJ 26-04-2001.

¹⁰³⁶ RTJ n. 100, p. 1086 y RTJ n. 71, p. 570.

¹⁰³⁷ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 251. En este sentido el STF: “La decisión del Tribunal Supremo Federal que haya declarado inconstitucional determinado precepto legislativo en el que se apoya el título judicial, a pesar de tener eficacia *ex tunc*, como sucede con los enjuiciamientos en el ámbito del control concentrado (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), se detiene ante la autoridad de la cosa juzgada, que se traduce, en ese contexto, en un límite insuperable a la fuerza retroactiva resultante de los pronunciamientos que emanan, *in abstracto*, de la Suprema Corte.” ([RE 594.892](#), Celso de Mello, decisión singular, j. 21/06/2010, DJE 04/08/2010.)

derecho objetivo.”¹⁰³⁸ Aceptada esta tesis, “el Tribunal podría declarar la inconstitucionalidad, incidentalmente, con eficacia limitada, lo que permitiría la aplicación de la norma inconstitucional en el caso concreto”.¹⁰³⁹ Pero ello no ha ocurrido y posteriormente el propio magistrado pareció rectificar a esta posición.¹⁰⁴⁰

Gilmar Mendes opina que “la recepción de la doctrina norteamericana no contribuyó significativamente al desarrollo de una teoría de la nulidad de la ley inconstitucional en el derecho brasileño. Tampoco la fundamentación dogmática en la llamada nulidad de Pleno derecho o *ipso jure* se mostró nunca precisa entre nosotros.”¹⁰⁴¹ La actuación del STF parece confirmar esa afirmación, pues a pesar de su jurisprudencia ampliamente favorable a la teoría de la nulidad (*ex tunc*), llegó a limitar los efectos de algunas de sus sentencias emitidas en el ámbito del control difuso, al constatar que podrían vulnerar la seguridad jurídica, por razones de derecho adquirido, buena fe, cosa juzgada u otro principio constitucional que considerara prevalente. Valga como ejemplo que el principio de la irreductibilidad salarial de los magistrados fue utilizado por el Tribunal para mantener los sueldos de los jueces, que habían sido reajustados de forma inconstitucional.¹⁰⁴² El STF también consideró legítimo un acto practicado por un funcionario público *de facto* - había sido investido en sus funciones bajo una ley posteriormente declarada inconstitucional -, esgrimiendo argumentos como la “apariencia de legalidad” y la “ausencia de perjuicio”.¹⁰⁴³ En otra ocasión, ya con la Constitución de 1988 en vigor, el STF emitió en el control abstracto una sentencia de inconstitucionalidad (RP 1379-1) y posteriormente limitó el alcance de su efecto *ex tunc* cuando la aplicó a los hechos, o más específicamente, cuando juzgó un recurso extraordinario en una demanda judicial. La decisión, con base en el principio del derecho adquirido, se plasmó en los siguientes términos: “la retribución declarada inconstitucional no necesita ser devuelta en el período de validez no cuestionada de la

¹⁰³⁸ RE 79.343-BA, Leitão de Abreu, 31.05.1977.

¹⁰³⁹ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 324.

¹⁰⁴⁰ RE 93.356, Leitão de Abreu, RTJ n. 97, p. 1.369.

¹⁰⁴¹ En MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 314.

¹⁰⁴² Textualmente: “De ahí porque tal garantía [irreductibilidad salarial de los magistrados] supera el efecto *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad de la norma...” (RE 105.789, Carlos Madeira, j. 15/04/1986, DJ 09/05/1986).

¹⁰⁴³ RE 78.533-7/SP, Décio Miranda, 13.11.1981.

ley de origen, pero tampoco pagada tras la declaración de inconstitucionalidad”.¹⁰⁴⁴ La explicación para este tipo de procedimiento está en que “los actos singulares practicados con fundamento directo en la ley reputada inconstitucional no son automáticamente invalidados por la decisión del STF. Los efectos de la decisión reposan en el plano de la norma y no en el plano *normado* (hecho constituido por el acto singular o concreto practicado con fundamento en la norma)”.¹⁰⁴⁵ La validez de los hechos, por lo tanto, podrá ser discutida en los tribunales. Por cierto, cuando el STF limita la sentencia de inconstitucionalidad abstracta en un caso concreto, la decisión tiene evidentemente tan solo efectos *inter partes*. En el ámbito del control concentrado hubo votos particulares en las acciones directas de inconstitucionalidad 513 (tributos) y 1.102 (seguridad social), en las que se discutió la posibilidad de limitar los efectos.¹⁰⁴⁶

La verdad es que la doctrina más reciente ha sido mayoritariamente crítica en relación a la aplicación pura de la nulidad *ipso jure* y *ex tunc*. Gilmar Mendes reconoce que “la consecuencia lógica de la declaración de nulidad *ex tunc* de la norma inconstitucional debería ser la eliminación del ordenamiento jurídico de todos los actos practicados con fundamento en ella.” Sin embargo, recuerda que “esa depuración total (*Totalbereinigung*) no se verifica ni en los sistemas que, como el alemán, fijaron una regla particular sobre las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad, ni en aquellos que, como el brasileño, utilizan las formulas generales de preclusión”.¹⁰⁴⁷ Celso Bastos alerta de forma contundente, que “la retroactividad puede provocar una verdadera calamidad jurídica, afectando a un sin número de situaciones ya consolidadas bajo la vigencia de la ley ahora tenida por inconstitucional.”¹⁰⁴⁸ En la misma línea, Regina Ferrari mantiene que reconocer “que la norma inconstitucional es nula y que los efectos de ese reconocimiento deben operar *ex tunc*, extendiéndolos al pasado de modo absoluto, anulando todo lo que se verificó bajo el imperio de la norma así considerada,

¹⁰⁴⁴ RE 122.202-6/MG, Francisco Rezek, DJ 08.04.1994.

¹⁰⁴⁵ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 253. Es lo que los alemanes llaman *Normebene* (plan normativo) y *Einzelaktebene* (plan del acto individual).

¹⁰⁴⁶ ADI 513, Célio Borja, DJU 30.10.1992 y ADI 1102, Maurício Corrêa, DJU 17.11.1995. Ver: MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 338 y sig.

¹⁰⁴⁷ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 256.

¹⁰⁴⁸ BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S. *Comentários à Constituição do Brasil*, t. III, São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 87 a 89.

es impedir la seguridad jurídica, la estabilidad del derecho y su propia finalidad”.¹⁰⁴⁹ La necesidad de no vulnerar la seguridad jurídica también es enfatizada por Márcio Diniz, para quien los efectos de la declaración de inconstitucionalidad deben ser aplicados “tomándose como punto de partida el principio de la seguridad jurídica y sus reflejos en relación a la diversidad de situaciones jurídicas constituidas o consolidadas en su periodo de vigencia”.¹⁰⁵⁰ La realidad es que la inviabilidad de una rígida aplicación de la inconstitucionalidad *ex tunc*, si se tiene en cuenta a su vez la preservación de la seguridad jurídica, es una postura común hoy entre los constitucionalistas brasileños.¹⁰⁵¹

En ese sentido, uno de los aspectos más subrayados es la necesidad de que la sentencia de inconstitucionalidad no interfiera en la cosa juzgada de los procesos judiciales. De hecho, la cosa juzgada es un importante límite a la eficacia de la decisión declaratoria de inconstitucionalidad, límite que además fue erigido por el constituyente en garantía constitucional.¹⁰⁵² Clèmerson Clève opina que no se puede “aceptar derecho adquirido o acto jurídico perfecto fundado en ley inconstitucional”, pero que “es evidente que la nulidad *ex tunc* no afecta a la norma concreta contenida en la sentencia o *acórdão*.”¹⁰⁵³ El STF efectivamente respeta la cosa juzgada emergente de los procesos judiciales e, incluso, como vimos anteriormente, ha desmentido parcialmente al autor citado, porque ya ha tomado en consideración el derecho adquirido para limitar la retroactividad de una sentencia.¹⁰⁵⁴ Gilmar Mendes, más asertivo, afirma que “la retroactividad solo puede exigirse en relación a aquellas situaciones aun susceptibles de impugnación y que, por lo tanto, no están cubiertas por las cláusulas generales de preclusión o por la cosa juzgada”.¹⁰⁵⁵ En suma, se puede decir que, en principio, el

¹⁰⁴⁹ FERRARI, R.M.M.N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 2. ed. São Paulo: RT, 1990, pp. 82 y 90.

¹⁰⁵⁰ DINIZ, M.A.V. *Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 41.

¹⁰⁵¹ Con opiniones que van en el mismo sentido, pueden ser destacados, entre otros: COELHO, I.M. “Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: Uma Questão Política?” in *RDA* n. 221, pp. 47 a 69, item n. 4; SILVA, J.A. da. *Curso de Direito op. cit.*, p. 55; BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. p. 147; BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S. *Comentários à...* op. cit. p. 87; BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 308.

¹⁰⁵² Art. 5º, XXXVI CFB: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁰⁵³ CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. p. 252.

¹⁰⁵⁴ RE 122.202-MG, Francisco Rezek, DJU 08-04-1994.

¹⁰⁵⁵ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 280. El autor se refiere al sistema alemán, pero su afirmación también es adecuada para el sistema brasileño. Ver: HEIN, P. *Die*

efecto *ex tunc* y la eficacia *erga omnes* valen para todos los casos todavía no sometidos al Tribunal, para los casos pendientes de enjuiciamiento y para los enjuiciados pero todavía pendientes de recurso. Sin embargo, el STF ha decidido que la sentencia de inconstitucionalidad puede ser utilizada para motivar - en el plazo máximo de dos años desde la fecha en que se produjo la cosa juzgada – una acción con el fin de rescindir la sentencia judicial basada en ley inconstitucional (art. 495 CPC).¹⁰⁵⁶ Transcurrido el referido plazo sin interposición de la acción rescisoria, el efecto *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad ya no puede invalidar la decisión judicial basada en una ley nula.¹⁰⁵⁷ Además, como el derecho brasileño garantiza la revisión de la sentencia penal en cualquier tiempo (*revisión criminal*), el fallo penal basado en una norma penal inconstitucional desfavorable al reo no está protegida por la cosa juzgada.¹⁰⁵⁸ Finalmente, el principio de prohibición de enriquecimiento sin causa - a favor de la Administración Pública o de un particular – también puede ser considerado un límite a la eficacia retroactiva de estos pronunciamientos.¹⁰⁵⁹

La inconstitucionalidad sobrevenida, todavía no aceptada en Brasil, y la inconstitucionalidad resultante de la evolución de la sociedad o de un proceso de mutación constitucional, también pueden limitar la eficacia retroactiva de la sentencia de inconstitucionalidad. Suponiendo que cambie la jurisprudencia del STF o una disposición expresa pase a admitir la inconstitucionalidad sobrevenida, el pronunciamiento tendrá efecto retroactivo limitado a la fecha en que entró en vigor la nueva Constitución o la Enmienda Constitucional que modificó el precepto constitucional que sirvió de parámetro al precepto legal cuestionado. Si la inconstitucionalidad es consecuencia de “la alteración en las circunstancias fácticas o en

Unvereinbarerklärung verfassungswidriger... op. cit. p. 175; HEYDE, W. “Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen” in *Festschrift für Hans Joachim Faller*. München, 1984, p. 53.

¹⁰⁵⁶ STJ - REsp 191.093 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - Unánime - DJU 20.03.2000, p. 38: “Es posible la acción rescisoria de una decisión judicial basada en una ley posteriormente declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo Federal.” En sentido contrario: COELHO, S.C.N. “Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no direito tributário” in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 200.

¹⁰⁵⁷ Ver: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 252; ROCHA, C.L.A. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 200.

¹⁰⁵⁸ Art. 5º, XL CFB: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

¹⁰⁵⁹ Ver: MELLO, C.A.B. de. “O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo” in *RDA* n. 210, pp. 25 y sig.

las concepciones que presiden la comprensión de la Constitución (mutación constitucional), la eficacia retroactiva de la decisión afectará únicamente el periodo a partir del cual la norma constitucional pasó a ser inconstitucional.”¹⁰⁶⁰ En las dos situaciones, por supuesto, las decisiones no producirán reviviscencia de la legislación eventualmente derogada.

Las decisiones retroactivas del STF y sus posibles limitaciones deben de estar presididas – y en gran medida lo están - por el principio de proporcionalidad, que presume la existencia de una relación adecuada entre uno o varios fines determinados y los medios con que son llevados a cabo.¹⁰⁶¹ Como resume Guerra Filho, “se puede decir que una medida es adecuada, si atiende al fin perseguido, es exigible, por causar el menor perjuicio posible y finalmente, proporcional en sentido estricto, si las ventajas que conlleva superan las desventajas.”¹⁰⁶² Para alcanzar este fin, es necesario adoptar la práctica de algunos países europeos, que Zeno Veloso entiende como “la inclinación más importante del control jurisdiccional de constitucionalidad, en cuanto a los efectos de la declaración”. En suma, “huir del rigorismo técnico-jurídico, de las posiciones inflexibles y dogmáticas, considerando las consecuencias prácticas y políticas, la justicia del caso concreto, permitiendo que el Tribunal, con prudencia y cautela, ejerza un poder normativo, determinando la eficacia de la decisión de inconstitucionalidad.”¹⁰⁶³ Esta tarea sin duda se ha facilitado con el advenimiento de las

¹⁰⁶⁰ CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. pp. 256 y sig.

¹⁰⁶¹ Ver: BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 314 y sig. Una buena análisis de los principios de proporcionalidad y razonabilidad puede encontrarse en: BARROSO, L.R. *Interpretação e aplicação da constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 218 y sig.

¹⁰⁶² GUERRA FILHO, W.S. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989, p. 75. Ver también: STUMM, R.D. *Princípio da proporcionalidade...* op. cit.; BONAVIDES, P. *Curso de...* op. cit. p. 354; TAVARES, A.R. *Curso de...* op. cit. p. 506 y sig.; CASTRO, C.R.S. *O devido processo...* op. cit.; STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 514 y ss. CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. pp. 45 a 47; BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad...* op. cit.; CASCAJO CASTRO, J.L. *Notas para un breve ensayo...* op. cit.

¹⁰⁶³ VELOSO, Z. *Controle jurisdiccional...* op. cit. pp. 188 y sig. Sobre efectos, ver, entre muchos otros: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 573 y ss.; MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. *passim*; BRUST, L. “Uma tipologia das sentenças constitucionais” in *Revista da AJURIS*, n. 102, Ano XXXIII, Porto Alegre: AJURIS, junho 2006, pp. 223 a 250; CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. *passim*. En Portugal: SAMPAIO, F.C. *Os efeitos diferidos...* op. cit.; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. *passim*; CORREIA, H.A.P. *Admissibilidade da restrição temporal...* op. cit. ALMEIDA, L.N. de. *O Tribunal Constitucional e o conteúdo...* op. cit. En Italia: MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional...* op. cit.; PINARDI, R. *La Corte, i giudici e il legislatore...* op. cit. *passim*. En España: DÍAZ REVORIO, F. J. *Las sentencias interpretativas...* op. cit.; GARRORENA

leyes 9868/1999 (art. 27) y 9882/1999 (art. 11), que autorizan la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad a la que se dedicará en epígrafe específico.¹⁰⁶⁴

1.4.3. Reviviscencia.

La reviviscencia asimismo está ligada a la cuestión de la nulidad. Solo la eficacia *ex tunc* es capaz de permitir que una ley derogada vuelva a existir, como si la ley derogadora declarada inconstitucional nunca hubiera existido. “Por regla general todos los efectos producidos por una norma inconstitucional deben de ser eliminados”, dice Luís Barroso, quien considera que la tacha de nulidad al acto normativo incompatible con la Constitución – y no de mera anulabilidad – es típica del sistema brasileño de control de constitucionalidad. “Dándose a la decisión de inconstitucionalidad un carácter declarativo y un efecto *ex tunc*, es decir, retroactivos desde la fecha de inicio de vigencia de la ley, la actitud del intérprete debe ser la de ignorar o deshacer los efectos de los actos inconstitucionales, reponiendo el orden jurídico y fáctico en el *status quo ante*.”¹⁰⁶⁵ Por este motivo, concluye Clèmerson Clève,

MORALES, A. "Artículo 164: Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional" en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XII. Madrid: Edersa, 1999. En el derecho comparado: VARIOS AUTORES. *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989; VARIOS AUTORES. *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas (Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)*. Lisboa, 1987; ROSENN, K.S. "Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada" in PIMENTEL JÚNIOR, P.G. (coord.). *Direito constitucional em evolução – Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005; CAPPELLETTI, M. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

¹⁰⁶⁴ Ver adelante el epígrafe “5.2. Sentencias Limitativas”.

¹⁰⁶⁵ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. pp. 91 y 92.

la decisión de inconstitucionalidad del precepto derogador produce el efecto de revivir la legislación anterior. “Siendo nulo, del acto inconstitucional no tiene eficacia derogatoria de las leyes anteriores.”¹⁰⁶⁶ Estas leyes anteriores “rigen como si jamás hubieran dejado de estar en vigor.” De ahí que no aceptar la reviviscencia implique una contradicción. Significaría entender posible que una ley declarada inconstitucional y, por lo tanto, nula *ab initio*, pudiera tener fuerza para innovar el orden jurídico, derogando la ley anterior.¹⁰⁶⁷ En suma, “la premisa de la no admisión de efectos válidos provenientes del acto inconstitucional conduce, inevitablemente, a la tesis de la reviviscencia de la norma derogada.”¹⁰⁶⁸

La tesis de la reviviscencia ha gozado de la aceptación generalizada de la doctrina brasileña y ha sido adoptada por la jurisprudencia del STF, a pesar de no existir en el ordenamiento disposición legal alguna que la prevea expresamente (en Portugal, como se vio, se encuentra prevista en la propia Constitución¹⁰⁶⁹). La única norma brasileña que regula las condiciones en que puede producirse la reviviscencia es la Ley

¹⁰⁶⁶ CLÉVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 249.

¹⁰⁶⁷ VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. pp. 192 y 193. En Italia hay muchos autores que se oponen a la reviviscencia. Entre otros: Modugno, que considera que la reviviscencia conlleva el peligro de revivir una ley igualmente inconstitucional. En: MODUGNO, F. “Problemi e pseudo-problemi relativi alle c. d. reviviscenza de dispositivi abrogate da legge dichiarata incostituzionale” in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, pp. 669 y sig. Pierandrei considera que la reviviscencia no se corresponde con los principios de seguridad jurídica e igualdad. Pondera, además, que la decisión de inconstitucionalidad difícilmente atañe a la totalidad de la ley, sino tan solo algunos de sus preceptos, que no necesariamente serían harmónicos con la nueva ley. En: PIERANDREI, F. Corte Costituzionale... op. cit. pp. 975 y 976. Redenti afirma que la reviviscencia no se justifica cuando cambiaron las condiciones socioeconomicas o los principios del sistema. En: REDENTI, E. “Legittimità delle Leggi e Corte Costituzionale” in *Quaderni dell’Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, XII. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 77 y 78. Ver también: MARTINES, T. *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*. Milano, 1957, pp. 295 y sig. Por otro lado, Capotosti afirma que la reviviscencia es consecuencia automática de la declaración de inconstitucionalidad: CAPOTOSTI, P.A. “Reviviscenza di norme abrogate e dichiarazioni di illegittimità costituzionale” in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1974, pp. 1403 y sig. Ver también consideraciones favorables en: FRANCO, A. “Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni espressamente abrogatrici” in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1974, pp. 3446 y sig.

¹⁰⁶⁸ BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 92. Ver también: MORAES, A. de. *Jurisdição Constitucional e...* op. cit. p. 272; BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S. *Comentários à...* op. cit. p. 87; BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. p. 147; Ives Gandra Martins en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. pp. 208 y sig.

¹⁰⁶⁹ Ver: MIRANDA, J. *Manual de ...* VI, op. cit. pp. 254 y sig.; CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 78 y 96; ALMEIDA, L.N. de, *A justiça constitucional...* op. cit. 137; SOUSA, M.R. de, *O valor jurídico...* op. cit. pp. 257 y sig.; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 651 y sig.; CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...* op. cit. pp. 1004 y 1005; CANOTILHO, J.J.G. y MOREIRA, V. *Fundamentos da...* op. cit. pp. 275 y 276; PINHEIRO, A. S. “Repristinação”, en *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, 1996, pp. 234 y sig.

de Introducción al Código Civil (LICC), pero sus determinaciones se restringen al estricto ámbito de la legislación ordinaria, no aplicándose desde luego a las leyes declaradas inconstitucionales por el STF. En su art. 2º, § 3º se puede leer que “excepto por disposición en contrario, la ley derogada no se restaura por haber perdido su vigencia la ley derogadora”. Es decir, la regla es que no se produce la reviviscencia automática, que tan solo ocurrirá si el legislador expresamente lo determina. Sin embargo, en el ámbito del control de constitucionalidad prevalece la construcción doctrinal y jurisprudencial, que propugna la reviviscencia automática de la ley que haya sido derogada por la ley invalidada por el STF. A estos efectos se considera como si la ley nula nunca hubiera existido. Además, la ley 9868/1999, aunque no se refiera explícitamente a la reviviscencia tras la decisión definitiva del mérito de la acción de inconstitucionalidad, prevé en su art. 11, § 2º que “la concesión de una medida cautelar vuelve aplicable la legislación anterior que existiese, salvo expresa manifestación en sentido contrario”.¹⁰⁷⁰ Éste precepto legal permite deducir que la reviviscencia efectivamente es una realidad en el derecho brasileño y que solo se dejará de producir si el STF lo entiende así. Sería absurdo permitirla de manera provisional, en un momento en que el Tribunal todavía no se ha manifestado sobre el mérito de la impugnación – lo que significa que aun puede cambiar de opinión – y no aceptarla cuando ya exista una decisión definitiva, con todo lo que esta significa en términos de seguridad jurídica.

Ives G. Martins rompe en cierta forma el consenso existente en la doctrina y en la jurisprudencia brasileña sobre esta materia, al considerar que la **reviviscencia** solo puede producirse en los términos del art. 2º, § 3º de la Ley de Introducción al Código Civil (LICC), no pudiéndose confundir, por lo tanto, con el **restablecimiento** de una norma por el STF, que es lo que en su opinión prevé el art. 11, § 2º de la Ley 9868/1999.¹⁰⁷¹ Subraya que en el restablecimiento determinado por el STF “no es la voluntad del legislador pretérito quien restablece la norma anterior, sino el error del legislador actual, que es eliminado para que la norma recupere su vigencia,

¹⁰⁷⁰ Este precepto legal había sido impugnado en una acción directa de inconstitucionalidad, que fue desestimada por el STF ([ADI 2.258](#), Sepúlveda Pertence, j. 14-02-2007: “en lo que se refiere a la norma final del § 2º del art. 11 de la Ley 9.868/99 (...), el Tribunal, por mayoría, desestimó la petición formulada”).

¹⁰⁷¹ Como se ha visto, aunque el art. 11 § 2º de la Ley 9868/1999 se refiera específicamente a la medida cautelar, el STF ha entendido que implícitamente este precepto autoriza la reviviscencia cuando el Tribunal emite la decisión final, confirmando la antigua jurisprudencia de la Corte.

validez y eficacia desde el inicio. En la norma revivida, el periodo entre su derogación y su restablecimiento implicó la vigencia y la eficacia de otra norma. (...) Así, no hay reviviscencia ni en la decisión final, ni en la concesión de medida cautelar, sino, en el primer caso, el restablecimiento definitivo de la eficacia y vigencia de la norma anterior, como si estas nunca hubieran sido retiradas; en el segundo, el restablecimiento provisional, en la expectativa de su retorno, frente a la posibilidad de nulidad de la ley sospechosa de inconstitucionalidad.”¹⁰⁷² En suma, el autor reserva el término de reviviscencia exclusivamente para aquella situación prevista en la LICC, que involucra tres leyes: la primera fue derogada por la segunda, que a su vez fue derogada por la tercera, que además determinó la reviviscencia de la primera. Como se trata de derogación (y no de nulidad), el periodo en que la segunda ley estuvo en vigor y fue eficaz permanece inalterado. Por otro lado, en el restablecimiento por declaración de inconstitucionalidad, existen dos leyes y una decisión del STF: la primera fue derogada por la segunda, que a su vez fue declarada inconstitucional por el STF. Como la decisión declara la nulidad de la segunda ley (y no la derogación), esta deja de tener cualquier efecto retroactivamente al día en que empezó a estar en vigor, siendo como si nunca hubiera existido. Por esto, el restablecimiento de la primera ley es automático.

En suma, la derogación, que conlleva efecto *ex nunc*, estaría en la base de la reviviscencia. Y la declaración de nulidad, que conlleva efecto *ex tunc*, en la base de lo que Ives G. Martins llama restablecimiento. Tiene razón, por lo tanto, el autor cuando mantiene que la reviviscencia entre leyes prevista en la LICC es diferente del fenómeno del restablecimiento de ley que ocurre en la relación leyes/Constitución. Sin embargo, esto no significa que este último no pueda conceptuarse también como reviviscencia (*reprivatização*), que es el término preferido por la mayor parte de la doctrina y por el STF. Las reglas de la Ley de Introducción al Código Civil, aunque sean de aplicación general a las distintas ramas del derecho brasileño, no son de aplicación inmediata al control de constitucionalidad y no necesariamente deben ser aplicadas de la misma manera.¹⁰⁷³ No obstante, el análisis de esta cuestión no estaría completo si no tomara en consideración el hecho de que el art 27 de la misma ley 9868/1999 ha impuesto el fin de

¹⁰⁷² Ives Gandra Martins en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 210.

¹⁰⁷³ En ese sentido, Zeno Veloso llega a afirmar que “la jurisdicción constitucional no puede quedar sometida a las mismas reglas, limitaciones y principios de la jurisdicción común. El proceso constitucional es un tipo especial de proceso”. En: VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 103.

la virtual exclusividad del efecto *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad, puesto que permite que el STF realice pronunciamientos con efectos *ex nunc* o *pro futuro*.¹⁰⁷⁴ Esto significa que el precepto inconstitucional continuará por cierto tiempo en vigor. Como resultado, el fenómeno del restablecimiento (reviviscencia constitucional) termina acercándose al de la reviviscencia en los términos de la LICC. En esta los efectos producidos por la ley derogada - mientras estaba en vigor - no desaparecen. En el restablecimiento tampoco desaparecen los efectos de la ley declarada inconstitucional, con eficacia *ex nunc* o *pro futuro*, mientras permaneció en vigor.¹⁰⁷⁵

Mucho más polémica es la conclusión de Ives G. Martins sobre la cuestión de la medida cautelar prevista en el art. 11 § 2º de la Ley 9868/1999¹⁰⁷⁶, que en su opinión “hace compatible la situación de dos leyes vigentes simultáneamente, una de ellas con eficacia suspendida (por sospecha de inconstitucionalidad) y la otra con eficacia plena, por fuerza de la no aplicación provisional de los efectos de la ley impugnada”.¹⁰⁷⁷ La orientación del STF no ha sido esta, explica Gilmar Mendes en la decisión de la Reclamación 2256. Tras hacer un amplio recorrido por la jurisprudencia del Tribunal, el magistrado concluye que “la posibilidad, admitida por el Tribunal, de que se conceda excepcionalmente una medida cautelar con efecto *ex tunc*, y la aceptación por la Corte de la idea de que una vez concedida la medida cautelar se restaura la vigencia del derecho eventualmente derogado, revelan, en verdad, que ya en el juicio cautelar estamos ante una cuestión de vigencia de la norma cuestionada. Por lo tanto, la medida cautelar deferida en el proceso de control de normas opera no solo en el plano estricto de la eficacia, sino también en el plano de la propia vigencia de la norma.

¹⁰⁷⁴ Ver adelante el epígrafe “5. Modulación de los efectos temporales de las sentencias”.

¹⁰⁷⁵ Sobre la autonomía del derecho procesal constitucional, ver, por todos: FERRER MAC-GREGOR, E. *El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma*. En: www.juridicas.unam.mx. El autor mexicano busca autonomizar el derecho procesal constitucional según cuatro ópticas distintas: la legislación, la magistratura especializada, la doctrina y el sentido común. En Brasil, ver: OLIVEIRA, M.A.C. de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. Gustavo Zagrebelsky estima que se trata de un sector del derecho constitucional. Ver: ZAGREBELSKY, G. *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*. México: Fundap – Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

¹⁰⁷⁶ Ley 9868/1999, art. 11, § 2º - La concesión de medida cautelar vuelve aplicable la legislación anterior acaso existente, salvo expresa manifestación en sentido contrario.

¹⁰⁷⁷ Ives Gandra Martins en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. 211.

No hay duda, por lo tanto, de que la suspensión cautelar de la eficacia de la ley o del acto normativo equivale a la suspensión temporal de su vigencia.”¹⁰⁷⁸

El Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones sobre la inevitabilidad de la reviviscencia, incluso antes de la promulgación de la Constitución de 1988. Por ejemplo, en la Representación 1077/RJ decidió que “siendo nula la ley declarada inconstitucional, permanece vigente la legislación anterior a ella y que habría sido derogada si no se hubiera producido la nulidad.”¹⁰⁷⁹ En la acción directa de inconstitucionalidad 1423 – posterior a la Constitución de 1988, pero anterior a la Ley 9868/1999 -, el Tribunal manifestó claramente su posición sobre la reviviscencia en la concesión de medida cautelar: “la eficacia *erga omnes* de las decisiones emitidas por ésta Corte, en acción directa de inconstitucionalidad, cuando suspenden, *ex nunc*, el acto normativo impugnado, se limitan a volver en poner en vigor, para el futuro y hasta la decisión final sobre la acción, la norma vigente anteriormente, imponiendo a todos la observancia de ésta.”¹⁰⁸⁰ Una posición que se ha mantenido a lo largo del tiempo: “la orientación pacífica del STF se ha consolidado en el sentido de reconocer que, concedida la medida cautelar que suspende la aplicación de la norma cuestionada, se aplica integralmente el derecho anterior.”¹⁰⁸¹ También la reviviscencia tras la decisión de inconstitucionalidad definitiva ha sido considerada por el STF inherente al control abstracto, una vez que la norma inconstitucional “por ser jurídicamente inválida, no posee eficacia derogatoria”.¹⁰⁸² Por lo que, resume Celso de Mello, el Tribunal considera que “la declaración de inconstitucionalidad *in abstracto*, de un lado, y la suspensión cautelar de la eficacia del acto reputado inconstitucional, de otro, implican – en función del efecto reviviscente que les es inherente - la restauración de las normas estatales derogadas por la ley objeto del proceso de control normativo abstracto”.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁸ Rcl. 2256-RN, Gilmar Mendes, j. 11/09/2003, DJ 30/04/2004. Ver también la [Rcl 935](#), Gilmar Mendes, j. 28/04/2003, DJ 17/10/2003; ADI-QO 652-MA, Celso de Mello, DJ 02/04/1993; Representación 1356, Francisco Rezek, DJ 14/11/1986.

¹⁰⁷⁹ Representación 1077/RJ, Moreira Alves, j. 28/03/1984, DJ 28/09/1984. Ver también: Representación n. 1356-AL, Francisco Rezek, j. 23/10/1986, DJ 14/11/1986.

¹⁰⁸⁰ ADI 1423 - QO, Moreira Alves, j. 13/03/1997, DJ 06/06/1997.

¹⁰⁸¹ [Rcl 2.256](#)-MC, Gilmar Mendes, decisión singular, j. 09/04/2003, DJ 22/04/2003.

¹⁰⁸² [ADI 2.867](#), Celso de Mello, j. 03/12/2003, DJ 09/02/2007. Ver también: ADI 652-MA, Celso de Mello, j. 02/04/1992, DJ 02/04/1993; [ADI 2.903](#), Celso de Mello, 01/12/2005, DJE 19/09/2008.

¹⁰⁸³ [ADI 2.215](#), Celso de Mello, j. 17/04/2001, DJ 26/04/2001.

Sin embargo, la reviviscencia puede generar problemas extremadamente graves, principalmente si se toma en consideración que no existe un plazo determinado para elevar la acción de inconstitucionalidad.¹⁰⁸⁴ El paso del tiempo puede determinar la vuelta al mundo jurídico de una ley totalmente desactualizada y/o que padezca de una inconstitucionalidad aún más grave. En caso de reviviscencia indeseada, dado que la norma anterior puede padecer del mismo vicio de inconstitucionalidad que la declarada nula, el STF ha entendido que el *petitum* debe contener la solicitud para que el Tribunal declare la inconstitucionalidad, tanto de la ley abrogatoria, como de las normas por ella derogadas.¹⁰⁸⁵ Sin una petición expresa de inconstitucionalidad de la ley anterior, la acción directa de inconstitucionalidad simplemente no es admitida a trámite. Pero ésta orientación puede estar cambiando, porque en dos decisiones de 2007 el STF ponderó que la recepción del principio dispositivo, en el proceso objetivo de control de constitucionalidad, debería ser redimensionada a partir de la perspectiva institucional del control abstracto de normas. Por ello, “en la línea adoptada por la doctrina portuguesa¹⁰⁸⁶ y una pequeña parte de la brasileña¹⁰⁸⁷”, defendió que el Tribunal puede impedir *sponte sua* la reviviscencia de la norma derogada por la declarada inconstitucional. “El rechazo a la reviviscencia se basará en un juicio similar al de la declaración incidental de inconstitucionalidad de norma (...). El incidente siempre puede ser suscitado de oficio y nada excluye que pueda producirse en el enjuiciamiento de una acción directa de inconstitucionalidad, donde un mismo Tribunal, como el STF, acumule las funciones de órgano exclusivo del control abstracto con las de órgano máximo del sistema difuso.”¹⁰⁸⁸ De manera que no habiendo una petición expresa de inconstitucionalidad de la ley anterior, el STF, si así lo entendiera, podría rechazar la reviviscencia por propia iniciativa. Posibilidad que ha sido defendida desde hace

¹⁰⁸⁴ *SÚMULA* STF nº 360 – “No hay plazo límite para la representación de inconstitucionalidad prevista en el art. 8º, párrafo único de la Constitución Federal” (Constitución de 1946).

¹⁰⁸⁵ [ADI 2.215](#), Celso de Mello, j. 17/04/2001, DJ 26/04/2001; [ADI 2.574](#), Carlos Velloso, DJ 29/08/2003; [ADI 2.938](#), Eros Grau, DJ 09/12/2005.

¹⁰⁸⁶ En Portugal, como vimos, también hay controversias en relación con esta cuestión. Para Gomes Canotilho, por ejemplo, “no está vedada al Tribunal Constitucional la posibilidad de *conocer* de esta inconstitucionalidad para fundar en ella el rechazo a la reviviscencia (*Acórdão* del TC nº 56/84). Más dudoso – por violar el principio dispositivo – es la posibilidad del TC de *conocer* y *declarar* la inconstitucionalidad de normas revividas (*Acórdão* del TC nº 452/95). CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...* op. cit. p. 1005.

¹⁰⁸⁷ Por ejemplo: VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. p. 193.

¹⁰⁸⁸ [ADI 2.154](#) y [ADI 2.258](#), Sepúlveda Pertence, j.14/02/2007, Informativo STF nº 456.

bastante tiempo por Zeno Veloso.¹⁰⁸⁹ Sin embargo, en dos decisiones publicadas posteriormente – una de ellas muy recientemente –, el STF ha vuelto a la orientación anterior – necesidad de peticiones acumulativas –, reconociendo incluso la inconstitucionalidad de “leyes no obstante ya derogadas”. Una clara indicación de que todavía no existe una jurisprudencia firme.¹⁰⁹⁰ En suma, en el momento de formular la acción, los legitimados deben efectuar un muy medido estudio de sus posibles consecuencias, tal como subraya Clèmerson Clève, porque, “detectada la manifestación de una eventual eficacia reviviscente indeseada, cumple requerir, igualmente, ya en la petición de la acción directa, la declaración de la inconstitucionalidad, y, desde que sea posible¹⁰⁹¹, la del acto normativo revivido.”¹⁰⁹²

1.4.4. Efectos de la decisión de concesión de una medida cautelar.

El sistema brasileño admite la concesión de una medida cautelar por parte del STF en todas las acciones del control concentrado.¹⁰⁹³ Como veremos a

¹⁰⁸⁹ VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 193.

¹⁰⁹⁰ “Correcta la formulación de peticiones acumulativas de declaración de inconstitucionalidad, tanto de la ley abrogatoria, como de las normas por ella derogadas, por estar afectadas también por la inconstitucionalidad. Reconocimiento de la inconstitucionalidad de esas leyes, no obstante ya derogadas.” ([ADI 3.148](#), Celso de Mello, j. 13/12/2006, DJ 28/09/2007 y [ADI 2.903](#), Celso de Mello, j. 01/12/2005, DJE 19/09/2008).

¹⁰⁹¹ La condicional se justifica porque el STF no admite el control de constitucionalidad de las normas preconstitucionales a través de acción directa de inconstitucionalidad. La jurisprudencia que entiende derogadas las normas contrarias a la Constitución es todavía dominante. Actualmente el STF puede declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de preceptos legales preconstitucionales, pero tan solo subsidiariamente por medio de la acción de incumplimiento de un precepto fundamental (ADPF).

¹⁰⁹² CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 250 y nota de pie de página 260.

¹⁰⁹³ La posibilidad de concesión de medida cautelar en el control de constitucionalidad de normas brasileño fue instituido en 1977 por la Enmienda nº 7 a la Constitución de 1967/1969, cuyo art.119, I, p pasó a prever - como competencia originaria del STF - el enjuiciamiento de la

continuación, el objetivo que se persigue con la petición de medida cautelar varía de acuerdo con el tipo de acción utilizado. Los requisitos para su concesión, sin embargo, son los mismos. El proponente debe obligatoriamente demostrar la existencia de *periculum in mora* y *fumus boni juris*.¹⁰⁹⁴ Es decir, tiene que demostrar que la no suspensión inmediata de la vigencia¹⁰⁹⁵ del precepto impugnado (en la acción directa de inconstitucionalidad) o que la no confirmación inmediata de la validez del precepto (en la acción declaratoria de constitucionalidad) podría acarrear daños irreparables (peligro en la postergación de la decisión). Además, debe haber fuertes indicios de que el pleito está basado en buenos fundamentos jurídicos (el humo del buen derecho). La concesión de la medida cautelar debe ser aprobada por la mayoría absoluta de los once miembros del STF, desde que en la sección de enjuiciamiento estén presentes como mínimo ocho magistrados. Por otro lado, guardando coherencia con los trámites de la propia acción, la petición de medida cautelar tampoco admite desistimiento.¹⁰⁹⁶ La importancia de esta materia puede ser apreciada en una afirmación de Teori Zavascki, en la que el autor expone la “íntima relación de pertinencia entre el contenido de la medida cautelar y el de la futura sentencia definitiva. Los efectos de aquella – que concluyen, conforme se trate de una acción directa de inconstitucionalidad o de una declaratoria de constitucionalidad, en la suspensión o la imposición de la eficacia del precepto

“petición de medida cautelar en las representaciones presentadas por el Procurador General de la República”. La Constitución de 1988 mantiene esa competencia del STF en el art. 102, I, p: “la petición de medida cautelar en las acciones directas de inconstitucionalidad”.

¹⁰⁹⁴ Los mismos requisitos exigidos para la concesión de medida cautelar en *Mandado de Segurança*.

¹⁰⁹⁵ Hay cierta polémica sobre si la medida cautelar suspende solo la eficacia del precepto o también se extiende a su vigencia. Como la tesis de la suspensión de la vigencia se ha impuesto en la jurisprudencia del STF (ver Representación nº 1391 CE, Moreira Alves, DJ 11/12/1987) – aunque a veces también se utilice “suspensión de eficacia” (ver voto de Sepúlveda Pertence en la ADI 1244 QO/SP, Néri da Silveira, j. 28/08/1997, DJ 28/05/1999) -, se ha optado aquí en utilizar la expresión “suspensión de vigencia”. La posibilidad de reviviscencia y efecto *ex tunc* en la medida cautelar previstos en las leyes 9868 y 9882/1999 corroboran, como vimos, la tesis de la suspensión de vigencia. Esta materia ha sido tratada en el derecho alemán de forma magistral por Ipsen. Al contrario de Brasil, en aquél país la medida cautelar está prevista únicamente en el § 32 de la Ley del *Bundesverfassungsgericht* y todavía no se ha llegado a la conclusión sobre si esta autoriza tan solo la suspensión de la eficacia – la llamada vigencia fáctica (*faktische Geltung*) – o si se extiende a la vigencia normativa (*normative Geltung*). IPSEN, J. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit... op. cit. pp. 157 y sig. y 227 y sig.

¹⁰⁹⁶ Sobre medida cautelar, ver, entre otros: ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 59 y sig.; VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. pp. 286 y sig.; Ives Gandra Martins en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. pp. 185 y sig. y 273 y sig.; STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. pp. 544 y sig.; MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 249 y sig.; SLAIBI FILHO, N. Ação declaratória de... op. cit. CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 234 y sig., 299 y sig. y 345 y sig.

normativo objeto de la demanda – coinciden con los que surgirán de la futura y eventual estimación de la acción. Se trata, por lo tanto, de proveer con naturaleza anticipatoria”.¹⁰⁹⁷ Si se toma en cuenta que la decisión de mérito puede demorarse – y casi siempre se demora - varios años en producirse, la naturaleza anticipatoria de la medida cautelar cobra aun más importancia.

La medida cautelar tiene objetivos específicos, de acuerdo con la acción abstracta utilizada. En la **acción directa de inconstitucionalidad** la medida normalmente suspende la vigencia de la ley o del acto normativo cuestionado y está dotada de eficacia contra todos y efecto *ex nunc*, a menos que el STF entienda que debe concederle eficacia retroactiva, en cuyo caso deberá hacerlo de forma expresa.¹⁰⁹⁸ Implica además la reviviscencia provisional de la legislación anterior quizás existente, salvo expresa manifestación en sentido contrario.¹⁰⁹⁹ La norma revivida “vuelve a estar en vigor a partir de la fecha de concesión de la medida cautelar, porque esta tiene por regla general efecto *ex nunc*”.¹¹⁰⁰ La hipotética estimación posterior de la acción mantendrá en vigor la norma revivida con eficacia *ex tunc* y la desestimación la derogará definitivamente. El objetivo de la medida cautelar en la **acción declaratoria de constitucionalidad** es “evitar el agravamiento del estado de inseguridad o de

¹⁰⁹⁷ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 62. Ver también: ZAVASCKI, T.A. *Antecipação da tutela*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 46 y sig.

¹⁰⁹⁸ “...cuando suspendemos cautelarmente la vigencia de una ley, en realidad no estamos declarando su inconstitucionalidad, sino tan solo evitando que la ley, a partir de la concesión de la medida cautelar, produzca efectos negativos (...), teniendo en cuenta el interés público” (Representación nº 1391 CE, Moreira Alves, DJ 11/12/1987). El efecto suspensivo fue defendido por el magistrado Sepúlveda Pertence, argumentando que “una vez admitido el efecto vinculante que tendrá la decisión de mérito, no veo otra solución que no sea atribuir a la decisión cautelar efecto suspensivo de las causas cuyas decisiones penda de la aplicación, inaplicación o declaración de inconstitucionalidad en concreto de la ley que tuvo su eficacia suspensa por fuerza de la decisión cautelar del Tribunal Supremo Federal. De lo contrario, la convivencia ya difícil de los dos sistemas de control de constitucionalidad que practicamos [abstracto y concreto], conducirá al caos” (ADI 1244 QO/SP, Néri da Silveira, j. 28/08/1997, DJ 28/05/1999). Ver también: Recurso Extraordinario nº 168.277 QO/RS, Ilmar Galvão, j. 04/02/1998, DJ 29/05/1998.

¹⁰⁹⁹ Ley 9868/1999, art. 11: “Concedida la medida cautelar, el Tribunal Supremo Federal hará publicar en la sección especial del *Diário Oficial da União* y del *Diário da Justiça da União* la parte dispositiva de la decisión, en el plazo de diez días, debiendo solicitar las informaciones [adicionales que entienda necesarias] a la autoridad de la cual haya emanado el acto, observándose, en lo que quepa, el procedimiento establecido en la Sección I de este Capítulo. § 1º La medida cautelar, dotada de eficacia *erga omnes*, será concedida con efecto *ex nunc*, salvo si el Tribunal entiende que deba concederle eficacia retroactiva. § 2º La concesión de la medida cautelar volverá aplicable la legislación anterior acaso existente, salvo expresa manifestación en sentido contrario.”

¹¹⁰⁰ VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 102. Ver reviviscencia en el epígrafe anterior.

incertidumbre jurídica que se pretende eliminar”.¹¹⁰¹ Por este motivo, antes de que el art. 21 de la Ley 9868/1999 incluyera expresamente la posibilidad del STF de conceder medida cautelar, varios autores ya se habían mostrado claramente favorables a esta idea.¹¹⁰² Actualmente dicha medida consiste en una indicación obligatoria a jueces y Tribunales, para que suspendan los procesos en los que pueda producirse la aplicación de la ley o del acto normativo objeto de la acción declaratoria de constitucionalidad hasta el fallo definitivo, que deberá producirse en el plazo máximo de 180 días, pasado el cual la medida cautelar perderá eficacia.¹¹⁰³ Este objetivo es compartido por la medida cautelar en la **acción por incumplimiento de precepto fundamental**, que posibilita además que el STF suspenda los efectos de decisiones judiciales o de otros actos, que presenten relación con la materia objeto de la acción, excepto por motivos de cosa juzgada.¹¹⁰⁴ “Se confiere, así, al Tribunal, un significativo poder cautelar, impeditivo de la consolidación de situaciones contrarias a la posible decisión definitiva que se venga a tomar. En este aspecto, la medida cautelar en acción por incumplimiento de precepto fundamental se asemeja a la disciplina prevista por la Ley 9868/1999 para la medida cautelar en acción declaratoria de constitucionalidad (art. 21).¹¹⁰⁵ De esa

¹¹⁰¹ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 250.

¹¹⁰² Son favorables a esta tesis, entre otros: CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. p. 300; SLAIBI FILHO, N. *Ação declaratória...* op. cit. p. 131; MENDES, G.F. “Medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade” in *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos, 1998. Por su parte, se oponen, OLIVEIRA, J.R.P. “Ação declaratória de constitucionalidade” in *Revista dos Tribunais* n. 24, São Paulo, Julio-Septiembre 1998, pp. 107 a 128. ARAÚJO, L.A.D.; NUNES JUNIOR, V.S. *Curso de direito constitucional*, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 39 y 40, entre otros.

¹¹⁰³ Ley 9868/1999, art. 21: “El Tribunal Supremo Federal, por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros, podrá conceder medida cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad, consistente en la determinación de que los jueces y los Tribunales suspendan el juzgamiento de los procesos que involucren la aplicación de ley o acto normativo objeto de la acción hasta su enjuiciamiento definitivo.”

Párrafo único. Concedida la medida cautelar, el Tribunal Supremo Federal hará publicar en la sección especial del *Diário Oficial da União* la parte dispositiva de la decisión, en el plazo de diez días, debiendo el Tribunal proceder al enjuiciamiento de la acción en el plazo de ciento y ochenta días, so pena de pérdida de su eficacia.

¹¹⁰⁴ Ley 9882/1999, art. 5º, § 3º. “La medida cautelar podrá consistir en la determinación de que jueces y tribunales suspendan el proceso o los efectos de sus decisiones judiciales, o de cualquier otra medida que presente relación con la materia objeto de la acción por incumplimiento de precepto fundamental, salvo las originadas en la cosa juzgada.” Ver: PALU, O.L. *Controle de constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 264.

¹¹⁰⁵ Este y otros artículos de la Ley 9868/1999 habían sido impugnados en el año 2000 a través de las ADIs 2.154 y 2.258, que fueron desestimadas por el STF. Relativamente al art. 21, muy criticado por violar pretendidamente el principio del juez natural y la doble instancia, el STF consideró que “tratándose del análisis de la constitucionalidad o no de una ley o de un acto normativo, este es el juicio natural de la cuestión. Además, sostuvo que la norma no remite el

forma, la medida cautelar pasa a ser también un instrumento de economía procesal y de uniformización de la orientación jurisprudencial."¹¹⁰⁶ A despecho de ello, Teori Zavascki alerta de que el art. 21, si es interpretado restrictivamente, puede reducir sustancialmente “el poder general de cautela” garantizado por la Constitución. La interpretación a su entender inaceptable sería la que concluyera que “en una acción declaratoria de constitucionalidad el STF puede determinar cautelarmente la suspensión del enjuiciamiento de los procesos en curso, que involucren la aplicación de la norma cuestionada, pero no puede proveer ninguna otra providencia cautelar”. Considera que el STF tiene el derecho constitucional de “determinar otras providencias que considere necesarias para hacer frente al *periculum in mora*”.¹¹⁰⁷ Finalmente, no cabe medida cautelar en **acción directa de inconstitucionalidad por omisión**.¹¹⁰⁸ Esta posición fue adoptada muy pronto por el STF, porque en la decisión de mérito de esa acción el Tribunal no está autorizado a suplir la omisión inconstitucional u obligar al legislador a suplirla, pudiendo únicamente comunicar la situación al órgano estatal inactivo. Y ello, porque si ni siquiera la decisión de mérito puede hacerlo, mucho menos podrá una medida cautelar.¹¹⁰⁹

El art. 11 § 1º de la ley 9868/1999 implicó la superación de la antigua discusión sobre si la medida cautelar debería tener efecto *ex nunc* o *ex tunc*. Esta ley – que prevé la regla general del efecto *ex nunc* y excepcionalmente el efecto *ex tunc* - es sin sombra de duda fruto de la evolución de la jurisprudencia del STF. Dos decisiones de Moreira Alves ilustran dicha evolución. En la primera – que afectaba a pagos al Tesoro Nacional -, el magistrado justificó la necesidad de efecto *ex nunc* para la medida cautelar, afirmando que “cuando suspendemos cautelarmente la vigencia de una ley, en realidad no estamos declarando su inconstitucionalidad, sino tan solo evitando que, a partir de la concesión de la medida cautelar, produzca efectos negativos al Tesoro, teniendo en cuenta el interés público. Si no fuera así, con la concesión de la medida

enjuiciamiento de la causa (del juez) al STF, sino exclusivamente la cuestión de constitucionalidad, que a este cabe decidir con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante” ([ADI 2.154](#) y [ADI 2.258](#), Sepúlveda Pertence, j. 14/2/2007, DOU 27/02/2007). Ver Informativo STF nº 456.

¹¹⁰⁶ [ADPF 33-MC](#), voto de Gilmar Mendes, j. 29/10/2003, DJ 06/08/2004.

¹¹⁰⁷ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 63 y 64.

¹¹⁰⁸ Ver: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 345 y 346.

¹¹⁰⁹ Ver ADI 361-5, Marco Aurélio, j. 05/10/1990, DJ 26.10.1990; ADI 267 MC Celso de Mello, j. 25/10/1990, DJ 19/05/1995.

cautelar tendríamos que obligar retroactivamente a la devolución de todo lo que ya se hubiera cobrado”.¹¹¹⁰ Posteriormente, Moreira Alves tuvo que admitir que en determinadas situaciones el efecto *ex nunc* no es suficiente para garantizar los objetivos de la medida. “Cuando la norma impugnada agota inmediatamente sus efectos tras su entrada en vigor, pero con repercusión indirecta en el futuro por la anulación de actos pretéritos, repercusión esta a justificar en la concesión de medida cautelar, tal concesión se da con el único efecto posible de suspender la eficacia de la norma *ex tunc*, dado que no se puede suspender para el futuro lo que ya se ha agotado en el pasado.”¹¹¹¹ De modo que los efectos de la medida cautelar operan en los planos de la eficacia y de la vigencia del precepto, como ya se había concluido anteriormente cuando se trató de la cuestión de la reviviscencia, y como prevén las Leyes 9868 y 9882/1999. “No hay duda, pues, que la suspensión cautelar de la eficacia de la ley o del acto normativo equivale a la suspensión temporal de su vigencia.”¹¹¹² Sin embargo, para Ives G. Martins solo la decisión final implica el fin de la vigencia de la norma (eficacia *ex tunc*). “En la providencia cautelar, no. La norma tiene suspendida su eficacia, que puede llegar a ser restaurada en caso de desestimación de la acción – (...) sin posibilidad de recuperación de la eficacia para el periodo en que estuvo suspendida. Su vigencia, con todo, no es interrumpida.”¹¹¹³ Aunque los argumentos de este autor sean dignos de consideración, la verdad es que la jurisprudencia del STF y la ley han consagrado también la pérdida de la vigencia. Esta tendencia hacia la flexibilización, por cierto, se reafirma con la posibilidad de dotar de efecto *ex nunc* (modulación) a las propias decisiones definitivas.

Cabe destacar que la jurisprudencia del STF ha atribuido efecto vinculante a la medida cautelar otorgada en control abstracto, a pesar de que la Constitución lo contemplaba tan solo para las decisiones de mérito. La extensión del efecto vinculante a la medida cautelar, explica Gilmar Mendes, es consecuencia del “particular papel político institucional desempeñado por la Corte o Tribunal Constitucional, que debe velar por la observancia estricta de la Constitución en los procesos especiales concebidos para solventar determinadas y específicas controversias

¹¹¹⁰ Representación nº 1391 CE, Moreira Alves, DJ 11/12/1987.

¹¹¹¹ ADI 596 MC/RJ, Moreira Alves, j. 11/10/1991, DJ 22/11/1991. Ver también ADI 1610 MC/DF, Sydney Sanches, j. 28/05/1997, DJ 05/12/1997.

¹¹¹² Reclamación 2256-1, Gilmar Mendes, j. 11/09/2003, D.J. 30/04/2004.

¹¹¹³ Ives Gandra Martins en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 205.

constitucionales”. Y concluye, recordando que “en cierta forma ese ha sido el entendimiento adoptado por el STF en la acción declaratoria de constitucionalidad n. 4, cuando reconoció un efecto vinculante a la decisión de una medida cautelar, a despecho del silencio del texto constitucional.”¹¹¹⁴ La justificación entonces presentada fue la de que “el poder de establecer medidas cautelares es inmanente al de juzgar”.¹¹¹⁵ Si algún órgano ordinario de jurisdicción aplica el precepto suspendido, estará oponiéndose a la decisión del STF, lo que autoriza a la parte perjudicada a interponer Reclamación.¹¹¹⁶

Importa resaltar asimismo que las decisiones denegatorias de medidas cautelares en acciones directas de inconstitucionalidad y declaratorias de constitucionalidad no están dotadas de efecto vinculante. Sólo las concesivas.¹¹¹⁷ Esto es, el carácter dúplice o ambivalente que caracteriza a las decisiones de mérito de las acciones del control abstracto brasileño no se extiende a las medidas cautelares. De ahí que la no concesión de una medida cautelar en una acción directa de inconstitucionalidad no equivale a una especie de “declaración de constitucionalidad provisional”. Como la petición de suspensión de la vigencia de los preceptos no fue concedido, los preceptos cuestionados continuarán en vigor hasta que el STF decida el mérito de la cuestión. Sin embargo, “no se puede minusvalorar la importancia del precedente, cuando quede demostrado, de modo claro, que el fundamento para no conceder la medida cautelar fue, según los votos de la mayoría de los jueces del STF, la falta de relevancia de la alegación de inconstitucionalidad del precepto”.¹¹¹⁸ La no concesión de medida cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad - es decir, la no confirmación de la eficacia del precepto por el STF - tampoco vale como una “declaración de inconstitucionalidad provisional” y tiene una importante consecuencia para el control difuso, puesto que permite que los procesos en ese ámbito sigan su curso. Nada impide que las partes continúen suscitando el incidente de inconstitucionalidad en

¹¹¹⁴ Gilmar Mendes en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 345. Ver también: [AC 258-MC](#), Cezar Peluso, decisión singular, j. 26/11/2004, *DJ* 07/12/2004.

¹¹¹⁵ Precedente del STF: RTJ-76/342 en ADC 4-MC, Sydney Sanches, j. 11/02/1998, *DJ* 21/05/1999. Ver también: Rcl 1.770, Celso de Mello, j. 29/05/2002, *DJ* 07/02/2003; [Rcl 2.653-MC](#), Cezar Peluso, decisión singular, j. 30/06/2004.

¹¹¹⁶ Rcl 6.064-MC, Celso de Mello, j. 20/05/2008, *DJE* 29/05/2008; [Rcl 935](#), Gilmar Mendes, j. 28/04/2003, *DJ* 17/10/2003; [Rcl 2.256-MC](#), Gilmar Mendes, decisión singular, j. 09/04/2003, *DJ* de 22/04/2003.

¹¹¹⁷ Rcl 3.424-AgR, Carlos Britto, j. 11/10/2007, *DJE* 01/08/2008; Rcl 3.233-AgR, Carlos Britto, j. 27/11/07, *DJE* 28/03/2008.

¹¹¹⁸ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 71.

sus demandas y los tribunales inferiores tienen total libertad para declarar o no la inconstitucionalidad del precepto. En cambio, la concesión de medida cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad es decir, la confirmación de la eficacia del precepto por el STF - significa, en la práctica, la suspensión del control difuso de constitucionalidad, pues inhibe “la adopción de actos o decisiones contrarios a los mandatos impuestos por el precepto normativo objeto de la acción declaratoria”.¹¹¹⁹

La única medida cautelar que tiene un plazo limitado de vigencia (180 días) es la concedida en acción declaratoria de constitucionalidad, lo que no impide que el STF establezca por analogía el mismo plazo para las demás o, por lo menos, para la acción por incumplimiento de precepto fundamental, que – como se vio - también puede limitar el curso de los procesos en los tribunales.¹¹²⁰ Además, nada impide que el Tribunal extienda ese plazo por más 180 días, como ha hecho en ocasiones.¹¹²¹ Para las demás acciones no hay ninguna previsión legal y lo más usual es que la medida cautelar siga siendo eficaz hasta que sea revisada o confirmada por el Pleno en el enjuiciamiento de mérito. La consecuencia “es que las medidas cautelares se eternizan, sin que el STF decida el mérito de la cuestión, y esta situación no favorece el principio de la seguridad jurídica”.¹¹²² Uno de los casos más flagrantes es la propia Ley 9882/1999, que trata del proceso y enjuiciamiento de la acción por incumplimiento de precepto fundamental. Ésta ley fue íntegramente impugnada por una acción directa de inconstitucionalidad presentada el 2001 por el Colegio de Abogados de Brasil (acción directa de inconstitucionalidad 2231) y el Pleno del STF hasta el momento no ha concluido la votación de la medida cautelar.¹¹²³ Como resultado, el propio STF continúa aplicando

¹¹¹⁹ Ver: ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 62, 70 y 71.

¹¹²⁰ “La suspensión de la eficacia de los referidos dispositivos, por 180 días (párrafo único del art. 21 de la Ley n. 9.868/99, por analogía), no impide el curso regular de los procesos en ellos fundamentados, aplicándoseles, con todo, las normas de la legislación común...” ([ADPF 130-MC](#), Carlos Britto, j. 27/02/2008, *DJE* 07/11/2008). En el mismo sentido: [Rcl 7.513-MC](#), Ricardo Lewandowski, decisión singular, j. 09/02/2009, *DJE* 19/02/2009; [Rcl 7.376-MC](#), Cármen Lúcia, j. 18/12/2008, *DJE* 06/03/2009.

¹¹²¹ “A la vista de la conclusión del plazo de 180 (ciento ochenta) días, fijado por el Pleno, para el enjuiciamiento del mérito de la causa, se resuelve la Cuestión de Orden para extender ese plazo por más 180 (ciento ochenta) días” ([ADPF 130-QO](#), Carlos Britto, j. 04/09/2008, *DJE* 07/11/2008).

¹¹²² VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 97.

¹¹²³ Enjuiciamiento de la medida cautelar “Después del voto del Sr. Magistrado Néri da Silveira, Relator, estimando, en parte, la medida cautelar, con relación al n° 1 del párrafo único del art. 1° de la Ley n° 9882, de 03 de diciembre de 1999, para excluir de su aplicación la controversia constitucional concretamente ya puesta en juicio, o bien estimando en la totalidad la medida

normalmente los preceptos impugnados de esa ley, cuya inconstitucionalidad él mismo no termina de juzgar.¹¹²⁴ Seguramente no es una especie de declaración de constitucionalidad implícita por decurso de plazo, lo que la sociedad espera de la prestación jurisdiccional del Alto Tribunal. Por cierto, cuando la medida cautelar en las acciones declaratorias de constitucionalidad todavía no estaba prevista en ley, autores como Clèmerson Clève y Nagib Slaibi la defendían justamente porque sin ella la cuestión suscitada no obtendría una pronta respuesta, frustrándose la finalidad del control concentrado, especialmente en el caso de demora en el fallo.¹¹²⁵ El mismo razonamiento sirve obviamente para las acciones directas de inconstitucionalidad.

La naturaleza provisional de la medida cautelar en el control concentrado y los efectos de su derogación, particularmente en relación a los procesos individuales, son abordados con claridad por Teori Zavascki, para quien “por tratarse de una medida con fuerza obligatoria y amplia eficacia subjetiva, la provisionalidad conlleva consecuencias importantísimas en el ámbito de las relaciones jurídicas: contamina con la marca de la precariedad todas las situaciones de derecho relacionadas con la norma cuya incidencia haya sido impuesta o suspendida por fuerza de su mandato vinculante”.¹¹²⁶ Desde actos, abstenciones, deberes y derechos, hasta sentencias – incluso firmes - basadas en el dictamen provisional. La precariedad de esas situaciones jurídicas solo acabará si la sentencia de mérito del STF fuera estimatoria, es decir, si confirma los términos de la medida cautelar. Por otro lado, si la sentencia de mérito fuera desestimatoria, la no confirmación de la medida “acarreará el regreso al *status quo ante*, imponiendo la necesidad de ajustar las situaciones jurídicas resultantes del

cautelar, para suspender el § 3º del art. 5º de la misma ley, siendo en ambos casos estimación con eficacia *ex nunc* y hasta el enjuiciamiento final de la acción directa, pidió vista al proceso el Sr. Magistrado Sepúlveda Pertence. (...) Presidió el juzgamiento el Sr. Magistrado Moreira Alves. - Pleno, 05.12.2001.” (ADI 2231 en *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII, Sapucaia do Sul: Notadez, 2007).

¹¹²⁴ Por ejemplo: [ADPF 79-AgR](#), Cezar Peluso, j. 18/06/2007, *DJ* 17/08/2007 (“Aplicación del art. 5º, § 3º, *in fine*, de la Ley federal n. 9.882/1999. No pueden alcanzarse por la eficacia suspensiva de la medida cautelar concedida en acción por incumplimiento de precepto fundamental, los efectos de sentencias firmes o convalidados por ley sobrevenida”). Ver también, entre otras: [ADPF 33-MC](#), voto del Min. Gilmar Mendes, j. 29/10/2003, *DJ* 06/08/2004; [ADPF 105-MC](#), Cezar Peluso, decisión singular, j. 21/05/2007, *DJ* 25/05/2007; [ADPF 97-MC](#), Gilmar Mendes, decisión singular, j. 14/04/2008, *DJE* 22/04/2008.

¹¹²⁵ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 300; SLAIBI FILHO, N. Ação declaratória... op. cit. p. 131. Ver también: ZAVASCKI, T.A. Antecipação da..., op. cit. p. 58. VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 287.

¹¹²⁶ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 71.

cumplimiento de la medida derogada”.¹¹²⁷ La solución de las situaciones creadas en función de la derogación de la medida cautelar, derogación que tiene efecto *ex tunc*, debe partir de un principio indeclinable: “la obediencia al mandato vinculante de la medida cautelar no puede (...) resultar en perjuicio de quienes estuvieron sometidos a esta”.¹¹²⁸ La derogación podrá producirse por extinción del proceso sin enjuiciamiento de mérito o por sentencia desestimatoria. Como en el primer caso no llega a haber cosa juzgada, el precepto objeto del control concentrado podrá ser libremente cuestionado en el ámbito del control difuso, ajustando de esta manera las situaciones pasadas. En el segundo caso, la sentencia desestimatoria de la acción directa de inconstitucionalidad o de la declaratoria de constitucionalidad hace cosa juzgada *erga omnes* y produce efectos vinculantes.

Como método para el ajuste de las situaciones pretéritas nacidas por fuerza de la medida cautelar derogada, Teori Zavascki divide a estas en tres clases. La **primera**, reúne las situaciones jurídicas sometidas a procesos individuales aun en curso en la época de la derogación de la medida. Si en función de la medida cautelar el juez optó por suspender el proceso concreto, este vuelve a su curso normal.¹¹²⁹ La decisión final del proceso, en lo que toca a la cuestión constitucional, dependerá de la causa de la derogación de la medida cautelar. Si se produjo esta derogación de la medida cautelar como consecuencia de una sentencia desestimatoria, podrá el juez juzgar el caso concreto, observando la eficacia vinculante de la sentencia de mérito. Si fue por extinción del proceso sin el enjuiciamiento del mérito, cabe al juez ejercer el control concreto, juzgando la petición como le parezca en derecho. **La segunda clase** abarca las situaciones jurídicas sometidas a procesos individuales con sentencias firmes en la época de la derogación de la medida. Ello se produce cuando el juez decide no suspender el proceso concreto, optando – según el contenido de la medida cautelar - por

¹¹²⁷ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 71 y 72.

¹¹²⁸ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 72.

¹¹²⁹ En realidad no es propiamente una opción, porque si el juez del proceso concreto **opta** por no acatar la medida cautelar impuesta por el STF, el efecto vinculante de la medida autoriza la interposición de Reclamación al STF. “La decisión concesiva de medida cautelar en acción directa de inconstitucionalidad está también dotada de efecto vinculante. La concesión conlleva la necesidad de suspensión de los procesos que involucran la aplicación de la ley cuya vigencia fue suspendida.” (Reclamación 2256-1, Gilmar Mendes, j. 11/09/2003, D.J. 30/04/2004). Antes de que el STF hubiera refirmado se jurisprudencia favorable a la posibilidad de Reclamación en estos casos, Ives Gandra Martins entendía que si el magistrado no suspendía el proceso concreto hasta el enjuiciamiento de mérito, podría quedar sometido a proceso disciplinario en la *Corregedoria Judicial*. En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 281.

aplicar o dejar de aplicar el precepto legal en cuestión o, si fuere el caso, por aplicar la norma revivida. Existiendo cosa juzgada, la única solución es la interposición de una acción rescisoria en el plazo máximo de dos años desde la fecha en que dicha cosa juzgada se concretó. Si la derogación de la medida cautelar ocurrió por causa de una sentencia de desestimación del mérito, cabrá al Tribunal juzgar la acción rescisoria de acuerdo con la sentencia vinculante del STF. Si no hubo sentencia sobre la cuestión constitucional, esta deberá ser examinada en el enjuiciamiento de la acción rescisoria a través del control difuso, incluso, si es necesario, a través del incidente de inconstitucionalidad. Finalmente, **la tercera clase** engloba las situaciones jurídicas emergentes del cumplimiento de la medida cautelar, que no llegaron a ser sometidas a procesos individuales. Ocurren cuando los destinatarios del precepto objeto del control concentrado (Administración, Fisco etc.) atienden espontáneamente al mandato de la medida anticipatoria, sin la intermediación del Poder Judicial.¹¹³⁰ Hay que tener en cuenta no obstante que las pertinentes observaciones de Teori Zavascky son anteriores a la posición del STF, ya fijada en su jurisprudencia, que atribuye efecto vinculante a las medidas cautelares concedidas por él y autoriza el uso de Reclamación cuando estas no son acatadas por las instancias inferiores. El marco inicial de la nueva actitud del STF fue la Reclamación n° 2.256, cuyo “espíritu” ha sido desvelado en la siguiente observación de Cezar Peluso: “...no consigo concebir como pueda ser posible que otros órganos jurisdiccionales apliquen una norma jurídica tenida como inconstitucional – aunque sea de forma cautelar y provisional –, por el órgano a quien la Constitución atribuye el poder último de declararla inconstitucional”.¹¹³¹

1.5. Efectos en el control difuso (concreto).

¹¹³⁰ Ver: ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 72 a 74.

¹¹³¹ Reclamación 2256-1, Gilmar Mendes, confirmación de voto de Cezar Peluso, j. 11/09/2003, D.J. 30/04/2004.

Como vimos anteriormente, el control difuso o incidental (concreto) de constitucionalidad de las normas se caracteriza por llevarse a cabo en el curso de los procesos judiciales ordinarios. Los litigantes, el Ministerio Público y el Juez – este de oficio –, tienen legitimidad para suscitar la inconstitucionalidad de leyes o actos normativos de competencia de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios en cualquier proceso. En el primer grado de jurisdicción el juez, en principio, debe limitarse a dejar de aplicar al caso concreto la ley que considere inconstitucional¹¹³², pero hay quien entiende que también está autorizado a declarar la inconstitucionalidad del precepto.¹¹³³ En segunda instancia, la cuestión no genera mayores discusiones, porque el procedimiento está previsto en la Constitución (art. 97 CFB).¹¹³⁴ Si una sección del Tribunal (*Cámara* o *Turma* compuesta por tres jueces) considera inconstitucional el precepto legal aplicable al caso concreto que está juzgando, deberá suspender el proceso y remitir la cuestión de constitucionalidad al Pleno o, cuando exista, al Órgano Especial, para que este declare, si fuere el caso, la inconstitucionalidad del precepto.¹¹³⁵ Una vez decidido el incidente de inconstitucionalidad, los autos del proceso vuelven a la sección, que deberá juzgar el caso concreto a la luz del pronunciamiento del Pleno sobre la cuestión constitucional (el incidente es una cuestión perjudicial). De modo que, a diferencia de lo que ocurre en Italia, España y otros países europeos, donde el incidente de inconstitucionalidad es decidido exclusivamente por el Tribunal Constitucional, en Brasil la decisión es del Pleno o del Órgano Especial del Tribunal Estadual.¹¹³⁶ Por este motivo, la cuestión constitucional puede aun elevarse al

¹¹³² Ver: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 456.

¹¹³³ Ver: BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. p. 35; VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. p. 42, n° 34.

¹¹³⁴ Art. 97 CFB: “Solo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o de los miembros del respectivo Órgano Especial podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de la ley o del acto normativo del Poder Público.”

¹¹³⁵ La necesidad de que sea el Pleno del Tribunal quien declare la inconstitucionalidad, indudablemente se debe al principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, que también rige en el control difuso de constitucionalidad. Ver: [ADI 97-QQ](#), voto del Min. Moreira Alves, j. 22/11/1989, *DJ* 30/03/1990.

¹¹³⁶ Como vimos anteriormente, la excepción europea es Portugal. En este país las decisiones que niegan la aplicación de una ley por inconstitucional pueden ser objeto de recurso directamente ante el Tribunal Constitucional, pero cuando la parte suscita sin éxito la inconstitucionalidad, el acceso al TC está condicionado al agotamiento de todos los recursos posibles dentro del proceso judicial ordinario. Los tribunales judiciales no se limitan a apreciar,

STF, para que este tenga la última palabra.¹¹³⁷ Se trata del Recurso Extraordinario, que puede ser interpuesto por la parte vencida, por el Ministerio Público o por un tercero perjudicado (art. 499 CPC), siempre que la decisión incida en una de las hipótesis del art. 102, III CFB¹¹³⁸ y el recurrente demuestre la repercusión general de la materia discutida (art. 102, § 3º CFB). El tercero perjudicado debe demostrar, además, el nexo de interdependencia entre su interés en intervenir y la relación jurídica sometida a apreciación judicial. Como el control difuso posibilita decisiones contradictorias, el Recurso Extraordinario es el principal instrumento de que dispone el STF para unificar la interpretación de la Constitución.

La decisión de inconstitucionalidad emitida por el STF o por los jueces y tribunales, en cualquier grado de jurisdicción, tiene eficacia únicamente frente a los litigantes involucrados en el proceso (eficacia *inter partes*) y tiene efectos retroactivos (*ex tunc*). Como diría Alfredo Buzaid, la ley que contraría la Constitución en el control difuso “es írrita y nula y no solo anulable, pero exclusivamente para las partes litigantes”.¹¹³⁹ Es decir, al contrario de la decisión judicial de mérito del caso concreto, que produce cosa juzgada material, la eficacia de la declaración incidental de

admitir y remitir la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, teniendo competencia para decidir sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto en cuestión. De ahí que se dice que “en el actual sistema jurídico portugués, todos los tribunales, sin excepción, son *órganos de la justicia constitucional*”. En: CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional...* op. cit. p. 907. Ver también: MIRANDA, J. *Manual de...*, VI, pp. 105 y sig.; ALMEIDA, L.N. de, *A justiça constitucional...* op. cit. p. 111. En Italia, ver: PEGORARO, L. *Lineamenti di giustizia...* op. cit. p. 39; RUFFINO, A. *Tendenze evolutive del sindacato incidentale...* op. cit.; LUCIANI, M. *Le decisioni processuali e...* op. cit. En Alemania: BABEL, G. *Probleme der abstrakten...* op. cit. pp. 53 y sig.; TRIEPEL, H. *Streitigkeiten zwischen Reich...* op. cit. pp. 66 y 67; SCHUMANN, E. *Verfassungs und Menschenrechtsbeschwerde...* op. cit. p. 73.

¹¹³⁷ El STF funciona siempre como última instancia de los recursos en el control difuso, y sus decisiones en este ámbito tienen tan solo efectos *inter partes*. Ver: AMARAL JUNIOR, J.L.M. do. *Incidente de Arguição de...* op. cit. p. 90; STRECK, L.L. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 457; MORAES, A. de. *Jurisdição Constitucional e...* op. cit. p. 252.

¹¹³⁸ Art. 102, III CFB: Cabe al STF: “enjuiciar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) es contraria a las disposiciones de la Constitución; b) declara la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal; c) juzga válida una ley o acto de gobierno local contestado en función de esta Constitución; d) juzga válida una ley local contestada en función de ley federal.

¹¹³⁹ BUZAID, A. *Da ação direta de...* op. cit. p. 128. En rigor, mantiene Teori Zavascki, la declaración incidental de inconstitucionalidad “no hace ni siquiera cosa juzgada entre los litigantes, pues la apreciación de la cuestión constitucional sirve tan solo como fundamento para el juicio de estimación o desestimación de la demanda ordinaria. Y la cosa juzgada, como es sabido, no se extiende a los fundamentos de la decisión (art. 469 CPC)”. En: ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. p. 30.

inconstitucionalidad se reduce al ámbito del proceso ordinario.¹¹⁴⁰ Por ello, la ley declarada inconstitucional por el STF en el control difuso mantiene su vigencia y eficacia para el resto de la sociedad, produciendo efectos en relación a otras situaciones, inclusive en el ámbito del propio Poder Judicial, que no está vinculado a la sentencia del Alto Tribunal. Aquellos que se sientan perjudicados por la continuidad de la vigencia de ley tenida por inconstitucional, deberán suscitar su inconstitucionalidad en otros procesos judiciales.

A pesar de que los efectos sean solo *inter partes*, la decisión en el control difuso de una forma o de otra acaba traspasando estos estrictos límites, porque “cuando se cuestiona la legitimidad de un precepto legal, aun en el curso de un proceso ordinario, lo que se hace es poner en cuestión también su aptitud para incidir en todas las demás situaciones semejantes”.¹¹⁴¹ Semejante situación puede potencialmente debilitar la seguridad jurídica, en la medida en que el mismo precepto legal puede ser declarado inconstitucional por un juez y considerado constitucional por otro. La consecuencia es que también puede afectarse el principio de igualdad frente a la ley, que tiene como corolario la igualdad de tratamiento jurisdiccional para situaciones iguales.¹¹⁴² La solución sería una fórmula jurisdiccional capaz de expandir la decisión incidental del STF para los demás casos en que se utilizase el mismo precepto. Con todo, sintetiza Clèmerson Clève, citando Bandeira de Mello, “en Brasil la tesis de la obligatoriedad de la decisión definitiva de inconstitucionalidad del STF – en el ámbito del control concreto incidental -, no ha encontrado apoyo expreso en ningún texto y

¹¹⁴⁰ Ver: CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. p. 113; LIEBMAN, E.T. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 170; MOREIRA, J.C.B. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 50. Ver también: *Acórdão STJ, Recurso Especial 557646-DF (Proc. 2003/0094181-7)*, 2ª Turma, Eliana Calmon, DJU 30/06/2004, p. 314 (Ref. Legislativa: CPC, art. 469, III).

¹¹⁴¹ ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. p. 26.

¹¹⁴² Ver: ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. p. 26; SILVA, J.A. da. *Curso de Direito Constitucional...* op. cit. 16. ed. p. 221; Como vimos anteriormente, el sistema portugués tampoco prevé efectos generales a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional proferidos en el control concreto. Para Rui Medeiros, la atribución de mera eficacia *inter partes* a estos enjuiciamientos revelaría “la gran preocupación de la Constitución portuguesa en alargar el horizonte de información y argumentación del Tribunal Constitucional”. En: MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 835. Ver también: CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e...* 2. ed. p. 380; BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 25.

tampoco en la costumbre constitucional. Además, en el derecho nacional no existe la fuerza del precedente como en el derecho anglo-americano”.¹¹⁴³

La solución que encontró el constituyente de 1934 para mitigar los potenciales problemas producto de esta realidad, fue la de conceder al Senado Federal la facultad de suspender la aplicación total o parcial de la ley declarada inconstitucional por el STF en el ámbito del control difuso, el único entonces existente. En otras palabras, conferir eficacia *erga omnes* a las decisiones de inconstitucionalidad. Con excepción de la Constitución de 1937, la participación del Senado Federal ha sido mantenida por los textos constitucionales posteriores, incluida la actual Constitución de 1988¹¹⁴⁴, que – en parte contradictoriamente - ha reforzado a su vez el control concentrado (introducido en 1965), en cuyo ámbito las decisiones tienen inmediata eficacia *erga omnes*. De modo que siempre que el Pleno del STF declare la inconstitucionalidad de una ley, debe comunicar el contenido de su decisión al Senado Federal (art. 178 del Reglamento Interno del STF - RISTF), para que este haga uso de la prerrogativa de suspender total o parcialmente la aplicación de la ley en cuestión, a través de Resolución (art. 52, X CFB).¹¹⁴⁵ Sin embargo, si ni siquiera la decisión de inconstitucionalidad emitida en el control concentrado vincula al Poder Legislativo brasileño, mucho menos la comunicación remitida por el STF. El Senado Federal no tiene plazo para suspender la ejecución de la ley, pudiendo elegir el momento que considere adecuado o incluso rehusar hacer ninguna Resolución, sin riesgo de ser sancionado. Pero, si la hace, debe atenerse estrictamente a los términos de la decisión

¹¹⁴³ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 114. Ver también: MELLO, O.A.B. de. A teoria das... op. cit. p. 183; CAPPELLETTI, M. O controle jurisdicional... op. cit. p. 76. Sobre el *stare decisis* norteamericano, ver: COLE, C. D. “*Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema do precedente vinculante do *common law*” in *Revista dos Tribunais* n. 752. Como hemos visto, Portugal solucionó esta cuestión de manera diferente. La Constitución (art. 281º, nº 3) prevé que si determinado precepto ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en tres casos concretos anteriores, los jueces del TC y el representante del Ministerio Fiscal en el Tribunal tienen legitimidad activa para iniciar un proceso con el objetivo de generalizar los efectos del juicio de inconstitucionalidad, es decir, para que este pase a tener fuerza obligatoria general. Ver MIRANDA, J. Manual de..., II, op. cit., p. 383; CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... op. cit., 5. ed. pp. 1012 y 1013. Ver también *Acórdãos* del TC nºs 313/2008, 195/97, 1149/96, 869/96, 457/94, 64/88, 204/86 y 119/86.

¹¹⁴⁴ Constitución de 1934 (art. 91, IV); 1946 (art. 64); 1967/1969 (art. 42, VII) y de 1988 (art. 52, X).

¹¹⁴⁵ Art. 52, X CFB: “Compete privativamente al Senado Federal suspender la ejecución total o parcial de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Tribunal Supremo Federal.” El art. 386 del Reglamento Interno del Senado Federal (RISF) prevé que la suspensión también puede ser solicitada a través de Representación del Procurador General de la República y por Proyecto de Resolución de iniciativa de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía

del STF, no estando autorizado a ampliarla, restringirla o interpretarla. Además, una vez suspendida la ejecución de la ley, la correspondiente Resolución no podrá ser derogada. De todo ello se deduce que la declaración de inconstitucionalidad emitida por el STF en el control difuso sólo tendrá efectos generales si así lo consiente el Senado Federal.¹¹⁴⁶

Es fácil concluir que la Resolución del Senado Federal puede tener un importante impacto en el ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista de sus efectos suele ser comparada con una decisión del STF en el control concentrado. Pero, como no se trata de una sentencia, sino de un acto emitido por un órgano constitucional – el poder legislativo - como consecuencia de una decisión de otro órgano constitucional – el poder judicial -, es importante definir los contornos de sus efectos. Cuando el Senado suspende la ejecución de la norma cuestionada, subraya Paulo Brossard, “hace valer para todos lo que se encontraba circunscrito a las partes litigantes, confiere efecto general a lo que era particular, en una palabra, generaliza los efectos de una decisión singular.”¹¹⁴⁷ Es decir, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad incidental pura y simplemente son ampliados para toda la sociedad. Sin embargo, tan solo existe consenso en la doctrina respecto a los efectos *ex tunc* e *inter partes* de la decisión del STF para el caso concreto y a los efectos *erga omnes* de la Resolución del Senado que suspende la ley. A pesar de que el STF ha precisado que la Resolución tiene efectos retroactivos, José A. da Silva y otros autores defienden que esta Resolución tenga efectos *ex nunc*, alegando que los actos pretéritos deben de ser respetados.¹¹⁴⁸ “La única

¹¹⁴⁶ El STF declaró la inconstitucionalidad parcial del art. 1º del referido Decreto-Ley 1.724/1979 y de la letra I del art. 3º del Decreto-Ley 1.894/1981, por considerar que la delegación de atribuciones al Ministro de la Hacienda para reducir, suspender o extinguir el incentivo en cuestión afronta el art. 6º CFB/1967, alterada por la Enmienda Constitucional 1/1969 ([RE 186.623/RS](#), *DJU* 12/04/2002; [RE 186.359/RS](#), *DJU* 10/05/2002; [RE 180.828/RS](#), *DJU* 14/03/2003), lo que llevó el Senado Federal a editar la Resolución 71/2005, suspendiendo la ejecución de las expresiones declaradas inconstitucionales. ([RE 577.348](#) y [RE 561.485](#), Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2009, Pleno, [Informativo 555](#)).

¹¹⁴⁷ BROSSARD, P. “O senado e as leis inconstitucionais” in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, año 13, n. 50, abril – junio 1976, p. 61. En el mismo sentido: CAVALCANTI, T.B. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 162 y sig.; BASTOS, C.R. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 84; MELLO, O.A.B. de. *A teoria das constituições rígidas*, 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 210.

¹¹⁴⁸ SILVA, J.A. da. *Curso de Direito Constitucional...* op. cit. 9. ed. p. 54; STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 479 y ss.; PALU, O.L. *Controle de constitucionalidade...* 1999, op. cit. p. 270; MORAES, A. *Jurisdição Constitucional e...* op. cit.; FERRARI, R.M.M.N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 116; SLAIBI FILHO, N. *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 107; FERRAZ, A.C.C. “Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade” in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, p. 36; MELLO, O.A.B. de. *A teoria das...* op. cit. p. 211.

solución que atiende a los intereses de orden público”, asevera Themístocles Cavalcanti, “es la de que la suspensión produzca sus efectos desde que se hizo efectiva, no afectando a las situaciones jurídicas creadas bajo su vigencia”.¹¹⁴⁹ Lenio Streck también se opone radicalmente a cualquier efecto retroactivo, afirmando que “suspender la ejecución de la ley no puede significar retirar la eficacia de la ley. En caso contrario, no habría diferencia, en nuestro sistema, entre el control concentrado y el control difuso”.¹¹⁵⁰ Según este autor, “suspender la vigencia o la ejecución de la ley es como derogar la ley. Se puede añadir otro argumento: la suspensión de la ley solo puede generar efectos *ex nunc*, por la simple razón de que la ley está suspendida (derogada), a la espera de la retirada de su eficacia”.¹¹⁵¹ Y concluye: “de ahí la diferencia entre suspensión/derogación y retirada de la eficacia. Sin eficacia, la ley es nula; siendo nula la ley, es como si nunca hubiera existido”.¹¹⁵²

De hecho, si se parte del supuesto de que la suspensión no es más que una derogación, el efecto deberá ser *ex nunc*. Con todo, Teori Zavascki subraya, con propiedad, que no se puede confundir derogación con suspensión de norma. “La norma derogada deja de incidir a partir de su derogación, pero incidió válidamente sobre los hechos ocurridos durante su vigencia.” Por este motivo, la norma derogada continuará siendo aplicada a los hechos anteriores. “En el caso de suspensión por inconstitucionalidad, las consecuencias son diferentes. La norma inconstitucional es nula desde el origen y, como tal, nunca tuvo aptitud para producir efectos.” De ahí que, concluye, “tanto la norma derogada como la suspendida no tienen incidencia respecto al futuro. Sin embargo, en relación al pasado la norma derogada incidió, mientras la norma suspendida, porque inconstitucional, no incidió”.¹¹⁵³ Esta posición es más coherente con la tradición del control de constitucionalidad brasileño de conferir efecto *ex tunc* a la

¹¹⁴⁹ CAVALCANTI, T.B. Do controle da... op. cit. p. 164.

¹¹⁵⁰ STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 480.

¹¹⁵¹ STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. pp. 480 y 481. Mucho antes, Bandeira de Mello también equiparaba suspensión con derogación. En: MELLO, O.A.B. de. A teoria das... op. cit. p. 211.

¹¹⁵² STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 481.

¹¹⁵³ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 32 y 33. En este sentido, Gilmar Mendes considera que “el Senado Federal no deroga el acto declarado inconstitucional, incluso porque le falta competencia para tanto”. En: MENDES, G.F. “O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional” in *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162, Brasília, abril/junio, 2004, p. 154.

declaración de inconstitucionalidad.¹¹⁵⁴ Una realidad que no ha sido ni siquiera modificada con la promulgación de la ley 9868/1999, porque la modulación de efectos, con posibilidad de efecto *ex nunc*, tiene carácter excepcional. El efecto *ex tunc* permanece como regla general en el control concentrado y no tendría sentido modificar esta orientación en el caso de la Resolución del Senado en el control difuso. De hecho, el STF tan solo comunica al Senado Federal que declaró incidentalmente una inconstitucionalidad. Al no estar la Cámara Alta autorizada a ir más allá de los términos de la declaración, si el STF no moduló los efectos de su sentencia, dotándola, por ejemplo, efectos *ex nunc* o *pro futuro*¹¹⁵⁵, la Resolución solo podrá valer *ex tunc*. Si el Senado Federal, como órgano legislativo, prefiere otra solución, su camino natural no será la Resolución prevista en el art. 52, X CFB, sino el Proyecto de Ley.¹¹⁵⁶

El STF ha asumido que la suspensión de la ejecución de la ley por inconstitucionalidad deja sin efecto todos los actos realizados bajo su imperio.¹¹⁵⁷ Gilmar Mendes concuerda con esta postura del Alto Tribunal, afirmando que, una vez excluidas la cosa juzgada y otras fórmulas de preclusión, los efectos son siempre *ex tunc*, porque “la suspensión constituye un acto político que retira [la norma] del ordenamiento jurídico, de forma definitiva y con efectos retroactivos”.¹¹⁵⁸ El efecto *ex tunc* facilita además el acceso al Poder Judicial para aquellos que fueron perjudicados al tiempo de la vigencia de la ley inconstitucional y cuyos pleitos todavía no se encuentran afectados por la cosa juzgada o por la prescripción.¹¹⁵⁹ Por ejemplo, si todavía no se

¹¹⁵⁴ Ver. NUNES, J.C. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 588; BUZAID, A. Da ação direta de... op. cit. p. 128; CAMPOS, F. *Direito Constitucional...* op. cit. pp. 460 y sig.

¹¹⁵⁵ En el Recurso Extraordinario 197.917/SP el STF definió los criterios válidos para la fijación del número de concejales en los municipios. La decisión fue emitida con efectos *ex nunc*.

¹¹⁵⁶ Teori Zavascki considera que la Resolución del Senado tiene naturaleza normativa, “una vez que universaliza un determinado status jurídico: el del reconocimiento estatal de la inconstitucionalidad del precepto normativo”. En: ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. p. 32. En el mismo sentido, la decisión del STF en el MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *Revista do Tribunal de Justiça*, pp. 20 y sig.

¹¹⁵⁷ RMS 17976/SP, Amaral Santos, j. 13/09/1968, DJU 24/09/1969. Ver también: ALVES, J.C.M. “A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil” in TEIXEIRA, S.F. (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 5.

¹¹⁵⁸ MENDES, G.F. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, pp. 390 y 391. Ver también: CLÉVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. pp. 122 y 123; ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. pp. 31 a 33.

¹¹⁵⁹ “Los actos practicados con base en la ley inconstitucional, que no sean susceptibles de revisión, no están afectados por la declaración de inconstitucionalidad.” (STF - RE 466546 - RJ - 2ª T, Gilmar Mendes, DJU 14/02/2006). Precedentes citados: RMS 17976/SP, Amaral Santos,

agotó el plazo de dos años para rescindir la sentencia con base en la ley inconstitucional, es posible interponer una acción rescisoria. De todos los modos, al menos respecto a la Administración Pública Federal esta cuestión no permite dudas, dado que el Decreto 2346/1997 (art. 1º, § 2º) determina que los efectos de la Resolución del Senado Federal sean retroactivos.

Indudablemente el control difuso, “que retira del órgano cumbre del Poder Judicial el monopolio del control de constitucionalidad, sirve de importante mecanismo de acceso a la justicia y, consecuentemente, a la jurisdicción constitucional”.¹¹⁶⁰ Sin embargo, como las decisiones en este ámbito tienen efectos *inter partes*, una de las cuestiones más discutidas desde siempre ha sido la naturaleza de la Resolución del Senado, los límites de sus efectos e, incluso, la oportunidad de su existencia. Bajo la vigencia de la Constitución de 1988 se ha verificado una tendencia a dar un mayor protagonismo a mecanismos judiciales y también legislativos de expansión de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, independientemente de la Resolución del Senado Federal. Ejemplos de ello son la dispensa del incidente de inconstitucionalidad bajo determinadas circunstancias y el reconocimiento de la fuerza de precedente de decisiones del Pleno del STF.¹¹⁶¹ Esa tendencia ha generado críticas de algunos sectores doctrinales que ven el control difuso como un mecanismo fundamental para la participación del conjunto de la sociedad en el llamado “filtro de constitucionalidad”. Según estas voces se estaría produciendo un intento de *abstractivización* del control concreto.¹¹⁶²

j. 13/09/1968, DJU 24/09/1969; MS 24268/MG, Ellen Gracie, relator para el Acórdão Gilmar Mendes, j. 05/02/2004, DJU 17/09/2004; MS 22357/DF, Gilmar Mendes, j. 27/05/2004, DJU 05/11/2004; RE 442683/RS, Carlos Velloso, j. 13/12/2005, DJU 24/03/2006.

¹¹⁶⁰ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 456.

¹¹⁶¹ Teori Zavascki denomina *eficacia refleja* o *eficacia anexa* a esos movimientos de ampliación de la eficacia de las decisiones del STF. *Refleja*, porque transmite sus efectos, aunque de forma indirecta, más allá de la relación procesal originaria. *Anexa*, porque operan independientemente de manifestación por parte del STF. En: ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. pp. 30 y 31.

¹¹⁶² Ver por todos: STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C.; LIMA, M.M.B. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. En: www.leniostreck.com.br, 2007.

1.5.1. ¿Abstractivización del control concreto?

La facultad del Senado Federal de suspender la ejecución de ley incidentalmente declarada inconstitucional por el STF ha sido siempre - en mayor o menor grado - objeto de polémica. Mucho antes de haber sido implantada por la Constitución de 1934, Ruy Barbosa defendía la extensión de los efectos de la decisión del STF a todos los ciudadanos, vaticinando “las destructoras consecuencias que se producirían, si en la práctica se aceptara que los diversos poderes pueden juzgar y decidir autónomamente la extensión de la competencia que la Constitución les atribuye”.¹¹⁶³ Posteriormente, autores de la talla de Castro Nunes¹¹⁶⁴ y Lúcio Bittencourt¹¹⁶⁵ defendieron posiciones muy similares. No obstante, los efectos de la decisión de inconstitucionalidad en el control difuso han seguido siendo *inter partes* y esta peculiar forma de concederle efectos generales ha logrado consolidarse a lo largo del tiempo y tanto es así que fue mantenida por la actual Constitución.

Clémerson Clève considera que el sistema ideado por el constituyente de 1934 puede que fuera innovador y adecuado para aquel momento de la historia constitucional brasileña, dado que “se temía el ‘gobierno de los jueces’, había un esfuerzo para mantener el control incidental, se anhelaba las ventajas del control concentrado (eficacia *erga omnes*) y se buscaba armonizar las competencias del poder judicial, sin menoscabar al poder legislativo”. Sin embargo, tacha de “anacronismo” el mantenimiento del mismo modelo en la actualidad, enfatizando que este debería dar lugar a otro en el que la decisión de inconstitucionalidad del STF – “satisfechos determinados y rigurosos presupuestos” – tuviera eficacia *erga omnes*.¹¹⁶⁶ Con consideraciones en el mismo sentido, Gilmar Mendes añade que la Resolución se ha revelado incapaz de alcanzar su finalidad ante determinados tipos de sentencias emitidas

¹¹⁶³ BARBOSA, R. *Commentarios a constituição federal brasileira*, IV. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 268.

¹¹⁶⁴ NUNES, J.C. *Teoria e prática do...* op. cit. p. 592.

¹¹⁶⁵ BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. p. 143.

