

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – ¿UN LEGISLADOR NEGATIVO O POSITIVO?

CONSTITUTIONAL COURT – A NEGATIVE LEGISLATOR, OR EVEN A POSITIVE ONE?

PROF. DOCTOR PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO

Doctor en Derecho – Profesor en la «Universidade Autónoma de Lisboa» – Portugal

Resumen: Los órganos de jurisdicción han sido de forma constante afirmados como políticamente neutros. La clásica división del poder político ha favorecido esta situación. De cualquier modo, progresivamente, esta situación ha venido a conocer una fuerte dinámica de cambio. Los órganos de jurisdicción han alcanzado un creciente protagonismo dentro del cuadro del sistema político en la mayor parte de los países occidentales.

Luego de analizar la naturaleza y la evolución de los diversos Tribunales Constitucionales, entre los que constan de sistemas jurídicos como el austríaco, el italiano, el español o el portugués, se procederá a la distinción y a las formas de articulación de modelos de fiscalización concentrada con fiscalización difusa. Para tal, se analizará el proceso de creación del Tribunal Constitucional Portugués, verificando su competencia en materia jurídica. Finalmente, y en este ámbito, en conflicto con el principio de separación de poderes, verificamos la existencia de decisiones que afirman el «carácter» legislativo de este Tribunal Constitucional, como de otros.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; legislador negativo; legislador positivo; separación de poderes; control de la constitucionalidad.

Resume: The courts have been consistently affirmed as politically neutral. The classical division of political power favored it. However, gradually, this situation has come to know a strong impetus for change. The courts acquired an increasing role in the political system in most western countries.

After analysis of the nature and evolution of some Constitutional Courts, among others, the Austrian, Italian, Spanish or Portuguese. Proceeds to the distinction, but also the forms of joint concentrated inspection models with diffuse control. For such analyzes the process of establishing the Portuguese Constitutional Court, verifying its competence in legal matters. Finally and in this context, in tension with the principle of separation of powers, verify the existence of decisions that affirm the legislative «character» of a Constitutional Court.

Key words: Constitutional Court; negative legislator; positive legislator; separation of powers; constitutionality control.

Recepción original: 17/12/2014

Aceptación original: 19/01/2015

Sumario: 1. Introducción; 2. Los Tribunales Constitucionales; 3. Otro concepto de fiscalización judicial de la constitucionalidad – el modelo difuso; 4. ¿Portugal? El Tribunal Constitucional portugués; 5. ¿El Tribunal Constitucional Portugués – legislador negativo?; 6. El Tribunal Constitucional portugués como legislador positivo.

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos dos siglos y medio, el poder judicial ha sido mantenido como en una zona sombría, distante y algunas veces hasta aparentemente inferior para el común de los ciudadanos, cuando comparada con la atención dedicada a los demás poderes públicos existentes en el cuadro del constitucionalismo liberal: El legislativo y el judicial.

De hecho, la generalidad de los estudios jurídicos y politológicos realizados (John Locke, Montesquieu, Rousseau, etc., etc.) privilegiaron claramente el funcionamiento de los poderes legislativo y ejecutivo, concediendo poca importancia a la actividad desarrollada por los órganos de jurisdicción.

Recordemos que Montesquieu, escribió: *It is not enough to have intermediate powers in a monarchy; there must be also a depositary of the laws. This depositary can only be the judges of the supreme courts of justice, who promulgate the new laws, and revive the obsolete. The natural ignorance of the nobility, their indolence and contempt of civil government, require that there should be a body invested with the power of reviving and executing the laws, which would be otherwise buried in oblivion. The prince's council are not a proper depositary. They are naturally the depositary of the momentary will of the prince, and not of the fundamental laws.*¹

De entre los varios poderes constitucionalmente establecidos por el Estado moderno, el poder judicial fue aquel que más claramente sufrió una mayor transformación de su papel en el ámbito de los sistemas políticos occidentales. Inicialmente concebido como un mero intérprete y aplicador de la ley en los conflictos que le competía dirimir, el poder judicial, o los tribunales, han tenido un creciente protagonismo en la vida pública de las sociedades contemporáneas.

*La expansión del poder judicial es un fenómeno que tiene, desde luego, que ver con la mutación del papel del propio Derecho ocurrido en las sociedades contemporáneas*².

Los órganos de jurisdicción eran constantemente afirmados como políticamente neutros.

Progresivamente, esta situación ha conocido una fuerte dinámica de cambio. Los órganos de jurisdicción han alcanzado un protagonismo creciente en el cuadro del sistema político en la mayor parte de los países occidentales.

Como nota Eduardo Maia da Costa³ *El poder judicial siempre fué un poder dependiente en Portugal. Dependencia «congénita», al ser construido por nuestro liberalismo de acuerdo con el modelo francés, en que el poder legislativo, en cuanto resultante de voto popular, asume «naturalmente» supremacía sobre los otros poderes, que reciben la legitimidad democrática do legislativo. En este modelo, el poder judicial no tiene legitimidad para ejercer cualquier tipo de control sobre la legalidad,*

¹ CHARLES DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU in «The Spirit Of Laws», Translated by Thomas Nugent, revised by J. V. Prichard, Based on an public domain edition published in 1914 by G. Bell & Sons, Ltd., London

² ANTÓNIO GOUCHA (Profesor del *Instituto Superior de Economia e Gestão da Universidade Técnica de Lisboa*, el ISEG-UTL Lisboa) in *Revista dos Magistrados do Ministério Público* N.º 82 - 2.º trimestre de 2000, pág. 43.

³ In «Algumas reflexões (in) tempestivas em final de milénio», publicado en la *Revista dos Magistrados do Ministério Público* N.º 84 - 4.º trimestre de 2000, pág. 07.

sino que tiene exclusivamente la función de «boca de la ley», por lo tanto, una función políticamente neutra. Este modelo liberal construyó una magistratura a su medida, conservadora, obediente, tradicionalista, o sea, también de acuerdo con las enseñanzas de la ciencia jurídica de la época, transmitidos de forma empeñada.

Esto es coincidente con los demás estados europeos, como vemos más adelante.

En el periodo correspondiente al constitucionalismo liberal *el Derecho aspiraba a construir un cuerpo de leyes que daba forma normativa a un conjunto de relaciones que se procesaban entre los miembros de la sociedad, inspiradas en reglas padrón de comportamientos pre-existentes, desvistiéndolas de sus elementos concretos y aspirando a su codificación. Donde las características de generalidad y de abstracción de las normas jurídicas. Por otro lado, la producción normativa era limitada, permitiendo que las leyes presentasen un horizonte temporal de aplicación bastante amplio. Y sobre todo, las leyes en sentido formal asumían una clara hegemonía y preponderancia en el sistema de las fuentes de Derecho.*⁴

El surgimiento del «Estado providencia» determinará un cambio profundo del papel del Derecho en las sociedades modernas. Desde luego, al equilibrio bipolar correspondiente al esquema de separación de poderes característico del constitucionalismo liberal, donde el poder político asentaba en el legislativo y en el ejecutivo, se contraponen una nueva realidad, basada en una creciente importancia del poder judicial. De hecho, el derecho fue invadido por la «finalidad programática».

El juez se ve en la imposibilidad de actuar como un mero intérprete de un sistema normas universalmente válidas, coherentes y exactas, que le permitan realizar una aplicación casi automática de las leyes. Por el contrario, el poder judicial se depara con una multiplicidad de fuentes normativas, resultantes de una producción continua e incontrolable, que lo obligan a un arduo esfuerzo de compatibilización. Así, cabe al juez la delicada función de recortar y encajar el sentido útil y la coherencia de una pluralidad de previsiones normativas, cuyas respectivas disposiciones se presentan frecuentemente contradictorias o inclusive antagónicas. Siendo así, el poder judicial pasa a representar un elemento fulcral para el eficaz funcionamiento del sistema normativo adquiriendo

⁴ ANTÓNIO GOUCHA (Profesor del ISEG-UTL Lisboa) in *Revista dos Magistrados do Ministério Público* N.º 82 - 2.º trimestre de 2000, pág. 43

*un protagonismo que claramente no tenía desde el punto de vista del ideario liberal clásico*⁵.

2. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Podemos referir que existían tribunales constitucionales en Europa, principalmente después de la II Guerra Mundial, aunque la República de Checoslovaquia ya había consagrado un modelo de control de la constitucionalidad en 1918, Austria había creado un Tribunal Constitucional en 1920 a través de la Ley Constitucional Federal, en la cual se constituye como Estado Federal y en España se había creado un Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de la II República Española (1931-1939). El título III (Derecho y deberes de los españoles), se encontraba subdividido en libertades y derechos individuales (Capítulo I: Garantías individuales y políticas) y sociales (Capítulo II: Familia, economía y cultura). Reconocía la libertad religiosa, de expresión, reunión, asociación y petición (derecho de cualquier persona a realizar una petición al gobierno), el derecho de libre residencia y de circulación y de elegir una profesión, de inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, igualdad en el acceso a la justicia, protección de la familia, derecho al divorcio, derecho al trabajo, derecho a la cultura y a la enseñanza. Expresamente, suprimía todos los privilegios de clase social y de riqueza, «anulando» de esta forma la nobleza como entidad jurídica. El poder judicial era encimado por el Tribunal Supremo, siendo a la par creado el Tribunal de Garantías Constitucionales cuya competencia era apreciar y declarar la inconstitucionalidad de las leyes, los recursos de amparo y los conflictos de competencia legislativa.

En realidad, estos tribunales constitucionales no fueron capaces de garantizar el respeto por los derechos fundamentales.

Los tribunales constitucionales reaparecen en las constituciones aprobadas después del final de la II Guerra Mundial:

De esta forma, la Ley Constitucional Austríaca de 12 de Octubre de 1945 reinstala el Tribunal Constitucional, la Constitución Italiana de 27 de Diciembre de 1947 crea un Tribunal Constitucional que comenzó a funcionar en 1955, y después de la caída del III Reich, se aprueba la Ley Fundamental Alemana de 23 de Mayo de 1949, siendo así creados los tribunales constitucionales de los «LÄNDER», antes del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, en 1951.

⁵ ídem

Más tarde, surge una «tercera ola» de consagración o institucionalización de los tribunales constitucionales, con especial relevancia en los países del Sur de Europa, en el paso para la democracia: la Constitución Griega del 11 de Junio de 1975 institucionalizó, desde luego, un Tribunal Constitucional; la Constitución Portuguesa del 25 de Abril de 1976 creó una Comisión Constitucional que se transformará en Tribunal Constitucional en 1982; la Constitución Española del 27 de Diciembre de 1978 creó, desde luego, un Tribunal Constitucional.

En los años setenta del siglo XX, la actuación de los tribunales constitucionales creados después de la II Guerra Mundial se alarga, particularmente en Alemania, Austria y Francia. Inclusive son creados tribunales constitucionales en Bélgica (Tribunal Arbitral), Holanda, Suecia, Noruega, Dinamarca y Suiza. Ya en la década de 90 siguiente, los países emergentes de la caída del «muro de Berlín» adoptaron constituciones que crearon tribunales constitucionales semejantes a los ya existentes.

En todos encontramos aspectos comunes, a veces designados como característicos o determinantes de un modelo europeo de tribunales constitucionales inspirado en la construcción teórica de Hans Kelsen. De acuerdo con el modelo de Hans Kelsen, la competencia exclusiva de un tribunal constitucional es la de proceder al control jurisdiccional de las leyes. Aunque, tal situación no presupone, su integración en el Poder Judicial. Según Mary Volcansek, los tribunales constitucionales se caracterizan por no funcionar como tribunales de primera instancia o como tribunales de apelación.

3. OTRO CONCEPTO DE FISCALIZACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD – EL MODELO DIFUSO

Diferente es la concepción de Estados Unidos de América. El sistema norteamericano adopta un modelo diferente del sistema europeo, pudiendo todos los tribunales apreciar un acto normativo, declarándolo inconstitucional. La Constitución Federal de 1787 no se manifiesta sobre la jurisdicción constitucional, habiéndose instituido esa «jurisdicción», en 1803, en la sentencia *Marbury v. Madison* por vía de la jurisprudencia, ya que entonces el Supremo Tribunal declaró inconstitucional una ley federal en relación a lo fundamentado, así como también la propia competencia del Supremo Tribunal para poder declararlo. De esta forma, el Supremo Tribunal de Justicia de los Estados Unidos asumió una jurisdicción constitucional, funcionando como tribunal de recurso y de última instancia al cual son dirigidas

todas las decisiones impugnables interpuestas de las decisiones de los Supremos Tribunales de los Estados Federados. Es el único tribunal soberano. Como notó Tocqueville, los tribunales federales, al poder fundar sus decisiones no solamente en la legislación en vigor, sino sobre todo en la propia Constitución, confrontando el contenido de las leyes con lo dispuesto en el texto constitucional, les era permitido dejar de aplicar, en ese caso concreto, las medidas legislativas que fuesen contrarias a la Ley Fundamental.

Esta forma de fiscalización difusa de la constitucionalidad realizada por los tribunales norteamericanos corresponde a un poder esencial, en la confrontación con los demás poderes del Estado, que aproxima los tribunales al fenómeno de la actuación de los principios políticos. En la opinión de Tocqueville⁶, esta competencia de los tribunales sería una de las más fuertes barreras jamás erguidas contra la tiranía de las asambleas políticas.⁷

Podemos leer en la sentencia pronunciada en el proceso «Marbury vs. Madison», de 1803, referida anteriormente⁸ (entonces innovadora y aún hoy esencial):

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

(...)

Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to

⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, trad. italiana, *La Democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1995, p. 102.

⁷ En el mismo sentido, ANTÓNIO GOUCHA (Profesor del ISEG-UTL Lisboa) *in Revista dos Magistrados do Ministério Público* N.º 82 - 2.º trimestre de 2000.

⁸ como ARAGÓN REYES, Manuel: «Comentarios a la Constitución Española de 1978», Ed. Cortes Generales y editoriales de Derecho Reunidas, Tomo XII, Madrid, 1999, pág. 31.

all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.

El control judicial de la constitucionalidad de los actos normativos norteamericano influyó a Europa en el siglo XX, siendo notorios dos marcos:

El primero, ya referido, con la constitución austríaca de 1920, con Kelsen y la introducción de un mecanismo de control judicial de la constitucionalidad de las normas, aunque en este caso concentrado en un único órgano de jurisdicción, especialmente creado para tal efecto. Un segundo marco, que resulta del final de la Segunda Guerra Mundial⁹. Siendo así, se podría considerar que *el protagonismo de los jueces y los tribunales en el continente europeo habrá sido producto de la necesidad de finalizar las experiencias totalitarias en el periodo a seguir al final del segundo conflicto mundial*¹⁰. Junto con la democracia representativa, el tema de la protección de los derechos fundamentales se colocó como una *cuestión nuclear en los ordenamientos constitucionales emergentes*.¹¹ En el texto de las constituciones democráticas posteriores a 1945 verificamos la concesión de absoluta primacía al enunciado de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los Tribunales, y más específicamente un Tribunal Constitucional (retomando las enseñanzas de Kelsen), serán entonces el medio consagrado para garantizar el respeto necesario por los derechos fundamentales, más allá de constituir una barrera política adicional de defensa del Estado democrático. De esta forma, las Constituciones consagraron el principio de fiscalización de la constitucionalidad de los actos normativos, realizado por un Tribunal específico: el Tribunal Constitucional.

Es interesante notar la posición de Dworkin¹² sobre el papel del poder judicial en cuestiones relativas al alcance de los derechos fundamentales. Dworkin considera que *los problemas referentes a la definición de los derechos fundamentales no deben ser dejados a merced de la deliberación de los órganos políticos elegidos por sufragio democrático. A su juicio, las cuestiones relativas a los derechos fundamentales deben ser tratadas y definidas con base en una argumentación fundada sobre prin-*

⁹ En este sentido, también ARAGÓN REYES, Manuel: «Comentarios a la Constitución Española de 1978», Ed. Cortes Generales y editoriales de Derecho Reunidas, Tomo XII, Madrid, 1999, pág. 32.

¹⁰ ANTÓNIO GOUCHA (Profesor del ISEG-UTL Lisboa) in *Revista dos Magistrados do Ministério Público* N.º 82 - 2.º trimestre de 2000.

¹¹ *Ídem*.

