

La justicia constitucional en Portugal

Jorge Miranda

Antecedentes

1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

I. En el constitucionalismo portugués pueden señalarse tres grandes períodos en la evolución y desarrollo del control de constitucionalidad:

1º) De 1822 a 1911 –durante la vigencia de las tres Constituciones monárquicas– el control de constitucionalidad es puramente político, a cargo de las Cortes, si bien con tentativas, en las décadas finales, de apertura a una cierta intervención de los tribunales;

2º) De 1911 a 1976 –durante la vigencia de las Constituciones de 1911 y 1933 y de las leyes constitucionales revolucionarias de 1974 y 1975– domina, en principio, el modelo de fiscalización judicial difuso, atenuado por elementos de control político y, sobre todo, con poca aplicación práctica;

3º) A partir de 1976 –bajo la vigencia ya de la Constitución de 1976– prevalece la fiscalización jurisdiccional concentrada, si bien integrada por la fiscalización judicial difusa y, entre 1976 y 1986, con la fiscalización política, dentro de un complejo sistema mixto.

II. Si el primer período se presenta como relativamente homogéneo, los dos siguientes exigen realizar una subdivisión. En el segundo período, se suceden tres fases:

- a) Entre 1911 y 1933, control judicial difuso;
- b) Entre 1933 y 1974, control judicial difuso pero limitado;
- c) Entre 1974 y 1976, control judicial difuso, ahora comprimido por la competencia de órganos políticos revolucionarios.

En el tercer período, cabe distinguir:

a) Entre 1976 y 1982, control judicial difuso, fiscalización concentrada en un órgano específico, la Comisión Constitucional, y control político atribuido al Consejo de la Revolución, con informe de la referida Comisión;

b) Desde 1982, control judicial difuso y fiscalización concentrada por el Tribunal Constitucional.

III. Sin embargo, aún en el supuesto de que existieran algunos casos de recusación de leyes por los tribunales en tiempos de la monarquía liberal, con base en una posible inconstitucionalidad, sería la primera Constitución republicana, la de 1911, la primera Constitución portuguesa (y también europea) en prescribir el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Así se desprende de su art. 63.

El art. 122 (después 123) de la Constitución de 1933 (a pesar de constituir la institucionalización del régimen autoritario de Salazar) confirmaría el principio, no sin modificaciones importantes, unas de signo positivo, y otras que representan un grave retroceso.

Las leyes constitucionales provisionales publicadas después del 25 de abril de 1974 harán referencia a un control político de constitucionalidad sin disponer nada acerca del control jurisdiccional. Pero su silencio, no debe ser entendido en un sentido negativo.

La experiencia portuguesa anterior fue, pues –excepto en lo referente al control en ultramar entre 1933 y 1974, concentrado en diversos grados en el Consejo Ultramarino, y de dudosa constitucionalidad hasta 1971– una experiencia de control difuso; según los rasgos del modelo norteamericano. No quiere esto decir que, por su práctica y por sus efectos, pudiese aproximarse al sistema vigente en los Estados Unidos.

IV. Después de la Revolución de 1974 se produjo una doble confrontación entre el control jurisdiccional y el control político y entre el control difuso y el control concentrado. De esta confrontación habría de emerger el sistema de garantía constitucional recogido en el texto inicial de la Constitución de 1976.

El sistema de control de constitucionalidad adoptado en 1976 era un sistema bastante ambicioso, que pretendía cubrir todas y cada una de las modalidades posibles de control –fiscalización concreta, fiscaliza-

ción preventiva, fiscalización sucesiva abstracta y fiscalización de inconstitucionalidad por omisión–, y, además, era un sistema mixto, que comprendía a los tribunales, al Consejo de la Revolución y, entre aquellos y éste, a la Comisión Constitucional.

Fácilmente puede comprobarse como la subsistencia del control judicial constituía un homenaje al principio arraigado desde 1911 y una afirmación del carácter jurídico de la garantía, mientras que la presencia del Consejo de la Revolución se presentaba como una manifestación de la consolidación del elemento revolucionario (presente a título transitorio) y la creación de la Comisión Constitucional se presentaba como la prefiguración de un tribunal constitucional.

V. La cuestión del control de constitucionalidad fue de los temas fundamentales tratados por la revisión constitucional de 1981-1982, en virtud de la prevista extinción del Consejo de la Revolución que obligaba a reponderar el sistema y a tener una más o menos clara conciencia de que el equilibrio de los órganos de poder y el sentido de las normas constitucionales habrían de depender del modo en que la garantía fuese estructurada y puesta en acción.