¹¹⁶⁶ CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. pp. 124 y 125.

por el STF, como aquellas en las que el Tribunal: a) se limita a fijar la orientación constitucionalmente adecuada o correcta; b) adopta una interpretación conforme a la Constitución, restringiendo el significado de una determinada expresión literal o colmando una laguna contenida en el reglamento ordinario, para que la norma pueda ser considerada compatible con la Constitución; o c) declara la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto.¹¹⁶⁷ Estos y otros factores que se analizarán a continuación, autorizarían a concluir, siempre según Gilmar Mendes, que el art. 52 X CFB ha sufrido una auténtica mutación constitucional, y que por tanto la función del Senado Federal debe ser actualmente entendida como una decisión que sirve a los solos efectos de dar publicidad a la decisión del STF emitida en el control difuso, y que originariamente ya produciría un efecto *erga omnes*.¹¹⁶⁸ Esta posición, compartida por el también magistrado Eros Grau¹¹⁶⁹, es sin embargo duramente criticada por Lenio Streck y otros autores, que consideran fundamental el mantenimiento del papel tradicional del Senado para la fortaleza del Estado Democrático de Derecho y entienden que un cambio de tal magnitud solo podría llevarse a cabo a través de una Enmienda Constitucional.¹¹⁷⁰

Gilmar Mendes considera que “la Constitución de 1988 ha reducido el significado del control incidental o difuso de constitucionalidad, por haber ampliado, de forma marcada, la legitimación para la proposición de la acción directa de inconstitucionalidad, permitiendo que prácticamente todas las controversias constitucionales relevantes sean sometidas al STF mediante un proceso de control abstracto de normas.”¹¹⁷¹ Un argumento que, por cierto, se ha visto reforzado por la Enmienda Constitucional nº 45 de 2004, que amplió el número de legitimados para la

¹¹⁶⁷ MENDES, G.F. “O controle incidental de normas no direito brasileiro” in *Revista dos Tribunais*, n. 23, São Paulo: RT, abril-junio, 1998, p. 49.

¹¹⁶⁸ MENDES, G.F. O Papel do Senado Federal... op. cit. p. 165. Ver también su voto en la Reclamación nº 4.335 (Informativo STF nº 454). Mucho antes, en el mismo sentido: BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. pp. 145 y 146.

¹¹⁶⁹ Reclamación nº 4.335, Voto de Eros Graus (Informativo STF nº 454).

¹¹⁷⁰ Ver: STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C.; LIMA, M.M.B. A nova perspectiva do... op. cit. Curiosamente, en obra anterior Lenio Streck había criticado “su existencia [la del control difuso] privada de cualquier mecanismo de extensión de los efectos de las decisiones”. En: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional*... op. cit. p. 456.

¹¹⁷¹ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional*... op. cit. p. 89. En ese punto el autor llama la atención sobre una observación muy pertinente de Anschütz, para quien “siempre que se otorga a un Tribunal especial atribuciones para decidir sobre cuestiones constitucionales, se limita, explícita o implícitamente, la competencia de la jurisdicción ordinaria para apreciar tales controversias”. En: ANSCHÜTZ, G. “Verhandlungen des 34” in *Deutschen Juristentag*, v. 2. Berlin, Leipzig, 1927, p. 208.

acción declaratoria de constitucionalidad, equiparándola a los de la acción directa de inconstitucionalidad. Además de la exigencia de esta amplia legitimación, el autor argumenta que “la presteza y la celeridad de ese modelo procesal, que posibilita incluso la suspensión inmediata de la eficacia del acto normativo cuestionado mediante medida cautelar, hace que las grandes cuestiones constitucionales sean solventadas, en su mayoría, mediante el uso de acción directa, típico instrumento del control concentrado”.¹¹⁷² Entiende también que el énfasis en el control concentrado no es aún mayor, “porque el STF mantuvo la orientación anterior, que considera inadmisibles el enjuiciamiento por acción directa del derecho preconstitucional en relación a la nueva Constitución”.¹¹⁷³

Los indicios de esta supuesta *abstractivización* pueden encontrarse tanto en el ámbito judicial, como en el legislativo. En el ámbito judicial suelen citarse como paradigmáticas las decisiones, en Habeas Corpus, 82.959 (progresión de régimen para los encarcelados por crímenes considerados especialmente graves) y el Recurso Extraordinario 197.917 (estricta proporcionalidad entre el tamaño de la población y el número de concejales en los municipios). En ambos fallos el STF optó por dar trascendencia a los motivos determinantes, al margen de la resolución del Senado Federal. Otra decisión histórica ha sido la emitida en los *mandados de injunção* 670, 708 y 712 (falta de ley para el derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles)¹¹⁷⁴, en los cuales el STF dejó de lado su tradicional posición de limitarse a constatar la omisión del legislador, tomando para sí mismo la responsabilidad de establecer provisionalmente un desarrollo normativo del precepto constitucional falto de desarrollo legal, para el caso concreto (la llamada posición *concretista*) y, por si fuera poco, extenderla a todos los demás funcionarios públicos, como si se tratara de control concentrado.¹¹⁷⁵ En el ámbito legislativo pueden citarse como *abstractivistas* las modificaciones introducidas por la Ley 9756/1998 en el Código de Procedimiento Civil, que actualmente permite al juez relator juzgar de inmediato un recurso interpuesto

¹¹⁷² MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 90.

¹¹⁷³ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 89.

¹¹⁷⁴ Mandados de *Injunção* n°s 670 (relator Mauricio Corrêa, relator para el *acórdão* Gilmar Mendes), 708 (Gilmar Mendes) y 712 (Eros Grau). Los tres fueron juzgados en 25/10/2007 y publicados en 31/10/2008.

¹¹⁷⁵ La posición *concretista* en el *mandado de injunção* será analizada más adelante en el epígrafe “4.3 Sentencias de inconstitucionalidad por omisión en *mandado de injunção*”.

contra una decisión contraria a la *súmula*¹¹⁷⁶ o a la jurisprudencia del STF (art. 557, § 1º-A) y que dispensa del incidente de inconstitucionalidad al Pleno o al Órgano Especial cuando estos o el Pleno del STF ya se hayan pronunciado sobre la cuestión (art. 481, párrafo único). En el mismo sentido puede entenderse la Enmienda Constitucional nº 45/2004, que ha implicado los cambios más notorios, como la *súmula vinculante* (art. 103-A CFB) - reglada por la Ley 11.417/2006 – y la exigencia de repercusión general para la admisión de Recurso Extraordinario (art. 103, § 3º CFB), regulada por la Ley 11.418/2006 y por los arts. 543-A y B del Código de Procedimiento Civil.

1.5.1.1. *Abstractivización y decisiones judiciales.*

Algunas decisiones recientes del STF parecen confirmar la tendencia hacia a la *abstractivización* del control concreto o la instauración de un control difuso *abstractivizado*.¹¹⁷⁷ El caso clásico es el **Habeas Corpus nº 82.959**¹¹⁷⁸ en el cual el STF declaró *incidenter tantum* la inconstitucionalidad del § 1º, del art. 2º de la Ley 8.072/1990 - que imponía a los condenados por crímenes considerados especialmente graves el cumplimiento de la pena sin derecho al régimen abierto –, por su no conformidad con el art. 5º, XLVI CFB, que garantiza la individualización de la pena. Esta sentencia debería limitarse a producir los tradicionales efectos *inter partes* y *extunc* inherentes a las decisiones emitidas en el ámbito del control difuso, pero encierra

¹¹⁷⁶ Después de varias decisiones idénticas sobre determinada materia, el STF elabora una "Súmula" (sinopsis), que contiene su posición. La *Súmula* recibe un número y es publicada. Esta servirá de referencia, tanto para los legitimados del control concentrado, como para las partes en el control difuso. Los jueces y tribunales ordinarios no están obligados a acatarla, ni el STF a mantenerla.

¹¹⁷⁷ Ver: DIDIER JÚNIOR, F. "Transformações do recurso extraordinário" in WAMBIER, T.; NERY JÚNIOR, N. (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006, pp. 104 a 121.

¹¹⁷⁸ STF – Habeas Corpus 82.959 - Pleno - Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006.

algunas peculiaridades importantes. Todos los magistrados han tenido oportunidad de manifestarse, pues el STF – como cualquier otro Tribunal - también está sometido a la llamada reserva de Plenario.¹¹⁷⁹ La declaración de inconstitucionalidad del precepto se produjo por una escasa mayoría (seis votos a cinco), garantizando la estimación del Habeas Corpus. No obstante, en los fundamentos de sus votos los magistrados no se circunscribieron al caso concreto, siendo muy perceptible la trascendencia que atribuyeron a la cuestión de inconstitucionalidad analizada. La ley fue visiblemente juzgada como si de un proceso objetivo o abstracto se tratara, existiendo una preocupación subyacente de extender los efectos de la decisión a otras situaciones. El entonces presidente Nelson Jobim no podría haber sido más claro: “... me gustaría dejar claro [...] que, en verdad, no estamos decidiendo el caso concreto, estamos decidiendo el régimen de progresión o no del sistema.”¹¹⁸⁰ Tanto es así que en el fallo “el Tribunal, por unanimidad, explicitó que la declaración incidental de inconstitucionalidad del precepto legal en cuestión no generará consecuencias jurídicas con relación a las penas ya extintas en esta fecha, una vez que la decisión plenaria supone únicamente el fin del obstáculo representado por la norma ahora declarada inconstitucional, sin perjuicio de la apreciación, caso a caso, por el magistrado competente, de los demás requisitos necesarios al reconocimiento de la posibilidad de progresión”.¹¹⁸¹ Como si de una decisión *erga omnes* se tratara, la declaración de inconstitucionalidad fue declarada con efectos *ex nunc*, no incidiendo sobre las penas ya extintas. Es decir, la sentencia dejó establecido que sus efectos no se limitaban al caso concreto analizado en el Habeas Corpus.

La modulación de los efectos fue aprobada por unanimidad y es paradigmática de la visión que el STF parece haber querido implantar en esta (¿singular?) sentencia. Por ejemplo, en su voto el magistrado Gilmar Mendes declaró la inconstitucionalidad del precepto con efecto *ex nunc*, en los términos del art. 27 de la ley 9868/1999, que entendió aplicable al caso, a pesar de que esta ley tratara específicamente de procedimientos y efectos en el ámbito del control concentrado. Para

¹¹⁷⁹ Ver: Recurso Extraordinario 240096–RJ, Sepúlveda Pertence, j. 30/03/1999, DJ 21/05/1999 y Súmula Vinculante nº 10.

¹¹⁸⁰ STF – Habeas Corpus 82959 - Pleno – Debates: Nelson Jobim - J. 23.02.2006, DJ 01.09.2006, pp. 724/725. Interesante verificar que sintomáticamente el magistrado Sepúlveda Pertence añadió a las palabras de Nelson Jobim, que “tenemos que comunicar al Senado”.

¹¹⁸¹ STF - HC 82.959 - SP - Pleno – Rel. Marco Aurélio - J. 23.02.2006, DJ 01.09.2006, p. 510.

este magistrado, no parece existir dudas de que “la limitación de efecto es inherente al control judicial de constitucionalidad, pudiendo ser aplicado tanto en el control directo como en el control incidental”. Afirma que “no se niega carácter de principio constitucional al principio de la nulidad de la ley inconstitucional”. No obstante, “tal principio no podrá ser aplicado en los casos en que se revele su total falta de idoneidad para la finalidad perseguida (casos de omisión o exclusión de beneficio incompatible con el principio de igualdad), o bien en los supuestos en que su aplicación pueda acarrear perjuicios para el propio sistema jurídico constitucional (grave amenaza a la seguridad jurídica).” Finalmente, justifica su “propuesta de aplicar una eficacia *ex nunc* mitigada”, por el hecho de que el Tribunal en años anteriores haya declarado constitucional este régimen carcelario no abierto en el cumplimiento de las penas por este tipo de delitos. La modulación serviría para prevenir una eventual demanda, que buscara responsabilizar civilmente el Estado, presentada por los afectados por el precepto legal en la época en que este era considerado constitucional.¹¹⁸² Es decir, para evitar que el Estado se vea obligado a pagar indemnizaciones. El magistrado Sepúlveda Pertence se mostró de acuerdo con el efecto *ex nunc* para la decisión, aunque manifestando dudas sobre la constitucionalidad formal del art. 27 de la Ley 9868/1999. “Es cierto que, históricamente, el STF ya moduló los efectos algunas veces en el control concreto, a la vista de la circunstancia o de la situación jurídica del caso concreto.” Cita como ejemplos la cancelación de la *Súmula* 394, “cuando se estableció, por decisión unánime del Pleno, que la nueva orientación sería inaplicable a los procesos ya finalizados”. Se aplicó por tanto el principio *tempus regit actum*.¹¹⁸³ Y en el caso de los concejales¹¹⁸⁴, “en el que en nombre de la seguridad de las reglas del juego electoral, no se quiso reducir, más allá de la mitad, el mandato de aquellos concejales que habían sido elegidos para escaños que el Tribunal consideró que sobrepasaban el número máximo legalmente permitido”.¹¹⁸⁵

Todavía no ha sido posible aquilatar el alcance real de la heterodoxa decisión del STF en el Habeas Corpus 82.959. Sin embargo, esta se encuentra en el

¹¹⁸² STF - HC 82.959 - SP - Pleno – Voto: Gilmar Mendes - J. 23.02.2006, DJ 01.09.2006, pp. 628, 633, 655, 680 y 681.

¹¹⁸³ Ver: STF - HC 87.656/SP - 1ª T - Relator Sepúlveda Pertence - J. 14.03.2006.

¹¹⁸⁴ Recurso Extraordinario 197.917, que será analizado adelante.

¹¹⁸⁵ STF - HC 82.959 - SP - Pleno – Voto: Sepúlveda Pertence - J. 23.02.2006, DJ 01.09.2006, pp. 717 y 718.

centro de la polémica sobre la supuesta tendencia hacia la *abstractivización* del control concreto brasileño. El STF está juzgando actualmente la **Reclamación n° 4.335**, elevada por un ciudadano disconforme con la decisión de un juez que se negó a aplicar a su pena la progresión del régimen establecida en el Habeas Corpus 82.959. El magistrado utilizó el fuerte y tradicional argumento de que la decisión de inconstitucionalidad del STF emitida en el control difuso tiene únicamente efectos *inter partes*, necesitando de la Resolución del Senado Federal para pasar a tener efectos *erga omnes*. Hasta el momento la Reclamación tiene dos votos en contra (Sepúlveda Pertence y Joaquim Barbosa) y dos estimatorios (Gilmar Mendes y Eros Grau).¹¹⁸⁶ Estos últimos alegan fundamentalmente que el art. 52 X CFB ha sufrido una auténtica mutación constitucional, en función del cambio ocurrido en la realidad del control de constitucionalidad brasileño tras el advenimiento de la Constitución de 1988 y de la Ley 9868/1999, que han consolidado el control concentrado y sus decisiones con eficacia *erga omnes*, como el control prioritario del sistema.¹¹⁸⁷ Otros factores - como la Enmienda Constitucional n° 45/2004 y las distintas modificaciones realizadas en el Código de Procedimiento Civil, todas fundamentalmente imponiendo una mayor transcendencia a las decisiones del STF en el control difuso (dispensa del *full bench*, *súmulas vinculantes* etc.)¹¹⁸⁸ – son también invocadas, buscando probar que la concepción dominante sobre la separación de poderes ha cambiado totalmente, volviendo obsoleta la Resolución del Senado Federal. Al fin y al cabo, entienden que la decisión en el control difuso ya tiene originariamente una eficacia general y que la función del Senado Federal en el proceso no es más que la de dar publicidad a la sentencia.¹¹⁸⁹ Como mantuvo Gilmar Mendes en otra ocasión, “se podría hablar aquí de

¹¹⁸⁶ Actual situación del enjuiciamiento de la Reclamación 4335: “Tras el voto de vista del Señor Magistrado Eros Grau, que estimaba la Reclamación, acompañando el Relator; del voto del Señor Magistrado Sepúlveda Pertence, desestimándola, pero concediendo *habeas corpus* de oficio para que el juez examine los demás requisitos para la aceptación de la progresión, y del voto del Señor Magistrado Joaquim Barbosa, que no conocía de la Reclamación, pero igualmente concedía el *habeas corpus*, ha pedido vista de los autos el Señor Magistrado Ricardo Lewandowski. [...] Plenario, 19.04.2007.” Consulta al andamio del proceso realizada en 15/10/2010, en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>

¹¹⁸⁷ Ver: MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 1078-1091.

¹¹⁸⁸ Ver a continuación el epígrafe “1.5.1.2 *Abstractivización* y medidas legislativas”.

¹¹⁸⁹ Reclamación n° 4.335, en su voto Gilmar Mendes: “... reputó ser legítimo entender que, actualmente, la fórmula relativa a la suspensión de ejecución de la ley por el Senado ha de tener simple efecto de publicidad, o sea, si el STF, en el ámbito del control incidental, declara, definitivamente, que la ley es inconstitucional, esa decisión tendrá efectos generales, haciéndose la comunicación a aquella Casa legislativa para que publique la decisión en el

una auténtica 'reforma de la Constitución sin expresa modificación del texto"¹¹⁹⁰ Una posición fuertemente criticada, y tachada de inconstitucional, por muchos autores, que entienden que con ello sencillamente se incumple el art. 52 X CFB.¹¹⁹¹

Criticando la tesis de los magistrados Gilmar Mendes y Eros Grau, según la cual el efecto *erga omnes* en las sentencias de inconstitucionalidad emitidas en el control difuso se justifica en un cuadro evolutivo que habría producido una verdadera mutación constitucional, Streck, Oliveira y Lima afirman – a grandes líneas - que en realidad la actuación del STF denota “no la atribución de una (nueva) norma a un texto (*Sinngebung*), pero sí la sustitución de un texto por otro texto (construido por el STF)”. No están de acuerdo, además, con la pérdida de funciones sustantivas de la Resolución del Senado Federal, que – una vez aceptada la nueva orientación - se vería reducido a “una especie de diario oficial del STF”. Advierten de que la atribución de efectos generales y vinculantes a las decisiones del STF en el control difuso, equiparándolos a los del control concentrado, daña “los principios constitucionales del debido proceso legal, de la amplia defensa y del contradictorio (art. 5º, LIV y LV CFB), pues se afectaría a quienes no tuvieron garantizado su derecho constitucional a ser oídos en unos procesos que les afectarán”. Y ello porque los efectos de la Resolución del Senado serían *ex nunc* y los de la decisión del STF en control concentrado, de regla *ex tunc*. Acabando con la diferencia de efectos entre los dos sistemas, se estaría acabando con el propio control mixto de constitucionalidad brasileño. Y “nada en el texto de nuestra Constitución, ni en la tradición de nuestra doctrina del control de constitucionalidad, autoriza al STF a adoptar este sistema de efectos”. En este sentido, las menciones a las *súmulas vinculantes* y a la dispensa de incidente al Pleno en determinadas circunstancias, como muestras de la mutación constitucional, no serían verdaderamente

Diario del Congreso. Concluyó así, que las decisiones proferidas por el juicio reclamado no respetaron la eficacia *erga omnes* que debe ser atribuida a la decisión del STF en el HC 82.959/SP (Informativo STF nº 454).

¹¹⁹⁰ MENDES, G.F. O papel do Senado Federal... op. cit. p. 165.

¹¹⁹¹ La extensión de los efectos del control concentrado al difuso no sería posible “fundamentalmente, *por no encontrar respaldo autorizador constitucional expreso*, exigencia igualmente razonable porque tenemos un sistema jurídico escrito, heredero de la noción romano-germánica de derecho. Al contrario: el art. 52, X apunta en otro sentido”. En: STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C. de; LIMA, M.M.B. A nova perspectiva do... op. cit. p. 17.

precedentes, una vez que con ellas “no se extrapola el límite del poder concedido por la Constitución. No se invade otra esfera de poder”.¹¹⁹²

De hecho, una de las cosas que más llama la atención en el voto de Eros Grau es la afirmación de que “hemos pasado en realidad de un texto [por el que] *compete privativamente al Senado Federal suspender la ejecución total o parcial de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del STF*, a otro texto donde *compete privativamente al Senado Federal dar publicidad a la suspensión de la ejecución, operada por el STF, de ley declarada inconstitucional, total o parcialmente, por decisión definitiva del Supremo*”.¹¹⁹³ Es decir, como en realidad el art. 52 X CFB sigue siendo el mismo (el cambio del texto solo sería posible por Enmienda Constitucional), el razonamiento del magistrado puede ser comparado con una especie de sentencia sustitutiva por la cual, no se sustituye una norma de un precepto legal para volver el texto conforme a la Constitución - como hace la Corte Constitucional italiana -, sino que es una norma del propio texto de la Constitución (art. 52, X CFB), la que es sustituida por otra, para volver dicho texto compatible con la nueva realidad jurídica supuestamente existente en el país. En otras palabras: una auténtica interpretación de la Constitución “conforme a la realidad”. Si la sentencia sustitutiva “normal” ya es motivo de polémica, porque su contenido invadiría competencias privativas del legislador, aquí se trataría de una eventual invasión de la actividad privativa del poder constituyente derivado. Y es de esto de lo que se trata. Un cambio de interpretación por mutación constitucional es plenamente justificable en situaciones en las cuales la evolución de la sociedad así lo exige, como ocurrió en Portugal con la cuestión del aborto o en Alemania con la igualdad entre pensionistas, en función de la nueva situación laboral de la mujer. Sin embargo, cuando la supuesta mutación afecta a las relaciones y los límites de actuación entre los poderes previstos en la Constitución, todo indica que sería una temeridad permitir que uno de los poderes involucrados tomara la decisión unilateralmente, por más convincentes o brillantes que fueron sus argumentos para ello. En este caso, que podría suponer el virtual fin del sistema mixto de control de constitucionalidad brasileño, la prudencia exige que el eventual cambio en la Constitución sea efectuado explícitamente por el poder constituyente derivado. Solo el

¹¹⁹² STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C. de; LIMA, M.M.B. A nova perspectiva do... op. cit. pp. 2, 7 y 16.

¹¹⁹³ Reclamación 4335-5/AC, Relator Gilmar Mendes, voto de Eros Grau.

Congreso Nacional está autorizado por la Constitución para este fin y solo con los representantes del pueblo será posible el indispensable debate sobre la cuestión y la decisión final sobre su oportunidad. En suma, una modificación de esa magnitud debe ser realizada a través de Enmienda Constitucional y no por interpretación del STF.¹¹⁹⁴

Otra decisión paradigmática ha sido la emitida en el **Recurso Extraordinario nº 197.917**.¹¹⁹⁵ El STF declaró la inconstitucionalidad *incidenter tantum* de una ley del municipio de Mira Estrela (Estado de São Paulo), que establecía un número de concejales considerado no conforme al art. 29, IV CFB, pero consideró “que la declaración de nulidad, con sus normales efectos *ex tunc*, resultaría en grave amenaza a todo el sistema legislativo vigente”. Por ello, invocando el principio de seguridad jurídica y el interés público, se modularon - “con carácter de excepción” - los efectos de la sentencia para que la inconstitucionalidad tan solo tuviera efectos *pro futuro*, más exactamente, para el día 03 de octubre de 2004, fecha de las elecciones para la legislatura siguiente. “Una posición que parte de la doctrina atribuía, anteriormente, al Senado Federal”, señala Gilmar Mendes.¹¹⁹⁶ Posteriormente, dada la proximidad de las elecciones municipales, el Tribunal Superior Electoral (TSE) emitió la Resolución 21.702/2004, basándose en los criterios de proporcionalidad entre población y número de concejales indicados por el STF en los fundamentos de su decisión. Es decir, el Tribunal Superior Electoral les confirió efectos *erga omnes*.¹¹⁹⁷ Una situación *sui generis* que motivó la interposición de dos acciones directas de inconstitucionalidad¹¹⁹⁸ contra la Resolución, ambas desestimadas por el STF.¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁴ Ver: NOVELINO, M. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 119 y sig.

¹¹⁹⁵ Recurso Extraordinario nº 197.917, Maurício Corrêa, j. 06/06/2002, D.J. 07/05/2004.

¹¹⁹⁶ MENDES, G.F. O Papel do Senado Federal... op. cit. p. 156.

¹¹⁹⁷ La tendencia hacia la abstractivización ha sido explícitamente admitida por el magistrado Cezar Peluso en reciente decisión: “Y es que a pesar de la tendencia del SUPREMO a atribuir dimensión objetiva al recurso extraordinario, la materia aún no está totalmente pacificada...”. En: ADPF 79.3, Cezar Peluso, j. 29.07.2005.

¹¹⁹⁸ STF - ADI 3345 - DF y ADI 3365 - DF - Pleno - Relator Celso de Mello - J. 25.08.2005.

¹¹⁹⁹ Cabe subrayar que el Tribunal Superior Electoral está compuesto por magistrados de otros tribunales, incluidos tres del STF. En el caso mencionado suscribieron la Resolución del TSE, objeto de las dos acciones directas de inconstitucionalidad, los magistrados Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso y Ellen Gracie, que no se consideraron impedidos para juzgarlas, porque el Alto Tribunal entiende que en principio no existen estas hipótesis en el ámbito del control abstracto.

En la decisión de las dos acciones de inconstitucionalidad el Tribunal no se recató en afirmar que la Resolución 21.702/2004 del Tribunal Superior Electoral había sido “emitida con el propósito de dar efectividad y concreción al pronunciamiento del Pleno en el Recurso Extraordinario 197.917, toda vez que en el mismo el STF había dado una interpretación definitiva a la cláusula de proporcionalidad contemplada en el art. 29, IV CFB, confiriendo efecto trascendente a los fundamentos determinantes que motivaron el mencionado pronunciamiento”. Y concluyó que “el Tribunal Superior Electoral - dando expansión a la interpretación constitucional definitivamente asentada por el STF (en su condición de supremo guardián de la supremacía y de la intangibilidad de la Constitución Federal) en relación a la citada cláusula de proporcionalidad - se sometió, en la elaboración del acto impugnado, al principio de la fuerza normativa de la Constitución, dirimiendo objetivamente las divergencias interpretativas sobre esta cláusula, de modo que se consiguiera una uniformidad de criterios en la definición del número de concejales, así como que se asegurara la normalidad en las elecciones municipales”.¹²⁰⁰ Para el STF, la Resolución del Tribunal Superior Electoral era correcta porque entendía que la función del Recurso Extraordinario había dejado de ser tan solo la tutela de los intereses de las partes, para pasar a ser un instrumento de defensa del orden constitucional objetivo. En suma, el STF reconoció haber dotado de efecto trascendente a los fundamentos determinantes de una sentencia que, por haber sido emitida en el ámbito del control difuso, normalmente tendría tan solo efectos *inter partes* y cuya vinculación se restringiría al fallo. Además, moduló sus efectos temporales, para que la decisión únicamente tuviera eficacia *pro futuro*, en vez del tradicional efecto *ex tunc*. Después, al examinar las dos acciones directas de inconstitucionalidad contra la Resolución del Tribunal Superior Electoral - otro órgano del Poder Judicial -, que concedió eficacia *erga omnes* a los fundamentos de la decisión, la consideró con suficiente densidad normativa y declaró su constitucionalidad. De manera que consideró letra muerta el precepto constitucional (art. 52, X CFB), que le obligaría a comunicar la sentencia de inconstitucionalidad dictada en el Recurso Extraordinario 197.917 al Senado Federal, para que este suspendiera la ejecución de la ley a través de una Resolución.¹²⁰¹

¹²⁰⁰ Informativo STF n° 398.

¹²⁰¹ Las decisiones del STF han logrado conquistar fuerza de precedente, lo que en cierta manera corrobora la tendencia hacia la *abstractivización* del control concreto. El precedente del STF – señala Teori Zavascki – “propicia otras posibilidades procesales, dando oportunidad no

1.5.1.2. **Abstractivización y medidas legislativas.**

La fuerza de precedente de las decisiones del Pleno del STF ha ido gradualmente imponiéndose como un factor determinante en la tomada de decisiones judiciales, y esta realidad no ha tardado en reflejarse en la legislación. En 1998 la Ley 9.756 modificó el **Código de Procedimiento Civil (art. 557, § 1º- A)**, con vistas a proporcionar al relator del proceso poderes para inadmitir el recurso al Tribunal en oposición a la *súmula* o jurisprudencia dominante del STF; o estimarlo, en caso de que la decisión recurrida estuviera en manifiesta oposición con la *súmula* o jurisprudencia dominante del STF.¹²⁰² Esta posibilidad ha sido plenamente incorporada al funcionamiento efectivo de los tribunales judiciales de todas las instancias y por el STF, aun cuando ha sido objeto de críticas por parte de quienes entienden que vulnera el principio del doble grado de jurisdicción, por impedir supuestamente la apreciación por el órgano colegiado e inhibir el acceso a la instancia extraordinaria (STF).¹²⁰³ En realidad estas críticas no parecen procedentes, dado que el propio art. 557 § 1º del Código de Procedimiento Civil permite que - en el plazo de cinco días desde la decisión del relator del proceso – pueda elevarse un recurso (*Agravo*) ante el órgano colegiado

solo a la admisión de una acción rescisoria, sino también, si fuere el caso, a su estimación, para rescindir la sentencia incompatible, aunque esta haya sido proferida en una época anterior, cuando sobre el tema aun divergían los tribunales”. Y también, por tanto, habiendo precedente del STF, la eventual existencia de divergencias interpretativas sobre la materia en los tribunales no puede ser invocada para inadmitir la acción rescisoria. En: ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. p. 39. Sobre la acción rescisoria en materia constitucional ver, en la misma obra, pp. 122 a 145.

En la falta de precedente del STF vale la *Súmula* STF Nº 343: “No cabe acción rescisoria por ofensa a literal disposición de ley, cuando la decisión a ser rescindida se haya basado en texto legal de interpretación controvertida en los tribunales.”

¹²⁰² STJ – Recurso Especial 718.248 - SC (Proc. 2005/0007046-6) - 1ª Turma. - Relator José Delgado - DJU 06/02/2006, p. 209: “Violación del tenor del art. 557, § 1º-A del CPC que se reconoce. No puede ser admitido recurso por decisión singular, si no existe jurisprudencia dominante o pacífica del STF o de Tribunal Superior sobre la materia objeto de la controversia.”

¹²⁰³ STJ - Recurso Especial 156.513, Relator Milton Luiz Pereira, DJ 24/08/1998.

competente para su resolución. Además, frente a la decisión del *Agravo* cabe, si fuere el caso, Recurso Extraordinario ante el STF.¹²⁰⁴ Es decir, aunque en determinadas circunstancias se permita al juez relator del proceso decidir sobre el recurso, el propio sistema procesal garantiza a las partes la posibilidad de acceder al órgano colegiado del tribunal e, incluso, al STF.

Es más, el STF ha ido mucho más allá en el uso del poder decisorio conferido al relator, porque, al menos “en las hipótesis de declaración de inconstitucionalidad de leyes municipales, ha adoptado una postura significativamente osada, confiriendo efecto vinculante no solo a la parte dispositiva de la decisión, sino también a los propios fundamentos determinantes”.¹²⁰⁵ Es decir, el relator del proceso ha utilizado los poderes que le confiere el art. 557, § 1º- A del Código de Procedimiento Civil para inadmitir o estimar la demanda – en decisión unipersonal - en base a otras decisiones con los mismos motivos determinantes, pero emitidas sobre diferentes normas locales, una vez que estas se originaban en diferentes municipios, aunque trataran del mismo asunto. Esto ocurrió, por ejemplo, cuando el magistrado relator Sepúlveda Pertence utilizó precedentes originarios del Estado de São Paulo, para juzgar el Recurso Extraordinario en el que se solicitaba la inconstitucionalidad de la tasa de limpieza pública del municipio de Belo Horizonte (Minas Gerais).¹²⁰⁶ Después de enumerar una serie de sentencias del STF en que el relator, en idénticas situaciones, también había dejado de someter la cuestión al Pleno¹²⁰⁷, Gilmar Mendes concluye que semejante orientación “sólo puede prosperar en caso de que se admita que la decisión tomada por el Pleno está dotada de una eficacia transcendente, siendo, por eso, dispensable la manifestación del Senado Federal”.¹²⁰⁸ Una opinión bastante polémica teniendo en cuenta la obligatoriedad de esta manifestación contenida en el art. 52 X de la Constitución, pero que confirma los malos presagios de aquellos que ven en la actuación judicial y legislativa de los últimos años fuertes indicios de una *abstractivización* del control concreto. La cuestión discutible tal vez debiera plantearse

¹²⁰⁴ Ver: ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 38.

¹²⁰⁵ MENDES, G.F. O Papel do Senado Federal... op. cit. p. 162.

¹²⁰⁶ Recurso Extraordinario 345.048, Sepúlveda Pertence, *DJ* 08/04/2004.

¹²⁰⁷ Recurso Extraordinario 228.844, Maurício Corrêa, *DJ* 16/06/1999; Recurso Extraordinario 221.795, Nelson Jobim, *DJ* 16/11/2000; Recurso Extraordinario 364.160, Ellen Gracie, *DJ* 07/02/2003; Agravo de Instrumento 423.252, Carlos Velloso, *DJ* 15/04/2003; Recurso Extraordinario 384.521, Celso de Mello, *DJ* 30/05/2003.

¹²⁰⁸ MENDES, G.F. O Papel do Senado Federal... op. cit. p. 162.

de otro modo: ¿estaría autorizado el relator del proceso – y, por lo tanto, el STF – para dotar de eficacia trascendente a una decisión del Pleno, a pesar de la exigencia constitucional de Resolución del Senado para lograr este efecto? O lo que es lo mismo: ¿los principios de la celeridad, economía y racionalidad procesal justifican que se ignore el art. 52 X CFB?¹²⁰⁹

La misma Ley 9756/1998 introdujo un **párrafo único** en el **art. 481 del Código de Procedimiento Civil**¹²¹⁰, consolidando legalmente la jurisprudencia que poco a poco se había impuesto en los tribunales: la dispensa de deliberación por el Pleno o por el Órgano Especial de los tribunales, de la inconstitucionalidad sobre la cual estos o el Pleno del STF ya se habían manifestado previamente. Según el STF, la interpretación teleológica y no meramente gramatical del art. 97 CFB¹²¹¹ lleva necesariamente a la dispensa del llamado *full bench* (deliberación del Pleno) y se inserta en la lógica del principio de economía procesal e, incluso, del de seguridad jurídica.¹²¹² El STF ha considerado que la declaración de inconstitucionalidad por parte del Pleno del mismo “es presupuesto necesario y suficiente para que el Senado le confiera efectos *erga omnes* y eluda la presunción de constitucionalidad”. Por ello, “a partir de ahí los órganos parciales de otros tribunales pueden acogerla para fundar la decisión de casos concretos ulteriores, prescindiendo de someter la cuestión de constitucionalidad a su propio Pleno.”¹²¹³ Pero la cuestión es controvertida. Lenio Streck considera correcta la dispensa cuando la decisión viene del Pleno del STF, pero la considera inconstitucional cuando viene de otro tribunal, por violación del art. 97 CFB. Para este autor, “si se admite que las decisiones de los propios tribunales, que no del STF, constituyan condición suficiente para la dispensa del incidente, se estará ‘consolidando’ una

¹²⁰⁹ Araken de Assis, por ejemplo, afirma que “los precedentes uniformes y convergentes del STF, antes de la Resolución del Senado, no bastan para la aplicación del art. 741, párrafo único, del CPC” (inexigibilidad de título judicial fundado en la ley o en el acto normativo declarados inconstitucionales por el STF). En: ASSIS, A de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional” in *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII, Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

¹²¹⁰ Art. 481, párrafo único, CPC: “Los órganos parciales de los tribunales no someterán al Pleno o al Órgano Especial la solicitud de inconstitucionalidad, cuando estos o el Pleno del Tribunal Supremo Federal ya se hayan pronunciado sobre la cuestión.”

¹²¹¹ Art. 97 CFB: “Solo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, o de los miembros del respectivo Órgano Especial, podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo del Poder Público.”

¹²¹² Recurso Extraordinario 190.727, voto de Ilmar Galvão, DJ 13/12/1996; Agravo de Instrumento 168.149 - AgR, Marco Aurélio, DJ 04/08/1995.

¹²¹³ Recurso Extraordinario 191.898, Sepúlveda Pertence, DJ 22/08/1997.

interpretación constitucional que puede no ser la del STF”.¹²¹⁴ Sin embargo, en la práctica lo que ocurrirá es que la parte que se sienta perjudicada siempre tendrá la posibilidad de hacer llegar la cuestión constitucional al STF, a través de Recurso Extraordinario. Es decir, como la última palabra siempre la puede tener el STF, la interpretación constitucional de los tribunales inferiores solo será definitiva, si la decisión, por no haber sido recurrida, hiciera cosa juzgada. Además, se puede afirmar que es inherente al control difuso de constitucionalidad la posibilidad de que un “error” en la interpretación de la Constitución se vuelva definitivo. Basta, por ejemplo, con que un juez aplique una ley inconstitucional a un caso concreto o deje de aplicarla por considerarla inconstitucional (cuando era constitucional) y la decisión haga cosa juzgada. Con los tribunales ocurre algo semejante, habiendo o no dispensa de *full bench*. Lo más importante es que el control difuso continúe garantizando los procedimientos necesarios para que la palabra final sobre la cuestión constitucional la pueda tener el STF y que, hasta que este finalmente dé el veredicto definitivo, no se pierda demasiado tiempo en el camino, ni se dañe irreversiblemente con decisiones divergentes el principio de seguridad jurídica.

Amaral Junior se desmarca de la posición de Lenio Streck, al considerar inconstitucional justamente la dispensa de deliberación por el Pleno u Órgano Especial del Tribunal, cuando ya exista previa manifestación del Pleno del STF sobre la materia constitucional en cuestión. En su opinión, la dispensa concede verdadera eficacia *erga omnes* y efectos vinculantes a la decisión del Tribunal Supremo en el control difuso de constitucionalidad, antes de la Resolución del Senado Federal suspendiendo la ejecución de la ley.¹²¹⁵ Gilmar Mendes la considera perfectamente constitucional, pero entiende también que la decisión del STF, en esa posición, “anticipa el efecto vinculante de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad incidental, permitiendo que el órgano fraccionario (sección) se desvincule del deber de observancia de la decisión del Pleno o del Órgano Especial del Tribunal a la que se encuentra

¹²¹⁴ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 458.

¹²¹⁵ AMARAL JUNIOR, J.L.M. do. *Incidente de argüição...* op. cit. pp. 87 y 88. Como se verá, estos dos autores discrepan en otro asunto importante: Lenio Streck defiende la dispensa de *full bench* en las decisiones interpretativas de inconstitucionalidad de la Cámara del Tribunal, porque el texto del precepto se mantiene intacto. Amaral Junior considera que el juicio de desvalor del precepto ocurre independientemente de la reducción del texto, razón porque solo el Pleno podría declarar cualquier tipo de inconstitucionalidad. Vid. más adelante el epígrafe “3.3.3 La necesidad de incidente de inconstitucionalidad al Pleno”.

vinculado. La sección decide autónomamente con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad (o de constitucionalidad) del STF proferida *incidenter tantum*".¹²¹⁶ Los indicios de vinculación a una decisión del STF emitida en el control difuso prescindiendo del Senado Federal parecen contundentes. No obstante, aunque el razonamiento tendente a considerar esa posibilidad inconstitucional tenga su lógica, también aquí, y con más razón, la dispensa del *full bench* debe ser vista más bien como un instrumento de celeridad procesal y de seguridad jurídica.¹²¹⁷ Además, a pesar de todo ello, la jurisprudencia del STF aun mantiene que la Resolución es la única forma de volver nulo el precepto legal declarado inconstitucional en control difuso. De cualquier modo, es necesario recordar que nada impide - como subraya Lenio Streck - que la sección obvie la decisión de inconstitucionalidad del Pleno del STF o del Tribunal del cual forme parte, y se pronuncie sobre la materia (dado que no ha habido suspensión de la ley por el Senado), "por la simple razón de que no hay efecto vinculante en el control difuso de constitucionalidad, pudiendo, en ese caso, rechazar la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad".¹²¹⁸ Y, por el mismo motivo, la sección puede obviar la eventual declaración de constitucionalidad (emitida en el control difuso), admitiendo la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad.

1.5.1.3. Abstractivización, súmulas vinculantes y repercusión general.

No obstante la vinculación de las Secciones del propio STF a la precedente declaración de su pleno con respecto a la constitucionalidad o a la

¹²¹⁶ MENDES, G.F. O Papel do Senado Federal... op. cit. p. 157.

¹²¹⁷ Teori Zavascky se muestra favorable a la dispensa de *full bench* en ambas situaciones. Ver: ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 33 a 37.

¹²¹⁸ STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 479.

inconstitucionalidad de ley o acto normativo, cualquiera de sus magistrados está autorizado a proponer la revisión de una anterior posición jurisprudencial, lo que sin duda contribuye a atenuar el peligro de petrificación de las posiciones del Alto Tribunal.¹²¹⁹ Este supuesto peligro de petrificación de la doctrina del STF se ha puesto aun más en evidencia con la Enmienda Constitucional n. 45/2004, que incluyó el artículo 103-A en la Constitución, introduciendo en el sistema judicial brasileño, particularmente en el control difuso de constitucionalidad, la llamada *súmula vinculante*, cuyo objeto es definir la validez, interpretación y eficacia de preceptos legales determinados, acerca de los cuales exista una controversia real entre órganos judiciales o entre ellos y la Administración Pública, que ocasione grave inseguridad jurídica y una notoria multiplicación de procesos sobre una cuestión idéntica. Regulada por la Ley 11.417/2006, la *súmula vinculante* contiene la posición definitiva del Tribunal sobre la materia constitucional controvertida, tras reiteradas decisiones en el mismo sentido¹²²⁰, debiendo ser aprobada por dos tercios de los miembros del STF y su efecto es vinculante frente a los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública, en un sentido amplio, en las esferas federal, estadual y municipal.¹²²¹

Los efectos de la *súmula vinculante* no se confunden con los efectos vinculantes propios de las decisiones del STF en el ámbito del control concentrado de normas, en opinión de José A. da Silva, que subraya el hecho de que "la eficacia general se asemeja a la fuerza de ley, porque vale no solo frente a los órganos judiciales y administrativos, sino también frente a todos. La *súmula vinculante* no tiene eficacia general, porque solo vincula a los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública, es decir, no tiene eficacia frente a todos y no vincula directamente a los particulares. Estos no se encuentran sujetos a las '*súmulas vinculantes*', no están obligados a conducirse en la forma por ellas determinadas, pueden desobedecerlas sin

¹²¹⁹ Reglamento Interno del STF, arts. 101 y 103; art. 557, CPC. Ver: Recurso Extraordinario 313.768-AgR, Sepúlveda Pertence, j. 26/11/2002, DJ 19/12/2002.

¹²²⁰ En el Anexo II se recogen las *súmulas vinculantes* hasta ahora asentadas por el STF.

¹²²¹ La aprobación, revisión o cancelación de la *Súmula Vinculante* podrá ser decidida de oficio por el propio STF o provocada por los mismos legitimados de la Acción Directa de Inconstitucionalidad, así como por el Defensor Público General de la Unión, los Tribunales Superiores, los Tribunales de Justicia de los Estados o del Distrito Federal y Territorios, los Tribunales Regionales Federales, los Tribunales Regionales del Trabajo, los Tribunales Regionales Electorales y los Tribunales Militares.

que ello acarree una sanción."¹²²² La posición de José Ommati es en parte diferente: "la *súmula vinculante* es un texto jurídico con estatuto de ley, producido por el Poder Judicial; así que, a pesar de originarse a partir de situaciones concretas, presenta las mismas características que una ley: general, abstracta, y válida para todos." Sin embargo, añade que el poder de decisión del magistrado permanece intacto, pues las partes siempre deberán demostrar que su caso es semejante al establecido en la *súmula*, es decir, siempre habrá un necesario juicio de adecuación.¹²²³ De hecho, la *súmula vinculante* es efectivamente un instrumento de aplicación vinculante para los órganos judiciales y administrativos. Puede tener ciertas características de ley, pero no es una ley y, por ello, no puede ser causa de una sanción para el ciudadano que la desobedezca. Sin embargo, si su conducta da lugar a una demanda judicial, la vinculación del juez a la *súmula vinculante* podrá terminar vinculando de facto – o indirectamente - también a este ciudadano. En cualquier caso, la eficacia general se circunscribe a las decisiones proferidas en el ámbito del control concentrado o a aquellas en el ámbito del control incidental en que el Senado Federal haya suspendido la ejecución total o parcial de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del STF (art. 52, X, CFB).

El acto administrativo o decisión judicial que contraríe una *súmula vinculante* aplicable o bien que indebidamente la aplique, está sujeto a Reclamación ante el STF que, estimándola, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, determinando que sea emitida una distinta con o sin la aplicación de la *súmula*, conforme el caso. La Reclamación, por lo tanto, es capaz de sustituir los recursos intermediarios previstos en el Código de Procedimiento Civil, con la diferencia (y la ventaja) de ser un instrumento de acceso directo al STF. No obstante, el hecho de que a las instancias judiciales y administrativas no les esté vedado decidir contrariamente a la *súmula vinculante* significa, en la práctica, que, en caso de inconformidad generalizada de los jueces y administradores con su contenido, las reclamaciones de las partes irónicamente podrán abarrotar de nuevo de procesos al STF. Y no se puede olvidar que el principal argumento para justificar la introducción de la *súmula vinculante* en el ordenamiento jurídico ha sido desde siempre el de evitar el

¹²²² SILVA, J.A. da. "Reforma do Poder Judiciário". En: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 80. Brasília: Conselho Federal da OAB, janeiro -junho, 2005, p. 80.

¹²²³ OMMATI, J.E.M. "Algumas reflexões sobre a reforma do judiciário". En: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 80. Brasília: Conselho Federal da OAB, janeiro-junho, 2005, p. 86.

excesivo volumen de recursos, que de un modo u otro, acababan por desembocar en el STF.

Streck, Oliveira y Lima entienden, pensando en los límites de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, que en este intento de la misma por imponer sus puntos de vista de forma abstracta, “la Suprema Corte no legisla (aunque las *súmulas vinculantes*, por ejemplo, hayan adquirido explícito carácter normativo en Brasil). Cuando pretende que quepan reclamaciones contra sus *tesis* y no contra sus decisiones emitidas en casos propiamente dichos [...], el STF desvía la discusión jurídica hacia los discursos de fundamentación (*Begründungsdiskurs*), elaborados de forma descontextualizada. Pasan a ser ‘conceptos sin cosas’. Y eso es metafísica, por utilizar un lenguaje caro a la hermenéutica de cariz filosófico.”¹²²⁴ De hecho, no se puede perder de vista que el control difuso de constitucionalidad es realizado a partir de problemas concretos. Las *súmulas vinculantes*, aunque tengan origen en decisiones reiteradas del STF emitidas sobre casos concretos, recorren el camino inverso. Intentan imponer una decisión *a priori* a casos concretos, que no necesariamente son idénticos. Esto lleva a que las partes se encuentren obligadas a intentar probar que el caso se adecua o no a la *súmula*. Es decir, hay efectivamente una disociación entre cosa, o caso, y concepto. Con este paso, cada vez se *abstractiviza* más la forma de entender el control concreto y quizás haya que considerar, como hacen Streck, Oliveira y Lima, “que los problemas están acá, en tierra firme, y no en el mundo de las ideas platónicas”.¹²²⁵

Cuando aun se discutía la necesidad y la viabilidad de la introducción de las *súmulas vinculantes*, Gomes Canotilho alertaba de que si estas aspiraran “a constituir una forma de *legislatio* con efecto vinculante general y obligatorio, sería difícil compatibilizarlas (salvo credencial constitucional expresa) con el principio de la separación de poderes. Si en cambio se entienden como vinculantes tan sólo para los tribunales integrantes del mismo orden y susceptibles de revisión (en los términos fijados por ley) su configuración aun será la de un acto de *jurisdicción* destinado a decir el derecho y a asegurar su tendencial uniformización”.¹²²⁶ Hoy ya es posible concluir que de manera general la ley regladora de la *súmula vinculante* ha respetado las

¹²²⁴ STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C. de; LIMA, M.M.B. A nova perspectiva do... op. cit. p. 22.

¹²²⁵ STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C. de; LIMA, M.M.B. A nova perspectiva do... op. cit. p. 22.

¹²²⁶ CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e... op. cit. 5. ed. pp. 928 y 929.

condicionantes apuntadas por el maestro portugués para no volverse una forma indebida de *legislatio* y permanecer tan solo como un acto de jurisdicción. La principal crítica que se les puede hacer, señala José A. da Silva, se formula desde el punto de vista de la libre apreciación de los jueces sobre la materia que les cabe juzgar. "La *súmula vinculante* impide la apreciación del magistrado en el sentido amplio previsto constitucionalmente y, con ello, impide también el amplio acceso a la Justicia y la busca de una Justicia igual para todos."¹²²⁷ En efecto, no es imposible afirmar que pueden en ocasiones afectar al derecho fundamental previsto en el art. 5º, XXXV CFB (la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza a derecho) tomado en un sentido amplio, pues se limita la libre apreciación del juez a los parámetros establecidos por el STF. Además, y eso es sumamente importante, dificulta la adopción por el Poder Judicial de nuevas tesis generadas por la dinámica social y que podrían contribuir al mejor ejercicio de la función jurisdiccional.¹²²⁸ Y, por ende, al extender los efectos de las decisiones del STF, sin la participación del Senado Federal, contribuyen al fenómeno de la llamada tendencia hacia la *abstractivización* del control concreto brasileño.

Al tiempo que introdujo las *súmulas vinculantes*, la Enmienda Constitucional nº 45/2004 instituyó asimismo la obligatoriedad de existencia de repercusión general como requisito para la admisión del Recurso Extraordinario. A partir de la edición de la Ley 11.418/2006¹²²⁹, este recurso - el más importante instrumento de uniformización de la jurisprudencia del STF en el ámbito del control difuso de constitucionalidad – solo puede ser admitido si el recurrente es capaz de demostrar que su contenido afecta a cuestiones relevantes desde un punto de vista económico, político, social o jurídico, que sobrepasen los intereses subjetivos de la causa. La repercusión general se presume siempre que el recurso impugne una decisión contraria a una *súmula* o a la jurisprudencia dominante del STF. La decisión que niega la existencia de repercusión general será válida frente a todos los recursos sobre materia idéntica, que serán inadmitidos de plano sin posibilidad de recurso. La prueba de la

¹²²⁷ SILVA, J.A. da. Reforma do Poder... op. cit. p 78.

¹²²⁸ Ver: SÁ, D.M.R. de. *Súmula Vinculante – análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; SORMANI, A.; SANTANDER, N.L. *Súmula vinculante – Um estudo à luz da emenda constitucional 45*. Curitiba: Juruá, 2ª reimpressão, 2007.

¹²²⁹ La Ley 11.418, de 19.12.2006, DOU 20.12.2006, que introdujo en el Código de Procedimiento Civil los artículos 543-A, 543-B que tratan de la repercusión general, ha pasado a tener efectos a partir de 18.02.2007.

existencia de repercusión general, por tanto, se inscribe en el mismo contexto de medidas tendentes a impedir la llegada de cuestiones consideradas de menor trascendencia objetiva al STF, volviéndolo cada vez más en un verdadero Tribunal Constitucional. Sin embargo, en la medida en que la decisión negativa sobre la existencia de repercusión general es motivo de inadmisión automática de todos los demás recursos basados en casos idénticos, no es posible negar que esta obligación de los recurrentes sea un nuevo instrumento concentrador de poderes en el STF. Por prescindir de las atribuciones del Senado Federal previstas en el art. 52, X CFB, supone dar la razón de nuevo a quienes denuncian una fuerte *abstractivización* del control concreto de constitucionalidad brasileño. Fernando Scaff, por ejemplo, considera que la exigencia de repercusión general tiene más consecuencias en definitiva que la propia *súmula vinculante*: “es una decisión única, tomada por seis magistrados (mayoría absoluta), que puede contrariar las decisiones adoptadas por los tribunales de todo el país. La exigencia de quórum cualificado (ocho votos) tan solo se produce para el juicio de admisibilidad y no para la votación del mérito. Es un poder nunca visto en Brasil en las manos del STF”.¹²³⁰ De hecho, la *súmula vinculante* exige ocho votos para su aprobación y es el resultado de un considerable número de procesos con decisiones discordantes de los tribunales, mientras que la decisión sobre la repercusión general es el resultado de una única y sencilla decisión, pero que tendrá el poder de extenderse a una infinidad de procesos que tratan sobre el mismo asunto.¹²³¹ No obstante, su aprobación depende tan solo de la mayoría absoluta de los magistrados (solo seis votos).

¹²³⁰ SCAFF, F.F. “Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso” in *Revista Dialética do Direito Processual*, n. 50. São Paulo, 2007, pp. 20 y sig.

¹²³¹ Art. 543-B § 4º CPC: “Mantened a decisão e admitido o recurso, poderá o STF, em los términos del Reglamento Interno, casar o reformar, de plano, el *acórdão* contrario a la orientación firmada.”

2. SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL (CUANTITATIVA).

Si tan sólo “una parte de la ley es inconstitucional, entonces los tribunales no están autorizados a declarar ineficaz la parte restante”.¹²³² Con esta máxima Lúcio Bittencourt hace ya algunas décadas aclaró que la sentencia de inconstitucionalidad parcial emitida por el Tribunal Supremo Federal y por los demás tribunales judiciales, a semejanza de los tribunales constitucionales europeos, anula solo la parte inconstitucional del precepto legal objeto de impugnación. Es decir, una o más de sus frases, o una o más de sus palabras.¹²³³ Por ello, la doctrina afirma al unísono que “no deberá declararse la inconstitucionalidad total de una ley (en el sentido material o

¹²³² BITTENCOURT, L. O controle jurisdicional... op. cit. p. 126.

¹²³³ “11. En conclusión, juzgo parcialmente estimatoria la presente acción directa, para declarar inconstitucional la expresión ‘marzo’ contenida en el § 5º del art. 2º de la Ley 8039, de 30 de mayo de 1990.” (ADI 319, Moreira Alves, DJ 30/04/1993).

- El STF declaró la inconstitucionalidad parcial de las expresiones en destaque, del párrafo 4º del art. 111, de la Constitución del Estado del Amazonas: “§ 4º - El tiempo de servicio público federal, estadual o municipal será computado integralmente para los efectos de jubilación, de disponibilidad, de adicional por tiempo de servicio y de **adicional por tiempo de ejercicio de cargo o función de confianza.**” (ADI 568, Celso de Mello, j. 20/09/1991, DJ 22.11.1991).

- El STF declaró la inconstitucionalidad parcial del art. 1º del referido Decreto-Ley 1.724/1979 y de la letra I del art. 3º del Decreto-Ley 1.894/1981, por considerar que la delegación de atribuciones al Ministro de la Hacienda para reducir, suspender o extinguir el incentivo en cuestión afronta el art. 6º CFB/1967, alterada por la Enmienda Constitucional 1/1969 ([RE 186.623/RS](#), Carlos Velloso, j. 26/11/2001, *DJU* 12/04/2002; [RE 186.359/RS](#), Marco Aurelio, j. 14/03/2002, *DJU* 10/05/2002; [RE 180.828/RS](#), Carlos Velloso, j. 14/03/2002, *DJU* 14/03/2003).

- A veces hay peticiones explícitas de inconstitucionalidad parcial. En la ADI 2397, por ejemplo, se solicitó, subsidiariamente, la declaración parcial de inconstitucionalidad del art. 6º de la Ley Complementaria nº 105, “retirándose la palabra ‘administrativa’...”.

formal), si únicamente parte de ella se encuentra afectada por un vicio o vicios propiciadores de ilegitimidad constitucional.”¹²³⁴ Por incidir directamente en el texto legal, se suele decir que ese tipo de sentencia contiene una declaración de inconstitucionalidad parcial “cuantitativa”.¹²³⁵

Como se produce la anulación de preceptos o partes de preceptos legales confrontados con la Constitución, la inconstitucionalidad parcial normalmente es material. Sin embargo, la doctrina brasileña ha aceptado que la misma se origine en una inconstitucionalidad formal. Por ejemplo, si un artículo o párrafo de una ley ordinaria - regularmente votada y sancionada - invade un campo reservado a la ley complementaria (orgánica), esta ley será parcialmente inconstitucional. La inconstitucionalidad formal declarada se centrará en los artículos o párrafos que deberían haber sido aprobados por mayoría absoluta y no lo fueron. De modo que tal irregularidad no “contamina” la ley como un todo. Algo semejante pasaría si determinado proyecto de ley de iniciativa del Presidente de la República, regularmente votado y sancionado, invadiera competencias reservadas a la actuación legislativa de un estado miembro de la Federación o de un municipio.¹²³⁶ O si un proyecto de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República sufriera enmiendas por parte de los parlamentarios. En ambos convivirían artículos constitucionales e inconstitucionales. Por ello, una vez que el tribunal constatará la inexistencia de cualquier grado de dependencia o conexión entre ellos – que le obligaría a declarar la inconstitucionalidad total –, estaría autorizado a declarar la

¹²³⁴ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata. ... op. cit. p. 48. Ver, entre muchos otros: NEVES, M. Teoria da... op. cit. pp. 120 y sig; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle de... op. cit. pp. 290-291; MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 342 y 343; BRUST, L. Uma tipologia das sentenças... op. cit. pp. 228 y 229; VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. pp. 163 y 164; TAVARES, A.R. Curso de direito... op. cit. pp. 186 a 190; BITTENCOURT, L. O controle jurisdicional... op. cit. pp. 125 y sig.

¹²³⁵ Como vimos anteriormente, esta nomenclatura es utilizada por los portugueses, que distinguen claramente la inconstitucionalidad parcial que elimina parte del texto (sentencia reductiva cuantitativa), de la que se limita a reducir normas, conservando intacto el texto (sentencia reductiva cualitativa). Ver: CANAS, A. V. Introdução às decisões de... op. cit. pp. 90 y sig. Ya los italianos tienden a tratarlas en conjunto, como puede constatarse en las últimas *relazioni* anuales de los presidentes de la *Corte Costituzionale*, que ora se refieren a *decisioni di tipo ablatorio o di accoglimento parziale*, ora a sentencias *ablativi y riduttivi*. En: www.cortecostituzionale.it. Ver: CRISAFULLI, V. Le sentenze 'interpretative' della... op. cit. p. 16; ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale... op. cit. p. 298. Gustavo Zagrebelsky, no obstante, mantiene que "la decisión estimatoria parcial relativa a las normas contenidas en un texto no debe ser confundida con las decisiones que inciden en parte del texto (sentencia parcial del punto de vista textual)".

¹²³⁶ Ver: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 49. Como se vio en el epígrafe “1.1 Sentencia de inconstitucionalidad formal y material”, la invasión de competencia es considerada en Brasil una inconstitucionalidad formal.

inconstitucionalidad parcial.¹²³⁷ Sin embargo, esta posibilidad no es aceptada unánimemente, bajo el argumento de que “o la ley siguió los trámites (procedimientos) regulares o no los siguió, siendo totalmente constitucional en el primer caso y totalmente inconstitucional en el segundo”.¹²³⁸ Una posición que no parece encontrar respaldo en el principio de proporcionalidad, que debe presidir las decisiones del STF y de los demás tribunales.

De cualquier modo, aunque la inconstitucionalidad parcial formal, además de posible, sea relevante, lo más usual es que la nulidad parcial se origine en una inconstitucionalidad material y que sea declarada para evitar los posibles daños que implicaría la declaración de inconstitucionalidad de toda la ley.¹²³⁹ De ahí que su ejemplo clásico sea la hipotética sentencia sobre la igualdad viudos/viudas, en que el Tribunal suprime del texto legal los requisitos adicionales exigidos para que los viudos accedan a recibir pensión, equiparando así su situación a la de las viudas. La declaración de inconstitucionalidad parcial amplía, en este caso, el campo de aplicación de la disposición a nuevos sujetos. Es decir, sustituye la situación fáctica a la cual el legislador había otorgado una determinada consecuencia jurídica, por otra más amplia.¹²⁴⁰ No obstante, suele ocurrir que la nulidad parcial de la disposición expulse del sistema tan solo una norma, limitando, de este modo, sus posibilidades normativas. Ello se da cuando es declarada inconstitucional y nula precisamente la disposición que contenía esa única norma que le daba significado. En este sentido, Jörn Ipsen esclarece que "en rigor, no existe *declaración parcial de nulidad de una norma*, sino *declaración parcial de nulidad de una ley*. Si la norma inconstitucional ha encontrado expresión

¹²³⁷ Ver: TAVARES, A.R. Curso de direito... op. cit. pp. 189 y 190.

¹²³⁸ En este sentido: Raúl Bertelsen Repetto *apud* TAVARES, A.R. Curso de direito... op. cit. pp. 189.

¹²³⁹ Marcelo Neves entiende que existe asimismo una inconstitucionalidad parcial de tipo personal. Sería el caso de un precepto legal que fuera constitucional para un determinado número de personas, pero inconstitucional para otros tantos. Ver: NEVES, M. Teoria da... op. cit. pp. 123 y 124. Pontes de Miranda la denomina nulidad subjetiva, para diferenciarla de la nulidad objetiva (de contenidos). En: PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários à Constituição de 1946*, v. 6, 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 415. Ver también: BITTENCOURT, L. O controle jurisdicional... op. cit. p. 128. Sin embargo, la sentencia de inconstitucionalidad parcial personal o subjetiva parece estar más cercana a lo que se entiende por sentencia interpretativa, pues conserva el texto y declara la invalidez de una o más de sus normas.

¹²⁴⁰ La STC 27/1985, de 26 de febrero, del Tribunal Constitucional español es un buen ejemplo.

lingüística autónoma en la ley, entonces se verificará, con la declaración de nulidad, también la eliminación del texto correspondiente".¹²⁴¹

El hecho de que admita la teoría de la divisibilidad de la ley implica que el Tribunal evalúe si esta efectivamente puede ser dividida, porque el grado de dependencia entre los preceptos puede obligarle a declarar su inconstitucionalidad total. Por otra parte, "se impone igualmente verificar si la norma que subsiste tras la declaración de inconstitucionalidad parcial corresponde a la voluntad del legislador".¹²⁴² En caso contrario, puede que sea inevitable la declaración de inconstitucionalidad total, "porque la Corte no puede declarar una inconstitucionalidad parcial, que cambie el sentido y el alcance de la norma impugnada."¹²⁴³ De hecho, el riesgo de que el Tribunal invada competencias exclusivas del legislador constituye una crítica usual a este tipo de sentencia.¹²⁴⁴ Si no se le imponen ciertos límites, la sentencia de inconstitucionalidad parcial es capaz de modificar el sentido original del precepto, invadir la esfera reservada al legislador y llegar en ocasiones a tener serias implicaciones en la política social del Estado. Razones que han llevado a buena parte de la doctrina italiana, como vimos anteriormente, a considerarla una decisión manipulativa.¹²⁴⁵

¹²⁴¹ Jörn Ipsen *apud* MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 260.

¹²⁴² MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle de...* op. cit. p. 290; MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 342 y 343. En el mismo sentido: VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. pp. 163 y 164. Ver: Representación 1379, Moreira Alves, DJ 11/09/1987.

¹²⁴³ "No solo la Corte debe limitarse a examinar a los dispositivos o expresiones de las cuya inconstitucionalidad fuere cuestionada, sino que tampoco puede ella declarar una inconstitucionalidad parcial que cambie el sentido y el alcance de la norma impugnada." ([ADI 896-MC](#), Moreira Alves, j. 03/11/1993, DJ 16/02/1996).

¹²⁴⁴ En un estudio sobre sentencias emitidas por tribunales constitucionales europeos, Eliseo Aja y Gonzales Beilfuss ya concluyeron que el principal objetivo y justificación de las sentencias de inconstitucionalidad parcial "suele ser evitar los vacíos en el ordenamiento que provocaría una sentencia que se limitara a anular el precepto, ocasionando sin duda serios problemas (¿cómo cobrarían los viudos la pensión si la sentencia hubiera anulado su regulación?), pero es evidente que con esta técnica el Tribunal Constitucional crea una norma nueva y, además, de extraordinaria trascendencia social y presupuestaria." En: AJA, E.; GONZALEZ BEILFUSS, M. *Conclusiones...* op. cit. pp. 277-278; JIMÉNEZ CAMPO, J. "España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley" en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998; GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Tribunal Constitucional y reparación* op. cit.; RUBIO LLORENTE, F. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho...* op. cit.; DÍAZ REVORIO, F.J. *Las sentencias interpretativas...* op. cit.

¹²⁴⁵ Ver, entre otros: LAVAGNA, C. *Sulle sentenze 'aditive'* op. cit. p. 146; SANDULLI, A. M. *Il giudizio sulle leggi...* op. cit. pp. 60 y 61; DUNI, G. *L'oggetto dei giudizi de costituzionalità...* op. cit. pp. 343 y sig.; ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale...* op. cit. pp. 297 y sig. Ver también: STC 45/1957.

La jurisprudencia del STF con respecto a este tipo de sentencias deja patente su constante preocupación por no convertirse en un “legislador positivo”. En 1987 el Tribunal ya alertaba de que “si la declaración de inconstitucionalidad tiene como consecuencia la creación de una nueva ley, que no corresponda a las concepciones que inspiraron al legislador, será inevitable la declaración de inconstitucionalidad de toda la ley.”¹²⁴⁶ En 1998 reafirmó esta convicción al desestimar la solicitud de inconstitucionalidad de la expresión “un tercio” contenida en el art. 47, § 2º, I de la ley 9504/1997¹²⁴⁷, porque esta anulación “modificaría el sistema de la ley por la alteración de su sentido, lo que conlleva su imposibilidad jurídica, una vez que el Poder Judicial, en el control de constitucionalidad de los actos normativos, solo actúa como legislador negativo y no como legislador positivo”.¹²⁴⁸ En el 2004 mantuvo que “esa inversión del sentido inequívoco de la ley – que la vuelve perjudicial para aquellos a los que solo había pretendido beneficiar -, subvierte la función que el poder concentrado de control abstracto de constitucionalidad de normas otorga al Supremo Tribunal.”¹²⁴⁹ Y finalmente, ya en 2009, mantuvo la misma posición, enfatizando que “la declaración de inconstitucionalidad parcial de dispositivo normativo, con reducción de texto, solo está vedada cuando el reconocimiento del vicio sobre la parte de la norma implique una evidente inversión o distorsión del sentido de la ley”.¹²⁵⁰

Es obvio que una ley declarada parcialmente inconstitucional queda modificada. La cuestión es aquilatar la extensión de la modificación, sus límites y posibles consecuencias, lo que no siempre resulta fácil de definir de forma objetiva y suele ser motivo de controversia. Como se vio anteriormente, la jurisprudencia del STF se ha consolidado en el sentido de no eliminar parte del texto de una ley, si la decisión

¹²⁴⁶ Representación 1379, Moreira Alves, DJ 11/09/1987.

¹²⁴⁷ Art. 47, § 2º: “Los horarios reservados a la propaganda de cada elección, en los términos del párrafo anterior, serán distribuidos entre todos los partidos y coligaciones que tengan candidato y representación en la Cámara de los Diputados, observados los siguientes criterios: I - un tercio, igualitariamente.”

¹²⁴⁸ ADI 1822-DF, Moreira Alves, j. 26/06/1998 Pleno, DJ 10/12/1999.

¹²⁴⁹ ADI 2645-MC, Sepúlveda Pertence, j. 11/11/2004, DJ 29/09/2006. En el mismo sentido: “Acción directa de inconstitucionalidad e imposibilidad jurídica de la petición: no se declara la inconstitucionalidad parcial cuando haya inversión clara del sentido de la ley, dado que no está permitido al Poder Judicial actuar como legislador positivo: hipótesis excepcional, con todo, en que se faculta la enmienda de la petición para ampliar su objeto” ([ADI 1.949-MC](#), Sepúlveda Pertence, j. 18/11/1999).

¹²⁵⁰ [Recurso Extraordinario 534.104](#), Ricardo Lewandowski, decisión singular, j. 24/03/2009, DJE 03/04/2009.

invierte o distorsiona su finalidad. Sin embargo, la orientación de no invadir la competencia constitucionalmente atribuida al legislador, que perdura desde antes de la promulgación de la Constitución de 1988, no ha impedido que el STF emita este tipo de sentencias. Declaró, por ejemplo, entre muchos otros casos, la inconstitucionalidad de la parte final de un artículo de la Constitución del Estado de Espírito Santo, que sometía a una comisión de Medio Ambiente de la Asamblea Legislativa la concesión de autorización para el desarrollo de una actividad potencialmente perjudicial para el medio ambiente. Según la óptica del Tribunal, la Constitución Federal exige que tal autorización sea de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.¹²⁵¹ Como resulta evidente, la voluntad del constituyente estadual (la propia Asamblea Legislativa fue la Asamblea Constituyente) era que dicha autorización fuera dada por el Poder Legislativo, por lo que la declaración de inconstitucionalidad parcial innegablemente modificó el sentido dado al precepto en su redacción original. No obstante, al declararlo parcialmente inconstitucional, el STF preservó su contenido principal (la necesidad de autorización ambiental) y eliminó lo accesorio (la inconstitucional participación de la Asamblea). ¿Actuó el Tribunal como legislador positivo o más bien se limitó a aplicar la Constitución Federal? Esta última parece ser la hipótesis más acertada. Algo muy semejante ocurrió con un artículo de la Constitución del Estado de Bahía, que prescribía una previa autorización legislativa para el Gobierno del Estado para firmar cierto tipo de convenios.¹²⁵²

Por otro lado, la acción declaratoria de constitucionalidad - que tiene por objeto obtener del STF una declaración de constitucionalidad de un precepto legal, cuya legitimidad constitucional es motivo de controversia en los tribunales - también admite una sentencia de inconstitucionalidad parcial. En este caso pueden producirse dos situaciones, en opinión de Clèmerson Clève. En la primera, el STF declara la constitucionalidad de una parte del precepto impugnado y la inconstitucionalidad de la

¹²⁵¹ ADI 1505, Eros Grau, j. 24/11/2004, DJ 04/03/2005: "El Tribunal, por unanimidad, estimó en parte la acción, para declarar la inconstitucionalidad de la expresión '*y sometida a la apreciación de la comisión permanente y específica de la Asamblea Legislativa, debiendo ser costeada por el interesado, prohibida la participación de personas físicas o jurídicas que actuaron en su elaboración*', contenida en el § 3º del art. 187 de la Constitución del Estado de Espírito Santo."

¹²⁵² ADI 462, Moreira Alves, j. 20/08/1997, DJ 18/02/2000: el STF declaró la inconstitucionalidad de la expresión "dependerá de la previa autorización legislativa" contenida en el § 1º del art. 25, de la Constitución del Estado de Bahía. Ver también: ADI 134, Maurício Corrêa, j. 25/03/2004, DJ 03/09/2004 y ADI 1150, Moreira Alves, j. 01/10/1997, DJ 17/04/1998.

parte residual. El resultado de las dos declaraciones equivaldría a una inconstitucionalidad parcial del precepto. En la segunda, el STF no logra alcanzar la mayoría absoluta necesaria para declarar la inconstitucionalidad de la parte residual. La única consecuencia en este caso “es la posibilidad de inaplicación de los dispositivos por las demás instancias del Poder Judicial en el dominio del control difuso incidental, lo que es suficiente, obviamente, para autorizar la permanencia de la controversia judicial existente acerca del asunto.”¹²⁵³ Es decir, en la medida en que el STF declaró constitucional tan solo una parte del precepto, pesaría sobre él una especie de declaración de inconstitucionalidad parcial implícita, pero informal. En realidad, es altamente cuestionable la necesidad de votación específica para declarar la inconstitucionalidad de la parte restante del precepto parcialmente declarado constitucional por el Pleno del STF. Como anteriormente se ha visto, el carácter dúplice o ambivalente de la acción directa de inconstitucionalidad y de la declaratoria de constitucionalidad determina que la eventual desestimación de cualquiera de ellas conlleve una declaración en sentido contrario. Por esto, la propia declaración de constitucionalidad de parte del precepto debería conllevar la inconstitucionalidad de su parte residual.¹²⁵⁴

La inconstitucionalidad parcial puede ser declarada tanto en el control concentrado, como en el control difuso¹²⁵⁵ y sus efectos - respetadas las idiosincrasias de cada control - son idénticos a los de la sentencia de inconstitucionalidad total: *erga omnes*, por regla *ex tunc* y vinculantes en el control concentrado; *inter partes* y por regla *ex tunc* en el control difuso.¹²⁵⁶ A semejanza de Europa, también en Brasil la sentencia de inconstitucionalidad parcial cuantitativa no es el único tipo de decisión que no declara totalmente inconstitucional el precepto legal cuestionado. En efecto, además de textos, los tribunales están autorizados asimismo a eliminar normas del precepto, conservando su texto intacto, a través de la sentencia de inconstitucionalidad parcial cualitativa. Esta decisión - conocida en Alemania y Brasil por sentencia de

¹²⁵³ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 305 y 306.

¹²⁵⁴ Es lo que ocurrió en la ADC 1 (Moreira Alves, j. 01/12/1993, DJ 16/06/1995), en que el Pleno juzgó parcialmente constitucionales los artículos 9º y 13 de la Ley Complementar 70/1991.

¹²⁵⁵ Ver: VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 164.

¹²⁵⁶ Las posibilidades de modulación de los efectos de las sentencias están más adelante en el epígrafe “5.2 Sentencias limitativas”.

inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto – creemos que es fundamentalmente interpretativa y es en este ámbito en el que será aquí analizada.¹²⁵⁷

¹²⁵⁷ Como se vio anteriormente, buena parte de la doctrina italiana las denomina a ambas, indistintamente, sentencias de inconstitucionalidad parcial o reductoras y las consideran de índole manipulativa. Ver, entre otros: ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale...* op. cit. pp. 297 y sig.; LAVAGNA, C. *Sulle sentenze 'aditive'* op. cit. p. 146; SANDULLI, A. M. *Il giudizio sulle leggi...* op. cit. pp. 60 y 61; DUNI, G. *L'oggetto dei giudizi di costituzionalità...* op. cit. pp. 343 y sig. Ver también: STC 45/1957. Pizzorusso también las llama de sentencia estimatoria parcial y las incluye entre las manipulativas, pero en el sentido que aquí denominamos sentencia estimatoria interpretativa en sentido estricto. En: PIZZORRUSO, A. *Las sentencias 'manipulativas' del...* op. cit. pp. 286 y sig. Para algunos autores, como Guastini y Romboli, ellas son fundamentalmente aditivas y sustitutivas. En: GUASTINI, R. *La 'constitucionalización' del...* op. cit. pp. 65-66; ROMBOLI, R. *Italia...* op. cit. pp. 113-115. En Portugal Vitalino Canas incluye las sentencias reductoras entre las manipulativas. En: CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. p. 185. Sin embargo, la generalidad de los autores portugueses no incluye la sentencia reductora entre las decisiones manipulativas. Ver: MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. p. 503; ALMEIDA, L.N. de, "O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões" in COELHO, M.B. *Portugal: sistema político e constitucional 1974/1987*. Lisboa, 1989, pp. 955 y 956; COSTA, J.M.C. da, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2. ed. Coimbra, 1992, pp. 59 y sig.; CANOTILHO, J.J.G., *Direito Constitucional ...*, 5. ed. op. cit. p. 1007, 1008 y sig.; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. p. 457. En España, Díaz Revorio, por ejemplo, incluye la sentencia reductora (parcial cualitativa) entre las manipulativas. En: DÍAZ REVORIO, F. J. *Las sentencias interpretativas del...* op. cit. pp. 133 y sig.

3. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS.

Como se ha visto en los capítulos referentes a Italia y Portugal, lo normal es que los tribunales constitucionales europeos y la doctrina no confundan las sentencias en que el tribunal elige una de las interpretaciones (normas), que alternativamente emergen del precepto legal, con aquellas en que él reduce, adiciona o sustituye parte del contenido normativo derivado conjuntamente (o contemporáneamente) del precepto legal, para armonizarlo con la Constitución. En la clasificación aquí adoptada, las primeras originan la sentencia interpretativa en sentido estricto y las segundas, las sentencias manipulativas (Italia) o modificativas (Portugal), que pueden ser reductoras¹²⁵⁸, aditivas y sustitutivas.¹²⁵⁹ La interpretación conforme a la Constitución

¹²⁵⁸ Como vimos anteriormente, la sentencia reductora (inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto o cualitativa) no es considerada interpretativa en Portugal. Ver, por todos: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 317 y sig. En Italia algunos autores no la consideran manipulativa. Ver: ROMBOLI, R. La tipologia de las decisiones... op. cit. pp. 64 y 65. CRISAFULLI, V. La Corte Costituzionale ha... op. cit. pp. 1703 y sig. En Brasil, Lenio Streck considera que "las decisiones interpretativas constituyen, en *ultima ratio*, una especie de decisiones en que hay un aditamento explícito de sentido o una reducción de una de las hipótesis aplicables al texto" (en: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 615). Aunque no compartamos la afirmación de que en las decisiones interpretativas hay necesariamente adición o reducción de sentido - puesto que en la sentencia interpretativa en sentido estricto hay tan solo una elección entre interpretaciones alternativas del texto del precepto legal -, sí compartimos la idea de que las sentencias que adicionan o reducen determinado contenido normativo sin modificar su texto sean igualmente interpretativas, sin embargo, en un sentido *lato sensu*. Siguiendo la mayoría de la doctrina italiana y la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, consideramos que las sentencias interpretativas aditivas y reductoras (así como las sustitutivas) pertenecen al subgrupo de las decisiones manipulativas. Ver: PIZZORRUSSO, A. Las sentencias 'manipulativas' del... op. cit. pp. 286 y sig.

en sentido lato está en el origen de estas sentencias - genéricamente conocidas por interpretativas -, que son utilizadas en Brasil, tanto en el control concentrado como en el difuso. Cuando en la década de los setenta el STF pronunció las primeras sentencias de este tipo, se limitaba a desestimar la acción de inconstitucionalidad, declarando sucintamente en el fallo la legitimidad del precepto cuestionado, siempre que este fuera interpretado en el sentido que el Tribunal consideraba conforme a la Constitución. Como algunos jueces y tribunales continuaron aplicando la norma con los sentidos apuntados como inconstitucionales en los fundamentos de la decisión, en los años noventa el STF pasó a declarar en el fallo la inconstitucionalidad del precepto en todos los sentidos distintos al entendido como constitucional. De esta manera, garantizó que la sentencia tuviera efectos generales y vinculantes. Sin embargo, al utilizar la sentencia interpretativa en sentido estricto para declarar una inconstitucionalidad, el STF acabó acercándola a la sentencia de inconstitucionalidad parcial cualitativa (reductora), conocida en Brasil y Alemania por sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. La consecuencia final, como se verá, es que el Tribunal ha terminado equiparando a estos dos tipos de sentencias, en idénticos términos a los defendidos por parte de la doctrina alemana.¹²⁶⁰ Esta orientación aún perdura, y ni siquiera el advenimiento de la Ley 9868/1999 - que las describe como decisiones autónomas en su art. 28, párrafo único - ha logrado cambiarla. El resultado es que las sentencias manipulativas son muy poco conocidas o discutidas en Brasil.

El hecho de que la Ley 9868/1999 tan solo mencione la interpretación conforme a la Constitución y la sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto – como si no existieron otras sentencias interpretativas – ciertamente ha contribuido al proceso anterior. La sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto ha sido aceptada sin mayores reparos y ni siquiera es considerada, o

¹²⁵⁹ Esta clasificación tiene básicamente origen en Italia, siendo usualmente usada por la *Corte Costituzionale*. No se ignora, con todo, que en la literatura jurídica de aquel país pueden encontrarse algunas variantes tipológicas. Ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 215 y sig. ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale op. cit. pp. 297 y ss.; ZAGREBELSKY, G. La Corte costituzionale e il legislatore... op. cit. p. 106; CERRI A. Corso di giustizia... op. cit. pp. 119 y sig. En España Díaz Revorio también adopta esta clasificación. En: DÍAZ REVORIO, F.J. Las sentencias interpretativas... op. cit. pp. 133 y sig.

¹²⁶⁰ W. Löwer, por ejemplo, habla en “veredicto de inconstitucionalidad relativo a una variante normativa concreta de la interpretación”. En: LÖWER, W. Zuständigkeiten und Verfahren... op. cit. pp. 779 y 811. Ver también Brun-Otto Bryde, para quien las dos modalidades no se confunden. En: BRYDE, B.O. Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik... op. cit. p. 411.

tachada, de manipulativa. Su posterior equiparación a la interpretación conforme a la Constitución en su enfoque negativo (sentencia interpretativa de inconstitucionalidad en sentido estricto) en cierta manera confirma esa percepción. Sin embargo, aunque la pertinencia del uso de las sentencias manipulativas, que tanta polémica han causado en otros sistemas constitucionales, no haya merecido la debida atención de la doctrina brasileña, ello no significa que no estén siendo utilizadas, como más adelante se podrá constatar. Los autores en general siguen la misma senda de los tribunales. Clèmerson Clève, por ejemplo, tras afirmar que “se discute entre nosotros la adopción de sentencias que los italianos llaman de manipulativas”, apenas incluye entre ellas la aditiva y la substitutiva.¹²⁶¹ Olvida, por consiguiente, la sentencia reductora (inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto), igualmente considerada manipulativa por la *Corte Costituzionale* y por la mayor parte de la doctrina en Italia, pero consensualmente aceptada en Brasil.

Por todo lo expuesto, el análisis de las sentencias interpretativas que a continuación se desarrolla tendrá como punto de partida la sentencia interpretativa en sentido estricto (interpretación conforme a la Constitución) y su relación con la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. Posteriormente, a pesar de no ser este el criterio normalmente utilizado en Brasil, esta última será estudiada en el ámbito de las sentencias manipulativas, que creemos que es el lugar que efectivamente le corresponde. Aunque no exista ningún estudio exhaustivo sobre el uso de las sentencias aditivas y substitutivas en los tribunales – investigación por hacer en Brasil - el estudio de la evolución doctrinal y jurisprudencial respecto a esta materia demostrará su difusión, tanto en el control concentrado como en el difuso, sin que se las haya identificado por su nombre propio. Por esta razón, nos ocuparemos de ellas en los epígrafes correspondientes.¹²⁶² Finalmente, con el objetivo de aplicar estos conceptos y proporcionar una visión de conjunto, serán analizadas más detenidamente dos

¹²⁶¹ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. pp. 259 y 260. El autor considera además que las técnicas alemanas de “declaración de mera incompatibilidad”, de “ley todavía constitucional” y de “apelo al legislador” podrían ser, “con algún cuidado, compatibilizadas con el modelo brasileño de control de constitucionalidad”. Op. cit. pp. 260 y 261.

¹²⁶² Una cuestión que no será aquí a abordada, pero que merece al menos un breve registro, es la posibilidad de utilización de sentencias interpretativas respecto a leyes anteriores a la actual Constitución. Como se sabe, la acción de incumplimiento de precepto fundamental permite el control de esas leyes, aunque de forma subsidiaria. En principio, si el STF pasara a declarar explícitamente, sin subterfugios, la inconstitucionalidad de esos preceptos, no habría porque negar esa posibilidad. Este asunto fue debatido en la ADPF 54 QO – DF, Marco Aurélio, j. 27/04/2005, DJ 31/08/2007.

sentencias interpretativas emitidas, en el ámbito del control difuso, por un Tribunal de Justicia estadual. Este análisis nos permitirá constatar, entre otras cosas, que la emisión de sentencias interpretativas – incluso aditivas, aunque bajo otra denominación – no ha sido una exclusiva del STF y tampoco del control concentrado. Se intentará asimismo dejar patente la importancia de no confundir la sentencia interpretativa en sentido estricto – que también puede ser de constitucionalidad -, con la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, que obviamente no puede serlo. Ocurre que las secciones de los tribunales suelen dejar de suscitar el incidente de inconstitucionalidad ante el Pleno, incluso cuando la sentencia interpretativa es de inconstitucionalidad. Sin embargo, en nuestro trabajo defendemos que el incidente ante el Pleno tan solo puede ser obviado, si, a través de la interpretación conforme a la Constitución, la sección efectivamente elige una interpretación constitucional, porque tanto la elección de una interpretación inconstitucional, como la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto – y las demás sentencias manipulativas - conllevan un juicio de minusvaloración del precepto legal, aunque su texto permanezca inalterado.

Por último, cabe subrayar que los efectos de las sentencias interpretativas son idénticos a los de la sentencia de inconstitucionalidad simple: *inter partes* y en principio *ex tunc* en el control difuso; *erga omnes*, vinculantes y en principio *ex tunc* en el control concentrado. Por otra parte, el hecho de que el art. 28, párrafo único, de la Ley 9868/1999 prevea explícitamente – sin mayores precisiones - que “la declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, incluso la interpretación conforme a la Constitución y la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto, tienen eficacia contra todos y efecto vinculante en relación a los órganos del Poder Judicial y la Administración Pública federal, estadual y municipal”, ha ralentizado en gran parte el debate doctrinal sobre el efecto vinculante de las interpretaciones del STF, tan intenso en Italia y Portugal – como vimos anteriormente - y en otros países europeos.¹²⁶³ Las sentencias interpretativas mantienen igualmente el carácter dúplice

¹²⁶³ En Alemania, Maunz señala que la interpretación de la ley considerada inconstitucional por el *Bundesverfassungsgericht* no puede ser considerada fundada en derecho por la magistratura ordinaria en su labor jurisdiccional posterior. En: MAUNZ, T.; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.; KLEIN, F.; ULSAMER, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...* op. cit. § 31, p. 19. Relativamente a la interpretación que el TC entienda constitucional, la mayoría de la doctrina entiende que la magistratura no puede, en principio, considerarla inconstitucional, pero sí puede optar por otra interpretación que también considere constitucional y aplicable. Ver: BETTERMAN, K.A. *Die Verfassungskonforme Auslegung...* op. cit. pp. 44 y sig. En el mismo sentido, VOSSKÜHLE, A. *Theorie und Praxis der Verfassungskonformen...* p. 177.

inherente a las acciones del control concentrado brasileño, lo que significa que la desestimación de la demanda comporta una declaración en sentido opuesto al solicitado. Además, por mayoría de dos tercios de sus miembros, el STF puede restringir los efectos de la declaración o decidir que esta únicamente tenga eficacia *ex nunc* o *pro futuro* (arts. 23 y 27, Ley 9868/1999).¹²⁶⁴

3.1. Sentencia interpretativa en sentido estricto (interpretación conforme a la Constitución).

Recuerda Luís Barroso, que el principio de presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas y de los actos del Poder Público se dirige a impedir que un precepto legal sea declarado inconstitucional: “a) cuando la invalidez no sea manifiesta e inequívoca, caso en que la duda debe favorecer su preservación; b) cuando entre interpretaciones plausibles y alternativas exista alguna que permita compatibilizarla con la Constitución.”¹²⁶⁵ El primer supuesto tiene su origen entre otros en el derecho norteamericano y se funda en la idea de que el legislador no podría haber pretendido votar una ley inconstitucional¹²⁶⁶ y el segundo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Se trata del principio de la interpretación conforme a la Constitución, que tiene por base la supremacía de la Constitución e impone que todas las normas jurídicas sean interpretadas en consonancia con su texto.¹²⁶⁷ Esta regla

¹²⁶⁴ Ver más adelante el epígrafe “5.2 Sentencias limitativas”.

¹²⁶⁵ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 188.

¹²⁶⁶ “*The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect.*” En: COOLEY, T. *Treatise on the constitutional limitations*, 4. ed. Boston, 1878, p. 228.

¹²⁶⁷ Ver: BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 189; MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 289; BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. pp. 93 a 95; CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. p. 263 y sig.; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. pp. 294 y sig. En Alemania, ver: BRYDE, B.O. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik...* op. cit. pp. 411; SACHS, M. “*Bindungswirkung bei*

hermenéutica o de técnica del control de constitucionalidad, explica Luís Barroso, está compuesta por los siguientes elementos: “a) elección de una interpretación del precepto legal, que lo mantenga en armonía con la Constitución, en frente a otras posibilidades interpretativas; b) búsqueda de un sentido posible para el precepto, más allá del que resulta de una primera lectura de su texto; c) además de la elección de una línea de interpretación, se procede a la exclusión expresa de otra u otras interpretaciones posibles, que conducirían a resultado contrario a la Constitución; d) en consecuencia, la interpretación conforme a la Constitución no es un mero criterio hermenéutico, sino, también, un mecanismo de control de constitucionalidad por el cual se declara ilegítima determinada lectura del precepto legal.”¹²⁶⁸ En suma, el autor entiende que la interpretación conforme a la Constitución tiene el objetivo de conservar íntegro el texto del precepto legal, proporcionando al tribunal la posibilidad de elegir una interpretación compatible con la Constitución y de declarar la inconstitucionalidad de una o más de sus interpretaciones. Como diría Gilmar Mendes, esto puede ocurrir “siempre que determinada disposición legal ofrezca diferentes posibilidades de interpretación, siendo algunas de ellas incompatibles con la Constitución”.¹²⁶⁹

En la acción directa de inconstitucionalidad 3046¹²⁷⁰ el STF define donde se encuentran los límites de la interpretación conforme a la Constitución: “técnica de

verfassungskonformer Gesetzeauslegung” in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, p. 344; HESSE, K. Concepto y cualidad de... op. cit. p. 53; LEIBHOLZ, G.; RUPPRECHT, R. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar*. Köln, 1968, § 79, p. 3. En Italia: AMOROSO, G., L'Interpretazione 'adeguatrice' nella... op. cit. pp. 89 y sig; SORRENTI, G. L'interpretazione 'adeguatrice' della... op. cit.; ANZON, A. Interpretazione 'corretta' e... op. cit. pp. 2246 y sig; LAMARQUE, E. Le sezioni unite penali... op. cit. pp. 1412 y sig.; ONIDA, V.; D'AMICO, M. Il giudizio di... op. cit. p. 151; RAUTI, A. L'interpretazione adeguatrice come... op. cit. pp. 283 y sig. En Portugal: MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. p. 503; ALMEIDA, L.N. de. O Tribunal Constitucional e o conteúdo... op. cit. pp. 951 y sig.; CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. pp. 182 y sig.; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 289 y sig., 413 y sig. y 533 y sig.; OTERO, P. Ensaio sobre... pp. 110 y sig.; CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional*... pp. 1005 y sig.

¹²⁶⁸ BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 189. Ver: MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*... op. cit. p. 295.

¹²⁶⁹ MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional* ... op. cit. p. 287. En el mismo sentido: BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 189. Ver: Representación de Inconstitucionalidad nº 1.417 (RTJ 126/53). Ver también: BITTENCOURT, L. O controle... op. cit. pp. 93 y sig. y 118 y sig. En la literatura germánica, entre otros: SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht*... op. cit. p. 184; HESSE, K. “La interpretación constitucional” en *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 53; STERN, K. *Derecho del Estado de la República Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 297 y sig.; GUSY, C. *Parlamentarischer Gesetzgeber*... op. cit. p. 214;

¹²⁷⁰ ADI 3046, Sepúlveda Pertence, j. 15/04/2004, DJ 28/05/2004.

control de constitucionalidad que encuentra el límite de su utilización en el radio de las posibilidades hermenéuticas de extraer del texto una significación normativa armónica con la Constitución”.¹²⁷¹ Inicialmente el STF la utilizaba para interpretar el precepto legal con el objetivo de compatibilizarlo con el texto constitucional. Es decir, “la interpretación conforme a la Constitución llevaba siempre a la declaración de constitucionalidad de la ley”.¹²⁷² La acción de inconstitucionalidad era desestimada y “el resultado de la interpretación normalmente incorporado de forma resumida en la parte dispositiva de la decisión.”¹²⁷³ El magistrado Celso de Mello sintetizó de la siguiente manera esa orientación: “la incidencia de este postulado permite que se reconozca la legitimidad constitucional de una determinada propuesta interpretativa y que se excluyan las demás construcciones exegéticas propiciadas por el contenido

¹²⁷¹ Es más que cuestionable la posibilidad e, incluso, la necesidad de una interpretación de la Constitución conforme a la ley, como defienden algunos autores brasileños. Tras afirmar que siempre que el precepto constitucional proporcione diversas hipótesis interpretativas, el Poder Judicial debe optar por aquella en la que la ley sea tenida por válida, Zeno Veloso concluye que “así como existe la interpretación conforme a la Constitución, es pertinente, simétricamente también lo es, una interpretación de la Constitución conforme a la ley. En ambos casos se valora el principio de la presunción de la constitucionalidad (*in dubio pro legislatore*) y la necesidad de conservación de las leyes, observándose la circunstancia relevante y especialísima de que las mismas han sido producidas por el legislador democrático.” (VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 174). También Luís Barroso subraya que “cuando el Poder Judicial, despreciando otras posibilidades interpretativas, da preferencia a la que había sido elegida por el legislador, está, en verdad, haciendo uso de la interpretación de la Constitución conforme a ley”. Sin embargo, matiza esta posibilidad, concediendo que “tal deferencia debe cesar donde no sea posible transigir con la voluntad cristalina emanada del texto constitucional” (BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 195). Las posiciones que remarcan la presunción de constitucionalidad de las leyes son, en principio, acordes con el Estado Democrático de Derecho. En ese sentido, Luís Barroso ha afirmado con absoluta corrección que “ha sido al Poder Legislativo, que tiene el bautismo de la representación popular - y no al Poder Judicial -, al que la Constitución ha encomendado la función de crear el derecho positivo y regir las relaciones sociales. Solo excepcionalmente – y en salvaguarda de la inequívoca voluntad constitucional – los jueces y tribunales deberán sobreponer su interpretación a las decisiones y evaluaciones de los legisladores” (BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 192). También es cierto que la interpretación conforme a la Constitución supone un mecanismo de autolimitación del Poder Judicial (*judicial self-restraint*). No obstante, la pretendida interpretación de la Constitución conforme a la ley, además de implicar un eclecticismo innecesario, tiene el claro inconveniente de subvertir el papel del control de constitucionalidad de las leyes, cuyo parámetro de validez debe ser siempre la Constitución, en respeto al principio jurídico de la supremacía de la Constitución. En suma, la Constitución debe ser siempre – y efectivamente lo es - el “filtro” de la ley y no el contrario. Por ello, tiene toda la razón André Tavares cuando afirma de forma tajante que “se encuentra absolutamente vedada la interpretación de la Constitución conforme a las leyes. No se puede hacer uso de conceptos legales para pretender extraer conceptos constitucionalmente conformados” (TAVARES, A.R. Curso de direito... op. cit. p. 77).

¹²⁷² BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. p. 95. Por ejemplo: [ADI 221-MC](#), voto de Moreira Alves, j. 29/03/1990, *DJ* 22/10/1993: “En materia de inconstitucionalidad de ley o de acto normativo, se admite resguardar - de entre los sentidos posibles del precepto legal - aquél que sea constitucionalmente legítimo. Es la denominada interpretación conforme a la Constitución.”