¹² ANTÓNIO GOUCHA (Profesor del ISEG-UTL Lisboa) in *Revista dos Magistrados do Ministério Público* N.º 82 - 2.º trimestre de 2000.

principios generales. Ahora, en su perspectiva, el ramo de poder que se encuentra más apto para tomar decisiones fundadas en principios generales, y que de hecho decide con base en la aplicación de estos principios, es el de los órganos judiciales. Solamente los tribunales garantizan que las cuestiones referentes a los derechos fundamentales puedan ser resueltas con base en consideraciones que apelen a la aplicación de principios generales. Los órganos políticos democráticos, siendo que se encuentran encuadrados en una lógica de responsabilidad política de tipo mayoritario, se encuentran en una situación más comprometida como para poder decidir según una argumentación fundada en principios de carácter general, de profundo contenido moral. El parecer de Dworkin asienta en una distinción entre la definición de políticas, que conducen al enunciado de los objetivos generales de una comunidad política determinada –que deberán basarse en la aplicación del principio democrático de gobierno–, y la definición de principios, que se refieren a los derechos fundamentales de los ciudadanos o de determinados grupos de personas. En su opinión, sería un poco ingenuo aceptar que el proceso político basado sobre las reglas de funcionamiento democrático baste para tutelar la garantía efectiva de los derechos fundamentales, principalmente de los grupos minoritarios. Es por esto que las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, en su entender, deberían ser quitadas de la esfera de actuación de los órganos políticos y ser apenas confiadas al poder judicial.

Sin embargo, esta cuestión podrá no se colocar apenas en el dominio de los «derechos fundamentales». Como notó Gomes Canotilho en su intervención en la Conferencia Conmemorativa del XX aniversario del Tribunal Constitucional Portugués¹³, «basta analizar algunos de los *leading cases* de nuestro Tribunal, para verificar que, bajo la apariencia diáfana de la dogmática y la metódica constitucionales, se escribieron páginas de *alta política constitucional*, llegando en algunos casos a reinventarse políticamente la propia constitución. Y no podía ser de otra forma.»

Es creciente la intervención del poder judicial.

4. ¿PORTUGAL? EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS

Después de la implantación de la República, el 5 de Octubre de 1910, la Constitución de 1911¹⁴ recogió el modelo americano, con-

¹³ J. J. GOMES CANOTILHO (Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra) en la intervención en la Conferencia Conmemorativa del XX Aniversario del Tribunal Constitucional; Lisboa 28 de Novembro de 2003

¹⁴ Constitución de la República Portuguesa de 1911 –art.º63.º– «*El Poder Judicial, desde que, en los hechos sometidos a juicio, cualquiera de las partes impugne la validez*

firiendo a los diversos tribunales el poder de apreciación de la inconstitucionalidad de las normas, opción seguida de igual forma por la Constitución de 1933.

Con una nítida influencia de las Constituciones norteamericana y brasilera de 1891, la Constitución Portuguesa de 1911 inició la garantía contenciosa de la Constitución. La Constitución de 1911, por primera vez, consagra el principio de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en su artículo 63.º «Desde que, en los hechos sometidos a juicio, alguna de las partes impugne la validez de la ley o de los diplomas surgidos del poder ejecutivo o de las corporaciones con autoridad pública, que hayan sido invocados, el Poder Judicial apreciará su legitimidad constitucional o su conformidad con la Constitución y los principios en ella consagrados.»¹⁵. En el ámbito del principio de control jurisdiccional, esta norma atribuía esta competencia a los tribunales comunes, que podían desaplicar una norma, considerada por estos como desconforme con la Constitución en el proceso concreto *sub judice*.

La Constitución de 1933, que entró en vigor el 11 de Abril en pleno régimen corporativo que se conoció como «Estado Nuevo», es una Constitución Política que no abolió por completo el principio de fiscalización judicial de constitucionalidad de las leyes portuguesas. Siendo así, en virtud del artículo 122º, –«*En los hechos sometidos juicio, los tribunales no pueden aplicar leyes, decretos o cualquier otro tipo de normativa que infrinja lo dispuesto en esta Constitución u ofenda los principios en ella consignados*». No obstante, luego en los párrafos 1.º y 2.º era fuertemente restringida la extensión del principio de fiscalización judicial de la constitucionalidad de las leyes portuguesas, siendo que la apreciación era exclusivamente atribuida a la Asamblea Nacional. Esta surgía por su propia iniciativa o por iniciativa del Gobierno, determinando la misma, en los casos en que venga a ser decretada inconstitucionalidad formal y orgánica de las reglas de derecho y normas emanadas de los órganos parlamentares. Esta misma Asamblea Nacional tenía el poder de determinar los efectos de la inconstitucionalidad, respetando solamente las situaciones creadas por los casos juzgados. La revisión constitucional de 1971 mantuvo el sistema ante-

de la ley o de las normas emanados del Poder Ejecutivo o de las corporaciones con autoridad pública que hayan sido invocados, apreciará su legitimidad constitucional o su conformidad con la Constitución y con los principios en ella consagrados». Disponible en www.debate.parlamento.pt.

¹⁵ COSTA, José Manuel M. Cardoso Da, «*O Tribunal Constitucional português: a sua origem histórica*», Editorial Verbo, 1987 p. 913 y siguientes.

rior del principio de fiscalización judicial de constitucionalidad de las leyes portuguesas, aunque fue prevista en el 1.º párrafo del artículo 123º la posibilidad de que la ley pueda concentrar en alguno o algunos tribunales la competencia para la apreciación de la inconstitucionalidad de las normas, en aquellos casos que no se encuentren reservados a la Asamblea Nacional, pudiendo así dotar a las decisiones de estos tribunales una fuerza obligatoria general¹⁶. Relativamente a esta práctica constitucional, la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes en el Estado corporativo no tuvo cualquier tipo de relevancia.¹⁷

La Constitución de la República de 1976 consagraba el control (difuso) de la constitucionalidad, entregado a los tribunales con recurso a una Comisión Constitucional.

Sin embargo, debemos detenernos por algunos instantes en las diversas propuestas presentadas por los partidos a la Asamblea Constituyente, sea del Partido Comunista Portugués (ARTÍCULO 106º, bajo el epígrafe «Inconstitucionalidad de las leyes», 1. *El Consejo de la Revolución decidirá con fuerza obligatoria general, por su propia iniciativa o a pedido dos tribunales, sobre la constitucionalidad de las leyes y de otras normativas con fuerza de ley.* 2. *En los casos sometidos a juicio, los jueces podrán dejar de aplicar una norma legal que consideren viciada de inconstitucionalidad formal.* 3. *La ley regulará los trámites que se deberán seguir cuando se presente el incidente de inconstitucionalidad frente a los tribunales*) en el Diario de la Asamblea Constituyente de 7 de Julio de 1975, páginas 49 o páginas 280 donde se lee el Proyecto de Constitución presentado por el Centro Democrático Social (CDS).^{18 19}

¹⁶ TELLES, Miguel Galvão, «A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis», in *O Direito*, ano 103, 1971, pág. 173 y siguientes.

¹⁷ MIRANDA, Jorge, *Inviolabilidade do domicílio*, Coimbra, 1974. p. 379 y siguientes.

¹⁸ A propósito, aún, la manifestación del Diputado Vital Moreira, de la cual se destaca lo siguiente, sin perjuicio de aconsejar la completa lectura del Diario (Diario de la Asamblea Constituyente de 16-07-1975, fls. 385): *Pero, si los órganos revolucionarios del MFA están previstos en los proyectos de estos tres partidos apenas porque estaban obligados a ello en virtud del acuerdo que de buen grado o mal grado se sintieron completamente o casi libres cuanto a otros órganos de poder popular revolucionario que surgieron a partir de ahí, principalmente las organizaciones populares unitarias de base, a las que se refiere el Programa de Acción: Política del Consejo de la Revolución y el documento guía aprobado en la última Asamblea del MFA. Es necesario comprender porque es que el Consejo de la Revolución y la Asamblea del MFA surgen como cuerpos extraños, elementos a más, en la orgánica constitucional de los proyectos del CDS, del PPD y del PS. Es que el Consejo de la Revolución y la Asamblea del MFA están fuera de la lógica del único fundamento del poder político admitido por los tres proyectos, o sea el voto, las elecciones, el sufragio de todos los ciudadanos, implicando así el rechazo de la legitimidad revolucionaria. El Consejo de la Revolución y la Asamblea del MFA no nacieron efectivamente de elecciones generales (inclusive, en las revoluciones los órganos revolu-*

ARTÍCULO 133.º (Repartición de competencia)

1. Es competencia del Consejo de la Revolución fiscalizar la constitucionalidad de las leyes y otras normas legislativas, pudiendo sobre ellos tomar decisiones con fuerza obligatoria general.