En teoría, el legislador de la revisión constitucional gozaba de un gran margen de libertad para escoger el sistema que considerase mas adecuado, salvo el imperativo de conservación tanto del control de inconstitucionalidad por acción como de inconstitucionalidad por omisión (según se deducía de los límites materiales del art. 290). En la práctica, se encontraba condicionado (como no podía dejar de ser) por el sistema proveniente de 1976 y por sus resultados, sin duda, muy positivos.

No se regresa, pues, pura y simplemente, al modelo de control difuso, ni se sustituye el Consejo de la Revolución por un nuevo órgano político. Se entendió que era el momento de crear un Tribunal Constitucional como órgano contencioso que recibiera las competencias del Consejo, de la Comisión Constitucional y, en lo relativo a actos referidos a las regiones autónomas (según la Ley nº 15/79, de 19 de mayo), del Tribunal Supremo Administrativo. Sin embargo no se moldeó el acceso al Tribunal Constitucional, en la fiscalización concreta, en términos idénticos a los que habían sido adoptados en la generalidad de los países en los que rige el modelo concentrado de control –precisamente a causa de la tradición de fiscalización judicial difusa–.

VI. La revisión constitucional de 1989 también alcanzó algunos aspectos de la justicia constitucional, ya en lo tocante al Tribunal Constitucional, ya en lo tocante al propio régimen sustantivo y procesal de la fiscalización.

Una primera modificación fue de orden sistemático: se entendió que estaba justificado a causa del papel prominente del Tribunal Constitucional, por la especialidad de sus funciones y hasta por cuestiones del protocolo de Estado –por un lado, dotarle de un estatuto autónomo y, por otro lado, transferir a ese capítulo las normas organizativas hasta entonces localizadas en la parte IV (de la “Garantía y revisión de la Constitución”)–. Para ello, hubiera bastado con abrir un nuevo capítulo en el título de los tribunales, si bien se prefirió (de una manera menos satisfactoria) establecer un título a continuación de éste.

Además, el art. 211 al fijar las “categorías de tribunales”, incluye al Tribunal Constitucional (al lado de los tribunales judiciales, de los administrativos y fiscales, del Tribunal de Cuentas y de los tribunales militares); y, por eso, reglas generales como la de la vinculación de sus decisiones y de las garantías e incompatibilidad de los jueces (arts. 208 y 218) se le aplican automáticamente.

Por otro lado, para el régimen específico del control preventivo de las leyes orgánicas y de otras modificaciones de menor entidad, la revisión vino a instituir –o a clarificar (desde otra perspectiva)– el control sucesivo, concreto y abstracto, de la legalidad de las normas jurídicas frente a las “leyes de valor reforzado” o leyes ordinarias reforzadas [nuevos preceptos de los arts. 280, nº 2, párrafo c), y 281, nº 1, párrafo b)].

Estatuto de la justicia constitucional

1 NORMAS REGULADORAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

I. En Portugal, existe –insistimos– un sistema complejo y mixto de control de constitucionalidad, asentado simultáneamente en los tribunales en general y en el Tribunal Constitucional en especial. Es la propia Constitución la que, naturalmente, lo establece.

II. En cuanto a los tribunales en general, su competencia de control consta en el art. 207.

En cuanto al Tribunal Constitucional en especial, la Constitución le dedica un título autónomo en la parte III (de la "Organización del Poder Político"), comprendido en los arts. 223 a 225.

Finalmente, en la parte IV (de la "Garantía y Revisión de la Constitución"), el Título I (sobre "Fiscalización de la Constitucionalidad"), comprendido en los arts. 277 a 283, se ocupa de las diversas modalidades de control.

III. Complementando la Constitución, existe una ley –con estatuto de orgánica [arts. 167, párrafo c) y 169, n° 2]– sobre organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional: es la Ley n° 28/82, de 15 de noviembre (con las modificaciones introducidas por las Leyes n°s 143/85, de 26 de noviembre, 85/89, de 7 de septiembre, y 88/95, de 1 de septiembre).

Entre otras particularidades, obsérvese, que las leyes orgánicas han de ser aprobadas, en una votación final global, por el Parlamento, por mayoría absoluta de los Diputados en efectividad de funciones (art. 172, n° 5) y, en caso de veto del Presidente de la República, únicamente pueden ser confirmadas por una mayoría de dos tercios de los Diputados presentes, superior a la mayoría absoluta de los Diputados en efectividad de funciones (art 139, n° 3).