¹²⁷³ MENDES, G.F. in MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 295.

normativo del acto cuestionado. En suma, el principio de la interpretación conforme a la Constitución, al reducir la expresión semiológica del acto impugnado a un único sentido interpretativo, garantiza, a partir de su concreta incidencia, la integridad del acto del Poder Público en el sistema de derecho positivo. Esta función conservadora de la norma permite que se realice, sin reducción del texto, el control de su constitucionalidad.”¹²⁷⁴

La decisión del STF en la Representación 948 ha sido frecuentemente citada como ejemplo de este tipo de sentencia.¹²⁷⁵ Se discutía el art. 156 de la Constitución del Estado de Sergipe, que había instituido una pensión mensual y vitalicia para los ex gobernadores del Estado que hubieran ejercido el cargo más de la mitad del respectivo mandato.¹²⁷⁶ Este artículo se basaba en el art. 184 de la anterior Constitución brasileña, que concedía idéntica prestación a los ex presidentes de la República. Sin embargo, el Procurador General de la República, único legitimado para demandar en el ámbito del control concentrado en aquél entonces, intentó ante el STF la declaración de inconstitucionalidad del referido art. 156 de la Constitución Estadual, porque este precepto no precisaba que el mandato del Gobernador debería ser ejercido “con carácter permanente”. En efecto, “la Enmienda nº 1 a la Constitución de 1967 incluyó una disposición asegurando a quien haya ejercido “con carácter permanente” el cargo de Presidente de la República, un subsidio mensual y vitalicio igual al vencimiento del cargo de Magistrado del STF, siempre que no haya sufrido suspensión de derechos políticos (art. 184).”¹²⁷⁷

La Representación fue desestimada y en los fundamentos de la sentencia el relator afirmó que “considerando la finalidad a la que se orienta el texto, la exigencia de ejercicio del cargo “con carácter permanente” está implícita en la restricción ‘*quien lo tenga ejercido por más de la mitad del plazo del mandato respectivo*’. Por ello, se

¹²⁷⁴ ADI 581, voto de Celso de Mello, rel. Marco Aurélio, j. 12/08/1992, DJ 06/11/1992. Ver: VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. pp. 169 a 171.

¹²⁷⁵ Representación nº 948, Moreira Alves, j. 27/10/1976.

¹²⁷⁶ Constitución del Estado de Sergipe, art. 156: “Cesada la investidura del cargo de Gobernador de Estado, quien lo tenga ejercido por más de la mitad del plazo del respectivo mandato tendrá derecho, a título de representación, desde que no tenga sufrido suspensión de derechos políticos, a un subsidio mensual y vitalicio igual a los vencimientos del cargo de Juez del Tribunal de Justicia.”

¹²⁷⁷ Representación nº 948, Moreira Alves, j. 27/10/1976, p. 9. La exigencia de que el beneficiario no haya “sufrido suspensión de derechos políticos” revela el periodo por lo cual pasaba el país, sometido en aquel entonces a una dictadura militar (1964 a 1985).

tiene por constitucional el art. 156 de la Constitución del Estado de Sergipe.” Se trata efectivamente de una sentencia interpretativa de desestimación en sentido estricto (interpretación conforme a la Constitución), aunque el Tribunal no haga mención a este hecho. Ciertamente se trata de una de las más antiguas sentencias interpretativas del STF, puesto que emitida bajo la Constitución de 1967. Del texto de la Constitución Estadual, interpretado en conjunto con la Constitución Federal, podían extraerse dos normas (interpretaciones) alternativas. Una constitucional, entendiendo que en el texto del art. 156 está implícito que el cargo de Gobernador debiera ser ejercido “con carácter permanente”. Otra inconstitucional, entendiendo que el texto no es capaz de generar semejante sentido. El Tribunal optó por la alternativa constitucional. Con todo, Gilmar Mendes, observa que, “en este caso, no se trataba tan solo de excluir otras posibilidades de interpretación, sino también de colmar una laguna identificada en el texto constitucional estadual apoyándose en premisas extraídas directamente de la Constitución Federal.”¹²⁷⁸ Es decir, el autor considera que esta decisión pueda ser aditiva o, eventualmente, integrativa (o integradora).¹²⁷⁹

Sin embargo, a semejanza de lo ocurrido en Italia, el Tribunal pronto se dio cuenta de que la desestimación en tales condiciones suscita algunos problemas. “Como la cosa juzgada alcanza únicamente a la parte dispositiva de la decisión (que es de rechazo de la inconstitucionalidad) y no a sus fundamentos¹²⁸⁰, los jueces y tribunales continuaban aplicando en ocasiones la norma impugnada en los sentidos apuntados como inconstitucionales.”¹²⁸¹ Por ello, ya a fines de 1987 el STF dejó claro

¹²⁷⁸ MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 295; MENDES, G. F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 348. El autor indica asimismo, como ejemplos de interpretación conforme a la Constitución, la Representación 1163 (Francisco Rezek) y el voto de Néri da Silveira en la Representación 1100.

¹²⁷⁹ La diferencia entre estos dos tipos de sentencias “está en que en las decisiones aditivas el Tribunal formula, implícita o indirectamente, una regla, mientras que en las decisiones integrativas se apoya directamente en una regla constitucional.” En: MIRANDA, J. Teoria do Estado e... op. cit. p. 514. Ver más adelante el epígrafe “3.2.2 Sentencia aditiva”.

¹²⁸⁰ Resulta esclarecedor comprobar que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Enmienda Constitucional (Propuesta Roberto Campos), que introdujo la acción declaratoria de constitucionalidad, consta que el efecto vinculante en relación a los órganos y agentes públicos – hasta entonces inexistente en Brasil - “fue desarrollado en el derecho procesal alemán y tiene por objetivo otorgar mayor eficacia a las decisiones emitidas por aquella Corte Constitucional, asegurando fuerza vinculante no solo a la parte dispositiva de la decisión, sino también a los llamados *fundamentos o motivos determinantes (tragende Gründe)*”. A pesar de ello, la doctrina del STF asegura efecto vinculante tan solo al fallo de sus sentencias. Ver: MENDES, G. F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 245.

¹²⁸¹ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 266. En esas situaciones cabe Reclamación al STF o, cumplidos sus presupuestos, Recurso Extraordinario.

en los fundamentos de uno de sus pronunciamientos, “que la interpretación conforme a la Constitución no debe ser vista como un simple principio de interpretación, sino como una modalidad de decisión del control de normas, equiparable a una declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto.”¹²⁸² Es obvio pues que el STF, ya en sus primeras consideraciones sobre el tema, entendía que la interpretación conforme a la Constitución - en su vertiente negativa - debería ser equiparada a una declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto.¹²⁸³

3.1.1. La equiparación de la sentencia interpretativa en sentido estricto con la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto.

Aunque en el 2001 Gilmar Mendes todavía opinaba que “no se puede afirmar con seguridad si en la jurisprudencia del STF la interpretación conforme a la Constitución debe ser, siempre, equiparada a una declaración de nulidad sin reducción de texto”¹²⁸⁴, la nueva orientación ya se había impuesto virtualmente. Algunas decisiones parecen apuntar, añade el autor, a que “por lo menos en el control abstracto de normas, el Tribunal ha buscado, en los casos de exclusión de determinadas hipótesis de aplicación o hipótesis de interpretación del ámbito normativo, acentuar la equivalencia de esas categorías”.¹²⁸⁵ En otras palabras, bajo el paraguas de la

¹²⁸² Representación 1417, Moreira Alves, j. 09/12/1987, DJ. 15/04/1988. Ver: MENDES, G. F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. . 299.

¹²⁸³ Es muy común que los autores utilicen la expresión inconstitucionalidad sin reducción de texto, cuando quieren referirse a la inconstitucionalidad *parcial* sin reducción de texto. No obstante, una inconstitucionalidad sin reducción de texto que no sea parcial es, en rigor, una sentencia interpretativa de inconstitucionalidad en sentido estricto.

¹²⁸⁴ MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 299.

¹²⁸⁵ MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. pp. 299 y 300. Para ejemplificar, el autor indica la ADI 319, Moreira Alves, j. 03/03/1993, DJ 30.04.1993 y la ADI 491, Moreira Alves, j. 13/06/1991, DJ 25/10/1991.

interpretación conforme a la Constitución, tomado en su aspecto negativo, el STF pasó a abarcar dos situaciones distintas: la exclusión de “determinadas hipótesis de aplicación” del contenido normativo y la exclusión de “hipótesis de interpretación” del contenido normativo. Y ello dado que solo esta última, que origina la sentencia interpretativa de inconstitucionalidad en sentido estricto, es su contrapunto natural. La primera en realidad origina la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, una sentencia manipulativa.

La sentencia emitida tras la acción directa de inconstitucionalidad 2655 es típicamente interpretativa de inconstitucionalidad en sentido estricto, a pesar de la redacción utilizada por el STF.¹²⁸⁶ Se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del art. 7º de la ley 7603/2001 del Estado de Mato Grosso, que establecía un tanto por ciento que debía cobrarse “en las causas [judiciales] de valor superior a mil veces el salario mínimo”, por una supuesta oposición al art. 7º, IV CFB, que prohíbe la vinculación al salario mínimo para cualquier fin. El fallo declaró el citado artículo “parcialmente inconstitucional, sin reducción de texto (...) de modo que la alusión a mil salarios mínimos se refiera exclusivamente al múltiplo del valor del salario mínimo en vigor en el inicio de la vigencia de la ley”. En realidad no hay inconstitucionalidad parcial, sino dos interpretaciones alternativas. Una inconstitucional, según la cual el tanto por ciento incidiría sobre valores periódicamente reajustados de acuerdo con los aumentos del salario mínimo. Otra constitucional, afirmando que el múltiplo de salarios mínimos estipulado era fijo, pues se refería únicamente a su valor en el inicio de vigencia de la ley. El Tribunal estimó la demanda, pero indicó expresamente la interpretación considerada constitucional. Ese tipo de sentencia confirma la constatación de Clèmerson Clève, para quien, “si en algún momento los dos tipos de sentencias asumieron identidad propia, hoy sufren un continuo proceso de equivalencia”.¹²⁸⁷

En este sentido, Moreira Alves afirmó textualmente en la acción directa de inconstitucionalidad 319, en la cual fue relator, que “esta Corte alteró la técnica del enunciado de la decisión, cuando adopta una interpretación conforme a la Constitución,

¹²⁸⁶ ADI 2655, Ellen Gracie, j. 09/10/2003, DJ. 26/03/2004.

¹²⁸⁷ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 267. En la nota 297 el autor indica una serie de *acórdãos*. Entre ellos: ADI 1620, Sepúlveda Pertence, j. 19/06/1997, DJU 15/08/1997; ADI 1600, Sydney Sanches, j. 27/08/1997 (Informativo STF nº 81); ADI 1668, Marco Aurélio, j. 08/10/1997; ADI 1371, j. Néri da Silveira, j. 03/06/1998.

pasando a entender que en este caso debe ser declarada la inconstitucionalidad parcial del precepto impugnado en todos los sentidos menos en aquel que ella entiende que se concilia con la Carta Magna”.¹²⁸⁸ Esta opción tiene la clara aquiescencia de Luís Barroso, que sustenta que la consecuencia de una interpretación conforme, vista por el lado positivo, “es, sin duda, la preservación de la norma. Pero, por el lado negativo, tiene un carácter anulatorio, siendo acertada su equiparación¹²⁸⁹ a una declaración de nulidad sin reducción de texto, como hacen algunos autores alemanes, a despecho de la crítica de cuño teorizante de Bryde”.¹²⁹⁰ Tal entendimiento no es compartido por Gilmar Mendes, para quien la proximidad entre los dos tipos y sus efectos parecidos (en la práctica) no llevan, necesariamente, a su equiparación. “La identificación entre la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto y la interpretación conforme a la Constitución solo sería posible si se entendiera, tal como es reconocido

¹²⁸⁸ ADI 319, Moreira Alves, j. 03/03/1993, DJ 30.04.1993, p. 89. La primera redacción había optado por una *sentencia interpretativa de constitucionalidad en sentido estricto*: los artículos en cuestión “son constitucionales con la interpretación de que su aplicación lleve en consideración las hipótesis en que, en el caso concreto, ocurra derecho adquirido, acto jurídico perfecto o cosa juzgada.” La definitiva quedó así: los dos artículos en cuestión son *parcialmente inconstitucionales* “ambos en todos los sentidos que no aquél según el cual de su aplicación se exceptúan las hipótesis en que, en el caso concreto, se produzca derecho adquirido, acto jurídico perfecto y cosa juzgada”. Una sentencia que, en realidad, es *interpretativa de inconstitucionalidad en sentido estricto*.

¹²⁸⁹ Como se nota, Gilmar Mendes ha utilizado los términos equiparación y equivalencia; Clèmerson Clève, equivalencia; y Luís Barroso, equiparación. Con todo, esas expresiones tampoco se confunden. Por el principio jurídico, esclarece De Plácido e Silva, “lo que es *equiparado* se regula por la misma regla jurídica y produce los mismos efectos, como si, en verdad, se tratara del acto jurídico o del hecho a que se *igualó* (equiparó). En esta circunstancia, la *equiparación* no trae el mismo sentido de *equivalencia*: cosas equivalentes no se dicen ni se muestran equiparadas. Estas se *igualan*; las *equivalentes* se substituyen, pero no siempre tienen consigo la naturaleza de la igualación. (...) De ese modo, por la *equivalencia* las dos cosas no se asemejan ni se igualan (equiparan), pero poseen *valor igual*, aunque radicalmente diferentes en naturaleza y especie”. En conclusión, sería más correcto utilizar el término equiparación. En: DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico* (actualizado por Nagib Slaibi Filho y Glaucia Carvalho). 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹²⁹⁰ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 190. Bryde considera que “ellas solo podrían ser identificadas si se considerase la interpretación conforme a la Constitución no como regla normal de hermenéutica, sino como una manera de preservar ‘leyes inconstitucionales’. No hay duda de que el Tribunal Constitucional utiliza, en múltiples ocasiones muchas veces, la interpretación conforme a la Constitución con esta finalidad. Es cierto, también, que en estos casos, sería más adecuada la declaración de nulidad parcial sin reducción de texto. Si se utilizara correctamente, la interpretación conforme a la Constitución no sería más que una interpretación de la ley (*Gesetzesauslegung*), toda vez que cualquier intérprete está obligado a interpretar la ley según las decisiones fundamentales de la Constitución”. En: BRYDE, B.O. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik...* op. cit. p. 411.

por Bryde, que la interpretación conforme a la Constitución no es solo una regla normal de hermenéutica, sino una modalidad específica de decisión”.¹²⁹¹

Por lo demás, la (indebida) equiparación entre la sentencia interpretativa de inconstitucionalidad en sentido estricto y la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto puede ser considerada una de las características de la tipología de las sentencias interpretativas en Brasil. Ya antes de la promulgación de la Constitución de 1988, el magistrado Moreira Alves afirmaba – en una sentencia que permanece como referencia en la materia - que el Tribunal actúa como legislador negativo no sólo cuando declara inconstitucional una ley sometida a su examen, “lo mismo ocurre cuando la Corte, aplicando la interpretación conforme a la Constitución, declara constitucional una ley con la interpretación que la compatibiliza con la Carta Magna, pues, en esa hipótesis, hay una modalidad de inconstitucionalidad parcial (la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto – *Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), lo que implica decir que el Tribunal Constitucional elimina – y, actúa, por lo tanto, como legislador negativo – las interpretaciones posibles de la ley, pero inconciliables con la Constitución.”¹²⁹²

Es curioso comprobar como el STF utiliza la noción de “legislador negativo” para justificar sus sentencias interpretativas de inconstitucionalidad, cuando en Europa el uso (o abuso) de tales decisiones es criticado exactamente por aquellos que entienden que el Tribunal Constitucional no debería actuar como legislador positivo.¹²⁹³

¹²⁹¹ MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 294 y 295.

¹²⁹² Representación de Inconstitucionalidad 1.417-DF, Moreira Alves, j. 09/12/1987, DJ 15/04/1988. Ver: CLÉVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. pp. 263 a 265; BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 191.

¹²⁹³ Para una visión general, ver: AJA, E. (editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1988. Como vimos anteriormente, la condición de que la decisión manipulativa sea a “*rime obbligate*” tiene justamente el objetivo de limitar la Corte y respetar la discrecionalidad del legislador. Ver, entre otros: PIZZORUSSO, A. *Sui limiti della potestà normativa...* op. cit. p. 312; COSTANZO, P. *Riflessioni interlocutorie sul...* p. 83; ANZON, A. *Nuove tecniche decisorie...* op. cit. pp. 3.203 y 3.204; MODUGNO, F. *Ancora sui controversi rapporti...* op. cit. p. 23; ONIDA, V.; D'AMICO, M., *I giudizio di...* op. cit. pp. 271; ZANON, N. *La Corte, il legislatore ordinario e...* op. cit. pp. 31-69 y sig.; LUCIANI, M. *Le decisione processuale e...* op. cit. pp. 147-148 y 177 y sig.; ROSSI, E. *Corte costituzionale e discrezionalità...* op. cit. pp. 216 y sig.; CARLASSARE, L. *Le decisioni d'inammissibilità...* op. cit. p. 64. En Portugal, ver, por todos: MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 487 y 488. Ver también: CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 91 y 92; MIRANDA, J. *Teoria do Estado...* op. cit. p. 515; MIRANDA, J. *Os tipos de decisões...* op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007). En Brasil, ver: SAMPAIO, J.A.L. “*As sentenças intermediarias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo*” in SAMPAIO, J.A.L.; CRUZ, A.R.S. (org.). *Hermenéutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

La función del legislador es hacer textos e, incluso cuando quiere que determinado precepto legal tenga una interpretación distinta de la que la población o los tribunales le hayan atribuido, el legislador puede elaborar una ley de interpretación auténtica que contenga la interpretación deseada. Por esto, cuando elimina normas de un precepto legal y preserva su texto, el Tribunal no actúa como legislador negativo. Su actuación es más bien la de un intérprete, cuyo objetivo es resguardar la constitucionalidad de las leyes y, por ende, la supremacía de la Constitución. Como bien dice Lenio Streck, “dejar de ejercer la clásica función de legislador negativo significa afirmar que el poder judicial, de cara a un dispositivo legal, no tiene necesariamente que declararlo inconstitucional o que afirmar su constitucionalidad.”¹²⁹⁴ Dicho esto, la inadecuación de la equiparación puede ser constatada incluso en la forma en que suelen ser redactadas estas decisiones. Si se trata de la anulación de una interpretación alternativa, la sentencia normalmente tiene un contenido semejante a este: *el precepto es inconstitucional en cuanto (o desde que) interpretado en determinado sentido...* Si se trata de la elección de una alternativa constitucional: *el precepto es constitucional en cuanto (o desde que) interpretado...* Es decir, como las interpretaciones son alternativas, o el precepto es totalmente constitucional interpretado en el sentido elegido, o totalmente inconstitucional interpretado en otro.¹²⁹⁵ Para que la inconstitucionalidad sea parcial sin reducción de texto, el contenido normativo del precepto debe sufrir una reducción. De ahí que este detalle caracterizador deba estar explícito en la redacción de la sentencia: *es inconstitucional en la parte en que prevé...*¹²⁹⁶

¹²⁹⁴ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 575. Ver también: SAMPAIO, J.A.L. *As sentenças intermediárias de...* op. cit.

¹²⁹⁵ “*If the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it be unconstitutional and by other valid, it is our plain duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity.*” (Doctrina de la Suprema Corte norteamericana citada por Lúcio Bittencourt en: BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. p. 93).

¹²⁹⁶ La importancia de tener clara esta diferencia queda expuesta en la siguiente afirmación de Lenio Streck: “No es posible transformar una declaración de inconstitucionalidad parcial cualitativa (...) en una declaración de constitucionalidad en cuanto efecto inverso. Si fuera así, no habría diferencia entre la interpretación conforme a la Constitución y la nulidad parcial sin reducción de texto, esto porque en aquella se declara la constitucionalidad del texto, sin alteración formal del texto (es por lo tanto, una sentencia de rechazo de inconstitucionalidad), no pudiendo, por ello, producir efecto vinculante, y en esta hay la declaración de la inconstitucionalidad a partir de la retirada del sistema de uno de los sentidos del texto, no habiendo alteración formal del mismo. Es únicamente este sentido eliminado del sistema el que autoriza la vinculación (al fin y al cabo, este sentido – y solo este – es nulificado)”. En: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 645.

En la misma Representación 1417, Moreira Alves afirma que la interpretación conforme “conduce a la estimación parcial de la acción directa, ‘para declarar inconstitucionales los sentidos admisibles de la norma, excepto el único compatible con la Constitución’.”¹²⁹⁷ Con todo, como es muy poco probable que el Tribunal sea capaz de emitir una decisión capaz de abarcar todas las posibles interpretaciones del precepto legal, resulta un tanto arriesgado mantener que determinado precepto legal es susceptible tan solo de una interpretación compatible con la Constitución. Aunque la declaración de constitucionalidad tenga efecto vinculante en Brasil, este no es capaz de impedir otra interpretación constitucional del mismo precepto.¹²⁹⁸ La evolución social puede obligar al propio STF a declararla, sin que ello signifique necesariamente el abandono de la interpretación constitucional anterior. Además, la aplicación del mismo precepto a diferentes supuestos concretos en el ámbito del control difuso, por la riqueza de situaciones que propicia, es un fértil campo para el surgimiento de otras interpretaciones. Y la eventual nueva interpretación constitucional

De esta afirmación puede inferirse que es posible diferenciar la interpretación conforme a la Constitución y la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto por el hecho de que la primera es producto de un rechazo de una petición de inconstitucionalidad - que en el entendimiento del autor no puede producir efecto vinculante -, y que la segunda es producto de una efectiva declaración de inconstitucionalidad de un sentido del texto. Sin embargo, la realidad es que el sistema brasileño permite tanto peticiones de declaración de constitucionalidad, como de inconstitucionalidad, y que la desestimación de estas peticiones producen declaraciones en sentido contrario al solicitado. Por ello, sin entrar en valoraciones sobre la posibilidad de petrificación del derecho a partir de la concesión de efecto vinculante a una decisión de constitucionalidad (tal concesión está prevista actualmente en la Constitución y en la ley), se vuelve importante verificar la consecuencia que tendría la explícita adopción por el STF de la tipología aquí defendida. De hecho, como el objeto de la sentencia interpretativa en sentido estricto es una interpretación elegida entre interpretaciones alternativas, el Tribunal puede sí optar entre una alternativa constitucional o una inconstitucional (la interpretación conforme no se reduce así a un mero rechazo de petición de inconstitucionalidad). El mismo razonamiento no sirve para la sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (parcial cualitativa), puesto que su objeto es exclusivamente la eliminación de la parte inconstitucional del contenido normativo del texto. En otras palabras, así como en la inconstitucionalidad parcial cuantitativa se elimina una palabra u otras expresiones de un texto, en la cualitativa se elimina una parte del contenido normativo, que quedará forzosamente reducido para poder ser aplicado de manera constitucional (es por ello que los italianos la incluyen entre las sentencias manipulativas). De ahí que este tipo de decisión comporta únicamente la declaración de inconstitucionalidad (es la única opción posible), siendo, por supuesto, un contrasentido la eventual pretensión de transformarla en sentencia de constitucionalidad.

¹²⁹⁷ Representación de Inconstitucionalidad 1.417-DF, j. 09/12/1987, DJ 15/04/1988. Ver: CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 264; BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 191.

¹²⁹⁸ Ver: MENDES, G. F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 294 y 295; BRYDE, B.O. Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik... op. cit. p. 410.

surgida en estas condiciones es tan legítima como la(s) elegida(s) por el STF.¹²⁹⁹ Por lo menos hasta que este se manifieste en sentido contrario, con ocasión de la decisión de una reclamación o de un recurso extraordinario. Nada impide, por otro lado, que el STF modifique su posición en el futuro, en función de la regla *rebus sic stantibus* o de cambios en la orientación jurídica, y declare la inconstitucionalidad de la misma norma anteriormente declarada constitucional.¹³⁰⁰

3.2. Sentencias manipulativas.

Aunque la expresión “sentencias manipulativas” no sea de uso corriente en Brasil, su utilización creemos que se justifica teniendo en cuenta que en este trabajo hemos acogido el concepto *stricto sensu* de sentencia interpretativa, lo que conlleva la existencia de sentencias interpretativas *lato sensu*. Es decir, aquel tipo de decisión en que el Tribunal no se limita a elegir entre interpretaciones alternativas contenidas en el precepto, sino que le atribuye un nuevo sentido o, lo que es lo mismo, manipula o modifica su contenido normativo. Se suele decir que las sentencias manipulativas son

¹²⁹⁹ Como vimos anteriormente, en Portugal la decisión de no inconstitucionalidad en el ámbito del control abstracto no produce ningún efecto, pero en el ámbito del control concreto - desestimación del recurso - implica que el juez *a quo* no puede dejar de aplicar la norma con fundamento en la inconstitucionalidad o ilegalidad ya negada en el curso del proceso por el TC, y la cosa juzgada. Ver: CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 18 en nota; MIRANDA, J. Teoria do Estado... op. cit. pp. 502 y sig. y 508 y sig.; COSTA, J.M.C. da, A jurisdição... op. cit. p. 62; CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e..., op. cit. 5. ed. pp. 956 y sig. En Italia la sentencia desestimatoria asimismo vincula exclusivamente las partes del proceso concreto originario. Ver: ZAGREBELSKY, G. Processo... op. cit. p. 627; VIGNUDELLI, A. La Corte delle leggi... op. cit. pp. 101 a 103. En Alemania la posibilidad de replantamiento de la inconstitucionalidad de la cuestión se centra sobre todo en la identidad efectiva entre la anterior y la nueva, y en los límites temporales de esta identidad. Ver: KRIELE, M. Theorie der... op. cit. p. 295 y sig.; SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. pp. 273, 274 y nota 7; WISCHERMANN, N. Rechtskraft und Bindungswirkung... op. cit. pp. 19 a 38.

¹³⁰⁰ Ver: MENDES, G. F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 363 y 364. Para mayores detalles, ver en este mismo capítulo los epígrafes “1.4 Efectos en el control concentrado (abstracto)” y “1.5 Efectos en el control difuso (concreto)”.

aquellas decisiones interpretativas de estimación que declaran inconstitucional una parte del contenido normativo derivado *conjuntamente o contemporáneamente* del texto, conservándolo íntegro.¹³⁰¹ Para algunos autores, su uso implica una actividad legislativa positiva del Tribunal. El italiano Guastini, por ejemplo, es muy explícito, señalando que con las sentencias manipulativas la *Corte Costituzionale* “no se limita a declarar la ilegitimidad de las normas que le son sometidas, sino que además – comportándose como un legislador - modifica directamente el ordenamiento, con el objetivo de armonizarlo con la Constitución”.¹³⁰² La visión de Lenio Streck es muy distinta. Aunque esté de acuerdo en que “cuando se adiciona sentido o se reduce el sentido (o la propia incidencia de una norma), se está haciendo algo que va más allá o más acá del texto de la ley”, entiende que “eso no significa que el Tribunal esté legislando. Por el contrario. Al adaptar el texto legal a la Constitución, a partir de los diversos mecanismos interpretativos existentes, el juez o tribunal tan solo cumple su tarea de guardián de la constitucionalidad de las leyes.” Es decir, la modificación del contenido normativo del precepto debería aceptarse como algo inherente a la justicia constitucional, siempre que sirva para ajustar el precepto legal a las directrices de la Constitución.

Al contrario de Lenio Streck, Zeno Veloso manifiesta sus temores en relación a la amplitud que puede acabar teniendo la interpretación conforme a la Constitución. Se vale para ello de las lecciones de Paulo Bonavides, que subraya “que ese medio de interpretación contiene un principio conservador de la ley, una determinación de hacerla siempre subsistente, de no eliminarla con facilidad del ordenamiento jurídico, ‘explotando al máximo y en su máxima amplitud todas sus posibilidades de permanencia’, pero advirtiendo que los límites entre la interpretación y la creación del derecho son sutiles, inseguros, y movedizos, pasándose a veces casi imperceptiblemente de la interpretación declaratoria a la interpretación constitutiva, y por vía de esta – lo que es más grave – a la interpretación *contra legem*, no debiéndose

¹³⁰¹ En ese aspecto, como vimos, es una tipología muy cercana a la de Italia. En Portugal las sentencias manipulativas son denominadas modificativas y en ocasiones aditivas. Martín de la Vega explica con detalle la cuestión de las sentencias interpretativas en sentido estricto y de las manipulativas en Italia. En: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 215 y sig. Ver también, entre muchos otros: ZAGREBELSKY, G. *Processo Costituzionale*... op. cit. p. 655, nota 417; PIZZORRUSSO, A. Las sentencias 'manipulativas' del... op. cit. pp. 286 y sig. Para una visión general: BRUST, L. *Uma tipologia das*... op. cit. pp. 223 a 250.

¹³⁰² GUASTINI, R. La ‘constitucionalización’ del... op. cit. p. 65.

permitir nunca que el juez, alterando la ley, sustituya al legislador.”¹³⁰³ En el mismo sentido, Luís Barroso mantiene que “el exceso de utilización del principio puede desvirtuar su razón de ser”. El motivo se encontraría en que, “al declarar una ley inconstitucional, el poder judicial devuelve la competencia para regir la materia. Pero al interpretar la ley *extendiéndola o restringiéndola más allá de lo razonable*, estará interfiriendo más intensamente en las competencias del poder legislativo y desempeñando una función legislativa positiva”¹³⁰⁴ (cursivas nuestras). De hecho, cuando extiende o restringe el contenido normativo del precepto, el Tribunal da un paso más allá de la mera elección entre interpretaciones alternativas. Es decir, ya no emite una sentencia interpretativa en sentido estricto, sino una sentencia manipulativa. Quien entiende que el Tribunal debe limitarse al papel de estricto legislador negativo, dirá que las modificaciones efectuadas son propias de un legislador positivo. Sin embargo, no es la “extensión o la reducción *razonable*” (¿que sería lo exactamente razonable?), lo que caracteriza a la sentencia manipulativa en cuanto tal, sino el simple y objetivo hecho de que el tribunal extendió o redujo (o sustituyó) el contenido normativo del precepto, conservando su texto intacto. Es verdad que las sentencias interpretativas – manipulativas o no – son consecuencia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues la declaración simple de inconstitucionalidad de un precepto puede acarrear situaciones de mayor inconstitucionalidad. Sin embargo, para ser considerada manipulativa (modificativa), basta con que la sentencia modifique (manipule) el contenido normativo del precepto para volverlo conforme a la Constitución, independientemente de la extensión de la modificación efectuada.¹³⁰⁵

¹³⁰³ Paulo Bonavides *apud* VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 171.

¹³⁰⁴ BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. pp. 192 y 193. La preocupación en no permitir que el Tribunal Constitucional español desempeñe una función legislativa positiva ha llevado a Cristina Zoco a proponer una solución un tanto heterodoxa: “La solución estriba en reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadiendo un artículo que permita al juez plantear una cuestión prejudicial ante el legislador positivo cuando considere que la norma es discriminatoria por no contemplar a todos los destinatarios. La reforma de la ley evitará que el Tribunal Constitucional actúe como un legislador positivo.” En: ZOCO ZABALA, C. “El Tribunal Constitucional ante los límites de la creación y la aplicación de las normas” en PÉREZ TREMP, P. (coord.). *La reforma del Tribunal Constitucional – Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 889.

¹³⁰⁵ La tipología de las sentencias originadas en la interpretación conforme a la Constitución no siempre es utilizada con el debido rigor, como se puede observar en la siguiente afirmación de Zeno Veloso: “Utilizando el método de la interpretación conforme a la Constitución, el órgano jurisdiccional actúa como legislador negativo, emitiendo un juicio de inconstitucionalidad parcial, al eliminar, por incompatibilidad con la Constitución, algunas posibilidades interpretativas. Se afirma, por eso, que el Tribunal emite una sentencia ‘manipuladora’, como denomina la doctrina italiana, o ‘reductora’, como dice, mejor, la española. Es reductora porque

La interpretación conforme a la Constitución solo es legítima, si existe un *espacio de decisión* donde sean admisibles varias posibilidades interpretativas.¹³⁰⁶ Esta advertencia de Gomes Canotilho incide en la justa medida de la interpretación conforme: la existencia de alternativas interpretativas. Tomándola como referencia, Luís Barroso acentúa que “en estas, a pesar de mantenerse la primacía del legislador, su manifestación es limitada, cuando no adaptada por la interpretación del Tribunal. Pero, naturalmente, no le es posible al intérprete distorsionar el sentido de las palabras ni adulterar la clara intención del legislador. Para salvar la ley no es admisible hacer una interpretación *contra legem*”.¹³⁰⁷ En el mismo sentido, Gilmar Mendes entiende que “la interpretación conforme a la Constitución solo es admisible si no viola la expresión literal del texto y no altera el significado del texto normativo, con cambio radical de la propia concepción original del legislador.”¹³⁰⁸ Pero puntualiza que “la práctica demuestra que el Tribunal no atribuye mayor significado a la llamada *intención del legislador* o evita investigarla, si la interpretación conforme a la Constitución se muestra posible dentro de los límites de la expresión literal del texto” (cursivas del

enuncia que el precepto impugnado es inconstitucional en algún o en algunos de sus entendimientos, delimitando, acortando, disminuyendo el ámbito de aplicación del mismo.” En: VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. p. 172. Sin embargo, al menos en la concepción de Hans Kelsen, el tribunal no actúa como legislador negativo cuando descarta interpretaciones - aunque el STF suele afirmar lo mismo -, sino cuando anula textos (hechos por el legislador “positivo” – Parlamento). Por otra parte, el juicio de inconstitucionalidad parcial no es el propio para interpretaciones alternativas (o la interpretación es constitucional o no la es), sino para reducir el contenido normativo del precepto, conservando el texto. Por ello, la expresión sentencia manipulativa parece apropiada para la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto o reductora (así como para la aditiva y la sustitutiva), pero no tanto para la interpretativa en sentido estricto. Por último, la sentencia es reductora no porque declare inconstitucional alguna o algunas de las posibles interpretaciones del precepto (no hay reducción, porque las interpretaciones son alternativas), sino porque una parte del contenido normativo del precepto es declarado (parcialmente) inconstitucional, por decir más de lo que debería para ser constitucional. Vale recordar que es por manipular el contenido normativo del precepto legal (reduciendo, aumentando o sustituyéndolo) – a pesar de mantener su texto intacto -, que la *Corte Costituzionale* italiana suele ser acusada de actuar como si fuera un legislador positivo. Y esto, evidentemente, también es discutible.

¹³⁰⁶ El maestro portugués Gomes Canotilho es claro sobre los límites de la interpretación conforme a la Constitución: “para continuar siendo interpretación, no puede ir más allá de los sentidos posibles, resultantes del texto y del fin de la ley. (...) La alteración del contenido de la ley a través de la interpretación puede llevar a una *usurpación* de funciones, transformando a los jueces en legisladores activos.” Ver: CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e ... , 5. ed. op.cit. pp. 1292 y sig.

¹³⁰⁷ BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 192.

¹³⁰⁸ MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 298. Ver también: BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. pp. 93 a 95; CLÉVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 264.

autor).¹³⁰⁹ La verdad es que aunque se entienda posible buscar la intención del legislador, el propio sentido común indica que encontrarla está lejos de ser algo trivial. Y, en el caso brasileño, semejante tarea puede volverse aun más ardua, porque – al contrario de lo que sucede en España con el Recurso de Inconstitucionalidad - no existe un plazo temporal para la interposición de acciones de inconstitucionalidad o constitucionalidad, lo que conlleva el riesgo de que la ley en cuestión lleve en vigor un tiempo más que considerable. En estas condiciones cabe preguntar si el esfuerzo valdría la pena. Lenio Streck desde luego lo considera inútil: “no importa, por ejemplo, la intención del legislador de 1940; importa la ‘intención’ del legislador constitucional de 1988”.¹³¹⁰

Para este mismo autor, los límites apuntados no deberían ser considerados obstáculos para la aplicación de la Constitución, porque su supremacía nunca debería quedar en entredicho. De ahí que cuestione el propio sentido de la expresión “*interpretar un texto en su literalidad*”, afirmando que, “con base en el (nuevo) paradigma representado por la fenomenología hermenéutica” (Heidegger y Gadamer), “*no hay como descubrir la intención del legislador*”.¹³¹¹ Considera que “si entendemos la Constitución como mecanismo que se interpone inclusive contra el deseo de las mayorías eventuales, habrá ocasiones en que *la intervención del poder judicial será condición de posibilidad de la propia validez del texto constitucional.*” Y concluye: “aun cuando de un texto se pudiera extraer la ‘intención del legislador’ (*sic*) y la ‘voluntad normativa objetivada’ (*sic*), el criterio delimitador debería ser el sentido que a este debemos atribuir a partir del conjunto de principios de la Constitución”.¹³¹² Aunque tales argumentos sean enormemente relevantes, persiste la cuestión sobre los límites de la actuación propiamente judicial. Aceptar que la plena aplicación de la Constitución es el alfa y omega del control de constitucionalidad no implica justificar siempre por ende que el Tribunal adicione, reduzca y, incluso, sustituya sentidos del precepto legal, para adecuarlos a la Constitución. En caso contrario, bajo estos términos no tendría sentido la discusión sobre la legitimidad de las sentencias manipulativas. Es

¹³⁰⁹ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 350. MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. 298.

¹³¹⁰ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 593.

¹³¹¹ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 587. El autor hace un excelente análisis de esa cuestión en las páginas 585 y siguientes de la misma obra.

¹³¹² STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 592.

verdad que Lenio Streck considera “superado el debate sobre si ‘los tribunales crean o no Derecho’.” Entiende que efectivamente “las decisiones/sentencias interpretativas, aditivas o reductoras son *creadoras de Derecho*, porque toda norma es siempre el resultado de la interpretación de un texto, con lo que hay siempre un proceso de producción/adjudicación de sentido (*Sinngebung*) y no de reproducción de sentido (*Auslegung*).” Por este motivo, sugiere que la expresión “interpretación conforme a la Constitución” (*Verfassungskonforme Auslegung*) sea sustituida por “atribución de sentido conforme a la Constitución” (*Verfassungskonforme Sinngebung*). Y concluye que “el mecanismo (principio) de la interpretación conforme (así como el de la nulidad parcial sin reducción de texto) permite no solo redefinir el contenido del texto, sino también adaptarlo a Constitución.¹³¹³ En otras palabras, la interpretación conforme a la Constitución – entendida como atribución de sentido conforme a la Constitución, como quiere Lenio Streck - permite que el Tribunal pronuncie con plena libertad sentencias manipulativas¹³¹⁴. Además, como *atribuir* un sentido no significa necesariamente *adicionar* un sentido, este razonamiento valdría tanto para la sentencia manipulativa aditiva, como para la manipulativa reductora (y la sustitutiva). De hecho, la decisión reductora opera una reducción del contenido normativo del precepto y, gracias a esa modificación, le atribuye un nuevo sentido. Dicho esto, nos suscita ciertas dudas la afirmación de Lenio Streck, que considera que “en la interpretación conforme hay una adición de sentido” y que “en la nulidad parcial cualitativa el resultado hermenéutico hace con que el texto permanezca con un *minus*”.¹³¹⁵ Si se admite la adición de sentido, la sentencia deja de ser interpretativa en sentido estricto (elección entre alternativas interpretativas), para ser manipulativa aditiva. En cuanto a la nulidad parcial cualitativa, que es siempre manipulativa, parece claro que solo indirectamente el texto del precepto permanece con un *minus*, pues, en realidad, es tan solo su contenido normativo el que se ve disminuido. Si fuera el texto el que sufriera el *minus*, la sentencia sería de inconstitucionalidad parcial (nulidad parcial cuantitativa).

De cualquier forma, es posible constatar que los razonamientos hermenéuticos de Lenio Streck – que parten del supuesto de que “el sentido del texto

¹³¹³ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 582 y 583.

¹³¹⁴ Como vimos anteriormente, al contrario que en Italia, en Portugal apenas las aditivas y sustitutivas son consideradas modificativas (manipulativas).

¹³¹⁵ STRECK, L.L. *A jurisdição constitucional e o duplo juízo de admissibilidade do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica*. En: www.leniostreck.com.br, 2008, p. 10.

necesariamente surgirá en conformidad al texto constitucional, entendido en su conjunto de principios, es decir, en su sentido ontológico existencial y no meramente óptico existencial”¹³¹⁶ -, a pesar de ser fundamentalmente distintos a los defendidos por otros autores brasileños y por el STF, tienen en último término idénticas consecuencias. Al mantener que la interpretación conforme a la Constitución debe ser entendida como atribución de sentido conforme a la Constitución, este autor en realidad equipara sentencias interpretativas en sentido estricto con sentencias interpretativas manipulativas. Luís Barroso, por ejemplo, incurre en idéntica equiparación, cuando afirma que de la interpretación conforme a la Constitución vista por el lado negativo resulta una sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto.¹³¹⁷ Finalmente, el STF, que además de compartir esta última posición, mantiene el vetusto discurso del legislador negativo¹³¹⁸, no se ha limitado a pronunciar la sentencia manipulativa reductora (inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto), que es la única decisión manipulativa prevista en la Ley 9868/1999. Ha utilizado asimismo la sentencia aditiva y la sustitutiva – aunque bajo otras denominaciones –, como más adelante se verá.

3.2.1. Sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (parcial cualitativa).

¹³¹⁶ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 583.

¹³¹⁷ BARROSO, L.R. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)” in *Revista da PGE*, v. 28, n. 60. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, julho-dezembro 2004 (art. del año 2006), p. 48; BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 190.

¹³¹⁸ También Zeno Veloso: “Utilizando el método de la interpretación conforme a la Constitución, el órgano jurisdiccional actúa como legislador negativo, emitiendo un juicio de inconstitucionalidad parcial...” En: VELOSO, Z. *Controle jurisdiccional...* op. cit. p. 172.

Sintetizando la discusión anteriormente expuesta, Gilmar Mendes afirma que "mientras en la interpretación conforme a la Constitución se produce, dogmáticamente, la declaración de que una ley es constitucional, con la interpretación que le da el órgano judicial, en la *declaración de nulidad sin reducción de texto*, se constata la expresa exclusión, por inconstitucionalidad, de determinadas *hipótesis de aplicación (Anwendungsfälle) del programa normativo*, sin que se produzca alteración expresa del texto legal."¹³¹⁹ Por lo tanto, lo que caracteriza a la sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto – también denominada reductora o de inconstitucionalidad parcial cualitativa - es precisamente la exclusión de una determinada aplicación del contenido normativo. “El Tribunal limita o restringe su aplicación, no permitiendo que incida en determinadas situaciones, porque en éstas se produce la inconstitucionalidad. En las otras, no.”¹³²⁰ De ahí que en su redacción normalmente señale que el precepto es inconstitucional *en la parte en que..., si... o en cuanto... prevé o incluye algo* contrario a la Constitución. El texto no se ve afectado, pero sí su contenido normativo complejo, que puede considerarse inconstitucional "por exceso".¹³²¹ Es la hipótesis, ejemplifica Lúcio Bittencourt, “de ciertas leyes redactadas en lenguaje amplio y que se consideran inaplicables a hechos pretéritos, pero perfectamente válidos en relación a las situaciones futuras”.¹³²²

Por ello, resulta un tanto desconcertante la afirmación de Gilmar Mendes, de que “una reducción del ámbito de aplicación de la ley puede conseguirse, igualmente, mediante simple interpretación conforme a la Constitución.”¹³²³ Sucede que la reducción del ámbito de aplicación de la ley implica la reducción de su contenido

¹³¹⁹ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 354 y 355; MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. 301.

¹³²⁰ VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. p. 165.

¹³²¹ A veces hay peticiones explícitas de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. En la ADI 2397, por ejemplo, se solicitó al STF que este diera “interpretación conforme a la Constitución Federal a la expresión ‘autoridad’, como siendo siempre la autoridad judicial”. Es decir, la petición fue para que el STF determinase la reducción del contenido normativo de la palabra autoridad - que es genérica -, a fin de que esta pasase a significar exclusivamente la autoridad judicial.

¹³²² BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. p. 128.

¹³²³ MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. 293.

normativo y, en consecuencia, se dará una inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. Por este motivo, se vuelve interesante analizar el ejemplo traído por el autor:¹³²⁴

“Universidades y establecimientos oficiales de nivel superior. La determinación del número de componentes de las listas destinadas a seleccionar sus dirigentes, no siendo materia de directriz y base, escapa a la competencia legislativa de la Unión, en relación a las entidades oficiales de enseñanza situadas fuera del ámbito federal (art. 8º, XVII, *q*, y art.177 CFB), valiendo tan solo en lo que concierne a las mantenidas por la Unión. Representación desestimada, *siempre que se interprete el § 1º de la Ley 5540/1968*¹³²⁵, con la redacción dada por la Ley 6420/1977, como solo aplicable a universidades y establecimientos superiores en el ámbito federal.”

Solo las universidades y establecimientos superiores públicos federales están constitucionalmente obligados a presentar lista séxtupla, a fin de que el Presidente de la República elija a sus máximos dirigentes. Como el precepto legal cuestionado aparentemente generalizaba esa obligación, el STF fue instado a delimitar su ámbito de aplicación. La primera y más evidente interpretación del precepto llevaría a la declaración de su inconstitucionalidad simple, es decir, a su nulidad. Sin embargo, el STF prefirió valerse de la interpretación conforme a la Constitución en sentido estricto (elección entre alternativas interpretativas), para decidir la cuestión. El Tribunal optó por un fallo desestimatorio: el precepto en cuestión es constitucional *siempre que se interprete que solo es aplicable a universidades y establecimientos superiores en el ámbito federal*.¹³²⁶ Sin embargo, aunque el Tribunal persiga el objetivo de conservar el precepto – que de otra forma debería ser declarado inconstitucional –, técnicamente esta sentencia en realidad encubre una inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (cualitativa). Todas las sentencias interpretativas evidentemente tienen su origen en la interpretación conforme a la Constitución en su sentido lato, pero la sentencia

¹³²⁴ Representación 1454/1988, Octavio Gallotti, *RTJ* nº 125, p. 997.

¹³²⁵ Ley 5540/1968, art. 16. I – “El Rector y el Vicerrector de una Universidad oficial serán nombrados por el Jefe del Poder Ejecutivo, escogidos entre las listas preparadas por un Colegio Electoral especial, constituido por la reunión del Consejo Universitario y de los órganos colegiados máximos de enseñanza e investigación y de administración, o equivalente. § 1º Exceptuado el caso del número II de este artículo, las listas a que se refiere este artículo serán séxtuplas.”

¹³²⁶ La aplicación de esta técnica por su lado negativo podría redundar en una sentencia con la siguiente redacción: el § 1º de la Ley 5540/1968 es inconstitucional *siempre que se interprete que este no es solo aplicable a universidades y establecimientos superiores no pertenecientes al ámbito federal*.

interpretativa deja de serlo en sentido estricto y pasa a ser manipulativa, desde el momento en que el contenido normativo de la ley exige una modificación, para ser constitucional. En el caso en cuestión, como tan solo una parte del contenido normativo del precepto es inconstitucional, la solución se encuentra en eliminar esta parte (reducir el campo del contenido normativo). La decisión técnicamente quizás más adecuada (y más transparente) podría haberse producido en los siguientes términos: el precepto en cuestión es parcialmente inconstitucional, sin reducción de texto, *en la parte en que se aplica a universidades y establecimientos superiores no pertenecientes al ámbito federal.*¹³²⁷

Gilmar Mendes identifica, en las sentencias emitidas por el STF en las acciones directas de inconstitucionalidad 491 y 939, indicios de una tendencia distinta a la orientación anterior del STF que equiparaba la interpretación conforme a la Constitución con la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto.¹³²⁸ De hecho, la redacción del fallo en el que el STF estimó parcialmente la solicitud de medida cautelar realizada en la acción directa de inconstitucionalidad 491 demuestra que se produjo la eliminación de una aplicación del precepto legal: “estimar en parte la solicitud de medida cautelar, para *suspender (...), sin reducción de texto, la aplicación del párrafo único del art. 86* de la Constitución del Estado del Amazonas, en lo que concierne a la remisión que hace al inciso V, del art. 64 de la misma Constitución.”¹³²⁹ Idéntica redacción tiene el fallo de la sentencia emitida en la acción directa de inconstitucionalidad 939, que declara “la inconstitucionalidad, *sin reducción de textos, de los artículos 3º, 4º y 8º de la Ley Complementaria nº 077/93, por no excluir de la incidencia del Impuesto Provisional sobre Movimientos Financieros (IPMF), a las personas jurídicas (...)* referidas en el art. 150, VI, *a a d* CFB.”¹³³⁰

Otra sentencia en la que el STF dejó de manera explícita, aún más clara la diferencia, fue sin duda en la concesión de medida cautelar en la acción directa de

¹³²⁷ Algo muy semejante ocurrió en la STC 34/1981, de 10 de noviembre, del TC español. Refiriéndose a ella, manifestó Díaz Revorio: “...claramente puede apreciarse en este supuesto que, bajo la fórmula – con la aludida redacción ‘atípica’ – de una sentencia interpretativa en sentido estricto, se encubre en realidad una sentencia manipulativa reductora...”. En: DÍAZ REVORIO, F.J. Las sentencias interpretativas... op. cit. p. 131.

¹³²⁸ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 355 y 356; MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. pp. 301 y 302.

¹³²⁹ ADI-MC nº 491, Moreira Alves, j. 13/06/1991, DJ 25/10/1991.

¹³³⁰ ADI nº 939, Sydney Sanches, j. 15/12/1993, DJ 18/03/1994.

inconstitucionalidad 1344.¹³³¹ El relator Moreira Alves señaló la "imposibilidad de dar interpretación conforme a la Constitución, porque esa técnica solo es utilizable cuando el precepto impugnado admite, de entre las varias interpretaciones posibles, una que la compatibilice con la Ley Fundamental, y no cuando el sentido del precepto es unívoco, como sucede en el presente caso". De modo que entiende que la medida cautelar debe ser concedida, para suspender la "eficacia parcial del texto impugnado sin la reducción de su expresión literal, técnica esta que se inspira en la razón de ser de la declaración de inconstitucionalidad sin reducción del texto, en función de permitir esta una interpretación conforme a la Constitución." Dado que la diferencia queda cabalmente explicada, esta última mención a la interpretación conforme a la Constitución debe de ser tomada evidentemente en su sentido lato. El fallo es típicamente una inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto: "suspender, sin reducción de texto, la aplicación del § 1º del art. 71 de la Ley Complementaria nº 46, en lo que concierne...".

Posteriormente (2001), cuando las dos técnicas ya se encontraban previstas en el art. 28 de la Ley 9868/1999¹³³², a Gilmar Mendes le pareció que el legislador había hecho "una clara opción por la separación de las figuras de la declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto y la interpretación conforme a la Constitución."¹³³³ Sin embargo, en una obra posterior (edición de 2007), matizó su impresión inicial, afirmando que "teniendo en cuenta sus especificidades y las imprecisiones que marcan su encuadramiento dogmático, la interpretación conforme a la Constitución mereció una expresa referencia en el art. 28, párrafo único de la Ley 9868/1999". Y concluye: "es posible incluso que esa referencia expresa en el texto legal contribuya a la autonomía de la interpretación conforme a la Constitución como técnica especial de decisión entre nosotros".¹³³⁴ En suma, el magistrado del STF reconoce que la deseable autonomía entre las dos técnicas todavía no se ha impuesto en Brasil.

¹³³¹ [ADI 1344-MC](#), Moreira Alves, j. 18/12/1995, DJ 19/04/1996.

¹³³² Ley 9868/1999, art. 28, párrafo único: "La declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, inclusive la interpretación conforme a la Constitución y la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto, tienen eficacia contra todos y efecto vinculante en relación a los órganos del Poder Judicial y a la Administración Pública federal, estadual y municipal."

¹³³³ MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 303.

¹³³⁴ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 356.

En años posteriores el Tribunal continuó utilizando una redacción no demasiado rigurosa. Ejemplo de ello es su manifestación, en una acción directa de inconstitucionalidad, que cuestionaba un precepto de una Constitución Estadual, en relación con la siguiente previsión normativa: “Compete exclusivamente a la Asamblea Legislativa (...) solicitar informaciones a los Poderes Ejecutivo y Judicial (...) sobre hechos relacionados con cada uno de ellos (...)”.¹³³⁵ El STF estimó parcialmente la demanda, confiriendo “*interpretación conforme a la Constitución, para excluir* los actos jurisdiccionales del alcance de la expresión ‘sobre hechos relacionados con cada uno de ellos’”.¹³³⁶ Es decir, una vez más utilizó la expresión *interpretación conforme a la Constitución* en sentido lato, porque - con toda evidencia - redujo el contenido normativo del precepto. Habría sido técnicamente más correcto y transparente haber declarado la inconstitucionalidad parcial del precepto, sin reducción de texto, *en la parte en que o en cuanto* incluye los actos jurisdiccionales en la expresión...

En una reciente decisión¹³³⁷, que merece ser analizada con más detenimiento, el STF confirma la persistencia de la equiparación entre los dos tipos de pronunciamientos. Se trata de una acción que cuestiona la constitucionalidad de las alteraciones introducidas por la Enmienda Constitucional nº 45 en el art. 114, I de la Constitución Federal, que pasó a prever que “compete a la Justicia del Trabajo procesar y juzgar: I — las acciones originadas en la *relación de trabajo*, comprendiendo los entes de derecho público externo y de la administración pública directa e indirecta de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios”. En petición subsidiaria, 1) el demandante alegó la necesidad de que el STF confiriera *interpretación conforme a la Constitución* al precepto, para excluir de su ámbito material los litigios en que participaran funcionarios regidos por el Estatuto de los Funcionarios Públicos.¹³³⁸ 2) El STF concedió medida cautelar, dando *interpretación conforme* al aludido precepto, suspendiendo “toda y cualquier interpretación (...) que incluya en la competencia de la

¹³³⁵ Constitución del Estado de Rio Grande del Sur, art. 53, XX.

¹³³⁶ ADI 134, Maurício Corrêa, j. 25/03/2004, DJ 03/09/2004. Idéntica redacción puede ser encontrada en la ADI / PA 3246, Carlos Britto, j. 01/09/2006.

¹³³⁷ ADI–MC 3395, Cezar Peluso, j. 05/04/2006, DJ 10/11/2006.

¹³³⁸ El funcionario público en sentido estricto es aquel que tiene su vida laboral regida por el Estatuto de los Funcionarios Públicos, razón por la que se le conoce por “estatutario”. Su acceso a la función se produce exclusivamente a través de oposiciones y pertenece al personal permanente de la Administración. Los demás trabajadores, que prestan su servicio a la Administración Pública, se rigen por las leyes laborales reunidas en la llamada Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT).

Justicia del Trabajo la 'apreciación... de causas que... sean instauradas entre el Poder Público y sus funcionarios vinculados , a él por una típica relación de orden estatutaria o de carácter jurídico-administrativo".¹³³⁹ 3) Alegando el "carácter polisémico del precepto" en cuestión, el Pleno del STF confirmó la decisión tomada cautelarmente. El fallo estimatorio se produjo en los siguientes términos: "lo dispuesto en el art. 114, I, CFB no abarca las causas instauradas entre el Poder Público y el funcionario vinculado por relación jurídica estatutaria". La exclusión de esos funcionarios es coherente con la posición mantenida en respuesta a una acción de inconstitucionalidad anterior, en la cual el STF había considerado que "la Constitución de la República no permite otorgar a la expresión relación de trabajo un alcance tal que sea capaz de abarcar el lazo de naturaleza estatutaria, que vincula al Poder Público con sus funcionarios. De ahí que se afirme la incompetencia de la Justicia del Trabajo para juzgar litigios entre ambos".¹³⁴⁰ 4) Cabe igualmente transcribir parte del voto de Ricardo Lewandowsky, que da interpretación conforme a la Constitución al precepto, pero adopta una redacción típicamente reductora: "también doy interpretación conforme a la Constitución en el sentido de excluir del contenido jurídico de la expresión 'relación de trabajo' a los funcionarios estatutarios o con vínculo de carácter jurídico-administrativo".¹³⁴¹

En suma: 1) la petición del demandante fue de interpretación conforme a la Constitución; 2) la medida cautelar fue concedida a través de una interpretación conforme a la Constitución, a pesar de no tener el precepto un carácter polisémico; 3) el Pleno del STF alegó precisamente el supuesto carácter polisémico del precepto para emitir una sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, excluyendo a los funcionarios públicos estatutarios de la competencia de la Justicia del Trabajo; 4) el voto de Ricardo Lewandowsky propone una inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto *de facto*, para excluir a los funcionarios públicos estatutarios del contenido jurídico de la expresión *relación de trabajo*.

Es notorio pues que la tónica general tiende hacia la confusión de ambos conceptos, pero al fin y al cabo la opción por una sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (reductora) se ha revelado acertada. De hecho, la

¹³³⁹ ADI – MC 3395, decisión cautelar de Nelson Jobim, j. 05/04/2006, DJ 10/11/2006. Ver también: ADI 3246, Carlos Britto, j. 01/09/2006.

¹³⁴⁰ ADI 492, Carlos Velloso, j. 12/11/1992, DJ 12/03/1993.

¹³⁴¹ ADI – MC 3395, voto de Ricardo Lewandowsky, j. 05/04/2006, DJ 10/11/2006.

Constitución reserva a la Justicia del Trabajo la competencia exclusiva de procesar y juzgar acciones originadas en la *relación de trabajo*, entendida como la relación mantenida por los trabajadores – tanto de la iniciativa privada, como del servicio público no estatutario - con sus empleadores. En el supuesto de la nueva redacción del artículo 114, I CFB, este amplía el contenido normativo de la expresión *relación de trabajo*, incluyendo en ella el vínculo que mantienen los funcionarios públicos estatutarios con la Administración. Habrá pues una inconstitucionalidad por exceso. Para restablecer su constitucionalidad, es necesario excluir el exceso del contenido normativo del precepto, a través de una declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (sentencia reductora), que podría haber tenido la siguiente redacción: el precepto es inconstitucional *en la parte en que incluye* en la expresión relación de trabajo el vínculo entre funcionarios públicos estatutarios y Administración Pública. La interpretación conforme a la Constitución (sentencia interpretativa de inconstitucionalidad en sentido estricto) solo sería posible si la expresión *relación de trabajo* tuviera carácter polisémico. Al estar claramente aceptado que esta se refiere exclusivamente a los empleados de la iniciativa privada y a los funcionarios públicos no estatutarios, es imposible dar al art. 114, I CFB dos sentidos alternativos.¹³⁴²

3.2.2. Sentencia aditiva.

Las sentencias manipulativas aditivas deben diferenciarse de las sentencias reductoras. Como vimos anteriormente, el maestro portugués Jorge Miranda esclarece con precisión que "en las decisiones reductoras o de inconstitucionalidad

¹³⁴² Esto se percibe inclusive sustituyendo en el precepto legal la expresión *relación de trabajo* por su significado: "compite a la Justicia del Trabajo procesar y juzgar: I — las acciones originadas en la relación *entre empleados y empleadores de la iniciativa privada*, incluyendo a *los funcionarios públicos con igual vínculo de empleo* con los entes de derecho público externo y de la administración pública directa e indirecta de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios".

parcial hay un segmento de norma que cae para que la ley permanezca. En las decisiones aditivas hay un segmento o una norma que se añade con idéntico fin".¹³⁴³ De hecho, la sentencia aditiva – entendida como la decisión que añade contenido al contenido normativo original del precepto, ampliándolo, sin incidir en su texto - indica que un artículo es inconstitucional *en cuanto no establece..., o no prevé..., o omite..., o no incluye..., o excluye..., algo* que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución. De ahí que sea posible afirmar que la sentencia aditiva tiene su causa en una omisión de la ley.¹³⁴⁴

Las decisiones aditivas son prácticamente desconocidas como categoría-tipo en Brasil – lo que no significa que no sean emitidas por los tribunales - y, por eso,

¹³⁴³ MIRANDA, J. Teoria do Estado e... op. cit. p. 514. El maestro portugués también distingue las sentencias aditivas de las *integrativas* (o integradoras) "a través de las cuales se interpreta cierta ley (con preceptos insuficientes y, en esa medida, inconstitucionales) completándola con preceptos de la Constitución sobre ese objeto que le son aplicables y por *directamente* aplicables. La diferencia estaría en que en las decisiones aditivas el Tribunal formula, implícita o indirectamente, una regla, mientras que en las decisiones integrativas él se apoya directamente en una regla constitucional." Una diferencia que, desde luego, no resulta fácil de percibir en la práctica y que no será la aquí asumida. Sin embargo, como vimos en el epígrafe "3.1 Sentencia interpretativa en sentido estricto (interpretación conforme a la Constitución)", la sentencia del STF en la Representación nº 948 (Moreira Alves, j. 27/10/1976) puede eventualmente clasificarse como integrativa.

¹³⁴⁴ Un buen concepto de sentencia aditiva es el del español Díaz Revorio: "son aquellas que, sin incidir en el texto de una disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciendo el efecto de ampliar o extender su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas." O, de forma más amplia, las que "*declaran que al precepto impugnado le falta 'algo' para ser acorde con la Constitución, debiendo aplicarse a partir de ese momento como si ese 'algo' no faltase.*" En: DÍAZ REVORIO, F.J. Las sentencias interpretativas... op. cit. pp. 146 y 27 y sig. Una visión general de las sentencias interpretativas en Brasil: BRUST, L. Uma tipologia das... op. cit. p. 236 y sig. Para una visión crítica sobre el uso de estas sentencias, ver: SILVA, V.A. da. "La interpretación conforme a la Constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial" en *Cuestiones Constitucionales*. México, n. 12, enero-junio 2005. Ver también: MORAIS, C.B. de. "As sentenças com efeitos aditivos" in MORAIS, P.B. de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009. En Portugal, ver: SILVA, P.C. Sentenças aditivas do Tribunal... op. cit. pp. 1113 a 1139; SÁ, F. "Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas" in MORAIS, P.B. de, *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009; CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 188; MIRANDA, J. Teoria do Estado e... op. cit. p. 514; CANOTILHO, J.J.G. Derecho Constitucional... op. cit. pp. 1023 y 1024. En Italia, ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 221 y sig.; D'ORAZIO, G. Le sentenze costituzionali additive tra... op. cit. p. 81; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 23; DONATI, F. Sentenze della Corte costituzionale... op. cit. p. 1516; ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. pp. 3.203 y 3.204; ONIDA, V.; D'AMICO, M., I giudizio di... op. cit. pp. 271; PIZZORUSSO, A. Sui limiti della potestà... op. cit. p. 312; SAITTA, A. Logica e retorica... op. cit. pp. 311 y 312; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 663.

son muy poco estudiadas.¹³⁴⁵ Como vimos, tienen una gran importancia en la jurisdicción constitucional italiana, pero en Portugal su utilización es sensiblemente menor.¹³⁴⁶ Se ha subrayado también que ese tipo de decisión es a menudo el resultado de la aplicación del principio de igualdad¹³⁴⁷ y que su uso conlleva riesgos funcionales, puesto que “el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la norma por aquello que no prevé (...) y condiciona el mantenimiento de la disposición a su lectura conjunta con la norma que faltaba”. La consecuencia de ello puede ser que, “bajo una forma de estimación, sustancialmente, y con múltiples matizaciones, ‘*vi aggiunge qualcosa*’ en los siempre expresivos términos de Crisafulli”.¹³⁴⁸ En efecto, al utilizar la sentencia aditiva el Tribunal necesita tener especial cuidado para no convertirse en legislador positivo *de facto*, añadiendo discrecionalmente normas al precepto. Por ello, su uso - en principio - solo se justifica si la norma deriva de una imposición constitucional sin

¹³⁴⁵ Aun está por hacer en Brasil un estudio sistematizado sobre la incidencia y la cuantificación de las sentencias aditivas en los pronunciamientos de sus tribunales.

¹³⁴⁶ Sobre las sentencias aditivas en Italia y en Portugal, ver en la Primera Parte de este estudio, respectivamente, los epígrafes “3.2 Sentencia aditiva” del Capítulo I – “La sentencia constitucional en Italia” y “2.3.3 Las sentencias modificativas aditivas y sustitutivas” del Capítulo II – “La sentencia constitucional en Portugal”. En España tampoco se ha utilizado demasiado la sentencia aditiva. Díaz Revorio contabiliza una docena de estas sentencias (2001): SSTC 103/1983, de 22 de noviembre (CI); 104/1983, de 23 de noviembre (CI); 29/1986, de 20 de febrero (RI); 116/1987, de 07 de julio (CI); 48/1988, de 22 de marzo (RI); 154/1989, de 05 de octubre (RI); 142/1990, de 20 de septiembre (CI); 222/1992, de 11 de diciembre (CI); 3/1993 de 14 de enero (CI); 143/1996, de 22 de julio (RI); 73/1997, de 11 de abril (RI); 40/1998, 19 de febrero (RI); 74/1987, de 25 de mayo (RI). Esta última posee un fallo formalmente interpretativo desestimatorio, pero materialmente aditivo. En: DÍAZ REVORIO, F.J. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 61. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Abril, 2001. p. 113.

¹³⁴⁷ Como vimos en el epígrafe relativo a las sentencias aditivas en Italia, Guastini utilizó un ejemplo en el cual se atribuía un derecho a una clase de sujetos S1 y no a otra clase S2, que se encontraba en idénticas condiciones en la seguridad social, para informar que existen dos posiciones sobre su contenido. Una posición defiende que la Corte, al decidirse por una sentencia aditiva, se limita a *añadir* una nueva norma al ordenamiento: precisamente aquella que confiere el mismo derecho subjetivo también a los sujetos S2. La otra, considera que la Corte anula una *norma, no expresa*, extraída del texto, que niega el mismo derecho a los sujetos S2. Es decir, la anulación de una norma que niega cierto derecho produce el efecto de conferir el derecho en cuestión. Ver: GUASTINI, R. La ‘constitucionalización’ del... op. cit. pp. 65 y 66. A nuestro juicio esta última posición podría ser conceptuada más bien como una sentencia reductora con efectos aditivos. Consideramos que la primera posición - adición de una norma, sin cualquier tipo de anulación previa - es más acorde con lo que se entiende por sentencia aditiva.

El TC español, por ejemplo, declaró inconstitucional un precepto *en cuanto no prevé* la concesión de pensión para hijos y hermanos de pensionistas de jubilación o invalidez, pero la prevé a sus hijas y hermanas (STC 3/1993, de 14 de enero). Invalidó también un precepto *en la medida en que no incluye* en el beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido, beneficiando sólo al cónyuge (STC 222/1992, de 11 de noviembre).

¹³⁴⁸ MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. p. 221.

margen de elección (*a rime obbligate*).¹³⁴⁹ Si la estructura de la norma constitucional es abierta, es decir, admite alternativas de desarrollo legal, la elección corresponde al Poder Legislativo.

Como ya hemos señalado, el Tribunal Supremo Federal brasileño también ha utilizado la sentencia aditiva en sus pronunciamientos, aunque no asumiendo abiertamente la categoría. En la acción directa de inconstitucionalidad n° 939¹³⁵⁰, por ejemplo, el STF declaró “la inconstitucionalidad, *sin reducción de textos*, de los artículos 3°, 4° y 8° de la Ley Complementaria 77/1993¹³⁵¹, *porque no excluyeron* de la incidencia del Impuesto Provisional sobre Movimientos Financieros (IPMF), a las personas jurídicas de Derecho Público y a las demás entidades o empresas referidas en las letras "a", "b", "c" y "d" del número VI del art. 150 de la Constitución Federal¹³⁵²”. El Tribunal aparentemente utilizó una sentencia de inconstitucionalidad para recortar, sin reducción de texto, el campo de aplicación de los tres artículos de la ley. Sin embargo, el supuesto es en realidad más complejo, porque los tres artículos en cuestión tratan de dos situaciones distintas, pero relacionadas con el mismo precepto constitucional: el art. 150, VI CFB, que excluye del pago del impuesto a determinadas entidades, empresas y personas jurídicas de derecho público. Por un lado, el art. 3° de la ley 77/1993, que trata de las situaciones exentas de incidencia del IPMF, no incluyó las entidades exentadas por el art. 150, VI, CFB. Por otro, los arts. 4° y 8° de la misma ley, que indican las personas físicas, entidades y situaciones sujetas al impuesto, no excluyeron las entidades constitucionalmente exentas. Es decir, al art. 3° le falta algo para ser

¹³⁴⁹ Sobre “*rime obbligate*” y los límites normativos del Tribunal, ver el capítulo anterior dedicado a Italia y, entre otros, lo siguientes autores: ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. pp. 3.203 y 3.204; CERRI A. Corso di giustizia... op. cit. p. 96; COSTANZO, P. Riflessioni interlocutorie sul... op. cit. p. 83; MODUGNO, F. Ancora sui controversi rapporti... op. cit. p. 23; ONIDA, V.; D'AMICO, M., I giudizio di... op. cit. pp. 271; PIZZORUSSO, A. Sui limiti della potestà... op. cit. p. 312; PUGIOTTO, A. Dottrina del diritto vivente... op. cit. p. 3706; SAITTA, A. Logica e retorica... op. cit. pp. 311 y 312; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 663.

¹³⁵⁰ ADI 939, Sydney Sanches, j. 15/12/1993, DJ 18/03/1994.

¹³⁵¹ Ley Complementaria n° 77/1993:
Art. 3° El impuesto no incide: ...
Art. 4° Son contribuyentes del impuesto: ...
Art. 8° La alícuota del impuesto será cero: ...

¹³⁵² CFB, art. 150: “Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está vedado a la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios: (...) VI - instituir impuestos sobre: a) patrimonio, renta o servicios, unos de los otros; b) templos de cualquier culto; c) patrimonio, renta o servicios de los partidos políticos, inclusive sus fundaciones, entidades sindicales de los trabajadores, instituciones de educación y de asistencia social, sin fines lucrativos, atendidos los requisitos de la ley; d) libros, periódicos y el papel destinado a su impresión.”

constitucional y a los arts. 4º y 8º les sobra algo para no ser contrarios a la Constitución. En otras palabras, el art. 3º necesita de adición de sentido y los arts. 4º y 8º, de una reducción. Por ello, el fallo hubiera sido más transparente si hubiera tenido una redacción similar a la siguiente: “se declara la inconstitucionalidad del artículo 3º de la LC nº 77/93, *en cuanto no incluye* las personas jurídicas de Derecho Público y las demás entidades o empresas referidas en el art. 150, VI CFB entre las exentas de la incidencia del IPMF; y de los arts. 4º y 8º de la misma ley, ambos sin reducción de texto, *en la parte en que no excluyen* de la incidencia del IPMF las personas jurídicas de Derecho Público y las demás entidades o empresas referidas en el art. 150, VI CFB.

Otro ejemplo de sentencia aditiva es la emitida en la acción directa de inconstitucionalidad 2979.¹³⁵³ El STF estimó parcialmente la demanda, declarando (*in verbis*) “constitucional la ley estadual que regula la promoción, denominada ‘peculiar’, de los integrantes de la Policía Militar y del Cuerpo de Bomberos, *siempre que se entienda*, por interpretación conforme a la Constitución, que cada ascenso solo puede efectuarse cuando exista, en la clase o nivel superior, cargo vacante”. Se percibe nítidamente que el Tribunal utilizó una redacción propia de una sentencia interpretativa de constitucionalidad, a pesar de estimar parcialmente la acción. No obstante, la necesidad de que exista un cargo vacante en la clase o nivel superior de la carrera no está recogida en la ley, que se limita a regular los requisitos para el ascenso. No es posible entender que existen dos interpretaciones alternativas, incluso porque no hay un precepto específico al efecto. De forma que resulta evidente que la ley como un todo necesita de una adición de sentido. La verdadera lógica de la decisión implica que la redacción podría ser en los siguientes términos: la ley complementaria 206/2001 es inconstitucional *en cuanto no incluye* la necesidad de que exista cargo vacante en la clase o nivel superior, para que la promoción pueda efectuarse.

Sin embargo, lo inusitado de esta sentencia aditiva es que el STF la emitió - en decisión unánime -, a pesar de que el relator Cezar Peluso hubiera admitido explícitamente que “la ley complementaria 206/2001 no ofende ningún canon de la Constitución de la República”.¹³⁵⁴ Esto significa que el parámetro para la adición no fue la Constitución. De hecho, la única referencia legal utilizada fue el Decreto

¹³⁵³ ADI 2979, Cezar Peluso, j. 15/04/2004, DJ 04/06/2004.

¹³⁵⁴ ADI 2979, Cezar Peluso, j. 15/04/2004, DJ 04/06/2004, p. 209.

86.289/1981, donde el STF afirma haber encontrado un “suporte analógico” para la decisión.¹³⁵⁵ De ahí que, como observó Virgilio A. da Silva en un caso semejante, “no se puede decir (...) que el STF hizo una interpretación conforme a la Constitución en ninguno de los sentidos que ese concepto pueda tener”.¹³⁵⁶ Lo que el Tribunal hizo en realidad – bajo el paraguas de la interpretación conforme -, fue solucionar una situación problemática creada por una ley mal elaborada, que podía acarrear un fuerte aumento del gasto público.¹³⁵⁷

3.2.3. Sentencia sustitutiva.

Como vimos anteriormente, la sentencia sustitutiva es aquella a cuyo fallo se afirma que el precepto es inconstitucional *en cuanto prevé...*, o *señala algo en lugar de* otra cosa que debería prever para ser constitucional. El Tribunal substituye parte del contenido normativo derivado del texto legal por otro diverso, que a su juicio convierte a la norma en constitucional.¹³⁵⁸ Es el tipo de sentencia manipulativa menos

¹³⁵⁵ ADI 2979, Cezar Peluso, j. 15/04/2004, DJ 04/06/2004, p. 210.

¹³⁵⁶ SILVA, V.A. da. La interpretación conforme a la... op. cit. p. 22. El autor se refería a la ADI 234, Néri da Silveira, j. 22/06/1995, DJ 09.05.1997.

¹³⁵⁷ Como vimos anteriormente, el art. 81.4 de la Constitución italiana prevé que la ley que conlleve nuevos y mayores gastos debe indicar los medios para hacerles frente. Sobre las sentencias “*di spesa*” ver, entre muchos otros: GROPPi, T. La quantificazione degle oneri finanziari... op. cit. pp. 269 a 284; ELIA, L. Le sentenze additive e la... op.cit.; NIGRO, M. Le giurisdizione sui pubblici poteri... op. cit. pp. 453 a 455; ZAGREBELSKY, G. Problemi in ordine ai costi... op. cit.; GROSSO, E. Sentenze costituzionale di spesa... op. cit.; SORACE, D.; TORRICELLI, A. La tutela degli interessi tra... op. cit. p. 358; PIZZORUSSO, A. Tutela dei diritti costituzionali... op. cit. pp. 254 y sig.

¹³⁵⁸ Martín de la Vega señala que las sentencias sustitutivas poseen una “doble naturaleza”, pues a una decisión de inconstitucionalidad de una norma contenida en una disposición, se añade una decisión *aggiuntiva*. En: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia... op. cit. p. 222. Ver también en Italia: ONIDA, V.; D’AMICO, M, Il giudizio di..., op. cit. p. 350; ZAGREBELSKY, G. La giustizia... op. cit. p. 299; ZAGREBELSKY, G. Processo Costituzionale... op. cit. p. 656; CRISAFULLI, V. Lezioni... op. cit p. 406; GUASTINI, R. La ‘constitucionalización’ del... op. cit. pp. 65 y 66; LANZILLO, R. Poteri creativi della Corte... op. cit. p. 678; ELIA, L. Le sentenze

frecuente y a la vez más polémico, dado el grado de intervención realizada en el contenido normativo del precepto, que se acerca a la de un legislador positivo de hecho.¹³⁵⁹ La naturaleza “paralegislativa” de la sentencia sustitutiva puede observarse, por ejemplo, en una sentencia de la *Corte Costituzionale* en la que declaró la inconstitucionalidad de determinado precepto legal *en la parte en que* establecía cierta pena en la medida mínima de dos años *en lugar de* seis meses y en la medida máxima de cuatro años *en lugar de* dos años.¹³⁶⁰ Claro está que este ejemplo es extremo, tanto que marcó uno de los casos de rebelión del Poder Judicial italiano, puesto que los jueces militares se limitaron a aceptar la parte ablativa del veredicto, reivindicando como suya la tarea interpretativa de integrar la laguna.¹³⁶¹ Por ello, y considerando que el texto del precepto permanece intacto, pero una parte de su contenido normativo es eliminado y sustituido, lo ideal sería que la parte restante de este contenido conservase un sentido lógico y gramatical que le habilitase a generar una norma. Caso contrario, el tribunal podría estar forzando el precepto impugnado a establecer algo que es incapaz de establecer.¹³⁶²

En la primera parte de este estudio vimos que la sentencia sustitutiva es emitida con cierta regularidad en Italia, pero en Portugal (y en España) resultan

additive... op. cit. p. 302; ROMBOLI, R. Aggiornamenti in tema... op. cit. pp. 173 y 174; MODUGNO, A. Corollari del principio di 'legittimità... op. cit. pp. 91 a 103. En Portugal, ver, entre otros: CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 188. CANOTILHO, J.J.G. Derecho Constitucional... op. cit. p. 1007; ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 241. En España, ver: DÍAZ REVORIO, F.J. Las sentencias interpretativas... op. cit. pp. 146 y sig.; EZQUIAGA GANUZAS, F.J. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 276.

¹³⁵⁹ El grado de intervención del Tribunal en este tipo de sentencia es explicitado por Guastini en un ejemplo: “una disposición confiere cierto poder a cierto órgano estatal O1, mientras que, según la Constitución (como es interpretada por la Corte), tal poder debería ser conferido a un órgano distinto O2.” En vez de limitarse a declarar la inconstitucionalidad de la disposición y, por tanto, anularla, el TC atribuye el poder en cuestión al órgano O2. “Dicho de otra manera: la norma sometida a la Corte es sustituida por una norma distinta, creada por la propia Corte.” En: GUASTINI, R. La ‘constitucionalización’ del... op. cit. pp. 65 y 66.

¹³⁶⁰ *Sentenza n. 409/1989 (Dell'Andro)*: dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, secondo comma, della legge 15 dicembre 1972, n. 772 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza) [...] *nella parte in cui determina* la pena edittale ivi comminata nella misura minima di due anni *anziché* in quella di sei mesi e nella misura massima di quattro anni *anziché* in quella di due anni.

¹³⁶¹ Ver: SICLARI, M. Aspetti problematici del processo... op. cit. nota 18, pp. 238 y sig.

¹³⁶² Es en este sentido la advertencia de Díaz Revorio: “la parte reconstructiva sólo sería legítima si, además de venir exigida por la Constitución, puede interpretarse que es una consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma anulada, o bien puede derivar del precepto impugnado, una vez ha sido anulada su parte inconstitucional”. En: DÍAZ REVORIO, F.J. Las sentencias interpretativas... op. cit. p. 152.

excepcionales. En Brasil la sentencia sustitutiva es virtualmente ignorada por los tribunales y por la doctrina, y su real expresión respecto al conjunto de sentencias existentes todavía necesita ser determinada. Con todo, ello no significa que no se pronuncien. En un reciente artículo Lenio Streck propone una solución interpretativa (sustitutiva, aunque no utilice este término) a un tema de gran transcendencia en el área penal, más específicamente al llamado doble juicio de admisibilidad del art. 396 del Código de Procedimiento Penal, que después de la reforma de 2008 ha pasado a prever que: “*En los procedimientos ordinario y sumario, ofrecida la denuncia o queja, el juez, si no la rechaza de plano, **la recibe y ordena la citación** del acusado para que responda a la acusación, por escrito, en el plazo de 10 (diez) días.*”¹³⁶³

El autor explica que la introducción de una defensa inicial escrita “substituye la citación, que determinaba la comparecencia del acusado para ser interrogado. Después del interrogatorio, el (ya entonces) reo presentaba *alegaciones preliminares* (antiguo art. 395).” Por lo que, la innovación habría traído una “pretensa duplicidad de ‘fases’”, que sería inconstitucional, “bajo la perspectiva garantista que debe tener el CPP, dentro del marco de un derecho que no permite retrocesos sociales”. Entiende que “la simple eliminación de la expresión “citación” – a través de una inconstitucionalidad parcial *con* reducción de texto – no resuelve el problema, porque, en este caso, no sería posible colocar otra expresión en el lugar de aquella”. La solución estaría en la aplicación de la técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung* (interpretación conforme a la Constitución), que según el autor permitiría leer **notificación** donde está escrito **citación**. “La fórmula – siguiendo la ecuación ‘la norma es el resultado de la interpretación del texto’ – será: ‘*El dispositivo del art. 396 solo es constitucional si es entendido en el sentido de que, no rechazada de plano la denuncia o la queja, el juez la recibirá y ordenará la **notificación** del acusado para que responda de la acusación en el plazo de diez días, por escrito*’ (negritas y cursivas del autor)”. De manera que con la notificación, lo que se estará decidiendo es la propia acción (art. 396 CPP). La formación del proceso solo se completará con la posterior citación del acusado - si fuere el caso (art. 363 CPP).¹³⁶⁴

¹³⁶³ STRECK, L.L. *A jurisdição constitucional e o duplo juízo de admissibilidade do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica*, in www.leniostreck.com.br, 2008, pp. 8 y 9.

¹³⁶⁴ STRECK, L.L. *A jurisdição constitucional e o duplo...op. cit.* pp. 8 y 9.

Es posible constatar que, para Lenio Streck, la sentencia manipulativa sustitutiva es un producto natural de la interpretación conforme a la Constitución.¹³⁶⁵ Tanto es así, que descartó la utilización de la declaración de inconstitucionalidad parcial de la palabra “citación”, porque tan solo la eliminaba del texto, sin la posibilidad de “colocar otra expresión” en su lugar. Es decir, sin la posibilidad de sustituir, sin reducción de texto, la palabra citación por la palabra notificación, como permite la sentencia sustitutiva, cuyo fallo podría ser así: “el art. 396 del CPP es inconstitucional *en la parte en que prevé la citación del acusado en lugar de prever la notificación del acusado*”.

Un ejemplo de sentencia sustitutiva emitida por el STF puede encontrarse en el fallo sobre la acción directa de inconstitucionalidad 2652.¹³⁶⁶ Gracias a ella el Tribunal logró mantener intacto el texto del art. 14, V, párrafo único, del Código de Procedimiento Civil¹³⁶⁷, cuando el camino más fácil – y menos polémico - habría sido declararlo parcialmente inconstitucional (con reducción de texto). Al exceptuar del posible pago de multa a los abogados sujetos exclusivamente a los estatutos de la OAB (Colegio de Abogados), el precepto cuestionado acabó dejando fuera de la excepción a los abogados del sector público. Sucede que estos, al contrario de los abogados del sector privado, no solo están sujetos a los estatutos de la OAB, sino también a la ley que regla su relación funcional con el Estado. Esta discriminación fue considerada contraria al principio de igualdad por el STF, que estimó la petición de inconstitucionalidad “para, sin reducción de texto, dar a la expresión ‘*exceptuados los abogados que están sujetos exclusivamente a los estatutos de la OAB*’ (...) interpretación conforme a la Constitución, de modo que comprenda a los abogados del sector privado y del sector público”.

¹³⁶⁵ Según el punto de vista aquí mantenido, la sentencia manipulativa sustitutiva es consecuencia de la interpretación conforme a la Constitución, pero siempre que – obviamente - esta sea entendida en su sentido lato.

¹³⁶⁶ ADI 2652, Mauricio Corrêa, j. 08/05/2003, DJ 14.11.2003.

¹³⁶⁷ *CPC*, art. 14. Son deberes de las partes y de todos aquellos que de cualquier forma participan del proceso: (...)

V - cumplir con exactitud las determinaciones y no dificultar la efectividad de las decisiones judiciales, de naturaleza anticipatoria o final.

Párrafo único. Exceptuados los abogados que están sujetos exclusivamente a los estatutos de la OAB, la violación de lo dispuesto en el V de este artículo constituye un acto atentatorio al ejercicio de la jurisdicción, pudiendo el juez, sin perjuicio de las sanciones criminales, civiles y procesales que quepan, aplicar al responsable una multa...

La realidad es que el STF podría haber simplemente declarado la inconstitucionalidad parcial del precepto (inconstitucionalidad parcial cuantitativa), porque, eliminando de su texto la expresión “*que están sujetos exclusivamente a los estatutos de la OAB*”, todos los abogados pasarían a estar incluidos en la excepción. Una alternativa – más trabajosa – hubiera sido declarar la inconstitucionalidad parcial cuantitativa de la palabra “exclusivamente” y someter el resto de la frase (*‘exceptuados los abogados que están sujetos a los estatutos de la OAB’*) a la interpretación conforme a la Constitución *stricto sensu*, una vez que ella posibilitaría dos interpretaciones alternativas. Por un lado, es inconstitucional en cuanto interpretada en el sentido de exceptuar únicamente a los abogados sujetos exclusivamente a los estatutos de la OAB; por otro, es constitucional en cuanto interpretada en el sentido de excluir a todos los abogados (inclusive los no sujetos exclusivamente a los estatutos de la OAB). Sin embargo, respetando la obra del legislador, el Tribunal optó por una sentencia exclusivamente interpretativa, que, a nuestro juicio, en realidad es manipulativa sustitutiva.

Para empezar, es imposible sacar una interpretación alternativa de la frase *‘exceptuados los abogados que están sujetos **exclusivamente** a los estatutos de la OAB’*, dado que, la palabra “exclusivamente” no admite cualquier atisbo de polisemia. Se descarta, por tanto, que sea interpretativa en sentido estricto, lo que significa que el STF obligatoriamente tendrá que modificar (manipular) el contenido normativo del precepto para volverlo conforme a la Constitución. Como hay que incluir a los abogados públicos en la excepción de la ley, la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (inconstitucionalidad parcial cualitativa o reductora) tampoco resuelve por sí sola la cuestión, pues presupone una reducción de su contenido normativo. La sentencia aditiva puede ser utilizada cuando al precepto le falta algo para ser acorde con la Constitución, de forma que tras su emisión el precepto sea aplicado como si este ‘algo’ no faltase. Es decir, no se le quita nada al contenido normativo original, tan solo se le adiciona un sentido antes inexistente. Sin embargo, aunque al precepto en cuestión indudablemente le falte algo, no parece posible compatibilizar la convivencia del nuevo sentido a añadir con la palabra *exclusivamente*, que es, por definición, discriminadora, impidiendo cualquier adición de sentido. Y, hay que recordar, los abogados del sector público no se sujetan exclusivamente a los estatutos de la OAB y necesitan ser incluidos en la excepción legal. De manera que este precepto

necesita de algo más que una reducción o una adicción. Necesita de ambos, es decir, de una reducción seguida de una adicción o, lo que es lo mismo: de una sustitución. Por lo tanto, este precepto, que es inconstitucional por atentar contra el principio de igualdad, necesita de una sentencia sustitutiva para volverse constitucional. Una redacción sustitutiva transparente podría haber sido así: la expresión ‘*exceptuados los abogados que están sujetos **exclusivamente** a los estatutos de la OAB*’ es inconstitucional en la parte en que prevé exención de la multa exclusivamente a los abogados del sector privado en lugar de *exceptuar* a todos los abogados, incluso a los del sector público, puesto que estos – además de sujetos a los estatutos de la OAB - también están sujetos al estatuto del funcionario público.¹³⁶⁸ Por lo tanto, aunque no lo diga explícitamente – prefiriendo escudarse en la genérica interpretación conforme, el STF en realidad emitió una sentencia manipulativa sustitutiva.¹³⁶⁹

3.3. Sentencias interpretativas en el ámbito del control difuso.

Todavía no existe en Brasil estadísticas que informen del número de sentencias interpretativas pronunciadas en el ámbito del control difuso. Lo que sí se sabe, es que su uso ha dejado de ser una práctica limitada al control concentrado de constitucionalidad, no existiendo ya dudas de que son aplicables a los dos tipos de

¹³⁶⁸ En esta sentencia están presentes los supuestos de la sentencia sustitutiva señalados por Guastini, quien explica que estas “declaran la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, en la parte en la que expresa cierta norma en lugar de otra: una norma distinta que debería expresar para ser conforme con la Constitución” (En: GUASTINI, R. La ‘constitucionalización’ del... op. cit. pp. 65 y 66). En el caso expuesto la expresión ‘*exceptuados los abogados que se sujetan **exclusivamente** a los estatutos de la OAB*’ pasa a ser ignorada y en su lugar empieza a valer una norma no expresa, que extiende la excepción legal a todos los abogados antes excluidos por el hecho de sujetarse también al estatuto de los funcionarios públicos.

¹³⁶⁹ Como se vio, el STF estimó la petición de inconstitucionalidad “para, sin reducción de texto, dar a la expresión ‘*exceptuados los abogados que están sujetos **exclusivamente** a los estatutos de la OAB*’ (...) interpretación conforme a la Constitución, de modo que comprenda a los abogados del sector privado y del sector público”.

control. Lo que todavía se discute, como más adelante se verá, es si la posibilidad de decisión interpretativa genera la necesidad de incidente al Pleno del Tribunal, teniendo en cuenta que no resulta afectada la integridad del texto del precepto. En todo caso, el uso de las sentencias interpretativas en el control difuso es casi una consecuencia del propio sistema, porque la inconstitucionalidad a veces solo es verdaderamente perceptible cuando determinado precepto es aplicado a un caso concreto. Y, en tales situaciones, la simple declaración de inconstitucionalidad a veces puede acarrear más daños que beneficios a las partes en conflicto y, por extensión, al propio ordenamiento jurídico, algo, por cierto, también sentido en Portugal e Italia, como se ha visto.

Tomando en consideración la tipología asumida en ese trabajo, que divide estas sentencias, por un lado, en interpretativas de constitucionalidad e inconstitucionalidad en sentido estricto y, por otro, en manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas, serán analizados los fundamentos de dos “*acórdãos* interpretativos” emitidos por una sección (tres jueces) de un tribunal estadual brasileño.¹³⁷⁰ Ambos buscan solucionar las respectivas demandas a través de un “filtro hermenéutico-constitucional”, haciendo uso de la interpretación conforme a la Constitución y de la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. Han sido seleccionados porque su fundamento parte del principio de que la nulidad parcial sin reducción de texto implica reducción de sentido y la interpretación conforme, adición de sentido, lo que equivale a decir que ambos modifican el contenido normativo del precepto y, por consiguiente, originan sentencias manipulativas. Un entendimiento que, a pesar de no ser el mismo que el del STF, tiene no obstante algo en común con él. De hecho, la posición mantenida por el STF, de que la interpretación conforme a la Constitución, tomada en su aspecto negativo, no es más que una inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, también origina una sentencia manipulativa, en este caso, reductora. Como puede observarse, mientras el STF - fiel a su discurso del legislador negativo - reduce la interpretación conforme “disconforme” a una técnica de reducción de sentido, el fundamento de los dos *acórdãos* limita la propia interpretación conforme a una técnica de adición de sentido. Pero en cualquier caso, el resultado invariablemente será una

¹³⁷⁰ 5ª Cámara Criminal del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande del Sur. Ambos *acórdãos* adoptaron como fundamentos de la decisión, de forma integral, opiniones del representante del Ministerio Fiscal, Procurador de Justicia Lenio Luiz Streck.

sentencia manipulativa – un tipo de decisión que suele recibir duras críticas por invadir supuestamente el ámbito de actuación del legislador.

Estas características confieren a los dos *acórdãos* una peculiar transcendencia a los efectos de este trabajo, puesto que su análisis permite discutir y terminar de identificar las distintas sentencias que la interpretación conforme a la Constitución (*stricto y lato sensu*) puede originar, aportando alternativas a la dualidad que en este campo predomina en Brasil. Y ello porque la complejidad de las sentencias interpretativas no debe ser un pretexto para realizar ciertas simplificaciones, sino más bien un motivo para su examen más riguroso, tanto en el control de constitucionalidad difuso, como en el concentrado. Finalmente, el hecho de que ambos *acórdãos* fueron emitidos por la propia sección del Tribunal, permite analizar una cuestión de gran importancia para el control difuso: la necesidad, o la posibilidad, de incidente al Pleno si la cuestión de inconstitucionalidad no afecta al texto de la ley. En definitiva, el análisis creo que permitirá aplicar las categorías utilizadas y que proporcionará una visión de conjunto más amplia.

3.3.1. Análisis de los fundamentos de dos *acórdãos* interpretativos.

El precepto impugnado por inconstitucionalidad en el primer *acórdão*¹³⁷¹ es el art. 299 del Código Penal (falsedad ideológica), que tipifica textualmente las acciones de “*omitir, en documento público o particular, la declaración que en él debía constar, o incluir o hacer incluir en él una declaración falsa o distinta de la que*

¹³⁷¹ *Acórdão* nº 70015006935-2006, de 28 de junio de 2006, 5ª Cámara Criminal del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande del Sur; Jueces Amilton Bueno de Carvalho (Relator), Aramis Nassif y Genacéia da Silva Alberton. Disponible en: <<http://www.tjrs.jus.br>>.

debería figurar, con el fin de perjudicar un derecho, crear una obligación o alterar la verdad sobre un hecho jurídicamente relevante". Los fundamentos de la decisión del Tribunal dejan claro que la aplicación de este precepto solo puede ser considerada constitucional si se ocasiona un daño concreto, una vez que la "criminalización de una conducta no se legitima tan solo por la conducta." Y que "sólo hay lesión que justifique la incidencia del Derecho Penal, en cuanto *ultima ratio*, cuando existente la noción de inmediatez entre la falsificación y la lesión que se busca. Si no hay lesión, puede existir relevancia jurídica, pero no criminal." Con este precepto "el Estado estaría estableciendo una responsabilidad objetiva en el Derecho Penal, puniendo conductas *in abstracto*" y violando, por consiguiente, los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y secularización (el Estado no puede punir meras conductas y comportamientos), conquistas del Estado Democrático de Derecho. No obstante, la declaración de inconstitucionalidad total (no recepción) del art. 299 es descartada, "toda vez que solo en parte viola la Constitución". Tras recordar las lecciones de Lucio Bittencourt¹³⁷², que defendía que "cuando una parte de la ley es inconstitucional, este hecho no autoriza a los tribunales a declarar también ineficaz la parte restante", el *acórdão* se decanta por una inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto.