2. Es competencia del Tribunal Constitucional decidir sobre la inconstitucionalidad formal de las leyes y otras normas legislativas, así como sobre la inconstitucionalidad orgánica, formal o material de cualquier norma no legislativa y actos jurídicos públicos.

cionarios no acostumbran nacer de elecciones generales). Es por eso que esos órganos revolucionarios son rechazados por la lógica que está subyacente a los proyectos del CDS, PPD, notoriamente y también del PS –inclusive, contradiciendo sus proclamaciones revolucionarias. Y ha sido la conciencia de eso que llevó a cada uno de esos proyectos a acentuar ese aspecto, a disminuir –mismo en contra de la disposición en la plataforma– la posición de estos órganos revolucionarios, o a intentar rodearlos de otros órganos constitucionales también no previstos en la plataforma y que puedan de alguna forma trabarlos o limitarlos. Son muchas las derogaciones a la plataforma, particularmente en los proyectos del CDS y del PPD, precisamente en el sentido de limitar los poderes del Consejo de la Revolución y de alargar los poderes de la Cámara de Diputados y de reglamentar desde ya a la Asamblea del Movimiento de las Fuerzas Armadas. También son varios los casos en que se crean nuevos órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Consejo de Estado, etc.), de los cuales se torna dependiente, en mayor o menor medida, de la competencia del Presidente de la República o del Consejo de la Revolución.

¹⁹ Después de la segunda plataforma constitucional, podemos leer la siguiente declaración de voto en el Diario de la Asamblea Constituyente de 10-03-1976 (fls. 3827): Tiene ahora la palabra el Señor Diputado Jorge Miranda. El Señor Jorge Miranda (PPD): –Sr. Presidente, Sres. Diputados: Una declaración de voto sobre este capítulo. Al votar las disposiciones sobre la garantía de la Constitución incluidas en el título del Consejo de la Revolución, el Partido Popular Democrático cumple el compromiso que asumió al subscribir la Plataforma de Acuerdo Constitucional de 26 de Febrero de 1976. Durante el periodo de transición, correspondiente a la estabilización del consenso democrático de nuestro país, el Consejo de la Revolución tendrá funciones de fiscalización preventiva de la constitucionalidad de las leyes, junto con el derecho de veto suspensivo del Presidente de la República velará por la emisión de las medidas legislativas necesarias, en caso de inconstitucionalidad por omisión, y declarará, con fuerza obligatoria general, la inconstitucionalidad de cualquier normas jurídica. Esta competencia no excluye, sin embargo, al contrario de lo que sucedía en la Plataforma de Acuerdo Constitucional de Abril, la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales que existe en Portugal desde la Constitución de 1911, y deberá ser ejercida a través de parecer o decisión previa de una Comisión Constitucional de la cual mitad de sus miembros serán jueces designados por sus respectivos pares. Serán, pues, órganos de garantía de constitucionalidad en Portugal no solamente el Consejo de la Revolución, sino también los tribunales, que en los hechos sometidos a juicio apreciarán la existencia de inconstitucionalidad, y la Comisión Constitucional que decidirá en los casos concretos, mediante recurso obligatorio de los tribunales cuando estos no apliquen normas inconstitucionales. Esta no es la mejor solución en la perspectiva del Estado Democrático de Derecho por el cual luchamos, el cual visa antes el desarrollo de todos los corolarios del principio de fiscalización jurisdiccional de la constitucionalidad, por medio de un tribunal constitucional o no. Pero representa, sin duda, un progreso substancial en relación al pacto anterior y da garantías suficientes de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos; susceptibles de ser ofendidos por actos materialmente inconstitucionales, para que le podamos depositar nuestra adhesión.

ARTÍCULO 134.º (Proceso de fiscalización)

1. *En cualquier juicio, siempre que esté en causa la aplicación de una norma o de un acto contrario a alguna disposición de la Constitución o a alguno de los principios en la misma consagrados, el tribunal o cualquier una de las partes, podrá plantear la cuestión de la inconstitucionalidad.*

2. *Apreciada de forma oficiosa o admitida la cuestión por el tribunal, el incidente será presentado en separado al Tribunal Constitucional.*

3. *Si el juicio de la cuestión es, conforme el n.º 1 del artículo anterior, competencia del Consejo de la Revolución, el Tribunal Constitucional emitirá el parecer sobre el caso y lo remitirá, junto con el proceso, al Consejo de la Revolución, debiendo ser la decisión devuelta al Tribunal Constitucional para que sea comunicada al tribunal competente.*

4. *Si el juicio de la cuestión es, conforme el n.º 2 del artículo anterior, competencia del Tribunal Constitucional, será inmediatamente decidido por el mismo.*

ARTÍCULO 135.º (Eficacia de la decisión)

1. *Las decisiones tomadas en materia de inconstitucionalidad por el Consejo de la Revolución tendrán fuerza obligatoria general o eficacia restringida al caso presentado en juicio, conforme sea determinado por el propio Consejo.*

2. *Las decisiones del Tribunal Constitucional se aplicarán apenas al caso que las haya motivado.*

CAPÍTULO II

Del Tribunal Constitucional

ARTÍCULO 136.º (Composición)

El Tribunal Constitucional está formado por un presidente, nombrado por el Presidente de la República, y por nueve jueces, de los cuales tres son nominados por el Presidente de la Asamblea Legislativa y tres son nominados por el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia.

ARTÍCULO 137.º (Duración de las funciones)

1. *Cada juez será designado por seis años y podrá ser reelegido por una vez.*

2. *Se procederá cada dos años a la renovación de un tercio de los jueces.*

ARTÍCULO 138.º (Reclutamiento)

1. *Dos de cada tercio de los jueces deberán ser elegidos entre los jueces del Supremo Tribunal de Justicia o de Relaciones.*

2. *El presidente y los restantes jueces podrán ser libremente elegidos de entre doctores de Derecho o entre licenciados en Derecho con más de quince años de ejercicio profesional.*

ARTÍCULO 139.º (Categoría y sueldos)

El presidente y los jueces del Tribunal Constitucional tendrán categoría y los sueldos idénticos a los del presidente y los jueces del Supremo Tribunal de Justicia.

ARTÍCULO 140.º (Competencia del Tribunal Constitucional)

Compete al Tribunal Constitucional:

1.º *Apreciar la inconstitucionalidad formal de las leyes y de otras normas legislativas;*

(...)

Es notable la diversidad de las propuestas, aún con la contribución de las de los demás partidos. Fue aprobado el siguiente texto, incluido en la Constitución Portuguesa, en 1976, bajo el epígrafe «Competencia como garantía del cumplimiento de la Constitución»:

En calidad de garante del cumplimiento de la Constitución, compete al Consejo de la Revolución:

a) *Pronunciarse, por propia iniciativa o a pedido del Presidente de la República, sobre la constitucionalidad de cualquier tipo de norma, antes de ser promulgada o firmada;*

b) *Velar por la emisión de medidas necesarias al cumplimiento de las normas constitucionales, pudiendo para tal efecto formular recomendaciones;*

c) *Apreciar la constitucionalidad de cualquier norma publicada y declarar la inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, en virtud del artículo 281.º;*

El Consejo de la Revolución era de esta forma, el órgano a quien se entregó el control de la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, este era constituido por militares, sin preparación jurídica específica, lo que llevó a la creación junto al mismo, de una Comisión Constitucional. Esta Comisión Constitucional era constituida por un Presidente, miembro del Consejo de la Revolución, y por juristas. Se limitaba a emitir pareceres, ya que las decisiones cabían al Consejo de la Revolución.²⁰

²⁰ *ARTÍCULO 283.º (Comisión Constitucional)*

1. *La Comisión Constitucional funciona junto con el Consejo de la Revolución.*

2. *La Comisión Constitucional está compuesta por:*

a) *Un miembro del Consejo de la Revolución, por este designado, como presidente y con voto de calidad;*

Con la primera revisión constitucional de 1982²¹, fue por un lado, extinguido el Consejo de la Revolución, órgano de soberanía de natu-

b) Cuatro jueces, uno designado por el Supremo Tribunal de Justicia y los restantes por el Consejo Superior de la Magistratura, uno de los cuales juez de los tribunales de Relación y dos de los tribunales de primera instancia;

c) Un ciudadano de mérito reconocido por el Presidente de la República;

d) Un ciudadano de mérito reconocido designado por la Asamblea de la República;

e) Dos ciudadanos de mérito reconocido designados por el Consejo de la Revolución, siendo uno de ellos jurista de competencia comprobada.