2 MODALIDADES DE CONTROL

I. El régimen de fiscalización de las normas jurídicas en el Derecho portugués comprende:

- a) La inconstitucionalidad (arts. 207 y 277 y ss. de la Constitución);
- b) La ilegalidad, por violación de las leyes de valor reforzado por leyes ordinarias comunes o por la violación de leyes generales de la República por decretos legislativos regionales (arts. 280 y 281 y, por coherencia del sistema, art 207);
- c) La ilegalidad *sugeneris*, cuando una norma de Derecho interno infringe una norma del Derecho internacional convencional [art. 70, n° 1, párrafo i), de la ley n° 28/82, en la versión dada por la Ley n° 85/89].

II. Pero el ámbito de fiscalización, en sus diversas modalidades, no es relativamente idéntico al de las normas jurídicas que constituyen su objeto:

- a) La fiscalización preventiva se dirige únicamente a normas constantes de convenciones internacionales, de actos legislativos y de decretos reglamentarios regionales de leyes generales de la República (art 278, n°s 1 y 2);
- b) La fiscalización sucesiva, concreta y abstracta, en la inconstitucionalidad por acción abarca cualquier norma (arts. 207, 280 y 281);
- c) La fiscalización de inconstitucionalidad por omisión se refiere únicamente a normas legislativas (art 283).

III. Por otro lado:

- a) La fiscalización preventiva es únicamente de inconstitucionalidad (art 278, n°s 1 y 2);
- b) La fiscalización concreta es de inconstitucionalidad y de ilegalidad (arts. 207 y 280);
- c) La fiscalización sucesiva abstracta es de inconstitucionalidad y de ilegalidad, pero no abarca la disconformidad de normas legislativas con normas de Derecho internacional convencional;
- d) La fiscalización de inconstitucionalidad por omisión no puede ser extendida a la ilegalidad (art 283).

IV. El régimen de fiscalización no abarca:

- a) La ilegalidad *sui generis*, por infracción por norma de Derecho interno de normas de Derecho comunitario;
- b) La ilegalidad de normas reglamentarias en las hipótesis no contempladas en la Constitución (infracción directa del estatuto político-administrativo regional por reglamento emanado de un órgano de soberanía o de un órgano regional e infracción directa de ley general de la República por un reglamento regional).

En cuanto a la violación de Derecho comunitario por una norma de Derecho ordinario interno portugués, los mecanismos de fiscalización son los propios del Derecho comunitario. Puesto que los tribunales en general pueden intervenir en este caso, no aplicando la norma de Derecho portugués, queda excluida la intervención del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la ilegalidad de las normas reglamentarias, los mecanismos de fiscalización son los del contencioso administrativo. Hasta hace po-

co tiempo los decretos reglamentarios y otros reglamentos eran impugnables directamente ante el Tribunal Supremo Administrativo (art. 16, § único, de la ley orgánica de 1956). Pero el estatuto de los tribunales administrativos y fiscales (Decreto-Ley n° 129/84, de 27 de abril) introdujo la posibilidad de declaración de ilegalidad con fuerza obligatoria general de cualquier norma reglamentaria, incluyendo cualesquiera normas provenientes del Gobierno. Esto constituye un avance del Estado de Derecho.

V. Las cuatro modalidades de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional se corresponden con las formas procesales adecuadas:

a) Procesos de fiscalización concreta (Arts. 207 y 280 de la Constitución y arts. 69 y ss. de la ley orgánica);

b) Procesos de fiscalización abstracta de inconstitucionalidad por acción, con dos variantes:

– fiscalización preventiva (arts. 278 y 279 de la Constitución y arts. 57 y ss. de la ley orgánica del Tribunal Constitucional);

– fiscalización sucesiva (art 281 de la Constitución y arts. 62 y ss. de la ley orgánica);

c) Procesos de fiscalización de inconstitucionalidad por omisión (art. 283 de la Constitución y arts. 67 y 68 de la ley orgánica).

VI. Las cuatro modalidades de fiscalización y sus respectivos procesos se corresponden también a tipos fundamentales diferenciados de decisiones positivas:

a) *Juicio* de una norma como inconstitucional, en la fiscalización concreta (art 280, n° 5);

b) *Pronunciación* por la inconstitucionalidad, en la fiscalización preventiva (art 279, n° I de la Constitución);

c) *Declaración de inconstitucionalidad* con fuerza obligatoria general (arts. 281 y 282);

d) *Verificación* de la existencia de inconstitucionalidad por omisión (art. 283, n° 2).