La diferencia entre interpretación conforme a la Constitución e inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto es subrayada en los siguientes términos:¹³⁷³:

"Hay que buscar en el derecho foráneo y en la jurisprudencia del STF los caminos para la solución de la controversia. Del derecho alemán se aprende que, a veces, se puede salvar un texto jurídico no declarándolo inconstitucional **a partir de una adición de sentido**. Es el caso de la *Verfassungskonforme Auslegung* (interpretación conforme a la Constitución)." En otros, **se retira una de las incidencias del precepto**, es decir, en la hipótesis que se quiera expulsar del precepto uno de los sentidos contrarios a la Constitución. En este caso, se estará en presencia de una *Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung* (nulidad parcial sin reducción de texto). En ambos casos no hay reducción

¹³⁷² BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit., p. 126.

¹³⁷³ Para hacer posible una mejor comprensión del problema, se ha optado por transcribir algunos fragmentos del *acórdão* y después analizarlos.

formal del texto. Tan sólo su sentido es alterado. En el caso de la interpretación conforme habrá una sentencia de rechazo de inconstitucionalidad parcial cualitativa; y, en el caso de la nulidad parcial, de una decisión de estimación de inconstitucionalidad parcial cualitativa.”¹³⁷⁴

A menos que se esté refiriendo a una sentencia manipulativa aditiva, no es totalmente correcto afirmar que de la aplicación de la interpretación conforme a la Constitución resulte pura y simplemente una adición de sentido. Como se sabe, la presunción de la constitucionalidad de las leyes - fundamental en el control de constitucionalidad, en nombre de la supremacía del legislador en la concreción y realización de la Constitución – está en la base de la interpretación conforme¹³⁷⁵, que puede ocurrir “siempre que determinada disposición legal ofrezca diferentes posibilidades de interpretación, siendo algunas de ellas incompatibles con la propia Constitución”¹³⁷⁶. En ese sentido, en la Representación de Inconstitucionalidad n° 1417 el ex magistrado del STF Moreira Alves afirmó que de la llamada presunción de constitucionalidad “se extrae que, de entre dos entendimientos posibles del precepto impugnado, debe prevalecer el que sea conforme a la Constitución”¹³⁷⁷. Es decir, en su concepción original la interpretación conforme posibilita recoger del texto legal un sentido constitucional, conservando la integridad de la ley, pero no contiene “una delegación al Tribunal para que mejore o perfeccione la ley.”¹³⁷⁸ Está limitada por la expresión literal (*Wortlaut*) del texto normativo, porque “su pluralidad de significados constituye la base que permite separar interpretaciones compatibles con la Constitución de aquellas que se muestran con ella incompatibles”¹³⁷⁹ y asimismo por las “decisiones

¹³⁷⁴ Acórdão n° 70015006935 2006/CRIME TJRS, 28/06/2006, p. 7. También en: STRECK, L.L., *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais* in www.leniostreck.com.br, 2007 (aceso en 30.10.2008), p. 23.

¹³⁷⁵ Ver: ZIPPELIUS, R. “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen” in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 2. Tübingen, 1976, p. 108; MÜLLER, F. *Juristische Methodik*, 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 87.

¹³⁷⁶ MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional*...op. cit. p. 287. Ver: SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht*... op. cit., 1985, p. 184; GUSY, C. *Parlamentarischer Gesetzgeber*... op. cit. p. p. 214.

¹³⁷⁷ Representación de Inconstitucionalidad n° 1.417 (RTJ 126/53).

¹³⁷⁸ MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional*... op. cit. p. 290. Ver: EHMKE, H. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*... op. cit. p. 53, HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts*... op. cit. p. 31.

¹³⁷⁹ Ver: GUSY, C. *Parlamentarischer Gesetzgeber*... op. cit. p. 214; ZIPPELIUS, R. *Verfassungskonforme Auslegung*... op. cit. p. 115 e 116.

fundamentales del legislador”, es decir, sus valoraciones y objetivos. Por ello, “no se debe conferir a una ley con sentido inequívoco una significación contraria, así como no se deben falsear los objetivos pretendidos por el legislador.”¹³⁸⁰ Esta falta de coincidencia con los parámetros imaginados por el legislador es vista como una implicación natural del control de constitucionalidad por Virgilio A. da Silva, que, no obstante, es bastante crítico con la interpretación conforme. Entiende que esta – al contrario de otros criterios interpretativos - no funciona solo como “mera idea regulativa, que solo apunta en una dirección para ser seguida (...)”, pues “apunta a una dirección completamente equivocada, que se basa en el deber de intentar *salvar* toda y cualquier ley que, aunque mínimamente, posea alguna chispa de constitucionalidad”.¹³⁸¹ En ese sentido, Eliseo Aja y González Beilfuss advierten que “en la práctica se acude a ellas cuando la interpretación que está realizando el TC fuerza demasiado la literalidad del precepto”. Entienden que “tales sentencias establecen una interpretación concreta y diferente a la literalidad del precepto legal y, por tanto, una nueva norma, más amplia o más restrictiva que la creada por el legislador”. Critican también la frecuente práctica de que la interpretación no figure en el fallo de la sentencia y se encuentre entre sus fundamentos jurídicos. Por esta razón, alertan de que además de “sus inconvenientes dogmáticos, tampoco pueden ser ignorados los inconvenientes prácticos y de seguridad jurídica de esta técnica jurisprudencial”.¹³⁸²

En todo caso parece claro que con la interpretación conforme a la Constitución tomada en su sentido estricto u originario, el Tribunal no adiciona sentido al texto legal. Se limita a elegir la o las opciones constitucionales entre las interpretaciones alternativas emergentes del texto legal, dando origen a la sentencia interpretativa desestimatoria (en Brasil, de constitucionalidad). Cuando el Tribunal, con base en la Constitución, adiciona sentido al texto legal (o lo reduce o sustituye) está en realidad emitiendo una sentencia manipulativa. Esta sentencia también parte de la interpretación conforme (*lato sensu*), pero va más allá, porque modifica el propio

¹³⁸⁰ HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts... op. cit. p. 31, n. 83. Sin embargo, “el *Bundesverfassungsgericht*, muchas veces no confiere mayor valor al significado histórico de la ley y a su expresión literal, otorgando a la norma un sentido contrario a aquel pretendido por el legislador, o imponiendo a la Administración el deber de aplicar la ley en un sentido distinto del originario. La protección que se pretende asegurar a la voluntad del legislador se convierte, así, en su contrario.” En: MENDES, G. F. Jurisdição Constitucional... op. cit. p. 292. Ver también: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 310.

¹³⁸¹ SILVA, V.A. da. La interpretación conforme... op. cit. pp. 24 y 25.

¹³⁸² AJA, E.; GONZALES BEILFUSS, M. Conclusiones generales... op. cit. p. 277

contenido normativo complejo del precepto. Y esto eventualmente puede reflejarse en una indebida invasión de la competencia del Poder Legislativo. No por otro motivo Gomes Canotilho alerta de que “la alteración de la ley a través de la interpretación puede llevar a una *usurpación* de funciones, transformando los jueces en legisladores activos. Si la interpretación conforme a la Constitución quiere seguir siendo interpretación debe respetar el texto de la norma interpretada y los fines perseguidos a través del acto normativo sujeto a control”.¹³⁸³ En el mismo sentido, Rubio Llorente subraya que la sentencia manipulativa “puede ser aplaudida por quienes ven en ella la única vía razonablemente rápida para acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos, pero violenta al máximo el sistema de división de poderes, que es el fundamento mismo de toda la arquitectura constitucional”.¹³⁸⁴

Volviendo a la interpretación conforme *stricto sensu*, nunca puede dejarse de recordar que la opción por una alternativa que sea constitucional no significa que el precepto sea constitucional únicamente bajo la interpretación elegida. El precepto puede encontrar otras interpretaciones en aplicaciones posteriores, y, por otra parte, los Tribunales ordinarios tienen total libertad para desarrollar otras interpretaciones conformes a Constitución.¹³⁸⁵ Sin embargo, aunque la sentencia interpretativa desestimatoria esté más en consonancia con lo que se entiende por interpretación conforme, puede también utilizarse esta técnica para suprimir las alternativas interpretativas consideradas inconstitucionales, originando la sentencia interpretativa estimatoria (en sentido estricto). Cuando esto ocurre, autores como Vogel, Von Mutius, Moench o Skouris mantienen que la interpretación conforme se equipara a la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*).¹³⁸⁶ No obstante, la mayor parte de los autores considera que se

¹³⁸³ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...*, 5. ed. op.cit. p. 1293.

¹³⁸⁴ RUBIO LLORENTE, F. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho...* op. cit. p. 491.

¹³⁸⁵ MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 294. Ver: BRYDE, B.O. *Verfassungsentwicklung, Stabilität...* op. cit. p. 410; SACHS, M. *Bindungswirkung bei verfassungskonformer...* op. cit. p. 344.

¹³⁸⁶ VOGEL, K. *Rechtskraft und Gesetzeskraft...* op. cit. p. 568; MUTIUS, A. “Allgemeine Bindungswirkung...” op. cit. p. 403; MOENCH, C. *Verfassungswidriges Gesetz...* op. cit. p. 19; SKOURIS, W. *Teilnichtigkeit von...* op. cit. p. 108. Ver también: MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 293 y sig.

tratan de decisiones diferentes. Rui Medeiros¹³⁸⁷ y Pizzorusso¹³⁸⁸, por ejemplo, defienden que mientras en la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (para los italianos, sentencia de inconstitucionalidad parcial; para los portugueses, reductora o de nulidad parcial cualitativa) las distintas normas derivan de manera conjunta o compleja del texto, operando contemporáneamente, en la interpretación conforme operan alternativamente, pues las normas contrastantes no pueden aplicarse de forma simultánea al mismo supuesto de hecho. Es por este motivo que la redacción del fallo de la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto normalmente afirma que el precepto es inconstitucional *en la parte en que...*¹³⁸⁹, mientras en la interpretación conforme (estimativa) la redacción más usual afirma que el precepto es inconstitucional *si se interpreta... o en cuanto se interpreta...* en determinado sentido¹³⁹⁰. En ambas, por lo tanto, el texto se mantiene íntegro, aunque la reducción cualitativa sea siempre de inconstitucionalidad y la interpretación conforme pueda originar tanto decisiones de constitucionalidad¹³⁹¹, como de inconstitucionalidad.

En este sentido, cuando el *acórdão* afirma que en la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto “se retira una de las aplicaciones del precepto, es decir, en la hipótesis de que se quiera expulsar del precepto uno de los sentidos contrarios a la Constitución”, está dando a entender que se alinea a la corriente antes referida, que equipara ésta técnica a la interpretación conforme. O *acórdão* acentúa también que “en

¹³⁸⁷ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 317 y sig.

¹³⁸⁸ Alessandro Pizzorusso aclara que "mientras en la inconstitucionalidad parcial cualitativa las diferentes normas que se extraen de la disposición 'pueden operar *contemporáneamente*, pues regulan *fattispecie* diversas o determinan efectos independientes', en la interpretación conforme a la Constitución 'las diferentes normas que resultan de las interpretaciones contrastantes están destinadas a operar *alternativamente*.'" En: PIZZORUSSO, A. La motivazione delle decisioni ... op. cit. pp. 387-392.

¹³⁸⁹ Ejemplo del TC portugués: *Acórdão* 12/1984 - declaró inconstitucional una norma del art. 4º, nº 1-c del DL 701-B/76, que declaraba inelegibles para los órganos de los municipios “los funcionarios de los órganos representativos de los pueblos o de los municipios”. El TC entendió que esa disposición solo podría ser conforme a la Constitución si no abarcase a los funcionarios sin posibilidad de influir las votaciones, por la escasa proyección social de los cargos que ejercían. Así que declaró la norma inconstitucional *en la parte en que* se aplicaba a los electricistas, albañiles etc. Ver: CANAS, V. *Introdução às decisões...* op. cit. p. 90.

¹³⁹⁰ Dos ejemplos del TC portugués: a) *Acórdão* nº 385/1998 - declaró la inconstitucionalidad del art. 69º, nº 2 del Decreto-Ley nº 519-F2/79 *en cuanto interpretado* como una determinación para que contra las decisiones de los registradores y notarios se recurra ante el tribunal de comarca; b) *Acórdão* nº 183/2008 - se pronunció por la inconstitucionalidad de artículos del Código Penal *en cuanto interpretados* en el sentido de que la prescripción del procedimiento criminal se suspende con la declaración de contumacia.

¹³⁹¹ Como se vio anteriormente, Brasil y Alemania aceptan la declaración de constitucionalidad.

ambos casos no hay mutilación formal del texto” y concluye que “apenas se altera su sentido”. Pero aquí surge un problema. La alteración de sentido es verdad para la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, donde hay una reducción del contenido normativo del precepto, pero no la es para la interpretación conforme, donde tan solo se elige entre sentidos alternativos ya presentes en el contenido normativo del precepto (obviamente interpretado en conjunto con la Constitución). La alteración de sentido también es verdad para la sentencia manipulativa aditiva, en la cual hay una adición de sentido, y para la sustitutiva, en la cual se sustituye parte del contenido normativo del precepto por otro. Dos decisiones donde se percibe más nítidamente la actividad creadora del juez.

Por la misma senda sigue la conclusión de que “en el caso de la interpretación conforme se está en presencia de una sentencia de rechazo de inconstitucionalidad parcial cualitativa; y, en el caso de la nulidad parcial, de una decisión de estimación de inconstitucionalidad parcial cualitativa”. Aquí el *acórdão* reduce la interpretación conforme a un mero contrapunto de la nulidad parcial cualitativa, como si fuera tan solo su alternativa interpretativa constitucional. No obstante, como ya se ha visto, son dos sentencias originadas en técnicas con características propias. Por otra parte, ya se señaló que la interpretación conforme permite llegar tanto a decisiones de constitucionalidad, como de inconstitucionalidad y obviamente ello no ocurre en la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. De ahí que no sea posible hablar de sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad parcial cualitativa. Al menos no en esos términos. Por otro lado, para que el Tribunal pueda rechazar o estimar una inconstitucionalidad parcial cualitativa, es necesario, en principio, que exista una petición específica con este fin en la demanda, lo que no es el procedimiento usual, aunque sea perfectamente posible. A pesar de ser una obviedad, siempre es bueno recordar que éstas son técnicas de decisión utilizadas por **los tribunales** con el objetivo de salvar el texto legal. Los demandantes normalmente se limitan a solicitar al Tribunal, que declare la inconstitucionalidad de determinado precepto legal (también la constitucionalidad, en el caso de Brasil) y no de alguna de sus interpretaciones.

A continuación, el *acórdão* llega a la conclusión que el texto del art. 299 CP puede ser salvado a través de una declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto en los siguientes términos:

“Así, aplicando la nulidad parcial sin reducción de texto, se obtiene que determinado dispositivo es inconstitucional si es aplicado a la hipótesis “x”. En el caso en análisis: el art. 299 del Código Penal será inconstitucional si es aplicado sin cualquier comprobación de la intención del agente de colocar en riesgo concreto e inmediato cualquier bien jurídico penalmente relevante, so pena de incurrir en responsabilidad penal objetiva. Mejor dicho, se retira una de las aplicaciones del precepto, alejando el sentido que se revela contrario a la Constitución. El texto permanece en su literalidad; la norma, sin embargo, fruto de la interpretación, se modifica. Se preserva así la compatibilidad del texto con el orden constitucional.”¹³⁹²

Como hemos visto, para darse una nulidad parcial sin reducción de texto tiene necesariamente que producirse una reducción del contenido normativo del precepto. Por tanto, para que la norma - que prevé la no necesidad de *comprobación de la intención del agente de colocar en riesgo concreto e inmediato cualquier bien jurídico penalmente relevante* - pueda ser anulada, debe formar parte del contenido normativo del art. 299 CP. Y este tipifica textualmente las acciones de “*omitir, en documento público o particular, la declaración que en él debía constar, o incluir o hacer incluir en él una declaración falsa o distinta de la que debería figurar, con el fin de perjudicar un derecho, crear una obligación o alterar la verdad sobre un hecho jurídicamente relevante*”. Parece bastante claro que el contenido normativo de este texto no contiene la norma objeto de la reducción cualitativa propuesta (tanto, que el artículo es inconstitucional). Como bien se dice en el *acórdão*, “el delito imputado al acusado consagra la protección jurídica de la fe pública, en cuanto bien jurídico digno de ser abstractamente tutelado. No exige, en un primer análisis, un perjuicio concreto o una demostración de la intención del agente al falsificar el documento. Y ahí está el problema.”¹³⁹³ Es decir, como la tipificación del delito ni siquiera recoge – explícita o implícitamente - la necesidad o no de perjuicio concreto o de comprobación de la intención del agente, estos efectivamente no forman parte de su contenido normativo.

¹³⁹² *Acórdão* nº 70015006935 2006/CRIME TJRS, 28/06/2006, p. 8.

¹³⁹³ *Acórdão* nº 70015006935 2006/CRIME TJRS, 28/06/2006, p. 5.

No hay, por lo tanto, una norma “suprimible” para volver el texto constitucional, sino todo lo contrario: debe añadirse una nueva norma. Este hecho descarta la decisión de nulidad parcial sin reducción de texto.

En suma, la reducción cualitativa presupone la existencia de la norma que vuelve el texto inconstitucional. De ahí que su redacción por excelencia sea: *es inconstitucional en la parte en que....* Como enseña Vitalino Canas¹³⁹⁴, la sentencia reductora cualitativa “declara la inconstitucionalidad de la norma (en su conjunto), en cuanto su previsión abarque una cierta situación”. O, como dicen Gomes Canotilho e Vital Moreira, “el juicio de inconstitucionalidad incide sobre normas en cuanto realidades jurídicas y no sobre preceptos en cuanto enunciados lingüísticos concretos”.¹³⁹⁵ Por cierto, el propio *acórdão* aporta un buen ejemplo de este tipo de sentencias, cuando se refiere a una decisión del TC alemán de 30 de octubre de 1963, que interpretó restrictivamente el art. 129 del Código Penal, que establecía penas de prisión para los miembros de asociaciones que promoviesen determinadas actividades consideradas inconstitucionales. “El dispositivo fue considerado válido, siempre que se excluyese de la noción de ‘asociaciones’ a los partidos políticos”.¹³⁹⁶ Por lo tanto, una clara reducción del contenido normativo del precepto, porque los partidos políticos están contenidos en el concepto de asociaciones. En otras palabras, se declara que la norma es *inconstitucional en la parte en que* incluye los partidos políticos en el concepto “asociaciones”. Una redacción similar resulta imposible en el caso del art. 299 CP.¹³⁹⁷

¹³⁹⁴ CANAS, V. Introdução às decisões... op. cit. p. 90.

¹³⁹⁵ CANOTILHO, J.J.G. y MOREIRA, V. Fundamentos da... op. cit. p. 269.

¹³⁹⁶ *Acórdão* nº 70015006935 2006/CRIME TJRS, 28/06/2006, p. 8.

¹³⁹⁷ A pesar de haber concluido incorrectamente, según el punto de vista aquí defendido, que la sentencia nº. 105/88 del Tribunal Constitucional español se trataba de un ejemplo de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, el *acórdão* explica adecuadamente las características de este tipo de sentencia: “se trata de aplicar, *mutatis mutandis*, aquello que en el derecho portugués se denomina decisión reductora. O, mejor aún, en la acepción de Jean-Claude Béguin (*Le controle de la constitutionnalité de lois em République Fédérale d’Allemagne*), se trata de ‘anulación parcial cualitativa’ (cuando la norma, en su conjunto, no debe ser aplicada a cierta situación, por ser tal aplicación inconstitucional).” Tras esta explicación, el *Acórdão* alude a un ejemplo de inconstitucionalidad parcial cualitativa emitida por la antigua Comisión Constitucional portuguesa, cuyos términos parecen efectivamente configurar una sentencia de ese tipo. Sin embargo, no será aquí comentada, por no haber sido posible acceder a una copia integral de la decisión. Este es el ejemplo: “en relación a una norma que regulaba las atenuaciones extraordinarias previstas en el art. 298, n., previendo ciertas atenuaciones obligatorias, verificadas determinadas circunstancias, se entendió declarar la norma parcialmente inconstitucional en la parte en que consagraba las referidas

La falta de acierto en este uso concreto de la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto se confirma además a través de una sentencia del Tribunal Constitucional español¹³⁹⁸ que el Tribunal brasileño aporta como paradigma de este tipo de decisión:

“Para los más escépticos, vale traer a colación un precedente del Tribunal Constitucional Español, que puede ayudar en la comprensión de esta compleja cuestión. En efecto, el Tribunal Constitucional de España, a través de la sentencia n. 105/88, declaró la inconstitucionalidad del delito de tenencia de utensilios propios para cometer hurto (ganzúas y otros instrumentos), por violación al art. 24.2 de la Constitución (principio de la presunción de la inocencia). El art. 509 del Código penal¹³⁹⁹ incriminaba al que “tuviera en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”. El TC español declaró contraria a la Constitución cualquier interpretación del referido tipo penal que puniera tan sólo la posesión de instrumentos idóneos: “en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito”. O sea, entendió el Tribunal español que, sin la prueba de la posibilidad de efectivo daño, no se puede punir. La presunción de que alguien va a cometer un hurto, por el hecho de estar portando instrumentos propios para tal, no es razón suficiente para el encuadramiento en el tipo penal. Meras conductas no pueden ser penas; tampoco se puede penalizar alguien con base en presunciones.

La sentencia española es una declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto.”¹⁴⁰⁰

Para el autor español Díaz Revorio, ésta sentencia no es una declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto, sino una decisión interpretativa de inconstitucionalidad en sentido estricto resultante de la aplicación de la interpretación

atenuaciones extraordinarias obligatorias (o legislativas, como son designadas en el texto del *Acórdão*), considerándose que serían, sin embargo, admitidas como meramente facultativas para los jueces (Diário da República de 29 de dezembro de 1978, p. 40).” En: *Acórdão* nº 70015006935 2006/CRIME TJRS, 28/06/2006, p. 9.

¹³⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional STC 105/1988, de 8 de junio.

¹³⁹⁹ Se trata, en realidad, del antiguo Código Penal español.

¹⁴⁰⁰ *Acórdão* nº 70015006935 2006/CRIME TJRS, 28/06/2006, p. 9.

conforme a la Constitución. De hecho, la primera y más evidente señal es la redacción “*en cuanto se interprete que la posesión...*”, que denota que el texto permite otra u otras interpretaciones. Esto, sin embargo, no es suficiente. Es necesario verificar asimismo si las posibles interpretaciones emergentes del texto – después de pasar por el “filtro” constitucional - realmente son alternativas. Como se vio, si es posible convertir el precepto en constitucional con una reducción de su contenido normativo, la sentencia será de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto; y si es posible volverlo constitucional tan solo con una adición de sentido (o construcción de sentido) proporcionada por la Constitución, será aditiva. Díaz Revorio explica que en el caso del art. 509 del antiguo Código Penal español, el Tribunal delineó el tema claramente como una elección entre dos alternativas de interpretación del precepto: “una primera interpretación entendería que la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo hace presumir el especial destino a tal ejecución, a menos que el acusado facilite mediante el correspondiente descargo la prueba en contrario. Según otra posible interpretación, el descargo del acusado no es una actividad necesaria, sino libre, ya que tanto la posesión de los instrumentos, como su idoneidad para el robo o el especial destino por el poseedor a la ejecución de delitos de tal tipo, corresponde siempre probarlos a la parte acusadora. El Tribunal entiende que esta segunda interpretación es conforme a la Constitución, pero no así la primera”.¹⁴⁰¹ De modo que el TC optó por declarar la inconstitucionalidad del precepto en cuanto sea interpretado según la primera interpretación. No obstante, dejó expresamente establecido que las dos interpretaciones analizadas en los fundamentos no excluían “la posibilidad de otras diferentes, que no es posible enjuiciar, porque no han sido objeto de debate”.¹⁴⁰² La conclusión de Díaz Revorio es de que “estamos así ante uno de los más claros ejemplos de sentencia interpretativa de estimación”.¹⁴⁰³ La existencia de interpretaciones alternativas habría permitido al Tribunal limitarse a escoger y declarar inconstitucional la norma disconforme a la Constitución, sin reducir ni aumentar el contenido normativo del precepto.¹⁴⁰⁴

¹⁴⁰¹ DIAZ REVORIO, F.J. Las sentencias interpretativas... op. cit. p. 132.

¹⁴⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional STC 105/1988, de 8 de junio, p. 3.

¹⁴⁰³ DIAZ REVORIO, F.J. Las sentencias interpretativas... op. cit. p. 132.

¹⁴⁰⁴ Sin embargo, y tan solo para demostrar que Lenio Streck tiene razón cuando define como complejas estas cuestiones, se podría perfectamente argumentar que el art. 509 del Código penal español no admite interpretaciones alternativas, puesto que afirma textualmente que

Volviendo al art. 299 del CP brasileño, se constata que el mismo motivo que dificulta la utilización de la decisión de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, imposibilita también la utilización de una sentencia interpretativa en sentido estricto (interpretación conforme). Como la tipificación del delito ni siquiera recoge – explícita o implícitamente - la necesidad o no de perjuicio concreto o de comprobación de la intención del agente, estas dos imposiciones constitucionales no forman parte de su contenido normativo. En suma, así como una norma inexistente no puede ser suprimida del contenido normativo de un precepto (inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto), tampoco posibilita la busca de interpretaciones alternativas (interpretación conforme a la Constitución). La interpretación conforme *stricto sensu* normalmente es un paso previo a las decisiones manipulativas y de inconstitucionalidad simple. El juez debe verificar primeramente si hay posibilidad de interpretar el texto del precepto según una alternativa constitucional y solo después recurrir a otras soluciones. En el presente caso quedó patente que sin una adición de sentido proporcionada por la Constitución, el precepto no logrará salvarse (o volverse constitucional). Como diría Miranda, “la norma es inconstitucional *en la medida en que no contiene todo aquello que debería contener* para responder a los imperativos de la Constitución. Y entonces, el órgano de fiscalización añade (y, añadiendo, modifica) ese elemento que falta”.¹⁴⁰⁵ Se trata, por tanto, de emitir una sentencia manipulativa (modificativa) aditiva, porque los principios constitucionales de la proporcionalidad y razonabilidad aplicables al art. 299 CP exigen que el precepto tenga un sentido que su texto en conjunto con la Constitución no es capaz de generar por sí mismo. La sentencia aditiva indica que un precepto es inconstitucional *en cuanto no establece..., o no prevé..., o omite..., o no incluye..., o excluye... algo que debería incluir para ser conforme a la Constitución*. La disposición

cabe al acusado dar descargo suficiente sobre la adquisición o conservación de los instrumentos (“...y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”). Parece haber aquí una clara inconstitucionalidad, visto que el texto es impositivo, no dando margen a una interpretación según la cual el descargo del acusado es una opción libre, porque constitucionalmente cabe siempre al acusador probar que el poseedor pretendía utilizar tales instrumentos para robar. Y si así es, habría dos opciones: la declaración de la inconstitucionalidad total del precepto o acudir a una sentencia sustitutiva, una vez que sería necesario reducir el contenido normativo de este precepto para después ampliarlo. La alternativa sustitutiva podría ser en los siguiente términos: el art. 509 del Código penal es inconstitucional *en la parte en que establece* que corresponde al acusado dar suficiente descargo sobre la adquisición o conservación de los instrumentos destinados especialmente al delito de robo encontrados en su poder *en lugar de establecer* que tanto la posesión de los instrumentos, como su idoneidad para el robo o el especial destino por el poseedor a la ejecución de delitos de tal tipo, corresponde siempre probarlos a la parte acusadora.

¹⁴⁰⁵ MIRANDA, J. Teoria do Estado e... op. cit. p. 514.

se mantiene, pero pasa a significar también el sentido omitido (norma) y que antes la volvía ilegítima. Es decir, el Tribunal produce una nueva norma y la adiciona a la disposición para convertirla en constitucional, porque este tipo de sentencia tiene su causa en una omisión de la ley.¹⁴⁰⁶ Comparándola con la declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto, Vitalino Canas aclara de forma lapidaria: “mientras allí lo que se verifica es una violación por acción del autor de la norma que dispone lo que no debería, aquí la norma dice menos de lo que debería decir”¹⁴⁰⁷.

Por lo tanto, ni anulación parcial del contenido normativo, ni elección entre alternativas emergentes del contenido normativo, lo que el precepto necesita es que se le adicione o se le “construya” el sentido que lo volverá constitucional. Tal decisión aditiva podría ser en los siguientes términos: *el art. 299 del Código Penal es inconstitucional en cuanto no establece (o omite) la necesidad de comprobación de la intención del agente de colocar en riesgo concreto e inmediato un bien jurídico penalmente relevante*. El peligro inmediato (y concreto), como resalta el *acórdão*, “pasa a ser condición de posibilidad para decidir la incidencia del tipo penal”¹⁴⁰⁸. Es fácil constatar que la forma de pronunciamiento que se propone como más correcta es idéntica a la supuesta declaración de inconstitucionalidad parcial cualitativa o sin reducción de texto contenida en la intervención del Ministerio Fiscal adoptado por la Cámara Criminal: “el art. 299 del Código Penal será inconstitucional si es aplicado sin ninguna comprobación de la intención del agente de colocar en riesgo concreto e inmediato algún bien jurídico relevante penalmente”. De hecho, mientras en ésta está subentendido que el artículo en cuestión necesita de algo más para ser constitucional, en la redacción aquí propuesta la necesidad de adición de contenido está explícita. Así que ambas modifican el contenido normativo originario del precepto, agregándole las condicionantes exigidas por la Constitución. En otras palabras, ambas son sentencias manipulativas aditivas.

¹⁴⁰⁶ Por ejemplo, la probable primera sentencia aditiva del TC italiano: *Sentenza n. 168/1963 (Manca)*: dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 11, primo comma, della legge 24 marzo 1958, n. 195, istitutiva del Consiglio superiore della Magistratura, in riferimento agli artt. 104, primo comma, 105 e 110 della Costituzione, *in quanto*, per le materie indicate nel n. 1 dell'art. 10 della legge stessa, *esclude* l'iniziativa del Consiglio superiore della Magistratura;

¹⁴⁰⁷ CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. p. 93.

¹⁴⁰⁸ *Acórdão* nº 70015006935 2006/CRIME TJRS, 28/06/2006, p. 8.

En el caso específico del art. 299 CP, una posible justificación para la utilización de una sentencia aditiva podría ser el hecho de tratarse de una solución *a rime obbligate*, es decir, darse en este caso la virtual imposibilidad del legislador poder crear una ley con contenido diferente. Una posibilidad admitida en Italia cuando supuestamente existe una imposición constitucional que no deja margen a elección. La idea subyacente es que en tal situación la discrecionalidad del legislador simplemente no existe.¹⁴⁰⁹ No obstante, si la estructura del precepto constitucional es abierta, es decir, si admite otras posibilidades de concreción legal, la elección de la solución más adecuada es necesariamente política y debe ser privativa de los representantes democráticamente elegidos por el pueblo, o sea, del Poder Legislativo. En este caso, el tribunal deberá declarar la inconstitucionalidad del precepto, permitiendo que el legislador redacte otra ley. Esta ponderación debe siempre hacerse, porque los límites de la solución aditiva no siempre son demasiado claros, como denota la crítica de Saitta: “solo con una buena dosis de ingenuidad se puede sustentar que las decisiones manipulativas de la *Corte Costituzionale* sean fruto de las *rime obbligate* o hasta *obbligatissime* impuestas por la métrica de las normas constitucionales, siendo evidente, por lo contrario, que el TC elige frecuentemente de forma discrecional entre una multiplicidad de soluciones abstractamente posibles”.¹⁴¹⁰ De cualquier manera, siempre es bueno recordar que la decisión de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto – admitida explícitamente por la Ley 9868/1999 - también es considerada de índole manipulativa (modificativa) por los italianos. Y con toda la razón.

La alternativa a la sentencia aditiva sería la declaración de inconstitucionalidad pura y simple del art. 299 CP - con todas las consecuencias inherentes a una decisión tan radical – o bien, la declaración de la omisión parcial.¹⁴¹¹ Lo único que no es admisible - y en este punto la opinión del Ministerio Fiscal adoptado por el *acórdão* como fundamentos de la decisión es intachable - es la aplicación de este artículo sin pasar por el “filtro constitucional”. Bajo este punto de vista, la supuesta

¹⁴⁰⁹ CRISAFULLI, V. *La Corte Costituzionale...* op. cit. p. 1707. Ver en la Primera Parte de este estudio el Capítulo I, epígrafe 3. Sentencias manipulativas.

¹⁴¹⁰ SAITTA, A. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Milano, 1996, pp. 311 y 312.

¹⁴¹¹ Ver: XAVIER, T. “A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por acção, no sistema jurídico brasileiro” in MORAIS, P.B. de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.

“declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto” contenida en el *acórdão*, aunque técnicamente no haya sido la solución más adecuada, ha cumplido su objetivo.

Bajo idénticos argumentos, el mismo tribunal concluyó que el art. 10 de la Ley 9.437/97 debería ser declarado parcialmente inconstitucional sin reducción de texto:¹⁴¹²

“La técnica de la nulidad parcial sin reducción de texto es aplicada cuando queremos excluir de los sentidos (una de las aplicaciones) de una (o de parte de la norma). Mientras en la interpretación conforme a la Constitución hay una adición de sentido, en la nulidad parcial sin reducción de texto hay una eliminación de sentido. Se trata de una decisión de estimación parcial cualitativa (y no cuantitativa, porque el texto permanece íntegro) de la norma. Se dice, así, que determinado dispositivo es inconstitucional si aplicado a la hipótesis "x". Es el caso de los autos: el art. 10, de la Ley nº 9.437/97, en la parte en que establece que el simple acto de portar armas configura un delito es inconstitucional si es aplicada a un caso concreto en que, primero, el arma esté sin munición, y, segundo, que el Estado no compruebe que la conducta de portar la referida arma esté colocando en riesgo un bien jurídico efectivo, identificado y, por lo tanto, concreto.”¹⁴¹³

El art. 10 de la Ley 9437/1997 establece: “*poseer, detentar, portar, fabricar, adquirir, vender, alquilar, exponer a la venta o facilitar, recibir, tener en depósito, transportar, ceder, aunque gratuitamente, prestar, enviar, emplear, mantener bajo guarda y ocultar armas de fuego, de uso permitido, sin la autorización y en desacuerdo con la determinación legal o reglamentaria. Pena - detención de uno a dos años y multa.*” Todos los argumentos esgrimidos en el análisis del *acórdão* anterior sirven igualmente para este caso que, no obstante, supone una combinación entre dos sentencias manipulativas: una reductora y otra, aditiva. En primer lugar, lo que configura el delito previsto en el precepto legal en cuestión es el portar armas “sin la autorización y en desacuerdo con la determinación legal o reglamentaria”, no habiendo

¹⁴¹² *Acórdão* nº 70007387608-2004, de 11 de febrero de 2004, 5ª Cámara Criminal del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande del Sur; Jueces Aramis Nassif (Relator), Amilton Bueno de Carvalho y Luís Gonzaga da Silva Moura. El *Acórdão* adoptó como fundamentos la opinión del Procurador de Justicia Lenio Luiz Streck. Disponible en: <<http://www.tjrs.jus.br>>.

¹⁴¹³ *Acórdão* nº 70007387608-2004/CRIME TJRS, 11/02/2004, p. 7.

sido especificado nada sobre la necesidad de que esté o no cargada, razón por la cual es lícito concluir que abarca ambas situaciones. Por consiguiente, el contenido normativo del precepto en cuestión (el tipo penal “portar”) debe ser reducido para excluir de su aplicación el porte de un arma descargada. Como la ley dice más de lo que debería decir, la solución alternativa a la declaración de inconstitucionalidad simple indudablemente es una declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (manipulativa reductora), que podría tener la siguiente redacción: el art. 10 de la ley 9437/1997 es inconstitucional *en la parte en que no excluye* de su aplicación el porte de arma descargada.¹⁴¹⁴

Por otro lado, el art. 10 de la Ley 9437/1997 no prescribe que el poseedor del arma esté obligado a comprobar que la finalidad de su uso es legal. Si esto ocurriera, ese precepto estaría en contradicción con el principio de presunción de inocencia, como sucedió en el ejemplo del TC español antes comentado, que fue solucionado por el Tribunal Constitucional a través de una interpretación conforme (elección entre interpretaciones alternativas). Tampoco el precepto legal en cuestión prevé que el Estado esté dispensado u obligado a comprobar que la conducta de portar la referida arma esté colocando en riesgo un bien jurídico efectivo, identificado y, por lo tanto, concreto. Con todo, la necesidad de esta comprobación por parte del Estado está en la Constitución (principio de presunción de inocencia y del debido proceso legal). Por ello, el Tribunal debe añadir un contenido normativo al referido precepto legal para volverlo constitucional. Como la ley ha dicho menos de lo que debería decir, la solución alternativa a la declaración de inconstitucionalidad simple es una sentencia manipulativa aditiva, que podría tener la siguiente redacción: el art. 10 de la Ley n° 9.437/97 es inconstitucional *en cuanto no prevé* que corresponde al Estado comprobar que la conducta de portar una arma esté colocando en riesgo un bien jurídico efectivo, identificado y, por lo tanto, concreto.

En suma, el resultado final será una sentencia en parte reductora y en parte aditiva: el art. 10 de la Ley 9437/1997 es inconstitucional *en la parte en que no excluye* de su aplicación el porte de arma descargada y *en cuanto no prevé* que cabe al

¹⁴¹⁴ Decisión técnicamente idéntica a la de la Sentencia 264/1988 de la *Corte Costituzionale* italiana, que, a pesar del principio de legalidad penal, declaró la inconstitucionalidad del art. 5° del Código Penal "*nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità delle legge penale l'ignoranza inevitabile*".

Estado comprobar que la conducta de portar una arma esté colocando en riesgo bien jurídico efectivo, identificado y, por lo tanto, concreto.

3.3.2. Reduccionismo y transparencia.

Virgílio Silva afirma que “la idea de interpretación conforme a la Constitución puede desempeñar un papel importantísimo, que es el de posibilitar que el STF se mantenga fiel, al menos aparentemente, a su dogma de la legislación negativa, y, al mismo tiempo, *corrija o extienda* la obra del legislador cuando lo entienda necesario.”¹⁴¹⁵ Como algo semejante ocurre en el control difuso, esta frase resume en buena medida lo que aquí se ha pretendido decir con el análisis de los dos *acórdãos* realizados en el epígrafe anterior. Por un lado sus fundamentos innovan, porque admiten explícitamente que parten del principio de que la interpretación conforme a la Constitución implica adición de sentido. Por otro, comparten con el STF el entendimiento de que en la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto se retira una o más aplicaciones de la norma. A la manera del STF, que eventualmente corrige o extiende la obra del legislador, pero mantiene el discurso del legislador negativo, el tribunal estadual declaró la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto de preceptos legales, que, a despecho de las apariencias, no vieron su contenido normativo reducido, sino ampliado. Como vimos, el primer *acórdão* analizado reveló contener una decisión aditiva y el segundo, una decisión en parte reductora y en parte aditiva.

Además, aunque los fundamentos de los dos *acórdãos* evidentemente difieran de la doctrina del legislador negativo aplicada por el STF, al partir del supuesto de que la interpretación conforme a la Constitución debe ser entendida como adición de sentido, el tribunal estadual equipara sentencias interpretativas en sentido estricto y

¹⁴¹⁵ SILVA, V.A. da. La interpretación conforme... op. cit. p. 23.

sentencias interpretativas manipulativas. El STF realiza idéntica equiparación, cuando afirma que la interpretación conforme vista por el lado negativo resulta una sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, que es una sentencia manipulativa reductora. Una posición apoyada, entre otros, por Luís Barroso¹⁴¹⁶. Este punto lleva a otro, que es muy significativo: la visión reduccionista compartida por el STF y por el tribunal estadual en relación a la tipología de las sentencias interpretativas. Ignorar la existencia de sentencias de inconstitucionalidad *stricto sensu* y *lato sensu* – y que estas últimas sean manipulativas, pudiendo ser reductoras, aditivas y sustitutivas –, además de permitir la mezcla de sentencias intrínsecamente diferentes, encubre el hecho de que el grado de intensidad de la intervención en la obra del legislador de las últimas es muy superior a las primeras. Un simplismo que no favorece en nada la transparencia y dificulta una discusión más efectiva sobre los límites en la utilización de esas sentencias, teniendo en cuenta el principio democrático de la separación de poderes. Y ello se produce tanto en el control difuso, como en el concentrado. Por consiguiente, las conclusiones del análisis efectuado en los dos *acórdãos* - que ha tenido por base la clasificación de las sentencias interpretativas antes expuesta - tiene una amplitud que trasciende los límites de las dos decisiones.

Una parte de la responsabilidad por el reduccionismo imperante la tiene el párrafo único del art. 28 de la Ley 9868/1999, que prevé tan solo la interpretación conforme a la Constitución y la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, y hace caso omiso de las demás sentencias manipulativas. Sin embargo, ello no significa que estas últimas, como se vio, no estén siendo realmente utilizadas por los tribunales. El límite de la reducción no parece ser algo que preocupe demasiado la doctrina y menos aun al poder judicial brasileño, tomando en consideración la existencia y la pacífica aceptación de la inconstitucionalidad parcial, tanto de textos, como de normas. Por otro lado, pocos se aventuran - como Lenio Streck - a defender la adición de normas¹⁴¹⁷ o su sustitución¹⁴¹⁸, como hace de forma relativamente habitual la Corte Constitucional italiana. Este tipo de sentencias y sus límites deben ser discutidos sin prejuicios. No se trata de apoyar que el poder judicial invada la competencia exclusiva

¹⁴¹⁶ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 48.

¹⁴¹⁷ ADI 939, Sydney Sanches, j. 15/12/1993, DJ 18/03/1994; ADI 2979, Cezar Peluso, j. 15/04/2004, DJ 04/06/2004.

¹⁴¹⁸ ADI 2652, Mauricio Corrêa, j. 08/05/2003, DJ 14.11.2003.

del poder legislativo, sino de darse cuenta de que el dogma del legislador negativo – entendido en un sentido estricto - se compagina mal con lo que actualmente se espera de la jurisdicción constitucional. Hoy la fiscalización de la constitucionalidad no puede prescindir de mecanismos que garanticen la plena normatividad de la Constitución, aunque determinadas interpretaciones o atribuciones de sentido no sean totalmente acordes con la supuesta voluntad originaria del legislador. En este caso no se crea derecho, se aplica la Constitución. Es lo que ocurre cuando se utiliza la interpretación conforme a la Constitución para buscar interpretaciones alternativas emergentes del precepto legal y también puede ocurrir con una sentencia manipulativa, cuando sea imprescindible y se utilice, y motive, con la mayor transparencia posible.

3.3.3. La necesidad de elevar el incidente de inconstitucionalidad al Pleno.

Como se vio anteriormente, el control difuso permite a todos los jueces del Poder Judicial realizar el control de constitucionalidad en el curso de cualquier proceso. Sin embargo, tan solo el Pleno o el Órgano Especial del respectivo Tribunal está autorizado a declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal.¹⁴¹⁹ De oficio, por instancia de parte o a petición del Ministerio Fiscal, la sección que examina el caso concreto deberá suscitar un incidente de inconstitucionalidad al Pleno, a fin de que este juzgue específicamente la constitucionalidad del precepto cuestionado, sin entrar en el

¹⁴¹⁹ Art. 97, CFB: “Solo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o de los miembros del respectivo Órgano Especial podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Poder Público.”

Art. 93, XI CFB: “En los tribunales con número superior a veinte y cinco jueces, podrá constituirse un Órgano Especial, con un mínimo de once y un máximo de veinte y cinco miembros, para el ejercicio de las atribuciones administrativas y jurisdiccionales delegadas de la competencia del tribunal en Pleno, nombrándose la mitad de los vacantes por antigüedad y la otra mitad a través de elección por el tribunal en Pleno”.

mérito de la demanda concreta. Solo tras el veredicto de la mayoría del Pleno, el proceso concreto podrá seguir su curso normal en la sección. De modo que es posible decir que, por fuerza del art. 97 CFB, el “control difuso acaba por concentrarse en el Pleno del tribunal *ad quem*”.¹⁴²⁰ En la hipótesis de que la sección ignore ese precepto constitucional y declare ella misma la inconstitucionalidad, la parte que se sienta perjudicada tiene derecho a interponer reclamación u otro recurso pertinente, como el extraordinario.¹⁴²¹

Lo que se acaba de afirmar vale, sin ninguna duda, para las sentencias de inconstitucionalidad total o parcial, que modifican el texto del precepto legal. Sin embargo, como las sentencias interpretativas inciden únicamente en el contenido normativo del precepto, conservando su texto y, por consiguiente, dejando formalmente intacta la obra del legislador, hay quien defiende que en estos casos la sección estaría autorizada a prescindir del incidente al Pleno. La cuestión previa a esa discusión se refiere a la propia admisibilidad de las sentencias interpretativas en el ámbito del control difuso. Una posibilidad aceptada de forma consensual. Amaral Junior, por ejemplo, mantiene que “tales métodos de control de constitucionalidad – casi siempre abordados tan solo bajo la óptica del control abstracto - no pueden negarse en el control difuso, máxime cuando se desarrollan en el ámbito de los tribunales”.¹⁴²² Entender lo contrario, añade Lenio Streck, “sería admitir que los jueces y tribunales (a excepción del STF) estuvieran obligados a declarar inconstitucionales dispositivos, que pudieran, al menos en parte, mantenerse en el sistema, mediante la aplicación de las citadas técnicas de control”.¹⁴²³ Gilmar Mendes llega a afirmar que la interpretación conforme “no suscita mayores objeciones en el ámbito del control incidental de normas, una vez que en ella el tribunal emite una decisión sobre un caso concreto, que vincula únicamente a las partes

¹⁴²⁰ AMARAL JÚNIOR, J.L.M do. Da necessária distinção... op. cit. p. 1.

¹⁴²¹ Lei 11.417/2006, art. 7º: “Contra la decisión judicial o acto administrativo que contraríe el enunciado de una *súmula* vinculante, le niegue vigencia o lo aplica indebidamente cabrá reclamación al Tribunal Supremo Federal, sin perjuicio de los recursos u otros medios admisibles de impugnación.”

¹⁴²² AMARAL JÚNIOR, J.L.M. do. Da necessária distinção... op. cit. p. 1.

¹⁴²³ STRECK, L.L. A jurisdição constitucional e o duplo... op. cit. p. 10. *Acórdão* nº 70015006935/2006/CRIME TJRS, 28/06/2006, p. 7.

implicadas.”¹⁴²⁴ La cuestión de fondo – la eventual dispensa del incidente de inconstitucionalidad al Pleno - no alcanza semejante consenso.

Los dos *acórdãos* interpretativos antes analizados resultan útiles también para examinar esta importante cuestión, pues ambos fueron emitidos por la propia sección del tribunal, que aceptó las alegaciones del Ministerio Fiscal, favorables a que no se suscitara incidente al Pleno, “pues el juicio de inconstitucionalidad de una determinada interpretación de la ley no afecta a la ley en sí misma, no poniendo en causa, por tanto, la obra del legislador”.¹⁴²⁵ En otras palabras, siempre que la inconstitucionalidad fuera consecuencia de la aplicación de sentencias interpretativas, el incidente de inconstitucionalidad estaría dispensado, una vez que estas permiten conservar intacto el texto del precepto. En los mismos *acórdãos* se afirma, además, que:

“aunque se equiparen los institutos de la interpretación conforme y de la nulidad parcial sin reducción de texto (...), es decir, aunque se les dé el mismo tratamiento, siempre se estará excluyendo los sentidos del texto normativo que lo conduzcan a la inconstitucionalidad. Permanece, pues, el texto normativo en el sistema, eliminándose tan solo aquél (o uno de los) sentido(s) contrario(s) a la Constitución. De ahí la no necesidad de sustanciar el incidente.”¹⁴²⁶

Gilmar Mendes no lo entiende así. Considera que la equiparación pura y simple conlleva dificultades significativas, porque si bien es “parcialmente correcta en el plano de los Tribunales Constitucionales y del STF, es del todo inadecuada en la esfera de la jurisdicción ordinaria, cuyas decisiones no están dotadas de fuerza vinculante general”. Y, lo que es más importante, la equiparación exigiría que solo la interpretación conforme a la Constitución desarrollada por el STF pudiera tener la característica de una declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto. “De lo contrario, también las cuestiones que implicaran interpretación conforme a la Constitución tendrían de ser sometidas al Pleno de los tribunales o a su Órgano Especial

¹⁴²⁴ MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. pp. 294 y 295.

¹⁴²⁵ *Acórdão* nº 70015006935-2006, p. 8 y *Acórdão* nº 70007387608-2004, p. 5. Lenio Streck - autor de ambas intervenciones del Ministerio Fiscal adoptadas como fundamentos de los dos *acórdãos* – sustenta esa misma posición en: STRECK, L.L. A jurisdição constitucional e o duplo... op. cit. p. 10.

¹⁴²⁶ *Acórdão* nº 70015006935-2006, p. 8 y *Acórdão* nº 70007387608-2004, p. 5. También en: STRECK, L.L. A jurisdição constitucional e o duplo... op. cit. p. 10.

(art. 97 CFB).”¹⁴²⁷ Es decir, al contrario de la posición defendida por el Ministerio Fiscal en los dos *acórdãos*, el ex presidente del STF sustenta, que es precisamente la equiparación entre las dos técnicas, la que conlleva la necesidad del incidente ante el Pleno.

Amaral Junior tilda de errónea tal equiparación, incluyéndola entre las “reiteradas equivocaciones” en torno a las modalidades de decisiones posibles en el control de constitucionalidad de las leyes, que se producen en la actividad forense.¹⁴²⁸ Así, al igual que Gilmar Mendes, considera que solo cuando la sección utiliza la interpretación conforme para elegir una alternativa constitucional del precepto, puede haber dispensa del incidente de inconstitucionalidad. “La interpretación conforme a la Constitución, por ser una técnica hermenéutica que tiende a la preservación del texto impugnado, puede (y debe) realizarse en cualquier juicio, singular o colegiado, no necesitando, en este último caso, de provocación del Pleno.”¹⁴²⁹ Es decir, la dispensa podría darse únicamente si la sección decidiera, que *el precepto es constitucional en cuanto interpretado en determinado sentido*, porque, en este caso, no habría reducción o adición de significado al precepto o, lo que es lo mismo, no habría manipulación en uno u otro sentido. La sección se limitaría a elegir la alternativa constitucional ya existente en el contenido normativo. En otras palabras, la dispensa podría ocurrir si la sección usara la interpretación conforme a la Constitución en su concepción originaria.¹⁴³⁰

De manera que - habiendo o no equiparación entre interpretación conforme a la Constitución e inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto - si la sección del Tribunal concluye que determinado precepto solo puede permanecer en el ordenamiento si determinada interpretación de su contenido normativo fuere declarado inconstitucional, deberá obligatoriamente suscitar el incidente al Pleno. Lo mismo pasará si concluye que el contenido normativo necesita de una manipulación reductora, aditiva o sustitutiva para ser constitucional. El motivo es que en estas situaciones se

¹⁴²⁷ MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 354; MENDES, G.F. en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. pp. 300 y 301.

¹⁴²⁸ AMARAL JÚNIOR, J.L.M. do. *Da necessária distinção...* op. cit. p.1.

¹⁴²⁹ AMARAL JÚNIOR, J.L.M. do. *Da necessária distinção...* op. cit. p.1.

¹⁴³⁰ MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 287. BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. pp. 95 y 96.

produce un juicio de minusvaloración del precepto cuestionado.¹⁴³¹ Por ello, alegar que la obra del legislador permanece intacta es cuando menos muy cuestionable, sobre todo cuando bajo la capa de la interpretación conforme/inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto se pueden estar emitiendo - como en los casos de los dos *acórdãos* aquí analizados - sentencias manipulativas aditivas. Es decir, añadiendo contenido al precepto originario del legislador. Para evitar lo que Amaral Junior define como una auténtica burla al propio sistema de control difuso de constitucionalidad¹⁴³², no es posible aceptar ningún tipo de declaración de inconstitucionalidad sin suscitar el incidente plenario. Solo el Pleno está autorizado a tomar una decisión tan grave como es una declaración de inconstitucionalidad. En caso contrario, se corre el riesgo de que muchas decisiones manipulativas se vuelvan definitivas antes de que lleguen al Pleno o al veredicto final del STF.¹⁴³³

Por otra parte, no parece razonable alejar del proceso al Pleno del tribunal, justamente cuando la cuestión de inconstitucionalidad que debe decidirse involucra técnicas mucho más complejas, que las necesarias para emitir una sentencia de inconstitucionalidad simple.¹⁴³⁴ La complejidad de esas cuestiones merece una discusión con más detenimiento en el Pleno, no solo porque la Constitución así lo prevé, sino porque es la instancia privilegiada para decidir las cuestiones constitucionales a nivel estadual.¹⁴³⁵ Es necesario tener claro que ciertas decisiones - como la manipulativa aditiva o la sustitutiva - afectan a la obra del legislador, a pesar de que dejen el texto intacto. Es posible, incluso, que encuentren su justificación constitucional, en el caso de

¹⁴³¹ Ver: AMARAL JÚNIOR, J.L.M. do. Da necessária distinção... op. cit. p. 1.

¹⁴³² "Realizarla en el ámbito de la sección, sin la debida provocación plenaria (arts. 480 a 482 CPC) y bajo el nombre de 'interpretación conforme a la Constitución', es burlar el art. 97 CFB. Ofendida la regla del *full bench*, cabe recurso extraordinario con fulcro en el art. 102, III, a CFB." En: AMARAL JÚNIOR, J.L.M. do. Da necessária distinção... op. cit. p. 1.

¹⁴³³ En los casos de los dos *acórdãos* aquí analizados, la sección acató las opiniones del Ministerio Fiscal, que, con base en la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, pedía la absolución de los reos. Como evidentemente no hubo recurso, ambos hicieron cosa juzgada con base en las sentencias en las que la sección dejó de aplicar integralmente preceptos legales, por juzgarlos parcialmente inconstitucionales. Es decir, las decisiones se han vuelto definitivas, sin que la inconstitucionalidad pudiera haber pasado por la criba del Pleno del Tribunal o de su Órgano Especial - como manda el art. 97 CFB - y tampoco del STF.

¹⁴³⁴ La complejidad de ese tipo de decisión es reconocido por el propio representante del Ministerio Fiscal, autor de las intervenciones adoptadas como fundamentos de los dos *acórdãos*. *Acórdão* nº 70015006935-2006, p. 9.

¹⁴³⁵ La sección de un tribunal brasileño está compuesto por tres jueces. Sin embargo el Pleno, tomando como ejemplo el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande del Sur, tiene 125 jueces.

que se trate, por ejemplo, de soluciones del tipo que los italianos denominan *a rime obbligate*. Pero quien debe decidir preliminarmente esta cuestión es el Pleno del respectivo Tribunal de Justicia y, en última instancia, el STF. Por otro lado, es en este sentido que debe ser entendido el art. 481 del Código de Procedimiento Civil, cuando afirma que “las secciones de los tribunales no someterán al Pleno, o al Órgano Especial, la cuestión de inconstitucionalidad, cuando ya exista pronunciamiento de estos o del Pleno del STF sobre la misma cuestión”.¹⁴³⁶ Este artículo no hizo más que positivizar una orientación ya consolidada del STF, que ha entendido que el objetivo del art. 97 CFB se encuentra en la necesidad de evitar que las secciones aprecien por la primera vez la cuestión de inconstitucionalidad. Tan solo después de que se fije el precedente por el Pleno o por el Órgano Especial, a nivel estadual, o por el STF, en el nivel nacional, las secciones están dispensadas de suscitar un nuevo incidente.¹⁴³⁷

Por último, debe recordarse la posible aplicación de la *Súmula Vinculante* n° 10, que prevé que “viola la cláusula de reserva de plenario (art. 97 CFB) la decisión de sección de tribunal que, a pesar de no declarar expresamente la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del poder público, deja de aplicarlos total o parcialmente”.¹⁴³⁸ No deben quedar dudas sobre su plena aplicabilidad a aquellos casos en que, haciendo uso de sentencias interpretativas, las secciones dejan de aplicar integralmente determinado precepto legal. En la medida en que se acepte que cualquier declaración de inconstitucionalidad – con o sin reducción de texto - conlleva un juicio de minusvaloración del precepto y, por consiguiente, de la obra del legislador, resulta difícil negar la aplicación de la *Súmula Vinculante* n° 10. Admitir lo contrario, sería sobrevalorar el texto y minusvalorar la obra del legislador, porque este no hace tan solo un texto, sino una ley. Si el texto no está en conformidad con la Constitución, deberá ser adaptado o totalmente eliminado, con consecuencias directas en su sustancia normativa, que será también adaptada o totalmente eliminada. Sin embargo, la conformidad de la ley a la Constitución puede lograrse únicamente con cambios en su sustancia normativa - que eventualmente deberá ser reducida, aumentada o sustituida. Es decir, la forma textual de la ley es conservada, pero su sustancia es modificada o manipulada. Por último, puede ser que el contenido normativo sea tan rico que permita una o más

¹⁴³⁶ Redacción dada por la Ley 9756/1998.

¹⁴³⁷ Recurso Extraordinario n° 199017/RS.

¹⁴³⁸ *Súmula Vinculante* 10, DJe n° 117/2008, p. 1, 27/6/2008.

alternativas en conformidad con la Constitución (lo que conlleva la existencia de una o más alternativas inconstitucionales). La elección de una alternativa constitucional no modifica la sustancia de la ley, que permanece tan íntegra, como su forma textual.

De ahí que quepa la pregunta: ¿qué resulta decisivo, la forma textual o la sustancia normativa de la ley? La respuesta es sencilla: ambas son igualmente importantes, porque en realidad no subsisten separadas una de la otra. Si esto es así, tanto la modificación del texto, como la de la norma debe ser motivo para que la sección suscite el incidente de inconstitucionalidad al Pleno. En definitiva, la inconstitucionalidad – con o sin reducción de texto – es inconstitucionalidad. Por ello, solo la interpretación conforme a la Constitución *stricto sensu* - sentencia interpretativa en sentido estricto, con elección de alternativa constitucional, dispensa del incidente.

Dicho esto, evidentemente no es posible concordar con Lenio Streck, cuando este afirma que la *Súmula Vinculante* n° 10 se aplica exclusivamente a las inconstitucionalidades con reducción de texto. Sus argumentos son estos: 1°) “así como la nulidad parcial sin reducción de texto hecha por el STF no necesita ser enviada al Senado, no cabe exigir incidente de inconstitucionalidad...”; 2°) “en la medida en que, en ambas hipótesis, el texto permanece en su literalidad, *no puede hablarse de incidente de inconstitucionalidad*”; 3°) “no es posible el incidente de inconstitucionalidad de un sentido de un texto.”¹⁴³⁹.

El segundo argumento ha sido analizado anteriormente. Respecto al primero, no parece que quepa compararse la prerrogativa del Senado Federal para “suspender la ejecución total o parcial de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del STF” (art. 52, X CFB), con la cláusula de reserva de plenario (art. 97 CFB). Hay que tener en cuenta que la prerrogativa del Senado Federal: a) está inserta en un contexto de separación y armonía entre el poder judicial y el legislativo, manteniéndose más por tradición y por estar prevista en la Constitución, que propiamente por necesidades del sistema¹⁴⁴⁰; b) se prescribe exclusivamente respecto a decisiones en última instancia del STF y se destina a generalizar los efectos de la decisión definitiva de inconstitucionalidad; c) se trata de un acto de índole política, pero

¹⁴³⁹ STRECK, L.L. A jurisdição constitucional e o duplo... op. cit. pp. 10 y 11.

¹⁴⁴⁰ Ver más adelante el epígrafe “1.5.1 ¿*Abstractivización* del control concreto?”

también simbólica; d) hay controversias sobre si la suspensión de la ejecución por el Senado tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc*. Streck, Oliveira y Lima, por ejemplo, entienden que esta equivale a una derogación¹⁴⁴¹; e) tradicionalmente (desde 1934) se ha destinado a la suspensión de la ejecución de leyes declaradas inconstitucionales y nunca alcanzó a las sentencias interpretativas¹⁴⁴² (década de los setenta en adelante). Y la razón es simple: no parece posible que un órgano legislativo suspenda la ejecución de una interpretación o de una aplicación sin reducción del texto de una ley, menos aún si la suspensión equivale a una derogación. En estos casos, el camino natural del Parlamento es el proyecto de ley. Todas ellas parecen razones más que suficientes para que el STF no envíe decisiones interpretativas de inconstitucionalidad al Senado Federal.

Por otro lado, la reserva de plenario tiene características completamente diferentes: a) es un instrumento esencialmente procesal; b) se circunscribe al ámbito del Poder Judicial y, particularmente, del Tribunal a que pertenece la sección que suscita el incidente de inconstitucionalidad; c) se aplica a procesos concretos en plena tramitación, pero a la espera de la decisión sobre la constitucionalidad del precepto aplicable; d) la decisión del Pleno es importante a los fines del art. 481 CPC, pues permite dispensar la reserva de plenario para futuras cuestiones de inconstitucionalidad, que versen sobre la misma interpretación o sobre la misma norma modificada; e) no permite que una declaración de inconstitucionalidad haga cosa juzgada, sin pasar por el filtro del Pleno del tribunal. En definitiva, como el incidente plenario es un instrumento esencialmente procesal-jurisdiccional, no hay nada que exija que se realice exclusivamente en relación a textos.

Por último, debemos tomar en consideración el argumento que no encuentra factible un incidente de inconstitucionalidad sobre el sentido de un precepto (el tercero). Una dificultad que en realidad no existe, porque si la sección es capaz de - indebidamente - emitir una sentencia interpretativa de inconstitucionalidad, también deberá ser capaz de suscitar un incidente de inconstitucionalidad sobre un sentido o una aplicación de un texto. El incidente de inconstitucionalidad equivale – grosso modo - a una duda sobre la constitucionalidad del precepto aplicable al caso concreto. La interpretación de la sección podrá o no ser acatada por el Pleno del tribunal. Este podrá,

¹⁴⁴¹ STRECK, L.L.; OLIVEIRA, M.A.C. de; LIMA, M.M.B. A nova perspectiva do... op. cit. p. 9.

¹⁴⁴² MENDES, G.F. "O controle incidental de normas no direito brasileiro" in *Revista dos Tribunais*, n. 23. São Paulo: RT, abril-junio, 1998, p. 49.

incluso optar por otra solución, como una interpretación diferente o la declaración de inconstitucionalidad simple del precepto cuestionado. Por otra parte, cuando la sección, en vez de suscitar el incidente al Pleno, aplica la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto al precepto del caso concreto, está utilizando un subterfugio semejante al usado por aquellas Secciones que no declaran la inconstitucionalidad total o parcial de determinado precepto, pero dejan de aplicarlo total o parcialmente al caso concreto, creyendo que con eso están dispensados del incidente. Se han dado ya varios casos en los que el STF estimó recursos extraordinarios en los cuales se alegaba que la sección había declarado implícitamente la inconstitucionalidad de preceptos, por haber dejado de aplicarlos a los casos concretos objetos de las demandas. El STF ordenó que la materia fuera devuelta al tribunal estadual de origen, para que la cuestión constitucional fuera apreciada por su Pleno u Órgano Especial.¹⁴⁴³

Al menos en uno de esos recursos extraordinarios (seguramente hay otros) la causa de la devolución fue una inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto emitida por una sección, sin observar el art. 97 CFB.¹⁴⁴⁴ Se trataba de la Ley Complementaria 118/2005, que determinaba la aplicación retroactiva de su art. 3º, para que alcanzara hechos pasados. Considerando que este artículo violaba los principios de autonomía e independencia de los poderes, derecho adquirido, acto jurídico perfecto y cosa juzgada, la sección entendió que tan solo sería aplicable a las acciones propuestas a partir de la fecha de su entrada en vigor, con lo que quedaría dispensada la declaración de su inconstitucionalidad (el juez relator emitió voto particular, para que fuera suscitado incidente al Pleno). Al juzgar el recurso extraordinario contra esta decisión, el STF, a través del relator Sepúlveda Pertence, dejó asentado que “la irretroactividad irrestricta preceptuada en los arts. 3º y 4º de la LC 118/2005 terminó en una *declaración de inconstitucionalidad parcial de ellos, aunque sin reducción de texto*. Por lo tanto (...) el *acórdão* recurrido contrarió efectivamente la norma constitucional de la ‘reserva de plenario’ del art. 97 CFB.” Es posible observar que al menos el relator del proceso en la sección del tribunal *a quo* entendió factible la apreciación de la inconstitucionalidad sin reducción de texto por el Pleno. También los 5 integrantes de la sala del STF no encontraron óbice para esa posibilidad, tanto que decidieron unánimemente que la

¹⁴⁴³ Ver: Recursos Extraordinarios nºs 482090, 240096, 544246, 319181 y 486888; y Recurso Especial 644736.

¹⁴⁴⁴ Recurso Extraordinario 544246, Sepúlveda Pertence, j. 15/05/2007, DJ 08/06/2007.

sección debería suscitar el incidente de inconstitucionalidad, lo que efectivamente ocurrió.

De todo ello se concluye que no existe ningún motivo para que la sección del tribunal no suscite incidente de inconstitucionalidad al Pleno, cuando se trate de decisiones interpretativas. Por lo contrario, se ha demostrado que la reserva plenaria no solo es una necesidad del sistema, sino también una obligación constitucional (art. 97 CFB), legal (arts. 480 a 482 CPC) y jurisprudencial (*Súmula Vinculante* nº 10) que, si no es acatada, abre la vía para la reclamación o al recurso extraordinario ante el STF.

4. SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

La omisión del legislador, que no garantiza la normatividad de la Constitución a través de ley - el llamado silencio legislativo inconstitucional o, sencillamente, la omisión inconstitucional -, es un fenómeno de la más alta gravedad, porque contraría la voluntad del poder constituyente originario y su reiteración puede generar el fenómeno de la mutación informal de la Constitución¹⁴⁴⁵. En otras palabras, la reiterada falta de respeto al deber de legislar puede llevar a una especie de incumplimiento tolerado o condescendiente de los términos de la Constitución fijados por el poder constituyente originario. Una situación que puede agravarse en función de la incorporación por el texto constitucional de inúmeros preceptos que exigen la actuación del Poder Público, con el objetivo de dar soporte al Estado de bienestar, a derechos sociales que dependen de una integración normativa y, por consiguiente, de la actuación del legislador en tiempo razonable.¹⁴⁴⁶ Esta necesidad se hace sentir de forma más contundente cuando está en juego la normatividad de un valor constitucional, dado el grado de abstracción que este supone. La paradójica relación entre el grado de abstracción de un valor y su normatividad es señalada muy bien por Marcelo Coimbra: “Cuanto más elevado éticamente es un valor, más grande la necesidad de su realización

¹⁴⁴⁵ Ver: FERRAZ, A.C.C. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 217 y 218. Ver también: ADI 1458, Celso de Mello, j. 23/05/1996, DJ. 20/09/1996.

¹⁴⁴⁶ Ver: CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. pp. 51 y sig. BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980; FORSTHOFF, E. “Problemas constitucionales del Estado social” en *El Estado Social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43 a 67.

en la vida social y por lo tanto más elevada debe ser su fuerza normativa. Ahí reside la contradicción: cuanto más elevado es el valor, más abstracto y polisémico (...). De ahí la importancia de la reducción de la relatividad axiológica, a fin de que los valores superiores no se pierdan en su vaguedad y polisemia, es decir, que su reducida fuerza semántica no ablande su fuerza normativa”¹⁴⁴⁷.

La forma tradicional de enfrentarse a este problema ha sido desde siempre el proceso político y electoral. “Si el libre tránsito de las ideas, si la presión del electorado o de la oposición, si la renovación de los mandatarios electos no fueran suficientes para llevar al cumplimiento de las obligaciones positivas prescritas en la Constitución, entonces ninguna medida será capaz de dar cuenta del fenómeno de la omisión inconstitucional.”¹⁴⁴⁸ Este escenario ha sido modificado por la Constitución de 1988, que, inspirada por el texto constitucional portugués de 1976, introdujo en Brasil – de forma ampliada - el control de constitucionalidad de las omisiones del legislador. Una novedad que ha cambiado la forma de abordar la cuestión, afirma Flavia Piovesan. “Si antes, la imperfección correspondía a los preceptos constitucionales no autoejecutables o dependientes de legislación, con el advenimiento de la inconstitucionalidad por omisión, el problema se transfiere al ámbito de la legislación, es decir, la omisión de los Poderes Públicos puede ser declarada inconstitucional.”¹⁴⁴⁹

Al contrario de su homólogo portugués, el control concentrado brasileño no se limita a las omisiones del Poder Legislativo, extendiéndose a las omisiones de los órganos administrativos. Otra diferencia es que en Portugal el número de legitimados para la acción es menor. En Brasil las mismas autoridades y entidades autorizadas a enjuiciar la acción directa de inconstitucionalidad por acción del legislador están igualmente autorizadas a enjuiciar la acción directa de inconstitucionalidad por omisión (art. 103, I a IX CFB). Ambas siguen en líneas generales los mismos trámites procesales, pero la acción por omisión está condicionada por los estrictos términos del art. 103, § 2º CFB: “declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para volver efectiva una norma constitucional, será comunicado el Poder competente para que adopte las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para

¹⁴⁴⁷ COIMBRA, M.A. O déficit material da democracia... op. cit. p. 210.

¹⁴⁴⁸ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 51.

¹⁴⁴⁹ PIOVESAN, F.C. Proteção judicial... op. cit. p. 93.

que las haga en treinta días”. Por lo tanto, a semejanza de Portugal, se trata de una mera comunicación al legislador, una vez que el Poder Judicial no le puede obligar a legislar. En función de estas limitaciones, la declaración de inconstitucionalidad por omisión no tiene ningún efecto jurídico (desde luego no es vinculante), pero tiene el mérito de "denunciar" ante la sociedad la inoperancia del Poder Legislativo, permitiendo la movilización de la opinión pública. Por eso, puede ser considerada como una especie de versión radical de las sentencias apelativas, pues estas no declaran la inconstitucionalidad.¹⁴⁵⁰

Además, el constituyente de 1988 creó en el ámbito del control difuso el peculiar *mandado de injunção*, que puede ser utilizado por cualquier ciudadano, siempre que la ausencia de legislación vulnere sus derechos y libertades constitucionales o las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía o ciudadanía (art. 5º, LXXI CFB). Sus efectos inicialmente fueron equiparados por el STF a los de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, lo que cercenó en gran parte sus posibilidades. Pero en los últimos años el Tribunal ha cambiado radicalmente esta orientación, construyendo él mismo - de forma provisional - la normativa que el legislador no ha desarrollado todavía. En estos casos la sentencia del STF tiene eficacia mientras el legislador no colme la omisión inconstitucional.

El primero aspecto analizado será la sentencia de inconstitucionalidad por omisión en el ámbito del control concentrado. Una decisión que es resultado de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y que puede ser pronunciada tanto en caso de omisión legislativa o administrativa total (absoluta), como parcial (relativa).¹⁴⁵¹ La omisión parcial merecerá un epígrafe a parte, teniendo en cuenta las alternativas de

¹⁴⁵⁰ A parte de las constituciones de Brasil y Portugal, también prevén el control de las omisiones, por ejemplo, los textos de Hungría y Argentina. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el sistema español, vid, por todos, las monografías de GÓMEZ PUENTE, M. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw Hill, 1997; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997; FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J.J. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid: Civitas, 1998. Los artículos de: AHUMADA RUIZ, A. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8, p. 164; AGUIAR DE LUQUE, L. "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión" en *Revista de Derecho Político*, n 24, 1987, pp. 9 y sig.

¹⁴⁵¹ MENDES, G.F. "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto" in TAVARES, A.R. ROTHENBURG, W.C. (org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 146. Ver también las ADIs 526 y 986.

decisión que posibilita, como la sentencia de inconstitucionalidad por omisión, la manipulativa aditiva y la declaración de inconstitucionalidad simple. Finalmente, serán analizadas las omisiones totales y parciales en caso de *mandado de injunção*.

4.1. Sentencia de mera comunicación de la omisión en acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

Antes de la promulgación de la Constitución de 1988 solo era posible el control de la llamada inconstitucionalidad positiva. Actualmente, cuando los órganos legislativos o administrativos federales y estatales dejan de elaborar leyes indispensables para la concretización de la Constitución o las elaboran de forma incompleta, tal omisión puede ser declarada igualmente inconstitucional, por configurar una violación negativa de su texto. Ello se debe al hecho de que “el desprestigio de la Constitución, por inercia de órganos meramente constituidos”, como señaló Karl Loewenstein, “representa uno de los más graves aspectos de la patología constitucional, pues refleja un inaceptable desprecio, por parte de las instituciones gubernamentales, de la autoridad suprema a la Ley Fundamental del Estado.”¹⁴⁵² En el mismo sentido, el magistrado Celso de Mello enfatiza que “nada se revela más nocivo, peligroso e ilegítimo como elaborar una Constitución sin la voluntad de hacerla cumplir íntegramente o bien de ejecutarla únicamente con el propósito último de volverla aplicable solo en los puntos que se mostraren ajustados a la conveniencia y a los designios de los gobernantes, en detrimento de los intereses superiores de los ciudadanos.”¹⁴⁵³ Así que el sistema brasileño ha pasado a aceptar que “se incumple la Constitución no sólo por acción, violándose directamente sus mandatos, sino también

¹⁴⁵² LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983, p. 222 *apud* *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Celso de Mello, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 121.

¹⁴⁵³ *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Celso de Mello, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 119.

por la actitud negativa de los que constitucionalmente tienen el deber de actuar con el propósito de volver efectivos los preceptos de la Ley Fundamental.”¹⁴⁵⁴ Y ello porque, como explica Anna Ferraz, aunque la inercia del legislador no altere la letra constitucional, “altera su alcance, en la medida en que paraliza la aplicación constitucional. Y tal paralización, no deseada o prevista por el constituyente, debe ser tenida por inconstitucional.”¹⁴⁵⁵

Sin embargo, no toda omisión legislativa puede ser objeto del control por omisión del legislador, porque no todas lagunas existentes en el texto constitucional determinan el deber constitucional de legislar y, por consiguiente, la declaración de omisión inconstitucional. Clèmerson Clève subraya que existen lagunas no ofensivas al plan de ordenación constitucional, que han sido deseadas por el constituyente y que no pueden ser colmadas por el legislador (el llamado “silencio elocuente”¹⁴⁵⁶), por otro lado hay lagunas contrarias al plan de ordenación constitucional y que no han sido deseadas por el constituyente, pero que pueden ser colmadas con la utilización de los mecanismos convencionales conocidos por la doctrina, como la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho. Enfatiza, por último, que solo las “lagunas no ofensivas al plan de ordenación constitucional, deseadas por el constituyente (básicamente normas de eficacia limitada) y, en principio, sanables exclusivamente por el legislador, implican un deber de legislar”.¹⁴⁵⁷ En otras palabras, solo los preceptos cuya aplicabilidad depende de posterior desarrollo legal, por decisión del constituyente, autorizarían la inconstitucionalidad por omisión.

Idéntica posición ha sido defendida desde siempre por Gomes Canotilho, que, en esta materia, es el autor portugués que más ha influido el STF y la doctrina brasileña. El maestro de Coimbra afirma que “omisión, en sentido jurídico constitucional, significa no hacer lo que se estaba constitucionalmente obligado a hacer. La omisión del legislador, para ganar significado autónomo y relevante, debe ponerse en

¹⁴⁵⁴ VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 247.

¹⁴⁵⁵ FERRAZ, A.C.C. Processos informais de... op. cit. p. 231.

¹⁴⁵⁶ Por ejemplo, el art. 102. CFB: “Compite al Supremo Tribunal Federal la salvaguarda de la Constitución, cabiéndole: I - procesar y juzgar, originariamente a) la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual y la acción declaratoria de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal.” En este artículo hay un silencio elocuente relativo a las leyes municipales en el caso de la acción directa de inconstitucionalidad; y relativo a leyes estaduais y municipales en el caso de la acción declaratoria de constitucionalidad.

¹⁴⁵⁷ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 53.

conexión con una *exigencia constitucional de acción*, no bastando el simple *deber general de legislar* para dar fundamento a una omisión inconstitucional.” Debe existir, por consiguiente, un deber de actuación del legislador en sentido estricto. La omisión debe producirse por “el incumplimiento de preceptos que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador para la adopción de medidas legislativas de concreción de la Constitución”.¹⁴⁵⁸ Por otro lado, el incumplimiento de fines y objetivos (por ejemplo, los del art. 3º, I a IV CFB¹⁴⁵⁹), cuya concretización depende esencialmente de la lucha política y de los instrumentos democráticos, a pesar de inconstitucional, no justificaría una declaración de inconstitucionalidad por omisión del legislador. Estas serían imposiciones constitucionales abstractas y las primeras, imposiciones concretas. Gomes Canotilho considera además que la omisión inconstitucional también puede originarse en los llamados órdenes de legislar (imposiciones concretas generalmente únicas); en preceptos sin suficiente densidad para volverse ejecutables por sí mismos; y en la falta de actualización o perfeccionamiento de preceptos que se han vuelto incorrectos o desfasados.¹⁴⁶⁰

La exclusión de las normas programáticas (normas-fin o normas-tarea) del concepto de omisión inconstitucional, defendida por Gomes Canotilho, no es compartida por Clèmerson Clève, que entiende que esta exclusión no se aplica a Brasil. “Aquí, cualquier imposición constitucional u orden de legislar, abstracta o concreta, desde el momento en que está definida en una norma cierta e determinada, puede dar lugar – produciéndose la inercia – a una omisión inconstitucional.”¹⁴⁶¹ También Puccinelli Júnior considera errónea la exclusión. “Constreñida por disposiciones de superior jerarquía, la libertad de conformación del legislador se convierte ahora en un

¹⁴⁵⁸ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. pp. 1021 a 1023. Rubio Llorente denomina *mandatos al legislador* a los preceptos que prevén leyes indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución. En: RUBIO LLORENTE, F. *La constitución como fuente de derecho...* op. cit. p. 59. Ejemplos en la Constitución Española: ley electoral (art. 68); ley orgánica sobre referendo (art. 92); leyes indispensables para ejercer derechos de prestación, como salud (art. 43).

¹⁴⁵⁹ Art. 3º CFB: Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: I - construir una sociedad libre, justa y solidaria; II - garantizar el desarrollo nacional; III - erradicar la pobreza y la marginalidad y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV - promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación.

¹⁴⁶⁰ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e...* op. cit. pp. 1021 a 1023. Ver también: CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente...* op. cit. pp. 331 e seg.

¹⁴⁶¹ CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. p. 325.

deber de actuar, formalmente condicionado por reglas procedimentales y materialmente delimitado por valores supremos. En una palabra: la inacción legislativa puede ser controlada judicialmente siempre que frustre el propósito constituyente.”¹⁴⁶² Esto es lo mismo que decir que todos los preceptos constitucionales pueden ser invocados para justificar una omisión inconstitucional. Una posición que desde luego no es compartida por el STF.

La posición de Jorge Miranda es afín a la de Gomes Canotilho y a la que mantiene el propio STF. La existencia de una omisión inconstitucional se debería al incumplimiento de la Constitución derivado de la violación de un cierto y determinado precepto no ejecutable por sí mismo, sin que el legislador tome las medidas legislativas necesarias para volverlo ejecutable.¹⁴⁶³ Es decir, el maestro de Lisboa también excluye del control las llamadas imposiciones constitucionales abstractas. En la misma línea, Regina Ferrari especifica que la omisión inconstitucional no debe ser el “resultado de la aplicación global de la Constitución, del conjunto de sus disposiciones y principios, sino el resultado de la violación de un determinado precepto, que no puede ser ejecutado por la omisión del poder público. Si esto no ocurre, se puede sembrar la incertidumbre y la inseguridad, quedando el control de constitucionalidad remitido a un terreno indefinido, violando todos los objetivos del derecho de proporcionar armonía y paz social.”¹⁴⁶⁴ Esta es la posición más difundida y aceptada en Brasil.

En atención a la cuestión de la densidad normativa de la medida administrativa, cuyo control está expresamente previsto en el art. 103 § 2º CFB, Zeno Veloso explica que la acción directa de inconstitucionalidad por omisión no puede ser propuesta para que se practique un acto en un caso concreto, sino para que se supla la omisión con una medida de carácter normativo, necesario para el cumplimiento del precepto constitucional”.¹⁴⁶⁵ Por ejemplo, el acto legislativo concreto necesario para la construcción del edificio que albergará la única escuela de una región, impidiendo el ejercicio del derecho público subjetivo de acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita (art. 208, 1º, CFB). En definitiva, la acción gubernamental referida a tareas, obras y

¹⁴⁶² PUCCINELLI JÚNIOR, A. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 119 y 122.

¹⁴⁶³ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, V. II, p. 518.

¹⁴⁶⁴ FERRARI, R.M.M.N. *Efeitos da declaração...* op. cit. p. 154.

¹⁴⁶⁵ VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. p. 251.

programas administrativos, no puede ser objeto de inconstitucionalidad por omisión. Tratándose de actos administrativos, el STF solo ha declarado inconstitucional por omisión la falta de medidas “de cuño normativo, es decir, de actos administrativos normativos, que son los que contienen reglas generales y abstractas, no siendo leyes en sentido formal, pero presentándose como ley en el aspecto material.”¹⁴⁶⁶

Otra cuestión relevante en esa materia se refiere al llamado tiempo razonable para que el legislador cumpla con su deber de legislar. Es decir, aquilatar a partir de qué momento el STF estaría autorizado a declarar la inconstitucionalidad por omisión. Como enfatiza Puccinelli Júnior, “el análisis de la omisión legislativa no puede desentenderse de la apreciación del factor tiempo, pues el juicio de la inconstitucionalidad por omisión es siempre un juicio sobre el tiempo útil, razonable y necesario para proceder a la integración de la normatividad constitucional”.¹⁴⁶⁷ De hecho, solo algunos artículos de la Constitución fijan un plazo límite para el legislador desarrollar la ley necesaria.¹⁴⁶⁸ Para estos casos, una eventual declaración de la omisión inconstitucional del legislador no conlleva ninguna dificultad. Con todo, para el resto de los casos esto solo será posible sopesadas todas las circunstancias relativas a la falta de desarrollo legal (si existe o no un proyecto de ley en discusión, un eventual obstáculo o una injustificada morosidad en los trámites, una falta de consenso entre los parlamentarios etc.).¹⁴⁶⁹ Es decir, la decisión del STF deberá estar orientada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.¹⁴⁷⁰ Como la omisión inconstitucional no

¹⁴⁶⁶ VELOSO, Z. Controle jurisdiccional... op. cit. pp. 250 y 251.

¹⁴⁶⁷ PUCCINELLI JÚNIOR, A. A omissão legislativa... op. cit. p. 123. Ver: PIOVESAN, F.C. Proteção judicial... op. cit. p. 94.

¹⁴⁶⁸ Por ejemplo, algunos plazos fijados en el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la CFB 1988, contados a partir de la fecha de su promulgación: 12 meses (art. 8º, § 3º); 1 año (art. 11); 18 meses (art. 24); 120 días (art. 29, § 1º); 12 meses (art. 39, párrafo único).

¹⁴⁶⁹ Por ejemplo: ADI 3682-MT, Gilmar Mendes, j. 09/05/2007, DJ 06/09/2007: “1. (...) Pasados más de 10 (diez) años, no fue promulgada la ley complementaria federal (...). Existencia de notorio lapsus temporal que demuestra la inactividad del legislador en relación al cumplimiento de inequívoco deber constitucional de legislar (...). 2. A pesar de que existan en el Congreso Nacional diversos proyectos de ley presentados tendentes a la reglamentación del art. 18, § 4º CFB, es posible constatar la omisión inconstitucional en cuanto a la efectiva deliberación y aprobación de la ley complementaria. Las peculiaridades de la actividad parlamentaria que afecten, inexorablemente, al proceso legislativo, no justifican una conducta manifiestamente negligente de las cámaras legislativas, conducta esta que puede poner en riesgo el propio orden constitucional. La *inertia deliberandi* de los órganos legislativos puede ser objeto de acción directa de inconstitucionalidad por omisión.”

¹⁴⁷⁰ Sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ver STEINMETZ, W.A. *Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

se confunde con la mera laguna técnica o de legislación, afirma Clèmerson Clève, “debe el STF verificar, en cada caso, el periodo por el cual se prolonga la inercia impugnada; habiendo traspasado el silencio los límites de lo aceptable (razonable), se declara la inconstitucionalidad de la inercia.”¹⁴⁷¹ En suma, “si no es posible reducir el alcance de la expresión ‘plazo razonable’ a intervalos tan estrechos que vuelvan inviable el ejercicio de la función legislativa, tampoco es lícito atribuirle una connotación tan elástica que denote una aceptación tácita de la omisión continuada, máxime cuando impida el ejercicio de derechos fundamentales inmediatamente accionables en los términos del art. 5º, § 1º CFB”.¹⁴⁷²

Si el STF declara la inconstitucionalidad por omisión de medida para volver efectiva la norma constitucional, debe comunicárselo al responsable a fin de que este tome las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que las adopte en treinta días (art. 103 § 2º CFB). El efecto de esta comunicación es *erga omnes*. Se constata que el constituyente ha sometido tan solo a los órganos administrativos al plazo máximo de 30 días, dentro del cual deben suplir la omisión inconstitucional. Esto se explica porque ellos “no disponen de libertad de conformación legislativa, realizando una mera actividad de ejecución. La libertad de que disponen se circunscribe - existiendo autorización legal - al ámbito de la discrecionalidad, que no afecta a la dimensión de la libertad de conformación del legislador.”¹⁴⁷³ Michel Temer entiende que “el agente público encargado de la realización del acto podrá ser

2001; STUMM, R.D. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; BONAVIDES, P. Curso de... op. cit. p. 354; TAVARES, A.R. Curso de... op. cit. p. 506 y sig.; MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 395; CASTRO, C.R.S. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. Ver también: BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad... op. cit. CASCAJO CASTRO, J.L. Notas para un breve ensayo... op. cit. pp. 81 a 92.

¹⁴⁷¹ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 346. Ver: FERRARI, R.M.M.N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 3. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 159.

¹⁴⁷² PUCCINELLI JÚNIOR, A. A omissão legislativa... op. cit. p. 124. En esta misma obra, el autor analiza la importante y polémica cuestión de la responsabilidad del Estado por omisión legislativa inconstitucional (pp. 229 y sig). En las pp. 248, 249 y 250 pueden ser encontrados ejemplos de omisiones que el autor considera indemnizables, como el derecho a participación de los empleados en el lucro de las empresas (art. 7º, XI CFB), apenas reglado en el año 2000, y el derecho a un beneficio mensual de 1 salario mínimo detenido por los portadores de deficiencia física y mayores carentes de recursos (art. 203, V CFB), reglado tan solo en el 2003. Ver también: ALCÁNTARA, M.E.M. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: RT, 1988. En Portugal: AMARAL, M.L. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra, 1998. MEDEIROS, R. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra, 1992.

¹⁴⁷³ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 347.

responsabilizado, si no lo lleva a cabo en el plazo fijado de 30 días.”¹⁴⁷⁴ Esta opinión es compartida por Flávia Piovesan, que afirma que “es posible la presentación de una acción de daños y perjuicios contra la persona jurídica de derecho público responsable por la omisión.”¹⁴⁷⁵ De cualquier modo, como la mayoría de los actos administrativos solo puede ser declarada ilegal (inconstitucionalidad indirecta), son pocas las omisiones que sujetan al órgano responsable al plazo de 30 días. Respecto a las omisiones del Poder Legislativo, la Constitución solo prevé que el STF comunique al Parlamento la omisión, sin fijar plazo máximo para que este desarrolle la ley pertinente. El Tribunal, que en muy raros casos ha fijado plazo¹⁴⁷⁶ para colmar la omisión, ha entendido que tal medida vulnera el principio de separación de poderes, dado que legislar es competencia exclusiva del Parlamento, que tiene libertad de conformación legislativa. Por ello, con mucha más razón, el STF no puede por sí mismo suplir la omisión¹⁴⁷⁷, lo que descarta inclusive una eventual medida cautelar.¹⁴⁷⁸ Tales razones han llevado a Luís Barroso a concluir que “la acción directa de inconstitucionalidad por omisión ha tenido una carrera modesta. La inocuidad de la mera comunicación al órgano que se omitió no ha logrado movilizar a los habilitados del art. 103 CFB, salvo excepciones.”¹⁴⁷⁹

¹⁴⁷⁴ TEMER, M. *Elementos de direito constitucional*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 51.

¹⁴⁷⁵ PIOVESAN, F.C. *Proteção judicial...* op. cit. pp. 105 y 106.

¹⁴⁷⁶ Por ejemplo: ADI 3682-MT, Gilmar Mendes, j. 09/05/2007, DJ 06/09/2007: “4. Acción juzgada procedente para declarar la mora en que se encuentra el Congreso Nacional, a fin de que, en el plazo razonable de 18 meses, adopte todas las providencias legislativas necesarias para el cumplimiento del deber constitucional impuesto por el art. 18, § 4º CFB, debiendo ser contempladas las situaciones imperfectas derivadas del estado de inconstitucionalidad generado por la omisión. No se trata de imponer un plazo para la actuación legislativa del Congreso Nacional, sino tan sólo de fijar un parámetro temporal razonable, teniendo en cuenta el plazo de 24 meses determinado por el Tribunal en las ADIs nºs 2240, 3316, 3489 y 3689, para que las leyes estaduais que crean municipios o alteran sus límites territoriales continúen en vigor, hasta que una ley complementaria federal sea promulgada contemplando las realidades de esos municipios.”

¹⁴⁷⁷ ADI 1063-MC- QO, Celso de Mello, j. 18/05/1994, DJ 27/04/2001: “El STF como legislador negativo: la acción directa de inconstitucionalidad no puede ser utilizada con el objetivo de transformar el STF, indebidamente, en legislador positivo, pues el poder de innovar el sistema normativo, con carácter previo, constituye función típica de la institución parlamentaria.”

¹⁴⁷⁸ ADI 267-DF, Celso de Mello, j. 25/10/1990, DJ 19/05/1995: “La suspensión cautelar de la eficacia de los actos normativos cuestionados en el ámbito del control concentrado, no se revela compatible con la naturaleza y la finalidad de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, porque en esta la única consecuencia política jurídica posible se traduce en la mera comunicación formal al órgano estatal que se omitió, de que está en mora constitucional.” En el mismo sentido: ADI 361-DF, Marco Aurélio, j. 05/10/1990, DJ 26/10/1990; ADI 1387-DF, Carlos Velloso, j. 06/03/1996, DJ 29/03/1996; ADI 1458 MC-DF, Celso de Mello, j. 23/05/1996, DJ 20/09/1996.

¹⁴⁷⁹ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 258.

También Clèmerson Clève considera que la inconstitucionalidad por omisión no ha logrado alcanzar todas sus potencialidades en Brasil. Aclara, con todo, que con esta constatación “no se está defendiendo la investidura del Poder Judicial en la función del Poder remiso a actuar, con carácter sustitutivo de éste, para cualquier situación de omisión inconstitucional. Este tipo de tesis, amén de fundarse en una comprensión meramente ‘judicial’ de las garantías constitucionales, no parece ser compatible con un modelo constitucional erigido a partir de los principios democrático y de división de poderes.”¹⁴⁸⁰ Una posición que aparentemente contradice su discurso anterior favorable al ‘activismo judicial’ y la ‘construcción jurisprudencial’¹⁴⁸¹. Por ello, el autor aclara que “también el ‘activismo judicial’ encuentra límites (el problema de la ‘racionalidad’ de las decisiones judiciales y de su lugar en el cuadro constitucional de las funciones estatales), que deben ser observados, bajo pena de que la decisión judicial contribuya tan solo a un discurso de mero poder (ajeno a la legitimidad).”¹⁴⁸² Esto es, incluso para un autor favorable a un mayor protagonismo del Poder Judicial, el principio de separación de poderes se erige como un obstáculo de muy difícil transposición para la efectividad de la declaración de inconstitucionalidad por omisión.

A idéntica conclusión llega José A. da Silva, a pesar de defender que la sentencia de inconstitucionalidad por omisión es declaratoria en relación al reconocimiento de la omisión, pero no meramente declaratoria, porque de ella proviene un efecto posterior de mandamiento al Poder competente para que adopte las medidas necesarias para suplir la omisión.¹⁴⁸³ Entiende que este efecto parece suficientemente claro en la Constitución en relación a la Administración Pública, pero que debe – o debería - valer también para el Congreso Nacional. “Si el Poder Legislativo no responde al mandamiento judicial incidirá en una omisión aun más grave. Por lo menos tendrá

¹⁴⁸⁰ CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. pp. 347 y 348.

¹⁴⁸¹ Ver: CLÈVE, C.M. *Temas de direito constitucional*, São Paulo: Acadêmica, 1993.

¹⁴⁸² CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. p. 348, nota 208. Sobre activismo judicial y el papel del Poder Judicial, ver: CARVALHO, A.B. de. *Direito alternativo em movimento*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ID-Instituto de Direito, 2003; PORTANOVA, R. *Motivações ideológicas da sentença*, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; LEITE, E.G. “Ativismo judicial” in TEIXEIRA, S.F. (org.). *O judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994; BELTRÁN, M. *Originalismo e interpretação, Dworkin VS. Bork: uma polémica constitucional*. Madrid: Civitas, 1989.

¹⁴⁸³ Este aspecto es subrayado por Gilmar Mendes en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. 325. Sobre las acciones destinadas a obtener un mandamiento del Poder Judicial, ver: GOLDSCHMIDT, J. *Zivilprozessrecht*, 2. ed. Berlin, 1932, § 15a, p. 61.

que dar alguna satisfacción al Poder Judicial. Es cierto que, si no lo hace, prácticamente nada se podrá hacer, pues no hay manera de obligar al legislador a legislar.”¹⁴⁸⁴ Es decir, aunque considere que la sentencia de inconstitucionalidad por omisión también sea un mandamiento al legislador, a la postre José A. da Silva reconoce que el STF no puede obligar al Parlamento a suplir la omisión. En ese sentido, el discurso de Zeno Veloso es casi un “desahogo”: “no se puede pretender herir uno de los soportes del régimen democrático, que es el principio de la división de poderes, aunque esté hoy en día marcado por la armonía y por la interdependencia. Pero, sin duda, la fiscalización jurisdiccional es posible y admisible si el Legislativo permanece inactivo cuando tenía el deber de atender a una exigencia específica de promulgar normas sobre una materia constitucional dada, quedando demostrado que el momento y la oportunidad para que tal cosa ocurriera ya ha pasado. En este caso la omisión llega a rayar la desidia, siendo la apatía viciosa y reprobable.”¹⁴⁸⁵

La crítica de Flávia Piovesan es más objetiva y se centra en la excesiva primacía otorgada al principio de la separación de poderes: “el orden constitucional, al instituir la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, se separa de la sistemática tradicional del control que permite eliminar, con eficiencia, las inconstitucionalidades del sistema jurídico. En favor, ciertamente, del principio de la separación de los poderes, se acaba por comprometer la prevalencia de la Constitución.” Disconforme con la permanencia indefinida de la omisión inconstitucional, se muestra de acuerdo con José A. da Silva en cuanto a la necesidad de emitir en estos casos una sentencia normativa para llenar el vacío legislativo. Alerta, no obstante, de que esta solución no es válida para normas de eficacia limitada de tipo instituyente o que traten de la elaboración de Códigos. La intervención del STF en forma de sentencia normativa sería una función legislativa atípica, comparable a la edición de medidas provisionales por el Presidente de la República.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁸⁴ SILVA, J.A. da. *Curso de Direito Constitucional...* op. cit., 13. ed. p. 58. Seguidamente, el autor recuerda que, en la época de la Asamblea Nacional Constituyente, el mismo había defendido una decisión judicial normativa en los casos de inconstitucionalidad por omisión. Tal decisión valdría “como ley, si tras cierto plazo el legislador no supliera la omisión. La sentencia normativa tendría este efecto. Pero el legislador constituyente no quiso dar este paso adelante”.