3. Los miembros de la Comisión Constitucional ejercen el cargo por cuatro años, son independientes e inamovibles y, en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, gozan de garantías de imparcialidad y de garantía de irresponsabilidad propia de los jueces.

ARTÍCULO 284.º

(Competencia)

Compete a la Comisión Constitucional:

a) Obligatoriamente, dar su parecer sobre la constitucionalidad de las normativas que tengan que ser apreciadas por el Consejo de la Revolución, en virtud del artículo 277º y n.º 1 del artículo 281º;

b) Obligatoriamente, dar su parecer sobre la existencia de violación de las normas constitucionales por omisión, en conformidad y para los efectos del artículo 279º;

c) Juzgar las cuestiones de inconstitucionalidad que le sean sometidas, de acuerdo con el artículo 282.º

ARTÍCULO 285.º

(Organización, funcionamiento y proceso)

1. La organización, el funcionamiento y el proceso de la Comisión Constitucional son regulados por el Consejo de la Revolución.

2. Las normas de proceso pueden ser alteradas por la Asamblea de la República.

²¹ Podemos leer en el Acta de reunión de la Comisión para la revisión constitucional, de 20 de enero de 1982, que demuestra la sucesión y discusión de criterios referentes a la propia composición del Tribunal Constitucional:

El Sr. Presidente [Borges de Carvalho (PPM)]: - Volvemos a la discusión del artículo 283.º

Pienso que faltaría encontrar una solución para el número de miembros del Tribunal Constitucional.

Se había encontrado un acuerdo en cuanto al criterio de designación de los miembros. Un criterio tripartito, en el que un tercio sería de origen del Presidente de la República, otro de la Asamblea de la República y otro de la magistratura.

Faltaría encontrar un acuerdo en cuanto al número de los miembros del Tribunal Constitucional.

En discusión, Sres. Diputados.

Tiene la palabra el Sr. Diputado Costa Andrade.

El Sr. Costa Andrade (PSD): - Sr. Presidente, me parece que no se puede hablar de acuerdo, en cuanto a un tercio.

No nos hemos pronunciado aún a ese respecto. La intervención del Sr. Diputado Penando Condesso fue meramente personal y no en nombre del PSD.

Lamento que se encuentre ausente en este momento ya que él podría confirmar esto.

El Sr. Presidente: - Seguramente, Sr. Diputado. No ha sido mi intención poner en causa las palabras que acaba de decir.

raleza militar, inexistente en cualquier democracia europea y por otro lado, fue consensual la decisión de creación del Tribunal Constitucional, que entró en funcionamiento el 6 de Abril de 1983. A pesar de extinguida, la Comisión Constitucional continuó a ejercer sus funciones hasta la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional.

De esta forma, la Asamblea de la República, asumió un modelo próximo del europeo, conforme fue referido anteriormente.

La Constitución de la República Portuguesa no especifica concretamente la posición jurídico-constitucional del Tribunal Constitucional, siendo indiscutiblemente un «Tribunal», conforme referido por la propia constitución²², en el artículo 221^{o23}.

Hoy, la Constitución de la República Portuguesa consagra al Tribunal Constitucional en el Título VI, estableciendo su *definición, com-*

De cualquier modo, según mis apuntes, me parece que ha sido válida la aceptación de los tres criterios.

El Orador - Correcto, pero en relación a las fuentes de legitimidad. En cuanto a eso no hay discusión. Hay tres raíces: El Presidente de la República, la Asamblea de la República y los Magistrados.

El Sr. Presidente: - Hecha esta corrección por el Sr. Diputado Costa Andrade, está ahora el discusión el problema.

El Sr. Costa Andrade (PSD): - Sr. Presidente, Sr. Diputado Almeida Santos: No habiendo aún números rígidos para ser posible un consenso, entendemos que un órgano unipersonal como el Presidente de la República no debe tener una participación tan amplia como la de la Asamblea de la República y los tribunales.

Se entiende que deba ser así porque el Presidente de la República tiene una legitimidad que es indiscutible –es elegido por sufragio directo y universal; pero también es elegido como representante de una cierta concepción política, actuando en nombre de determinados principios que no pueden cubrir totalmente la variedad del espectro político.

Si aceptamos –como de nuestra parte estamos abiertos a hacerlo– lo que a FRS defiende en relación a Asamblea de la República de que la designación debe realizada por mayoría calificada, tal implica una composición. Tenemos que ser realistas. Si consideramos esa opción, tendrá que haber una repartición de miembros por las fuerzas políticas representadas, o sea, una repartición de la designación. No estoy viendo algún partido que indique una determinada persona apenas por ser un buen constitucionalista. ¡La generosidad no llega a tanto!

Parece pues, que dar un peso tan grande al Presidente de la República iría desequilibrar mucho la composición del Tribunal Constitucional. Por eso, pienso que debemos, en la medida de lo posible, hacer con que al Presidente de la República le sea asegurada la facultad de designar un número de miembros del Tribunal Constitucional condiciente con su propia dignidad pero que no sea susceptible de perturbar un cierto equilibrio, desequilibrando de más, su composición.

Por eso, propendíamos para un peso mayor de la componente de la Asamblea de la República y de la componente de los tribunales.

²² En este sentido J. J. GOMES CANOTILHO in «Direito Constitucional e Teoria da Constituição» Livraria Almedina -2.ª edición (pág. 592).

²³ «O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional»

*posición y estatuto de los jueces, competencia, organización y funcionamiento.*²⁴ Además de haber un título dedicado al mismo en la Constitución de la República Portuguesa, el Tribunal Constitucional está dotado de una Ley (orgánica) que regula su *organización, funcionamiento y proceso*²⁵. Otros actos legislativos consagran reglas relativas a la competencia del Tribunal Constitucional, como la Ley de los Partidos Políticos y la Ley de Financiación de los Partidos Políticos y de las Campañas Electorales²⁶.

El Tribunal Constitucional está formado por trece jueces, siendo diez designados por la Asamblea de la República y tres cooptados por estos, todos para un mandato de nueve años no renovable.

El Tribunal Constitucional es un órgano con competencias específicas y exclusivas, que tiene por finalidad administrar la justicia en materias de tipo jurídico-constitucional en los casos que fueran sometidos a su apreciación. Tiene como función aplicar la Ley Constitucional, decidir sobre cuestiones de constitucionalidad que no son susceptibles de ser jerárquicamente impugnadas.

Aún, se consagró un sistema «mixto», o de compromiso entre el control de constitucionalidad difuso y el concentrado, ya que además de consagrar un Tribunal Constitucional, los tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan la Constitución: La Constitución de la República Portuguesa consagra en el artículo 204° que «*en los hechos sometidos a juicio, los tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios en ella constantes*».

Tal como expresado por José Manuel Cardoso da Costa, «*a pesar de la existencia de un Tribunal Constitucional, todos los tribunales portugueses disponen de poder, y tienen inclusive el deber, no solo de apreciar la constitucionalidad de las normas jurídicas que les cumple aplicar, como también recusar la aplicación de las que consideren ser inconstitucionales*».

En su artículo 280.º, n.º 1, la Constitución de la República Portuguesa establece que, «*Cabe recurso para el Tribunal Constitucional de las decisiones de los tribunales: Que recusen la aplicación de cualquier norma con fundamento en su inconstitucionalidad; b) Que apliquen una norma cuya inconstitucionalidad haya sido suscitada durante el proce-*

²⁴ Constitución de la República Portuguesa - art.221° a 224°

²⁵ Ley 28/82, de 15 de Noviembre – Organización, funcionamiento y proceso del Tribunal Constitucional

²⁶ Ley Orgánica n.º 2/2003, de 22 de Agosto – Ley de los Partidos Políticos.