Las decisiones positivas dictadas en la fiscalización abstracta son publicadas en la 1ª serie del *Diario de la República*; las demás decisiones, sal-

vo las de naturaleza meramente interlocutoria, son publicadas en la 2ª serie (art. 3º de la ley nº 28/82).

Decisiones intermedias pueden ser consideradas:

- a) En el control concreto, la interpretación conforme a la Constitución, puesto que, en caso de juicio de constitucionalidad o de legalidad sobre la norma éste habrá de fundarse en una determinada interpretación, conforme a la cual deberá ser aplicada la norma en el proceso en causa (art 80, nº 3, de la ley orgánica citada);
- b) En la fiscalización abstracta, la declaración de inconstitucionalidad con restricción de efectos (art. 282, nº 4 de la Constitución).

3 COMPOSICIÓN DEL ÓRGANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

I. El Tribunal está compuesto por 13 jueces, siendo 10 designados por la Asamblea de la República y 3 designados por éstos.

Seis de los jueces son obligatoriamente escogidos de entre los jueces de los restantes tribunales y los demás de entre juristas.

Se exige mayoría de dos tercios para la elección o para la designación de cualquier juez [art. 166, párrafo i) de la Constitución y art. 16, nº 4 de la Ley nº 28/82].

II. En armonía con la Ley nº 28/82, las candidaturas a la elección debidamente instruidas así como los elementos de prueba de la elegibilidad de los candidatos y las respectivas declaraciones de aceptación de la candidatura, deberán ser presentadas por un mínimo de 25 y un máximo de 50 diputados ante el Presidente de la Asamblea de la República, hasta cinco días antes de la fecha de la reunión para la elección.

Las papeletas de voto contienen, por orden alfabético, los nombres de todos los candidatos, con identificación de los que son jueces de los restantes tribunales.

Cada diputado señala con una cruz los cuadros correspondientes a los candidatos que vota, no pudiendo votar un número de candidatos superior al de las vacantes a cubrir, ni un número de candidatos que no sean jueces de los restantes tribunales que afecte a la cuota a éstos reservada, bajo pena de invalidez de la respectiva papeleta.

Tendrán la consideración de electos los candidatos que obtuvieren el voto de dos tercios de los diputados presentes, requisito superior al de la mayoría absoluta de los diputados en efectividad de funciones.

Si después de la votación, que se realizará tantas veces como plazas a cubrir, y nunca inferior a tres, no hubiesen sido cubiertas todas las plazas, se repetirá el procedimiento.

La elección de cada candidato únicamente se considerará definitiva después de cubiertas todas las plazas.

III. En el caso de vacantes de jueces cooptados, las mismas serán cubiertas por los jueces elegidos por la Asamblea de la República reunidos a tal efecto en el plazo de diez días.

A cada juez cooptante le será distribuida una papeleta de voto en la cual habrán de constar los nombres de todos los candidatos propuestos.

Cada cooptante señalará con una cruz los cuadrados correspondientes a los candidatos que elige, no pudiendo votar un número de candidatos que no sean jueces de los restantes tribunales superior a la cuota correspondiente, bajo pena de inutilización de la correspondiente papeleta.

Se considera designado el candidato que obtuviese un mínimo de 7 votos en la misma votación y que acepte la designación.

Si después de 5 votaciones no hubiesen sido cubiertas todas las vacantes, se repite el procedimiento.

En caso de recusación, se repite, para cubrir la correspondiente vacante, el proceso previsto en los párrafos anteriores.

La cooptación de cada candidato, únicamente se considerará definitiva después de cubiertas todas y cada una de las vacantes.

IV. Los jueces del Tribunal Constitucional son designados por un período de 6 años, a contar desde la fecha de la toma de posesión, y cesan en sus funciones con la toma de posesión del juez designado para ocupar el respectivo lugar.

Los jueces de los restantes tribunales designados para el Tribunal Constitucional que durante el período de ejercicio alcancen la edad de 70 años se mantienen en funciones hasta el término del sexenio.

La Constitución no impide, pues, la reelección para el período inmediato. Pero existe un consenso creciente en la opinión pública en el sentido de avanzar hacia su prohibición en una futura revisión constitucional como garantía de la independencia de los jueces.

V. Los jueces del Tribunal Constitucional son independientes, inamovibles e irresponsables, en términos idénticos a los de los jueces de los restantes tribunales.

Corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional el ejercicio del poder disciplinario sobre sus jueces, aún cuando la acción disciplinaria venga referida a actos realizados en el ejercicio de otras funciones, correspondiéndole iniciar el proceso disciplinario, nombrar el respectivo instructor de entre sus miembros, deliberar sobre la eventual suspensión preventiva y juzgar definitivamente.

Contra las decisiones del Tribunal en materia disciplinaria, cabe recurso ante el propio Tribunal.

VI. Es incompatible con el desempeño del cargo de juez del Tribunal Constitucional el ejercicio de funciones en los órganos de soberanía, incluidos los de las regiones autónomas o del poder local, así como el ejercicio de cualquier otro cargo o función de naturaleza pública o privada. Se exceptúa el ejercicio no remunerado de funciones docentes o de investigación científica de naturaleza jurídica.

VII. Los jueces del Tribunal Constitucional no pueden ejercer ninguna función en órganos de partidos, asociaciones políticas o de fundaciones conexas, ni desarrollar actividades político-partidarias de carácter público.

Durante el período de desempeño del cargo queda en suspenso el estatuto resultante de la filiación en partidos o asociaciones políticas.

4 ORGANIZACIÓN INTERNA

I. Al Tribunal le corresponde elegir Presidente y Vicepresidente de entre sus miembros; elaborar los reglamentos internos necesarios para su buen funcionamiento; aprobar la propuesta de presupuesto anual del Tribunal; y fijar al inicio de cada año judicial los días y horas en que se desarrollarán las sesiones ordinarias.

El Presidente y el Vicepresidente son elegidos por un período de dos años judiciales y pueden ser reelegidos.

II. El Tribunal Constitucional funciona en pleno y en secciones (o cámaras).

Existen dos secciones especializadas, cada una de ellas constituida por el Presidente del Tribunal y por seis jueces más. La distribución de los jueces en las secciones se realiza por el propio Tribunal al inicio de cada año judicial.

III. El Tribunal se rige por el régimen general de fiestas judiciales en relación a los procesos de fiscalización abstracta no preventiva de constitucionalidad y legalidad de las normas jurídicas y de los recursos sobre decisiones judiciales.

IV. El Ministerio Público se encuentra representado ante el Tribunal Constitucional por el Procurador General de la República, que podrá delegar sus funciones en el Vice-Procurador General o en un Procurador General Adjunto.

V. El Tribunal Constitucional tiene una secretaría y servicios de apoyo, cuya organización, composición y funcionamiento se encuentran regulados por decreto-ley.

5 SEDE DEL ÓRGANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional portugués tiene su sede en Lisboa, en el Palacio Ratton, en la Rua de O Século.

Funciones de la justicia constitucional

1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS

1.1. Tipos de normas susceptibles de control

I. El control de constitucionalidad y de legalidad es de normas jurídicas (arts. 207, 227 y ss. y 288, párrafo I), de la Constitución) y norma implícita, en la acepción común de la ciencia y experiencia jurídicas, generalidad y abstracción o, por lo menos, (a causa de las llamadas leyes medidas) generalidad.

Todavía, en cuanto a los actos legislativos, ha adoptado una noción "funcional", de acuerdo con la cual todo precepto inserto en un acto legislativo, ya sea individual o concreto, es susceptible de control por los órganos específicos de fiscalización.

II. Se encuentran excluidos del control de constitucionalidad los actos no normativos típicos, que son los actos políticos o de gobierno, los actos administrativos y las decisiones judiciales.

La fiscalización de los primeros es esencialmente política. La única excepción la constituye el referéndum, tanto nacional como local, que se encuentra sujeto a control preventivo de constitucionalidad y de legalidad por el Tribunal Constitucional [art. 225, n° 2, párrafo b)], en los términos de las respectivas leyes (y no de la Constitución o de la ley del Tribunal Constitucional).

En lo que concierne a los actos administrativos estos podrán ser inconstitucionales por violación directa de las normas de la Constitución o por fundarse en una ley inconstitucional, y como tales impugnables –tratándose entonces de una inconstitucionalidad por violación de ley– siendo los tribunales competentes para juzgarlos los tribunales administrativos (art. 214), y no el Tribunal Constitucional.

En cuanto a las decisiones judiciales, el medio propio para su impugnación consiste en el recurso ante el tribunal superior. Todavía, *de iure condendo* habría de ponderarse, en ciertos casos, la posibilidad de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

El propio recurso ante el Tribunal Constitucional en la fiscalización concreta (art. 280) no se fundamenta en la inconstitucionalidad o ilegalidad de una decisión, sino más bien en la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma aplicada o no aplicada. Es solamente a través de esta cuestión, a examinar de nuevo, ahora por el Tribunal Constitucional, por la que se sustituye la anterior decisión judicial.