¹⁴⁸⁵ VELOSO, Z. *Controle jurisdiccional...* op. cit. p. 253.

¹⁴⁸⁶ PIOVESAN, F.C. *Proteção judicial...* op. cit. p. 108.

La posición de Clèmerson Clève es más conciliadora, pues considera que el camino más apropiado para solucionar la cuestión de cómo colmar la laguna producto de la omisión inconstitucional - en el Estado Democrático de Derecho - está en “la asociación entre técnicas estrictamente jurídicas y otras prevalentemente políticas”. Para ello, aboga por una reforma constitucional, que flexibilice el art. 103 § 2º CFB, proporcionando al STF más opciones a la hora de decidir sobre la omisión y, en consecuencia, a la hora de comunicarla al Poder responsable. El STF pasaría a tener autoridad para: “(a) permitir la aplicación directa por los jueces y tribunales del precepto constitucional necesitado de complementación, desde que cuente con la normatividad suficiente para ello; (b) alejar los riesgos causados por la falta de norma integradora; (c) autorizar la puesta en marcha de mecanismo políticos para suplir la omisión inconstitucional.” Entre ellos: “(i) la iniciativa popular (facilitada); la iniciativa del proceso de elaboración legislativa para entidades, asociaciones y Estados miembros (por acto del Gobernador o de la Asamblea Legislativa); y (ii) el cambio, con algunos límites, de las materias de iniciativa privativa hacia el ámbito de las materias de iniciativa común o compartida (autorizando la puesta en marcha del procedimiento legislativo por ciudadanos, entidades, asociaciones o cualquier parlamentario o comisión de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal).”¹⁴⁸⁷

Finalmente, autores como Celso Bastos y Ferreira Filho se muestran a su vez en contra de soluciones que conlleven subsanar directamente la omisión a través de una sentencia del STF, entendiendo que no se puede privar al Poder Legislativo de la elección del momento adecuado para desarrollar determinados preceptos constitucionales. Para Celso Bastos, “el Legislativo aun es la manifestación absoluta de la voluntad popular, tan solo limitado por el propio Poder Constituyente”. Por eso, “no se puede privar al Parlamento de la elección del momento oportuno para integrar las normas programáticas”. Además, aprecia que “ante la enorme amplitud existente para la presentación de proyectos de ley, inclusive la propia iniciativa popular, la ausencia de una ley no siempre es imputable únicamente al Legislativo.”¹⁴⁸⁸ En el mismo sentido, Ferreira Filho enfatiza que semejante posibilidad “desconoce que el constituyente, aunque entienda una norma como deseable, puede haberla condicionado a una decisión futura del legislador, que, apreciando la conveniencia y oportunidad, la completará,

¹⁴⁸⁷ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 349 y 350.

¹⁴⁸⁸ BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S. Comentários à Constituição... op. cit. p. 270.

dándole eficacia. La imposición judicial de la complementación llevaría a la subversión de ese criterio político que el legislador tiene que tener en cuenta, pero que el juez no puede tomar en consideración.”¹⁴⁸⁹

4.2. Sentencia de inconstitucionalidad por omisión parcial.

En la que probablemente fue la primera sentencia en que se vio compelido a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad por omisión, el STF - fiel al dogma del legislador negativo¹⁴⁹⁰ - descartó de inmediato la hipótesis de que él mismo pudiera expedir la norma general o concreta para colmar la omisión. Dejó asentado, además, que “como *omisión* debería ser entendida no solo la llamada *omisión absoluta* del legislador, es decir, la total ausencia de normas, sino también la *omisión parcial*, en la hipótesis de cumplimiento imperfecto o insatisfactorio del *deber constitucional de legislar*”.¹⁴⁹¹ De modo que también para el STF la inconstitucionalidad por omisión se produce “no sólo cuando el órgano legislativo no cumple con su deber, sino también cuando lo satisface de forma incompleta.”¹⁴⁹² La realidad es que con el gradual desarrollo normativo de los preceptos constitucionales, los casos de omisión absoluta previsiblemente serán más excepcionales y nos enfrentaremos con situaciones en las que el legislador – de forma voluntaria o involuntaria - no ha desarrollado suficientemente las reglas y los principios constitucionales en la respectiva ley regladora

¹⁴⁸⁹ FERREIRA FILHO, M.G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 230.

¹⁴⁹⁰ STF - *Súmula* 339: “No corresponde al Poder Judicial, que no tiene función legislativa, aumentar los sueldos de funcionarios públicos basándose en el principio de igualdad”.

¹⁴⁹¹ MI 107, Moreira Alves, j. 21/11/1990, DJ 02/08/1991. Ver: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. pp. 324 y 325.

¹⁴⁹² MENDES, G.F. *Arguição de Descumprimento...* op. cit. p. 146. Ver también: CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. p. 53 y ADIs 526 y 986.

o en supuestos en que esta se vuelve obsoleta dada la evolución social.¹⁴⁹³ Es decir, se producirán básicamente casos de omisiones parciales, que en el sistema brasileño pueden ser tratadas tanto bajo el punto de vista de la inconstitucionalidad por omisión, como de la inconstitucionalidad por acción del legislador. Esta especial condición de la omisión parcial conlleva dos cuestiones importantes: de un lado, la elección del tipo de acción más adecuado y por otro, el tipo de decisión que debe emitir el STF.

La omisión parcial puede ser cuestionada en los mismos términos que una omisión total, es decir, a través de acción directa de inconstitucionalidad por omisión. No obstante, su condición “híbrida” (la ley existe, pero de forma incompleta) permite asimismo la utilización de la acción directa de inconstitucionalidad por acción. La opción por una u otra puede ser crucial, teniendo en cuenta que los efectos de estas dos acciones son diferentes. De hecho, en la declaración de omisión parcial el STF ha seguido el mismo procedimiento adoptado en la omisión total (art. 103 § 2º CFB), limitándose a comunicarla al legislador inactivo. Además, ha respetado estrictamente el principio dispositivo, entendiendo que no es posible la convertibilidad entre los dos tipos de demanda. Su jurisprudencia, “fundada en las múltiples distinciones que se registran entre el control abstracto por acción y la fiscalización concentrada por omisión, se ha reafirmado en el sentido de no considerar admisible la posibilidad de conversión de la acción directa de inconstitucionalidad, por violación positiva de la Constitución, en acción de inconstitucionalidad por omisión, producto de la violación negativa del texto constitucional”.¹⁴⁹⁴ En definitiva, la opción del actor por uno u otro tipo de acción determinará el tipo de sentencia del Tribunal.

La doctrina no es unánime sobre la corrección constitucional de esta postura del STF. De hecho, no descarta la posibilidad de que el Tribunal pueda declarar la omisión parcial, aun cuando la petición haya sido de declaración de inconstitucionalidad por acción. Gilmar Mendes, por ejemplo, no ve motivos para que se impida la convertibilidad, “una vez que los dos procesos – el de control de normas y el de control de la omisión – acaban por tener – formal y sustancialmente – el mismo objeto, es decir, la inconstitucionalidad de la norma incompleta”.¹⁴⁹⁵ O, lo que es lo

¹⁴⁹³ Ver: VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 259; CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 350 y 351; MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 378.

¹⁴⁹⁴ ADI 1439-MC, Celso de Mello, 22/05/1996, DJ 30/05/2003.

¹⁴⁹⁵ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 385.

mismo, la inconstitucionalidad de la norma en razón de que esta no dice todo lo que debería decir para ser totalmente constitucional. Clèmerson Clève también apoya esta idea. Destaca que, al contrario de Portugal, cuya Constitución creó dos acciones específicas y estableció una diferenciación de iniciativas y de procesos¹⁴⁹⁶, en Brasil, “sabiéndose que la iniciativa y el proceso son los mismos (aunque no los pronunciamientos), es perfectamente defendible la tesis de la convertibilidad en el caso de omisión parcial, especialmente si con ella se muestra conforme el actor”.¹⁴⁹⁷ Este último punto es importante, porque es posible que la única intención del actor de la acción sea efectivamente la mera comunicación al legislador, dándole así la oportunidad de completar el precepto legal defectuoso. Si el Tribunal convirtiera el objetivo de la acción por omisión y anulara el precepto, sin que esa posibilidad hubiera sido contemplada por el actor en la petición, estaría sobrepasando los límites de su función jurisdiccional. En suma, solo peticiones alternativas o conjuntas del actor autorizarían la convertibilidad por parte del STF.

Respecto al tipo de decisión que debe emitir el STF en caso de producirse la omisión parcial, Clèmerson Clève aclara que hay varias formas de solucionar el problema en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad: “1ª) declarar la inconstitucionalidad positiva de la cláusula de exclusión o de todo acto impugnado, en caso de exclusión arbitraria de *beneficio*; 2ª) declarar la inconstitucionalidad del acto impugnado, en caso de gravamen impuesto de forma discriminatoria (arbitraria) a un determinado grupo social, con exclusión de los demás en la misma situación; 3ª) hacer una ‘interpretación conforme a la Constitución’ en aquellas hipótesis en que no hay discriminación arbitraria, sino más bien deficiencia en la técnica legislativa, (...) para revelar un contenido latente o implícito ya contenido en la norma legal o añadir un contenido constitucionalmente exigido, observado el principio de la reserva de lo posible, incluso por medio de la ‘construcción jurisprudencial’;”¹⁴⁹⁸ 4ª) declarar la inconstitucionalidad de la omisión parcial, dando cuenta al Poder correspondiente para que la supla. En los casos de exclusión de un beneficio incompatible con el principio de igualdad originada no por un acto arbitrario, sino por una equivocada apreciación de las

¹⁴⁹⁶ MIRANDA, J. Manual de... op. cit. v. II, 2. ed. p. 408.

¹⁴⁹⁷ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 360.

¹⁴⁹⁸ Como vimos anteriormente, la sentencia aditiva es la sentencia manipulativa más utilizada en Italia para solucionar este tipo de discriminación.

circunstancias fácticas o de la ilegitimidad del criterio de discriminación adoptado (v.g. aumento aislado o diferenciado de sueldos) y en los casos de incompleta satisfacción del deber constitucional concreto de legislar (salario mínimo), y siempre que colmar la omisión implique un gasto de recursos públicos (principio de la reserva de ley presupuestaria), exceptuando las hipótesis tratadas por la Constitución como derechos públicos subjetivos (y, por ello, capaces de alcanzar satisfacción a través de otros medios procesales más eficaces), deberá producirse declaración de inconstitucionalidad de la inercia parcial y no del acto normativo, con la consecuente apelación al legislador;¹⁴⁹⁹ 5ª) declarar, al modo del Tribunal Constitucional alemán, la inconstitucionalidad del acto normativo incompleto, sin el pronunciamiento de nulidad.»¹⁵⁰⁰

En suma, la *primera* solución propone una sentencia de inconstitucionalidad parcial (referida únicamente a la cláusula de exclusión arbitraria del beneficio) o, alternativamente, total del precepto; la *segunda*, una sentencia de inconstitucionalidad total; la *tercera*, una sentencia interpretativa en sentido estricto o, alternativamente, una manipulativa aditiva; la *cuarta*, una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la omisión y comunica la decisión al legislador (la solución adoptada por el STF para todos los casos de omisión – parcial o total -, que hayan sido objeto de acción directa de inconstitucionalidad por omisión); y la *quinta*, una sentencia

¹⁴⁹⁹ Esta solución está en la línea de lo afirmado por Jorge Miranda respecto al art. 283º CRP, que tiene un contenido idéntico al art. 103 § 2º CFB: la solución está en no paralizar la concreción de la norma constitucional ya alcanzada y en buscar obtener, por medio de los mecanismos de control de inconstitucionalidad por omisión, por tenues que sean (art. 283º CRP), la superación de la omisión. En: MIRANDA, J. Manual de... op. cit. v. IV, pp. 220 y 221. En el mismo sentido, Gomes Canotilho: no se declara la inconstitucionalidad de una solución legal intrínsecamente justa (por ejemplo: concesión de pensiones); se fija la inconstitucionalidad por omisión, toda vez que el legislador tiene el deber de hacer ejercitable el derecho social y el principio de igualdad justifica la ampliación de la solución legal a otras categorías de ciudadanos. En: CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e... op. cit. p. 1092.

¹⁵⁰⁰ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 357 y 358. Respecto a la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad (declaración de mera incompatibilidad), Rui Medeiros considera que con la figura de la inconstitucionalidad por omisión, se ha adoptado en Portugal una solución próxima a aquella admitida en Alemania, lo que a su modo de ver es criticable: “o hay violación del principio de igualdad y, consecuentemente, inconstitucionalidad; o la discriminación no es arbitraria y no hay ni inconstitucionalidad por acción, ni inconstitucionalidad por omisión a partir del principio de igualdad (...). No vislumbramos una tercera hipótesis.” MEDEIROS, L. A decisão de... op. cit. p. 517. Ver también p. 512 y sig. En la literatura alemana, ver, entre otros: PESTALOZZA, C. Noch verfassungsmässige und... op. cit. p. 566; GERONTAS, A. Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle... op. cit. pp. 486 a 488; MOENCH, C. Verfassungswidriges Gesetz... op. cit. pp. 130 y sig.

de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad.¹⁵⁰¹ Puccinelli Júnior agrega a estas posibilidades decisorias la hipótesis del reconocimiento judicial de la omisión parcial todavía constitucional (situación jurídica imperfecta), pero en vías de volverse progresivamente inconstitucional, si el Poder Público no promulga en tiempo razonable una ley que colme la omisión.¹⁵⁰²

Para Flávia Piovesan, el dilema del Tribunal relativo a la inconstitucionalidad por omisión - en caso de exclusión de beneficio incompatible con el principio de igualdad - se resume básicamente a dos posibilidades: “o declara la inconstitucionalidad de las normas que contengan esas omisiones, en la perspectiva de que hubo inconstitucionalidad por acción a consecuencia de la violación del principio de igualdad, o, bajo la perspectiva de que hubo una omisión inconstitucional (omisión parcial), extiende el ámbito normativo, a fin de que sea observado el principio de igualdad”.¹⁵⁰³ La autora, por lo tanto, ni siquiera considera la hipótesis de la mera comunicación al legislador, que es la forma elegida por el STF para solucionar la omisión inconstitucional, decantándose o por una sentencia simple de inconstitucionalidad, o por una sentencia manipulativa aditiva. Esta última - como se ha visto arriba -, es tan sólo admitida por Clèmerson Clève, si la discriminación se producía en función de una deficiencia en la técnica legislativa.¹⁵⁰⁴ De cualquier modo, hay que tener siempre presente que el tipo de decisión que tome el STF dependerá siempre del principio dispositivo – no se admitirá una declaración de

¹⁵⁰¹ Para el caso de la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, ver: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 370 y sig.; MENDES, G.F. “A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro” in *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, janeiro a março 1993, pp. 40 a 66. Ver más adelante el epígrafe “5.3.1 Sentencia de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de la nulidad del precepto”.

¹⁵⁰² PUCCINELLI JÚNIOR, A. *A omissão legislativa...* op. cit. pp. 125 y 126. Esta, por cierto, ha sido una de las soluciones discutidas en el Mandado de *Injunção* 58-DF, Celso de Mello, j. 14/12/1990, DJ 19/04/1991.

¹⁵⁰³ PIOVESAN, F.C. *Proteção judicial...* op. cit. p. 97. Sobre las omisiones parciales y el principio de igualdad, ver también: XAVIER, T. “A tutela das omissões relativas... op. cit.

¹⁵⁰⁴ El STF ha llegado a discutir las posibles soluciones jurídicas para la cuestión de la exclusión de beneficio con ofensa al principio de igualdad, a nivel de derecho comparado: a) extensión de los beneficios o ventajas a las categorías o grupos inconstitucionalmente de ellos excluidos; b) supresión de los beneficios o ventajas indebidamente concedidos a terceros; c) reconocimiento de la existencia de una situación todavía constitucional (situación constitucional imperfecta), propiciando al Poder Público la elaboración, en tiempo razonable, de ley que restablezca el deber de integral obediencia al principio de igualdad, so pena de progresiva inconstitucionalidad del acto estatal existente, pero insuficiente e incompleto. En: Mandado de *Injunção* 58-DF, Celso de Mello, j. 14/12/1990, DJ 19/04/1991.

inconstitucionalidad de la norma, si la petición fue de inconstitucionalidad por omisión – y el hecho de que el Tribunal todavía rinda “culto” a la figura del legislador negativo, descartan, en principio, decisiones de tipo aditivo.¹⁵⁰⁵

Antes del advenimiento de la Ley 9868/1999, Gilmar Mendes advertía de que “los casos de omisión parcial se mostraban extremadamente difíciles en el ámbito del control de normas, en razón de la insuficiencia de las técnicas de control disponibles”¹⁵⁰⁶. Tal situación fue evidente tras la acción directa de inconstitucionalidad 526 (por omisión), que impugnaba la Medida Provisional 296/1991 - ya impugnada anteriormente por la acción directa de inconstitucionalidad 525 (por acción) -, por haber concedido un aumento de sueldo a un sector de funcionarios públicos, sin tomar en consideración el principio constitucional de igualdad. El magistrado Sepúlveda Pertence explicó que “con la suspensión cautelar de la eficacia de la medida provisional postulada en la acción directa de inconstitucionalidad 525¹⁵⁰⁷ se estaría atacando el aumento de los sueldos del grupo más numeroso del funcionariado civil y militar, sin que de ahí resultara beneficio alguno para los excluidos de su alcance. La solución opuesta – la de la omisión parcial – sería satisfactoria, si tuviera como resultado la extensión del aumento (...) a todos cuantos sufren con la misma intensidad la depreciación inflacionaria de los sueldos. Para esta extensión de la ley, con todo, le faltan poderes al Tribunal, que, una vez que declare la inconstitucionalidad por omisión total o parcial de la ley, debe limitarse a comunicarla al órgano legislativo competente, para que este la supla, en los términos del art. 103 § 2º CFB.”¹⁵⁰⁸

Tras constatar que la omisión parcial trae su origen básicamente de la violación del principio de igualdad, Regina Ferrari entiende que encuentra mejor solución en el ámbito de la inconstitucionalidad por acción, una vez que esta proporciona una actuación más efectiva por parte del órgano encargado de fiscalizar el

¹⁵⁰⁵ Sobre las omisiones inconstitucionales y su relación con las decisiones aditivas, ver: SÁ, F. “Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas... op. cit.

¹⁵⁰⁶ En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 321.

¹⁵⁰⁷ ADI 525 DF, Sepúlveda Pertence, j. 12/06/1991, DJ. 04/09/1991.

¹⁵⁰⁸ ADI 526-DF, Sepúlveda Pertence, j. 12/12/1991, DJ 05/03/1993. En el mismo sentido: ADI 529 MC-DF, Sepúlveda Pertence, j. 19/06/1991, DJ. 05/03/1993. También la ADI 1458 (Celso de Mello, j. 23/05/1996, DJ. 20/09/1996), negó la posibilidad de cautelar en caso de omisión parcial y confirmó que la declaración de inconstitucionalidad de la omisión únicamente implica la comunicación de la omisión al legislador, en los términos del art. 103, § 2º CFB.

respecto a la Constitución.¹⁵⁰⁹ Bajo el exclusivo punto de vista de la efectividad de la decisión, entendemos que Regina Ferrari tiene probablemente la razón, porque, como se ha visto, el efecto práctico de la declaración de omisión parcial es virtualmente nulo. Sin embargo, hay que recordar que la declaración de nulidad de la omisión parcial del precepto puede perjudicar a su vez a los beneficiados por la parte constitucional de la ley. Es decir, la anulación pura y simple no necesariamente es la solución más justa. Gilmar Mendes, por ejemplo, considera “que la declaración de nulidad no es la técnica más adecuada para la eliminación de la situación inconstitucional en estos casos de omisión legislativa, porque profundizaría el estado de inconstitucionalidad.”¹⁵¹⁰ Es exactamente esto lo que ocurre en los casos de exclusión de beneficio incompatible con el principio de igualdad. Para Clèmerson Clève “la declaración de la nulidad del beneficio para los que lo hayan alcanzado solo se justificaría en el caso de un evidente intento de privilegiar a un determinado grupo social en detrimento de otro”. Considera, además, que la solución para estos casos no puede ser tampoco “la pura y simple extensión del beneficio (ejemplo: aumento salarial) para los excluidos”.¹⁵¹¹ Es decir, el autor se posiciona, en principio, en contra del uso de sentencias aditivas. Este tipo de sentencia, no obstante, es defendida por José A. da Silva, siempre que la decisión no tenga eficacia *erga omnes*. En otras palabras, los discriminados por la ley deberán buscar la equiparación en el Poder Judicial, caso a caso, en el ámbito del control difuso.¹⁵¹² La extensión de los beneficios a través de decisión judicial ciertamente no desagradaría a Mártires Coelho, quien afirma, que “teniendo en cuenta la historicidad y la estructura del texto constitucional – esencialmente formado por *principios jurídicos abiertos e indeterminados* que solo adquieren efectividad a través de la mediación de sus aplicadores -, parece lícito concluir que, o se confiere libertad al intérprete para

¹⁵⁰⁹ FERRARI, R.M.M.N. Efeitos da declaração... op. cit. p. 156.

¹⁵¹⁰ En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 323.

¹⁵¹¹ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 54.

¹⁵¹² SILVA, J.A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 208. Por cierto, en el Recurso en *Mandado de Segurança* 22307-DF (DJU 13/06/1997), con fundamento en la auto aplicabilidad del art. 37, X CFB, en su redacción original, el STF dejó de aplicar la *Súmula* 339 y garantizó a todos los funcionarios públicos federales el reajuste concedido a los militares por las Leyes 8622/1993 y 8627/1993.

concretizar aquellos principios, o se renuncia a la pretensión de *vivir* la Constitución.”¹⁵¹³

En la década de los noventa Clèmerson Clève preveía que la inconstitucionalidad por omisión, especialmente la omisión parcial, permitiría al STF “conferir cierta plasticidad a sus decisiones, adaptándolas a cada caso o a la cuestión constitucional suscitada. [...] En determinadas circunstancias, siempre definidas con todas las cautelas, la Corte Constitucional tendrá que superar el dogma que la aprisiona al universo del legislador negativo. Al contrario, la garantía de la plena efectividad de la Constitución puede demandar, en innumerables situaciones, la adopción de pronunciamientos más audaces que, sin violentar la esfera funcional del Legislativo, propicien una renovada y moderna lectura del principio de la separación de los poderes.”¹⁵¹⁴ Las preocupaciones del autor parece que han sido atendidas en buena medida por la ley 9868/1999, que prevé expresamente el uso de la interpretación conforme a la Constitución y de la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto, como vimos anteriormente, además de posibilitar la modulación de los efectos de las sentencias, como veremos más adelante en epígrafe específico. En ese sentido, Gilmar Mendes considera que la posibilidad de “proferir la inconstitucionalidad con efecto *ex nunc* o *pro futuro* resulta especialmente idónea en aquellos casos en que la declaración de nulidad se muestre inadecuada (v.g. lesión positiva al principio de igualdad) o en las hipótesis en que la laguna resultante de la declaración de nulidad pueda propiciar el surgimiento de una situación aun más alejada de la voluntad constitucional”¹⁵¹⁵.

¹⁵¹³ COELHO, I.M. *Interpretação ...* op. cit. p. 69. En el mismo sentido, dando énfasis a la cuestión de la “prohibición de protección deficiente” en el área penal (*Untermassverbot*), ver: : STRECK, L.L., *Bem jurídico e Constituição ...* op. cit. pp: 17 y sig.; SARLET, I. “*Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.*” in *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, Ano III, Sapucaia do Sul: Notadez, 2003, pp. 86 y sig.; ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 1993; BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y...* op. cit. pp. 798 y sig.

¹⁵¹⁴ CLÈVE, C.M. *A fiscalização...* op. cit. p. 359.

¹⁵¹⁵ En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. p. 324. Vid., en el mismo sentido, VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. p. 259.

4.3. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión en *mandado de injunção*.

La actual Constitución introdujo la posibilidad de presentar un *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI CFB), siempre que la falta de ley o de acto normativo impida el ejercicio de derechos y libertades constitucionales (individuales, colectivos y sociales) y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía popular (art. 14 CFB) y la ciudadanía (derechos políticos).¹⁵¹⁶ Tiene por lo tanto en común con la acción directa de inconstitucionalidad por omisión el objeto - las omisiones legislativas - pero en el más restringido ámbito de los derechos previstos en el art 5º, LXXI CFB, cuyos límites, por cierto, no son siempre fácilmente precisables y suelen ser ampliados. Por otra parte, a semejanza de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, el objeto del *mandado de injunção* abarca “no solo la llamada omisión absoluta del legislador, o sea, la total ausencia de normas, sino también la omisión parcial, en la hipótesis de cumplimiento imperfecto o insatisfactorio del deber constitucional de legislar.”¹⁵¹⁷ Con todo, aunque guarden similitudes, las dos acciones no deben confundirse, dado que mientras el *mandado de injunção* es un instrumento de tutela de derecho subjetivo y tiene efectos *inter partes* (control difuso)¹⁵¹⁸, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión es un instrumento de tutela de derecho objetivo y tiene efectos *erga omnes* (control concentrado). Otra diferencia es que el STF no es el único órgano judicial con competencia para juzgar el *mandado de injunção*, pero le cabe privativamente decidir, entre otras, sobre las omisiones de normas que hubieran sido

¹⁵¹⁶ El *Mandado de Injunção* es una innovación del derecho brasileño. Su origen no está en el *write of injunction* inglés o norteamericano (orden judicial para que alguien se abstenga de determinado comportamiento – acto particular o actividad – tendente a causar un daño irreparable). Ver: PFEIFFER, R.A.C. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 31; FERREIRA FILHO, M.G. Curso de direito... op. cit. p. 320; GROSSMAN, J.B.; WELLS, R.S. *Constitutional Law and judicial policy making*, 3. ed. New York: Longman, 1988, p. 703;

¹⁵¹⁷ *Mandado de Injunção* nº 107, Moreira Alves, j. 21.11.1990, DJ 02.08.1991.

¹⁵¹⁸ Como más adelante se verá, esta cuestión no está exenta de controversias. Hay situaciones en que los efectos *erga omnes* prácticamente se imponen.

competencia del Presidente de la República y del Congreso Nacional.¹⁵¹⁹ Si la elaboración de la norma fuere competencia de órganos de la administración, en sentido amplio, la competencia para enjuiciarla pasa al Tribunal Superior de Justicia (STJ) y, excepcionalmente, a otros tribunales superiores.¹⁵²⁰ En caso de recurso, la decisión final es del STF (art. 102, II, *a* CFB).

Al igual que el Tribunal Constitucional portugués, el STF ha sustentado que el “derecho a la legislación” solo puede ser invocado por el interesado cuando exista el deber estatal de hacer las leyes y actos normativos.¹⁵²¹ Junto con la imposición constitucional de legislar, debe darse simétricamente el reconocimiento del derecho público subjetivo a la legislación. En suma, “la concesión de la *injunção* está condicionada a una relación de causa y efecto. Esto es: a una causa – la falta de la norma reguladora – el ordenamiento jurídico atribuye una consecuencia – la inviabilidad del ejercicio de derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía.”¹⁵²² La doctrina del STF camina en la misma dirección: “si el Estado deja de adoptar las medidas necesarias a la realización concreta de los preceptos de la Constitución, absteniéndose, en consecuencia, de cumplir el deber de prestación que la Carta Política le impuso, incidirá en violación negativa del texto constitucional. De ese *non facere o non praestare*, resultará la inconstitucionalidad por omisión, que puede ser total (cuando no se adopta ninguna providencia) o parcial (cuando es insuficiente la medida tomada por el poder público). [...] La omisión del Estado – que deja de cumplir, en mayor o menor extensión, la imposición dictada por el texto constitucional – se cualifica como un comportamiento revestido de la mayor gravedad político-jurídica, pues con esta inercia el Poder Público incumple la Constitución, ofende derechos que en ella se fundan y también impide, por

¹⁵¹⁹ Normas de atribución del Presidente de la República, Congreso Nacional, Cámara de los Diputados, Senado Federal, Mesas de las Cámaras, Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores, o del propio STF (art. 102, I, *q*. CFB).

¹⁵²⁰ Art. 105, I, *h*. CFB – “Compete al Superior Tribunal de Justicia procesar y juzgar, originariamente el *mandado de injunção*, cuando la elaboración de la norma regladora fuere atribución de órgano, entidad o autoridad federal, de la administración directa o indirecta, exceptuados los casos de competencia del STF y de los órganos de la Justicia Militar, Justicia Electoral, Justicia del Trabajo y Justicia Federal.”

¹⁵²¹ STF – *Mandado de Injunção* 337-8 – DF – Pleno – Sydney Sanches – DJU 10/05/1996.

¹⁵²² PIOVESAN, F.C. *Proteção judicial...* op. cit. p. 174.

ausencia (o insuficiencia) de medidas de concreción, la propia aplicabilidad de los postulados y principios de la Ley Fundamental."¹⁵²³

La legitimidad activa para interponer un *mandado de injunção* corresponde, en principio, al titular del derecho o de la prerrogativa perjudicada por la ausencia de legislación. Sin embargo, el STF ha admitido su utilización por organismos sindicales y entidades de clase, con la finalidad de permitir a sus miembros o asociados - de forma colectiva - el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.¹⁵²⁴ La legitimidad pasiva, por otro lado, está directamente ligada a la cuestión de los efectos de la sentencia. Si se entiende que la finalidad del *mandado de injunção* es tan sólo la de declarar la inconstitucionalidad por omisión y comunicarla al órgano responsable para que tome las medidas necesarias para suplirla, el legitimado pasivo solo puede ser el órgano público que omitió la norma.¹⁵²⁵ Pero, si se entiende que cabe al Poder Judicial hacer posible el disfrute del derecho en el caso concreto o suplir la falta de reglamentación, con efectos limitados a las partes del proceso (o, incluso, *erga omnes*), la legitimidad pasiva deberá “recaer sobre el sujeto pasivo del derecho constitucional, es decir, sobre la persona pública o privada a la cual incumbe prestar el deber correspondiente al derecho subjetivo del autor.”¹⁵²⁶ No estaría en el polo pasivo, por consiguiente, la autoridad que dejó de regular el derecho constitucionalmente previsto, porque “no tendría sentido llamar al proceso a la autoridad a cuya inercia se imputa la omisión, excluyendo la parte contra la cual la pretensión es deducible.”¹⁵²⁷ Y ello porque “la función del *mandado de injunção* es conseguir que la disposición constitucional sea aplicada a favor del actor, ‘independientemente de la reglamentación, y precisamente porque no fue reglada’”.¹⁵²⁸ Esta posición ha sido tradicionalmente

¹⁵²³ STF – *Mandado de Injunção* 542 – SP – TP – Celso de Mello – DJU 28.06.2002. Sobre las soluciones alemanas para el desarrollo de los principios constitucionales, ver: HECK, L.A. O tribunal constitucional federal... op. cit.

¹⁵²⁴ *Mandado de Injunção* 361, Sepúlveda Pertence, j. 08/04/1994, DJ 17/06/1994; *Mandado de Injunção* 20, Celso de Mello, DJU 22/11/1996; *Mandado de Injunção* 472, Celso de Mello, DJU 02/03/2001; *Mandado de Injunção* 102, Relator para el Acórdão Carlos Velloso, j. 12/02/1998, DJ 25/10/2002.

¹⁵²⁵ Entre otros: FERREIRA FILHO, M.G. Curso de direito... op. cit. pp. 320 y sig.; TEMER, M. *Elementos de direito constitucional*, 6. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 210.

¹⁵²⁶ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 261.

¹⁵²⁷ PIOVESAN, F.C. *Proteção judicial contra...* op. cit. p. 128.

¹⁵²⁸ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 261.

abrazada por la generalidad de la doctrina brasileña¹⁵²⁹, pero solo muy recientemente ha pasado a ser también la posición mayoritaria en el STF, principalmente por los cambios efectuados en su composición, dando así la razón a los votos pioneros de los magistrados Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão.¹⁵³⁰

El hecho de que el propio *mandado de injunção* aun no esté desarrollado por ley, ha obligado el STF a definir sus contornos.¹⁵³¹ Durante mucho tiempo el Tribunal optó por dispensarle el mismo tratamiento que la Constitución prevé para la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Es decir, se limitaba a comunicar la omisión inconstitucional al órgano o autoridad responsable de la elaboración de la ley o del acto normativo y, en contadas ocasiones, fijaba algún plazo para que este supliera la omisión.¹⁵³² Esta visión un tanto simplista, contenida y, por qué no decirlo, descomprometida del STF respecto a las potencialidades del *mandado de injunção*, ha ido cambiando paulatinamente. Poco a poco el Tribunal ha ido buscando hacer posible el ejercicio del derecho en el caso concreto (se ha adherido a la llamada posición “*concretista*”)¹⁵³³ y en algunas decisiones ha llegado al punto de elaborar la norma y otorgarle efectos *erga omnes*. Es decir, la trayectoria del *mandado de injunção* en el STF ha ido de un extremo al otro. Ha pasado de ser una acción totalmente inoperante, para convertirse en un instrumento procesal capaz de garantizar el derecho del demandante en el caso concreto y además, en algunos casos, con efectos *erga omnes*. Este último detalle, por cierto, hace merecedor a este instrumento procesal también de un puesto entre las manifestaciones de la llamada tendencia a *abstractivización* del control concreto.

¹⁵²⁹ Además de Luís Barroso y Flávia Piovesan, entre otros: SILVA, J.A. da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 166 y 167; VELLOSO, C.M.S. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.193. BARBI, C.A. “Mandado de Injunção” in TEIXEIRA, S.F. (org.). *Mandado de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 387 a 396. Clèmerson Clève defiende que el *Mandado de Injunção* tiene dos finalidades: hacer posible el ejercicio del derecho constitucional y notificar la omisión legislativa al órgano responsable. En: CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. pp. 378 y sig.

¹⁵³⁰ Por ejemplo: *Mandado de Injunção* 361, Néri da Silveira, j. 08/04/1994, DJ de 17/06/1994.

¹⁵³¹ El art. 24 § 1º de la Ley 8038/1990 determina que, mientras no haya legislación específica, el *Mandado de Injunção* siga, en lo que quepa, los mismos trámites del *Mandado de Segurança*, exceptuada la concesión de medida cautelar, considerada impropia de ese tipo de demanda. Ver: STF *Mandado de Injunção* 535-4 – Pleno – Ilmar Galvão – DJU 14/03/1996.

¹⁵³² STF – *Mandado de Injunção* 542 – SP – TP – Celso de Mello – DJU 28/06/2002 y STF – *Mandado de Injunção* 337-8 – DF – Pleno – Sydney Sanches, DJU 10/05/1996.

¹⁵³³ Ver: MORAES, A. de. *Direito Constitucional*, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 1841 a 1886.

En relación al contenido, tipo y extensión de la sentencia, los autores brasileños han desarrollado tres corrientes doctrinales principales. Para algunos, al igual que en la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, al Poder Judicial le cabe únicamente declarar la inconstitucionalidad de la omisión y comunicar la decisión al órgano o autoridad responsable, para que tome las medidas necesarias para suplirla. Para otro sector doctrinal, el Poder Judicial puede hacer efectivo el ejercicio del derecho en el caso concreto. Por último, para otros el Poder Judicial - con carácter sustitutivo - puede suplir la omisión del legislador, elaborando la norma reguladora, que podrá eventualmente tener efectos *erga omnes*.¹⁵³⁴ Estas tres corrientes dan origen a los tres tipos diferentes de decisiones que analizaremos a continuación: la sentencia de mera comunicación de la omisión; la sentencia apelativa con concesión diferida del derecho; y la sentencia normativa supletoria con efectos *inter partes* o *erga omnes*.

4.3.1. Sentencia de mera comunicación de la omisión.

Como se subrayó anteriormente, durante mucho tiempo el STF se inclinó por la primera postura, limitándose a declarar la inconstitucionalidad de la omisión y comunicando la decisión a la autoridad o al órgano responsable por la omisión. Reducía así a casi nada el potencial de esta acción constitucional.¹⁵³⁵ En definitiva, transformaba el *mandado de injunção* en una especie de acción directa de inconstitucionalidad por omisión "subsidiaria", esto sí, con una legitimidad activa ampliada. El constituyente originario ciertamente no tenía la intención de reunir en la Constitución instrumentos procesales redundantes, sin embargo, a ello conducía este tipo de sentencia. El *leading case* de esa orientación fue el *mandado de injunção* n° 107, en el que el actor realizó

¹⁵³⁴ PIOVESAN, F.C. op. cit. p. 175. En el mismo sentido, BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 260; CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. pp. 375 y sig.

¹⁵³⁵ *Mandado de Injunção* 472, Celso de Mello, DJU 02.03.2001, p. 3.

una petición constitutiva o condenatoria de reparación de la omisión inconstitucional, que el STF consideró imposible de atender. Sin embargo, entendió que esa misma petición contenía otra, perfectamente posible, de declaración de inconstitucionalidad de la omisión normativa, con comunicación al órgano competente para que este adoptara las medidas necesarias para suplir la omisión. El STF evidentemente no solucionó el problema concreto del actor, pero al menos determinó “la suspensión de los procesos judiciales o administrativos, que puedan acarrear perjuicio al mismo, y que no se daría si no hubiera la omisión inconstitucional”.¹⁵³⁶

Varios años después el STF mantenía la misma posición. En el *mandado de injunção* n° 584 (2001-2002) manifestó que “en el juicio de la acción directa de inconstitucionalidad n° 4, ésta Corte entendió [...] que lo dispuesto en el art. 192, 3° CFB no era auto-aplicable, razón por la cual necesitaba reglamentación. Pasados más de doce años de la promulgación de la Constitución sin que el Congreso Nacional haya desarrollado el referido dispositivo constitucional, y siendo evidente que la simple tramitación de proyectos con esta finalidad no es capaz de eludir la mora legislativa, no hay duda de que en este caso esta se produce. Por lo tanto, el *mandado de injunção* es estimado en parte, para que se comunique al Poder Legislativo la mora en que se encuentra y adopte las medidas necesarias para suplir la omisión. Se omite la fijación de un plazo para este efecto, en razón de la orientación mantenida por esta Corte en el *mandado de injunção* n° 361.”¹⁵³⁷ Es decir, a pesar de haber constatado la existencia de doce años de omisión legislativa, lo único que hizo el Tribunal fue notificar el legislador algo sobre lo que este – mejor que nadie - ya tenía conocimiento. Además, no estipulaba ningún plazo para que colmara la omisión, siguiendo una orientación establecida por el STF en 1994. En aquella ocasión el magistrado Néri da Silveira, relator del *mandado de injunção* n° 361, había propuesto “el plazo de 120 días para la ultimación del proceso legislativo destinado a reglar la norma en referencia”, pero quedó en minoría. Muy significativas asimismo fueron las posiciones de los magistrados Ilmar Galvão, Marco Aurélio y Carlos Velloso, que entendían que debía estimarse el *mandado de injunção* y

¹⁵³⁶ *Mandado de Injunção* 107 – Cuestión de Orden, Moreira Alves, j. 21.11.1990, DJ 02.08.1991. Ver también el *Mandado de Injunção* 42, Moreira Alves, DJ 07/02/1990.

¹⁵³⁷ *Mandado de Injunção* 584, Moreira Alves, j. 29/11/2001, DJ de 22/02/2002.

hacer posible en el caso concreto el ejercicio del derecho, pero que también quedaron en minoría.¹⁵³⁸

Ya a principios de los años noventa el magistrado Marco Aurelio dejaba registrada su disconformidad con la orientación dominante: “con la interposición del *mandado de injunção* a la Suprema Corte no se la convoca únicamente para certificar que el Congreso Nacional continúa sin colmar la omisión. ¡No! Es convocada para emitir en el mundo jurídico una medida que haga posible el ejercicio del derecho constitucionalmente previsto. Se quiso, con la garantía constitucional del *mandado de injunção*, articular un instrumento eficiente para la eficacia de los derechos previstos en la propia Constitución.”¹⁵³⁹ En 1995 el magistrado Néri da Silveira abogaba por una solución intermedia: el STF comunicaría la omisión legislativa al Congreso Nacional, le fijaría un plazo para que la supliera y, en caso de persistencia de la omisión, estimaría la eventual Reclamación de la parte perjudicada y concedería el derecho *in concreto*.¹⁵⁴⁰ Es decir, el Tribunal no solucionaba el caso concreto en el propio *mandado de injunção*, pero proporcionaba una perspectiva de solución al actor, que al menos tendría la tranquilidad de saber que su futura Reclamación sería estimada. Ambas soluciones conciliaban la legitimidad democrática del Poder Legislativo para hacer las leyes, con el derecho a la tutela judicial efectiva, que conlleva que el Poder Judicial garantice a los ciudadanos el ejercicio de los derechos constitucionalmente previstos. Sin embargo, la sentencia de mera comunicación de la omisión al órgano responsable siguió siendo ampliamente dominante en la jurisprudencia del STF hasta principios de 2007.

4.3.2. Sentencia apelativa con concesión diferida del derecho.

¹⁵³⁸ *Mandado de Injunção* 361, Néri da Silveira, j. 08/04/1994, DJ de 17/06/1994.

¹⁵³⁹ Voto de Marco Aurelio no *Mandado de Injunção* 124, Rel. Carlos Velloso, j. 07-10-1992, DJ 18-06-1993.

¹⁵⁴⁰ Acta de la 7ª sesión extraordinaria del STF, DJ 04.04.1995, Sección I, p. 8.265.

La constancia mantenida por algunos magistrados en sus votos, y algunas sentencias aisladas, permitían prever un lento y gradual cambio en la posición del STF, tendente a la solución judicial del caso concreto específico, sin esperar al desarrollo legislativo. En marzo de 1991, cuando la mera comunicación sin consecuencias todavía era dominante, el STF emitió la primera sentencia apelativa con concesión diferida del derecho solicitado por el actor. Estaba en cuestión la amnistía prevista en el art. 8º, § 3º de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución de 1988 y el *mandado de injunção* 283 trataba de la reparación económica a aquellos que se habían visto impedidos para ejercer su actividad profesional en la vida civil durante la dictadura militar, debido a “normas reservadas” del Ministerio de Aeronáutica. La demanda pretendía cambiar la orientación entonces dominante en el STF y solicitaba que se fijaran los límites de la reparación y después se acompañara la ejecución del *Acórdão*. El Tribunal declaró en mora el legislador y estableció un plazo de cuarenta y cinco días para la elaboración de la ley, más quince para la sanción presidencial. Una vez sobrepasado este plazo sin promulgación de la ley, se le reconocería “al demandante la facultad de obtener contra la Unión, por la vía procesal adecuada, sentencia líquida de condenación a la reparación constitucional debida, por los daños y perjuicios que se arbitren”.¹⁵⁴¹ En el *mandado de injunção* 284, que trataba del mismo asunto y fue juzgado algunos meses después, el STF consideró prescindible una nueva comunicación al legislador, asegurando desde luego a los demandantes la posibilidad de interponer una acción de reparación de daños patrimoniales, dándose como ciertos los hechos constitutivos del derecho. De modo que la actividad judicial quedaría limitada a la fijación del *quantum* debido. Además, a los demandantes se les aseguró el derecho a beneficiarse de cualquier medida que pudiera ser más favorable en la futura ley que debía ser elaborada por el Congreso Nacional.¹⁵⁴²

¹⁵⁴¹ *Mandado de Injunção* 283, Sepúlveda Pertence, j. 20.03.1991, DJ 14/11/1991. Cabe subrayar que el magistrado Marco Aurélio pretendía que el STF fijara desde luego los límites de la reparación pecuniaria, lo que transformaría esta sentencia en normativa supletoria. Ver el próximo epígrafe.

¹⁵⁴² *Mandado de Injunção* 284, Marco Aurélio, j. 22.11.1991, DJ 26/06/1992. En el mismo sentido: *Mandado de Injunção* 543, Octavio Gallotti, j. 26/10/2000, DJ 24/05/2002 y *Mandado de Injunção* 562, Carlos Velloso, DJU 20/02/2003.

En otra sentencia pionera dictada en 1991 (*mandado de injunção* 232) el STF consideró en mora el Congreso Nacional, por no promulgar la ley que concedía a las entidades de asistencia social la exención de su contribución a la seguridad social, prevista en el art. 195, § 7º CFB – y estableció un plazo de seis meses para que el Legislativo cumpliera esta obligación. Transcurrido este plazo, el actor del *mandado de injunção* pasaría a gozar de la inmunidad requerida.¹⁵⁴³ Es decir, si el Congreso Nacional persistiera en la mora inconstitucional, el STF le concedería el derecho en el caso concreto. El magistrado Moreira Alves hizo cuestión de aclarar que esta concreción no implicaba ninguna elaboración de una norma por parte del Tribunal. El reconocimiento de la inmunidad frente a la contribución a la seguridad se da por completo, “sin las restricciones que la futura ley pueda establecer”, estando, por ello, dentro de la línea de orientación tomada en el *mandado de injunção* 107. Y concluye: “se trata de un reconocimiento que no implica una actuación legislativa por parte de esta Corte.”¹⁵⁴⁴ La sentencia apelativa con concesión diferida del derecho, por lo tanto, es una evolución respecto a la sentencia de mera comunicación de la omisión al legislador. Aunque el STF no establezca de inmediato los parámetros (normas) para la concesión del derecho al demandante, permite la certeza en la concesión del derecho, sin ningún límite, al finalizar el plazo concedido al legislador. Esa postura choca con la posición “normativa” desde siempre defendida por los magistrados Marco Aurélio y Carlos Velloso, que abogaban por el establecimiento de normas provisionales por parte del STF, con el objetivo de permitir el disfrute del derecho en concreto de forma inmediata. En el caso anterior, los requisitos necesarios, para que las entidades de asistencia social adquirieran la exención de contribución frente a la seguridad social, serían provisionalmente los previstos en el art. 14 del Código Tributario Nacional.¹⁵⁴⁵ Es decir, la sentencia aprobada no impone ningún límite a la exención, mientras la solución normativa sí que las impone.

Estas decisiones (*mandados de injunção* n.ºs. 283, 284, 543, 562, 232) “señalan una nueva comprensión de esta acción constitucional”, afirmó con propiedad el magistrado Gilmar Mendes en el *mandado de injunção* 670. Sin embargo, subraya a

¹⁵⁴³ *Mandado de Injunção* 232, Moreira Alves, j. 02-08-1991, DJ 27.03.1992.

¹⁵⁴⁴ *Mandado de Injunção* 232, Moreira Alves, j. 02-08-1991, DJ 27.03.1992, p. 61.

¹⁵⁴⁵ *Mandado de Injunção* 232, votos de Marco Aurélio, Carlos Velloso y Célio Borja, j. 02-08-1991, DJ 27.03.1992.

continuación que significarían asimismo “la admisión de una solución ‘normativa’ para la decisión judicial” o indicarían “que el STF aceptó la posibilidad de una reglamentación provisional por el propio Poder Judicial”.¹⁵⁴⁶ Y aquí surge la necesidad de alguna aclaración. En las sentencias apuntadas, el STF se limita a reconocer el derecho constitucional de los demandantes, una vez vencido el plazo establecido. En el *mandado de injunção* 232, tan solo reconoció la inmunidad de una entidad de asistencia social frente a la contribución a la seguridad social. Nada más. Respecto a las demás sentencias (*mandados de injunção* n°s 283, 284, 543 y 562), la afirmación del magistrado solo tiene sentido, a nuestro juicio, si con las expresiones “decisión judicial” y “Poder Judicial” se esté refiriendo exclusivamente a los demás tribunales y, por consiguiente, excluyendo al propio STF. De hecho, la sentencia del STF reconoce el derecho constitucional de los demandantes y les autoriza a demandar el Estado brasileño por la vía procesal adecuada, para obtener sentencia líquida de condenación a la reparación constitucional debida, por los daños y perjuicios que se arbitren. Es decir, son los demás tribunales los que - con base en la sentencia del STF -, podrán emitir una sentencia que supla la laguna producida por la inactividad del legislador. Solo el momento de la concreción del derecho por los demás tribunales quizás conlleve cierta actividad normativa. Como dijo muy bien el magistrado Moreira Alves, esto “no implica una actuación legislativa por parte de la Corte”.¹⁵⁴⁷

4.3.3. Sentencia normativa supletoria *inter partes*.

Las sentencias apelativas con concesión diferida del derecho pueden ser caracterizadas como intentos ocasionales en el sentido de dar más concreción al

¹⁵⁴⁶ *Mandado de Injunção* n° 670, voto de Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 27.

¹⁵⁴⁷ *Mandado de Injunção* 232, Moreira Alves, j. 02-08-1991, DJ 27.03.1992, p. 61.

mandado de injunção. Son en la práctica concesiones doctrinales de la mayoría de los miembros del STF, entonces defensores de la mera comunicación de la omisión al legislador, a la minoría partidaria de una solución de cuño normativo. Ello se percibe incluso en la constante preocupación por dejar claro que este tipo de sentencia no implicaba ninguna actividad legislativa por parte del Tribunal. Sin embargo, no era exactamente este tipo de decisiones las que habían sido defendidas durante largos años por la corriente minoritaria, cuyos principales representantes eran los magistrados Carlos Velloso y Marco Aurélio. En realidad estos proponían no sólo que el STF concediera el derecho, sino que estableciera los marcos normativos a partir de los cuales este derecho podría concretarse de forma inmediata.

Esta posición ha logrado imponerse tan sólo desde el año 2007, con la sentencia resultante del *mandado de injunção* 721¹⁵⁴⁸, en la cual el Tribunal estableció que esta acción constitucional no es simplemente declaratoria de la omisión, sino que es también un mandamiento al órgano o autoridad que omite. El magistrado relator Marco Aurélio mantuvo que dicha declaración no es el objeto de la demanda, sino su premisa. Señaló que, en virtud de lo dispuesto en el art. 5º, LXXI CFB, que autoriza la concesión del *mandado de injunção*, y de su § 1º, que garantiza la aplicación inmediata a las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales, el STF debe no sólo certificar la omisión del deber de reglar el derecho, sino hacer posible en el caso concreto, el ejercicio de este derecho, estableciendo de forma temporal las coordenadas del ejercicio del derecho constitucionalmente asegurado, hasta la promulgación de la ley constitucionalmente prevista. Tal actitud, según Marco Aurélio, no puede ser confundida con la actividad del Poder Legislativo, porque cuando hace posible el ejercicio del derecho en el caso concreto, el STF no crea en el ordenamiento jurídico un precepto abstracto. Al contrario: “el pronunciamiento judicial [del STF] hace ley entre las partes como cualquier pronunciamiento en un proceso subjetivo, quedando incluso sujeto a una condición resolutoria, o sea, que se colme la laguna legal por quien tiene ese derecho: el Poder Legislativo.”¹⁵⁴⁹ El *mandado de injunção* denunciaba la

¹⁵⁴⁸ *Mandado de Injunção* 721, Marco Aurélio, j. 30/08/2007, DJ 30/11/2007.

¹⁵⁴⁹ Resulta interesante constatar que el art. 114 § 2º CFB autoriza a los tribunales laborales para la resolución de conflictos colectivos a través de sentencias normativas. Respetadas las disposiciones mínimas legales de protección al trabajo, estos tribunales pueden crear normas que valdrán específicamente para las empresas, sindicatos y trabajadores involucrados. Una actividad normativa que el magistrado Marco Aurélio considera superior a la desarrollada por el

inexistencia de ley regladora para el art. 40, § 4º CFB, que trata de la jubilación de servidores públicos que actúan en condiciones especiales (insalubres). La sentencia estableció que debería adoptarse, vía pronunciamiento judicial, la disciplina sobre la materia aplicable para los demás trabajadores (Ley 8213/1991, art. 57, § 1º). Por tratarse de un proceso subjetivo, quedó definido que la decisión tendría tan solo eficacia *inter partes*.¹⁵⁵⁰

En comparación con la claramente ineficiente orientación anteriormente dominante en el STF, la actual línea jurisprudencial resulta más acorde con el carácter de garantía constitucional de los derechos que conlleva el *mandado de injunção*. La polémica se centra en la determinación de los límites de la actuación del Tribunal. A principios de los años noventa, Eros Grau, que en aquella época no era magistrado del STF, subrayaba que el *mandado de injunção* no pretende usurpar funciones legislativas, "lo que meramente se sustenta – y, en este caso, bajo el principio de la supremacía de la Constitución – es que corresponde al Poder Judicial asegurar la pronta ejecución del derecho o de la garantía constitucional inmediatamente aplicable. Se trata de un deber que se le impone, y que le otorga la facultad de producir derecho en cada decisión que toma a ese respecto. Esto no significa que tenga el poder de establecer indiscriminadamente una norma abstracta y general".¹⁵⁵¹ En otras palabras, al producir derecho el Poder Judicial no hace más que cumplir la Constitución, pues intenta asegurar la tutela judicial efectiva. Una actuación que puede contribuir, incluso, al indispensable control mutuo que los tres Poderes deben mantener (*check and balances*). Carlos Velloso siempre ha defendido también que, "reconociendo el juez o tribunal que el derecho que la Constitución concede es ineficaz o inviable en razón de la ausencia de norma legal, deberá hacer él mismo – juez o tribunal –, por fuerza del propio *mandado de injunção*, la integración del derecho en el ordenamiento jurídico, volviéndolo así eficaz y ejecutable."¹⁵⁵² El juez crea "para el caso concreto del actor de la demanda una norma especial. [...] Ésta solución es conforme con la función tradicional de la sentencia, que es resolver el caso concreto elevado al Poder Judicial, pero limitando la

STF en la nueva orientación fijada para hacer posible el ejercicio de derechos a través de *mandado de injunção*.

¹⁵⁵⁰ *Mandado de Injunção* 721, Marco Aurélio, j. 30/08/2007, DJ 30/11/2007.

¹⁵⁵¹ GRAU, E.R. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*, 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 293.

¹⁵⁵² VELLOSO, C.M.S. *Temas de...* op. cit. p. 193.

eficacia tan solo a este caso, sin pretender usurpar funciones propias de otros poderes”.¹⁵⁵³ En el mismo sentido, Luís Barroso afirma que “el órgano judicial sustituye al órgano legislativo o administrativo competente para crear la regla, creando él mismo, para los fines estrictos y específicos del litigio que le cabe juzgar, la norma necesaria. La función del *mandado de injunção* es conseguir que la disposición constitucional sea aplicada en favor del demandante, independientemente de la reglamentación y precisamente porque no fue reglada.”¹⁵⁵⁴

Como parece claro, al fin y al cabo tanto la sentencia apelativa con concesión diferida del derecho, como la normativa supletoria hacen posible el ejercicio del derecho constitucionalmente previsto en el caso concreto. En esta última el STF crea él mismo las coordenadas o las indica con referencias a otra ley, y en la primera el Tribunal se limita a reconocer el derecho al demandante, que eventualmente deberá buscarlo en acción específica en los tribunales inferiores. No obstante, tras asumir los postulados de la llamada corriente “normativa”, emitiendo sentencias con efectos *inter partes*, el STF ha ido más lejos, pronunciando sentencias normativas supletorias con efectos *erga omnes*. Pero lo cierto es que posteriormente ha vuelto a emitir una sentencia normativa con efectos únicamente *inter partes*¹⁵⁵⁵, lo que puede indicar que las decisiones con eficacia *erga omnes* son soluciones excepcionales. Con todo, por su alto grado de innovación y la importancia que conllevan en cuanto definidoras del nuevo posible rumbo tomado por la jurisprudencia del STF, este tipo de pronunciamientos merece ser analizado más detenidamente.

4.3.4. Sentencia normativa supletoria *erga omnes*.

¹⁵⁵³ Voto de Carlos Velloso, citando Celso Agrícola Barbi, en el *Mandado de Injunção* 361, relator Néri da Silveira, j. 08/04/1994, DJ 17-06-1994.

¹⁵⁵⁴ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. pp. 260 y 261. Ver también: SILVA, J.A. da. *Curso de direito...* op. cit. 1992, p. 391.

¹⁵⁵⁵ En el *Mandado de Injunção* 758 (relator Marco Aurélio, j. 01/07/2008, DJE 26/09/2008) es posible encontrar otro ejemplo de sentencia normativa supletoria con efectos *inter partes*.

Como se ha subrayado, por tratarse de una acción que busca garantizar un derecho subjetivo a la parte en un proceso concreto, el *mandado de injunção* se sitúa en el ámbito del control difuso de constitucionalidad. Por eso, lo usual es que la decisión en este ámbito tenga efectos *inter partes*. La situación no cambia en el caso del *mandado de injunção colectivo*, cuyos efectos se extienden al universo de los sustituidos en la relación procesal por algún órgano de clase, como un sindicato.¹⁵⁵⁶ Sin embargo, en la hipótesis de la tutela de derechos difusos, como los relacionados con el medioambiente, “la decisión será capaz de producir efectos semejantes (*erga omnes*) a los de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión”.¹⁵⁵⁷ Así es porque, al contrario de un sindicato, cuyos socios pueden ser perfectamente identificados, es prácticamente imposible definir, por ejemplo, la totalidad de los perjudicados por falta de legislación que regule los niveles máximos de contaminación permitidos en los ríos del país. Como los llamados derechos difusos, por definición, afectan directa o indirectamente a toda la población, los efectos tienden a ser generales. Por otro lado, si la decisión en el *mandado de injunção* se resumiera a la mera declaración de la omisión inconstitucional y su posterior comunicación al órgano responsable, la cuestión de la extensión de los efectos sería secundaria. Sin embargo, el problema cobra un especial relieve si se entiende que corresponde al Poder Judicial solucionar la situación concreta en cuestión. En este caso, existe “la propuesta de que la decisión tenga efecto *erga omnes*, para que no sea violado el principio de igualdad. Con todo, los que combaten esta posibilidad entienden que habría aquí una indebida intromisión del Poder Judicial en las competencias exclusivas del Poder Legislativo”.¹⁵⁵⁸

Esta es la crítica que se suele hacer a los que defienden que el STF emita sentencias desarrollando provisionalmente el precepto constitucional no regulado por ley, y aun más se le pretenden conferir efectos *erga omnes*. La alegada vulneración al principio de la separación de poderes fue crucial para su pronto descarte en los primeros años de vigencia de la nueva Constitución. En este sentido, señala Clèmerson Clève, “es

¹⁵⁵⁶ *Mandado de Injunção* 102, Relator para el *Acórdão* Carlos Velloso, j. 12/02/1998, *DJ* 25/10/2002; *Mandado de Injunção* 472, Celso de Mello, *DJ* 02/03/2001; *Mandado de Injunção* 361, Sepúlveda Pertence, j. 08/04/1994, *DJ* 17/06/1994.

¹⁵⁵⁷ CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 387.

¹⁵⁵⁸ TAVARES, A.R. Curso de direito... op. cit. p. 717.

difícil imaginar que un órgano como el Judicial, cuyos agentes no disponen de representatividad popular, pudiera ejercer la libertad de conformación típica del Legislativo y excepcionalmente del Ejecutivo”.¹⁵⁵⁹ No obstante, ya algunos autores no la descartaron de plano. Celso Bastos, por ejemplo, entendía que si la ausencia de la norma era el obstáculo fundamental para el ejercicio del derecho, no estaría “carente de sentido, a primera vista al menos, pretender conferir esta tarea al Poder Judicial, que de forma sustitutiva, de forma vicaria, se comportaría como un legislador, elaborando una norma que en principio debería ser elaborada por el propio legislador o el administrador remiso”.¹⁵⁶⁰

La discusión sobre la posibilidad, necesidad o conveniencia de la elaboración de la norma por el Poder Judicial en determinadas situaciones, muy común en los primeros años de aplicación del *mandado de injunção*, ha renacido con especial y renovada intensidad en función de recientes decisiones tomadas por el STF en los *mandados de injunção colectivos* n°s 670, 708 y 712.¹⁵⁶¹ Los tres tratan sobre la ausencia de desarrollo legal del derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles, previsto en el art. 37, VII de la Constitución. El STF resolvió conjuntamente las tres demandas, concediendo el derecho en el caso concreto, a través de la aplicación analógica de la Ley 7783/1989, que regula el derecho de huelga de los empleados del sector privado, y de la Ley 7701/1988, que ordena los procedimientos en procesos colectivos juzgados por los tribunales laborales. El Tribunal concedió a la decisión efectos *erga omnes*, garantizó su validez mientras persista la falta de ley e impuso el plazo de 60 días para que el Congreso Nacional elabore la nueva ley.

En el *mandado de injunção* n° 712 el relator Eros Grau basó su voto en la Exposición de Motivos de uno de los proyectos de ley que intentaron regular, sin éxito, el *mandado de injunção*. El texto - elaborado por José Mesquita¹⁵⁶² - defiende a grandes rasgos que esta acción constitucional se destina específicamente a remover el obstáculo

¹⁵⁵⁹ CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. p. 375.

¹⁵⁶⁰ BASTOS, C.R. *Curso de direito constitucional*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 220. Sustentan idéntica posición: Vicente Greco Filho, Hélio Tornaghi y Carlos Ari Sunfeld *apud* CLÈVE, C.M. *A fiscalização abstrata...* op. cit. p. 375.

¹⁵⁶¹ Mandados de *Injunção* n°s 670 (relator Mauricio Corrêa, relator para el *acórdão* Gilmar Mendes), 708 (Gilmar Mendes) y 712 (Eros Grau). Los tres fueron juzgados en 25/10/2007 y publicados en 31/10/2008.

¹⁵⁶² MESQUITA, J.I.B. “Justificativa do Projeto de Lei n° 4.679/1990” in *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 17.04.1990, pp. 2.824 y sig.

creado por la omisión del poder competente para producir la norma reguladora, mediante su elaboración de forma supletoria por el Tribunal. Esta posibilidad no conlleva una facultad del Poder Judicial para invadir indiscriminadamente la competencia de los demás Poderes. Por ello, no cualquier demora del legislador autoriza la elaboración de la norma por el Tribunal, sino la demora incompatible con lo que pueda estar previsto o programado por la Constitución. Respecto a los efectos, y esto es muy importante, la norma supletoria debería abarcar “la totalidad de los casos constituidos por los mismos elementos objetivos, incluso entre sujetos diferentes, [...] porque la actividad normativa está dominada por el principio de igualdad, que excluye la posibilidad de que se creen tantas normas reguladoras como casos concretos sometidos al mismo precepto constitucional.”¹⁵⁶³ Es decir, la eficacia *erga omnes* se justificaría por la posibilidad de decisiones discordantes, potencialmente vulneradoras del principio constitucional de igualdad.

Esta forma de decisión, que tiene carácter constitutivo¹⁵⁶⁴, ha sido asumida también por Gilmar Mendes en su voto, que, a la postre, ha prevalecido en las tres demandas. Este magistrado afirmó en la decisión del *Mandado de Injunção* nº 670 – la demanda aquí tomada como referencia - que el hecho de que el Tribunal optara inicialmente por limitarse a constatar la omisión y comunicarla al órgano responsable, señalaría que este “parte de la idea de que el constituyente pretendió atribuir a los procesos de control de la omisión idénticas consecuencias jurídicas”. Es decir, “según el entendimiento del Tribunal, la decisión proferida en *mandado de injunção* también estaría dotada de eficacia *erga omnes*”. La posterior evolución de la doctrina de la Corte, que pasó a admitir la posibilidad de regular provisionalmente el precepto constitucional carente de ley, se habría producido “sin con ello asumir el ejercicio de una típica función legislativa”. En este sentido, acentúa que “en la experiencia del derecho comparado (especialmente en Alemania e Italia) se admite que el Poder Judicial adopte medidas normativas como alternativa legítima para la superación de omisiones inconstitucionales, sin que la protección judicial efectiva a los derechos fundamentales se entienda así como una lesión al modelo de separación de poderes (art. 2º CFB).”

¹⁵⁶³ *Mandado de Injunção* nº 712, Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, pp. 399 a 402.

¹⁵⁶⁴ Sobre el carácter constitutivo: *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Ricardo Lewandowski, relator originario Mauricio Corrêa, relator para el *Acórdão* Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 76. Ver también: *Mandado de Injunção* nº 689, Eros Grau, j. 07/06/2006, DJ 18/08/2006.

Después de citar una serie de sentencias de este tipo emitidas en *mandados de injunção* anteriores, Gilmar Mendes concluye que son “una especie de sentencia aditiva, si se utiliza la denominación del derecho italiano”. La utilización de la sentencia aditiva estaría justificada por la necesidad de suplir la omisión inconstitucional del legislador. Y la legitimidad del STF para emitirla, encontraría soporte en la llamada solución constitucionalmente obligada (*a rime obbligate*) y en la supuesta voluntad hipotética del legislador.¹⁵⁶⁵ Los factores indicados por Martín de la Vega¹⁵⁶⁶, como determinantes para la proliferación de sentencias manipulativas en Italia, permitirían, en la opinión del magistrado, “un acercamiento al caso brasileño”.¹⁵⁶⁷ En suma, un voto extenso, con variados argumentos, que mereció el apoyo de siete de los once magistrados del STF¹⁵⁶⁸ y la cualificación de brillante por la entonces presidente del STF Ellen Gracie.¹⁵⁶⁹ La justificativa teórico doctrinal del voto - particularmente las referencias al derecho comparado, al uso de la sentencia aditiva para colmar la omisión del legislador y al significado de la decisión a *rime obbligate* y de la voluntad hipotética del legislador – serán analizadas a continuación.

En primer lugar hay que tener en cuenta el hecho de que las decisiones aditivas emitidas en Italia y Alemania, apuntadas por el magistrado del Tribunal, se refieren a omisiones parciales. Son casos en que la ley existe, pero su texto contiene omisiones inconstitucionales, que pueden ser solucionadas por el Tribunal a través de sentencias que le añaden un determinado contenido. Por eso, la sentencia aditiva normalmente declara que un precepto es inconstitucional *en cuanto no establece..., o no prevé..., o omite..., o no incluye..., o excluye... algo* que debería incluir para ser conforme a la Constitución. Las sentencias modificativas aditivas normalmente se pronuncian en función de alguna transgresión al principio de igualdad (discriminaciones) y es este punto de vista bajo el que deben de leerse los fragmentos de

¹⁵⁶⁵ *Mandado de Injunção* nº 670, relator originario Mauricio Corrêa, relator para el *Acórdão* Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, pp. 3, 21, 26 y 27.

¹⁵⁶⁶ MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 229 y 230.

¹⁵⁶⁷ *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 43.

¹⁵⁶⁸ *Mandado de Injunção* nº 670. Votos contrarios: Maurício Corrêa (prefería que apenas se certificara la mora del Congreso Nacional); Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa y Marco Aurélio (limitaban la decisión a la categoría representada por el Sindicato y establecían condiciones específicas para el ejercicio de las paralizaciones). Votos favorables: Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Brito y Carmen Lúcia.

¹⁵⁶⁹ *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Ellen Gracie, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 204.

la obra de Rui Medeiros colacionados al voto.¹⁵⁷⁰ No hay en estos dos países ningún precedente que autorice una sentencia en los términos utilizados por el STF en los tres *mandados de injunção*, tanto más porque no existe en esos países una acción cuyo objeto sea viabilizar el ejercicio de un derecho constitucional pendiente de desarrollo legal (una omisión total). Una cosa es manipular o modificar lo que ya existe y a partir de ahí crear una sentencia aditiva en los términos en que lo hacen con relativa frecuencia los italianos y en mucho menor escala los alemanes. Otra, muy diferente, es crear una nueva “ley”. Por cierto, las sentencias emitidas en los *Mandados de Injunção* 232, 283, 284, 543 y 562 - caracterizadas por Gilmar Mendes como “una especie de sentencia aditiva”¹⁵⁷¹ - apenas reconocen un derecho. No son, por lo tanto, normativas supletorias y, mucho menos, aditivas.¹⁵⁷²

En cuanto a la solución constitucionalmente obligada (*a rime obbligate*)¹⁵⁷³, ésta no se refiere tan solo a la obligación de legislar sobre el asunto en cuestión, como deja trasparecer Gilmar Mendes en su voto: “se identifica, pues, aquí, la necesidad de una solución obligatoria de la perspectiva constitucional, una vez que al legislador no le es dado elegir si concede o no el derecho de huelga, pudiendo tan solo disponer sobre la adecuada configuración de su disciplina”.¹⁵⁷⁴ El derecho de huelga obviamente está garantizado en la Constitución y su aplicación no está en entredicho. La *rime obbligate* se refiere, esto sí, a las opciones del legislador para regular el precepto constitucional. Si la estructura de este precepto permite varias alternativas de desarrollo legal, la elección de una de ellas no corresponde al Tribunal, sino al legislador. Está incluida en el ámbito de su discrecionalidad política. El lanzamiento de una sentencia modificativa aditiva (los italianos la llaman manipulativa aditiva¹⁵⁷⁵) sería posible

¹⁵⁷⁰ *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, pp. 36 40. Ver: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade.... op. cit. p. 504.

¹⁵⁷¹ *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 27.

¹⁵⁷² Todas estas sentencias fueron analizados en el epígrafe “4.3.2. Sentencia apelativa con concesión diferida del derecho”.

¹⁵⁷³ En la cuestión de la solución *a rime obbligate*, Gilmar Mendes se apoya básicamente en las lecciones de Rui Medeiros, que, irónicamente, es muy crítico en cuanto a su utilización como criterio para justificar una sentencia modificativa (manipulativa aditiva), que él solo acepta en casos excepcionales. Este autor, como es consabido, aboga por una actuación predominantemente negativa del Tribunal Constitucional. Ver: MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade.... op. cit. pp. 477 y sig. y 493 y sig.

¹⁵⁷⁴ *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 42.

¹⁵⁷⁵ Sobre las sentencias manipulativas de la *Corte Costituzionale* italiana, ver: MARTÍN DE LA VEGA, A. La sentencia constitucional en Italia... op. cit. pp. 215 y sig.

siempre y cuando no hubiera margen a elección, porque en ese caso presuntamente “no está en causa el ejercicio de una función substancialmente creativa”¹⁵⁷⁶. En suma, tomando en consideración el precepto constitucional y la ley que lo regula (se trata siempre de omisión parcial), el Tribunal tendrá que llegar a la conclusión de que solo existe una única solución posible.¹⁵⁷⁷

Aunque los criterios del *Bundesverfassungsgericht* para lanzar una sentencia aditiva sean idénticos a los de la *Corte Costituzionale*, la solución alemana es diferente. Cuando hay más de una opción para regular el precepto constitucional y sea imposible llegar a alguna conclusión sobre la voluntad hipotética del legislador, el Tribunal Constitucional emite sencillamente una declaración de incompatibilidad (o de mera verificación de inconstitucionalidad). En realidad declara la inconstitucionalidad de la omisión parcial, pero sin anular el precepto legal imperfecto. Evita así que resulten perjudicadas las personas que tienen sus derechos garantizados con base en la ley inconstitucional y proporciona tiempo para que el legislador supla la omisión parcial. A semejanza de los italianos, solo se emitirá una sentencia aditiva si se concluye que el precepto constitucional de hecho únicamente permite una solución. Sin embargo, su uso es excepcional, porque en Alemania la regla es la declaración de incompatibilidad.¹⁵⁷⁸ De cualquier modo, cabe subrayar que el *Bundesverfassungsgericht* ha emitido algunas sentencias en que desarrolla un verdadero “régimen jurídico provisional”, tal el grado de detalles al que llega. Por ejemplo, cuando consideró que la introducción de la ley de

¹⁵⁷⁶ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 511.

¹⁵⁷⁷ CRISAFULLI, V. La Corte Costituzionale ha... op. cit. p. 1707. Esta es la solución italiana, que, por supuesto, no está exenta de críticas y de mucha polémica. Saitta, por ejemplo, es muy claro: “solo con una buena dosis de ingenuidad se puede sustentar que las decisiones manipulativas de la *Corte Costituzionale* sean fruto de las *rime obbligate* o hasta *obbligatissime* impuestas por la métrica de las normas constitucionales, siendo evidente, por lo contrario, que el TC elige frecuentemente de forma discrecional entre una multiplicidad de soluciones abstractamente posibles” (SAITTA, A. Logica e retorica nella... op. cit. pp. 311 y 312). También Crisafulli alerta para el peligro de que bajo la sentencia aditiva “*vi aggiunge qualcosa*” (CRISAFULLI, V. Le sentenze 'interpretative' della... op. cit. p. 14). Ver el epígrafe: “3. Las sentencias manipulativas” en el Capítulo I de la Primera Parte de este estudio.

¹⁵⁷⁸ Ver, entre otros: HEIN, P. Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger... op. cit. pp. 39, 52 y sig. y 111 y sig.; SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. 1991, p. 236; UMBACH, D.C.; CLEMENS, T. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, 1992, p. 1007. Mantienen posición crítica respecto al uso de la decisión de inconstitucionalidad sin declaración de nulidad SCHNEIDER, B.J. Funktion der Normenkontrolle un der... op. cit. pp. 171 y sig.; SKOURIS, W. Teilnichtigkeit von... op. cit. pp. 45 y sig. Prefieren la decisión de invalidez con limitación de efectos: SÖHN, H. Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht... op. cit. pp. 4 y sig.; GERONTAS, A. Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle... op. cit. pp. 490 y 491. Ver también: CANOTILHO, J.J.G.. *Direito Constitucional...*, 5. ed. op. cit. p. 948. MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 465 a 468.

plazos para regular el aborto no protegía suficientemente la vida del *nasciturus*, declaró su inconstitucionalidad. No obstante, concluyó que un vacío legislativo en un ámbito tan sensible no podía tolerarse y reguló él mismo la materia, que pasó a valer hasta la nueva ley. Con todo, hay aquí una diferencia fundamental. Al contrario de la sentencia en el *mandado de injunção* en cuestión, que regula y colma el vacío legal dejado por la inactividad absoluta del legislador, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán colma el vacío legal que él mismo creó, cuando declaró la inconstitucionalidad del precepto legal.¹⁵⁷⁹

Por otro lado, descubrir la hipotética voluntad del legislador normalmente es tarea ardua y casi siempre de poco provecho, y que de nada valdrá si esta se revela contraria a la Constitución.¹⁵⁸⁰ Es posible eventualmente encontrarla en una omisión parcial, a través de un análisis sistemático de los demás artículos que componen la ley, pero jamás en una omisión total, sencillamente porque no existe ley. En ese sentido, no parece válido – por los riesgos que conlleva - intentar encontrarla a partir de otra ley, sobre todo si está dirigida a un sector diferente, aunque elaborada para una finalidad afín. El legislador, al reglar el derecho de huelga previsto en el art. 9º, §§ 1º y 2º de la Constitución a través de la Ley 7783/1989, se ha referido específicamente a los empleados de la iniciativa privada. Pero el precepto constitucional objeto del *mandado de injunção* es la falta de ley reguladora del derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles previsto en el art. 37, VII del Texto Fundamental. Son dos realidades funcionales tan distintas, que la voluntad explícita del legislador sobre este

¹⁵⁷⁹ *Bundesverfassungsgericht*: Sentencia 39, 1, de 1975 y Sentencia 88, 203, de 1992. Otros ejemplos: en la Sentencia 73, 40, de 1986 - respecto a la posibilidad de desgravar del IRPF y del impuesto de sociedades las cantidades donadas a los partidos políticos - el Tribunal ordenó que la legislación impugnada siguiera siendo aplicada durante el periodo interino, pero impuso un techo máximo para las donaciones, para evitar que el vacío normativo crease inseguridad jurídica y perjuicio a los partidos políticos (la sentencia 85, 264, de 1992 también trató de este asunto). En la Sentencia 84, 9, de 1991 el TC reguló provisionalmente el uso del apellido familiar, tras declarar discriminatorio el precepto del Código Civil, que imponía el apellido del marido como apellido familiar común, en caso de falta de acuerdo.

Sobre este asunto, ver en la literatura germana: LAUMEN, S. *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG. Eine systematische Darstellung*. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1997, pp. 103 y sig.; BENDA, E.; KLEIN, E. *Lehrbuch des...* op. cit. art. 35, p. 525; ROTH, W. "Grundlage und Grenzen von Übergangsanordnungen des Bundesverfassungsgericht zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen" in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 124, 1999, pp. 490 y sig.

¹⁵⁸⁰ Sobre esa cuestión, pero analizando específicamente las sentencias interpretativas, Gilmar Mendes afirmó que "la práctica demuestra que el Tribunal no confiere mayor significado a la llamada *intención del legislador*, o evita investigarla, si la interpretación conforme a la Constitución se muestra posible dentro de los límites de la expresión literal del texto." En: MENDES, G.F. *Jurisdição Constitucional..* op. cit. p. 350.

asunto está expresa en la propia Ley 7783/1989, que prohíbe su extensión a los funcionarios públicos civiles (art. 16).¹⁵⁸¹ De modo que no nos es posible estar de acuerdo con la afirmación de que “es cierto, igualmente, que la solución defendida por esta posición no sobrepasa el criterio de la voluntad hipotética del legislador, una vez que se cuida de adoptar, provisionalmente, para el ámbito de la huelga en el servicio público, las reglas aplicables a las huelgas en el ámbito privado”.¹⁵⁸²

Por lo tanto, como los tres *mandados de injunção* no tienen por objeto una omisión parcial, sino una omisión total (falta de ley que regule el art. 37, VII CFB), los argumentos teóricos que fundamentaron el voto vencedor se vuelven extremadamente frágiles. Por ello, resulta casi incomprensible la afirmación de que “a partir de la experiencia del derecho alemán sobre la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, teniendo en cuenta especialmente las omisiones legislativas parciales, y de las sentencias aditivas en el derecho italiano, se percibe que, en el caso del derecho de huelga de los funcionarios, se está ante una hipótesis en que la omisión constitucional reclama una solución diferenciada”.¹⁵⁸³ Como se ha visto, la sentencia aditiva presupone la constatación de una omisión parcial en determinado precepto legal impugnado por inconstitucionalidad a la vez que simultáneamente se colma la omisión. La adaptación de la ley 7783/1989 para reglar en su totalidad y de forma provisional el derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles, no puede equipararse a una sentencia aditiva. No con el sentido que le dan tribunales constitucionales europeos, como los de Italia y Alemania, porque la sentencia del STF crea una “ley” nueva para suplir la omisión (total) del legislador.

Sin embargo, las críticas aquí efectuadas al voto de Gilmar Mendes se sitúan exclusivamente al nivel de los argumentos teóricos utilizados para justificar el fallo de la sentencia, calificada por él como aditiva. Argumentos que, como hemos visto, no son adecuados cuando se trata de una omisión total del legislador, porque esta supone un acto de creación de la normativa como un todo. De todos los modos, aunque parte de la motivación no haya sido la más adecuada, puede considerarse perfectamente

¹⁵⁸¹ Ley 7783/1989, art. 16: “Para los fines previstos en el art. 37, VII de la Constitución, la ley complementaria definirá los términos y los límites en que podrá ser ejercido el derecho de huelga”.

¹⁵⁸² *Mandado de Injunção* n° 670, voto de Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 44.

¹⁵⁸³ *Mandado de Injunção* n° 670, voto de Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, p. 42.

legítima la innovadora **sentencia normativa supletoria** emitida por el STF en los tres *mandados de injunção*. Ella es fruto a nuestro juicio de una imposición constitucional y, como tal, no deja margen a discusiones sobre una eventual vulneración del principio de separación de los poderes. El *mandado de injunção* - cuando su objetivo es la concesión de un derecho en función de la omisión total o absoluta del legislador – es la excepción constitucionalmente autorizada del principio de separación de poderes. Excepción autorizada por el propio poder constituyente originario.¹⁵⁸⁴ Por cierto, bajo el punto de vista de la vulneración de ese principio, las sentencias alemanas antes referidas¹⁵⁸⁵ son mucho más incisivas, porque el *Bundesverfassungsgericht* declaró inconstitucional la obra del legislador y decidió, *sponte sua*, crear un régimen jurídico provisional, sin que, en principio, estuviera autorizado al efecto.¹⁵⁸⁶ En el caso del *mandado de injunção*, el STF está expresamente autorizado por la Constitución. Al redactar un régimen jurídico provisional para hacer posible el ejercicio de un derecho impedido por ausencia de ley, el STF nada más hace que conferir ejecutoriedad a un derecho individual previsto en el art. 5º, LXXI CFB: “se concederá *mandado de injunção* siempre que la falta de norma reguladora vuelva inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía”. En nuestro caso, la ausencia de ley reguladora tornaba inviable el derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles.

En conclusión, la sentencia normativa supletoria tiene el objetivo de colmar normativamente una omisión total del legislador y hacer viable un derecho constitucional en el caso concreto, dando así plena aplicabilidad al *mandado de*

¹⁵⁸⁴ El art. 60, § 4º, III CFB contiene la siguiente cláusula de intangibilidad: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir la separación de poderes.”

¹⁵⁸⁵ *Bundesverfassungsgericht*: Sentencia 39, 1, de 1975 y Sentencia 88, 203 de 1992.

¹⁵⁸⁶ Una cuestión importante subrayada por González Beilfuss respecto a la reparación provisional de discriminación es el de su fundamento. Es decir, “el de la propia posibilidad que las sentencias constitucionales establezcan en su seno un régimen jurídico provisional que deba ser aplicado a partir de su publicación oficial. En el caso alemán, la cobertura legal que suele utilizarse en este sentido es la del art. 35 LTCFA [...], que atribuye al TC la facultad de determinar ‘quién y cómo’ debe ejecutar sus sentencias”. Con todo, señala el autor, “desde un punto de vista procesal resulta cuando menos discutible que en sentencias estimatorias de control de constitucionalidad, cuyo carácter vinculante y cuyos efectos temporales están previstos positivamente, pueda acudirse al concepto de ejecución para evitar precisamente dichos efectos, y establecer un régimen jurídico provisional”. En: GONZÁLEZ BEILFUSS, M. Tribunal Constitucional y reparación... op. cit. pp. 260 y sig. En el caso de Brasil el STF puede escudarse en la supremacía constitucional, en la necesidad de dar fin a una situación de inconstitucionalidad por inercia del legislador, y, principalmente, en la propia previsión constitucional de *mandado de injunção* para resolver semejantes situaciones.

injunção. El régimen jurídico elaborado por el Tribunal valdrá de forma provisional, mientras no sobrevenga la ley. Su contenido puede ser creado totalmente por el Tribunal - como la normativa sugerida por Marco Aurélio en su voto¹⁵⁸⁷ -, o por analogía con una ley ya existente, como ha preferido Gilmar Mendes en su voto vencedor. Para ese tipo de sentencia, la voluntad hipotética del legislador y la *rime obbligate* - que se justifican plenamente cuando el *mandado de injunção* trata de una omisión parcial - no son imprescindibles. Tratándose de una omisión total o absoluta, la correspondiente sentencia creemos que puede pronunciarse en los términos propuestos, porque la Constitución así lo autoriza. La busca de la voluntad hipotética del legislador, sin que este haya elaborado una ley para reglar el precepto constitucional específico, es una quimera. Por otro lado, el hecho de que eventualmente el precepto constitucional no sea *a rime obbligate* no debe suponer ningún problema. Aunque el legislador tenga todo el derecho a elegir el momento adecuado para elaborar determinada ley, si su reiterada inactividad impide el ejercicio de derechos y libertades constitucionalmente garantizados, ello significa que la omisión misma se ha vuelto inconstitucional. A través del *mandado de injunção*, el STF está llamado a colmar esa omisión inconstitucional. En ese contexto de total falta de legislación, la solución *a rime obbligate* es secundaria, porque el Tribunal está sujeto a una imposición constitucional que le obliga a viabilizar el derecho (art. 5º, LXXI CFB). No tiene otra opción que no sea regularlo, sin que por ello vulnere el principio de la separación de poderes. Por ello, si es necesario, podrá incluso hacerlo recorriendo a la analogía, a los costumbres y a los principios generales del derecho¹⁵⁸⁸, siempre que obviamente estos estén de acuerdo con la Constitución. Al fin y al cabo, la sentencia del STF es meramente provisional y podrá ser sustituida en cualquier momento por el legislador.

En cuanto a los efectos, ya se ha visto que la decisión en *mandado de injunção* tiene eficacia *inter partes*, dado que se emite en el ámbito del control difuso. Sin embargo, la sentencia normativa supletoria, por sus características, merece un análisis más detenido bajo ese aspecto. Al suplir una omisión total, si los efectos del régimen jurídico provisional creado por el STF no se ampliaran uniformemente, podrían

¹⁵⁸⁷ *Mandado de Injunção* nº 670, voto de Marco Aurélio, j. 25/10/2007, DJ 31/10/2008, pp. 186 a 199.

¹⁵⁸⁸ Ver: Ley de Introducción al Código Civil (art. 4º) y Código de Procedimiento Civil (art. 126).

lesionar el principio de igualdad - como ha alertado José Mesquita¹⁵⁸⁹ - y los principios de seguridad jurídica y economía procesal. Además, la declaración de inconstitucionalidad por omisión no exige, como es obvio, la Resolución del Senado Federal (art. 52.X CFB) para que tenga efectos *erga omnes*, porque esta se restringe a las declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos legales. En el caso específico del derecho de huelga de los funcionarios públicos, los efectos generales parecen plenamente justificables, teniendo en cuenta que se trata de tres *mandados de injunção coletivos*, representando tres categorías distintas de funcionarios públicos de tres Estados diferentes de la Federación. Esas demandas fueron admitidas a trámite en el 2003, 2006 y 2007 y su enjuiciamiento ocurrió el 25.10.2007, fecha en la que las categorías representadas por los sindicatos ya no se encontraban en huelga. Es decir, las reglas aprobadas por el STF ya no se destinaban a remediar una situación de aquél momento, sino a regular posibles huelgas futuras. La inexistencia de esas reglas en el pasado no impidió que los funcionarios entraran en huelga y ciertamente no se lo impediría en el futuro. Esto significa que, si a la decisión no se le confiriera efectos generales, solo algunos funcionarios debieran someterse a una regulación (los representados por los sindicatos en los tres *mandados de injunção*) y otros no. No es difícil concluir que una tal situación sería capaz de vulnerar la paz social y reduciría a casi nada el principio constitucional de igualdad.

Sin embargo, aunque las especificidades arriba expuestas hayan aconsejado la concesión de efectos *erga omnes* a esta sentencia normativa supletoria, en otras situaciones corresponderá al STF avalar y decidir la amplitud de sus efectos, valiéndose fundamentalmente del principio de proporcionalidad. Es posible que entonces, la posición minoritaria defendida por los magistrados Ricardo Lewandowsky, Joaquim Barbosa y Marco Aurélio, limitando los efectos de la decisión a la categoría representada por el Sindicato demandante y estableciendo condiciones específicas para el ejercicio de los derechos constitucionalmente previstos, se revele la solución más adecuada.

¹⁵⁸⁹ MESQUITA, J.I.B. Justificativa do Projeto de Lei nº 4.679/1990... op. cit. pp. 2.824 y sig.

5. MODULACIÓN DE LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS.

El ejemplo clásico de modulación de efectos temporales de las sentencias ha sido desde siempre el art. 140, V de la Constitución austríaca, que permite que el Tribunal Constitucional fije un plazo de hasta 10 meses para el cese de vigencia de la ley declarada inconstitucional, legitimando de esta manera la continuidad de su aplicación. Los efectos retroactivos se restringen al caso examinado en el control concreto (art. 140, VII). Esta fórmula abre una fisura en la tradicional teoría de que la ley declarada inconstitucional es nula, y que en consecuencia la decisión sólo puede tener efectos *ex tunc*.¹⁵⁹⁰ En los Estados Unidos, donde la doctrina siempre había defendido que “*the unconstitutional statute is not law at all*”, después de la Gran Depresión también se ha pasado a admitir la necesidad de imponer límites a la declaración de inconstitucionalidad.¹⁵⁹¹ En Alemania el *Bundesverfassungsgericht* ha emitido con regularidad decisiones apelativas y de incompatibilidad. Ésta última tipología, también conocida por sentencia de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad (de mera inconstitucionalidad o de mera incompatibilidad), fue incorporada a

¹⁵⁹⁰ Ver. OBERNDORFER, P. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais (relatório austríaco) in *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, II. Lisboa, 1987, p. 168; HALLER, H. *Die Prüfung von Gesetzen*. Wien – New York, 1979, p. 252.

¹⁵⁹¹ Ver: TRIBE, L. H. *The American constitutional law*, 2. ed. New York: The Foundation Press Mineola, 1988, p. 30; COOLEY, T.M. *Treatise on the constitutional...* op. cit. p. 227; WILLOUGHBY, W.W. *The constitutional law of...* op. cit. pp. 9 y 10.

la ley orgánica del Tribunal en 1970.¹⁵⁹² También el Tribunal Constitucional español ya utilizó la sentencia apelativa (STC 96/1996) y la de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad (STC 45/1989).¹⁵⁹³ En Italia y Portugal – como hemos visto en los capítulos anteriores - los respectivos Tribunales Constitucionales suelen limitar los efectos temporales de sus sentencias. La *Corte Costituzionale* los ha modulado, tanto en relación al pasado (sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida), como en relación al futuro (admoniciones al legislador y sentencias aditivas de principio), amén de utilizar la estratagema de postergar la publicación de la declaración de inconstitucionalidad, con el objetivo de dar tiempo para que el legislador elabore nueva ley.¹⁵⁹⁴ Y en Portugal, el Tribunal Constitucional está autorizado, como vimos, a emitir sentencias limitativas, de inconstitucionalidad sobrevenida (en razón de revisión

¹⁵⁹² Ver entre otros: GERONTAS, A. *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle...* op. cit. pp. 486 a 488; MOENCH, C. *Verfassungswidriges Gesetz...* op. cit. pp. 130 y sig.; PESTALOZZA, C. *Noch verfassungsmässige und...* op. cit. p. 566.

¹⁵⁹³ Rubio Llorente constata que la retroacción en el tiempo de las sentencias del TC sólo es mitigada “por la imposibilidad de reabrir procesos que hubieran concluido con sentencia firme, aunque ni siquiera esta limitación opera en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos (art. 40.1 LOTC). Para eludir las consecuencias catastróficas que podría originar la anulación con efectos retroactivos de algunas normas, especialmente fiscales o procesales, el TC se ha visto obligado a recurrir por ello a razonamientos cuya debilidad parece aconsejar una reforma de la LOTC en este punto.” En: RUBIO LLORENTE, F. *La jurisdicción constitucional en España...* op. cit. pp. 388 y 494 y sig.; García de Enterría defiende la posibilidad de modulación de efectos: “la alternativa a la prospectividad de las sentencias no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino [...] la renuncia a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una *living Constitution*, la de adaptar paulatinamente ésta a las nuevas condiciones sociales”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Justicia constitucional, la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales” en *Revista de Direito Público*, n. 92. São Paulo, octubre-diciembre, 1989, pp. 5 a 16. Ver también, entre otros: JIMÉNEZ CAMPO, J. “Sentencia del Tribunal Constitucional” en ARAGÓN RE YES, M. (coord.). *Temas básicos de derecho constitucional, t. III*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 93 y sig.; LATORRE SEGURA, A.; DIEZ-PICAZO, L. “La justicia constitucional en el cuadro de las funciones del Estado” en *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, II. Lisboa, 1987, pp. 199 y sig. En el proyecto de ley que daría origen a la ley 6/2007 de 24 de mayo se contemplaban legalmente distintos tipos de modulación de la eficacia temporal de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que desaparecieron en el texto definitivo aprobado por las Cortes. Sobre dichas propuestas, vid: “Encuesta sobre la reforma de la LOTC” en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid: UNED; CARRILLO LÓPEZ, M. (coord.) *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007 de 24 de mayo de reforma de la LOTC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; ESPIN TEMPLADO, E.; FERNÁNDEZ FARRERES, G.; CRUZ VILLALÓN, P. *La reforma de la justicia constitucional*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

¹⁵⁹⁴ Además de la literatura referida en la Primera Parte de este estudio (Capítulo I, epígrafe 4), ver las aportaciones de los autores que intervinieron en un seminario sobre efectos temporales de las sentencias realizado en el *Palazzo della Consulta: Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta el 23 e 24 novembre 1988, 1989. Entre otros: Paladin, p. 8; Modugno, p. 15; Mezzonote, p. 42; Pizzorusso, p. 85; Luciani, p.107; y Zagrebelsky, p. 196. Ver también: MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional en Italia...* op. cit. pp. 327 y sig.

constitucional) y de incompatibilidad (exclusivamente de tratados internacionales).¹⁵⁹⁵ También el derecho comunitario europeo prevé, en el art. 174º, nº 2 del Tratado de Roma, que el Tribunal de Justicia podrá limitar los efectos de la decisión que estime un recurso contra un reglamento comunitario.¹⁵⁹⁶

En Brasil, aunque Gilmar Mendes señale que “no parece haber duda de que la limitación de efectos es inherente al control judicial de constitucionalidad, pudiendo ser aplicado tanto en el control directo como en el incidental”¹⁵⁹⁷, la realidad es que el principio de la nulidad de la ley inconstitucional, que tradicionalmente conlleva que la decisión tenga efecto *ex tunc*, ha sido desde siempre dominante en la jurisprudencia del STF. No ha sido diferente bajo la Constitución de 1988, que nada prevé en cuanto a los efectos temporales de las sentencias. Antes de la promulgación de las leyes 9868 y 9882 de 1999, que han cambiado radicalmente este escenario, la derogación de la legislación preconstitucional era la única “modulación” que el STF se permitía y aun así exclusivamente en el ámbito del control difuso. En efecto, tradicionalmente el STF no declara la inconstitucionalidad de la legislación anterior a la Constitución vigente, limitándose a considerarla derogada a partir de la fecha de su promulgación. En términos de efectos temporales, los efectos de la derogación aparentemente son similares a los de la sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida, porque mientras ésta produce efectos retroactivos (*ex tunc*) limitados a la fecha de promulgación de la nueva Constitución o a la fecha de eventual enmienda constitucional, la ley derogada pierde validez a partir de las mismas fechas. Sin embargo, la derogación no permite ningún tipo de modulación. Además, como hasta 1999 el STF no admitía la impugnación de leyes anteriores a la Constitución en el ámbito del control concentrado, las decisiones generaban tan solo efectos *inter partes*. La ley 9882/1999 (art. 1º, párrafo único, I y art. 4º § 1º) ha abierto una fisura en esta

¹⁵⁹⁵ Además de la literatura referida en la Primera Parte de este estudio (Capítulo II, epígrafe 2.4), ver también: CANAS, V., *Introdução às decisões...* op. cit. pp. 195 y 196; MEDEIROS, R. *Valores jurídicos negativos...* op. cit. pp. 512 y sig.; MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 673 y sig.; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. *Constituição da...* op. cit. pp. 1042 y sig.; SAMPAIO, F.C. *Os efeitos diferidos para o futuro...* op. cit.; MIRANDA, J. *Manual de...*, op. cit. II, p. 503.