Ley n.º 19/2003, de 20 de Junio- Ley de Financiación de los Partidos Políticos y de las Campañas Electorales.

so». El artículo 280°, n.º 3, establece que «*Cuando la norma cuya aplicación haya sido recusada conste de convención internacional, de acto legislativo o de decreto reglamentar, los recursos previstos en la letra a) del n.º 1 y en la letra a) del n.º 2 son obligatorios para el Ministerio Público*».

En este caso, de fiscalización sucesiva concreta, cuando la decisión sea de estimación (total o parcial), los autos bajan al tribunal «a quo» para que este reformule o mande reformular la decisión, de acuerdo con el juicio del Tribunal Constitucional sobre la cuestión de la inconstitucionalidad. Caso el Tribunal Constitucional fije una interpretación de la norma que la decisión impugnada haya aplicado o que recusó aplicar, de modo a evitar que haya inconstitucionalidad, la norma debe ser aplicada con esa interpretación en el proceso en causa, vinculando el tribunal impugnado. En cualquiera de estas situaciones, la decisión del Tribunal Constitucional no tiene fuerza obligatoria general, o sea, solamente es válida en el proceso judicial en que es dictada.

Caso el Tribunal Constitucional juzgue inconstitucional la misma norma en tres casos concretos diferentes, queda abierta la posibilidad de venir a apreciarla en proceso de fiscalización abstracta, a pedido del representante del Ministerio Público, o mismo a pedido de uno de los Jueces consejeros, y siendo así, la decisión que en ese momento declare la inconstitucionalidad de esa norma tiene fuerza obligatoria general.

La fiscalización (sucesiva) abstracta de constitucionalidad, típica del pensamiento de Kelsen, se encuentra prevista en los artículos 281° y 282° de la Constitución Portuguesa. Puede ser requerida al Tribunal Constitucional para que este declare, la inconstitucionalidad (total o parcial) de cada norma sometida a juicio independientemente de su aplicación. Para tal, tiene legitimidad el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea de la República, el Primer Ministro, el Proveedor de Justicia, el Procurador General de la República o un décimo de los Diputados de la Asamblea de la República. Si el Tribunal Constitucional afirma la incompatibilidad de la norma (o normas) relativamente a la Constitución, esa decisión tiene fuerza obligatoria general, no pudiendo ser aplicada o invocada.

5. ¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS, LEGISLADOR NEGATIVO?

En el periodo absolutista, hasta 1820, no existía la separación de poderes, ni la independencia de los jueces. El Poder Judicial era considerado un poder político basado en la soberanía popular. La divi-

sión de poderes en Portugal surgió con el Liberalismo, recordando la previsión de la «*Carta Constitucional*» de 1826 que consagraba los principios de independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo y al Legislativo y la inamovilidad, perpetuidad y responsabilidad de los jueces. La Carta fijaba, inclusive, el sistema de promociones al Supremo Tribunal de Justicia por el exclusivo criterio de antigüedad. Este sistema se extendió a las promociones y transferencias de los restantes jueces.

Durante la vigencia de la Carta Constitucional, la independencia del Poder Judicial fue avalada con la disminución de las garantías de inamovilidad, a través de la introducción temporaria del criterio de mérito y a través de la creación del Consejo de Disciplina y de sus poderes disciplinares.

El Régimen Republicano instaurado en 1910, establece un sistema que permite al gobierno «vigilar» el Poder Judicial a través del control de los jueces. Para tal, la Constitución de 1911 consagró los principios de irresponsabilidad y vitalidad de los jueces, pero remite para la ley común la concentración de los mismos²⁷.

El control de los jueces por parte del Ejecutivo surge con la Ley de 12 de Julio y su respectiva Reglamentación, que creó el Consejo Superior de la Magistratura Judicial, como instrumento de control indirecto.

En 1926, surge el Estado Nuevo que irá continuar el proceso de erradicación de la independencia de los jueces, manteniendo el órgano de gestión de la magistratura judicial con el nombre de Consejo Superior Judiciario, dependiente del Ministro de Justicia.

La Constitución de 1976 consagró un Estado de Derecho democrático, imponiendo el respeto por la soberanía popular, el Principio de representación, Principio de separación de poderes, la juridicidad, la primacía de la ley, el respeto por los derechos fundamentales, la tutela jurisdiccional de estos y la independencia de los tribunales²⁸.

El Barón de Montesquieu en su «El espíritu de las Leyes», ya había dividido los poderes del Estado en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

De acuerdo con el artículo 2.º de la Constitución de la República Portuguesa, «*La República es un Estado de derecho democrático, basado en la soberanía popular, en la pluralidad de expresión y organización*

²⁷ Ley de 12 de Julio de 1912 y respectiva Reglamentación que crea el Consejo Superior de la Magistratura Judicial, como instrumento de control indirecto de los jueces por parte del Ejecutivo.

²⁸ FRAGA, Carlos - In *Subsídios para a independência dos juizes, o caso português*. Cosmos 2000. ISBN: 978-972-7621-94-1. p.643-653.

política democráticas, en el respeto y en la garantía de materialización de los derechos y libertades fundamentales y en la separación e interdependencia de los poderes, visando la realización de la democracia económica, social y cultural y el desarrollo de la democracia participativa.»

Las competencias de cada poder son distintas, bien como su esfera de actuación, aunque exista competencia legislativa, e inclusive competitividad entre dos órganos de soberanía: la Asamblea de la República y el Gobierno de la República.

Llegados a este punto, es importante preguntar: considerando sus poderes y atentos a los efectos de sus decisiones, ¿el Tribunal Constitucional puede ser encarado como un Legislador Negativo?

Una sentencia del Tribunal Constitucional impone una orden jurídica a la aplicación de una determinada norma, por la desaplicación de otra o por la interpretación que la misma impone.

«Solamente con un método interpretativo riguroso y controlado es posible limitar la invasión de los tribunales constitucionales a la esfera legislativa e impedir la actividad judicial de tornarse un contrapoder legislativo»²⁹.

En el ámbito del control de la constitucionalidad de las normas, se ha colocado una cuestión que es la de cuál es el papel exacto de los jueces constitucionales en este campo.

Montesquieu consideraba a los jueces «meras bocas que pronuncian las palabras de la ley».

Para los apoyantes del positivismo, la «interpretación» es una ciencia exacta en que los jueces, adoptando una posición pasiva, se limitan a extraer un determinado sentido, que van a aplicar a una situación concreta, apenas con recurso a raciocinios silogísticos –sin cualquier tipo de consideración de elementos extrajurídicos, especialmente axiológicos–. Esta posición ha sido cada vez más criticada.

Según la Doctora Fernanda Palma, la única «fórmula» de impedir que un juez constitucional sea un legislador negativo, es que este sea un «intérprete de la constitución». Para tal, este no puede ultrapasarse las barreras y las limitaciones que le son impuestas, de forma a no «invadir» las competencias de otro poder del Estado.