¹⁵⁹⁶ Ver: CAMPOS, J.M. de, *Direito Comunitario*, II. Lisboa, 1988; CERRI, A. *Pronunce ad efficacia differita...* op. cit. pp. 281 y sig.

¹⁵⁹⁷ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 322. En el epígrafe “1.4.2 Efectos retroactivos” de este capítulo, también son analizadas algunas cuestiones relacionadas con la modulación de efectos de las sentencias.

concepción, puesto que permite el control concentrado de la legislación anterior a la Constitución a través de la acción de incumplimiento de precepto fundamental, abriendo la posibilidad de que el STF declare la inconstitucionalidad sobrevenida, con efectos *erga omnes*.

Además de las cuestiones atinentes a la derogación y a la inconstitucionalidad sobrevenida, intentaremos analizar aquí las sentencias limitativas, cuyos efectos son modulados por el STF para que produzcan eficacia *ex nunc* o *pro futuro* y de retroacción parcial o mitigada en los términos del art. 27 de la ley 9868/1999; y las sentencias apelativas, que contienen una exhortación explícita o implícita al legislador, entre las cuales se incluyen la decisión de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad y la apelativa en sentido estricto (declara que la ley todavía es constitucional).

5.1. Derogación de la legislación preconstitucional e inconstitucionalidad sobrevenida.

Las relaciones entre una nueva Constitución y una ley anterior a ella – señala Luís Barroso - están ubicadas en la confluencia de los principios de la supremacía constitucional y de la continuidad del orden jurídico. “El primero condena a la invalidez y a la ineficacia toda y cualquier norma incompatible con la Constitución. El segundo, de superlativo valor pragmático, busca preservar la vigencia y eficacia de la legislación en vigor antes del advenimiento de la nueva Constitución.”¹⁵⁹⁸ En otras palabras, Zeno Veloso explica que, “establecido un nuevo orden constitucional; se verifica una actitud positiva y otra negativa en relación al derecho antecedente. La

¹⁵⁹⁸ BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 68.

actitud positiva es el fenómeno de la *recepção*: la Constitución confiere nuevo fundamento de validez y confirma la eficacia de los preceptos con ella compatibles.¹⁵⁹⁹ La negativa consiste en volver ineficaces, caducas, o inoperantes (o derogadas, como dicen algunos), las normas que le sean disconformes, que colisionen con la Ley Fundamental.”¹⁶⁰⁰

Respecto al fenómeno de la *recepção*, es interesante observar que el art. 83 de la primera Constitución republicana (1891) preveía que las normas de la monarquía no contrarias al nuevo texto seguirían vigentes.¹⁶⁰¹ Ese dispositivo llevó a Ruy Barbosa a aclarar que “no había necesidad de que la Constitución formalmente lo declarara, para saber que no repudiaba las leyes y instituciones anteriores compatibles con ella o complementarias, una vez que esta disposición está sobreentendida en todas las constituciones.”¹⁶⁰² Algunos años después, Pontes de Miranda subrayó de nuevo ésta redundancia constitucional al afirmar que “las leyes que continúan en vigor son todas las que existen y que no son incompatibles con la Constitución nueva.”¹⁶⁰³ En realidad, el problema no reside en las normas compatibles, sino en las incompatibles. Y la cuestión de fondo está en determinar si estas sencillamente deben considerarse derogadas o si también pueden ser objeto de control de constitucionalidad. Una discusión que ya es antigua y recurrente en la doctrina brasileña.¹⁶⁰⁴ El mismo Pontes de

¹⁵⁹⁹ Ver: KELSEN, H. *Teoria Geral do direito e do estado*, Brasília: Martins Fontes, 1990, p. 122; KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976, p. 290; SILVA, J.A. da. *Aplicabilidade das...* op. cit. p. 204; MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, V. II, p. 275.

¹⁶⁰⁰ VELOSO, Z. *Controle jurisdicional...* op. cit. p. 225. Ver también: RUBIO LLORENTE, F. *La Constitución como fuente de Derecho...* op. cit. pp. 46 y 47; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma...* op. cit. pp. 83 a 95. De este autor, desde una perspectiva teórica más amplia, y con distinto enfoque, “Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente” en *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1998.

¹⁶⁰¹ Establecía también que el derecho anterior incompatible dejaba de vigorar con la promulgación de la nueva Constitución. Los textos constituciones de 1934 (art. 187) y 1937 (art. 183) contenían idénticas previsiones.

¹⁶⁰² BARBOSA, R. *Commentarios à constituição federal brasileira*, v. VI. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 406.

¹⁶⁰³ PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, v. II. Rio de Janeiro: Guanabara, s.d., p. 560.

¹⁶⁰⁴ Entre muchos otros: BARBOSA, R. *Commentarios à constituição...* op. cit. p. 406; PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários à Constituição...* op. cit. pp. 559 y 560; CAMPOS, F. *Direito Constitucional...* op. cit. p. 103; VELLOSO, C.M.S. *Temas de...* op. cit. p. 138; LEAL, V.N. *Leis Complementares...* op. cit. pp. 389-391; NUNES, J.C. *Teoria e prática do...* op. cit. pp. 600 y 601; BATALHA, W.S.C. *Direito intertemporal...* op. cit. p. 434; CAVALCANTI, T.B. *Do controle da...* op. cit. p. 171; BITTENCOURT, L. *O controle da...* op. cit. pp. 131 y 132; SILVA, J.A. da. *Aplicabilidade das normas...* op. cit. p. 202; BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 83;

Miranda opinaba que la noción de constitucionalidad está jurídicamente vinculada al “momento en que entra en vigor la Constitución; todo el material legislativo preexistente es considerado derogado, en lo que contraría a los preceptos constitucionales”.¹⁶⁰⁵ También Francisco Campos señalaba de forma tajante que “todas las leyes anteriores incompatibles con la Constitución se encuentran tácitamente derogadas.”¹⁶⁰⁶ Nunes Leal justificaba la imposibilidad de considerar nula e inexistente una ley que hasta la promulgación del nuevo texto constitucional era válida y eficaz, porque ello implicaría no solo la nulidad de la ley, sino de todas las relaciones constituidas bajo sus dictámenes, desde su nacimiento. Como eso no ocurre, concluye que no es a causa de la nulidad por lo que la ley deja de surtir efectos, sino por la aparición de una nueva norma, que la deroga. El autor resta importancia al hecho de que la Constitución sea una norma de grado superior.¹⁶⁰⁷ El efecto abrogativo de la Constitución sobre todas las normas y actos normativos anteriores que le son incompatibles, también es puesto de relieve por Maria H. Diniz, que enfatiza que “quedan inmediatamente derogadas en la fecha de promulgación de la nueva Constitución.”¹⁶⁰⁸

Una de las primeras voces que se opuso a la teoría de la derogación de la legislación anterior a la nueva Constitución fue Castro Nunes, quien advertía que la derogación “supone la comparación de leyes del mismo nivel. Pero si la cuestión está en saber si una norma puede continuar en vigor una vez confrontada con reglas o principios de una Constitución, la solución negativa implica la *derogación* por efecto de aquella anterioridad; pero tiene una designación congruente con este desnivel de las normas, y

FERREIRA FILHO, M.G. Comentários à Constituição... op. cit. p.8; DINIZ, M.H. Norma constitucional... op. cit. pp. 46. En Italia: CRISAFULLI, V. “Incostituzionalità o abrogazione” in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, pp. 272 y sig.; PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. p. 41; PIERANDREI, F. Corte Costituzionale... op. cit. pp. 874 a 1036; En Portugal: CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional... op. cit. pp. 1289 y 1290; CANOTILHO, J.J.G.; MOREIRA, V. Fundamentos da op. cit. pp. 254 y 255. Sobre inconstitucionalidad sobrevenida, consultar además: MIRANDA, J. Teoria do Estado... op.cit. pp. 464 y sig.; MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. pp. 112 y sig; ALMEIDA, L.N. de, Portugal... op. cit. p. 247. En Alemania: LARENZ, K. Metodologia da ciência... op. cit. pp. 495 y sig.; Ver también: HESSE, K. A força normativa da... op. cit. p. 22; MAUNZ, T.; ZIPPELIUS, R. Deutsches Staatsrecht... op. cit. p. 164.

¹⁶⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, F.C. Comentários à Constituição... op. cit. p. 559.

¹⁶⁰⁶ CAMPOS, F. Direito Constitucional... op. cit. p. 103. En el mismo sentido: VELLOSO, C.M.S. Temas de... op. cit. p. 138.

¹⁶⁰⁷ LEAL, V.N. “Leis Complementares da Constituição” in *Revista de Direito Administrativo*, VII, 1947, pp. 389-391.

¹⁶⁰⁸ DINIZ, M.H. Norma constitucional... op. cit. pp. 46.

se llama *declaración de inconstitucionalidad*”.¹⁶⁰⁹ Sin admitir explícitamente que la legislación anterior debiera ser declarada inconstitucional, Campos Batalha señala que “la Constitución no derogó las leyes anteriores que le eran contrarias; estas dejaron de existir en el plano del ordenamiento jurídico estatal porque perdieron su fundamento de validez.”¹⁶¹⁰ Finalmente, Lucio Bittencourt y José A. da Silva imponen un significativo matiz a la teoría de la derogación, puesto que no la separan de la inconstitucionalidad. El primero reconoce que “una ley incompatible con la Constitución es, siempre, una ley inconstitucional, y poco importa que haya precedido al Estatuto Político o le sea posterior. La derogación es consecuencia de la inconstitucionalidad.”¹⁶¹¹ Y el segundo, que en esa situación “se da una derogación por inconstitucionalidad, en una por así decirlo derogación por invalidación”.¹⁶¹² Esta es la línea defendida por el ex magistrado del STF Sepúlveda Pertence, para quien la acción directa de inconstitucionalidad puede ser admitida “no sólo cuando – de la declaración de la invalidez del precepto – deba resultar la inexistencia o la nulidad de la norma cuestionada, sino también su derogación por inconstitucionalidad, siempre que la incompatibilidad derive de la vigencia de la Constitución sobrevenida”.¹⁶¹³ De cualquier manera, sea por derogación, sea por inconstitucionalidad, si la incompatibilidad de la ley anterior con la actual Constitución es de naturaleza material, no podrá subsistir. Si es de naturaleza formal, “se ha admitido, sin controversia, la subsistencia válida de la norma que haya sido producida en adecuación con el proceso vigente en el momento de su elaboración. Incidirá, así, la regla *tempus regit actum*.”¹⁶¹⁴

¹⁶⁰⁹ NUNES, J.C. Teoria e prática do... op. cit. pp. 600 y 601.

¹⁶¹⁰ BATALHA, W.S.C. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 434. También se acerca a la tesis de la inconstitucionalidad: CAVALCANTI, T.B. Do controle da... op. cit. p. 171.

¹⁶¹¹ BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. pp. 131 y 132.

¹⁶¹² SILVA, J.A. da. Aplicabilidade das normas... op. cit. p. 202.

¹⁶¹³ ADI 2 - DF, voto de Sepúlveda Pertence, j. 06/02/1992, DJU 21/11/1997.

¹⁶¹⁴ BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 83. Ver también: FERREIRA FILHO, M.G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.8; PIERANDREI, F. Corte Costituzionale... op. cit. pp. 874 a 1036; CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional*... op. cit. pp. 1289 y 1290; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La Constitución como norma... op. cit. p. 257; RUBIO LLORENTE, F. La Constitución como fuente de Derecho... op. cit. pp. 46 y 47.

- Las Enmiendas Constitucionales nºs 18/1998 y 32/2001 modificaron reglas secundarias del proceso legislativo, que hasta ahora no fueron motivo para demasiados debates.

- El STF ha dejado asentado que no cabe acción directa de inconstitucionalidad cuando la norma cuestionada es anterior a la Constitución, dejando claro que no hay inconstitucionalidad formal superveniente y que la antinomia material se resuelve con la derogación (ADI - QO 438, Sepúlveda Pertence, j. 07/02/1992, DJ 27/03/1992).

Las opiniones contrarias a la tesis de la derogación no han tenido eco en la jurisprudencia del STF, que ha establecido - a falta de previsión constitucional específica - que la nueva Constitución deroga automáticamente las leyes preexistentes incompatibles con ella. El “desnivel” entre Constitución y ley antes apuntado por Castro Nunes no ha sido impedimento para la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, siendo incluso invocado como razón para que el Tribunal no declarara la inconstitucionalidad de preceptos preconstitucionales.¹⁶¹⁵ En ese sentido, Celso de Mello ha afirmado que la jurisprudencia del STF siempre ha sido favorable a la tesis de la derogación y que nunca se había preocupado de declarar la inconstitucionalidad de la legislación preexistente.¹⁶¹⁶ En una sentencia pronunciada en el ámbito del control concentrado, que muy probablemente ha sido el precedente más citado en las decisiones sobre esa materia, el ex magistrado Paulo Brossard expuso la posición acogida por el Tribunal, acentuando que se trataba de “una antigua y más que cincuentenaria jurisprudencia del STF”:

“La ley o es constitucional o no es ley. Ley inconstitucional es una contradicción en sí.¹⁶¹⁷ La ley es constitucional cuando es fiel a la Constitución; inconstitucional en la medida en que no la respeta, disponiendo sobre lo que le está vedado. El vicio de inconstitucionalidad es congénito a la ley y ha de ser establecido en relación a la Constitución vigente al tiempo de su elaboración. Ley anterior no puede ser inconstitucional en relación a Constitución sobrevenida; ni el legislador podría infringir Constitución futura. La

- Aunque la figura del decreto ley no esté prevista en la actual Constitución, si su contenido es compatible, continuará en vigor. Por ejemplo, el Decreto Ley nº 70/1966, que autoriza el funcionamiento de Asociaciones de Ahorro y Préstamo e instituye la Cédula Hipotecaria. Su recepción por el actual ordenamiento jurídico ha tenido el parecer favorable del STF: “ésta Corte, en varios precedentes (a título ejemplificativo, los RREE 148.872, 223.075 y 240.361), se ha orientado en el sentido que el Decreto Ley nº 70/1966 es compatible con la actual Constitución, no colisionando, inclusive, con lo dispuesto en su art. 5º, XXXV, LIV y LV (...).” (RE 287.453, Moreira Alves, j. 18/09/2001, DJ 26/10/2001). En el mismo sentido: RE 408.224-AgR, Sepúlveda Pertence, j. 03/08/2007, DJ 31/08/2007.

¹⁶¹⁵ Sobre este asunto, ver: KELSEN, H. “La garantía constitucional de la Constitución (La justicia constitucional)” en: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988, pp. 138-139.

¹⁶¹⁶ MELLO FILHO, J.C. de. *Constituição Federal anotada*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 197 y sig. Amén de los autores citados en páginas anteriores, también defienden la tesis de la derogación: BASTOS, C.R. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1990, p. 116; DANTAS, I. *O valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 167; HORTA, R.M. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 228; NEVES, M. Teoria da... op. cit. p. 96; POLETTI, R. Controle da constitucionalidade... op. cit. p. 163.

¹⁶¹⁷ Queda patente la influencia de la doctrina norteamericana: “*the unconstitutional statute is not law at all*”. El origen de la eficacia *ex tunc*.

Constitución sobrevenida no vuelve inconstitucionales leyes anteriores en conflicto con ella: las deroga. Por el hecho de ser superior, la Constitución no deja de producir efectos derogatorios. Sería ilógico que la Ley Fundamental, por ser suprema, no derogase, al ser promulgada, leyes ordinarias. Entonces valdría menos que la ley ordinaria.”¹⁶¹⁸

Este mismo razonamiento ha sido utilizado por el STF para considerar derogada la legislación, que se ha vuelto incompatible con la Constitución tras una reforma constitucional.¹⁶¹⁹ Una cuestión de gran relevancia en Brasil, teniendo en cuenta que la actual Constitución ya ha sufrido más de setenta enmiendas.¹⁶²⁰

La consecuencia de la opción por la derogación en detrimento de la declaración de inconstitucionalidad ha sido la exclusión de la legislación preconstitucional del ámbito del control concentrado de constitucionalidad, como advirtió el magistrado Sepúlveda Pertence en voto particular. “Reducir el problema a las dimensiones de la simple derogación de la norma infra constitucional por la norma constitucional posterior – si bien es una elección que tiene a su favor la seducción de la aparente simplicidad -, redundaría en cerrarle la vía de la acción directa. Y dejar, en consecuencia, que el deslinde de las controversias suscitadas flote, durante años, al albur de las divergencias entre jueces y tribunales de todo el país, hasta llegar, si llega, a la decisión de la Alta Corte, al fin de un largo camino por las vías frecuentemente tortuosas del sistema de recursos.”¹⁶²¹ Respecto a estos caminos – a veces inexpugnables -, Teori Zavascki apunta al menos un factor de celeridad. Por no ser una declaración de inconstitucionalidad, el reconocimiento de la derogación se materializa

¹⁶¹⁸ ADI 2 - DF, Paulo Brossard, j. 06/02/1992, DJU 21/11/1997. Por mayoría de votos el Tribunal no conoció de la acción, por impugnar leyes anteriores a la Constitución de 1988 (imposibilidad jurídica de la petición). Hubo tres votos particulares (magistrados Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio y Néri da Silveira). El único de los tres que todavía integra el STF es el magistrado Marco Aurélio. Otras ADI's con el mismo entendimiento: 3, 7, 74, 85, 129, 344, 381, 385, 389, 415, 438.

¹⁶¹⁹ Ver: CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 55.

¹⁶²⁰ Seis enmiendas de revisión, que fueron posibles únicamente 5 años después de la promulgación de la Constitución de 1988, y eran aprobadas por mayoría absoluta; y 66 enmiendas constitucionales por el procedimiento ordinario del art. 60 § 2º CFB, que exige que la propuesta sea discutida y votada en la Cámara de los Diputados y en el Senado Federal, debiendo ser aprobada en las dos Cámaras por tres quintos de los votos de sus respectivos miembros en dos turnos de votación.

¹⁶²¹ ADI 2 - DF, voto de Sepúlveda Pertence, j. 06/02/1992, DJU 21/11/1997. Se observa que, en el intento de justificar su tesis, indirectamente el magistrado del STF acaba haciendo una dura crítica al propio control difuso.

tan solo con la no aplicación del precepto por el juez, como ocurre con cualquier otra norma derogada. Es decir, dispensa del incidente de inconstitucionalidad al Pleno del tribunal (art. 97 CFB).¹⁶²² De cualquier forma, señala Luís Barroso, en el control difuso “tanto la derogación – retirada de vigencia de la ley – como la declaración incidental de inconstitucionalidad – reconocimiento de su invalidez – producirían el mismo resultado: la no aplicación por el juez de la norma impugnada, que habrá dejado de existir o de valer en la misma fecha.”¹⁶²³ Sin embargo, aunque en la práctica esto sea así, hay que subrayar el hecho de que - en casos excepcionales - el STF ha aceptado modular los efectos temporales de la declaración incidental de inconstitucionalidad en el ámbito del control difuso. “La no *recepción* del acto estatal preconstitucional, por no implicar la declaración de su inconstitucionalidad – sino el reconocimiento de su pura y simple derogación –, priva de uno de los presupuestos indispensables a la utilización de la técnica de la modulación temporal, que supone, para poder darse, de entre otros elementos, la necesaria existencia de un juicio de inconstitucionalidad.”¹⁶²⁴

En ese sentido, Gilmar Mendes considera, incluso, que las hipótesis de admisión de recurso extraordinario previstas en el art. 102, III, *a, b, c* y *d* CFB autorizarían el control difuso de constitucionalidad de la legislación preconstitucional. “Para fines de control de constitucionalidad *incidenter tantum* en el ámbito del recurso extraordinario, no asume ninguna relevancia el momento de la promulgación de la ley, configurando una eventual contrariedad a la Constitución actual una cuestión de constitucionalidad y no de mero conflicto de normas a ser resuelto con la aplicación del principio de la *lex posterior*.”¹⁶²⁵ En efecto, el artículo 102 CFB prevé que el recurso extraordinario puede ser admitido cuando la decisión recurrida: “a) contraría un dispositivo *de esta* Constitución; b) *declara la inconstitucionalidad* de un tratado o ley federal; c) juzga válida una ley o acto de gobierno local contestado con base *en esta*

¹⁶²² ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 110. En el mismo sentido: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. pp. 702 y 703; Recurso Extraordinario 198.627, Ilmar Galvão.

¹⁶²³ BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 77.

¹⁶²⁴ [Recurso Extraordinario 395.902-AgR](#), Celso de Mello, j. 07/03/2006, DJ 25/08/2006. En el mismo sentido: [Recurso Extraordinario 438.025-AgR](#), Celso de Mello, j. 07/03/2006, DJ 25/08/2006; [Agravo de Instrumento 421.354-AgR](#), Celso de Mello, j. 07/03/2006, DJ 15/09/2006; [Agravo de Instrumento 463.026-AgR](#), Celso de Mello, j. 21/02/2006, DJ 15/09/2006; [Agravo de Instrumento 589.281-AgR](#), Celso de Mello, j. 05/09/2006, DJ 10/11/2006; [Agravo de Instrumento 720.991](#), Cármen Lúcia, decisión singular, j. 19/05/2009, DJE 27/05/2009.

¹⁶²⁵ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 209.

Constitución; d) juzga válida ley local contestada con base en ley federal” (cursivas nuestras). Deja, por lo tanto, establecido que la referencia es la actual Constitución y no exige que el control sea exclusivamente de la legislación postconstitucional. Sin embargo, en el ámbito del control concentrado, “si la cuestión se pone en términos de inconstitucionalidad sobrevinida, cabrá acción directa de inconstitucionalidad contra la norma anterior a la Constitución y que sea con ella incompatible. De otra parte, si se encara la materia en términos de derogación, la acción directa no tendrá cabida, pues no se puede declarar inconstitucional lo que ya no existe en el mundo jurídico.”¹⁶²⁶ El STF, evidentemente, no admite una acción directa de inconstitucionalidad que impugne legislación preconstitucional¹⁶²⁷ y tampoco que la impugnación se haga en relación a Constitución ya derogada.¹⁶²⁸

Gilmar Mendes critica esa postura y se declara favorable a la extensión del control concentrado a las leyes preexistentes, afirmando que “la aplicación del principio *lex posteriori derogat priori* en la relación Ley/Constitución no está exenta de problemas, una vez que este postulado presupone idéntica densidad normativa (...) estando prioritariamente orientado hacia la sustitución del derecho antiguo por el derecho nuevo. La Constitución no tiene como objetivo, ante todo, el sustituir normas del derecho ordinario.”¹⁶²⁹ Subraya en favor de su tesis, que se debe “partir del principio de que, en caso de colisión de normas de diferentes jerarquías, el postulado de la *lex superior* aleja otras reglas de colisión. De lo contrario, se llegaría al absurdo, destacado por Ipsen¹⁶³⁰, de que la ley ordinaria, en cuanto ley especial o *lex posterior*, pudiera alejar la norma constitucional, en cuanto *lex generalis* o *lex prior*.”¹⁶³¹ A despecho de las pertinentes observaciones de Gilmar Mendes, el hecho de que la tesis de la derogación sea anterior a la institución del control concentrado en 1965 (la jurisprudencia se formó durante la vigencia de la Constitución de 1946¹⁶³²), ha llevado a

¹⁶²⁶ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 77.

¹⁶²⁷ ADI 464-MC DF, Célio Borja, j. 07/02/1992, DJ 20/03/1992: “es firme el entendimiento del STF en el sentido de que no cabe acción directa de inconstitucionalidad de leyes y actos normativos anteriores a Constitución Federal. Acción directa no admitida, por imposibilidad jurídica, en cuanto a los arts. 15, de la Ley 7928/1975 y 12, de la Ley 10515/1988.

¹⁶²⁸ ADI 3 - DF, Moreira Alves, j. 07/02/1992, DJ 18/09/1992.

¹⁶²⁹ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 207.

¹⁶³⁰ IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen...* op. cit. p. 164.

¹⁶³¹ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 208 y 210.

¹⁶³² Entre varias otras decisiones: Recurso Extraordinario 19.656, Luiz Gallotti, 1952.

Luís Barroso a concluir que “si el constituyente deseara que la materia se tratara de forma diferente a la que ha cristalizado en la jurisprudencia, debería haberlo previsto expresamente. La omisión, en este caso, debe ser interpretada como concordancia con la práctica jurisprudencial anterior.” De forma que, “en el derecho constitucional positivo brasileño, tal como es interpretado por el STF, la incompatibilidad entre norma infra constitucional y Constitución superveniente deberá ser pronunciada incidentalmente, en la apreciación del caso concreto, y no mediante el control abstracto. Contra la decisión tomada cabrá recurso extraordinario.”¹⁶³³

Zeno Veloso, sin embargo, sigue otros caminos. El autor parte del supuesto que “la ley que se ha vuelto incompatible con la nueva Constitución *no es inconstitucional*”. Por eso, “la cuestión queda fuera del ámbito del control jurisdiccional de constitucionalidad, sea difuso o concentrado.”¹⁶³⁴ Esta constatación, con todo, no le impide de mostrarse favorable a una solución capaz de proporcionar efectos *erga omnes* a la decisión de derogación. Para tanto, propone - “además de la facultad de solicitar a cualquier juez, en un caso concreto (...) la declaración de la derogación de ley preexistente a la Constitución e incompatible con ella (a semejanza de lo que ocurre en el control difuso de constitucionalidad)” - la creación de una “acción declaratoria de derogación de la ley o acto normativo por incompatibilidad con la Constitución”.¹⁶³⁵ En otras palabras, sugiere la creación de un inédito sistema de control - difuso y concentrado - de compatibilidad de las leyes preconstitucionales con la actual Constitución.

Por otro lado, si - como dice Zeno Veloso - la ley incompatible con la nueva Constitución no es inconstitucional, ¿la ley compatible o recibida por la nueva Constitución tampoco sería constitucional? Teori Zavascki intenta responder esa cuestión. El autor parte de las lecciones de Jorge Miranda y Norberto Bobbio, que se inspiraron en la teoría de Hans Kelsen sobre la *recepción* de la legislación preconstitucional compatible con la nueva Constitución¹⁶³⁶, para defender la posibilidad

¹⁶³³ BARROSO, L.R. *Interpretação e...* op. cit. p. 82.

¹⁶³⁴ VELOSO, Z. *Controle jurisdiccional...* op. cit. p. 233.

¹⁶³⁵ VELOSO, Z. *Controle jurisdiccional...* op. cit. pp. 242 y 243.

¹⁶³⁶ MIRANDA, J. *Manual de direito...*, v. II, op. cit. p. 242; BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996, p. 177; KELSEN, H. *Teoría general del derecho y del Estado*. México, 1949, p. 121.

de que el STF declare abstractamente la constitucionalidad de estas leyes.¹⁶³⁷ Como se sabe, el maestro austríaco enseña que “la *recepción* es un procedimiento abreviado de creación jurídica. Las leyes que en un modo común e inadecuado de decirlo, continúan siendo válidas, son, desde el punto de vista jurídico, leyes nuevas cuyo sentido coincide con el de las anteriores. No son idénticas a las leyes anteriores porque la razón de su validez es diferente”.¹⁶³⁸ Así, partiendo del supuesto de que el fenómeno de la *recepción* recrea la norma preconstitucional, Teori Zavascki llega a la conclusión de que la única relación jurídicamente concebible entre esta norma – ahora con nuevo fundamento de validez - y la Constitución vigente es una relación de constitucionalidad. Por ello, no ve óbice para que el STF declare la constitucionalidad de la norma recibida, con efectos *erga omnes* (art. 102, § 2º CFB).¹⁶³⁹ Sin embargo, aunque la lógica del autor sea respetable (el propio STF ha dejado consignado en el *leading case* de la tesis de la derogación que “la ley o es constitucional o no es ley; ley inconstitucional es una contradicción en sí”¹⁶⁴⁰), hay que subrayar el hecho de que la acción declaratoria de constitucionalidad puede eventualmente ser desestimada. En este caso, en función de su carácter dúplice – en el control concentrado brasileño la desestimación implica, como vimos, una decisión en sentido contrario - sería posible llegar a una decisión de inconstitucionalidad (sobrevvenida) de la ley preconstitucional con efecto *erga omnes*. Tal posibilidad va en contra de toda la doctrina del STF sobre esta materia¹⁶⁴¹ y, actualmente, en contra de la legislación en vigor.

En efecto, la ley 9882/1999 (art. 1º, párrafo único, I y art. 4º § 1º) permite el control concentrado de constitucionalidad de la legislación federal, estadual o municipal - *incluida la anterior a la Constitución* - a través de acción de incumplimiento de precepto fundamental (art. 102 § 1º CFB).¹⁶⁴² Esto sí, de manera

¹⁶³⁷ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 111 y sig.

¹⁶³⁸ KELSEN, H. Teoría general del... op. cit. p. 121.

¹⁶³⁹ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. pp. 112 y 113.

¹⁶⁴⁰ ADI 2 - DF, Paulo Brossard, j. 06/02/1992, DJU 21/11/1997.

¹⁶⁴¹ No obstante, el magistrado Gilmar Mendes defiende abiertamente el cambio: “ante todos estos argumentos y considerando la razonabilidad y el significado para la seguridad jurídica de la tesis que recomienda la extensión del control abstracto de normas también al derecho preconstitucional, no sería despropósito repensar la jurisprudencia del STF sobre la materia”. En: [ADPF 33-MC](#), voto de Gilmar Mendes, j. 29/10/2003, DJ 06/8/2004.

¹⁶⁴² La acción de incumplimiento de precepto fundamental tiene por objeto evitar o reparar lesión de un precepto fundamental producto de un acto del poder público o cuando fuere relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre ley o acto normativo federal,

subsidiaria - siempre y cuando no sea posible la utilización de otro medio procesal eficaz¹⁶⁴³ - y cuando sea relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre el precepto impugnado. Aunque esta ley haya cerrado cualquier discusión sobre la posibilidad de uso de la acción directa de inconstitucionalidad con la misma finalidad, abrió el camino para que el STF pasara a emitir sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida también en el control concentrado.¹⁶⁴⁴ De cualquier forma, basta ojear la terminología utilizada en algunas demandas realizadas por autoridades y órganos legitimados para proponer la acción de incumplimiento de precepto fundamental, así como en algunas sentencias recientes del STF en ese tipo de acción, para concluir que todavía ni se pide, ni se declara explícitamente la *inconstitucionalidad sobrevenida* de preceptos preconstitucionales. Por una parte, las demandas contienen peticiones de que el STF declare la no recepción o la incompatibilidad de esos preceptos con la nueva Constitución. Por otra, el STF se ha limitado a emitir sentencias en que declara la no recepción o la ilegitimidad de la legislación preconstitucional. Al evitar la palabra inconstitucionalidad, acaba dando a entender que se trata de una simple derogación. Por ejemplo, en la acción de incumplimiento de precepto fundamental n° 33 el Gobernador del Estado de Pará solicitó que el STF declarara, con eficacia *erga omnes*, la no recepción por la Constitución de 1988, del art. 34 del Reglamento de Personal del Instituto de Desarrollo Económico Social de Pará (IDESP), del año de 1986, por

estadual o municipal, incluidos los anteriores a la Constitución. La ley 9882/99, por lo tanto, extendió el control concentrado a las leyes y actos del Poder Público municipal y a las leyes y actos de los tres entes federados, en vigor con anterioridad a la promulgación de la actual Constitución. Hasta entonces, las normas municipales sólo podían ser objeto de acción directa de inconstitucional en nivel estadual (art. 125 § 2º CFB) y el STF nunca había pensado en declarar una inconstitucionalidad sobrevenida.

¹⁶⁴³ Ver: ADPF 129-MC, Ricardo Lewandowski, decisión singular, j. 18/02/2008, DJE 22/02/2008. Al apreciar la petición de medida cautelar, el magistrado consideró que el hecho de que la ley cuestionada era anterior a la Constitución de 1988, era suficiente para caracterizar la subsidiariedad. En el mismo sentido, Sepúlveda Pertence apuntó en otra demanda que solo la posibilidad de presentar otro proceso objetivo impediría la utilización de la ADPF (ADPF 54 QO – DF, Marco Aurélio, j. 27/04/2005). De ahí que sea posible concluir que, dado que no existe otra acción abstracta con semejante objeto, la adopción de un criterio tan simple podrá llevar a la acción de incumplimiento de precepto fundamental a destinarse casi que exclusivamente al control de constitucionalidad de leyes preconstitucionales. Por otro lado, en la [ADPF 33-MC](#) (voto de Gilmar Mendes, j. 29/10/2003, DJ 06/8/2004), se optó por la “atenuación del significado literal del principio de subsidiariedad cuando las acciones en las vías ordinarias no se muestran aptas para afrontar la lesión a precepto fundamental”.

¹⁶⁴⁴ Alexandre de Moraes considera la ampliación inconstitucional, por no estar prevista en el art. 102 § 1º. En: MORAES, A. de. “Comentários à Lei 9882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” en TAVARES, A.R.; ROTHENBURG, W.C. (org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22. Ver también: STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 703; BRUST, L. *A jurisdição constitucional no Brasil...* op. cit. pp. 27 y 28.

haberse vuelto incompatible con el nuevo texto constitucional. El STF estimó la demanda para “declarar la ilegitimidad del decreto cuestionado, a partir de la Constitución de 1988”.¹⁶⁴⁵ En una reciente decisión (2009) el STF demostró no haber cambiado todavía de opinión, puesto que estimó la acción, “para declarar la *no recepción* por la Constitución de 1988 de todo el conjunto de dispositivos de la ley federal n° 5250, de 9 de febrero de 1967.”¹⁶⁴⁶ Por cierto, el contenido de ese tipo de fallo acaba en la práctica dando razón a Zeno Veloso que, como hemos visto anteriormente, había sugerido una “acción declaratoria de derogación de la ley o acto normativo por incompatibilidad con la Constitución”.¹⁶⁴⁷

Aunque ese tipo de redacción sea la tónica de los *acórdãos* emitidos por el STF, han surgido ya algunos atisbos de un cambio de rumbo hacia la declaración de inconstitucionalidad. El magistrado Gilmar Mendes, que - como vimos anteriormente - es un defensor de la extensión del control concentrado a las leyes preconstitucionales, marcó su posición en la ADPF 46 estimando parcialmente la acción, “para declarar la inconstitucionalidad de los arts. 42, 43, 44 y 45 de la ley 6538 de 22 de junio de 1978”.¹⁶⁴⁸ Por lo tanto, de una ley anterior a la Constitución de 1988. Esta acción por incumplimiento de precepto fundamental finalmente fue desestimada, pero el Pleno le concedió “interpretación conforme al art. 42 de la Ley 6538/1978 para restringir su aplicación a las actividades postales descritas en el art. 9° de la misma ley”. De hecho, la nueva Constitución marca igualmente el inicio de un nuevo ordenamiento jurídico y todas las leyes deben ser leídas - o releídas - según las nuevas reglas y principios establecidos. Si, para evitar un mal mayor, es necesario aplicar la interpretación conforme a Constitución para adaptar el precepto preconstitucional a la nueva realidad, el Tribunal debe hacerlo.¹⁶⁴⁹ Sin embargo, el hecho de que el Tribunal prefiera declarar la no recepción (simple derogación) también en el control concentrado siempre acaba

¹⁶⁴⁵ En: [ADPF 33-MC](#), Gilmar Mendes, j. 07/12/2005, DJ 27/10/2006. En otra demanda, el Partido Popular Socialista solicitó que el STF declarara “la *no recepción* del art. 86 del Decreto Ley 200/1967 por la Constitución de 1988”. En: ADPF 129-MC, Ricardo Lewandowski, decisión singular, j. 18/02/2008, *DJE* 22/02/2008.

¹⁶⁴⁶ [ADPF 130](#), Carlos Britto, j. 30/04/2009, *DJE* 06/11/2009.

¹⁶⁴⁷ VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. pp. 242 y 243.

¹⁶⁴⁸ ADPF 46, Eros Grau (relator para el acórdão), j. 05/08/2009, DJ 26/02/2010 (voto de Gilmar Mendes, pp.116 y 117).

¹⁶⁴⁹ Este asunto fue debatido en la ADPF 54 QO – DF, Marco Aurélio, j. 27/04/2005 y en la [ADPF 130](#), Carlos Britto, j. 30/04/2009, *DJE* 06/11/2009.

generando debates sobre la posibilidad de su uso, que no existirían si el STF pasara a declarar explícitamente la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos preconstitucionales. De hecho, la modulación de efectos está prevista en el art. 11 de la ley 9882/1999 (que dispone sobre el procedimiento y el enjuiciamiento de la acción por incumplimiento de precepto fundamental) y la interpretación conforme, en el art. 28, párrafo único de la ley 9868/1999 (que dispone sobre el procedimiento y el enjuiciamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la declaratoria de constitucionalidad), y estos artículos se refieren exclusivamente a las declaraciones de constitucionalidad/inconstitucionalidad, no haciendo cualquier mención a la derogación de preceptos. Como en términos técnicos no hay diferencia sustancial entre declarar la inconstitucionalidad de una ley anterior o posterior a la Constitución vigente, siempre que esta sea el parámetro de control, la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos preconstitucionales acaba siendo la mejor solución.

En suma, el STF no ha aceptado declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la legislación preconstitucional y tampoco de aquella legislación que se ha vuelto inconstitucional en función de una reforma constitucional. Sin embargo, hay que considerar que “también en Brasil, la alteración de las circunstancias de hecho (la Constitución interactúa con la realidad) y el cambio en la interpretación constitucional, hipótesis de mutación constitucional, podrían dar lugar al surgimiento de la inconstitucionalidad sobrevenida”.¹⁶⁵⁰ Esta advertencia de Clèmerson Clève vale, con todo, exclusivamente para las leyes promulgadas durante la vigencia de la actual Constitución. Salvo cambio en la doctrina del STF, no hay posibilidad de que una ley preconstitucional - recibida por el ordenamiento jurídico basado en la nueva Constitución y en plena vigencia - pueda ser posteriormente declarada inconstitucional de manera sobrevenida en función de una mutación constitucional. Esta posibilidad es preconizada por Teori Zavascki, quien, con apoyo en Kelsen, defiende que el precepto objeto de *recepção* “pasa a ser, a todos los efectos, un precepto creado (o recreado)

¹⁶⁵⁰ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 55. En ese sentido, son bastante ilustrativas las palabras de García de Enterría: “las constituciones no son reglas abstractas y descarnadas, sino derecho vivo, incardinado en la sangre, en las creencias y en los intereses del pueblo, instrumentos por ello vivientes y evolutivos”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La Constitución como norma... op. cit. p. 203. Ver también: VEGA GARCÍA, P. de. La Reforma Constitucional y... op. cit. pp. 177 a 215; LARENZ, K. Metodologia da ciência... op. cit. pp. 495 y sig.; MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 407 y sig. Ver también: HESSE, K. A força normativa... op. cit. p. 22; MAUNZ, T.r; ZIPPELIUS, R.. Deutsches Staatsrecht... op. cit. p. 54; CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e... op. cit. pp. 1212 a 1214. MORTATI, C. Istituzione di Diritto... op. cit. p. 1235.

bajo el régimen de la nueva Constitución y, como los demás así producidos, puede ser impugnado a través de la acción directa de inconstitucionalidad que declare su nulidad, si por un hecho sobreviniente, fuere afectado por vicio de inconstitucionalidad”.¹⁶⁵¹ Es decir, como la ley objeto de recepción y la ley creada bajo la vigencia de la nueva Constitución serían equivalentes, su impugnación haría innecesaria la utilización subsidiaria de la acción por incumplimiento de precepto fundamental. Además, eventual declaración de inconstitucionalidad tendría igualmente efectos *ex tunc*, pero no se retrotraería hasta la fecha en que la ley entró en vigor, sino hasta el hecho sobreviniente generador de la inconstitucionalidad. En otras palabras, una modulación de los efectos temporales de la sentencia.

De todos modos, la realidad es que la doctrina del STF no ha admitido la figura de la inconstitucionalidad sobrevinida en ninguna situación, prefiriendo considerar derogadas tanto las leyes preconstitucionales, como las que se vuelven inconstitucionales tras una enmienda constitucional. Ni siquiera la posibilidad abierta por la ley 9882/1999 - que de forma subsidiaria permite el control concentrado de la legislación anterior a la Constitución en vigor - ha logrado cambiar esta posición, toda vez que el Tribunal se ha limitado a declarar la *no recepción* de la legislación preconstitucional a partir de la promulgación de la Constitución de 1988, con efectos *erga omnes*.

5.2. Sentencias limitativas.¹⁶⁵²

¹⁶⁵¹ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 113. Como ya vimos, la noción de recepción como procedimiento abreviado de creación jurídica viene de Kelsen (KELSEN, H. Teoría general del derecho... op. cit. p. 121) y fue utilizado por el magistrado Sepúlveda Pertence en su voto particular contra la teoría de la derogación en la ADI 2 (Paulo Brossard, j. 06/02/1992, DJU 21/11/1997). Ver también: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. pp. 698 a 703.

¹⁶⁵² En el epígrafe “1.4.2 Efectos retroactivos” hemos analizado no solo las características del efecto *ex tunc* en el derecho constitucional brasileño, sino también la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia del STF respecto a los efectos temporales de la sentencias de inconstitucionalidad, dando especial énfasis a los intentos de consolidación de una jurisprudencia que posibilite la modulación. Por ello, **en el presente epígrafe serán presentadas exclusivamente las sentencias limitativas emitidas con base en las leyes**

La nulidad *ipso jure* y *ex tunc* como efecto típico de la sentencia de inconstitucionalidad era ya la orientación “dominante antes de la adopción del control abstracto de normas en el ordenamiento jurídico brasileño [1965] y adquirió, posteriormente, casi el significado de una verdad axiomática.”¹⁶⁵³ Tras el voto particular pionero del magistrado Leitão de Abreu en 1977, favorable a la eficacia *ex nunc*, el STF llegó a hacer algunas excepciones, siempre que lo considerara estrictamente necesario.¹⁶⁵⁴ Sin embargo, como antes señalado, esta concepción se ha ido gradualmente modificando hacia una flexibilización de los efectos retroactivos, que culminó con la promulgación de las leyes 9868/1999 (art. 27) y 9882/1999 (art. 11). Estas dos leyes, cuyos artículos mencionados tienen idéntica redacción, han pasado a admitir explícitamente que “al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, y teniendo en cuenta razones de seguridad jurídica o excepcional interés social, el Tribunal Supremo Federal podrá, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de aquella declaración o decidir que sólo tenga eficacia a partir de la fecha de la cosa juzgada o del momento que se determine.”¹⁶⁵⁵

La modulación de los efectos temporales, dice Gilmar Mendes, está especialmente indicada para “aquellos casos en que la declaración de nulidad se muestre inadecuada (v.g. lesión positiva al principio de igualdad) o en las hipótesis en que la

9868/1999 y 9882/1999, que pueden ser consideradas el colofón del referido proceso evolutivo. La presentación de las características de estas sentencias tendrán prioridad respecto al debate doctrinal, que, por cierto, ha quedado un tanto obsoleto con el advenimiento de éstas dos leyes.

¹⁶⁵³ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 321 y 322.

¹⁶⁵⁴ Entre otros: Recurso Extraordinario 79.343-BA, voto de Leitão de Abreu, 31/05/1977. Algunas sentencias con limitación de efectos: Recurso Extraordinario 78.533-7/SP, Décio Miranda, 13.11.1981; Recurso Extraordinario 105.789, Carlos Madeira, RTJ n. 118, p. 300, 1986; Recurso Extraordinario 122.202-6/MG, Francisco Rezek, DJ 08.04.1994. Todas en el ámbito del control difuso de constitucionalidad.

¹⁶⁵⁵ Ley 9868/1999, art. 27 (proceso y enjuiciamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad) y Ley 9882/1999, art. 11 (proceso y enjuiciamiento de la acción por incumplimiento de precepto fundamental). La constitucionalidad de ambos artículos está siendo cuestionada en las acciones directas de inconstitucionalidad n.ºs 2154, 2258 (Sepúlveda Pertence) y 2231 (Néri da Silveira), que se encuentran pendientes del pronunciamiento del STF. Sin embargo, la impugnación de los citados artículos no ha impedido la continuidad su aplicación por el Tribunal.

laguna resultante de la declaración de nulidad pueda propiciar el surgimiento de una situación aun más alejada de la voluntad constitucional.”¹⁶⁵⁶ Como se puede apreciar, son argumentos muy parecidos a los utilizados normalmente para justificar las sentencias interpretativas y particularmente las aditivas. De todos modos, son muchas las situaciones concretas en que la aplicación de la teoría de la nulidad sin paliativos se muestra inadecuada y que podrían ser solucionadas de forma más razonable a través de la limitación de efectos, como los conocidos ejemplos sobre la impugnación - por inconstitucionalidad - de normas presupuestarias; del régimen jurídico de los funcionarios públicos, que durante muchos años había sido aplicado sin contestación; o de la ley de organización judicial.¹⁶⁵⁷

La norma brasileña, que prevé un condicionante jurídico (seguridad jurídica) y uno político (excepcional interés social), es claramente parecida al art. 282.4 de la Constitución portuguesa, que no obstante prevé dos condicionantes jurídicos (seguridad jurídica y equidad) y uno político (interés público de excepcional relieve). Tanto en un caso como en otro, la limitación de los efectos temporales de la decisión deberá ser precedida de la aplicación del principio de proporcionalidad. Desde luego no en sus aspectos de adecuación y necesidad, señala Rui Medeiros, toda vez que “la declaración de inconstitucionalidad con eficacia retroactiva y reviviscente de una norma (o de un resultado de una interpretación) es, en principio, adecuada y necesaria a la eliminación de la inconstitucionalidad y al restablecimiento pleno de la normatividad de la norma constitucional violada”.¹⁶⁵⁸ De ahí que asuma relevancia para la limitación de los efectos temporales el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como principio de la *justa medida*, explica Gomes Canotilho: “medios y fines son colocados en ecuación mediante un juicio de ponderación, con el objetivo de avalar si el medio utilizado es o no desproporcionado en relación al fin”.¹⁶⁵⁹ En resumen, la

¹⁶⁵⁶ MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 324.

¹⁶⁵⁷ Ver: [RE 364.304-AgR](#), voto de Gilmar Mendes, j. 03/10/2006, DJ 06/11/2006.

¹⁶⁵⁸ MEDEIROS, R. A decisão de... op. cit. p. 703.

¹⁶⁵⁹ CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional... op. cit. p. 270. En este sentido el STF: “La norma contenida en el art. 27 de la Ley 9868/1999 tiene carácter fundamentalmente interpretativo, toda vez que se entienda que los conceptos jurídicos indeterminados utilizados - seguridad jurídica y excepcional interés social - se revisten de base constitucional. En lo que respecta a la seguridad jurídica, parece no haber duda que encuentra expresión en el propio principio del Estado de Derecho, como ampliamente aceptado por la doctrina patria y foránea. Excepcional interés social puede encontrar fundamento en diversas normas constitucionales. Lo que importa señalar es que, de acuerdo con la interpretación aquí preconizada, el principio de la nulidad sólo será obviado si se puede demostrar, con base en una ponderación concreta,

inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, eficacia retroactiva y reviviscente debe declararse, “a menos que tal solución conlleve un sacrificio excesivo de la seguridad jurídica, de la equidad o de un interés público de excepcional relieve”.¹⁶⁶⁰

Las conclusiones de esos dos autores portugueses son de plena aplicación al caso brasileño. Teori Zavascki recuerda que la doctrina “que afirma la nulidad de la norma inconstitucional y la naturaleza declaratoria que la reconoce”, no queda comprometida con la regla constante del art. 27 de la Ley 9868/1999. “Tal dispositivo, en verdad, reafirma por el contrario la tesis, pues queda implícito que los actos practicados con base en ley inconstitucional son nulos y que solo pueden ser mantenidos en virtud de factores relevantes, como ‘razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social’.”¹⁶⁶¹ Es decir, la regla general de la eficacia *ex tunc* permanece, pero la ley autoriza el STF a sopesarla, siempre y cuando se den una de estas dos condiciones, lo que supone la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.¹⁶⁶² En otras palabras, una vez constatada la existencia de un factor relevante, cabe al Tribunal determinar si y cuando el principio de nulidad dejará o no de prevalecer. La excepcionalidad de la modulación ha sido confirmada por el STF en sus decisiones.¹⁶⁶³ La posibilidad de modular los efectos de la sentencia confiere al precepto declarado inconstitucional, de forma excepcional, la condición de anulable, acercando los efectos de la inconstitucionalidad a los de la derogación. Con todo, la eficacia *ex tunc* permanece como regla, a pesar de la defensa de la tesis contraria que hacen algunos

que la declaración de inconstitucionalidad ortodoxa involucra el sacrificio de la seguridad jurídica o de otro valor constitucional subsumible bajo la forma de interés social.” ([AI 474.708-AgR](#), Gilmar Mendes, decisión singular, j.17/03/2008, *DJE* 18/04/2008).

¹⁶⁶⁰ MEDEIROS, R. A decisão de... op. cit. p. 704.

¹⁶⁶¹ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 49. En el mismo sentido: MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 341.

¹⁶⁶² MEIRELLES, H.L. Mandado de... op. cit. p. 360.

¹⁶⁶³ [Recurso Extraordinario 395.902-AgR](#), Celso de Mello, j. 07/03/2006, DJ 25/08/2006: “La declaración de inconstitucionalidad tiene, ordinariamente, eficacia *ex tunc* (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retrocediendo al momento en que había entrado en vigor el acto estatal reconocido como inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.”

En el mismo sentido el [ADI 2728-ED](#), Marco Aurélio, j. 19/10/2006, DJ 05/10/2007: “El orden natural de las cosas lleva a tener como regla la retroacción de la eficacia del *acórdão* declaratorio constitutivo negativo a la fecha de la integración de la ley proclamada inconstitucional (...). Retroactividad total. No existiendo petición de fijación de fecha de inicio distinta, no se puede alegar omisión en el *acórdão* por medio del cual se concluyó por la existencia de conflicto del acto normativo autónomo abstracto con la Constitución, eliminándolo desde su vigencia.”

autores minoritarios, como Regina Ferrari, que considera que la ley no puede ser simplemente nula, puesto que tiene presunción de constitucionalidad.¹⁶⁶⁴

De todos modos, la flexibilización que ampara la ley permite que el Tribunal module de forma bastante amplia los efectos de sus sentencias, poniendo de manifiesto que los términos en que se emite la decisión pasen a ser esenciales para determinar su alcance.¹⁶⁶⁵ Esta es una cuestión muy importante, aunque sólo sea por la gravedad de las consecuencias que puede ocasionar la modulación de efectos. Por eso, señala Zeno Veloso, algunos políticos y juristas manifiestan el temor de que, “ante una regla como la del art. 27, un tributo declarado inconstitucional por una decisión del STF, en acción directa, pueda ser considerado obligatorio hasta el periodo anterior al de la decisión, privando de cualquier derecho de restitución por parte del Estado.”¹⁶⁶⁶ Esta es, efectivamente, la crítica de Ives G. Martins, quien considera que “tal entendimiento puede generar, principalmente en el campo del derecho tributario, la irresponsabilidad impositiva, con la posibilidad de que las exacciones inconstitucionales, incluso tras la decisión definitiva de la Suprema Corte, perpetúen sus efectos inconstitucionales, pudiendo el Estado – que violentó la Constitución – estar autorizado a no devolver el producto ilegítimamente recaudado, dada la eficacia otorgada a la decisión definitiva”.¹⁶⁶⁷

Sin embargo, es posible afirmar que tal preocupación, aunque entendible, no debe ser sobredimensionada, porque la limitación de efectos no puede ser aplicada al pleno arbitrio del STF. El propio artículo 27 de la ley 9868/1999 establece la

¹⁶⁶⁴ FERRARI, R.M.M.N. Efeitos da declaração... op. cit. p. 283.

¹⁶⁶⁵ Respecto a las posibilidades de modulación de efectos fruto del art. 27 de la ley 9868/1999, Zeno Veloso señala que “observadas las constituciones extranjeras y las leyes orgánicas de los respectivos Tribunales Constitucionales, concluimos que en ningún país se ha conferido margen tan amplio de decisión, delante de la controversia constitucional, como la adoptada por la Ley 9868/1999 al STF.” En: VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 196.

¹⁶⁶⁶ VELOSO, Z. Controle jurisdicional... op. cit. p. 196.

¹⁶⁶⁷ Ives Gandra Martins resume así su posición respecto al efecto *ex nunc*: “sería como permitir al asaltante quedarse con todo el producto del robo declarado hasta el momento en que se produjo su condena, prohibiéndole que vuelva a robar a las mismas víctimas después de condenado”. En: MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. pp. 205 y 206. Sin embargo, la cuestión tributaria es tratada de forma diferenciada por el STF. Por ejemplo: “En función del texto constitucional que rige el Impuesto sobre Productos Industrializados y el sistema jurisdiccional brasileño, no es posible modular los efectos del pronunciamiento del Tribunal Supremo. Con ello se proporciona a la Carta de la República la mayor eficacia posible y se consagra el principio de la seguridad jurídica.” ([RE 353.657](#), Marco Aurélio, j. 25/06/2007, DJE 07/03/2008).

indispensable ponderación de razones de orden jurídico y político - a través del principio de proporcionalidad - y la exigencia de los votos de una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros del Tribunal, garantizando así una amplia discusión por el Pleno. Como mantiene Teori Zavascki, “el STF hace prevalecer el bien jurídico que considera más relevante en la situación en causa, aunque ello suponga el mantenimiento de los actos o situaciones formados en base a la ley que se suponía válida, pero que era nula”. Y para los que piensan que con esa actitud el Tribunal se aproxima en exceso a la actividad legislativa, el autor subraya que “esto es juzgar, no legislar. El legislador crea normas para disciplinar situaciones futuras. El STF, al aplicar el art. 27 de la ley 9868/1999, realiza un juicio de valor sobre hechos pasados”.¹⁶⁶⁸

La modulación de efectos permitida por la ley puede producirse tanto en relación al futuro como al pasado. Respecto al futuro, la limitación de efectos podrá suponer que la declaración de inconstitucionalidad valga a partir de la fecha en que la decisión hace cosa juzgada (*ex nunc*) o, incluso, a partir de una fecha posterior (*pro futuro*). Respecto al pasado, la retroactividad (*ex tunc*) de la declaración puede ser atenuada de forma parcial – sin retroceder hasta la fecha en que la ley entró en vigor – o de forma mitigada – siendo total, pero excluyendo de sus efectos a algunas situaciones específicas. A menos que el Tribunal entienda lo contrario, la limitación no afecta a la reviviscencia de la ley anterior. La tipología aquí asumida, por lo tanto, abarca cuatro sentencias limitativas. Aunque otras clasificaciones como la de Gilmar Mendes también prevén cuatro tipos de decisiones, este autor no considera un tipo autónomo la retroactividad parcial e incluye en la tipología la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad.¹⁶⁶⁹ A pesar de que este último tipo de sentencias pueda encontrar base en la expresión “restringir los efectos de aquella declaración”, contenida en el art. 27 de la 9868/1999, hemos preferido incluirla entre las sentencias apelativas, toda vez que contiene como mínimo una exhortación implícita al legislador, para que elabore nueva ley.

¹⁶⁶⁸ ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 50.

¹⁶⁶⁹ La tipología de Gilmar Mendes, por lo tanto, abarca respecto al futuro las declaraciones de inconstitucionalidad con efectos *ex nunc* y *pro futuro*. Respecto al pasado, el autor prevé la declaración de inconstitucionalidad con efecto retroactivo, pero preservando algunas situaciones (que aquí hemos optado por llamar retroactividad mitigada). Además, incluye la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad. En: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 395.

Todas esas modulaciones pueden potencialmente aplicarse íntegramente a la acción directa de inconstitucionalidad (art. 27, Ley 9868/1999), pero solo de manera parcial a la acción por incumplimiento de precepto fundamental (art. 11, Ley 9882/1999). La razón consiste en que la modulación de los efectos temporales implica la necesaria existencia de un juicio de inconstitucionalidad y este no siempre es el resultado de la estimación de una acción por incumplimiento de precepto fundamental, puesto que su objeto se extiende también a las normas preconstitucionales. Estas normas, como se ha visto, no son declaradas inconstitucionales por el STF, que se limita a declarar su *no recepción* (derogación). Algo semejante ocurre en el control difuso, en cuyo ámbito el STF excepcionalmente ha reconocido la posibilidad de limitar los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad¹⁶⁷⁰, pero no la reconoce para la declaración de *no recepción* de leyes anteriores a la nueva Constitución.¹⁶⁷¹

¹⁶⁷⁰ La modulación de efectos en el control difuso no será aquí analizada, por ya haber sido estudiada anteriormente en el epígrafe “1.5 – Efectos en el control difuso (concreto)”, particularmente en el epígrafe “1.5.1 ¿Abstractivización del control concreto?”

- Voto favorable a la modulación en el control difuso: “Aunque la ley 9868/1999, haya autorizado el STF a declarar la inconstitucionalidad con efectos limitados, es lícito indagar sobre la admisibilidad del uso de esa técnica de decisión en el ámbito del control difuso. Resáltese que no se está discutiendo la constitucionalidad del art. 27 de la ley 9868/1999. Cuidase aquí tan solo de examinar la posibilidad de aplicación de la orientación en él contenida en el control incidental de constitucionalidad. (...) En lo que interesa a presente cuestión, resáltese que el modelo difuso no se muestra incompatible con la doctrina de la limitación de efectos.” ([AC 189-MC-QQ](#), voto de Gilmar Mendes, j. 09/06/2004, *DJ* 27/08/2004).

- *Acórdãos* contrarios a la modulación en el control difuso: “El demandante alega que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley municipal deberían ser *ex nunc*, en virtud de razones de seguridad jurídica y de prevalencia del interés social. Todavía, este Tribunal Supremo decidió que la norma apuntada como soporte legal para la modulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad — art. 27 de la Ley 9868/1999 — no se aplica al caso, puesto que se impone en el control abstracto de constitucionalidad ([RE 395.654-AgR](#), Carlos Britto, Sala Primera, *DJ* 03/03/2006; [AI 428.886-AgR](#), Eros Grau, Sala Primera, *DJ* 25/02/2005; y [RE 430.421-AgR](#), Cezar Peluso, Sala Primera, *DJ* 04/02/2005).” ([AI 666.455](#), Carmen Lúcia, decisión singular, j. 20/06/2007, *DJ* 08/08/2007). En el mismo sentido: [AI 591.803-AgR](#), Ellen Gracie, decisión singular, j. 16/10/2009, *DJE* 04/11/2009.

- La posición del STF: “La orientación del Tribunal Supremo Federal admite, en situaciones extremas, el reconocimiento de efectos meramente prospectivos a la declaración incidental de inconstitucionalidad.” ([AI 472.768-AgR](#), Joaquim Barbosa, j. 21/11/2006, *DJ* 16/02/2007).

“Efectos. Principio de la seguridad jurídica. Situación excepcional en que la declaración de nulidad, con sus normales efectos *ex tunc*, resultaría grave amenaza a todo el sistema legislativo vigente. Prevalencia del interés público para asegurar, en carácter de excepción, efectos *pro futuro* a la declaración incidental de inconstitucionalidad.” (Recurso Extraordinario 197.917, Maurício Corrêa, 06/06/2002, *DJ* 07/05/2004).

¹⁶⁷¹ “Petición que busca la aplicación de la técnica de la modulación de los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad. Imposibilidad, por el hecho de que el Tribunal Supremo Federal no profirió decisión de inconstitucionalidad del acto estatal cuestionado, limitándose a emitir mero juicio negativo de recepción. Las nociones de no-recepción e inconstitucionalidad no se confunden” ([RE 395.902-AgR](#), Celso de Mello, j. 07/03/2006, *DJ* 25/08/2006). En el mismo sentido: [AI 589.281-AgR](#), Celso de Mello, j. 05/09/2006, *DJ* 10/11/2006); [AI 720.991](#), Carmen Lúcia, decisión singular, j.19/05/2009, *DJE* 27/05/2009.

La posibilidad de que el STF module los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad “más allá” o “más acá” de la eficacia *ex nunc* en sentido estricto - es decir, otorgándole efectos *pro futuro* o de retroactividad parcial - ha sido enfáticamente criticada por Lenio Streck, para quien tal previsión “fragiliza la fuerza normativa de la Constitución, pues permite la modulación de efectos a partir de vagos y ambiguos fundamentos en la existencia de *razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social (sic)*”.¹⁶⁷² El autor admite tan solo la posibilidad de un efecto *ex nunc* en sentido estricto, por “razones de orden pragmático”. Las demás alternativas, supuestamente propiciadas por la ley, “estarían atribuyendo un espacio de arbitrariedad al STF que, con toda evidencia, viola los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.¹⁶⁷³ Además, señala que las modulaciones a este nivel son

El magistrado Gilmar Mendes entiende posible la modulación de efectos en caso de no-recepción: “Entiendo que el alcance en el tiempo de decisión judicial determinante de no-recepción de derecho preconstitucional puede ser objeto de discusión. Y los precedentes citados comprueban la asertiva. Como demostrado, hay posibilidad de modularse los efectos de la no-recepción de norma por la Constitución de 1988, siempre que un juicio de ponderación justifique el uso de tal recurso de hermenéutica constitucional. No obstante...” ([AI 631.533](#), Gilmar Mendes, decisión singular, j. 12/03/2007, DJ 18/04/2007)

¹⁶⁷² STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 697. Es interesante comparar esta afirmación con la teoría de Rui Medeiros, para quien el concepto de interés público de excepcional relieve - contenido en el art. 282, nº 4 de la Constitución portuguesa, que permite la limitación de efectos - es “indeterminado para abarcar todos los intereses constitucionalmente protegidos no subsumibles en las nociones de seguridad jurídica y de equidad. O sea, en otras palabras, es en la propia Constitución, en cuanto *tête de chapitre* del ordenamiento, en la que residen los fundamentos de la limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad”. Como la decisión debe ser obligatoriamente fundamentada, el Tribunal deberá “indicar claramente el interés constitucional que pretende salvaguardar con la restricción de efectos y los motivos concretos que imponen tal medida”. Para el autor, “es el propio principio de constitucionalidad en sentido amplio el que sirve de fundamento a la decisión de limitación de efectos”. En: MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade...* op. cit. pp. 710 y 711. De otra parte, algunos autores italianos consideran que tan sólo la aparición de un *factum* normativo nuevo puede ser un motivo válido para que el Tribunal emita una sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida. El *bilanciamento* entre valores - una de las formas utilizadas por la *Corte Costituzionale* para emitir una decisión de inconstitucionalidad sobrevenida - acabaría por dar al TC un verdadero poder autónomo sobre los efectos temporales de sus pronunciamientos, que, al fin y al cabo, le permitiría disciplinar y determinar libremente la eficacia de las normas constitucionales. Por ello, las alternativas a la ponderación de valores propuestas por autores como Zagrebelsky, Onida o Pinardi, son todas soluciones de *lege ferenda*. Con matices, defienden fundamentalmente la necesidad de emitir una sentencia estimatoria simple o *ex tunc*, seguida de la intervención del legislador, que deberá regular cuestiones pertinentes como la cosa juzgada, la prescripción o la caducidad. Ver: ZAGREBELSKY, G. *Il controllo da parte ...* op. cit. pp. 219 y sig.; ONIDA, V. *Considerazioni sul tema...* op. cit. pp. 187 y sig.; PINARDI, R. *La Corte, i giudici...* op. cit. pp. 173-177 y 187-188. Ver también: ONIDA, V. *Considerazioni sul tema...* op. cit. p. 186.

¹⁶⁷³ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 697 y 698. El STF apunta justamente la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad para justificar una eventual modulación de efectos: “El principio de la nulidad continúa siendo la regla también en el derecho brasileño. Su no incidencia dependerá de un severo juicio de ponderación que, fundado en el principio de proporcionalidad, haga prevalecer la idea de seguridad jurídica u otro principio constitucional manifestado bajo la forma de interés social relevante. Por ello, aquí, como en el derecho

“absolutamente extrañas al derecho constitucional brasileño”.¹⁶⁷⁴ Con todo, conviene recordar que la tradición constitucional brasileña, que reduce al STF al papel de legislador negativo, tampoco ampara el uso de sentencias manipulativas y ello no ha impedido que eventualmente el STF las utilice. Además, la tradición de atribuir efectos *ex tunc* a la sentencia de inconstitucionalidad tampoco amparaba la limitación de efectos realizada en casos puntuales por el STF antes del advenimiento de la ley 9868/1999. Por lo tanto, si se tomara en consideración estrictamente la tradición constitucional brasileña, coherentemente no se podría admitir cualquier tipo de manipulación – sea del contenido de los preceptos legales para volverlos conformes a Constitución, sea de los efectos temporales, para evitar problemas aun más graves que los de la propia declaración de inconstitucionalidad.¹⁶⁷⁵

De modo que, si bien es verdad que la ley da una amplitud de manipulación temporal sin precedentes al STF, y si también es verdad que sin la ley el Tribunal ya modulaba los efectos (por mayoría simple) cuando lo entendía imprescindible, no parece un despropósito que los representantes elegidos por el pueblo impongan, a través de la ley, las condiciones mínimas en que esa manipulación puede producirse. En la hipótesis de que el STF no utilice de forma proporcional, razonable, responsable y fundamentada - en los términos del art. 93, IX CFB - la amplia posibilidad de modulación que el Parlamento le otorgó, siempre puede el propio

portugués, la no aplicación del principio de la nulidad no podrá basarse en consideraciones de política judicial, sino en fundamento constitucional propio. Entre nosotros el legislador concibió un modelo restrictivo también en el aspecto procedimental, exigiendo la necesidad de un quórum especial (dos tercios de los votos) para la declaración de inconstitucionalidad con efectos limitados. Tendrá especial significado el principio de la proporcionalidad en sentido estricto, como instrumento de medición de la justeza de la declaración de inconstitucionalidad (con efecto de la nulidad), en virtud de la contraposición entre los intereses afectados por la ley inconstitucional y aquellos que serían eventualmente sacrificados como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad. ([ADI 875](#); [ADI 1.987](#); [ADI 2.727](#), voto de Gilmar Mendes, j. 24/02/2010, Plenário, *DJE* 30/04/2010.)

¹⁶⁷⁴ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. p. 697.

¹⁶⁷⁵ En cuanto a la supuesta importación de prácticas jurídicas extrañas a la tradición del derecho constitucional brasileño, es siempre bueno recordar las sabias palabras del maestro Paulo Bonavides: "No se contraponga que las consideraciones copiosamente apuntadas acerca de esta nueva dirección jurisprudencial se deriven de sistemas jurídicos diferentes y que son del todo inútiles para nuestro orden institucional. Para desvanecer una afirmación de este tipo, notoriamente inane y disparatada, basta con no olvidar que todo el Derecho Constitucional brasileño durante la Primera República [principios del siglo XX] evolucionó doctrinariamente atado a los clásicos del derecho público norteamericano y a jueces célebres de la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuyas lecciones sobre *judicial control*, por ejemplo, fueron aquí acogidas en razones forenses, decisiones, artículos de doctrina, así como en innumerables publicaciones que han enriquecido nuestras letras jurídicas." En: BONAVIDES, P. *Curso de...* op. cit. 7. ed., 1997, p. 309.

legislador derogar o modificar dicha regulación facultativa. Y hasta el momento – la ley ya ha cumplido diez años – no parece que el Tribunal haya utilizado estas facultades de forma abusiva.¹⁶⁷⁶ Lo que sí se le puede criticar es la incomprensible morosidad – que se acerca al desinterés – en el enjuiciamiento de las acciones que cuestionan la constitucionalidad de estos dispositivos y que se remontan al año 2000.¹⁶⁷⁷

5.2.1. Limitación de los efectos temporales en relación al futuro: inconstitucionalidad con eficacia *ex nunc* o *pro futuro*.

Las decisiones con efectos *ex nunc* o *pro futuro* han sido regularmente emitidas por el Tribunal Supremo Federal en el control concentrado, gracias a la expresa autorización que le concede los artículos 27 de la Ley 9868/1999 y 11 de la Ley 9882/1999. Sin embargo, estas modalidades de decisiones también son utilizadas excepcionalmente en el control difuso, obedeciendo siempre los mismos requisitos exigidos para su emisión en el control concentrado (razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social).¹⁶⁷⁸ Con la declaración de inconstitucionalidad con **eficacia *ex nunc***, el precepto legal impugnado queda eliminado del ordenamiento jurídico a

¹⁶⁷⁶ Gomes Canotilho considera que el Tribunal Constitucional portugués ha utilizado de forma excesiva la posibilidad que la Constitución le confiere de modular los efectos de sus pronunciamientos. En: CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional...* op. cit. p. 1005.

¹⁶⁷⁷ Como vimos, la constitucionalidad de los artículos 27 de la Ley 9868/1999 y 11 de la Ley 9882/1999 ha sido cuestionada en las acciones directas de inconstitucionalidad n. 2154, 2258 (Sepúlveda Pertence) y 2231 (Néri da Silveira). Estas tres acciones se encuentran pendientes del pronunciamiento final del STF, que, sin embargo, continúa aplicando los preceptos cuestionados con total normalidad.

¹⁶⁷⁸ Por ejemplo: “Los principios de la buena fe y de la seguridad jurídica autorizan la adopción del efecto *ex nunc* para la decisión que decreta la inconstitucionalidad. Además, los perjuicios que advendrían para la Administración serían mayores que las eventuales ventajas de deshacer los actos administrativos.” ([RE 442.683](#), Carlos Velloso, j. 13/12/2005, *DJ* 24/03/2006).

partir de la fecha en que la sentencia produce cosa juzgada.¹⁶⁷⁹ En la declaración de inconstitucionalidad con **eficacia *pro futuro*** – una novedad en el sistema brasileño - la eficacia de la sentencia se difiere a una fecha futura, que deberá ser fijada por el STF, aplicando criterios de proporcionalidad.¹⁶⁸⁰ Mientras tanto, a pesar de ser inconstitucional, seguirá en vigor.¹⁶⁸¹ Estos dos tipos de sentencia buscan reducir los eventuales efectos perjudiciales de la declaración de inconstitucionalidad, particularmente por la laguna legal creada. Este último aspecto puede ser suavizado aun más eficazmente a través de una sentencia con eficacia *pro futuro*, dado que esta posterga los efectos de la declaración de inconstitucionalidad para un periodo que va más allá de la fecha de la sentencia (*ex nunc*). De hecho, la ley proporciona al STF un amplio espacio de actuación discrecional, pues le confiere la posibilidad teórica de retrasar los efectos de la decisión de inconstitucionalidad de forma prácticamente ilimitada, siempre y cuando aplique a cada situación los imprescindibles principios de proporcionalidad y razonabilidad. La busca de la justa medida debe evitar al máximo el mantenimiento en vigor de leyes ya declaradas inconstitucionales por un tiempo demasadamente prolongado. No por otro motivo las constituciones de ciertos países han impuesto límites temporales a la modulación de efectos de la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional.¹⁶⁸² Una determinación que va en el sentido de disminuir el poder discrecional de los tribunales en materia tan importante y que tal vez debiera ser adoptada en Brasil.

¹⁶⁷⁹ Efectos *ex nunc*:

[ADI 2904](#), Menezes Direito, j. 15/04/2009, *DJE* 25/09/2009: “Aplicación al caso del art. 27 de la Ley 9868/1999, para dar eficacia *ex nunc* a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º de la Ley Complementar/PR 93/2002, de modo que se preserve la situación jurídica de todos los funcionarios jubilados hasta la fecha de la sesión de este enjuiciamiento.”

[ADI 2.501](#), Joaquim Barbosa, j. 04/09/2008, *DJE* 19/12/2008: “se estima la modulación de los efectos de la decisión (art. 27 de la ley 9868/1999), a fin de que sean considerados válidos los actos (...) practicados (...) hasta la presente fecha (...).”

¹⁶⁸⁰ Efectos *pro futuro*:

ADI 3458, Eros Grau, j. 21/02/2008, *DJE* 16/05/2008: “El Tribunal, por mayoría, moduló los efectos de la declaración de inconstitucionalidad para dar efectividad a la decisión transcurridos sesenta días tras la publicación del *acórdão*.”

[ADI 3.819](#), Eros Grau, j. 24/10/2007, *DJE* 28/03/2008: “Modulación de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad. Efectos prospectivos, a partir de 6 (seis) meses contados de 24 de octubre de 2007.”

¹⁶⁸¹ Ver: MORAES, A. de. *Direito Constitucional...* op. cit. 11. ed. p. 626; MEIRELLES, H.L. *Mandado de...* op. cit. p. 360.

¹⁶⁸² Constitución austríaca: art. 140, nº 5; Constitución griega: art. 100, nº 4; Constitución polaca: art. 190, nº 3; Constitución estonia: art. 161; Constitución lituana: art. 26.

La sentencia de inconstitucionalidad siempre es declaratoria y la modulación de sus efectos, para que se limite a tener eficacia *ex nunc*, no la vuelve constitutiva. Se trata tan solo de una excepción a la regla general del efecto *ex tunc*, inherente a la decisión de inconstitucionalidad.¹⁶⁸³ Tanto es así que la declaración *ex nunc* también conlleva la reviviscencia de la legislación anterior, salvo determinación en contrario, como si de una decisión retroactiva se tratara. No debe, por lo tanto, ser confundida con la sentencia constitutiva de las relaciones jurídicas regidas por la legislación ordinaria, cuya regla es la producción de efectos a partir de la publicación de la sentencia, pero que solo excepcionalmente admite la retroactividad (por ejemplo, la acción de rescisión de contrato por falta de pago).¹⁶⁸⁴ La sentencia de inconstitucionalidad *pro futuro* es igualmente declaratoria y también implica la reviviscencia de la legislación anterior, salvo determinación en contrario del STF.

De manera que los efectos *ex nunc* y *pro futuro* no impiden la reviviscencia de la ley anterior. De hecho, el art. 11, § 2º de la misma ley 9868/1992 prescribe que “la concesión de medida cautelar vuelve aplicable la legislación anterior hipotéticamente existente, salvo expresa manifestación en sentido contrario”,¹⁶⁸⁵ no estableciendo excepción en caso de modulación temporal de los efectos. Aunque este precepto se refiera a la medida cautelar, el STF ha entendido que implícitamente autoriza a la reviviscencia también en el caso de una decisión definitiva. Y no podría ser de otro modo, porque si una medida provisional lo permite, con mucho más razón deberá poder preverlo la decisión definitiva. La verdad es que la reviviscencia de la legislación anterior es un efecto que se consolidó jurisprudencialmente con base en la eficacia *ex tunc* de la decisión de inconstitucionalidad. Es decir, con base en la teoría de la nulidad del precepto declarado inconstitucional. Y ello porque siempre se había entendido que “la premisa de la no admisión de efectos válidos provenientes del acto inconstitucional conduce, inevitablemente, a la tesis de la reviviscencia de la norma derogada.”¹⁶⁸⁶ Y esta concepción se ha mantenido incluso con la posibilidad de modular

¹⁶⁸³ Ver: ZAVASCKI, T.A. Eficácia das sentenças... op. cit. p. 49; MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 341.

¹⁶⁸⁴ CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R.D. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 305.

¹⁶⁸⁵ Los efectos de la decisión en medida cautelar son ordinariamente *ex nunc* y excepcionalmente *ex tunc*. Ver epígrafe 1.4.4 Efectos de la decisión en medida cautelar.

¹⁶⁸⁶ BARROSO, L.R. Interpretação e... op. cit. p. 92. Ver también: MORAES, A. de. Jurisdição Constitucional e... op. cit. p. 272; BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S. Comentários à... op. cit. p.

los efectos temporales de la sentencia. Por lo tanto, la regla general de la reviviscencia de la legislación anterior derogada por la norma declarada inconstitucional permanece intacta, incluso en presencia de efectos *ex nunc* o *pro futuro*, pero el STF está autorizado a ponderar las eventuales excepciones.

En suma, la ley declarada inconstitucional con eficacia *ex nunc* permanecerá en vigor y produciendo efectos hasta la fecha en que la sentencia produzca cosa juzgada.¹⁶⁸⁷ Y la declarada inconstitucional con eficacia *pro futuro*, hasta la fecha fijada por el STF.¹⁶⁸⁸ Algo muy semejante a lo que ocurre con la norma derogada por otra que la sucede, puesto que permanece en vigor normalmente hasta la fecha de su derogación. Por ese motivo, es interesante constatar que el fenómeno de la reviviscencia de la legislación anterior por declaración de inconstitucionalidad - que Ives G. Martins prefiere llamar restablecimiento¹⁶⁸⁹ - acaba acercándose al de la reviviscencia en los términos de la Ley de Introducción al Código Civil (LICC), que en su art. 2º, § 3º prevé que “excepto por disposición en contrario, la ley derogada no se restaura por haber la ley derogadora perdido la vigencia”. Ley anulada con eficacia *ex nunc* o *pro futuro* y ley derogada, por lo tanto, tienen en común un tiempo de vigencia con plena validez, en que permanece surtiendo efectos. Sin embargo, la reviviscencia de la ley anterior a la derogada debe estar expresamente prevista en la ley derogadora, mientras la reviviscencia de la ley declarada inconstitucional, con o sin eficacia *ex tunc*, es automática, aunque puede ser impedida.

87; BITTENCOURT, L. O controle da... op. cit. p. 147; Ives Gandra Martins en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. pp. 208 y sig.

¹⁶⁸⁷ Efectos *ex nunc*:

“Norma promulgada en octubre de 1989 y contestada en noviembre de 2005. Durante estos dieciséis años, fueron consolidadas diversas situaciones jurídicas, principalmente en el campo financiero, tributario y administrativo, que no pueden, so pena de ofensa a la seguridad jurídica, ser invalidadas desde su origen. Por esta razón, considero legítima la hipótesis de aplicación de efectos *ex nunc* a la declaración de inconstitucionalidad.” ([ADI 3.615](#), voto de Ellen Gracie, j. 30/08/2006, DJ 09/03/2007).

¹⁶⁸⁸ Efectos *pro futuro*:

El Pleno del STF “estima, en parte, la acción directa respecto al art. 45 de la Constitución del Estado de Rio Grande del Sur, y, también por unanimidad, declara inconstitucional la letra a, del Anexo II, de la Ley Complementaria 10.194, de 30 de mayo de 1994, del Estado de Rio Grande del Sur, y decide restringir el efecto de esa decisión para a partir del 31 de diciembre del corriente año” (2004). ([ADI 3.022](#), Joaquim Barbosa, j. 02/08/2004, DJ 04/03/2005)

¹⁶⁸⁹ Ives Gandra Martins en MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. Controle concentrado... op. cit. p. 210.

5.2.2. Limitación de los efectos temporales en relación al pasado: inconstitucionalidad con retroactividad mitigada o parcial.

La ley 9868/1999 no se limita a permitir la modulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en relación al futuro, pues posibilita asimismo la limitación de sus efectos respecto al pasado. Aunque este tipo de modulación apenas ha sido utilizado, el art. 27 autoriza al STF a “restringir los efectos de aquella declaración o a decidir que esta sólo tenga eficacia a partir de la fecha de la cosa juzgada o de otro momento determinado”. Una redacción que da margen a que el Tribunal limite la retroactividad de dos maneras distintas: conservando intactos los efectos *ex tunc*, pero apartando algunas situaciones específicas de estos efectos; o limitando parcialmente los propios efectos *ex tunc*. La **retroactividad mitigada** – “restringir los efectos de aquella declaración” – permite al Tribunal declarar la inconstitucionalidad *ex tunc*, “siempre que preserve algunas situaciones singulares (v.g., razones de seguridad jurídica) que, según entendimiento del Tribunal, deban de ser mantenidas incólumes”.¹⁶⁹⁰ Es decir, la retroactividad efectivamente es total, pero ciertas situaciones puntuales no se ven afectadas por la declaración de nulidad (*ex tunc*), porque el Tribunal así lo determina, con base en “razones de seguridad jurídica o excepcional interés social”.¹⁶⁹¹ Dado que

¹⁶⁹⁰ MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. p. 396.

¹⁶⁹¹ Antes de la edición de la Ley 9868/1999 (y incluso antes de la Constitución de 1988) el STF llegó a limitar los efectos de algunas de sus sentencias emitidas en el ámbito del control difuso, al constatar que podrían vulnerar la seguridad jurídica, o por razones de derecho adquirido, buena fe, cosa juzgada u otro principio constitucional que considerara prevalente. El principio de la irreductibilidad salarial de los magistrados fue utilizado por el Tribunal para mantener los sueldos de los jueces, que habían sido reajustados de forma inconstitucional. Textualmente: “De ahí porque tal garantía [irreductibilidad salarial de los magistrados] supera el efecto *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad de la norma...” (RE 105.789, Carlos Madeira, j. 15/04/1986, DJ 09/05/1986). El STF también consideró legítimo un acto practicado por un funcionario público *de facto* - había sido investido en sus funciones bajo una ley posteriormente declarada inconstitucional -, esgrimiendo argumentos como la “apariencia de legalidad” y la “ausencia de perjuicio” (RE 78.533-7/SP, Décio Miranda, 13.11.1981). En otra ocasión, ya con la Constitución de 1988 en vigor, el STF emitió en el control abstracto una sentencia de inconstitucionalidad (RP 1379-1) y posteriormente limitó el alcance de su efecto *ex tunc* cuando la aplicó a los hechos, o más específicamente, cuando juzgó un recurso extraordinario en una

los procesos judiciales en los que ya se ha producido cosa juzgada no se ven afectados por la decisión de inconstitucionalidad *ex tunc*, sería posible imaginar una situación en que el STF excluyera de los efectos retroactivos de su sentencia, a una decisión judicial no firme. Es evidente que una limitación tan individualizada necesita una fundamentación detallada. Con todo, la realidad es que la sentencia de retroactividad mitigada siempre estará autorizando en definitiva la aplicación de una ley inconstitucional a una o más situaciones específicas aun pendientes de decisión definitiva en los tribunales. ¿Es razonable permitir que el guardián de la Constitución vaya tan lejos? Todo indica que no, puesto que los efectos *erga omnes* de la decisión de inconstitucionalidad son inherentes al control concentrado. Y esta es la cuestión principal. No se trata aquí de una “mera” mitigación de efectos retroactivos, sino de mitigación de los propios efectos generales. Y la debilitación de los efectos *erga omnes* tiene potencial para debilitar por ende el sistema como un todo. Tal vez por ello el STF todavía no se ha atrevido últimamente a emitir sentencias de este tipo.

Por otro parte, el mismo art. 27 permite que el STF decida que la sentencia sólo tenga eficacia a partir “*de otro momento determinado*”. Como vimos anteriormente, esta disposición legal permite que el Tribunal emita sentencias *pro futuro*. Con todo, nada impide que este “*otro momento determinado*” esté en el pasado. Es decir, la amplitud de este precepto abre también la posibilidad de modular los efectos en relación al pasado. Es la **sentencia de retroactividad parcial**, que podrá ser modulada para tener efectos a partir de uno de los días comprendidos en el periodo de tiempo que media entre la fecha de lo que sería una decisión con eficacia *ex tunc* y la fecha de lo que sería una decisión con eficacia *ex nunc*. Es decir, el STF declara la inconstitucionalidad con efectos retroactivos a una fecha posterior a la de la entrada en vigor de la norma impugnada y anterior a la de la sentencia. Algo semejante a la siguiente decisión del STF: “teniendo en cuenta razones de seguridad jurídica y de

demandas judiciales. La decisión, con base en el principio del derecho adquirido, se plasmó en los siguientes términos: “la retribución declarada inconstitucional no necesita ser devuelta en el período de validez no cuestionada de la ley de origen, pero tampoco pagada tras la declaración de inconstitucionalidad” (RE 122.202-6/MG, Francisco Rezek, DJ 08.04.1994). La validez de los hechos, por lo tanto, podrá ser discutida en los tribunales, pero, cuando el STF limita la sentencia de inconstitucionalidad abstracta en un caso concreto, la decisión tiene evidentemente tan solo efectos *inter partes*. En el ámbito del control concentrado hubo votos particulares en las acciones directas de inconstitucionalidad 513 (tributos) y 1.102 (seguridad social), en las que se discutió la posibilidad de limitar los efectos (ADI 513, Célio Borja, DJU 30.10.1992 y ADI 1102, Maurício Corrêa, DJU 17.11.1995). Ver: MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 338 y sig.; CLÈVE, C.M. A fiscalização abstrata... op. cit. p. 253.

excepcional interés social, se aplica el art. 27 de la Ley 9.868/1999, para atribuir a la declaración de inconstitucionalidad efectos a partir de la Enmienda Constitucional n. 45, de 31/12/2004.¹⁶⁹² Una de las leyes impugnadas por inconstitucionalidad era la Ley n° 1.936, de 21 de diciembre de 1998, y la otra era la Ley n° 1.135, de 15 de abril de 1991, ambas del Estado de *Mato Grosso do Sul*. Como el enjuiciamiento de la acción ocurrió en 18/06/2007, se percibe que el STF moduló los efectos retroactivos de la sentencia, para que esta no incidiera en el periodo anterior a 31/12/2004, es decir, evitó que la retroactividad pudiera alcanzar el año de 1991. En el caso, se evitó que varias asociaciones de magistrados, procuradores de Estado y de policías - que de forma inconstitucional se beneficiaban de fondos procedentes de retribuciones por servicios judiciales – tuvieran que devolver integralmente todo el numerario indebidamente recibido, poniendo en jaque su patrimonio. Así como en la limitación *ex tunc, pro futuro* y en las propias sentencias apelativas – en sentido estricto y en la forma de declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad –, que veremos a continuación, este tipo de limitación de la retroactividad normalmente se aplica tomando en consideración cuestiones económicas. Su fundamento, con todo, reside en el principio de proporcionalidad en sentido estricto. “Se impone, para el efecto, la ponderación de los diferentes intereses en juego y, concretamente, la contraposición entre los intereses afectados por la ley inconstitucional y aquellos que hipotéticamente serían sacrificados en consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad con eficacia retroactiva y reviviscente.”¹⁶⁹³

5.3. Sentencias apelativas.

¹⁶⁹² [ADI 3.660](#), Gilmar Mendes, j. 13/03/2007, *DJE* de 09/05/2008.

¹⁶⁹³ MEDEIROS, R. A decisão de inconstitucionalidade... op. cit. p. 703. Ver también: SCHNEIDER, B.J. Funktion der Normenkontrolle un der... op. cit. pp. 136 y sig.; UMBACH, D.C.; CLEMENS, T. Bundesverfassungsgerichtsgesetz... op. cit. p. 1007. SKOURIS, W. Teilnichtigkeit von... op. cit. pp. 45 y sig.; SÖHN, H. Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht... op. cit. pp. 4 y sig.; GERONTAS, A. Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle... op. cit. pp. 490 y 491.

La apelación al legislador, bastante utilizada en Alemania a principios de la década de los ochenta¹⁶⁹⁴, ha sido igualmente utilizada por el STF para solventar determinadas situaciones en las que las demás alternativas no se mostraban suficientemente idóneas. Según el criterio que aquí se defiende, se encuadran en esa tipología todas aquellas sentencias que exhortan al legislador a modificar o elaborar una nueva ley, capaz de atender plenamente los parámetros constitucionales. Esta exhortación puede ser explícita o implícita y no necesariamente conlleva la fijación de un plazo para que el legislador colme la omisión o proceda a realizar las modificaciones necesarias. Este criterio, por lo tanto, da prioridad a la existencia de una exhortación al legislador – sea esta expresa o no – y pone en segundo plano la necesaria desestimación y la exhortación explícita, que es el criterio alemán para considerarlas apelativas. Por lo que, pierde aquí importancia los términos de la polémica alemana sobre la distinción entre la sentencia de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad y la sentencia apelativa (en sentido estricto), que es de rechazo de inconstitucionalidad.¹⁶⁹⁵ Autores como Gilmar Mendes, no se muestran de acuerdo con el criterio aquí acogido. No obstante, admiten que no siempre es posible diferenciar con precisión la *Appellentscheidung* de la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, una vez que estas últimas también suelen contener determinaciones al legislador para que elabore una nueva legislación. Además, si es verdad que en la *Appellentscheidung* hay una situación todavía constitucional, pero que puede convertirse en inconstitucional¹⁶⁹⁶, el hecho de que en la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad haya efectivamente una declaración de inconstitucionalidad de preceptos, no ha impedido que la Corte autorice

¹⁶⁹⁴ Ver: SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. p. 169; IPSEN, J. Rechtsfolgen... op. cit. p. 108; HEIN, P. Die Unvereinbarerklärung... op. cit. p. 31; MENDES, G.F. “O apelo ao legislador – *Appellentscheidung* – na prática da Corte Constitucional alemã” in *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 179. Brasília, 1992, pp. 81 a 111.

¹⁶⁹⁵ GUSY, C. Parlamentarischer Gesetzgeber... op. cit. p. 210; IPSEN, J. Rechtsfolgen... op. cit. p. 268; SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. p. 181.

¹⁶⁹⁶ Ver, entre otros: SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht... op. cit. pp. 182 y 183; RUPP, H.; BRÜNNECK, W. Darf das Bundesverfassungsgericht an den... op. cit. pp. 372; GUSY, C. Parlamentarischer Gesetzgeber... op. cit. p. 211; SACHS, M. “Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgericht” in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1982, p. 23; IPSEN, J. Rechtsfolgen... op. cit. pp. 137 y sig.; MOENCH, C. Verfassungswidriges Gesetz... op. cit. pp. 84 y sig.; ZÜCK, R. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. Munique, 1988, 235; PESTALOZZA, C. Noch verfassungsmässige und... op. cit. pp. 536 y sig.

su aplicación durante un determinado tiempo o hasta que entienda que el límite considerado razonable ha sido sobrepasado.¹⁶⁹⁷

La realidad es que, a nuestro juicio, los argumentos favorables a la diferenciación no son demasiado contundentes. Una exhortación no deja de ser exhortación por no haber sido explicitada. El simple hecho de que el Tribunal haya llegado al punto de declarar la inconstitucionalidad de un precepto sin pronunciar su nulidad es, por sí mismo, toda una apelación al legislador para que regule la materia en cuestión. Por otro lado, la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto es secundario, frente a realidad de la continuidad en su aplicación.¹⁶⁹⁸ Por eso, el criterio de la existencia de la exhortación al legislador en la sentencia, de forma expresa o no – independientemente de la estimación o desestimación de la acción de inconstitucionalidad - parece ser el más adecuado para caracterizar la sentencia apelativa. Siguiendo en este criterio, puede entenderse que el STF ha utilizado dos tipos de decisiones apelativas: sentencia de declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad (de mera inconstitucionalidad o incompatibilidad), y sentencia apelativa en sentido estricto (sentencia de todavía constitucionalidad y en tránsito para la inconstitucionalidad).

5.3.1. Sentencia de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de la nulidad del precepto.

¹⁶⁹⁷ Ver: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 267 a 269. Ver también: MAURER, H. "Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen" in *Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, pp. 345 a 347; ZEIDLER, W. "A justiça constitucional no quadro das funções do Estado (relatório da República Federal da Alemanha na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)" in *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas II*, Lisboa, 1987, pp. 47, 62 y sig.

¹⁶⁹⁸ Gilmar Mendes reconoce que "aceptada la idea de la situación 'todavía constitucional', deberá el Tribunal, caso tenga que declarar la inconstitucionalidad de la norma, en otro momento hacerlo con eficacia restrictiva o limitada. En otros términos, la 'apelación al legislador' y la declaración de inconstitucionalidad con efectos limitados o restringidos [donde este autor incluye la inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad] están íntimamente ligados". ([RE 364.304-AgR](#), voto de Gilmar Mendes, j. 03/10/2006, DJ 06/11/2006).

Con la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad el Tribunal se limita a constatar la incompatibilidad entre la ley y el texto constitucional, sin declarar la nulidad del precepto.¹⁶⁹⁹ Ese tipo de decisión, señala Paulo Bonavides, evita que la norma, tras la constatación judicial de inconstitucionalidad, sea de inmediato retirada del orden jurídico, dando tiempo al legislador para volver la situación compatible con la Constitución. A la apelación contenida en la decisión frecuentemente se vinculan directivas que el legislador deberá seguir, aunque la exhortación no necesariamente sea expresa. “En ese ínterin, podrá la Corte mantener al mismo tiempo la validez provisional de la ley”.¹⁷⁰⁰ Sin embargo, como subraya Lenio Streck – refiriéndose a la Corte Constitucional alemana -, “cuando una norma es declarada incompatible con la Constitución en esta modalidad de decisión, esta deja de poder ser aplicada a partir del momento de la decisión. Para evitar situaciones de incertidumbre, el Tribunal se ha pronunciado, cada vez con mayor frecuencia, sobre los efectos jurídicos que deben regir en el periodo intermedio hasta la emisión del nuevo régimen legal.”¹⁷⁰¹ Es este contexto en el que puede decidirse la validez provisional de la ley.¹⁷⁰²

¹⁶⁹⁹ Los autores alemanes encuentran básicamente cinco tipos de declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad: a) Declaración de incompatibilidad en relación al derecho transitorio - cuando la situación histórica no proporciona ninguna alternativa de regulación (STC 9, 63/72 - Ley excepcional de racionamiento); b) Supuestos no evidentes de inconstitucionalidad – relativos a los vicios en el procedimiento legislativo (STC 16, 130/142); c) Mayor proximidad constitucional – la ausencia de la norma sería aun más inconstitucional que el mantenimiento de la inconstitucionalidad (STC 8, 1/19 - Remuneración de los funcionarios); d) Declaración de incompatibilidad por las consecuencias económicas (*Neue Juristische Wochenschrift* 1995, 381/383); e) Declaración de incompatibilidad por disposiciones legales discriminatorias – son las más frecuentes y se destinan a amortiguar los casos de violación al principio de igualdad (STC 55, 100/110). Ver: WEBER, A. Alemania... op. cit. pp. 77 a 80; STERN, K. “Erläuterung zu Art. 100” in *Bonner Kommentar*... op. cit. n. 281; PESTALOZZA, C. ‘Noch verfassungsmässige’... op. cit. p. 1547; SÖHN, H. Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht... op. cit. p. 61; RUPP, H.; BRÜNNECK, W. Darf das Bundesverfassungsgericht an den... op. cit. pp. 355 y sig. Como vimos anteriormente, los sistemas italiano y portugués no admiten la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad.

¹⁷⁰⁰ BONAVIDES, P. Curso de... op. cit. 8. ed. p. 306. Ver también: BÉGUIN, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*. Paris: Economica, 1982, pp. 273 y sig.

¹⁷⁰¹ STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional*... op. cit. p. 604. Ver también: ZEIDLER, W. *A justiça constitucional no quadro*... op. cit. pp. 69 y 70.

¹⁷⁰² La posibilidad de que el Tribunal decida consentir la validez provisional de la ley, a pesar de haberla declarado inconstitucional (sin nulidad), tan solo confirma que el criterio aquí adoptado

Antes de analizar la sentencia de declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad propiamente dicha, es necesario aclarar que ese tipo de decisión no es en verdad una novedad en el sistema brasileño. La Constitución de 1946 ya preveía una “modalidad de decisión en el que el Tribunal debería limitarse, en el proceso preliminar de la intervención federal, a constatar la eventual ofensa a los llamados principios sensibles”.¹⁷⁰³ Es decir, debería limitarse a constatar la inconstitucionalidad. Posteriormente ese mismo precepto fue adoptado en líneas generales por el texto de 1967/1969 y por la actual Constitución, que en sus artículos 34, VII y 36, III, § 3º prevén que el Procurador General de la República podrá proponer Representación de Intervención en la hipótesis de que algún Estado Miembro de la Federación no respete uno de los cinco principios federativos sensibles allí previstos. Si el STF la estima, se limita a constatar la inconstitucionalidad, sin declarar expresamente la invalidez del acto normativo impugnado, que continuará existiendo. Es decir, la decisión del STF no lo declara nulo¹⁷⁰⁴, destinándose únicamente a autorizar la intervención federal por el Presidente de la República.¹⁷⁰⁵ En otras palabras, su

de incluir este tipo de sentencia entre las sentencias apelativas parece ser el más coherente. Al fin y al cabo, en términos de efectos, ¿qué diferencia hay entre una sentencia que sea todavía constitucional y otra que sea inconstitucional con permiso del Tribunal para ser aplicada? Además, la apelación – explícita o no – es común a ambas sentencias. Obviamente que algunos autores no aceptan esta “mezcla”. Para Albrecht Weber, por ejemplo, “una variante especial de sentencia constitucional que no es idéntica a la declaración de incompatibilidad y que está relacionada con el factor tiempo es la de las frecuentemente utilizadas sentencias apelativas. La diferencia respecto a la declaración de incompatibilidad radica en que en este caso el TC considera que la norma controlada todavía es constitucional en el momento de dictar la sentencia, aunque puede devenir inconstitucional en el futuro. De ahí que se dirija una apelación al legislador para evitar a tiempo, a través de medidas legislativas, la inconstitucionalidad o la nulidad.” En: WEBER, A. Alemania... op. cit. p. 80.

¹⁷⁰³ MENDES, G.F. Jurisdição... op. cit. pp. 46, 370 y 371.

¹⁷⁰⁴ Alexandre de Moraes entiende que la decisión del STF en Representación de Intervención declara nulo el acto con efectos *erga omnes* y *ex tunc*, pero esta posición es minoritaria. En: MORAES, A. de. Jurisdição...op. cit. p. 283. Ya Clèmerson Clève considera que la Representación de Intervención se encuentra obsoleta, una vez que “la acción directa de inconstitucionalidad se presta, con ventaja, para promover la defensa de los principios constitucionales en cuestión”, justamente porque – al contrario de aquella - vuelve nulo el acto impugnado, con eficacia *erga omnes* y, por regla general, *ex tunc*. En: CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 137-138.

¹⁷⁰⁵ Es bastante significativa la siguiente decisión del STF: “El procedimiento destinado a viabilizar el acto de intervención, en las hipótesis de incumplimiento de orden o sentencia judicial (art. 34, VI y 35, IV CFB) — intervención federal en los Estados Miembros o intervención estadual en los Municipios —, tiene carácter político administrativo, a pesar de ser instaurado ante un órgano competente del Poder Judicial (art. 36, II y 35, IV CFB). Circunstancia que vuelve inviable, *ante la ausencia de causa*, la utilización del recurso extraordinario.” (Agravo de Instrumento 343461-AgR, Celso de Mello, j. 18/06/2002, DJ 29/11/2002). Ver también: AI 666833-AgR, Celso de Mello, j. 18/12/2007, DJE 14/03/2008.

eliminación definitiva del ordenamiento se producirá, si su inconstitucionalidad fuere cuestionada en otra acción del control concentrado o difuso de constitucionalidad.

Puesto que la finalidad de la Representación de Intervención no es efectivamente la eliminación del precepto legal impugnado por inconstitucionalidad, la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad emitida en este ámbito puede ser considerada atípica. Sin embargo, no deja de ser apelativa, pues trae latente o explícita la necesidad o la obligación de que el Estado derogue el acto normativo considerado inconstitucional por el STF o tome medidas para garantizar la ejecución de las leyes federales. Por cierto, las propias sentencias limitativas propiciadas por la ley 9868/1999 – vistas en el epígrafe anterior - contienen algunos rasgos comunes con las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, aunque, evidentemente, de forma provisional. Esto ocurre en todos aquellos periodos en los cuales la ley inconstitucional se mantuvo en vigor por determinación del STF – efecto *ex nunc, pro futuro*, retroactividad parcial. La diferencia está en que la eliminación del precepto legal (declaración de nulidad) viene determinada por el STF para tener eficacia a partir de una fecha específica, lo que no sucede con la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad típica, a través de la cual el Tribunal atribuye la responsabilidad de eliminar el precepto a otro poder.¹⁷⁰⁶

La declaración de inconstitucionalidad por omisión del legislador prevista en la actual Constitución también es una declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad. De hecho, el art. 103 § 2º prevé que el STF deberá comunicar la declaración de inconstitucionalidad al Poder competente, para que este adopte las providencias necesarias, y fija el plazo de treinta días, si el órgano que omitió es un órgano administrativo. En el caso de omisión total evidentemente no hay posibilidad de que se produzca ninguna declaración de nulidad de un precepto legal, por

¹⁷⁰⁶ “En el presente caso, el Tribunal tiene la oportunidad de aplicar el art. 27 de la Ley 9868/1999 en su versión más amplia”, justificó el STF para - en algunas recientes decisiones - declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos, sin pronunciar su nulidad: “La declaración de inconstitucionalidad y, por tanto, de la nulidad de la ley definidora de criterios para el rateo de los Fondos de Participación de los Estados y del Distrito Federal, constituye más uno entre los casos en que las consecuencias de la decisión tomada por la Corte pueden generar un verdadero caos jurídico. Así, estimo las Acciones Directas de Inconstitucionalidad (...), para, aplicando el art. 27 de la Ley 9868/1999, *declarar la inconstitucionalidad, sin pronunciamiento de nulidad*, del art. 2º, I y II, §§ 1º, 2º y 3º, y del Anexo Único, de la Ley Complementaria 62/1989, asegurando su aplicación hasta el 31 de diciembre de 2012.” ([ADI 875](#); [ADI 1.987](#); [ADI 2.727](#), voto de Gilmar Mendes, j. 24/02/2010, Pleno, DJE 30/04/2010.)

lo que se trata de una declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad atípica. La sentencia emitida en la acción directa de inconstitucionalidad por omisión 3682, por ejemplo, pone en evidencia las similitudes entre esos dos tipos de decisión, por cuanto el STF declaró la inconstitucionalidad por omisión del legislador en la elaboración de ley complementaria federal prevista en el art. 18, § 4º CFB y fijó un plazo de 18 meses para que el Congreso Nacional tomara las providencias necesarias para subsanarla, periodo durante el cual continuarían en vigor las leyes estatales que, de forma inconstitucional, tratan de la misma materia.¹⁷⁰⁷ Gilmar Mendes señala que la introducción del control de las omisiones legislativas en la Constitución y el entendimiento de que ese tipo de omisión, independientemente del proceso en que fue verificado, debe ser superado mediante la acción del órgano legislador, “han sentado los presupuestos para el desarrollo de una declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, también en el derecho brasileño”.¹⁷⁰⁸ Y, a juzgar por las recientes decisiones del STF, el autor tenía razón.

La misma materia tratada en la acción directa de inconstitucionalidad 3682, antes mencionada, fue cuestionada en la 3316. Sin embargo, en esta la petición no fue de declaración de inconstitucionalidad por omisión del Congreso Nacional, sino de inconstitucionalidad de la ley estadual que estaba en vigor por falta de la ley complementaria federal prevista en el art. 18, § 4º CFB. De modo que el Tribunal se ha visto obligado a decidir sobre la constitucionalidad de la legislación estadual, que continuaba siendo aplicada en función de la omisión inconstitucional del Congreso Nacional. El resultado fue una explícita y rotunda sentencia de declaración de

¹⁷⁰⁷ “4. Acción estimada para declarar la mora en que se encuentra el Congreso Nacional, a fin de que, en el plazo razonable de 18 meses, adopte todas las providencias legislativas necesarias para el cumplimiento del deber constitucional impuesto por el art. 18, § 4º CFB, debiendo ser contempladas las situaciones imperfectas derivadas del estado de inconstitucionalidad generado por la omisión. No se trata de imponer un plazo para la actuación legislativa del Congreso Nacional, sino tan sólo de fijar un parámetro temporal razonable, teniendo en cuenta el plazo de 24 meses determinado por el Tribunal en las ADIs n.ºs 2240, 3316, 3489 y 3689, para que las leyes estatales que crean municipios o alteran sus límites territoriales continúen en vigor, hasta que ley complementaria federal se promulgue contemplando ya las realidades de estos municipios.” (ADI 3682-MT, Gilmar Mendes, j. 09/05/2007, DJ 06/09/2007).

En las [acciones directas de inconstitucionalidad 875](#); [1987](#); y [2727](#) el STF también fijó un plazo límite para la continuidad de la aplicación de los preceptos impugnados: “...declarar la inconstitucionalidad, sin pronunciamiento de nulidad, del art. 2º, I y II, §§ 1º, 2º y 3º, y del Anexo Único, de la Ley Complementaria 62/1989, asegurando su aplicación hasta el 31 de diciembre de 2012.” ([ADI 875](#); [ADI 1.987](#); [ADI 2.727](#), voto de Gilmar Mendes, j. 24/02/2010, Pleno, DJE 30/04/2010.)

¹⁷⁰⁸ MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. p. 387.

inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad: “acción directa estimada, para declarar la inconstitucionalidad, *pero no pronunciar la nulidad*, por el plazo de 24 meses, de la ley 6893, de 28 de enero de 1998, del Estado de Mato Grosso”.¹⁷⁰⁹ Aunque esta sea una auténtica declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, la estipulación de un plazo de 24 meses para que la ley pase a ser considerada nula acaba por equipararla - en términos de efectos - a una declaración de inconstitucionalidad con efectos *pro futuro* (que mantiene la validez del precepto legal hasta una fecha más allá de la determinada por los efectos *ex nunc*). Y como vimos anteriormente, el art. 27 de la ley 9868/1999 no impone ningún límite temporal para la modulación de efectos de la decisión respecto al futuro.

Este tipo de sentencia es idóneo además para aquellas situaciones en las que está en juego una inconstitucionalidad parcial - particularmente cuando se trata de la exclusión de un beneficio incompatible con el principio de igualdad - y el Tribunal verifica que la declaración de nulidad pura y simple no es la mejor solución.¹⁷¹⁰ Es también una alternativa a las siempre polémicas sentencias manipulativas aditivas, permitiendo a la vez al STF mantener su discurso de que solo actúa como legislador negativo. En definitiva, es una sentencia bilateral que, en determinadas circunstancias, puede prestarse para solucionar de forma respetuosa el problema de la omisión del legislador.¹⁷¹¹

¹⁷⁰⁹ “Declaración de inconstitucionalidad de la ley estadual sin pronunciamiento de su nulidad. Acción directa estimada para declarar la inconstitucionalidad, pero no pronunciar la nulidad por el plazo de 24 meses, Ley 6893/1998, del Estado de Mato Grosso.” (ADI 3316, Eros Grau, j. 09/05/2007, DJ 29/06/2007). En el mismo sentido: [RE 611.261](#), Cármen Lúcia, decisión singular, j. 02/08/2010, DJE 10/08/2010; [ADI 3.689](#), Eros Grau, j. 10/05/2007, DJ 29/06/2007; ADI 3.489, Eros Grau, j. 09/05/2007, DJ 03/08/2007.

¹⁷¹⁰ Cuando la única hipótesis de sentencia de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad todavía era la resultante de la acción de intervención (año 2000) y en general no se admitía este tipo de sentencia, Clèmerson Clève ya entendía que podría aceptarse, en principio, para los casos de omisión parcial del legislador. En: CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. p. 261, nota 213.

¹⁷¹¹ En sentido contrario: STRECK, L.L. Jurisdição Constitucional... op. cit. pp. 603 y 604. Ver también: RUBIO LLORENTE, F. La constitución como fuente de derecho... op. cit. p. 59; CANOTILHO, J.J.G. Constituição Dirigente... op. cit. pp. 331 y sig.

5.3.2. Sentencia apelativa en sentido estricto.¹⁷¹²

La sentencia apelativa en sentido estricto es aquella que declara que un determinado precepto *todavía es constitucional*. De hecho, el Tribunal declara la constitucionalidad del precepto cuestionado y, a su vez, alerta al Poder Legislativo de que el precepto está padeciendo una progresiva inconstitucionalización. Este tipo de sentencia resuelve situaciones excepcionales en las cuales el Tribunal constata que el precepto impugnado no es propiamente constitucional, pero tampoco podría ser declarado inconstitucional (situación constitucional imperfecta), una vez que la aplicación plena de la previsión constitucional depende de medidas concretas por parte del Poder Público. Cuando se toman tales medidas, el precepto podrá ser declarado inconstitucional. La necesidad de ese tipo de sentencia fue explicada por el magistrado Sepúlveda Pertence en la justificación de un voto: “la alternativa radical de la jurisdicción constitucional ortodoxa entre constitucionalidad plena y declaración de inconstitucionalidad o derogación por inconstitucionalidad de la ley con fulminante eficacia *ex tunc* hace abstracción de la evidencia de que la implantación de un nuevo orden constitucional no es un hecho instantáneo, sino un proceso en el cual la

¹⁷¹² Los alemanes reconocen al menos tres tipos de sentencia apelativa a) llamada al legislador por cambio en las relaciones fácticas o jurídicas (todavía constitucionalidad); b) apelación al legislador por incumplimiento del deber de legislar (los alemanes la consideran una situación de todavía constitucionalidad, pero su semejanza con la sentencia de inconstitucionalidad por omisión brasileña y portuguesa es evidente); y c) apelación al legislador por falta de evidencia de inconstitucionalidad. Ver, entre muchos otros: LERCHE, P. Das Bunderverfassungsgericht un die Vorstellung... op. cit. pp. 721 y sig.; PESTALOZZA, C. 'Noch verfassungsmässige'... op. cit. p. 1547; RUPP, H.; BRÜNNECK, W. Darf das Bundesverfassungsgericht an den... op. cit. pp. 355 y sig.; WEBER, A. Alemania... op. cit. pp. 77 y sig.; MENDES, G.F. Jurisdição constitucional... op. cit. pp. 296 y sig. Como vimos anteriormente, Italia admite las admoniciones al legislador. Ver: CHELI, E. Il giudice delle... op. cit. pp. 59 y 60; ZAGREBELSKY, G. La giustizia costituzionale... op. cit. pp. 320 y sig.; RUGGERI, A.; SPADARO, A. Lineamento di giustizia... op. cit. pp. 154 a 156; RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. Corte Costituzionale e Parlamento... op. cit. pp. 327 y sig.; LA PÉRGOLA, A. La giustizia costituzionale nel 1986... op. cit.; ANZON, A. Nuove tecniche decisorie... op. cit. pp. 320 y sig.; D'ORAZIO, G. Il legislatore e l'efficacia temporale... op. cit. pp. 355 y sig.; PINARDI, R. La Corte, i giudici... op. cit. pp. 126 a 139. El sistema portugués, sin embargo, no las admite. Ver, entre otros: MIRANDA, J. Os tipos de decisões... op. cit. (CD ROM Datadez nº 39, 2007); ALMEIDA, L.N. de, O Tribunal Constitucional... op. cit. pp. 958 y 959; CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional... , 5. ed. op. cit. p. 1006. Sobre el tema, aun resultan válidas muchas de las observaciones de TOMAS Y VALIENTE, F. “Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional” en *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1993, pp. 101 y sig.

posibilidad de realización de la norma de la Constitución — aunque teóricamente el precepto no sea de eficacia limitada — se subordina muchas veces a alteraciones de la realidad fáctica que la posibiliten”.¹⁷¹³

Antes de que el STF empezara de hecho a emitir sentencias apelativas, Clèmerson Clève se refería a la experiencia alemana, para defender su compatibilidad con el modelo brasileño de control de constitucionalidad.¹⁷¹⁴ También Paulo Bonavides ha mantenido idéntica posición, afirmando que la nulidad absoluta no siempre es la decisión más razonable en el control de constitucionalidad. De ahí que sea favorable, para ciertas situaciones, a un espacio de tiempo, intermedio, que asegure la supervivencia provisional de la ley.¹⁷¹⁵ Actualmente, la sentencia apelativa ya no es una novedad en el sistema constitucional brasileño, y ha sido utilizada por el STF en varias decisiones. La primera de ellas con ocasión del enjuiciamiento del Habeas Corpus nº 70514 (1994).¹⁷¹⁶ El Tribunal rechazó la demanda de inconstitucionalidad del precepto legal, que concedía al Defensor Público el doble del plazo previsto para las demás partes para interponer un recurso judicial.¹⁷¹⁷ El precepto fue declarado *todavía constitucional*, con la precisión de que se podría mantener el trato desigual, mientras persistiera el deficiente funcionamiento de la Defensoría Pública. En su voto, Moreira Alves aclaró que “la ley en causa será constitucional mientras la Defensoría Pública, concretamente, no esté organizada con una estructura que le posibilite actuar en posición de igualdad con el Ministerio Público, volviéndose inconstitucional, cuando esta circunstancia de hecho dejar de verificarse”.¹⁷¹⁸ El STF, por lo tanto, tenía conciencia de que el precepto - visto aisladamente de las circunstancias fácticas - era

¹⁷¹³ Recurso Extraordinario 147776, Sepúlveda Pertence, j. 19/05/1998, DJ 19/06/1998.

¹⁷¹⁴ CLÈVE, C.M. A fiscalização... op. cit. pp. 260 y 261.

¹⁷¹⁵ BONAVIDES, P. Curso de... op. cit. 10. ed. p. 308.

¹⁷¹⁶ Habeas Corpus 70514, Sydney Sanches, j. 23/03/1994, DJ 27/06/1997.

¹⁷¹⁷ Ley 1060/1950, art. 5º, § 5º: “En los Estados en que la asistencia judicial esté organizada y mantenida por ellos, el Defensor Público, o quien ejerza cargo equivalente, será notificado personalmente de todos los actos del proceso, en ambas instancias, contándosele en doble todos los plazos (párrafo añadido por la Ley 7.871/1989).

- CFB, art. 134: “La Defensoría Pública es una institución esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la orientación jurídica y la defensa, en todos los grados, de los necesitados, en la forma del art. 5º, LXXIV.”

- CFB, art. 5º, LXXIV: “el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que demuestren insuficiencia de recursos”.

¹⁷¹⁸ Habeas Corpus 70514, voto de Moreira Alves, j. 23/03/1994, DJ 27/06/1997.

efectivamente inconstitucional, pues contenía una evidente discriminación.¹⁷¹⁹ Por ello, ponderó que su permanencia en vigor se debía a la precariedad de los servicios de defensa judicial puestos a disposición de las personas en estado de pobreza. Para el Tribunal, mientras la circunstancia de hecho – falta de estructura - no se modificara, dicho precepto sería considerado constitucional.¹⁷²⁰

En el Recurso Extraordinario 147776 (1998) – que igualmente trata de la asistencia judicial a los necesitados - el STF emite otra sentencia que declara constitucional determinado precepto, pero en vías de volverse inconstitucional. En él se cuestionaba la constitucionalidad del art. 68 del Código de Procedimiento Penal, que prevé que “cuando el titular del derecho a la reparación del daño fuere pobre (art. 32, §§ 1º y 2º), la ejecución de la sentencia condenatoria (art. 63) o la acción civil (art. 64) será promovida, a su requerimiento, por el Ministerio Público”. Así como en el Habeas Corpus 70514, el STF consideró que el precepto estaba en proceso de inconstitucionalización, pero que todavía era constitucional: “en el contexto de la Constitución de 1988, la atribución anteriormente dada al Ministerio Público por el art. 68 CPP — constituyendo modalidad de asistencia judicial — debe reputarse transferida a la Defensoría Pública. Esta, con todo, solo se puede considerar existente a estos fines, allí donde, y siempre y cuando, esté organizada, de derecho y de facto, según los esquemas del art. 134 de la Constitución y de la ley complementaria constitucionalmente ordenada. Hasta que en la Unión o en cada Estado considerado se implemente esta condición de viabilidad de la mencionada transferencia constitucional de atribuciones, el art. 68 CPP será considerado todavía vigente (...).”¹⁷²¹ Una decisión pragmática, lúcida y además coherente con el estado democrático y social de derecho

¹⁷¹⁹ Gilmar Mendes comenta la eventual necesidad de aplicación de una ley inconstitucional en: MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 383 a 385.

¹⁷²⁰ Ver: MAZZILLI, H.N. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72; FELIPETO, R. *Reparação do Dano Causado por Crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58; MARTINS, I.G.S.; MENDES, G.F. *Controle concentrado...* op. cit. pp. 305 y sig.; MENDES, G.F. *Jurisdição constitucional...* op. cit. pp. 364 y sig.; ZAVASCKI, T.A. *Eficácia das sentenças...* op. cit. pp. 115 y 116; STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...* op. cit. pp. 569, 602 y 603.

¹⁷²¹ Recurso Extraordinario 147.776, Sepúlveda Pertence, j. 19/05/1998, DJ 19/06/1998. Ver también: Recurso Extraordinario 135.328-SP, Marco Aurélio, DJU 20/04/2001; Recurso Extraordinario 208.798-SP, Sydney Sanches; Recurso Extraordinario 213.514-SP, Moreira Alves, DJU 04/05/2001; Recurso Extraordinario 229.810-SP, Néri da Silveira; Recurso Extraordinario 295.740-SP, Sepúlveda Pertence; Recurso Extraordinario 196.857-SP (AgRg), Ellen Gracie, DJU 06/04/2001. En el STJ, entre otras: E Recurso Especial 232.279-SP, Edson Vidigal, DJ 04/08/2003; Recurso Especial 475.010-SP, 2ª T., Franciulli Netto, DJU 02/02/2004, p. 313.

constitucionalmente previsto, una vez que la anulación pura y simple del precepto acarrearía serios daños al sector más vulnerable de la población. Es evidente que la finalidad de la creación de la Defensoría Pública es mejorar la atención judicial a los necesitados. Por tanto, su falta de implantación inmediata – por el motivo que fuere - no puede servir de pretexto para que los órganos hasta entonces responsables de ese cometido dejen de hacerlo.¹⁷²²

¹⁷²² En el Recurso Extraordinario 274.383-SP (Ellen Gracie, j. 29/03/2005, DJ 22/04/2005) el STF emitió una sentencia apelativa *sui generis*, que podría ser denominada *sentencia de constitucionalidad con “constatación” de inconstitucionalidad*. El Tribunal constató que el precepto legal impugnado en la demanda de inconstitucionalidad efectivamente era inconstitucional, pero prefirió desestimarla, alegando que la declaración de nulidad agravaría el estado de inconstitucionalidad ya existente.

Se trataba de una ley del municipio de Mauá (São Paulo), que instituía el tiempo mínimo de trabajo necesario para que un funcionario que desempeña un cargo comisionado pudiera jubilarse con el sueldo íntegro (los municipios brasileños también están autorizados a hacer leyes.) La propuesta de ley original enviada por el alcalde establecía que el plazo sería de 15 años, pero la cámara legislativa municipal, mediante enmienda, lo redujo a 12 años y con esa redacción la ley entró en vigor. En la demanda, el funcionario alegó que la enmienda era inconstitucional, puesto que las materias inherentes al régimen jurídico del funcionariado público son de competencia exclusiva del jefe del ejecutivo, que ostenta el monopolio de la iniciativa legislativa en este campo. Si el artículo en cuestión hubiera sido inconstitucional por defecto formal y en consecuencia nulo, no hubiera existido ninguna exigencia de tiempo mínimo de ejercicio para la jubilación. Por esta razón, el demandante entendía que tenía derecho a jubilarse inmediatamente, a pesar de contar con tan solo 11 meses de trabajo comisionado. En los fundamentos de la decisión, el STF señaló que su jurisprudencia no ponía trabas a la presentación de enmiendas de miembros de la cámara legislativa municipal a la propuesta de ley de iniciativa privativa del Ejecutivo, siempre que las modificaciones no innovaran, ni causaran aumento de gastos al erario público (art. 61, § 1º, a y c combinado con el art. 63, I CFB). La Corte entendió que esas dos condiciones no se aplicaban al caso concreto, una vez que la eliminación de la norma por inconstitucionalidad formal aumentaría aun más los gastos, porque los funcionarios pasarían a poder jubilarse con sueldo integral, sin ningún límite mínimo de tiempo de trabajo. Es decir, “el estado de inconstitucionalidad sería agravado”. En suma, aunque la reducción de 15 para 12 años del tiempo mínimo para jubilación acarree aumento de gastos y, por ello, sea inconstitucional, la supresión pura y simple del artículo enmendado acarrearía gastos todavía mayores. El STF optó por el mal menor.

Lo que no quedó claro es si el alcalde se posicionó o no contrariamente a la enmienda del legislativo. Si no hubo veto, es decir, si el alcalde sancionó la ley, el principio de razonabilidad podría constituir un motivo suficiente para aceptar la sanción como concordancia con la modificación formalmente inconstitucional. Esta, sin embargo, no ha sido la posición tradicionalmente defendida por el STF, que entiende que la inconstitucionalidad formal como consecuencia de usurpación de iniciativa no puede ser subsanada por la sanción del Poder Ejecutivo (vid: STF - ADI 2113-MC, Ellen Gracie, j. 16/03/2000, DJU 27.06.2003. A nivel estadual: Tribunal de Justicia de Minas Gerais - ADI 267.709-4/00 – CS, Almeida Melo, DJMG 21/08/2003). La consecuencia de esa imposibilidad está en que - con o sin veto - la situación constitucional imperfecta solo podrá ser solucionada con una nueva propuesta de ley del Ejecutivo. Defender el contrario sería defender la aplicación perpetua de una ley formalmente inconstitucional. No se puede olvidar que el STF, en el ámbito del control difuso, actúa como corte de casación y tribunal constitucional. En esta última condición no puede aceptar que situaciones inconstitucionales o constitucionales imperfectas se eternicen en función de su actuación como corte de casación. En cualquier de los casos, la declaración de constitucionalidad con constatación de inconstitucionalidad, con el objetivo de evitar el

Es interesante constatar, además, la estrecha interconexión que puede existir entre la sentencia apelativa en sentido estricto y la decisión limitativa. Cuando (o si) posteriormente el STF se vea obligado a declarar la inconstitucionalidad del precepto legal en cuestión, el Tribunal casi forzosamente se verá obligado a emitir una sentencia con eficacia restrictiva o limitativa. “¿Cómo admitir [pregunta Gilmar Mendes, utilizando un ejemplo de Walter Jellinek] la declaración de inconstitucionalidad total con efectos retroactivos de una ley electoral tiempo después de la toma de posesión de los electos en un Estado dado? ¿En ese caso se adopta la teoría de la nulidad y se declara inconstitucional *ipso jure* la ley, con todas las consecuencias, aunque entre ellas esté la eventual acefalia del Estado?”¹⁷²³ Tiene razón el autor. Si los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad presidieron la opción por una sentencia apelativa como mejor solución para el caso concreto, sería totalmente incoherente no tomarlos también en consideración cuando se haga necesario declarar la inconstitucionalidad del precepto.

agravamiento de la inconstitucionalidad, equivale a una llamada implícita al legislador (o en el caso, al Poder Ejecutivo), para que elabore una nueva ley.

¹⁷²³ [Recurso Extraordinario 364.304-AgR](#), voto de Gilmar Mendes, j. 03/10/2006, DJ 06/11/2006.

CONCLUSIONES

1) El estudio de la tipología de las sentencias constitucionales emitidas en Italia y Portugal ha sido fundamental para posibilitar una mejor comprensión respecto a la tipología de las decisiones utilizadas por el Tribunal Supremo Federal y por los demás tribunales judiciales en el control mixto de constitucionalidad brasileño. Como hemos visto, el STF mantiene intacta su posición teórica de actuar exclusivamente como legislador negativo, incluso cuando aplica la interpretación conforme a la Constitución. Esta opción doctrinal le ha impedido reconocer, por ejemplo, que a veces emite sentencias aditivas. En una trayectoria idéntica a la seguida por la *Corte Costituzionale* italiana, el Tribunal inicialmente utilizaba la interpretación conforme a la Constitución para desestimar la acción de inconstitucionalidad, indicando en el fallo la interpretación del precepto que consideraba constitucional. Posteriormente, como algunos jueces insistían en aplicar el precepto con otras interpretaciones, pasó a estimar la acción y a indicar en el fallo la o las interpretaciones que juzgaba inconstitucionales, considerando que, en este caso, está emitiendo una sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. Al encuadrarse dentro de este entendimiento reduccionista defendido por parte de la doctrina alemana, el STF resolvió dos problemas: por un lado pudo mantener el discurso del legislador negativo y por otro, se le abrió la posibilidad de emitir sentencias mucho más creativas, puesto que al fin y al cabo todo se reducía a la interpretación conforme en su enfoque negativo o, lo que para el Tribunal es lo mismo, a la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto.

Por ello, nos pareció oportuna la elección de Italia y Portugal – dos países que no aceptan el reduccionismo apuntado – para comprobar la hipótesis de que el STF utiliza de hecho una tipología mucho más diversificada de la que teóricamente admite. Tanto el sistema italiano como el portugués aportan una tipología en la cual se acepta que el resultado más acorde con la finalidad de la interpretación conforme a la Constitución tomada en su sentido estricto – que es el de elegir una alternativa constitucional del precepto - es una sentencia desestimatoria interpretativa. Y que de la elección entre alternativas inconstitucionales de este mismo precepto resulta una sentencia estimatoria interpretativa, y no una inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, una decisión enmarcada en Italia y Portugal como reductora, puesto que elimina parte del contenido normativo del precepto dejando su texto intacto. La reducción o modificación del contenido normativo es realizada por los italianos, para incluirla entre las sentencias manipulativas. Esta posición no es compartida por los portugueses, que, por no admitir que esta sentencia conlleve alguna forma de creación de derecho, acaban indirectamente dando un cierto respaldo al discurso del legislador negativo del STF. No obstante, Portugal e Italia están de acuerdo en que las sentencias aditivas y sustitutivas - también originadas en la interpretación conforme (*lato sensu*) - son manipulativas. Este tipo de decisiones son un rasgo característico del sistema italiano, que además se destaca por la diversidad y creatividad de las sentencias que su Corte *Costituzionale* emite. Una producción que ha sido crucial para los objetivos de este trabajo, por servir de referencia a la tarea de buscar, investigar y analizar la tipología utilizada en Brasil. Por otra parte, Portugal aporta una importante contribución teórica respecto a la modulación temporal de los efectos de las sentencias y del control de las omisiones legislativas. De hecho, la normativa brasileña sobre las sentencias limitativas y sobre la sentencia de inconstitucionalidad por omisión del legislador es prácticamente idéntica a las reglas portuguesas. Además, la implantación del control de las omisiones absolutas del legislador en el control concentrado acabó influyendo en la propia aplicación del *mandado de injunção* brasileño, que - por falta de ley - durante muchos años fue reducido por el STF a una demanda en la que solo podía obtenerse una sentencia de mera comunicación de la omisión al legislador. La manifiesta insuficiencia de este tipo de decisión para una acción típica del control difuso, obligó al Tribunal a emitir posteriormente sentencias apelativas con concesión diferida del derecho y sentencias normativas supletorias en sus versiones *inter partes* y *erga omnes*.

2) El origen último de la diversidad de sentencias emitidas por la **Corte Constitucional italiana** probablemente se encuentre en la insuficiencia de su regulación normativa sobre este tema. La Constitución no prevé para la declaración de inconstitucionalidad otro efecto que no sea el de la eliminación pura y simple del precepto inconstitucional del ordenamiento, con eficacia *erga omnes*, y el art. 30 de la ley 87/1953 le concede tan solo eficacia *ex tunc*. La Corte, sin embargo, se ha visto obligada lógicamente a tener una actuación mucho más compleja y, en consecuencia, ha debido adoptar sentencias capaces de hacer frente y aminorar los efectos de situaciones muy concretas, como la inercia del legislador o las graves repercusiones financieras para el Estado de ciertas decisiones. El hecho de que el tipo de control ampliamente predominante en el sistema de jurisdicción constitucional italiano sea el incidental, obliga a la Corte a examinar la constitucionalidad del precepto legal en el momento de su aplicación a un caso concreto. Esta circunstancia le permite valorar de forma casi inmediata las consecuencias de su decisión para los ciudadanos, y le obliga a mantener una relación más directa con el Poder Judicial. La no aceptación de los efectos generales de las decisiones *di rigetto* de la Corte, la doctrina del *diritto vivente*, y la aparente tendencia actual hacia una justicia constitucional más dúctil son productos en gran parte de esta interrelación. Evitar la creación de lagunas innecesarias, reduciendo el impacto de sus decisiones de inconstitucionalidad, es el propósito general subyacente a la actuación de la Corte. Primero con las sentencias interpretativas y paulatinamente con la gestión de la ley inconstitucional.

La Corte utiliza una serie de instrumentos graduados para controlar la constitucionalidad de las leyes. Puede declarar la inconstitucionalidad pura y simple del precepto cuestionado, limitándose al papel de legislador negativo preconizado por Kelsen, pero dejando una laguna legal que el Parlamento tendrá que colmar. Sus decisiones pueden responder al modelo de reparación unilateral de la inconstitucionalidad, e intervenir directamente en el contenido de la ley, como cuando declara la inconstitucionalidad del precepto legal, pero le adiciona, sustituye o reduce significados, invadiendo en opinión de algunos autores el ámbito reservado al Parlamento. Puede también ser cooperativa y respetuosa para con el legislador, desestimando la demanda e invitándole a suplir la carencia legal apuntada, quedando a merced de la inercia del Parlamento. O – a través de una sentencia aditiva de principio - declarar la inconstitucionalidad de la omisión de un mecanismo idóneo para volver

efectivos los derechos en cuestión, pero reservando al legislador el poder de concretar tal mecanismo en abstracto y habilitando mientras tanto a los jueces para crear la regla del caso concreto según el principio indicado por la Corte. Es por lo tanto el grado de eficacia atribuido a la sentencia (mayor o menor vinculación, modulación de efectos temporales con atenuación de los radicales efectos *ex tunc*, interpretaciones que conserven intacto el texto de la ley) el que propiciará una relación más fluida con los poderes legislativo y judicial, con consecuencias evidentes en la evolución y en la diversificación de la tipología de las sentencias,

La graduación de la intensidad – mayor a menor - también es perceptible cronológicamente. El rechazo generalizado de la doctrina a la primera tesis de Calamandrei, que atribuía efectos generales a la sentencia desestimatoria, equiparando su eficacia a la de una “interpretación auténtica” de la ley, colaboró decisivamente a formar un consenso “a contrario” en la doctrina sobre la idea de que la sentencia desestimatoria de la Corte solo vincula en el juicio *a quo*, y con un efecto meramente preclusivo, no obstaculizando un eventual replanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en procesos futuros. Esta posición fue prontamente adoptada por la Corte que, además, en sus primeros años necesitaba imponerse. Enfrentada a una tradición que no le favorecía, y donde ni el poder judicial, ni el legislativo parecían especialmente receptivos, dictó en sus primeros tiempos gran número de sentencias de inconstitucionalidad simple. Sin embargo, tras constatar la obvia insuficiencia de este tipo de pronunciamientos para reparar las situaciones de inconstitucionalidad, fue acercándose muy tempranamente a posiciones más intermedias. Aplicando la interpretación conforme a la Constitución, la Corte pasó a emitir sentencias desestimatorias interpretativas en sentido estricto, eligiendo entre las interpretaciones alternativas del precepto la que fuera constitucional. Estas decisiones fueron bastante utilizadas hasta fines de los años setenta, pero su falta de eficacia hizo que paulatinamente fuesen sustituidos por fallos estimatorios, en los que elegía, y eliminaba, la o las interpretaciones del precepto que fueran inconstitucionales. La utilización de sentencias manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas permitió a la Corte modificar el contenido normativo de los preceptos para volverlos constitucionales, sin modificar su texto. Desde aquella época, el Tribunal y parte de la doctrina suelen justificar semejante intervención, alegando que las emite con base en la conocida solución "*a rime obbligate*", en la terminología de Crisafulli, es decir, siempre y cuando la decisión

sea constitucionalmente obligada, puesto que la norma que extrae del ordenamiento supuestamente no le dejaría margen a elección. Tras un principio polémico y controvertido en que fueron criticadas por la magistratura, el Parlamento y la doctrina, que se resistían a aceptar sus efectos *erga omnes*, este tipo de decisiones pasó a representar, ya en el los años ochenta, más del 55% de las sentencias estimatorias del control incidental e incluso a ser solicitadas abiertamente por los propios jueces. La tendencia entonces esbozada se ha confirmado en los años siguientes y, incluso, en años recientes (2009: 74,19%; 2008: 59,09%; 2007: 80,55; 2006: 53,33%; 2005: 81,25%). Por ello, es posible afirmar que las sentencias manipulativas continúan siendo un rasgo característico de la jurisdicción constitucional italiana.

Un primer paso hacia a una más armónica convivencia con el poder judicial lo constituyó la doctrina del *diritto vivente*, por el respeto de la Corte Constitucional a las decisiones de la Corte de Casación y de los demás jueces ordinarios, cuando estos hubieran construido una jurisprudencia consolidada en torno a la interpretación de la norma legal, un hecho favorecido frecuentemente por el retraso en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la *puesta al día* en el trabajo de la Corte, a finales de la década de los ochenta, volvió a menudo inviable la consolidación de una jurisprudencia propia por el poder judicial antes de la impugnación de la norma y proporcionó a la Corte Constitucional la libertad necesaria para imponer su propia interpretación. La opción consiguiente fue el reforzamiento del principio de interpretación conforme a la Constitución. A finales de la década de los noventa ya predominaban de nuevo las sentencias *adeguatrice*, que pasaron a ser utilizadas incluso en presencia del *diritto vivente*". La centralidad de esa postura se manifiesta en que ha pasado a ser exigida también a los jueces ordinarios y ha impregnado el control de constitucionalidad italiano. Un cambio que ha venido acompañado de un incremento de las sentencias que buscan el diálogo con el legislador y los jueces, como las admoniciones al legislador y la sentencia aditiva de principio. La acción concertada entre la Corte, los jueces y el Parlamento se está mostrando capaz de evitar, o al menos minimizar, los daños que el eventual vacío legal - generado por una sentencia - podría causar, haciendo que la Corte actúe cada vez en menor medida de manera unilateral. Esta atenuación del impacto del pronunciamiento se concreta en muchos casos a través de un proceso de interpretación y creación, que mantiene incólume la supremacía de la Constitución y a la vez supera la inconstitucionalidad. Las

opciones políticas decididas por el legislador en el pasado más o menos próximo son respetadas al máximo, pero sus opciones futuras, restringidas.

A medida que aumenta la confianza en la sensibilidad constitucional de los jueces ordinarios, disminuye la percepción de lo indispensable de una intervención reparadora unilateral por parte del juez constitucional. Por ello, la tendencia actual consiste en dar un mayor protagonismo a los jueces ordinarios, acercando el sistema de justicia constitucional italiano a los modelos difusos. La relevancia que el *Palazzo de la Consulta* siempre ha reconocido a los jueces ordinarios en la "fase ascendente" del sistema de control de constitucionalidad se extiende hoy también a la "fase descendente". Es decir, a la aplicación de sus propias decisiones y, más en general, de la Constitución, con el límite obvio de no poder dejar de aplicar la ley, sin recurrir antes a la Corte Constitucional. Delegando en los jueces parte de sus funciones, la Corte evita actuar a través del único instrumento del que dispone normativamente - las radicales decisiones con efecto *erga omnes* - para usar los más ágiles y menos contundentes pronunciamientos *inter partes*. El resultado es la minimización del efecto de sus decisiones sobre el sistema, dentro de un modelo cada vez más "bilateral" de reparación de la inconstitucionalidad. La interpretación conforme a la Constitución - cuya utilización por los jueces ordinarios fue incentivada por la Corte incluso para superar la doctrina del *diritto vivente* - y las sentencias aditivas de principio muestran la tendencia a pasar de un derecho de reglas a un derecho por principios, expuesto a la influencia de los casos concretos.

3) El **sistema portugués** de control de constitucionalidad puede ser considerado uno de los más complejos de Europa, puesto que abarca el control abstracto (previo y sucesivo) el control concreto (sucesivo) y un control específico para las omisiones del legislador. Los controles abstracto y concreto sucesivos tienen por objeto la totalidad de los actos normativos producidos por el ordenamiento jurídico, mientras que el control previo se destina exclusivamente a los proyectos de ley y el control por omisión, a las omisiones legislativas. Los órganos y autoridades legitimados por la Constitución para acudir directamente al Tribunal Constitucional, y los ciudadanos - incidentalmente a través de las demandas en el ámbito del Poder Judicial - tienen un activo e importante papel en la busca de la efectividad de los preceptos y principios constitucionales. Sin embargo, no existe un Recurso de Amparo, como el español, que

permita a los ciudadanos acceder directamente al Tribunal Constitucional en caso de vulneración de sus derechos fundamentales.

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal por parte del Tribunal Constitucional portugués en el control abstracto sucesivo implica su eliminación del ordenamiento jurídico con efecto *ex tunc*. La decisión, además de tener eficacia retroactiva, tiene fuerza obligatoria general (*erga omnes*), fuerza de ley, y es vinculante. Implica también la reviviscencia del acto normativo que eventualmente haya sido derogado por el precepto declarado inconstitucional, es decir, su vuelta automática al ordenamiento. La declaración de no inconstitucionalidad, por otro lado, no produce ningún efecto, lo que permite que en el futuro el mismo precepto pueda ser declarado inconstitucional. La sentencia interpretativa en sentido estricto tiene idénticos efectos. Como este tipo de sentencia es resultado de la interpretación conforme a la Constitución, el Tribunal Constitucional normalmente la utilizaba para desestimar el *petitum* de inconstitucionalidad (decisión de no inconstitucionalidad), pero en fechas más recientes ha utilizado esa regla hermenéutica para emitir también sentencias estimatorias (de inconstitucionalidad). Para ello, al igual que en Italia, se limita a elegir la interpretación que sea constitucional o inconstitucional entre las alternativas interpretativas propiciadas por el precepto legal. La sentencia de inconstitucionalidad parcial o reductora tiene los mismos efectos que la inconstitucionalidad simple. La reducción cuantitativa y la cualitativa conllevan manipulación, aun cuando la generalidad de los autores portugueses – al contrario que los italianos - no hayan aceptado que esta sentencia sea modificativa (manipulativa), reservando esta designación para las decisiones aditivas y sustitutivas, que, sin embargo, son muy criticadas por vulnerar supuestamente el principio de la separación de los poderes. Por ello, hay quien defiende que las sentencias modificativas no deberían beneficiarse de la fuerza obligatoria general de la declaración de inconstitucionalidad. Para solucionar las violaciones al principio de igualdad – donde más son utilizadas - se ha propugnado el uso de la decisión de inconstitucionalidad total, aunque con limitación de los efectos, porque este tipo de decisión sería más coherente con la idea de que en un estado democrático cabe a los representantes del pueblo elegir la legislación conforme a la Constitución. Otra línea doctrinal no se opone a las sentencias modificativas por su efectividad ante discriminaciones o diferenciaciones infundadas en las que la extensión del régimen más favorable se ofrece como la decisión más inmediata y más cercana a

los valores constitucionales. El Tribunal Constitucional ha utilizado regularmente tanto sentencias modificativas, como de inconstitucionalidad con limitación de efectos. En el ámbito del control abstracto sucesivo la limitación de efectos se ha producido de tres maneras distintas. A través de la sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida el Tribunal determina que el efecto retroactivo se detenga exactamente en la fecha en que fue promulgada la nueva Constitución o la enmienda constitucional que modificó el texto constitucional y volvió inconstitucional el precepto impugnado. La sentencia limitativa propiamente dicha (art. 282º, nº 4 CRP) permite la ponderación de los efectos *erga omnes*, *ex tunc* y de reviviscencia de los preceptos eventualmente derogados, por razones de seguridad jurídica, equidad o interés público excepcional. Y la sentencia de mera incompatibilidad (inconstitucionalidad sin declaración de nulidad) para tratados internacionales ratificados, evita innecesarios conflictos en este orden de Portugal con los demás Estados.

La estimación del recurso en el control concreto portugués se refleja exclusivamente en el proceso que originó la cuestión de inconstitucionalidad y únicamente sobre esta misma cuestión - y no sobre la cuestión principal de la causa -, porque el Tribunal Constitucional no es una última instancia y no sustituye el tribunal recurrido en la decisión de mérito sobre la causa principal. Por lo tanto, a diferencia de los efectos *erga omnes* de las decisiones de otros sistemas concretos (v.g. el italiano o el alemán), la decisión de inconstitucionalidad hace únicamente cosa juzgada formal y su eficacia es tan solo *inter partes*. Sin embargo, si este precepto llega a ser considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en tres casos concretos distintos, el mismo Tribunal podrá ser instado para que declare que el juicio de inconstitucionalidad pasa a tener fuerza obligatoria general (*erga omnes*). La decisión de no inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional (desestimación del recurso) es vinculante para el juez *a quo*, que no podrá rehusar la aplicación del precepto en cuestión con fundamento en su inconstitucionalidad. Produce además el efecto de cosa juzgada, volviéndose definitiva en el aspecto específico discutido en la cuestión de inconstitucionalidad. La decisión negativa de inconstitucionalidad vincula también a los demás tribunales participantes en el mismo proceso, pero, como en el control abstracto, no equivale a una declaración de constitucionalidad. Significa tan solo que el precepto no es inconstitucional para aquel caso concreto, lo que no impide que lo sea en el curso de otra demanda, bajo otros argumentos, o en el futuro, por mutación constitucional. La

sentencia interpretativa tiene efectos idénticos, porque el art. 80º, n° 3 de la ley del Tribunal Constitucional establece claramente que si el juicio de constitucionalidad del precepto objeto de recurso se funda en su interpretación, el precepto deberá ser aplicado con tal interpretación en el proceso en causa. Esto es, la ley señala que corresponde al Tribunal Constitucional la última palabra en materia de interpretación y que está autorizado a utilizar, en cualquier caso, la interpretación conforme a la Constitución. No obstante, parte de la doctrina considera que el Tribunal no puede tener en el control concreto la misma amplitud de facultades interpretativas de la que disfruta en el control abstracto, porque está condicionado por la interpretación del tribunal de origen de la cuestión de inconstitucionalidad, no pudiendo vedar otras posibilidades hermenéuticas, que este último considere más correctas y que también sean constitucionales. Se trata de una posición muy cercana a la doctrina italiana del *diritto vivente*, pero sin la exigencia de jurisprudencia consolidada sobre la cuestión en los tribunales ordinarios. La inconstitucionalidad parcial en el control concreto está prevista en el art. 80º, n° 2 LTC, donde consta que “si el Tribunal Constitucional estima el recurso, aunque solo sea parcialmente, el proceso vuelve al tribunal *a quo*, para que este, conforme el caso, reforme la decisión...” Los efectos son, por lo tanto, idénticos a los de la inconstitucionalidad total (simple), lo que significa que el juez no podrá aplicar el precepto en el proceso concreto con las disposiciones o normas invalidadas y deberá aplicarlos si el Tribunal Constitucional desestima la cuestión. Hay una simple preclusión, limitada al proceso que originó el incidente de inconstitucionalidad. Lo mismo ocurre con las sentencias modificativas aditivas y sustitutivas, aunque haya una línea doctrinal que defienda que la modificación de la ley propuesta por el Tribunal Constitucional no sea vinculante para el tribunal *a quo*.

El pronunciamiento de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional en el control previo provoca el veto del Presidente de la República o del Representante de la República y de la consecuente devolución del proyecto de ley al órgano que lo haya aprobado (Gobierno, Asamblea de la República o una de las Asambleas Legislativas regionales), que puede eliminar o reformular los preceptos invalidados, o desistir del proyecto. Las asambleas tienen también la posibilidad de confirmar la redacción original. Si el Tribunal Constitucional se pronuncia por la no inconstitucionalidad, la consecuencia es la promulgación, sanción y publicación del proyecto de ley, que de esta manera se transforma en ley. El pronunciamiento

interpretativo produce los mismos efectos de las sentencias simples. Si el pronunciamiento es de inconstitucionalidad, la Asamblea evidentemente no podrá eliminar la interpretación, sino el precepto que la contiene. Podrá asimismo reformularlo para que no pueda más ser interpretado de esa manera, o confirmarlo. Si el pronunciamiento es de no inconstitucionalidad, los destinatarios del precepto no están obligados a acatar y aplicar la interpretación preferida por el Tribunal Constitucional, porque el control previo es abstracto. Aunque varios autores consideren problemático el uso del pronunciamiento de inconstitucionalidad parcial en el ámbito del control previo, alegando que estas decisiones solo deberían ser emitidas en situaciones de “necesidad legislativa”, dado que su utilización en este ámbito sería “una intolerable intromisión en la libertad de conformación del legislador”, la realidad es que en los últimos años el Tribunal Constitucional ha emitido decisiones reductoras cuantitativas en el ámbito del control previo. Una decisión reductora cualitativa habría de ser aplicada en el proyecto de ley de la misma manera que si de una sentencia interpretativa estimatoria se tratara.

La verificación de la inconstitucionalidad por omisión es meramente declarativa o verificativa, porque el Tribunal Constitucional se limita a dar conocimiento de ello al órgano legislativo responsable de la omisión, sin poder exigirle el desarrollo de la ley. Sin embargo, aunque desprovista de sanción, la verificación de la inconstitucionalidad por omisión deja patente la obligación de legislar. El Tribunal Constitucional ha entendido que esta omisión no deriva tan solo del “deber general” de legislar, sino de un específico y concreto mandato o encargo constitucional. Una “imposición” claramente definida en cuanto a su sentido y alcance, que no deja al legislador ningún margen de libertad en cuanto a su propia decisión de intervenir. Es decir, la Constitución contiene una verdadera orden de legislar, que queda cumplida una vez promulgada la ley. Por eso, cuando el Tribunal Constitucional verifica la omisión, efectúa implícitamente un juicio de censura al legislador, que se encontraba constitucionalmente obligado a desarrollar la ley y no la hizo, como en el caso del establecimiento y actualización del salario mínimo nacional (art. 59º, nº 2-a CRP). No ocurre lo mismo con preceptos que contengan genéricamente objetivos y fines del Estado (arts. 9º y 81º CRP), dado que no se entienden como concreta imposición constitucional.

4) Con respecto al **sistema brasileño** de control de constitucionalidad, una de sus peculiaridades más marcadas, con consecuencia directa en la tipología de sus sentencias, es el hecho de que en el ámbito del control concentrado (abstracto) la desestimación de una acción de inconstitucionalidad implica la declaración de constitucionalidad del precepto impugnado y la desestimación de la acción declaratoria de constitucionalidad (ésta singular acción fue creada por enmienda constitucional en 1993) implica la declaración de su inconstitucionalidad. Aunque la existencia de la declaración de constitucionalidad en Brasil pueda deberse a cierta influencia alemana – de hecho, siempre que exista controversia sobre la constitucionalidad de una ley, el *Bundesverfassungsgericht* puede ser instado a declarar su constitucionalidad -, ella no explica tal posibilidad en una acción que originalmente pretendía justo lo contrario. La explicación para el carácter dúplice o ambivalente de estas acciones puede encontrarse en la propia época de la creación del control concentrado en 1965, en plena dictadura militar (hasta entonces existía exclusivamente el control difuso, introducido por la primera Constitución republicana en 1891). Al Procurador General de la República se le concedió autoridad para impugnar las leyes directamente ante el Tribunal Supremo Federal a través de la “representación de inconstitucionalidad”. Con todo, si entendía que la ley objeto de la representación no era inconstitucional, el Procurador estaba autorizado a opinar a favor de su constitucionalidad. En un escenario en el que formalmente se encontraba vigente una Constitución democrática (1946), pero de hecho existía un régimen autoritario, una representación de inconstitucionalidad en estos términos podía ser utilizada por los gobernantes con el propósito de obtener del STF una especie de “sello” de constitucionalidad para determinadas leyes, cuestionadas ya a través del control difuso. Hipótesis aun más plausible si se toma en consideración que tanto el Procurador General de la República, como los componentes del STF eran nombrados por el Presidente de la República, y el Parlamento funcionaba con serias restricciones.

Actualmente la peculiar naturaleza dúplice de las acciones de (in)constitucionalidad está prevista en la Constitución y en la ley, y prácticamente no es objeto de críticas doctrinales. La principal objeción procede del temor a que la declaración negativa de inconstitucionalidad fije en términos definitivos e irreversibles la constitucionalidad del precepto legal cuestionado, puesto que la decisión es vinculante (un temor, por cierto, recurrente en Italia, Portugal y otros países). Sin

embargo, la realidad ha demostrado que el STF no impone restricciones a que se cuestione la legitimidad constitucional de una norma ya declarada constitucional por una de sus decisiones anteriores. Y ello porque reconoce que las sentencias también están sujetas a la cláusula *rebus sic stantibus* y - lo que es fundamental - porque no se considera autovinculado a sus propias decisiones (ni al fallo, ni menos, a sus fundamentos determinantes). La fórmula recíproca, sin embargo, no es factible, en cuanto, evidentemente, no sería admitida una acción declaratoria de constitucionalidad sobre preceptos ya declarados inconstitucionales en el control concentrado, dado que estos preceptos ya no forman parte del ordenamiento jurídico, una vez que fueron declarados nulos con efecto *ex tunc*.

Dentro del contexto brasileño, y bajo el punto de vista de la transparencia procesal, la creación de la acción declaratoria de constitucionalidad puede ser considerada una evolución, puesto que antes solo se podía obtener una sentencia de constitucionalidad a través de una acción de inconstitucionalidad. Y la acción declaratoria de constitucionalidad sólo puede ser utilizada cuando la controversia constitucional ya esté instalada en el ámbito del control difuso, no prestándose a que cualquier autoridad, de forma preventiva y sin cualquier tipo de discusión, intente imponer a la sociedad su punto de vista. Además, su existencia ha dejado fuera de lugar las críticas a la naturaleza dúplice de las acciones del control concentrado. Si la desestimación de una acción declaratoria de constitucionalidad se resumiera a eso, a una desestimación (sin cualquier efecto), el STF estaría admitiendo la permanencia de un precepto reconocidamente inconstitucional en el ordenamiento, lo que generaría la necesidad de una posterior acción directa de inconstitucionalidad. Por otro lado, la desestimación de una acción directa de inconstitucionalidad, por no vincular a los tribunales inferiores, generaría la necesidad de una posterior acción declaratoria de constitucionalidad. En otras palabras, mientras mantenga una acción cuyo objetivo es confirmar lo que, se supone, es atributo de todas las leyes - su constitucionalidad -, el sistema concentrado brasileño sólo podrá ser coherente y proporcionar seguridad jurídica plena, mientras mantenga también el carácter dúplice o ambivalente de sus acciones.

5) Las sentencias de constitucionalidad y de inconstitucionalidad (material, formal, por dependencia o por conexión) en el ámbito del control concentrado

tienen efectos generales y vinculantes para los *demás* órganos del Poder Judicial y para la administración pública. La vinculación no alcanza al legislador, que, en caso de declaración de inconstitucionalidad, podrá desarrollar una nueva ley de idéntico contenido, y en caso de declaración de constitucionalidad podrá libremente modificarla o derogarla, puesto que esta declaración no cambia el estatus de la ley. La doctrina y la jurisprudencia del STF – salvo casos puntuales – ponen de manifiesto que los efectos generales y vinculantes dimanarían únicamente del fallo de la sentencia y no de sus motivos determinantes. La razón está en que el art. 102 § 2º de la Constitución prevé estos efectos exclusivamente para “las decisiones definitivas de mérito”. Sin embargo, parece innegable la repercusión positiva que la trascendencia de los motivos determinantes sería capaz de proporcionar al sistema en algunas situaciones específicas, como el propio STF ya tuvo oportunidad de constatar. La principal ventaja sería la posibilidad de invalidar otras leyes de contenido idéntico a la declarada inconstitucional, a través del eficiente instrumento procesal de la reclamación, con medida cautelar. Ello contribuiría enormemente a la economía y a la racionalidad procesal, y por ende a la propia seguridad jurídica, sobre todo en un Estado federal, que, por involucrar varios centros de poder, potencializa el riesgo de aparición de leyes paralelas. Y la federación brasileña está compuesta por veinte y seis Estados, y un Distrito Federal.

La tradición del derecho constitucional brasileño, dominante incluso antes de la introducción del control abstracto de normas, consagra el dogma de la nulidad de la ley inconstitucional y se funda en la antigua doctrina norteamericana, según la cual “*the unconstitutional statute is not law at all*”. Es decir, la sentencia de inconstitucionalidad se limita a reconocer la nulidad preexistente del precepto legal y, por ello, sus efectos retroceden a la fecha de su entrada en vigor (nulidad *ipso jure* y *ex tunc*) y determinan la reviviscencia de las normas eventualmente derogadas por el precepto declarado nulo. La retroactividad, con todo, respeta la *cosa juzgada*. El argumento más utilizado por la doctrina favorable al efecto *ex tunc* y, por mucho tiempo, por el propio STF, señala que la concesión de validez temporal a la ley inconstitucional (a través de efecto *ex nunc* u otro) suspendería la eficacia de la Constitución y representaría una ruptura con el principio de su supremacía. A pesar de algunos votos particulares favorables a la tesis de que la ley inconstitucional no es nula, sino anulable, la jurisprudencia del STF ha mantenido la regla general del efecto *ex tunc*, pero imponiéndole algunos matices, no solo para preservar la cosa juzgada, sino

también la seguridad jurídica - en atención al principio de la buena fe -, y para evitar el enriquecimiento sin causa. La generalidad de la doctrina también ha criticado constantemente la aplicación pura y dura de la nulidad *ipso jure* y *ex tunc*. Tal convergencia de opiniones se ha materializado en las leyes 9868 y 9882 de 1999, que autorizan la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

Al contrario que en Portugal, donde está prevista en la propia Constitución, la reviviscencia de la legislación derogada por la ley declarada inconstitucional por el Tribunal no consta directamente en ninguna disposición legal o constitucional en Brasil (aunque la concesión de medida cautelar en las acciones del control concentrado la autorice). Sin embargo, ha gozado de la aceptación generalizada de la doctrina y ha sido adoptada por la jurisprudencia del STF, porque la premisa de la no admisión de efectos válidos provenientes del acto inconstitucional conduce, inevitablemente, a la tesis de la reviviscencia automática de la norma derogada. Y para ello es necesario aceptar que la decisión de inconstitucionalidad tenga eficacia *ex tunc*. La reviviscencia ha sido considerada por el STF inherente al control concentrado, porque la norma inconstitucional, “por ser jurídicamente inválida, no posee eficacia derogatoria”. Y si la norma anterior padece del mismo vicio de inconstitucionalidad de la declarada nula (reviviscencia indeseada), el STF ha entendido que el *petitum* de la acción debe contener tanto la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la ley abrogatoria, como de las normas por ella derogadas.

6) El sistema brasileño admite la concesión de medida cautelar por parte del STF en todas las acciones del control concentrado, siempre y cuando el demandante demuestre la existencia de *fumus boni juris* y *periculum in mora*. Como la decisión de mérito puede demorarse varios años, la naturaleza anticipatoria de la medida cautelar cobra mucha importancia. Además, a pesar de que la Constitución prevé efectos vinculantes tan solo para las decisiones de mérito, el STF ha sentado jurisprudencia atribuyendo estos efectos también a la decisión concesiva de medida cautelar en las acciones del control abstracto. Las decisiones denegatorias de medida cautelar, con todo, no son consideradas vinculantes por el STF, lo que significa que el carácter dúplice o ambivalente, que caracteriza a las decisiones de mérito, no se extiende a las medidas cautelares.

La medida cautelar tiene objetivos específicos, de acuerdo con la acción abstracta utilizada. En la acción directa de inconstitucionalidad la medida normalmente suspende la vigencia de la ley o del acto normativo cuestionado y está dotada de eficacia contra todos y efecto *ex nunc*, a menos que el STF entienda que debe concederle eficacia retroactiva, en cuyo caso deberá hacerlo de forma expresa. Implica además la reviviscencia provisional de la legislación anterior quizás existente, salvo expresa manifestación en sentido contrario. La norma revivida vuelve a estar en vigor a partir de la fecha de concesión de la medida cautelar, porque esta tiene por regla general efecto *ex nunc*. La hipotética estimación posterior de la acción mantendrá en vigor la norma revivida con eficacia *ex tunc* y la desestimación la derogará definitivamente. El objetivo de la medida cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad es evitar el agravamiento del estado de inseguridad o de incertidumbre jurídica que se pretende eliminar. Dicha medida consiste en una indicación obligatoria a jueces y Tribunales, para que suspendan los procesos en los que pueda producirse la aplicación de la ley o del acto normativo objeto de la acción declaratoria de constitucionalidad hasta el fallo definitivo, que deberá producirse en el plazo de 180 días (eventualmente renovable), pasado el cual la medida cautelar perderá su eficacia. Este objetivo es compartido por la medida cautelar en la acción por incumplimiento de precepto fundamental, que posibilita además que el STF suspenda los efectos de las decisiones judiciales o de cualesquier otro acto, que presenten relación con la materia objeto de la acción, excepto por motivos de cosa juzgada. De esta manera se impide la consolidación de situaciones contrarias a la posible decisión definitiva que se tome en el futuro, convirtiendo a la medida cautelar en un instrumento de economía procesal y de uniformización de la orientación jurisprudencial. Finalmente, no cabe medida cautelar en acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Esta posición fue adoptada muy pronto por el STF, porque en la decisión de mérito de esa acción el Tribunal no está autorizado a suplir la omisión inconstitucional u obligar al legislador a suplirla, pudiendo únicamente comunicar la situación al órgano estatal inactivo.

7) El control difuso o incidental (concreto) de constitucionalidad de las normas se caracteriza por llevarse a cabo en el curso de los procesos judiciales ordinarios. En la primera instancia lo más usual es que el juez se limite a dejar de aplicar al caso concreto la ley que considere inconstitucional, aunque eventualmente llegue a declarar la inconstitucionalidad del precepto. En la segunda instancia, a

diferencia de lo que ocurre en Italia, España y otros países europeos, donde el incidente de inconstitucionalidad es decidido *per saltum* exclusivamente por el Tribunal Constitucional, en Brasil la decisión es del Pleno o del Órgano Especial del Tribunal de Justicia estadual. Por este motivo, la cuestión constitucional puede aun elevarse al STF a través de recurso extraordinario, para que este tenga la última palabra.

La decisión de inconstitucionalidad emitida por el STF o por los jueces y tribunales, en cualquier grado de jurisdicción, tiene eficacia únicamente frente a los litigantes involucrados en el proceso (eficacia *inter partes*) y tiene efectos retroactivos (*ex tunc*). Mantiene por lo tanto su vigencia y eficacia para el resto de la sociedad, produciendo efectos en relación a otras situaciones, inclusive en el ámbito del propio Poder Judicial, que no está vinculado a la sentencia del Alto Tribunal. Por ello, quien quiera eximirse de los efectos de esta misma ley deberá suscitar su inconstitucionalidad en otros procesos judiciales, sin garantía de que su pretensión sea estimada. Y ello puede evidentemente generar decisiones contradictorias. La solución encontrada por el constituyente de 1934 para mitigar los posibles problemas fue la de conceder al Senado Federal la facultad de suspender – a través de resolución - la ejecución total o parcial de la ley declarada inconstitucional por el STF en el ámbito del control difuso, el único entonces existente. En otras palabras, conferir a través de la resolución del Senado eficacia *erga omnes* a las decisiones de inconstitucionalidad. Aunque exista alguna controversia doctrinal con respecto al efecto temporal de esta resolución del Senado – actualmente prevista en el art. 52, X, CFB - el STF ha entendido que la suspensión de la ejecución de la ley por inconstitucionalidad deja sin efecto todos los actos realizados bajo su imperio. De ahí que, excluidas la cosa juzgada y otras fórmulas de preclusión, los efectos son siempre *ex tunc*. Con relación a la Administración Pública Federal esta cuestión no admite dudas, dado que el Decreto 2346/1997 (art. 1º, § 2º) determina que los efectos de la Resolución del Senado Federal serán retroactivos.

8) La ampliación del número de órganos y autoridades legitimados para proponer las acciones del control concentrado por la Constitución de 1988, así como la celeridad de ese modelo procesal, que posibilita suspender de forma inmediata la eficacia de los preceptos normativos cuestionados a través de una medida cautelar, han sido apuntados como las principales causas de la reducción del significado del control difuso de constitucionalidad en Brasil. En ese sentido, la doctrina ha revelado algunos

indicios, tanto en el ámbito judicial, como en el legislativo, que demostrarían que nos encontramos ante un fenómeno que ha dado en denominarse *abstractivización* del control concreto brasileño.

En el ámbito judicial suelen citarse como paradigmáticas de este fenómeno las sentencias de inconstitucionalidad emitidas en el *Habeas Corpus* 82.959/2006 y en el Recurso Extraordinario 197.917/2004. En ambas el STF concedió transcendencia a los motivos determinantes de la decisión, dispensando de la resolución del Senado Federal prevista en el art. 52, X CFB. Otra sentencia histórica fue la emitida en los *mandados de injunção* 670, 708 y 712/2008 (ausencia de ley sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles), en los cuales el STF dejó de lado su tradicional posición de limitarse a constatar la omisión del legislador, tomando para sí mismo la responsabilidad de establecer provisionalmente para el caso concreto un desarrollo normativo del precepto constitucional falto de desarrollo legal, y, además, extendió los efectos de su decisión a todos los demás funcionarios públicos, como si de control abstracto se tratara, ignorando la Resolución del Senado Federal que normalmente sería imprescindible para producir este efecto. Esta exigencia constitucional ha sido criticada por no ser capaz de alcanzar a las sentencias en las que el Tribunal adopta una interpretación conforme a la Constitución, declara la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto o tan solo fija la orientación constitucionalmente adecuada. Además, se señala que la Constitución de 1988, la ley 9868/1999 y ciertas alteraciones en el Código de Procedimiento Civil habrían fortalecido el papel del STF y consolidado el control concentrado como el prioritario del sistema. Esta nueva realidad, según el magistrado Eros Grau, habría generado una auténtica mutación constitucional en el contenido del art. 52, X CFB. Por ello, la competencia privativa del Senado Federal para “*suspender la ejecución total o parcial de la ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del STF*”, debería pasar a ser entendida tan solo como una competencia para “*dar publicidad a la suspensión de la ejecución operada por el STF*” (Reclamación 4335/2007). Este razonamiento puede compararse con una especie de sentencia sustitutiva, en la cual en vez de sustituirse una norma de un precepto legal para volverlo conforme a la Constitución - como suele hacer la Corte Constitucional italiana -, se sustituye una norma del propio texto de la Constitución, para volverlo compatible con la nueva realidad jurídica que el Tribunal considera existir en el país. Es decir, una “sentencia sustitutiva” que no puede criticarse

por supuestamente invadir competencias privativas del legislador, sino por invadir la actividad privativa del propio poder constituyente derivado. Aunque sea indiscutible la legitimidad del fenómeno de la mutación constitucional, en cuanto consecuencia de la evolución de la sociedad, hay que tomar en consideración que este caso involucra directamente la relación entre los tres poderes del Estado y podría suponer el virtual fin del sistema mixto de control de constitucionalidad brasileño. Por ello, la prudencia exige que el eventual cambio en la Constitución sea efectuado por el poder constituyente derivado. Solo el Congreso Nacional está autorizado por la Constitución para este fin y solo con los representantes del pueblo será posible el indispensable debate sobre la cuestión y la decisión final sobre su oportunidad. En suma, una modificación de esa magnitud debe producirse a través de Enmienda Constitucional y no por interpretación del STF.

En el ámbito legislativo pueden citarse como “*abstractivistas*” algunas modificaciones introducidas en el Código de Procedimiento Civil, que refuerzan el papel del STF como supremo intérprete de la Constitución y la fuerza de precedente de las decisiones de su Pleno. De entre ellas, la que permite al juez relator de un recurso ante el Tribunal de Justicia juzgarlo de inmediato – prescindiendo de los votos de los demás jueces que componen la sección –, si ha sido interpuesto contra una decisión contraria a la *súmula* o a la jurisprudencia del STF. Y la que dispensa del incidente de inconstitucionalidad al Pleno o al Órgano Especial del Tribunal de Justicia cuando estos o el Pleno del STF ya se hayan pronunciado anteriormente sobre la cuestión. Otro síntoma de la tendencia a la *abstractivización* del control concreto sería la introducción de la exigencia de comprobación de repercusión general, para la admisión por el STF del recurso extraordinario contra las decisiones de los Tribunales de Justicia estatales sobre la materia constitucional (ley 11.418/2006). El recurrente debe ser capaz de demostrar que el contenido de su recurso afecta a cuestiones relevantes desde un punto de vista económico, político, social o jurídico, que sobrepasen los intereses subjetivos de la causa. La repercusión general se presume siempre que el recurso impugne una decisión contraria a una *súmula* o a la jurisprudencia dominante del STF, y tiende a impedir que lleguen a su apreciación cuestiones consideradas de menor transcendencia objetiva, contribuyendo a convertir al STF cada vez más en un verdadero Tribunal Constitucional. Por otra parte, en la medida en que la decisión negativa sobre la existencia de repercusión general es motivo de inadmisión automática de todos los

demás recursos basados en casos idénticos, sin posibilidad de recurso, esta nueva obligación acaba concentrando aun más poderes en el STF.

En el mismo sentido puede entenderse la Enmienda Constitucional n° 45/2004, que introdujo la figura de la *súmula vinculante* del STF, que contiene la posición definitiva del Tribunal sobre la materia constitucional controvertida, tras reiteradas decisiones en el mismo sentido, debiendo ser aprobada por dos tercios de los miembros del STF. Su efecto es vinculante exclusivamente frente a los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública, no confundiendo con los efectos vinculantes propios de las decisiones del STF en el ámbito del control concentrado de normas, cuya eficacia general se asemeja a la fuerza de ley. El acto administrativo o decisión judicial que contraríe una *súmula vinculante* aplicable o bien que la aplique indebidamente, está sujeto a reclamación ante el STF que, estimándola, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, determinando que sea emitida una distinta con o sin la aplicación de la *súmula*, conforme el caso. La principal crítica que se puede hacer a la *súmula vinculante* es la de que traduce una imposición abstracta de los puntos de vista del STF. Además, como su no acatamiento posibilita reclamación contra las *tesis* del Tribunal y no contra sus decisiones (emitidas en casos específicos), acaba desviando la discusión jurídica hacia los discursos de fundamentación (*Begründungsdiskurs*), elaborados de forma descontextualizada. Pasan a ser “conceptos sin cosas”, como mantiene Lenio Streck. El control difuso de constitucionalidad se realiza a partir de problemas concretos. Las *súmulas vinculantes*, aunque tengan su origen en decisiones reiteradas del STF emitidas sobre casos concretos, recorren el camino inverso. Intentan imponer una decisión *a priori* a casos concretos, que no necesariamente son idénticos. Esto lleva a que las partes se encuentren obligadas a intentar probar que el caso se adecua o no a la *súmula*. Es decir, hay efectivamente una disociación entre situación y concepto. Con este paso, cada vez se *abstractiviza* más la forma de entender el control concreto. De otra parte, la *súmula vinculante* impide la apreciación del magistrado en el sentido amplio previsto constitucionalmente, porque limita la libre apreciación del juez a los parámetros establecidos por el STF, dificultando la adopción por el Poder Judicial de nuevas tesis generadas por la dinámica social, que podrían contribuir al mejor ejercicio de la función jurisdiccional. Y como extiende los efectos de las decisiones del STF, sin la participación del Senado Federal, contribuye a la llamada tendencia hacia la *abstractivización* del control concreto brasileño.

9) A semejanza de los tribunales constitucionales europeos, la sentencia de inconstitucionalidad parcial (cuantitativa) emitida por el Tribunal Supremo Federal y por los demás tribunales judiciales brasileños anula tan solo la parte inconstitucional de la ley o del precepto legal objeto de impugnación. Es decir, anula una o más de sus proposiciones, o una o más de sus palabras, y conserva la eficacia de la parte restante. La jurisprudencia del STF deja patente su constante preocupación por no convertirse en un “legislador positivo”, manteniendo que “la declaración de inconstitucionalidad parcial de dispositivo normativo, con reducción de texto, solo está vedada cuando el reconocimiento del vicio sobre la parte de la norma implique una evidente inversión o distorsión del sentido de la ley” ([RE 534.104/2009](#)). Sin embargo, esta orientación no ha impedido que el Tribunal las emita con cierta frecuencia. Por ejemplo, cuando declaró inconstitucional la parte final de un artículo de la Constitución del Estado de Espírito Santo, que sometía a la Asamblea Legislativa la concesión de autorización para el desarrollo de una actividad potencialmente perjudicial para el medio ambiente, por ser esta competencia exclusiva del Poder Ejecutivo (ADI 1505/2005). Al declarar el precepto parcialmente inconstitucional, el STF preservó su contenido principal (la necesidad de autorización ambiental) y eliminó el accesorio (la inconstitucional participación de la Asamblea). El sentido original del precepto fue obviamente modificado, pero ello puede considerarse una consecuencia casi natural de este tipo de sentencia.

La inconstitucionalidad parcial normalmente es material, pero se ha aceptado que también se origine en una inconstitucionalidad formal. Por ejemplo, si un artículo o párrafo de una ley ordinaria invade un campo reservado a la ley complementaria (orgánica), la inconstitucionalidad formal declarada se centrará en los artículos o párrafos que deberían haber sido aprobados por mayoría absoluta y no lo fueron. Algo semejante pasaría si determinada ley de iniciativa del Presidente de la República invadiera competencias reservadas a la actuación legislativa de un Estado o de un municipio, o sufriera enmiendas por parte de parlamentares. Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad parcial son los mismos de la inconstitucionalidad total: *erga omnes*, por regla *ex tunc* y vinculantes en el control concentrado; *inter partes* y por regla *ex tunc* en el control difuso. La modulación de estas sentencias puede darse en los términos de la ley 9868/1999.

10) Cuando en la década de los setenta el STF pronunció las primeras sentencias interpretativas, se limitaba a desestimar la acción de inconstitucionalidad, declarando sucintamente en el fallo la legitimidad del precepto cuestionado, siempre que este fuera interpretado en conformidad con la interpretación que él consideraba constitucional. Es decir, emitía una sentencia interpretativa en sentido estricto desestimatoria. Pero, a semejanza de lo sucedido en Italia, el Tribunal pronto se dio cuenta de que los jueces y tribunales continuaban aplicando en ocasiones la norma en los sentidos apuntados como inconstitucionales, porque la vinculación no alcanzaba a los fundamentos de la decisión. Por ello, en los años noventa pasó a declarar en el fallo la inconstitucionalidad del precepto en todos los sentidos distintos al entendido como constitucional. Al utilizar la interpretación conforme a la Constitución para declarar una inconstitucionalidad, el STF acabó concluyendo que producía una sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto (sentencia reductora o de inconstitucionalidad parcial cualitativa), como es conocida en Brasil y Alemania. En este caso, sin embargo, la mayoría de la doctrina portuguesa e italiana - y la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales - considera que en realidad se produce una sentencia interpretativa en sentido estricto estimatoria. De hecho, solo la sentencia interpretativa en sentido estricto puede ser desestimatoria o estimatoria, puesto que, cuando las emite, el tribunal se limita a elegir la interpretación constitucional o inconstitucional entre las interpretaciones alternativas del precepto legal. Ya con la sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto - que es necesariamente estimatoria - el tribunal reduce parte del contenido normativo conjuntamente (o contemporáneamente) del precepto legal, para armonizarlo con la Constitución. Por lo tanto, excluye determinadas hipótesis de aplicación inconstitucionales del contenido normativo. La inadecuación de la equiparación puede ser constatada incluso en la forma en que suelen ser redactadas estas decisiones. Si se trata de la eliminación de una interpretación alternativa, la sentencia normalmente tiene un contenido semejante a este: *el precepto es (in)constitucional en cuanto interpretado en determinado sentido...* Como las interpretaciones son alternativas, o el precepto es totalmente constitucional interpretado en el sentido elegido, o totalmente inconstitucional interpretado en otro. Para que la inconstitucionalidad sea parcial sin reducción de texto, el contenido normativo del precepto debe sufrir una reducción. De ahí que este detalle caracterizador deba estar explícito en la redacción de la sentencia: *es inconstitucional en la parte en que prevé...*

Por ello, la sentencia reductora (inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto), juntamente con la aditiva y la sustitutiva, encuentra mejor ubicación entre las sentencias manipulativas. En estas el tribunal no busca alternativas interpretativas, sino que atribuye un nuevo sentido al precepto o, lo que es lo mismo, manipula o modifica su contenido normativo. El no reconocimiento de esta diferencia por parte del STF – el término sentencia manipulativa es prácticamente desconocido en Brasil - acabó consolidando la equiparación de la sentencia interpretativa en sentido estricto estimatoria con la sentencia reductora. Esta orientación aún perdura y ya puede ser considerada una de las principales características de la tipología de las sentencias interpretativas en Brasil. Ni siquiera la promulgación de la ley 9868/1999 - que las describe como decisiones autónomas en su art. 28, párrafo único - ha logrado cambiarla. En consecuencia, la sentencia reductora no es reconocida como manipulativa, y sus variantes aditivas y sustitutivas son virtualmente ignoradas, a pesar de que sean igualmente emitidas bajo la denominación genérica de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. Todo lo contrario que en Italia, donde la *Corte Costituzionale* y la mayoría de la doctrina sí las reconocen como manipulativas, y su uso (o abuso) suele ser criticado por aquellos que no reconocen a la Corte el derecho de emitir sentencias creativas.

La doctrina brasileña mantiene posiciones encontradas con respecto a la emisión de sentencias interpretativas. Hay quien considera superado el debate sobre la legitimidad de la actividad creativa de tribunales, defendiendo la sustitución de la expresión “interpretación conforme a la Constitución” por “atribución de sentido conforme a la Constitución” (Lenio Streck). La mayoría, no obstante, se preocupa con los excesos en el uso de las sentencias interpretativas y advierte que estas pueden transformar al Tribunal en un legislador positivo de facto, siendo tan solo admisibles si no alteran significativamente la letra del texto legal, ni cambian radicalmente la concepción originaria del legislador (Luís Barroso y otros). Y hay quien critique la propia interpretación conforme, por intentar *salvar* toda y cualquier ley que, aun mínimamente, posea algún rasgo de constitucionalidad (Virgilio A. da Silva). Es posible constatar que los razonamientos hermenéuticos de Lenio Streck, a pesar de ser básicamente distintos a los defendidos por otros autores brasileños y por el STF, tienen en último término idénticas consecuencias. Al mantener que la interpretación conforme a la Constitución debe ser entendida como atribución de sentido conforme a la

Constitución, este autor en realidad equipara sentencias interpretativas en sentido estricto con sentencias interpretativas manipulativas. Luís Barroso, por ejemplo, incurre en idéntica equiparación, cuando afirma que de la interpretación conforme a la Constitución vista por el lado negativo resulta una sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto. Finalmente, el STF, que además de compartir esta última posición, mantiene el vetusto discurso del legislador negativo, no se ha limitado a pronunciar sentencias manipulativas reductoras (inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto), que es el único tipo de decisión manipulativa prevista en la ley 9868/1999. Ha utilizado asimismo la sentencia aditiva y la sustitutiva – aunque bajo otras denominaciones –, como fue posible constatar en los ejemplos analizados en el trabajo.

Los efectos de las sentencias interpretativas son idénticos a los de las demás sentencias de inconstitucionalidad: *inter partes* y en principio *ex tunc* en el control difuso; *erga omnes*, vinculantes y en principio *ex tunc* en el control concentrado. Por otra parte, el hecho de que el art. 28, párrafo único, de la ley 9868/1999 prevea explícitamente – sin mayores precisiones – que “la declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, incluso la interpretación conforme a la Constitución y la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto, tienen eficacia contra todos y efecto vinculante en relación a los órganos del Poder Judicial y la Administración Pública federal, estadual y municipal”, ha ralentizado en gran parte el debate doctrinal sobre el efecto vinculante de las interpretaciones del STF, tan intenso en Italia, Portugal y otros países europeos. Las sentencias interpretativas mantienen igualmente el carácter dúplice inherente a las acciones del control concentrado brasileño, lo que significa que la desestimación de la demanda comporta una declaración en sentido opuesto al solicitado. Además, los efectos de estas sentencias también pueden ser modulados en los términos de las leyes 9868 y 9882 de 1999.

11) La comprensión de los tribunales inferiores de las sentencias interpretativas, en el control difuso, no es muy diferente de la del STF en el control concentrado. En el análisis de dos de estas sentencias, por ejemplo (epígrafe “3.3.1 Análisis de los fundamentos de dos *acórdãos* interpretativos”), fue posible constatar que si por un lado sus fundamentos innovan, porque admiten explícitamente que partir del principio de que la interpretación conforme a la Constitución implica adición de sentido,

por otro, comparten con el STF el entendimiento de que en la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto se retira una o más aplicaciones de la norma. A la manera del STF, que eventualmente corrige o extiende la obra del legislador, pero mantiene el discurso del legislador negativo, el tribunal estadual declaró la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto de preceptos legales, que, a pesar de las apariencias, no vieron su contenido normativo reducido, sino ampliado. El primer *acórdão* analizado reveló contener una decisión aditiva y el segundo, una decisión en parte reductora y en parte aditiva.

Los fundamentos de los dos *acórdãos* difieren evidentemente de la doctrina del legislador negativo aplicada por el STF. No obstante, al partir del supuesto de que la interpretación conforme a la Constitución debe ser entendida como adición de sentido, el tribunal estadual equipara sentencias interpretativas en sentido estricto y sentencias interpretativas manipulativas. El STF realiza idéntica equiparación, cuando afirma que la interpretación conforme vista por el lado negativo resulta una sentencia de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, que es una sentencia manipulativa reductora. Ello nos conduce a otra consecuencia muy significativa: la visión reduccionista compartida por el STF y por el tribunal estadual en relación a la tipología de las sentencias interpretativas. Ignorar la existencia de sentencias de inconstitucionalidad *stricto sensu* y *lato sensu* – y que estas últimas sean manipulativas, pudiendo ser reductoras, aditivas y sustitutivas -, además de permitir la confusión entre tipos de sentencias intrínsecamente diferentes, encubre el hecho de que el grado de intensidad de la intervención en la obra del legislador de las últimas es muy superior a las primeras. Un simplismo que no favorece en nada la transparencia y dificulta una discusión más efectiva sobre los límites en la utilización de estas sentencias, teniendo en cuenta el principio democrático de la separación de poderes. Como esto también se produce en el control concentrado, las conclusiones del análisis efectuado en los dos *acórdãos* tienen una amplitud que trasciende los límites de las dos decisiones.

12) La importancia de no confundir la sentencia interpretativa en sentido estricto – que también puede ser de constitucionalidad -, con la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, quedó igualmente patente en otra cuestión. La sección (tres jueces) del tribunal, que emitió las dos sentencias de inconstitucionalidad interpretativas antes referidas, alegando no haber habido modificación en el texto de la

ley, dejó de suscitar el incidente de inconstitucionalidad ante el Pleno del Tribunal de Justicia, que en el sistema difuso brasileño tiene constitucionalmente la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales (art. 97 CFB), que solo en última instancia llegan al control del STF. Coherente con la letra del texto constitucional, que exige que la sección suscite el incidente al Pleno siempre que considere inconstitucional el precepto legal a aplicar, consideramos que esta providencia solo puede ser obviada, si, a través de la interpretación conforme a la Constitución, la sección efectivamente elige una interpretación constitucional. Si concluye que el precepto legal solo puede permanecer en el ordenamiento si determinada interpretación alternativa de su contenido normativo fuere declarado inconstitucional, deberá obligatoriamente suscitar el incidente al Pleno. Lo mismo pasará si entiende que el contenido normativo necesita de una manipulación reductora, aditiva o sustitutiva para ser constitucional. En todas estas situaciones se produce un juicio de minusvaloración del precepto cuestionado. Por ello, alegar que la obra del legislador permanece intacta es cuando menos muy cuestionable, sobre todo cuando bajo la capa de la interpretación conforme/inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto se pueden estar emitiendo - como en los casos de los dos *acórdãos* analizados - sentencias manipulativas aditivas. Es decir, añadiendo contenido al precepto originario del legislador. Para evitar lo que podría definirse como una auténtica burla al propio sistema de control difuso de constitucionalidad, no es posible aceptar ningún tipo de declaración de inconstitucionalidad sin suscitar el incidente plenario. Solo el Pleno está autorizado a tomar una decisión tan grave como es una declaración de inconstitucionalidad. En caso contrario, se corre el riesgo de que muchas decisiones manipulativas se vuelvan definitivas antes de que lleguen al Pleno o a la decisión final del STF.

Por otra parte, no parece razonable alejar el Pleno del Tribunal del proceso, justamente cuando la cuestión de inconstitucionalidad que debe decidirse involucra técnicas mucho más complejas que las necesarias para emitir una sentencia de inconstitucionalidad simple. La complejidad de esas cuestiones merece una discusión con más detenimiento en el Pleno, no solo porque la Constitución así lo prevé, sino porque es la instancia privilegiada para decidir las cuestiones constitucionales a nivel estadual. Es necesario tener claro que ciertas decisiones - como la manipulativa aditiva o la sustitutiva - afectan a la obra del legislador, a pesar de que dejen el texto intacto. Es

posible, incluso, que encuentren su justificación constitucional, en el caso de que sean, por ejemplo, soluciones del tipo que los italianos denominan *a rime obbligate*. Pero quien debe decidir preliminarmente esta cuestión es el Pleno del respectivo Tribunal de Justicia y, en última instancia, el STF. El art. 481 del Código de Procedimiento Civil solo dispensa del incidente ante el Pleno, cuando ya exista pronunciamiento de este o del Pleno del STF sobre la misma cuestión, evitando así que las secciones aprecien por primera vez la cuestión de inconstitucionalidad. En definitiva, el incidente no permite que una declaración de inconstitucionalidad haga cosa juzgada, sin pasar por el filtro del Pleno del Tribunal. Por los mismo motivos, no deben caber dudas de que la *Súmula Vinculante* n° 10, que prevé que “viola la cláusula de reserva de plenario (art. 97 CFB) la decisión de la sección del tribunal que, a pesar de no declarar expresamente la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del poder público, deja de aplicarlos total o parcialmente”, sea plenamente aplicable a aquellos casos en que, haciendo uso de sentencias interpretativas, las secciones dejan de aplicar íntegramente determinado precepto legal. Admitir lo contrario, sería sobrevalorar el texto y minusvalorar la obra del legislador, porque este no hace tan solo un texto, sino una norma legal. Texto y norma no subsisten separados. Y si esto es así, tanto la modificación del texto, como la de la norma debe ser motivo para que la sección suscite el incidente de inconstitucionalidad al Pleno. Ello no solo es una necesidad del sistema, sino una obligación constitucional (art. 97 CFB), legal (arts. 480 a 482 Cpc) y jurisprudencial (*Súmula Vinculante* n° 10) que, si no es acatada, abre la vía para la reclamación o al recurso extraordinario ante el STF.

13) La omisión inconstitucional, que se origina en la reiterada falta de respeto al deber de legislar por parte del Parlamento, puede llevar a una especie de incumplimiento tolerado o condescendiente de los términos de la Constitución fijados por el poder constituyente originario. Es decir, puede generar un fenómeno que podría denominarse mutación informal de la Constitución. Por ello, la Constitución de 1988, inspirada por el texto constitucional portugués de 1976, introdujo en el control concentrado de constitucionalidad brasileño el control de las omisiones del legislador y lo extendió a las omisiones de los órganos administrativos. Esta novedad ha cambiado la forma de abordar la cuestión, puesto que posibilita que la omisión de los Poderes Públicos también pueda declararse inconstitucional. Su instrumento es la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, que puede ser presentada ante el STF por los

mismos órganos y autoridades legitimados para las demás acciones en el ámbito del control concentrado. Su finalidad es obtener del Tribunal una sentencia que declare la inconstitucionalidad por omisión de medida para volver efectiva una norma constitucional, y se lo comunique al Poder competente para que este adopte las providencias necesarias en un plazo de 30 días, en el caso de los órganos administrativos (art. 103, § 2° CFB). El incumplimiento de este plazo autorizaría, según algunos autores, una acción de daños y perjuicios en contra del agente público. Con respecto al Parlamento, los procedimientos son muy semejantes a los adoptados en Portugal. La sentencia de inconstitucionalidad por omisión normalmente contiene una mera comunicación al legislador, sin la imposición de ningún plazo, una vez que al Poder Judicial no se le puede obligar a legislar. Aunque excepcionalmente ya haya fijado plazo para que el Parlamento colme la omisión, el STF entiende que tal medida vulnera el principio de separación de poderes, dado que el Parlamento tiene libertad de conformación legislativa. Por ello, con mucha más razón, el Tribunal no puede por sí mismo suplir la omisión, lo que descarta inclusive una eventual medida cautelar. Como no tiene ningún efecto jurídico, el único mérito de la declaración de inconstitucionalidad por omisión es el de "denunciar" ante la sociedad la inoperancia del Poder Legislativo, permitiendo la movilización de la opinión pública. Además, puede ser considerada una sentencia atípica de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, que contiene una apelación implícita al legislador.

Para determinar a partir de qué momento está autorizado a declarar la inconstitucionalidad por omisión, el STF debe sopesar todas las circunstancias relativas a la falta de desarrollo legal (si existe o no un proyecto de ley en discusión, si falta consenso entre los parlamentarios, si la morosidad en los trámites está justificada etc.), orientado por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Además, tiene que sopesar si la omisión legislativa cuestionada puede efectivamente ser objeto de control. Para el STF y parte de la doctrina no basta el simple deber general de legislar para configurar una omisión inconstitucional. El precepto constitucional no ejecutable por sí mismo debe contener una exigencia constitucional de acción, sin que el legislador tome las medidas legislativas necesarias para volverlo ejecutable. La exigencia constitucional de acción, por lo tanto, excluiría las normas programáticas. La posición contraria defiende que toda imposición constitucional u orden de legislar, abstracta o concreta, inclusive las normas programáticas, pueden dar lugar a una omisión inconstitucional.

La doctrina se debate entre los que defienden un mayor protagonismo del STF y los que se aferran al respeto del principio de la separación de los poderes. Si la omisión inconstitucional se perpetua, algunos autores defienden que el Tribunal debería emitir una sentencia normativa para llenar el vacío legislativo. Otros excluyen de esta posibilidad las normas de eficacia limitada de tipo instituyente o que traten de la elaboración de Códigos. Y, finalmente, los hay que se muestran en contra de estas soluciones, porque privan el Poder Legislativo de la elección del momento adecuado para desarrollar los preceptos constitucionales, apreciando libremente y sin imposición judicial, su conveniencia u oportunidad. Probablemente la solución se encuentre, como señala Clèmerson Clève, en una reforma constitucional que flexibilice el art. 103 § 2º CFB, proporcionando al STF más opciones a la hora de decidir sobre la omisión y, en consecuencia, a la hora de comunicarla al Poder responsable.

14) El STF nunca aceptó la hipótesis de que él mismo pudiera expedir la norma general o concreta para colmar la omisión absoluta. Sin embargo, dejó asentado que la inconstitucionalidad por omisión se produce no sólo cuando el órgano legislativo no cumple con su deber de legislar, sino también cuando tan solo lo satisface parcialmente. Como la omisión parcial puede ser tratada tanto bajo el punto de vista de la inconstitucionalidad por omisión, como bajo lo de la inconstitucionalidad por acción del legislador, esta especial condición conlleva dos cuestiones importantes: de un lado, la elección del tipo de acción más adecuado y por otro, el tipo de decisión que debe emitir el STF, que puede ser tanto una sentencia de inconstitucionalidad por omisión del legislador – de contenido idéntico a la de omisión total (art. 103 § 2º CFB) -, como una de las múltiples sentencias de inconstitucionalidad por acción del legislador. Por su mayor efectividad, la omisión parcial encuentra evidentemente mejor solución en el ámbito de la inconstitucionalidad por acción. Una opción sería la declaración de la inconstitucionalidad total (o parcial) del precepto, pero esta solución debe evitarse si aumenta el estado de inconstitucionalidad ya existente. Otra posibilidad sería la emisión de una sentencia manipulativa aditiva, extendiendo el ámbito normativo del precepto para abarcar a los excluidos por la omisión parcial. Sin embargo, este tipo de decisión todavía no es admitido explícitamente por el STF - que permanece fiel al dogma del legislador negativo -, aun cuando ya haya sido de hecho utilizado, como intentamos demostrar en el trabajo. La elección de la acción apropiada se vuelve, en estos casos, aun más crucial, dado que el STF ha respetado estrictamente el principio dispositivo,

entendiendo que no es posible la convertibilidad entre los dos tipos de acción de inconstitucionalidad. Solo peticiones alternativas o conjuntas del actor en la misma acción la autorizarían.