Otra posición es la de Kelsen, según la cual el juez constitucional es un efectivo legislador negativo que no debe ser visto como un mero

²⁹ PALMA, Fernanda - *o legislador negativo e o intérprete da Constituição. O Direito*. Almedina. N.º140 (2008), p. 523

«guardián de la constitución». Conforme se puede leer en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués «Es verdad que el juzgador constitucional se debe mantener equidistante de los demás poderes constitucionalmente consagrados, en su calidad de guardián de la Constitución, pero debe igualmente limitarse a su papel de «legislador negativo».³⁰

De igual forma, en la DECLARACIÓN DE VOTO de los jueces consejeros del Tribunal Constitucional, Maria Lúcia Amaral y Rui Manuel Moura Ramos en la Sentencia n.º 121/2010 de 8 de Abril de 2010 (Proceso 192/10), podemos leer: *Votamos la decisión entendiendo que la opción legislativa sujeta a apreciación por el Tribunal –la posibilidad de que dos personas del mismo sexo celebren un contrato de casamiento– no se encuentra en disconformidad con la Constitución, aunque por otro lado no sea constitucionalmente impuesta (como el Tribunal ha juzgado en la sentencia n.º 359/2009). Pues, se trata de una elección que, versando sobre materia que no integra el núcleo indisponible del instituto constitucionalmente protegido, se encuentra en la esencia de la libertad de conformación política del legislador democrático. En esta perspectiva, esta es reversible por decisión soberana del mismo legislador. No cabe a este Tribunal interferir en el ámbito de las decisiones del legislador democrático que, por opción constitucional, permanecen libres, ni inclusive en los casos en que la comunidad jurídica implicada coincida con todo el género humano y las materias a decidir se revistan para su existencia de innegable centralidad. Tales circunstancias, si no autorizan que el Tribunal abandone su condición de legislador negativo, seguramente se repercutirán sobre la responsabilidad que posee el legislador positivo democráticamente legitimado frente a la comunidad.* Refiriendo aún las palabras de Fernanda Palma, (in «O legislador negativo e o intérprete da Constituição», in «O Direito», 140º (2008), III, 523) *Solamente un método interpretativo riguroso y controlado limita la invasión de los tribunales en la esfera legislativa e impide la actividad judicial de convertirse en un «contra-poder legislativo».*

De esta forma, habrá una ponderación de contención del poder judicial –con natural y especial atención al Tribunal Constitucional– impuesta por una aplicación literal del principio de separación de poderes. Pero, caso sea discutida, ¿No estará esta visión del «legislador negativo» ultrapasada por alusión a un verdadero legislador positivo? Veremos eso a seguir.

³⁰ Tribunal Constitucional, Plenario, Sentencia 794/2013 de 21 Noviembre de 2013, Proceso 953/13

6. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS COMO LEGISLADOR POSITIVO

La teoría de la función de legislador negativo que caracteriza a la jurisdicción constitucional en Europa, hace mucho que no corresponde a la realidad. Las decisiones de anulación típicas del legislador negativo tienen consecuencias activas, más concretamente, también crean derecho en la medida en que la expulsión de normas que se encuentran asociadas al mismo, tiene consecuencias a nivel de ordenamiento jurídico. Como afirmó Kelsen, «anular una ley es dictar una norma general». Es una producción normativa con señal negativo.

Los Tribunales Constitucionales han adoptado un tipo de sentencias que los presentan como legislador positivo, y esto, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que transporta una nueva norma para el ordenamiento jurídico. Sin embargo, al declarar la inconstitucionalidad parcial de una norma, permitiendo que surja, con la parte remaneciente de la norma constitucional, un nuevo comando normativo, no previsto y no deseado por el legislador, está a actuar como legislador negativo y no como legislador positivo.

Al contrario de las sentencias tradicionales, que son simples sentencias de rechazo o de admisión o acogida de la inconstitucionalidad, las sentencias interpretativas y sentencias manipulativas, aditivas y substitutivas son bastante más complejas e implican una actuación «creativa de los jueces», dejando de ser meros legisladores negativos y asumiendo el papel de legislador positivo.

El Tribunal Constitucional confirma, altera o rechaza normas de una forma interpretativa, considerada por algunos autores como una interpretación «creativa», de acuerdo con la Constitución. Si estuviera en causa una omisión, este hará llegar su interpretación «al conocimiento» del legislador. El propósito no es substituir al legislador, pero sí apenas proteger la supremacía de la Constitución.

Aunque en Portugal la función del Tribunal Constitucional sea limitada, *ejerciendo el Tribunal una función de fiscalización, de carácter esencialmente negativo, tiene que limitarse, a riesgo de usurpación de poder y de violación de la regla de separación de las funciones constitucionales, a expurgar del ordenamiento aquellas normas que declara inconstitucionales, no pudiendo substituir al legislador en la emisión de las normas que deban llenar los vacíos que de ahí resulten.*³¹

³¹ *ídem*

Eliseo Aja y Markus González Beilfuss, atendiendo para la experiencia de diversos Estados europeos, destacan que ya hace algún tiempo que los Tribunales Constitucionales abandonaron en grande medida la función de legislador negativo, refiriéndose a las sentencias con denominaciones diferentes de país para país (interpretativas, aditivas, manipulativas, substitutivas, constructivas, apelativas, etc.), pero ultrapasando los límites del legislador negativo³². En estos casos, la decisión (Sentencia) del Tribunal Constitucional no se limita a suplir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que adiciona una nueva norma al ordenamiento.

Inclusive, conforme recuerdan Eliseo Aja y Markus González Beilfuss en la obra ya referida en la página 260, del 27 a 29 de Abril de 1987 se realizó en Lisboa la VII Conferencia de los Tribunales Constitucionales Europeos, habiendo participado en ella, a través de sus delegaciones, como Tribunales Organizadores, los Tribunales Constitucionales de la República Federal de Alemania, de Austria, de España, de Italia, de Yugoslavia y de Portugal y el Tribunal Federal de Suiza.³³

Esta Conferencia tuvo como tema «La Justicia Constitucional en el ámbito de las funciones del Estado, vista a la luz de las especies, del contenido y de los efectos de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas». La discusión del tema de la Conferencia tuvo de base los informes nacionales previamente presentados por los diferentes tribunales e instituciones participantes y el informe general elaborado a partir de los mismos por el Consejero José Manuel Cardoso da Costa, juez del Tribunal Constitucional Portugués. *Considerando estos documentos y la discusión trabada alrededor de estos, los trabajos de la Conferencia permitieron colocar una vez más en evidencia que la función principal de los órganos de justicia constitucional –la de asegurar la conformidad de las leyes con la Constitución– es también la más ardua y delicada de sus tareas. Ya que es ahí que se enfrenta la legitimidad (jurídico-constitucionalmente fundada en su poder de control, y en su competencia para fijar en definitiva el sentido y alcance de la Constitución, con la libertad constitutiva del legislador, también ella*

³² AJA, Eliseo (Editor): Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual», Ed. Ariel, Barcelona, 1998 – pág. 259

³³ Participaron también como invitadas las delegaciones del Tribunal de Casación y del Tribunal de Arbitraje de Bélgica, de los Supremos Tribunales de Chipre, Dinamarca y Finlandia, del Consejo Constitucional de Francia, del Tribunal Especial Superior de Grecia, de los Supremos Tribunales de Irlanda, de Islandia, del Consejo de Estado de Luxemburgo, de los Supremos Tribunales de Noruega de los Países Bajos, del Tribunal Constitucional de Turquía y del Tribunal Europeo y de la Comisión Europea de los Derechos del Hombre y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

constitucionalmente garantizada y democráticamente legitimada. La tensión entre estas dos legitimidades es pues, necesariamente inevitable; y siempre serán difíciles de trazar, con una precisión anticipada, las fronteras entre una y la otra. Se trata de un problema –del clásico problema– de justicia constitucional y de su dogmática. Esta tensión se presenta sobretudo en la problemática del «contenido» de las decisiones de los órganos de justicia constitucional, pudiendo en relación a esto extraer de los trabajos de la Conferencia las siguientes líneas fundamentales de orientación: cabe a los Tribunales Constitucionales una función esencialmente negativa y constitucionalmente vinculada, por naturaleza diferente de la «función constitutiva» del legislador; es por eso que en este cuadro, les cumple el indeclinable deber de tornar efectivos y actuantes en el orden jurídico los principios y valores constitucionales; ese carácter «negativo» de la función es el motivo por el cual la competencia de control contencioso de la constitucionalidad se encuentra sujeta a ciertos límites funcionales, los cuales pueden conducir a la idea fundamental de que no cabe a los Tribunales Constitucionales proceder a valorizaciones y elecciones «políticas», ni tomar las respectivas decisiones; de cualquier forma, el reconocimiento de estos límites funcionales no representa obstáculo para acoger y consagrar en la práctica de los Tribunales Constitucionales, tipos de decisión intermedia entre un juicio simple de inconstitucionalidad y de no inconstitucionalidad. Estos tipos de decisiones –que son esencialmente obra de creación jurisprudencial– corresponden a exigencias específicas de justicia constitucional, sentidas de forma general, y que no ponen fundamentalmente en causa la libertad constitutiva del legislador, aún cuando produzcan un cierto efecto «modificador» del orden jurídico (que será siempre «indirecto», y que se situará en un ámbito de vinculación constitucional).³⁴

Como concluyen Eliseo Aja y Markus González Beilfuss³⁵, frente a la evolución presentada, hay que ponderar las leyes reguladoras de los Tribunales Constitucionales, reconociendo su nueva dimensión, donde, tal como en relación a los demás poderes, se debe reconocer un principio de colaboración y no de mera separación. Sería así admitida la posibilidad de que los Tribunales se dirijan al legislador, exigiéndole la aprobación de actos legislativos en tiempo útil, con la intención de resolver cuestiones (estrictamente) jurídico-constitucionales. De esta forma, sin que haya usurpación de poder, los órganos estarían a

³⁴ In *Revista dos Magistrados do Ministério Público* número 30 - 2.º trimestre de 1987 Pág. 191

³⁵ AJA, Eliseo (Editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ed. Ariel, Barcelona, 1998 – pág. 288.

colaborar y promoverían de una forma más profunda los fines para los cuales fueron creados.