15) La actual Constitución introdujo la posibilidad de que los ciudadanos, los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las entidades de clase o asociaciones presenten un *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI CFB), siempre que la ausencia de ley o de un acto normativo impida el ejercicio de derechos y libertades constitucionales (individuales, colectivos y sociales) y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía popular (art. 14 CFB) y la ciudadanía (derechos políticos). Esa acción tiene en común con la acción directa de inconstitucionalidad por omisión el objeto - las omisiones legislativas totales y parciales - pero en el más restringido ámbito de los derechos previstos en el art 5º, LXXI CFB. Con todo, no deben confundirse, dado que el *mandado de injunção* es un instrumento de tutela de derecho subjetivo y tiene efectos por lo general *inter partes* (control difuso).

El hecho de que el propio *mandado de injunção* aun no esté desarrollado por ley ha obligado el STF a definir sus contornos. Durante muchos años el Tribunal le dispensó el mismo tratamiento que la Constitución prevé para la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, emitiendo una *sentencia de mera comunicación de la omisión*. Una opción que apenas tiene defensores en la doctrina, porque reduce en exceso el potencial del *mandado de injunção*. De hecho, el constituyente ciertamente no tenía la intención de reunir en la Constitución instrumentos procesales redundantes, sin embargo, a ello conducía la mera comunicación de la omisión, que fue ampliamente dominante hasta 2007. Sin embargo, en algunos casos puntuales, el STF llegó a emitir un tipo de decisión en la que dejaba entrever su futura opción por garantizar el derecho en el caso concreto, y que podría denominarse como *sentencia apelativa con concesión diferida del derecho*. Con ella el STF reconoce el derecho del demandante y fija un determinado plazo para que el legislador promulgue la ley correspondiente. Si se persiste en la omisión, el actor adquiere automáticamente el derecho. Aun cuando no implique una actuación “legislativa” por parte del STF, puesto que no establece los parámetros (normas) para la concesión del derecho al demandante, esta sentencia señala una clara evolución con respecto a la postura entonces dominante. Posteriormente, dando razón a la generalidad de la doctrina y a los reiterados votos particulares de

algunos de sus magistrados, el STF rectificó su posición inicial, pasando a emitir la sentencia que aquí denominamos de *normativa supletoria*, porque garantiza el derecho del demandante en el caso concreto a través de la creación de normas provisionales, que valdrán hasta que el legislador desarrolle la ley pertinente. Como el STF no crea una regla abstracta en el ordenamiento jurídico, sino que se limita a crear la norma necesaria a los fines estrictos y específicos del litigio que le cabe enjuiciar, su actuación no debe confundirse con la actividad del Poder Legislativo.

El STF encontró en el art. 5º, § 1º CFB - que prevé la aplicación inmediata a las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales - la base constitucional para hacer posible el ejercicio del derecho en el caso concreto. La primera sentencia bajo la nueva orientación fue emitida en el *mandado de injunção* 721/2007, que denunciaba la inexistencia de ley regladora para el art. 40, § 4º CFB, que trata de la jubilación de servidores públicos que actúan en condiciones insalubres. La *sentencia normativa supletoria* estableció que debería adoptarse, vía pronunciamiento judicial, la disciplina sobre la materia aplicable para los demás trabajadores (ley 8213/1991, art. 57, § 1º). Este tipo de sentencia, que recuperó el *mandado de injunção* como garantía constitucional, tiene de regla efectos *inter partes* y, excepcionalmente, *erga omnes*.

16) Los efectos *inter partes* de la sentencia normativa supletoria subsisten incluso si el *mandado de injunção* es colectivo, porque en este caso los efectos se extienden exclusivamente al universo de los sustituidos en la relación procesal por algún órgano de clase, como un sindicato. Sin embargo, la concesión de efectos generales podría justificarse, en principio, cuando están en juego derechos difusos – como los medioambientales – y no sea posible cuantificar el número de afectados por la falta de legislación. Pero hay otra hipótesis. Los *mandados de injunção colectivos* n°s 670, 708 y 712 de 2008, que cuestionaban la ausencia de desarrollo legal del derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles - previsto en el art. 37, VII de la Constitución - fueron resueltos conjuntamente por el STF. Y dada la posibilidad de emisión de decisiones discordantes, potencialmente vulneradoras del principio constitucional de igualdad, la sentencia normativa supletoria fue emitida con eficacia *erga omnes*. El Tribunal concedió el derecho en el caso concreto, a través de la aplicación analógica de la ley 7783/1989, que regula el derecho de huelga de los

empleados del sector privado, y de la ley 7701/1988, que ordena los procedimientos en procesos colectivos juzgados por los tribunales laborales. Garantizó la validez de la decisión mientras persista la falta de ley e impuso un plazo de 60 días para que el Congreso Nacional elaborara la nueva ley.

Uno de los principales argumentos esgrimidos en los fundamentos de los tres *mandados de injunção*, para justificar el uso de la sentencia normativa supletoria, fue la emisión de sentencias aditivas por el tribunal constitucional italiano y, en menor escala, por el alemán. Sin embargo, la utilización de la sentencia aditiva para justificar una sentencia que pretende colmar una ausencia total de ley - lo que supone que el Tribunal tiene que crear la normativa íntegramente - no parece fundamentada a nuestro juicio, porque los tribunales europeos solo emiten la sentencia aditiva para los casos de omisión parcial. Aunque el STF haya optado por la adaptación de una ley destinada a los empleados privados para reglar en su totalidad y de forma provisional el derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles, esta no puede equipararse a una sentencia aditiva en el sentido que le dan la doctrina y los tribunales constitucionales europeos. Además, para ese tipo de sentencia, argumentos tales como la voluntad hipotética del legislador y la *rime obbligate* - que se justifican plenamente cuando el *mandado de injunção* trata de una omisión parcial - no son imprescindibles. Tratándose de una omisión total o absoluta, la correspondiente sentencia creemos que puede pronunciarse en los términos propuestos, porque la Constitución así lo autoriza. La búsqueda de una voluntad hipotética del legislador, sin que este haya elaborado una ley para reglar el precepto constitucional específico, es una quimera. Por otro lado, el hecho de que eventualmente el precepto constitucional no sea *a rime obbligate* no debe suponer un obstáculo insalvable. Aunque el legislador tenga el derecho a elegir el momento adecuado para elaborar determinada ley, si su reiterada inactividad impide el ejercicio de derechos y libertades constitucionalmente garantizados, ello significa que la omisión misma se ha vuelto inconstitucional. A través del *mandado de injunção*, el STF está llamado constitucionalmente a colmar esa omisión inconstitucional. En este contexto de total falta de legislación, la solución *a rime obbligate* es secundaria, porque el Tribunal está sujeto a una imposición constitucional que le obliga a viabilizar el derecho (art. 5º, LXXI CFB). No tiene otra opción que no sea regularlo, sin que por ello vulnere el principio de la separación de poderes. Si es necesario, podrá incluso hacerlo recorriendo a la analogía, a los costumbres y a los principios generales del derecho, siempre que

obviamente estos estén de acuerdo con la Constitución. Al fin y al cabo, la sentencia del STF es meramente provisional y puede ser sustituida en cualquier momento por el legislador. Por lo tanto, aunque parte de la motivación no haya sido la más adecuada, entendemos legítima la innovadora sentencia normativa supletoria emitida por el STF en los tres *mandados de injunção*.

La concesión de efectos generales, en el caso específico del derecho de huelga de los funcionarios públicos, nos parece también plenamente justificable. Si a la decisión se le confirieran los normales efectos *inter partes*, algunos funcionarios quedarían sometidos a esta regulación (los representados por los sindicatos en los tres *mandados de injunção*) y otros no. No es difícil concluir que una tal situación vulneraría el principio constitucional de igualdad y, por ende, comprometería la propia paz social. Sin embargo, en otras situaciones corresponderá al STF valorar y decidir la amplitud de los efectos de la sentencia normativa supletoria, valiéndose para ello fundamentalmente del principio de proporcionalidad. Es posible entonces, que la limitación de los efectos a la categoría representada por el Sindicato demandante y el establecimiento de condiciones específicas para el ejercicio de los derechos previstos en la Constitución – como ha sido preconizado por los votos particulares de algunos magistrados –, se revele la solución más adecuada.

17) Una de las discusiones más antiguas y recurrentes de la doctrina brasileña versa sobre si las leyes anteriores - materialmente incompatibles con la nueva Constitución - deben considerarse derogadas o si también pueden ser objeto de control de constitucionalidad. Esta materia ha dividido desde siempre a la doctrina, aun cuando el STF - a falta de previsión constitucional específica – estableció que la nueva Constitución deroga automáticamente las leyes preexistentes que resulten incompatibles con ella. A pesar de los argumentos de parte de la doctrina en el sentido de que el postulado de la *lex superior* aleja otras reglas de colisión y de que la regla *lex posterior derogat priori* presupone, en principio, normas de idéntica densidad normativa, la tesis de la derogación se ha impuesto. Este mismo razonamiento ha sido utilizado por el STF para considerar derogada la legislación que se ha vuelto incompatible con la Constitución tras una reforma constitucional. Una cuestión de gran relevancia en Brasil, teniendo en cuenta que la actual Constitución ya ha sufrido más de setenta enmiendas constitucionales. Los efectos temporales de la derogación aparentemente son similares a

los de la sentencia de inconstitucionalidad sobrevenida, porque mientras ésta produce efectos retroactivos (*ex tunc*) limitados a la fecha de promulgación de la nueva Constitución o a la fecha de eventual enmienda constitucional, la ley derogada pierde validez a partir de las mismas fechas. Sin embargo, la no *recepción* (derogación) de la ley preconstitucional impide la modulación temporal de sus efectos, solo posible si hay una efectiva sentencia de inconstitucionalidad.

La impugnación de leyes preconstitucionales siempre ha sido posible en el control difuso, pero los tribunales no declaran la inconstitucionalidad de los preceptos, sino su no recepción (derogación) o recepción por el nuevo ordenamiento. Y la decisión genera exclusivamente efectos *inter partes*. La consecuencia de la opción por la derogación ha sido la exclusión de la legislación preconstitucional del ámbito del control concentrado de constitucionalidad. No es posible la interposición de una acción directa de inconstitucionalidad contra una norma preconstitucional, puesto que esta, por haber sido tácitamente derogada, ya no existe en el mundo jurídico. Sin embargo, la ley 9882/1999 (art. 1º, párrafo único, I y art. 4º § 1º) ha abierto una fisura en esta concepción, porque permite el control concentrado de la legislación preconstitucional a través de la acción de incumplimiento de precepto fundamental, siempre y cuando no sea posible la utilización de otro medio procesal eficaz, y cuando sea relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre el precepto impugnado. Por lo tanto, aunque imponiendo el requisito de la subsidiariedad, esta la ley abrió el camino para que el STF declare la inconstitucionalidad sobrevenida, con efectos *erga omnes*. No obstante, todavía ni se pide, ni se declara explícitamente la *inconstitucionalidad sobrevenida* de preceptos preconstitucionales. El STF se ha limitado a declarar la no recepción de la legislación preconstitucional, como si se tratara de una derogación con efectos *erga omnes*.

Con todo, parecen percibirse algunos atisbos de un giro hacia la declaración de inconstitucionalidad. El magistrado Gilmar Mendes recientemente emitió voto particular en que estimó parcialmente una acción por incumplimiento de precepto fundamental (ADPF 46/2009) y declaró explícitamente la inconstitucionalidad de algunos artículos de una ley anterior a la Constitución de 1988. Esta acción finalmente fue desestimada por el Pleno del STF, que evitó la derogación a través de una interpretación conforme a la Constitución. Falta por saber si también utilizaría una

sentencia interpretativa para “derogar” ciertas interpretaciones o aplicaciones de esta ley, o si osaría modular sus efectos, algo que es usual y natural cuando lo que está en entredicho es la inconstitucionalidad del precepto legal. Para ello, el STF debería admitir que controla *de facto* la constitucionalidad de los preceptos preconstitucionales, y pasar a declarar explícitamente la inconstitucionalidad sobrevenida. Mientras tanto, solo el fenómeno de la mutación constitucional podría dar lugar a una inconstitucionalidad sobrevenida en Brasil. Aun así, la ley deberá haber sido promulgada durante la vigencia de la actual Constitución.

18) Aunque la sentencia de inconstitucionalidad en Brasil suponga, como regla general, la nulidad *ipso jure* y *ex tunc* del precepto impugnado, a partir de la década de los setenta esta concepción se ha ido gradualmente modificando hacia una flexibilización de los efectos retroactivos, que culminó con la promulgación de las leyes 9868 y 9882 de 1999. Estas dos leyes han pasado a admitir explícitamente que “al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, y teniendo en cuenta razones de seguridad jurídica o excepcional interés social, el Tribunal Supremo Federal podrá, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de aquella declaración o decidir que sólo tenga eficacia a partir de la fecha de la cosa juzgada o del momento que se determine.” La norma brasileña, que prevé un condicionante jurídico (seguridad jurídica) y un político (excepcional interés social), es muy semejante al art. 282.4 de la Constitución portuguesa, que, no obstante, prevé un condicionante jurídico más, la equidad. En ambos países la modulación de los efectos temporales de la decisión deberá ser precedida de la aplicación del principio de proporcionalidad.

La ley pues proporciona al STF la facultad, de una amplitud sin precedentes, para modular los efectos temporales de sus pronunciamientos, que puede producirse tanto en relación al futuro como al pasado. Con respecto al futuro, la limitación de efectos podrá suponer que la declaración de inconstitucionalidad valga a partir de la fecha en que la decisión hace cosa juzgada (*ex nunc*) o, incluso, a partir de una fecha posterior (*pro futuro*), lo que es una novedad en el sistema brasileño. Mientras tanto, a pesar de ser inconstitucional la ley seguirá en vigor. Siempre y cuando se apliquen a cada situación los imprescindibles principios de proporcionalidad y razonabilidad, el espacio de actuación discrecional que la ley confiere al STF es tan

amplio, que este podría teóricamente retrasar los efectos de la decisión de inconstitucionalidad de forma prácticamente ilimitada.

El mismo precepto legal que posibilita al STF decidir que la sentencia sólo tenga eficacia a partir “de otro momento determinado” - y que le permite la emisión de sentencias con efectos *pro futuro* -, abre también la posibilidad de modular los efectos en relación al pasado. A través de la *sentencia de retroactividad parcial*, el Tribunal podrá determinar que los efectos empiecen a partir de uno de los días comprendidos en el periodo de tiempo que media entre la fecha de lo que sería una decisión con eficacia *ex tunc* y la fecha de lo que sería una decisión con eficacia *ex nunc*. Es decir, el STF declara la inconstitucionalidad con efectos retroactivos a una fecha posterior a la de la entrada en vigor de la norma impugnada y anterior a la de la sentencia. Por otro lado, la expresión “restringir los efectos de aquella declaración” contenida en el mismo precepto, permite la emisión de una *sentencia de retroactividad mitigada*. El STF puede declarar la inconstitucionalidad *ex tunc* y al mismo tiempo preservar algunas situaciones singulares, que entienda que deban ser mantenidas incólumes, por razones de seguridad jurídica o excepcional interés social. Dado que los procesos judiciales en los que ya se ha producido cosa juzgada no se ven afectados por la decisión de inconstitucionalidad *ex tunc*, la sentencia de retroactividad mitigada siempre estará autorizando, en definitiva, la aplicación de una ley inconstitucional a una o más situaciones específicas aun pendientes de decisión definitiva en los tribunales. No se trata, por lo tanto, de una “mera” mitigación de los efectos retroactivos, sino de la mitigación de los propios efectos generales. Y la debilitación de los efectos *erga omnes* tiene potencial para debilitar por ende el sistema como un todo. Por ello, no parece razonable permitir que el guardián de la Constitución vaya tan lejos.

Tanto las sentencias de inconstitucionalidad *ex nunc*, como las *pro futuro*, y las de retroactividad parcial o mitigada, son declarativas, e implican la reviviscencia de la legislación anterior, salvo determinación en contrario del STF. Esas modulaciones pueden aplicarse íntegramente a la acción directa de inconstitucionalidad, pero solo de manera parcial a la acción por incumplimiento de precepto fundamental. Y ello porque la modulación de los efectos temporales implica la necesaria existencia de un juicio de inconstitucionalidad y este no siempre es el resultado de la estimación de una acción por incumplimiento de precepto fundamental, puesto que su objeto se

extiende también a las normas preconstitucionales. Algo semejante ocurre en el control difuso, en cuyo ámbito el STF excepcionalmente ha reconocido la posibilidad de limitar los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad, pero no la reconoce para la declaración de no *recepción* de leyes anteriores a la nueva Constitución.

19) Además de las cuatro sentencias que incluimos en la tipología de las sentencias limitativas, podríamos haber incluido una quinta, porque la expresión “restringir los efectos de aquella declaración”, contenida en el art. 27 de la 9868/1999, posibilita no solo la emisión de la sentencia retroactiva mitigada, sino también de la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad. Sin embargo, la hemos incluido entre las sentencias apelativas, porque entendemos que deben ser encuadradas como tal todas aquellas decisiones de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, que explícita o implícitamente exhortan al legislador a modificar o elaborar una nueva ley capaz de atender plenamente los parámetros constitucionales, independientemente de que fijen o no un plazo para este fin. Este criterio, por lo tanto, da prioridad a la existencia de una exhortación al legislador – sea esta expresa o no – y coloca en segundo plano la necesaria desestimación y la exhortación explícita, que caracteriza la sentencia apelativa en Alemania. Además, si es verdad que en la *Appellentscheidung* hay un precepto todavía constitucional, pero que puede convertirse en inconstitucional, el hecho de que en la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad se esté ante un precepto inconstitucional, no ha impedido que el *Bundesverfassungsgericht* autorice su aplicación durante un determinado tiempo y tampoco que en ocasiones imponga al legislador la elaboración de una nueva ley.

Con la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad el Tribunal se limita a constatar la incompatibilidad entre la ley y el texto constitucional, sin declarar la nulidad del precepto. Evita así que la norma sea de inmediato retirada del orden jurídico, dando tiempo al legislador para que convierta la situación normativa en compatible con la Constitución. Este tipo de decisión no es propiamente una novedad en el sistema brasileño, porque ha sido emitida por el STF desde la promulgación de la Constitución de 1946, en la representación que solicita intervención federal en un Estado, por transgresión de determinados principios constitucionales. Si el STF estima la acción, se limita a autorizar la intervención federal por el Presidente de la República, sin anular el precepto estadual que constató

inconstitucional. Puesto que la finalidad de la representación de intervención no es efectivamente la eliminación del precepto legal impugnado por inconstitucionalidad, la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad emitida en este ámbito puede ser considerada atípica. No obstante, no deja de ser apelativa, pues conlleva la necesidad o la obligación de que el Estado derogue el acto normativo considerado inconstitucional por el STF. Otra sentencia que no deja de ser una sentencia de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, es la declaración de inconstitucionalidad por omisión del legislador prevista en el art. 103 § 2º CFB. A pesar de su atipicidad, estos dos tipos de decisiones fueron las precursoras de las actuales sentencias de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad típicas, que solo muy recientemente el STF ha empezado a emitir. En la acción directa de inconstitucionalidad 3316/2007, por ejemplo, el Tribunal estimó la acción “para declarar la inconstitucionalidad, *pero no pronunciar la nulidad*, por el plazo de 24 meses, de la ley 6893/1998, del Estado de Mato Grosso”. Sin embargo, la estipulación de un plazo para que la ley pase a ser considerada nula acaba por equipararla - en términos de efectos - a una declaración de inconstitucionalidad con efectos *pro futuro* (la que mantiene la validez del precepto legal hasta una fecha más allá de la determinada por los efectos *ex nunc*).

20) A través de la sentencia apelativa en sentido estricto, el Tribunal declara que determinado precepto todavía es constitucional y a su vez alerta el Poder Legislativo sobre su progresiva inconstitucionalización. Este tipo de sentencia ha sido emitida por el STF en varias ocasiones desde la década de los noventa, mostrándose idónea para resolver situaciones excepcionales en las cuales el Tribunal constata que el precepto legal impugnado no es propiamente constitucional, pero tampoco podría ser declarado inconstitucional (situación constitucional imperfecta), puesto que la plena aplicación de la previsión constitucional puede depender de medidas concretas por parte del Poder Público. Unas situaciones que imponen que se asegure la supervivencia provisional de la ley.

La afinidad que la sentencia apelativa en sentido estricto mantiene con la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, a pesar de sus características propias, quedó de manifiesto en la primera sentencia de este tipo emitida por el Tribunal (Habeas Corpus nº 70514/1994). El STF rechazó el incidente de

inconstitucionalidad y declaró *todavía constitucional* el precepto legal que concedía al Defensor Público el doble del plazo que a las demás partes procesales para la presentación de recursos judiciales, y precisó que el trato desigual se mantendría mientras persistiera el deficiente funcionamiento de la Defensoría Pública. Es decir, a pesar de ser consciente de que el precepto discriminatorio era efectivamente inconstitucional, el STF ponderó que su permanencia en vigor se debía a la precariedad de los servicios de defensa judicial puestos a disposición de las personas en estado de pobreza. Por ello, lo mantuvo en vigor como si fuera constitucional. Una situación resuelta con una típica sentencia apelativa en sentido estricto. Sin embargo, parece bastante evidente que una declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, con eficacia *pro futuro*, sería capaz de cumplir idéntico objetivo.

La sentencia apelativa en sentido estricto mantiene también una estrecha interconexión con la decisión limitativa, que se evidencia cuando el STF se ve en la contingencia de declarar la inconstitucionalidad del precepto antes declarado todavía constitucional. Y ello porque el Tribunal, para evitar los efectos negativos que la declaración de inconstitucionalidad total con efectos retroactivos podría acarrear, se verá obligado a emitir, casi forzosamente, una sentencia con eficacia restrictiva o limitativa. Si los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad presidieron la opción por una sentencia apelativa como mejor solución para el caso concreto, sería totalmente incoherente no tomarlos también en consideración cuando se haga necesario declarar la inconstitucionalidad del precepto y decidir a partir de qué momento esta decisión debe producir sus efectos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBAMONTE, G.; NACCI, G.P. “Corte costituzionale ed Autorità Giudiziaria” in *XIII Congresso Nazionale dei Magistrati Italiani*. Catania, 1967.
- ADEODATO, João Mauricio. “Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites” in PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (coord.). *Direito constitucional em evolução – Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal – Densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis. “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión” en *Revista de Derecho Político*, n 24, 1987.
- AHUMADA RUIZ, M. A. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8.
- AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: RT, 1988.
- ALEGRE MARTINEZ, M. “El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 8, 2007.
- _____. *Justicia constitucional y control preventivo*. León: Universidad de León, 1995.
- ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 1993.

- ALMEIDA, Luís Nunes de. "Portugal" en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- _____. "El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones" in *Revista de Estudios Políticos*, 1988.
- _____. "O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatoriedade e os efeitos das suas decisões" in COELHO, Mário Baptista, *Portugal: sistema político e constitucional 1974/1987*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais – Universidade de Lisboa, 1987.
- _____. "A justiça constitucional no quadro das funções do Estado" in *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas (Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)*. Lisboa, 1987.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo. "Los Tribunales Constitucionales ante el derecho comunitario" en *Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2006.
- _____. *Justicia Constitucional en la Unión Europea*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.
- ALVES, José Carlos Moreira. "A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil" in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- AMARAL, Maria Lucia. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra, 1998.
- AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei – A emenda constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. "Da necessária distinção entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto" in *Jus Navigandi*, Teresina, año 2, n. 24, abril 1998. (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=132>).
- AMOROSO, G. "L'Interpretazione 'adeguatrice' nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità" in *Foro Italico*, V, 1998.
- ANDRADE, J.C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, 1983.
- ANDRADE, Manuel de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra, 1979.
- ANDRIOLI, V. "A proposito dei dispositivi atipici delle sentenze della Corte costituzionale" in *Studi sulla Giustizia Costituzionale*. Milano, 1992.
- _____. "Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale" in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962.
- ANSCHÜTZ, Gerhard. "Verhandlungen des 34" in *Deutschen Juristentag*, v. 2. Berlin, Leipzig, 1927,

- ANTUNES, Miguel Lobo. "Fiscalização abstracta da constitucionalidade. Questões processuais." in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1993.
- _____. "A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional" in *Análise Social*, 1984.
- ANZON, A. "Interpretazione 'corretta' e interpretazione 'conforme a Costituzione' del regime delle rogatorie internazionali" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002.
- _____. "Il giudice *a quo* e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del *diritto vivente*" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998.
- _____. *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi, L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*. Milano, 1995.
- _____. "Nuove tecniche di decisioni di questioni di costituzionalità e attuazione dell' art. 81, quarto comma Cost." in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*. Milano, 1993.
- _____. "Un'additiva di principio con termine per il legislatore" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993.
- _____. "L'additiva di principio nei giudizi in via principale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993.
- _____. "Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992.
- ANZON, A; CARAVITA, B.; LUCIANI, M.; VOLPI, M. (orgs.) *La Corte Costituzionale e gli altri poteri dello Stato*. Torino, 1993.
- APA, E. "Tecniche decisorie e conflitti (evitabili) tra Corti: note minime" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XLIX, Fasc. 3. Milano: Giuffrè, Maggio-Giugno, 2004.
- ARAGÓN REYES, Manuel. (coord.). *Temas básicos de derecho constitucional*. T. III. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto, 1986.
- ARAÚJO, António de. *O Tribunal Constitucional (1989-1996) – um estudo de comportamento judicial*. Coimbra, 1996.
- _____. "A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional" in *Análise Social*, n. 134, maio 1995.
- _____. "Relações entre o direito internacional e o direito interno. Limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade (a norma do art. 277º, 2 da CRP)" in VÁRIOS AUTORES, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1993.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. "Segurança jurídica e controle concentrado de constitucionalidade" in PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (coord.). *Direito constitucional em evolução – Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- ASCARELLI, T. "Giurisprudenza Costituzionale e teorí­a dell'interpretazione" in *Rivista di diritto processuale*, 1957.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. "A reserva constitucional da jurisdição" in *O Direito*, nº 2/3, 1991.
- _____. "Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fonte de direito" in MIRANDA, Jorge. (org.) *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1986.
- ASSIS, Alexandre Camanho de. "Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade" in *RDP* n. 91.
- ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional" in *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- AZZARITI, G. "Discorso del Presidente Azzariti nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957.
- _____. "Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1950.
- _____. "Il sindacato di costituzionalità delle leggi" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1950.
- BABEL, Gisela. *Probleme der abstrakten Normenkontrolle*. Berlin, 1965.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.
- _____. "Estado de Direito e poder político" in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 1980.
- _____. "Die Prüfungs und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber der Verfassungswidrigen und Bundesrechtswidrigen Gesetz" in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 87, 1962.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBERA, A. "Giudicato costituzionale e poteri del legislatore" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963.
- BARBI, Celso Agrícola. "Mandado de Injunção" in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Mandado de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BARBOSA, Ruy. "Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo" in *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1962.
- _____. *Commentarios à constituição federal brasileira*, VI. São Paulo: Saraiva, 1934.
- _____. *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo*. Rio de Janeiro: Cia. Impressora, 1893.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Constituição federal vista pelo STF*, 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)” in *Revista da PGE*, v. 28, n. 60. Porto Alegre: PGRS, julho-dezembro 2004 (art. del año 2006).
- _____. “A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios” in PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (coord.). *Direito constitucional em evolução – Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Temas de direito constitucional*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BARTOLE, S. "Elaborazione del parametro ed articolazione del despositivo in una sentenza sull'ordinamento giudiziario militare" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988.
- BASSANI, M.; ITALIA, V.; BOTTINO, G.; DELLA TORRE; M.; ZUCCHETTI, A. *Leggi Fondamentali del Diritto Pubblico e Costituzionale*, 31. ed. Milano: Giuffrè, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- _____. *Curso de direito constitucional*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, t. III. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BÉGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*. Paris: Economica, 1982.
- BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación, Dworkin VS. Bork: una polémica constitucional*. Madrid: Civitas, 1989.
- BENDA, Ernst; KLEIN, Eckart. *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*. Heidelberg: Müller, 1991.
- BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, H.J. *Handbuch des Verfassungsrechts*, t. I, II. Berlin-New York: De Gruyter, 1984.
- BERNHARDT, R.; BEYERLIN, U. (orgs.) *Deutsche Landesreferate zum Öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Heidelberg, 1983.
- BETTERMAN, Karl August, *Die Verfassungskonforme Auslegung – Grenzen und Gefahren*. Heidelberg, 1986.
- BIN, R.; PITRUZZELLA, G. *Diritto Costituzionale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Derecho Constitucional*, 3. ed. Madrid: Tecnos, 1987.
- BITTENCOURT, Lucio. *O controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- BOCANEGRA SIERRA, Raul. "Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional" en *Estudios sobre la Constitución Española – Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría – Tomo I – El ordenamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1991.
- _____. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Die Methoden der Verfassungsinterpretation" in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *A constituição aberta*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *Historia constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.
- BRANCA, G. "Un anno di attività della Corte costituzionale" in *Política del diritto*, 1971.
- _____. *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*. Padova: Cedam, 1970.
- _____. "L'Illegittimità parziale nelle sentenze della Corte costituzionale" in *La Giustizia Costituzionale*. Firenze, 1966.
- BRITO, Mario de. "Ainda sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional" in *Estudos em homenagem à Prof. Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, V. II. Coimbra: Almedina, novembro 2002.
- _____. "Sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional" in *Revista do Ministério Público*, nº 62. Lisboa, abril-junho, 1995.
- BROSSARD, Paulo. "O senado e as leis inconstitucionais" in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 13, n. 50, abril – junho 1976.
- BROX, Hans. "Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht" in *Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag*. Tübingen, 1974.
- BRUST, Léo. "A interpretação conforme a Constituição e as sentencias manipulativas" in *Revista GV*, n. 10. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, julho a dezembro 2009.
- _____. "Uma tipologia das sentenças constitucionais" in *Juris Plenum*, v. 1, n. 99. Caxias do Sul: Plenum, 2008.

- _____. “Uma tipologia das sentenças constitucionais” in *Revista da AJURIS*, n. 102. Ano XXXIII. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, junho 2006.
- _____. “A jurisdição constitucional na Espanha” in *Revista da PGE*, v. 28, n. 60. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, julho a dezembro 2004 (artículo del año 2006).
- _____. “A jurisdição constitucional no Brasil” in *Destaque Jurídico – Revista de Estudos Jurídicos*, v. 3, n. 3. Gravataí: Ulbra, agosto 2004.
- _____. “A constituição deve constituir” in *Direito e Democracia – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 5, n. 1. Canoas: Ulbra, janeiro a junho 2004.
- BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 1982.
- BURMEISTER, Joachim. *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*. Berlin-Frankfurt a.M., 1966.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAIANIELLO, V. “Corte costituzionale e finanza pubblica” in *Giurisprudenza Italiana*, 1984.
- CALAMANDREI, P. “Corte costituzionale e autorità giudiziaria” in *Rivista de Diritto Procesal*, 1956.
- _____. *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova, 1950.
- CALHEIROS, José Maria de Albuquerque. “Algumas breves considerações sobre o princípio da interpretação conforme do Direito interno face às directivas comunitárias” in *DDC*, nº 45/46, 1991.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, v. I, II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitario*, II. Lisboa, 1988.
- CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.
- _____. “O Tribunal Constitucional português: valor e alcance das suas decisões” in *Progresso do Direito*, nº 3-4, 1986.
- _____. *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional*. Coimbra, 1986.
- _____. “O Ministério Público e a defesa da Constituição” in *Revista do Ministério Público*. Lisboa, 1984.
- _____. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 1. ed. Lisboa: Cognition, 1984.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “O Estado adjetivado e a teoria da constituição” in *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.
- _____. “Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos” in *Direito Público*, Ano II, nº 7. Porto Alegre: Síntese, janeiro-março, 2005.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- _____. “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V. Coimbra: Almedina, novembro 2003.

- _____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2003.
- _____. *Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas*. Lisboa: XX Aniversário do Tribunal Constitucional (Colóquios), 28 de Novembro de 2003 (www.tribunalconstitucional.pt).
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- _____. "Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva" in *Perspectivas Constitucionais*, I. Coimbra, 1996.
- _____. "Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra omissões normativas" in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. "Constituição e défice procedimental" in *Estado e Direito*, nº 2, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3. ed. Coimbra, 1993.
- _____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CAPOTOSTI, P.A. "Reviviscenza di norme abrogata e dichiarazioni di illegittimità costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1974.
- CAPPELLETTI, M. "Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Mayo-Agosto, 1986.
- _____. *Giudice legislatore?* Milano, 1984 (traducción brasileña: Juízes legisladores? Porto Alegre: Fabris, 1988).
- _____. "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo" en *REDC*, 1982.
- _____. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano, 1968 (traducción brasileña: *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984).
- _____. "Spunti di una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967.
- _____. "Effetti preclusivi nel processo civile delle pronunce costituzionali" in *Rivista Ius*, 1958.
- _____. "Sentenze condizionali della Corte Costituzionale (a proposito della interpretazione delle leggi nel processo costituzionale)" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1957.
- _____. "Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1956.
- CARAVITA, B. "Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello 'smaltimento dell'arretrato'" in *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1990.
- CARLASSARE, L. "Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza" in *Strumenti e Tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (Atti del Convegno di Trieste 26-28 Maggio 1986)*. Milano, 1988.
- CARNELUTTI, F. "Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1962.

- _____ . "Efficacia, autorità e inmutabilidad della sentenza" en *Rivista di diritto processuale*, 1935.
- CARNEVALE, P. "La dichiarazione di inconstitucionalita sopravvenuta dell' Art. 15 legge num. 180 del 1981 fra irrilevanza ed infondatezza della relativa 'quaestione legitimatis'" in *Giurisprudenza Italiana*, 1989.
- CARRAZZA, Roque Antônio. "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção" in *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, 101, 1992.
- CARRERAS SERRA, Francesc de. GAVARA DE CARA, Juan Carlos (org.). *Leyes Políticas*, 8. ed. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc (coord.) *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007 de 24 de mayo de reforma de la LOTC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ID-Instituto de Direito, 2003.
- CARVALHO, Pedro Nunes de. *Omissão e dever de agir em Direito Civil*. Coimbra, 1999.
- CARVALHO, Salo de. "A sentença criminal como instrumento de descriminalização (o comprometimento ético do operador do direito na efetivação da constituição) in *Revista da AJURIS*, n. 102, Ano XXXIII. Porto Alegre: AJURIS, junho 2006.
- CASCAJO CASTRO, José Luis. "Notas para un breve ensayo sobre 'Constitución e interpretación constitucional'" en *Estudios de Deusto – Homenaje al Profesor Don Pablo Lucas Verdú*, Vol. 51/1. Deusto: Universidad de Deusto, Enero-Junio, 2003.
- CASTRO, Armando de. "Relações necessárias entre as disposições económicas básicas da Constituição e os seus princípios programáticos" in *Fronteira*, n. 6, Coimbra, 1982.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CECCHETTI, M. "Giusto Processo" in *Enciclopedia del Diritto*, V Aggiornamento. Milano, 2001.
- CELOTTO, A. "Una additiva di principio 'inutile' o 'ridondante'?" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 4. Milano: Giuffrè, 2005.
- CERRI, A. *Corso di giustizia costituzionale*. Milano, 1994.
- _____ . "Pronunce ad efficacia differita della Corte di Giustizia delle Comunità europee e nostro ordinamento" in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1988.
- CERRI, A. et al. "I quarant'anni de la giustizia costituzionale" in *Rivista de Diritto Costituzionale*, 1997.
- CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CHELI, E. *Il giudice delle leggi – La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: Il Mulino, 1996.

- _____. "L'incidenza del sistema di giustizia costituzionale negli sviluppi della forma di governo italiana" in CACIAGLI, M.; CAZZOLA, F.; MORLINO, L.; PASSIGLI, S. (orgs.). *L'Italia fra crisi e transizione*. Roma-Bari: Laterza, 1994.
- _____. "Giustizia Costituzionale e sfera parlamentar" in *Cuaderni Costituzionali*, 1993.
- _____. "La Corte costituzionale nella forma di governo italiana" in *Associazione per le ricerche e gli studi parlamentari*, Quaderno n° 1. Milano, 1991.
- _____. "Legge retroattiva di sanatoria e giudicato costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1963.
- CHELI, E.; CARETTI, P. "Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale" in *Quaderni costituzionali*, 1984.
- CHIRULLI, P. "Una problematica sentenza additiva di principio della Corte costituzionale in materia di maternità delle libere professioniste" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 5. Milano: Giuffrè, 2005.
- CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R.D. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- _____. "Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: Uma Questão Política?" in *RDA* 221:47.
- COELHO, Luís Fernando. *Teoria crítica do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. "Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no direito tributário" in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar. "O déficit material da democracia contemporânea: levando os valores constitucionais a sério" in ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COLE, Charles D. "Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema do precedente vinculante do *common law*" in *Revista dos Tribunais* n. 752.
- COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations*, 4. ed. Boston, 1878.
- CORREIA, Fernando Alves. "Relatório Geral da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-américa, Portugal e Espanha" in *Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*, 71-72. Lisboa, 1998.
- CORREIA, Hugo Alexandre Pedro. "Admissibilidade da restrição temporal de efeitos em fiscalização concreta" in MORAIS, Pedro Blanco de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.

- CORREIA, José de Matos. *A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*. Oeiras: Livraria Republicana, 1999.
- CORREIA, José de Matos; PINTO, Ricardo Leite; SEARA, Fernando Roboredo, *Direito Constitucional Português Vigente – A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*. Lisboa: Universidade Lusíada, 1997.
- COSTA, José Manuel Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2. ed. Coimbra, 1992.
- _____. "O Tribunal Constitucional português. Sua origem histórica." in BAPTISTA COELHO (org.), *Portugal e o sistema político e constitucional (1974-1987)*. Lisboa, 1989.
- _____. "A justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas" in *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas (Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)*. Lisboa, 1987.
- COSTA, Sergio. "Decisione di rigetto della Corte costituzionale e preclusione" in *Rivista de Diritto Procesal*, 1957.
- COSTANZO, P. *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*. Torino, 1996.
- _____. "Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989" in *La giustizia costituzionale a una svolta*. Torino: Atti del seminario di Pisa (1990), 1990.
- COUTINHO, Jacinto Nelson (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CRISAFULLI, V. *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II. Padova: Cedam, 1984.
- _____. "La Corte Costituzionale ha vent'anni" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1976.
- _____. "Le sentenze 'interpretative' della Corte costituzionale" in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967.
- _____. "Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1966.
- _____. "Riproduzione o 'conferma' di norme dichiarate incostituzionali" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1966.
- _____. "Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1965.
- _____. "Disposizione (e norma)" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII. Milano: Giuffrè, 1964.
- _____. "La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento" in *Scritti giuridici in memoria di P. Clamandrei*, IV. Padova, 1958.
- _____. "Incostituzionalità o abrogazione" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957.
- _____. "Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei confronti con l'interpretazione giudiziaria" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. "El control previo de constitucionalidad" en *Revista de Derecho Político*, n. 82, 1981.

- D'AMICO, M. "Le insidie delle decisioni di principio (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici matri nel caso di parto prematuro" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 3. Torino: Giappichelli, 1999.
- _____. "Un nuovo modello di sentenza costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993.
- _____. *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di inconstituzionalità*. Milano, 1993.
- _____. "Sulla 'costituzionalità' delle decisioni manipolative in materia penale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990.
- DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico* (atualizado por Nagib Slaibi Filho y Glauca Carvalho). 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DÍAZ-ESTÚA AVELINO, Hugo Augusto. "Veinte años de recurso de inconstitucionalidad en España" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho Procesal Constitucional*, Vol. III, 4. ed. México: Porrúa, 2003.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional – Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- _____. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo" en *REDC*, n. 61. Madrid: CEPC, Enero-Abril, 2001.
- DICEY, Albert Venn. *Lectures introductory to study of the Law of the Constitution*. London, 1888.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. "Transformações do recurso extraordinário" in WAMBIER, Teresa; NERY JÚNIOR, Nelson (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIEDERICHSEN, U. "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre" in *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1988.
- DÍEZ PICAZO, Luis. "Constitución, Ley, Juez" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 15. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1985.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "Relativizar a coisa julgada material" in NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- DINIZ, A. Monteiro. "A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do Direito Constitucional" in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra, 1995.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- DOLSO, G. P. "Le interpretative di rigetto tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XLIX, Fasc. 4. Milano: Giuffrè, Luglio-Agosto, 2004.
- _____ . "Le sentenza additive di principio: profili rocostruttivi e prospettive" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 6. Milano: Giuffrè, 1999.
- DOMINGOS, Inês; PIMENTEL, Margarida Menéres. "O recurso de constitucionalidade" in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1993.
- DONATI, F. "Sentenze della Corte costituzionale e vincolo di copertura finanziaria ex art. 81 Cost." in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989.
- D'ORAZIO, G. "Le sentenze costituzionali additive tra exaltazione e contestazione" in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992.
- _____ . "Il giudizio sulle leggi ed i 'nuovi' tempi del suo svolgimento (profili processuale ed istituzionali)" in *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990. Torino, 1990.
- _____ . "Ancora sugli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: el caso della sentenza núm. 50 dle 1989. Atto di coraggio" o di "rotura"?" in *Giurisprudenza italiana*, 1989.
- _____ . "Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionale (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)" in *Efetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 y 24 novembre 1988, 1989.
- _____ . *La genesi della Corte costituzionale*. Milano: Comunità, 1981.
- _____ . "Una vacatio per le sentenze costituzionali?" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975.
- _____ . "Profili storico-evolutivi della giustizia costituzionale in Italia" in *Rassg. Diritto Pubblico*, 1972.
- DUNI, G. "L'oggetto dei giudizi de costituzionalità e la problemática dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa" in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*. Milano: Giuffré, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____ . *Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- EHMKE, Horst. "Prinzipien der Verfassungsinterpretation" in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963.
- ELIA, L. "Il potere creativo delle Corti costituzionali" in *La sentenza in Europa (metodo, tecnica y stile)*. Padova, 1988.
- _____ . "La Giustizia Costituzionale" in *Vita Italiana*, 1985.
- _____ . "Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale" in *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I. Padova, ottobre-luglio 1985.
- _____ . "La Corte nel quadro de poteri costiruzionale" in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna, 1982.
- _____ . "Sentenze 'interpretative' di norme costituzionali e vincolo dei giudici" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966.
- _____ . "Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria" in *Rivista Italiana di diritto e processo penal*, 1965.

- ENGELHARDT, Dieter. "Das Richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat" in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1959.
- ERICHSEN, Hans-Uwe. "Die Verfassungsbeschwerde" in ERICHSEN, Hans-Uwe et al. *Studien und Examen (Jura Extra)*. Berlin, 1982.
- ESPIN TEMPLADO, E.; FERNÁNDEZ FARRERES, G.; CRUZ VILLALÓN, P. *La reforma de la justicia constitucional*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.
- ESPOSITO, C. "Della 'prudenza' nelle dichiarazioni di illegittimità costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961.
- _____. "Auctorità delle decisioni di rigetto della Corte nei giudizi *a quo*" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961.
- _____. "Nota a la 'Sentenza – 26 gennaio 1957, n, 10'" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957.
- _____. "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia" in *La Costituzione Italiana*. Padova: Saggi, 1954.
- ESPOSITO, M. "*Datio in solutum*: una sentenza de rigetto può costituire un equipollente di una sentenza de accoglimento?" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XLIX, Fasc. 3. Milano: Giuffrè, Maggio-Giugno, 2004.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- FAVARA, E. "*Res iudicata*" *sulla costituzionalità delle leggi?* Foro Padano, 1950.
- FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.
- _____. "Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale" in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n. 5, septiembreoctobre, 1984.
- FELIPETO, Rogério. *Reparação do Dano Causado por Crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J.J. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid: Civitas, 1998.
- _____. "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal" in *Revista de Estudios Políticos*, 101, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. "Garantias" in *Revista do Ministério Público*, ano 22, n. 85. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Janeiro-Março, 2001.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- _____. "Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade" in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 34.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*, v. 7. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais – Comentários ao art. 5º da Constituição*. São Paulo: Edipro, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma*. En: www.juridicas.unam.mx.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.
- _____. *La ordenación constitucional de la justicia en España*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999.
- FOIS, S., "Consideración sul tema" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- FONSECA, Guilherme da; DOMINGOS, Inês. *Breviário de direito processual constitucional (recurso de constitucionalidade)*. Coimbra, 1997.
- FORSTHOFF, Ernst. "Problemas constitucionales del Estado social" en *El Estado Social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- FRANCO, A. "Considerazioni sulla dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni espressamente abrogatrici" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1974.
- FRIESENHAHN, Ernst. *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*. Milano: Giuffrè, 1973.
- FROWEIN, V. Jochen. "Änderungen des Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts al Rechtsproblem" in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1971.
- GAMBINO, S. "La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada." in *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Valencia, 1977.
- GARBAGNATI, E. "Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale" in *Scritti Giuridice in Onore di F. Carnelutti*. Padova, 1950.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000.
- _____. "Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente" en *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1998.
- _____. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.
- _____. "Justicia constitucional, la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales" in *Revista de Direito Público*, n. 92. São Paulo, octubre-diciembre, 1989.

- GARDINO-CARLI, A. *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli "elementi diffusi" del nostro sistema di giustizia costituzionale*. Milano, 1988.
- GARRORENA MORALES, Angel. "Artículo 164: Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional" en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XII. Madrid: Edersa, 1999.
- GERONTAS, Apostolos. "Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle un die blosse Unvereinbarkeitsfestellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit" in *Deutsches Verfassungsblatt*, 1982.
- _____. "Zur subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz" in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1982.
- GIANNINI, M.S. "Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956.
- GIONFRIDA, G. "Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiciali attinenti al cosiddetto processo principale" in *Studi in onore di Ernesto Eula*. Milano, 1957.
- GLEIXNER, Werner. *Die Normerlassklage – Der Anspruch auf Erlass untergesetzlicher Normen und formeller Gesetze*. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1993.
- GOLDSCHMIDT, James. *Zivilprozessrecht*, 2. ed. Berlin, 1932.
- GÓMEZ PUENTE, M. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw Hill, 1997.
- GONZÁLES BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi, 2003.
- _____. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa, 1992.
- _____. "Inconstitucionalidade por omissão. Consultas directas ao cidadão a nível local" in *O Direito*, II, 1990.
- GRANATA, G. "La giustizia costituzionale nel 1997" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 – Interpretação e crítica*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GROPPI, T. "¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces en la experiencia italiana" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 107, mayo-agosto 2003.
- _____. *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*. Milano: Giuffrè, 1997.
- _____. "La quantificazione degle oneri finanziari derivante dalle decisioni de la Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul proceso costituzionale" in COSTANZO, P. *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1996.

- _____. "La 'ação declaratória de constitucionalidade': una novità nel sistema brasiliano di giustizia costituzionale" in *Quaderni Costituzionali*, 1994.
- GROPPI, T.; ROLLA, G. "Tra política e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale en Italia" in *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, 1999-2000.
- GROSSMAN, Joel B.; WELLS, Richard S. *Constitutional Law and judicial policy making*, 3. ed. New York: Longman, 1988.
- GROSSO, E. "La sentenza N. 88 del 1992: un'alternativa alle 'additive di prestazione?'" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992.
- _____. *Sentenze costituzionale di spesa "che non costino"*. Torino: Giappichelli, 1991.
- GUARINO, A. "Le sentenze costituzionali 'manipulative'" in *Studi in onore de Gioacchino Scaduto*, Vol IV. Padova: Cedam, 1970.
- _____. "Le sentenze costituzionali 'manipolative'" in *Diritto e giurisprudenza*, 1967.
- GUASTINI, R. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en CARBONELL, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2001.
- GUEDES, Armando Marques. "O Tribunal Constitucional português – os primeiros seis anos (1983-1989)" in *O Direito*, I-II, 1993.
- _____. "Justice constitutionnelle. Rapport Portugais" in BON, Pierre, *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*. Paris, 1992.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989.
- GUSY, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- _____. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002.
- _____. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- _____. "Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit" in *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt, 1976.
- HALLER, Herbert. *Die Prüfung von Gesetzen*. Wien – New York, 1979.
- HECK, Luis Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.
- HEIN, Peter. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht – Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*. Baden-Baden, 1988.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- _____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. ed. Heidelberg, 1988.
- _____. "La interpretación constitucional" en *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

- _____ . “Concepto y cualidad de la Constitución” en *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____ . “Funktionelle Grenzen des Verfassungsgerichtsbarkeit” in *Recht als Prozess und Gefüge (Festschrift für Hans Huber zum 80 Geburtstag)*. Berna, 1981.
- HEYDE, Wolfgang. “Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen” in *Festschrift für Hans Joachim Faller*. München, 1984.
- HORTA, Raul Machado. “Constituição, direitos sociais e normas programáticas” in ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____ . *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____ . *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- HUBER, Hans. “Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung” in *Verfassung*, v. 452. Darmstadt, 1978.
- IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-Baden, 1980.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. “Sentencia del Tribunal Constitucional” en ARAGÓN REYES, M. (coord.). *Temas básicos de derecho constitucional, t. III*. Madrid: Civitas, 2001.
- _____ . “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley” en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- _____ . “Qué hacer con la ley inconstitucional” en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*. Madrid: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____ . “Los procedimientos de inconstitucionalidad” en VARIOS AUTORES. *La jurisdicción constitucional en España. Organización y procedimientos*. Madrid, 1994.
- JÜLICHER, Friedrich W. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei Gesetzgeberischen Unterlassen*. Berlin, 1972.
- KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999 (reimpresión 2002).
- _____ . *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992.
- _____ . *Teoria Geral do direito e do estado*. Brasília: Martins Fontes, 1990.
- _____ . “La garantía constitucional de la Constitución (La justicia constitucional)” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988.
- _____ . *Teoria pura do direito*, 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976.
- _____ . *Teoría general del derecho y del Estado*. México, 1949.
- KORIOTH, Stefan. “Die Bindungswirkung normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” in *Der Staat*, 1991.
- KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed. Berlin, 1976.
- LAMARQUE, E., “Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (Un’indagine sul ‘seguito’ delle pronunzie costituzionali)” in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000.
- _____ . “Le sezioni unite penali ‘si adeguano’ all’interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale” in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999.

- LANCEIRO, Rui Tavares. "O efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e a sua limitação pelo Tribunal Constitucional" in MORAIS, Pedro Blanco de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.
- LANGE, Klaus. "Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht" in *Juristische Schulung*, 1978.
- LANZILLO, R. "Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi" in *Rivista di Diritto Civile*, 1982.
- LA PERGOLA, A. "La Giustizia Costituzionale nel 1986" in *Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956-1989)*. Roma, 1991.
 _____ . "Relazione di Sintesi" in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* (Atti del Convegno di Trieste 26-28, maggio 1986). Milano, 1988.
- LA PERGOLA, A.; ELIA, L.; BONIFACIO, F.P. "La jurisdicción constitucional en Italia" en *División de poderes e interpretación (Hacia una teoría de la praxis constitucional)*. Madrid, 1987.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARENZ, Karl; CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin-Heidelberg, 1995.
- LATORRE SEGURA, Angel; DIEZ-PICAZO, Luis. "La justicia constitucional en el cuadro de las funciones del Estado" in *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas (Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)*. Lisboa, 1987.
- LAUMEN, Simone. *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BverfGG. Eine systematische Darstellung*. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1997.
- LAVAGNA, C. "Sulle sentenze 'aditive' della Corte costituzionale" in *Giurisprudenza Italiana*, 1969.
- LEAL, Victor Nunes. "Leis Complementares da Constituição" in *Revista de Direito Administrativo*, VII, 1947.
- LEIBHOLZ, Gerhardt; RUPPRECHT, Reinhard. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar*. Köln, 1968.
- LEITE, Evandro Gueiros. "Ativismo judicial" in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *O judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- LERCHE, Peter. "Das Bunderverfassungsgericht un die Vorstellung der 'Annäherung' an den verfassungsgewollten Zustand" in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1971.
- LIEBMAN, E.T. *Eficácia e autoridade da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
 _____ . "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1957.
 _____ . *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1945
- LIGNOLA, E. *In tema di sindacato dell'autorità giudiziaria sulla costituzionalità delle leggi*, Foro Padano, 1951.
- LILLO, P. *Diritti fondamentali e libertà della persona*. Torino: Giappichelli, 2001.

- LIMA, Roberto de Oliveira. “A inconstitucionalidade e o destinatário original da norma viciada” in *Ciência Jurídica* n. 46.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983.
- LOMBARDI, G. “Sentenze ‘correttive’ di rigetto della Corte costituzionale come sentenze di accoglimento in rapporto al ‘punto di diritto’ in *Giurisprudenza Italiana*, 1961.
- LOPES, Pedro Moniz. “Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa” in MORAIS, Pedro Blanco de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional” en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Valencia: CGPJ – Universidad de Jaén – Tirant lo Blanch, 1997.
- LÖWER, W. “Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgericht” in ISENSEE/KIRCHHOF Hrsg. *Handbuch des Staatsrechts*, II, Heidelberg, 1987.
- LUCIANI, M. “La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta” in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- _____. *Le decisioni processuale e la lógica del giudizio costituzionale incidentale*. Padova, 1984.
- MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra, 1996.
- MACHETE, Rui. “A Constituição, o Tribunal Constitucional e o processo administrativo” in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra, 1995.
- _____. “Caso julgado” in *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, 1991.
- MACIEL, Adhemar Ferreira, “Mandado de Injunção e inconstitucionalidade por omissão” in *O Direito*, I-II, 1994.
- MALFATTI, E.; PANIZZA, S.; ROMBOLI, R. *Giustizia Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2003.
- MARQUES, António Rocha. “O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das sentenças do TC” in VARIOS AUTORES, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1993.
- MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional en Italia – Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid: CEPC, 2003.
- _____. *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.
- _____. *Cosa juzgada, eficacia prejudicial y artículo 24. CE*. León: Celarayn, 2002.
- MARTINES, T. *Diritto Costituzionale*. Milano, 1992.

- _____. *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*. Milano, 1957.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de. *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. (orgs.). *A ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINS, João Zenha. "Interpretação conforme com a Constituição" in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume V. Coimbra: Almedina, novembro 2003.
- MASARACCHIA, A. "Proroghe degli sfratti: a proposito di un'ulteriore decisione di rigetto" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XLIX, Fasc. 3. Milano: Giuffrè, Maggio-Giugno, 2004.
- MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*, 26. ed. München, 1985.
- MAUNZ, Theodor; SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno; KLEIN, Franz; ULSAMER, Gerhard. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C.H. Beck, 1995.
- _____. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C.H. Beck, 1992.
- MAURER, Hartmut. "Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen" in *Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag*. Berlin, 1974.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*, 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- _____. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra, 1992.
- _____. "Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional" in *O Direito*, III, 121, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança* (atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes), 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo" in *RDA* n. 210.
- _____. "Desvio de poder" in *Revista de Direito Público*, nº 89. São Paulo.
- _____. *O conteúdo jurídico do principio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*, 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição: As Côrtes Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

- MELO, A. Barbosa de et. al. *Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra, 1981.
- MENDES, Armindo Ribeiro. “Relatório Geral da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-américa, Portugal e Espanha” in *Documentação e Direito Comparado - Boletim do Ministério da Justiça*, 71-72. Lisboa, 1998.
- _____. “O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na fiscalização da constitucionalidade das leis (1976-1983)” in COELHO, Mário Baptista (org.), *Portugal e o sistema político e constitucional (1974-1987)*. Lisboa, 1989.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional - O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. “Eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle abstrato no âmbito estadual” in *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.
- _____. “O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional” in *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162. Brasília, abril/junio, 2004.
- _____. *Jurisdição constitucional - O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência” in SAMPAIO, José Adércio Leite. *15 anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto” in TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Análises à luz da lei 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- _____. “Medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade” in *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- _____. “O controle incidental de normas no direito brasileiro” in *Revista dos Tribunais*, n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junio, 1998.
- _____. “A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro” in *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, janeiro a março 1993.
- _____. “A ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional nº 3 – 1993” in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, n. 4, julho a setembro 1993.
- _____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, João de Castro. “Caso julgado, poder judicial e Constituição” in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1985.
- _____. *Manual de Processo Civil*. Lisboa, 1963.

- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Justificativa do Projeto de Lei nº 4.679/1990" in *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 17.04.1990.
- MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. *La giustizia costituzionale*. Padova: Cedam, 2007.
- MEZZONOTTE, C. "Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- _____. "Il giudizio sulle leggi" in *Le ideologie del Costituente*. Milano: Giuffrè, 1979.
- MIRANDA, Jorge. "Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade" in *CD ROM Datadez nº 39*, Ano VIII. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*, I, II, III, IV, V, VI. Coimbra: Coimbra, várias edições.
- _____. *Ideias para uma revisão constitucional em 1996*. Lisboa, 1996.
- _____. "Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 423/87" in *O Direito*, III-IV, 1988.
- _____. "O Tribunal Constitucional português: valor e alcance das suas decisões" in *Revista Progresso do direito* nº 3-4, 1986.
- _____. "Inconstitucionalidade por omissão" in *Estudos sobre a Constituição*, v. II. Lisboa, 1977.
- MODUGNO, A. "Corollari del principio di 'legittimità costituzionale' e sentenze 'sostitutive' della Corte" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1981.
- MODUGNO, F. "Considerazioni sul tema" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- _____. "Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1988.
- _____. "La Corte costituzionale italiana oggi" in *Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di V. Crisafulli*. Padova, ottobre-luglio 1985.
- _____. "La giurisdizione costituzionale" in *La Costituzione italiana (Il disegno originario e la realtà attuale)*. Milano, 1980.
- _____. "Problemi e pseudo-problemi relativi alle c. d. revivescenza de dispositivi abrogate da legge dichiarata incostituzionale" in *Studi in memoria di Carlo Esposito*. Padova, 1972.
- _____. *L'Invalidità della Legge*, v. II. Milano, 1970.
- MODUGNO, F.; CARNEVALE, P. "Sentenza additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' y declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del 'verso' della richiesta addizione" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990.
- MOENCH, Christoph. *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*. Baden-Baden, 1977.
- MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. "O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo" in *RF* n. 284.

- MONTERO AROCA, G. "La cosa juzgada: conceptos generales" en *Cuadernos de derecho judicial*. Madrid: CGPJ, 1996.
- MONTESANO, L. "Sulle sentenze di incostituzionalità 'interpretative'" in *Giurisprudenza Italiana*, 1969.
- _____. "L'oggetto del giudizio costituzionale" in *Scritti in memoria di Antonio Giuffré*, Vol III. Milano, 1967.
- _____. "Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norme" in *Rivista di Diritto Processual*, 1963.
- _____. "Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale" in *Rivista di Diritto Processual*, 1958.
- MONTORO PUERTO, Miguel Ángel. *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, T. I. Madrid: Colex, 1991.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. "Comentários à lei 9882/99 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental" in TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAIS, Carlos Blanco de. "As sentenças com efeitos aditivos" in MORAIS, Pedro Blanco de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.
- MORAIS, Pedro Blanco de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.
- MOREIRA, Carlos. "Fiscalização judicial da Constituição" in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1943.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1973,
- MOREIRA, Vital. "Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional" in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- _____. "O Tribunal Constitucional português: valor e alcance das suas decisões" in *Revista Progresso do direito* n° 3-4, 1986.
- MORELLI, M.R. "Sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale e vincolo di interpretazione del giudizio a quo" in *Giurisprudenza civile*, 1987.
- MORTATI, C. *Istituzione di Diritto Pubblico*, t. II. Padova: Cedam, 1976.
- _____. "Appunti per un studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore" in *Foro Italico*, V, 1970.
- _____. *Istituzione di Diritto Pubblico*, t. II, 7.ed. Padova, 1967.
- MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de constitucionalidade – Uma abordagem teórica e jurisprudencial*, 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- _____. *Controle de constitucionalidade – teoria e questões*. Brasília: Consulex, 2000.

- MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- MUTIUS, Albert von. “Allgemeine Bindungswirkung verfassungskonformer Gesetzesinterpretation durch das Bunderverfassungsgericht” in *Verw. Arch.* v. 67, 1967.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- _____. “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 810/93” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127, 1994.
- _____. *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*. Coimbra, 1993.
- _____. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra, 1983.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NIGRO, M. “Le giurisdizione sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali” in *Diritto Processual Amm.*, 1984.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- OBERNDORFER, Peter. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais (relatório austríaco) in *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas (Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)*. Lisboa, 1987.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. “Ação declaratória de constitucionalidade” in *Revista dos Tribunais* n. 24. São Paulo, Julio-Septiembre 1998.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- _____. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- _____. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- OMMATI, José Emílio Medauar. “Algumas reflexões sobre a reforma do judiciário” in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 80. Brasília: Conselho Federal da OAB, janeiro-junho, 2005.
- ONIDA, V. “Considerazioni sul tema” in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- _____. “L’attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale” in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV. Milano, 1977.
- _____. “In tema de interpretação delle norme sugli effetti delle pronunce di inconstituzionalità” in *Giurisprudenza Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1965.
- ONIDA, V.; D'AMICO, M., *I giudizi di costituzionalità delle leggi*. Torino, 1998.
- OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
- PACE, A., “Efeitos temporais das decisões de acolhimento e tutela constitucional do direito de agir nos casos pendentes” in *Effetti temporali delle sentenze della Corte*

- Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Controle de constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PARODI, G. *La sentenza additiva a dispositivo generico*. Torino: Giappichelli, 1996.
- PASSOS, J.J. Calmon de, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PASTOR RIDRUEJO, L. “Aplicación de la ley y control de constitucionalidad” en *El Tribunal Constitucional*, v. III, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.
- PEGORARO, L. “A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo” in ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino, 1998.
- _____. “I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell’arretrato” in *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990. Torino, 1990.
- _____. *La Corte e il Parlamento. Sentenza-indirizzo e attività legislativa*. Padova: Cedam, 1987.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Direito constitucional intertemporal” in *Revista Forense*, v. 304. Rio de Janeiro, 1988.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- PÉREZ TREMPES, Pablo (coord.). *La reforma del Tribunal Constitucional – Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- _____. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht – Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*, 3. ed. München: C.H. Beck, 1991.
- _____. “‘Noch verfassungsmässige’ und ‘bloss verfassungswidrige’ Rechtslagen” in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I. Tübingen, 1976.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.
- PICARDI, N. “Le sentenze ‘integrative’ della Corte Costituzionale” in *Scritti en honore di C. Mortati*, IV. Milano, 1977.
- PIERANDREI, F. “Corte Costituzionale” in *Enciclopedia del diritto*, v. 10. Milano: Giuffrè, 1962.
- _____. “La Corte Costituzionale e l’attività ‘maieutica’” in *Giurisprudenza Italiana*, 1961.

- _____. "Le decisioni degli organi della 'giustizia costituzionale' (Natura-
efficacia-esecuzione)" in *Rivista Italiana Scienza Giuridica*, 1950.
- PINARDI, R. *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle
sentenze di inconstituzionalità*. Milano, 1993.
- PINELLI, C. "Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di additiva di principio" in
Giurisprudenza Costituzionale. Torino: Giappichelli, 1993.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa. "Repristinação" in *Dicionário Jurídico da
Administração Pública*, VII, 1996.
- PINTO, F. Sousa, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Almedina,
1982.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista
dos Tribunais, 1995.
- _____. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2. ed. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 2003.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra,
1997.
- _____. *Teoria da Constituição de 1976 – a transição dualista*. Coimbra, 1988.
- PIZZORUSSO, A. "Corte Costituzionale: un nuovo 'tipo' di sentenza?" in *Corriere
Giur.*, 1993.
- _____. "Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi" in
Rivista di Diritto Processuale, n. 1, 1990.
- _____. "Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di
accoglimento della Corte Costituzionale" in *Effetti temporali delle sentenze della
Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti
del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- _____. "Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa" in *Strumenti e
Tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (Atti del Convegno di Trieste 26-28
Maggio 1986)*. Milano, 1988.
- _____. "Gli effetti delle decisioni delle Corti Costituzionali nei giudizi
ordinari" in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987.
- _____. "I sistemi di giustizia costituzionali: dai modelli alla prassi" in
Quaderni Costituzionali, 1982.
- _____. "Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale" in
Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1982.
- _____. "Las sentencias 'manipulativas' del Tribunal Constitucional italiano" in
El Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- _____. "Effetto di 'giudicato' ed effetto di 'precedente' delle sentenze della Corte
costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966.
- _____. "La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o
consigli?" in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963.
- POHLE, Albrecht Peter, *Die Verfassungswidrigkeitklärung von Gesetzen – Eine
Untersuchung des Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die
gesetzestechisch mögliche Nichtigkeitklärung durch das Bundesverfassungsgericht*.
Frankfurt am Main, 1979.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, 2. ed. Rio de Janeiro:
Forense, 1998.

- POLITI, F. "Principio di continuità dell'ordinamento giurídico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali" 'giusta preoccupazione' o 'eccessivo timore' della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.
 _____ . *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, v. II. Rio de Janeiro: Guanabara, s.d.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra, 1982.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PUGIOTTO, A. "Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno L, Fasc. 6. Milano: Giuffrè, Novembre-Dicembre, 2005.
 _____ . "Quando la Corte sembra interpretare autenticamente se stessa" in *Giurisprudenza Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002.
 _____ . *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*. Milan, 1994.
 _____ . "Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992.
- PUGLIESE, G. "Giudicato civile (dir. Vig.)" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, 1962.
- PUNSET BLANCO, Ramón. "Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes" en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*. Madrid: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- QUEIROZ, Cristina, *Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controle jurídico do poder*. Coimbra, 1990.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RANGEL, Paulo de Castro. "O legislador e o Tribunal Constitucional" in *Direito e Justiça*, 2, 1997.
- RAUTI, A. "L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza (in margine Allá sent. Cost. n. 207/2001)" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro, 1968.
- REDENTI, E. "Legittimità delle Leggi e Corte Costituzionale" in *Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, XII. Milano: Giuffrè, 1957.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001.

- RESCIGNO, U. "Riflessioni sulle sentenze manipolative da un lato e sulla delimitazione della questione di costituzionalità dall'altro, suggerite dalla sentenza n. 139 del 1989" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *El poder judicial (VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel; PAJARES MONTOLIO, Emilio; RODRIGUEZ-DRINCOURT, Juan (coords.), *50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años de Tribunal Constitucional español – IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional*. España: Ministerio de Justicia, 2007.
- RIVAS MAURA, Andrés. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991.
- RIZZA, G. "La Corte costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari" in *Diritto e Società*, 1973.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: Atlas, 2002.
- RODOTÀ, S. "L'opinione dissenziente dei giudice costituzionale" in *Politica del diritto*, 1979.
- _____. "La svolta 'política' della Corte Costituzionale" in *Politica del diritto*, 1970.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- ROMBOLI, R. *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*. Turín, 1998.
- _____. "Italia" en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- _____. "La tipología de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental" en *REDC*, n. 48. Madrid: CEC, Septiembre-Diciembre, 1996.
- _____. (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*. Turín, 1991.
- _____. "Introduzione al Seminario" de *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990. Torino, 1990.
- ROSA, F. "Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto" in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2002.
- ROSENN, Keith S. "Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada" in PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (coord.). *Direito constitucional em evolução – Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ROSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris, 1992.
- ROSSI, E. "Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel período 1987-1989" in *La Giustizia Costituzionale a una svolta. Atti del Seminario di Pisa del 5 Maggio 1990*. Torino, 1990.
- ROTH, Wolfgang. "Grundlage und Grenzen von Übergangsordnungen des Bundesverfassungsgericht zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen" in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 124, 1999.

- RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder - Estudios sobre la Constitución*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- RUBIO LLORENTE, F.; JIMÉNEZ CAMPO, J. *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- RUFFINO, A. "Tendenze evolutive del sindacato incidentale di legittimità costituzionale fra tecniche di giudizio e clausole decisorie 'extra ordinem' (in margine alla vicenda della pubblicità dei processi tributari)" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989.
- RUGGERI, A. "La certezza del diritto allo specchio" in ANZON, A; CARAVITA, B.; LUCIANI, M.; VOLPI, M. (org.). *La Corte Costituzionale e gli altri poteri dello Stato*. Torino, 1993.
- _____. *Storia di un "falso". L'efficacia "inter partes" delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*. Milano, 1990.
- _____. *Le attività "conseguenziale" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*. Milano, 1988.
- RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamento di giustizia costituzionale*, 3. ed. Torino: Giappichelli, 2004.
- RUGGERI, A.; SILVESTRI, G. (org.). *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*. Milano: Giuffrè, 2000.
- RUPP, Hans; BRÜNNECK, Wiltraut. "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?" in *Festschrift für Gebhard Müller*. Tübingen, 1970.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula Vinculante – análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SÁ, Fátima. "Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas" in MORAIS, Pedro Blanco de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.
- SACHS, Michael. "Normentypen im deutschen Verfassungsrecht" in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, n. 6, 1991.
- _____. "Die Einteilung der Grundrechts" in STERN, Klaus. *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, III/I, 1988.
- _____. "Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgericht" in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1982.
- _____. "Teilnichtigklärung: Von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht" in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1979.
- _____. "Bindungswirkung bei verfassungskonformer Gesetzeauslegung" in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979.
- _____. *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*. Köln, 1977.
- SAITTA, A. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*. Milano, 1996.
- SAJA, F. "Introduzione ai lavori del Seminario" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- _____. "La giustizia costituzionale nel 1989" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990.

- SAMPAIO, Flávia Cerqueira. “Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade” in MORAIS, Pedro Blanco de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- SANDULLI, A. M. "Atto legislativo, statuizione legislativa y giudizio de legitimità costituzionale" in *Scritti Giuridici*, I. Napoli, 1990.
- _____. “La Corte e la politica” in *Diritto e società*, 1983.
- _____. *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*. Milano, 1967.
- _____. “Illegittimità delle leggi e rapporti giuridice” in *Scritti giuridice*, I. Napoli, 1990.
- SANTOS VIJANDE, Jesús María. *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*. Granada: Comares, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência” in *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, Ano III. Sapucaia do Sul: Notadez, 2003.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCAFF, Fernando Faccury. “Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso” in *Revista Dialética do Direito Processual*, n. 50. São Paulo, 2007.
- SCHÄFER, Gilberto. “Os contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” in *Revista da AJURIS*, n. 102, Ano XXXIII. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, junho 2006.
- SCHENKE, Wolf Rüdiger. “Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen” in *Verwaltungs Archiv*, 1991.
- _____. *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*. Berlin, 1979.
- SCHEUNER, Ulrich. “Staatszielbestimmungen” in *Verfassung*, v. 452. Darmstadt, 1978.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: C.H. Beck, 1994.
- SCHNEIDER, Bernd Jürgen, *Die Funktion der Normenkontrolle un der richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger*

- Gesetze. Eine verfassungsgeschichtliche und theoretische Untersuchung.* Frankfurt am Main – Bern – New York – Paris, 1988.
- SCHNEIDER, Hans Peter. “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales” en *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SCHUMANN, Ekkehard. *Verfassungs und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidung*. Berlin, 1963.
- SICLARI, M. "Aspetti problematici del processo costituzionale nell'ultimo triennio" in ROMBOLI, R. (ed.) *La giustizia costituzionale a una svolta*. Torino: Atti del seminario di Pisa (1990), 1991.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. "Reforma do poder judiciário" in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 80. Brasília: Conselho Federal da OAB, janeiro a junho 2005.
- _____. “A Constituição e a estrutura de poderes” in PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (coord.). *Direito constitucional em evolução – Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SILVA, Pedro Cruz e. “Sentenças aditivas do Tribunal Constitucional e o princípio da igualdade” in *O Direito*, ano 140, nº 5, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “La interpretación conforme a la Constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial” en *Cuestiones Constitucionales*. México, n. 12, enero-junio 2005.
- SILVESTRI, G. "Le sentenze normative della Corte costituzionale" in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*. Padova, 1985.
- SIMON, Helmut. “La jurisdicción constitucional” en BENDA et. al. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, 1996.
- _____. “Die verfassungskonforme Gesetzeauslegung” in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1974.
- SKOURIS, Wassilios. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973.
- SLAIBI FILHO, Nagib. “Texto, norma e valor – A evolução na Constituição brasileira de 1988” in ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira (orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SÖHN, Hartmut. *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?* Frankfurt am Main, 1974.

- SORACE, D. “Note in tema di sentenze de la Corte Costituzionale che importano nuove o maggiore spese e artículo 81 C.” in *Stato e Economia. Scritti in ricordo de D. Serrani*. Milano, 1984.
- SORACE, D.; TORRICELLI, A. “La tutela degli interessi tra Corte Costituzionale e Parlamento: le sentenze della Corte che comportano nuove o maggiore spese” in CAMMELI, M. (coord.) *Le istituzioni nelle recessioni*. Bologna: Il Mulino, 1984.
- SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante – Um estudo à luz da emenda constitucional 45*. Curitiba: Juruá, 2ª reimpressão, 2007.
- SORRENTI, G. *L’interpretazione ‘adeguatrice’ della legge. Fondamento, natura e implicazione di un pratica dei giudici e della Corte costituzionale*. Milano, 2002.
- SORRENTINO, F. *Profili costituzionali dell’integrazioni comunitária*. Torino, 1994.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. “Inexistência Jurídica” in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, 1993.
- _____. *Orgânica judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1992.
- _____. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa, 1988.
- _____. *Direito Constitucional*, Braga, 1979.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa, 1997.
- _____. “O objecto da sentença e o caso julgado material” in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 325. Lisboa, 1983.
- SPADARO, A. “Di una Corte che non si limita ad ‘annullare’ ke keggi, ma ‘corregge’ el legislatore e, dunque, ‘scrive’ - ...o ‘riscrive’ per intero – le leggi (il caso emblemático della giurisprudenza normativa sulle adozioni)” in *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*. Milano, 2000.
- STARCK, Christian. “Jurisdicción Constitucional y tribunales ordinarios” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto, 1998.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- _____. “Erläuterung zu Art. 100” in *Bonner Kommentar, Zweitebearbeitung*. Hamburg, 1967.
- STERN, Klaus; SACHS, Michael. “Erläuterung zu Art. 93” in *Bonner Kommentar, Zweitebearbeitung*. Hamburg, 1982.
- STEVENSON, Ritinha Alzira; FERRAZ JR., Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena. *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência, Eficácia e Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- STRECK, Lenio Luiz. *A jurisdição constitucional e o duplo juízo de admissibilidade do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica*, in www.leniostreck.com.br, 2008.
- _____. *Verdade e consenso*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: www.leniostreck.com.br, 2007.

- _____. "Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade - O caso dos crimes hediondos" in *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. "A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais em *terrae brasilis*" in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, julho/dezembro, 2004.
- 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*. In: www.leniostreck.com.br, 2007.
- STRICKER, G. "Subjettive und objektive Grenzen der Entscheidungen gemass art. 31 Abs. I BverfGG" in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1995.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TÁCITO, Caio. "Desvio de poder legislativo" in *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, São Paulo.
- TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 106, 2002.
- TAVARES, André Ramos. "A transição do direito constitucional brasileiro" in MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. "Arguição de descumprimento de preceito constitucional: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei" in TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *O judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994
- _____. *Mandado de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TELES, Miguel Galvão. "Liberdade de iniciativa do Presidente da República quanto ao processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade" in *O Direito*, 1988.
- _____. "Inconstitucionalidade pretérita" in MIRANDA, J. (org.) *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1986.
- _____. "O Tribunal Constitucional português: valor e alcance das suas decisões" in *Progresso do Direito*, nº 3-4, 1986.
- _____. "A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis" in *O Direito*, 1971.
- _____. *Direito Constitucional – sumários desenvolvidos*. Lisboa, 1970.
- _____. *Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa (condições, termos e limites)*. Lisboa, 1967.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. “Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional” en *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1993.
- TRANFAGLIA, N. “Per una storia politica della Corte Costituzionale” in *Dallo Stato liberale al regime fascista*. Milano: Feltrinelli, 1973.
- TRIBE, Lawrence H. *The American constitutional law*, 2. ed. New York: The Foundation Press Mineola, 1988.
- TRIEPEL, Heinrich. *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*. Bad Homburg vor der Höhe, 1965 (reimpresión).
- UMBACH, Dieter C.; CLEMENS, Thomas (Hrsg.). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, 1992.
- UMBACH, Dieter C.; CLEMENS, Thomas; DOLLINGER, Franz-Wilhelm (Hrsg.). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2005.
- VARELA, Antunes et. al. *Manual de Processo Civil*. Coimbra, 1984.
- VÁRIOS AUTORES. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- _____. *La jurisdicción constitucional en España. Organización y procedimientos*. Madrid, 1994.
- _____. *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas (Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)*. Lisboa, 1987.
- VECHIO, A.M. del. *I problemi posti nell’ordinamento italiano della attuazione delle normative comunitarie e segnatamente delle direttive*. Milano, 1979.
- VEGA GARCÍA, Agustín Sánchez de. “Acerca del Recurso Previo de Inconstitucionalidad” en *Revista de las Cortes Generales (Separata)*, n. 23. Madrid, Segundo Cuatrimestre, 1991.
- VEGA GARCÍA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VERGOTTINI, G. de, *Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam, 1997.
- VERNENGO, José Roberto. *Curso de Teoría General del Derecho*, 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- VIGNUDELLI, A. *La Corte delle leggi, Osservazioni sulla cosiddetta efficacia “normativa” delle sentenze della Corte Costituzionale*. Rimini: Maggioli, 1988, 2. ristampa 1996.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- VITORINO, António. “A justiça constitucional [Notas sobre o futuro (possível?) da justiça constitucional]” in *Revista do Ministério Público*, Ano VI, nº 12. Lisboa.

- VOGEL, Klaus. "Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht" in STARCK, Christian (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 1. Tübingen, 1976.
- VOSSKÜHLE, A. "Theorie und Praxis der Verfassungskonformen Auslegung von Gesetzes durch Fachgerichte" in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 129, 2000.
- WALD, Arnaldo. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- WEBER, Albrecht. "Alemania" en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United States*, v. 1. New York, 1910.
- WISCHERMANN, Norbert. *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.
- XAVIER, Taciana. "A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por acção, no sistema jurídico brasileiro" in MORAIS, Pedro Blanco de (et al.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.
- ZAGREBELSKY, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta, 2008.
- _____. *Manuale di Diritto Costituzionale*. I, II. Torino: UTET, 2006.
- _____. "La Giustizia Costituzionale nel 2003 – Relazione del Presidente Gustavo Zagrebelsky" in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XLIX, Fasc. 5. Milano: Giuffrè, Settembre-Ottobre, 2004.
- _____. *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*. México: Fundap – Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.
- _____. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. "Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali" in CORTE COSTITUZIONALE (ed.). *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1993.
- _____. "Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti" in *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Milano: Atti del Seminario - Palazzo della Consulta (1988), 1989.
- _____. *La giustizia costituzionale*, 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988.
- _____. "La dottrina del diritto vivente" in *Strumenti e tecniche de giudizio della Corte Costituzionale*. Milano, 1988.
- _____. "Processo Costituzionale" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI. Milano, 1987.
- _____. "La Corte costituzionale e il legislatore" in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna, 1982.
- ZANON, N. "La Corte, il legislatore ordinario e quello della revisione, ovvero del diritto all' 'ultima parola' al cospetto delle decisione d'incostituzionalità" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998.

- ZAVASCKI, Teori Albino. “Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade” in FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Antecipação da tutela*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ZEIDLER, Wolfgang. “A justiça constitucional no quadro das funções do Estado” in *A Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas (Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus)*. Lisboa, 1987.
- ZEUNER, Albrecht. “Über die Geltungsdauer der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts un die Möglichkeit späterer abweichender Entscheidungen” in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1955.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- _____. “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen” in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 2. Tübingen, 1976.
- ZOCO ZABALA, Cristina. “El Tribunal Constitucional ante los límites de la creación y la aplicación de las normas” en PÉREZ TREMPES, Pablo. (coord.). *La reforma del Tribunal Constitucional – Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- ZÜCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. Munique, 1988.

ANEXOS

ANEXO I

LA ESTRUCTURA DEL PODER JUDICIAL BRASILEÑO.

	TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL – STF					
TRIBUNALES SUPERIORES	Tribunal Superior de Justicia – STJ -			Tribunal Superior del Trabajo - TST -	Tribunal Superior Electoral - TSE -	Tribunal Superior Militar - STM -
2ª. INSTANCIA	Tribunal de Justicia - TJ -	Tribunal de Justicia Militar - TJM -	Tribunal Regional Federal - TRF -	Tribunal Regional del Trabajo – TRT -	Tribunal Regional Electoral - TRE -	(No hay.)
1ª. INSTANCIA	Juez de Derecho	Consejo de Justicia	Juez Federal	Juez del Trabajo	Juez Electoral	Auditoría Militar
	Común	Especializada	Común	Especializada		
	JUSTICIA ESTADUAL		JUSTICIA FEDERAL			

El art. 5º, XXXV, CFB determina que "la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho". Esta garantía constitucional es ejercida por el Poder Judicial brasileño *in concreto*, caso a caso, tras el enjuiciamiento de una demanda. Su función básica es, mediante proceso regular, aplicar los preceptos legales y constitucionales a la controversia enjuiciada y decidir, produciendo cosa juzgada.¹⁷²⁴ La justicia brasileña está

¹⁷²⁴ Los candidatos a acceder a la carrera judicial son obligados a prestar concurso público (oposición). Para que puedan decidir con más independencia, los jueces poseen algunas garantías: todos son vitalicios - con jubilación compulsoria a los 70 años -, inamovibles y no pueden tener sus sueldos rebajados (art. 95, I, II, III CFB). Además, la imparcialidad que se les exige les impide de: **a)** ejercer, aunque en disponibilidad, otro cargo o función, excepto una de magisterio; **b)** recibir, a cualquier título o pretexto, costes o participaciones en proceso; **c)**

estructurada a partir de tres coordenadas básicas: el principio federativo (hay una justicia federal y una estadual); la división de competencias según los ramos del derecho (justicia común y justicia especializada) y el doble grado de jurisdicción (posibilidad de revisión de los juzgados).

La **justicia estadual común** abarca todas las materias que no sean competencia de las demás, es decir, que no hagan parte de la competencia constitucionalmente prevista para la justicia estadual especializada (militar) y para la justicia federal común y especializada (laboral, electoral y militar). Es la justicia más cercana al día a día de la población, puesto que juzga, entre otros, los litigios de índole privada y con órganos de la administración estadual (art. 125 CFB). La única justicia estadual especializada es la militar y su competencia es específica para los crímenes practicados en servicio por los integrantes de las Policías Militares de los respectivos Estados miembros de la Federación.

Son de competencia de la **justicia federal común**, las causas en que la Unión, entidad autárquica o empresa pública federal estén de alguna forma involucradas; las causas vinculadas a relaciones internacionales y el crimen político (art 109 CFB). La justicia federal posee también tres ramos judiciales especializados, que abarcan los litigios provenientes de las relaciones laborales, del proceso electoral y de los crímenes practicados en servicio por los militares de las Fuerzas Armadas (art. 125, §§ 3º y 4º CFB).

En la **primera instancia** están los jueces singulares, que actúan en la base de la organización judicial. En la **segunda instancia** están los tribunales de recursos, que tienen sus sedes en las capitales de los Estados miembros y jurisdicción sobre todo su territorio. Las excepciones son los Tribunales Regionales Federales, que pueden tener jurisdicción sobre más de un Estado, y la justicia federal especializada militar, que no tiene tribunal regional. Los juzgamientos son siempre por órganos colegiados y un quinto de sus miembros está integrado por abogados y miembros del Ministerio Público (art. 94, párrafo único CFB). Todos los demás son jueces de carrera concursados.¹⁷²⁵

Los **tribunales superiores** tienen su sede en la capital federal (Brasilia) y sus juzgamientos ordinariamente son realizados por órganos colegiados. El Tribunal Superior de Justicia (STJ) recibe recursos tanto de los Tribunales Regionales Federales (justicia federal común), como de los Tribunales de Justicia de los Estados y del Distrito Federal- DF (justicia estadual común y especializada militar). Los demás tribunales superiores (Trabajo, Electoral y Militar) juzgan recursos y acciones en los límites de sus respectivas competencias especializadas.¹⁷²⁶

De todos los tribunales con sede en la capital federal, el **Tribunal Supremo Federal (STF)** se ubica en un plano superior a los demás, en función de ser la última instancia en materia constitucional en el control difuso e instancia única en el control concentrado, además de detener otras competencias constitucionalmente previstas.

dedicarse a la actividad político-partidaria; **d)** recibir, a cualquier título o pretexto, auxilios o contribuciones de personas físicas, entidades públicas o privadas, exceptuados los previstos en ley; **e)** ejercer la abogacía en el juicio o tribunal del cual se haya retirado, antes de pasados tres años de su jubilación o exoneración (art. 95, párrafo único, I a V CFB).

¹⁷²⁵ Art. 94. Un quinto de los miembros de los Tribunales Regionales Federales, de los Tribunales de los Estados, y del Distrito Federal y Territorios será integrado por miembros del Ministerio Público, con más de diez años de carrera, y por abogados de notorio saber jurídico y irreprochable reputación, con más de diez años de efectiva actividad profesional, indicados en lista séxtuple por los órganos de representación de las respectivas clases.

Párrafo único. Recibidas las indicaciones, el tribunal formará lista tríplice, enviándola al Poder Ejecutivo, que, en los veinte días subsecuentes, elegirá uno de sus integrantes y le nombrará.

¹⁷²⁶ Los tribunales superiores, además de jueces de carrera, tienen en su composición abogados y miembros del Ministerio Público nombrados por el Presidente de la República tras aprobación del Senado Federal (un tercio de los integrantes del STJ, un quinto del TST y un cuarto del TSE). El STM es compuesto por diez oficiales generales y cinco civiles, todos nombrados por el Presidente de la República tras aprobación del Senado Federal.

ANEXO II

SÚMULAS VINCULANTES

SV 1: Ofende la garantía constitucional del acto jurídico perfecto la decisión que, sin ponderar las circunstancias del caso concreto, desconsidera la validez y la eficacia de acuerdo constante de contrato de adhesión instituido por la Ley Complementar nº 110/2001.

SV 2: Es inconstitucional la ley o acto normativo estadual o distrital que disponga sobre sistemas de ventas en grupo y sorteos, inclusive bingos y loterías.

SV 3: En los procesos que tramiten en el Tribunal de Cuentas de la Unión se asegura el contradictorio y la amplia defensa cuando de la decisión pueda resultar anulación o derogación de acto administrativo que beneficie el interesado, exceptuada la apreciación de la legalidad del acto de concesión inicial de jubilación, reforma y pensión.

SV 4: Salvo en los casos previstos en la Constitución, el salario mínimo no puede ser usado como indexador de base de cálculo de ventaja de servidor público o de empleado, ni ser sustituido por decisión judicial.

SV 5: La falta de defensa técnica por abogado en proceso administrativo disciplinar no ofende la Constitución.

SV 6: No viola la Constitución el establecimiento de remuneración inferior al salario mínimo para los prestadores de servicio militar inicial.

SV 7: La norma del § 3º del art. 192 de la Constitución, derogada por la Enmienda Constitucional nº 40/2003, que limitaba la tasa de juros reales a 12% al año, tenía su aplicación condicionada a la edición de ley complementar.

SV 8: Son inconstitucionales el párrafo único del art. 5º del Decreto-Ley nº 1.569/1977 y los arts. 45 y 46 de la Ley nº 8.212/1991, que tratan de prescripción y decadencia de crédito tributario.

SV 9: El dispuesto en el art. 127 de la Ley nº 7.210/1984 (Ley de Ejecución Penal) fue recibido por el orden constitucional vigente, no se le aplicando el límite temporal previsto en el art. 58.

SV 10: Viola la cláusula de reserva de plenario (CF, art. 97) la decisión de órgano fraccionario de tribunal que, a pesar de no declarar expresamente la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del poder público, no los aplica total o parcialmente.

SV 11: Sólo es lícito el uso de esposas en casos de resistencia y de fundado recelo de fuga o de peligro a la integridad física propia o ajena, por parte del preso o de terceros, justificada la excepcionalidad por escrito, bajo pena de responsabilidad disciplinar, civil y penal del agente o de la autoridad y de nulidad de la prisión o del acto procesal a que se refiere, sin perjuicio de la responsabilidad civil del Estado.

SV 12: El cobro de tasa de matrícula en las universidades públicas viola el dispuesto en el art. 206, IV, de la Constitución Federal.

SV 13: El nombramiento de cónyuge, compañero o pariente en línea reta, colateral o por afinidad, hasta el tercer grado, inclusive, de la autoridad que nombra o de servidor de la misma

persona jurídica investido en cargo de dirección, supervisión o asesoramiento, para el ejercicio de cargo en comisión o de confianza o, aun, de función gratificada en la administración pública directa e indirecta en cualquier de los Poderes de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, incluso el ajuste mediante designaciones recíprocas, viola la Constitución Federal.

SV 14: Es derecho del defensor, en el interés del representado, tener acceso amplio a los elementos de prueba que, ya documentados en procedimiento investigativo realizado por órgano con competencia de policía judicial, respeten al ejercicio del derecho de defensa.

SV 15: El cálculo de gratificaciones y otras ventajas del funcionario público no inciden sobre el complemento utilizado para atestiguar el salario mínimo.

SV 16: Los arts. 7º, IV y 39, § 3º (redacción de la EC 19/1998) de la Constitución, se refieren al total de la remuneración recibida por el funcionario público.

SV 17: Durante el periodo previsto en el párrafo 1º del art. 100 de la Constitución, no inciden juros de mora sobre los débitos de entidad de derecho público oriundos de sentencias en las cuales ya hubo cosa juzgada.

SV 18: La disolución de la sociedad o del vínculo conyugal, en el curso del mandato, no invalida la inelegibilidad prevista en el § 7º del art. 14 de la Constitución Federal.

SV 19: La tasa cobrada exclusivamente en razón de los servicios públicos de coleta, remoción y tratamiento o destinación de basura o residuos provenientes de inmuebles, no viola el art. 145, II, de la Constitución Federal.

SV 20: La Gratificación de Desempeño de Actividad Técnico Administrativa – GDATA, instituida por la Ley nº 10.404/2002, debe ser deferida a los jubilados en los valores correspondientes a 37,5 puntos en el periodo de febrero a mayo de 2002 y, en los términos del art. 5º, párrafo único, de la Ley nº 10.404/2002, en el periodo de junio de 2002 hasta la conclusión de los efectos del último ciclo de evaluación a que se refiere el art. 1º de la Medida Provisional nº 198/2004, a partir de la cual pasa a ser de 60 puntos.

SV 21: Es inconstitucional la exigencia de depósito o garantía previa de dinero o bienes para admisibilidad de recurso administrativo.

SV 22: La Justicia Laboral es competente para procesar y juzgar acciones de indemnización por daños morales y patrimoniales derivados de accidente laboral propuestas por empleado contra empleador, inclusive aquellas que aun no poseían sentencia de mérito en primera instancia en la época de la promulgación de la Enmienda Constitucional nº 45/2004.

SV 23: La Justicia Laboral es competente para procesar y juzgar acción posesoria enjuiciada en razón del ejercicio del derecho de huelga por los trabajadores de la iniciativa privada.

SV 24: No se tipifica crimen material en contra del orden tributario, previsto en el art. 1º, I a IV, de la Ley nº 8.137/1990, antes del lanzamiento definitivo del tributo.

SV 25: Es ilícita la prisión civil de depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad de depósito.

SV 26: Para efecto de progresión de régimen en el cumplimiento de pena por crimen hediondo o equiparado, el juicio de ejecución observará la inconstitucionalidad del art. 2º de la Ley nº 8.072, de 25 de julio de 1990, sin perjuicio de evaluar si el condenado cumple o no, los requisitos objetivos y subjetivos del beneficio, pudiendo determinar, para tal fin, de modo fundamentado, la realización de examen criminológico.

SV 27: Compete a la justicia estadual juzgar causas entre consumidor u concesionaria de servicio público de telefonía, cuando la Agencia Nacional de Telecomunicaciones - ANATEL no sea litisconsorte pasiva necesaria, asistente, ni oponente.

SV 28: Es inconstitucional la exigencia de depósito previo como requisito de admisibilidad de acción judicial en la cual se pretenda discutir la exigibilidad de crédito tributario.

SV 29: Es constitucional la adopción, en el cálculo del valor de tasa, de uno o más elementos de la base de cálculo propia de determinado impuesto, desde que no haya integral identidad entre una base y otra.

SV 31: Es inconstitucional la incidencia de Impuesto sobre Servicios de Cualquiera Naturaleza – ISS sobre operaciones de locación de bienes muebles.

ANEXO III

TABLA ESTADÍSTICA.

ACCIONES DECLARATORIAS DE CONSTITUCIONALIDAD POR LEGITIMADO - 1993 a 2009*

LEGITIMADOS	CUANT.	%
Presidente de la República	5	21,7%
Dirección del Senado Federal	-	0,0%
Dirección de la Cámara de los Diputados	-	0,0%
Dirección de la Asamblea Legislativa o Cámara Legislativa del Distrito Federal	-	0,0%
Gobernador de Estado o del Distrito Federal	4	17,4%
Procurador General de la República	2	8,7%
Consejo Federal de la OAB	-	0,0%
Partido Político con representación en el Congreso Nacional	-	0,0%
Confederación Sindical y Entidad de Clase de Ámbito Nacional	8	34,8%
Más de 1 legitimado **	2	8,7%
Otros (ilegitimados)	2	8,7%
TOTAL	23	100,0%

* Datos de 2009 actualizados hasta mayo.

** Presidente de la República, Dirección del Senado Federal y Dirección de la Cámara de los Diputados

Fuente: Portal de Informaciones Gerenciales del STF.

Gestor: ASESORIA DE GESTIÓN
ESTRATÉGICA

Última actualización:
2/6/2009