¿Podemos entonces considerar al Tribunal Constitucional Portugués como un legislador positivo?

Tal como nota Nunes de Almeida, Presidente del Tribunal Constitucional Portugués³⁶ *A pesar de nunca haber aceptado substituir al legislador, el Tribunal ya profirió, por lo menos en dos casos, decisiones que, bajo cierto punto de vista, tienen un determinado contenido «normativo», aunque, aparentemente se hayan configurado como meras decisiones de inconstitucionalidad parcial.* Así, en un primer caso el Tribunal Constitucional, en el proceso número 139/84, por la Sentencia número 143/85, o sea en su segundo año de funcionamiento, apreció en sede de fiscalización sucesiva abstracta una eventual inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de una norma contemplada en el Estatuto de la Orden de los Abogados, la cual establecía la incompatibilidad del ejercicio de la abogacía con la actividad de empleado o agente de cualquiera de los servicios públicos, con excepción de docentes de las materias de Derecho, «pero apenas en esta última parte». Siendo así, el Tribunal Constitucional declaró en conformidad con la Ley número 28/82, de 15 de Noviembre (Ley del Tribunal Constitucional) la inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de esta norma «en la parte que considera incompatible la función de docente de materias que no sean de Derecho con el ejercicio de la abogacía», por violación del principio de igualdad. Ahora, como recuerda Nunes de Almeida, *a pesar de que la decisión asume la forma de una declaración de inconstitucionalidad parcial, la verdad es que su efecto práctico es el de alargar la excepción incluida en la parte final de la norma (además, única parte para la cual se ha pedido declaración de inconstitucionalidad), que pasa a incorporar a todos los docentes, mismo que enseñen o no materias de Derecho.* El mismo autor prosigue afirmando que en otro (...) caso, *el Tribunal tenía que apreciar, en sede de fiscalización concreta, la eventual inconstitucionalidad de la norma que determinaba que ciertas pensiones por accidente de trabajo o enfermedad profesional sean actualizadas con base en diferentes disposiciones legales, conforme hubiesen sido fijadas antes o después de cierta fecha, y de lo que resultaba que la actualización de las primeras fuese cuantitativamente inferior. El Tribunal acabaría por juzgar la*

³⁶ NUNES DE ALMEIDA, Presidente del Tribunal Constitucional Portugués, «La justicia constitucional en el ámbito de las funciones del Estado vista a la luz de las especies, contenido y efectos de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas» - *in Revista dos Magistrados do Ministério Público* número 32 - 4.º trimestre de 1987.

norma en causa como inconstitucional en la parte en que manda aplicar una disposición menos favorable a los beneficiarios de pensiones fijadas antes de la fecha límite, por violación del principio de igualdad. Tal decisión corresponde, en la práctica, a alargar el ámbito de aplicación del régimen más favorable a los pensionistas que beneficiaban del régimen menos favorable, siendo cierto que, al menos implícitamente, se habrá reconocido que la solución adoptada era la única que permitía evitar grandes inequidades, salvaguardando el respeto por el principio de igualdad. En ambos casos acabados de relatar, el Tribunal profirió verdaderas decisiones integradoras (o si preferimos, acumulativas o aditivas), en la medida en que el respectivo efecto consiste en la «emisión de una norma» que extiende la aplicación de una determinada reglamentación, explícitamente resultante de una dada disposición, a hipótesis que no han sido previstas en la misma. Es sabido que la admisibilidad de este tipo de decisiones, así como la admisibilidad de las denominadas decisiones substitutivas –o sea, de aquellas en las que el Tribunal indica cual es la norma que debe sustituir a la que consta en el texto legal, para que el principio constitucional violado pase a ser respetado– es muy discutida por la doctrina. En Portugal, no se puede, a pesar de todo, considerar la jurisprudencia como muy significativa, siendo que apenas se conocen estas dos decisiones integradoras, y ambas fundadas en el respeto por el principio de igualdad.

O sea, efectivamente el Tribunal Constitucional portugués ejerce en su acción una verdadera conducta legislativa y positiva.

En cuanto «guardián de la Constitución», el Tribunal Constitucional debería tener la estricta competencia de controlar la legalidad en aquellos casos específicamente previstos. El fundamento de la inconstitucionalidad o legalidad alcanzaría la validez de las normas legales formuladas por el legislador, «*confirmando, cambiando o rechazando la norma del caso o imponiendo al legislador una respuesta adecuada a la Constitución*». En esa perspectiva, constituiría una manifiesta usurpación de poderes la posibilidad del juzgador legislar, ya que esto se encuentra vedado por el artículo 111° de la Constitución de la República Portuguesa.

De cualquier modo, si es necesario entender la necesidad de limitación de la judicialización del poder político, asegurando una efectiva separación de poderes, mucho más lo es al contrario con los titulares de los demás órganos de soberanía. Los magistrados judiciales no son directa o indirectamente legitimados democráticamente y no conocen siquiera el límite temporal para el ejercicio de los poderes que le son atribuidos, aunque los jueces del Tribunal Constitucional si

tienen la legitimidad concedida por la Asamblea de la República y su mandato (no renovable) es limitado en el tiempo³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, Eliseo (Editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*», Ed. Ariel, Barcelona, 1998.
- ARAGÓN REYES, Manuel: «Comentarios a la Constitución Española de 1978», Ed. Cortes Generales y editoriales de Derecho Reunidas, Tomo XII, Madrid, 1999.
- CANOTILHO, José Gomes- *Os processos de fiscalização da Inconstitucionalidade. In Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ªed. Lisboa: Almedina, 2011. P.873-931. ISBN 9789724021065.
- CHARLES DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU in «The Spirit Of Laws», Translated by Thomas Nugent, revised by J. V. Prichard, Based on an public domain edition published in 1914 by G. Bell & Sons, Ltd., London.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso Da, «*O Tribunal Constitucional português: a sua origem histórica*», Editorial Verbo, 1987.
- FRAGA, Carlos - In *Subsídios para a independência dos juízes, o caso português*. Cosmos, 2000. ISBN 978- 972-7621-94-1.
- GOUCHA, ANTÓNIO in *Revista dos Magistrados do Ministério Público* N.º 82 - 2.º trimestre de 2000.
- LEITE, Luís - *O Tribunal Constitucional e o Sistema Político*. Lisboa: Âncora Editora, 2007. ISBN 978-972-780-189-3.
- MARIA BENEDITA URBANO, «*Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial: associação lógica ou activismo interpretativo?*». In *Acta do III Encontro de Professores de Direito Público*.
- MIRANDA, Jorge – *A fiscalização da constitucionalidade em Portugal*. In *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 972-32-1049-5.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Garantia e revisão da constitucionalidade*. In *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1541-0.

³⁷ Nueve años, en virtud del número 3 del artículo 222º de la Constitución de la República Portuguesa.

PALMA, Fernanda - *o legislador negativo e o intérprete da Constituição. O Direito*. Almedina. N.º 140 (2008).

SILVA, Benjamim - *Direito Constitucional*, Tomo I. Coimbra: Letras e Conceitos, Lda., 2011. ISBN 978-989-8305-17-6.

TELLES, Miguel Galvão, «*A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis*», in *O Direito*, año 103, 1971.

Tocqueville, Alexis - *De la Démocratie en Amérique*, trad. italiana, *La Democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1995.