III. El control de constitucionalidad y de legalidad versa sobre normas jurídicas o actos normativos; y no se trata sino de normas o de actos normativos públicos, expresión del poder público.

No son susceptibles de fiscalización las normas privadas, ya sean resultantes de la autonomía privada (contratos normativos, cláusulas o compromisos arbitrales), ya sean resultantes de la autonomía asociativa la-

to *sensu* (estatutos de asociaciones y fundaciones, pactos sociales, reglamentos internos de personas colectivas privadas), ya sean fundadas en la autonomía colectiva (convenciones colectivas de trabajo).

IV. Normas o actos normativos públicos que abarca:

a) Normas constitucionales introducidas por la revisión constitucional o la ley de revisión, así como sus disposiciones transitorias.

b) Actos legislativos –leyes, decretos-leyes y decretos legislativos regionales (art. I 15)–. Dentro de las leyes de la Asamblea de la República se cuentan las de autorización legislativa, que podrán estar afectadas tanto de inconstitucionalidad formal y orgánica cuanto de inconstitucionalidad material (si su sentido contradice una norma constitucional de fondo). Por otro lado, la ley de presupuestos afecta a las cuentas anexas, las cuales poseen su propia naturaleza normativa;

c) Actos normativos de la Asamblea de la República sin forma de ley o conexos con actos de fiscalización política. Se engloba aquí la resolución de la Comisión Permanente de autorización de declaración del estado de sitio o de emergencia, cuando la Asamblea no se encuentre reunida ni sea posible su convocatoria inmediata [arts. 182, n° 3, párrafo f), 169, n° 5, y 141]; la resolución de la Asamblea o, no estando reunida o no siendo posible su convocatoria inmediata, la de la Comisión Permanente, de autorización de la declaración de guerra [arts. 138, párrafo c), 164, párrafo n), 169, n°s 3 y 5, y 182, n° 3, párrafo f)]; y las resoluciones de la Asamblea de la República de suspensión de la ejecución y de recusación de ratificación de los decretos-leyes y de los decretos legislativos regionales publicados en el uso de la autorización legislativa [arts. 165, párrafo c), 169, n° 5, 172 y 229, n° 4, 2a parte].

Estas últimas resoluciones no pueden dejar de ser objeto de fiscalización, por cuanto gozan de eficacia formal positiva de ley: no obstante, no dan lugar a nuevas normas, impiden la continuación de la vigencia, provisional o definitiva, de normas legislativas precedentes.

d) Decretos normativos del Presidente de la República

Son: el decreto de declaración de estado de sitio o de estado de emergencia [arts. 137, párrafo d), 141 y 19]; el decreto de declaración de guerra y de firma de la paz [arts. 138, párrafo c), y 19, n° 5]; y el decreto de nominación de los Ministros y Secretarios de Estado, cuando

determine el número, la designación y las atribuciones de los Ministerios y Secretarías de Estado y las respectivas formas de coordinación [arts. 136, párrafo h), y 186, n° 3];

e) Reglamentos de las Asambleas y de los demás órganos colegiados del Estado, de las regiones autónomas y del poder local;

f) Actos normativos de la Administración pública.

En esta categoría se comprenden los reglamentos, de cualquier tipo o forma, así como los actos para-reglamentarios emanados en el ámbito de la estructura interna de la Administración, principalmente en el ámbito de las relaciones de jerarquía (resoluciones, instrucciones, directivas). También estas, cuando violen directamente la Constitución, podrán ser examinadas en sede de inconstitucionalidad. Son también actos normativos de la Administración los estatutos de cualquiera de las personas colectivas de Derecho Público (institutos públicos, asociaciones públicas, Universidades y escuelas públicas, etc.);

g) Actos normativos de la función jurisdiccional, como son los asientos del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal de Cuentas, decisiones de los tribunales a las que la ley confiere fuerza obligatoria general [art. 122, n° 1, párrafo g), 2a parte];

h) Normas consuetudinarias.

V. Son susceptibles de fiscalización:

a) Normas dictadas por los órganos de gobierno de Macau, en la medida en la que el ordenamiento jurídico de Macau forma parte del ordenamiento jurídico portugués y en la medida en que el Tribunal Constitucional tiene competencia en ese Territorio;

b) Normas de Derecho extranjero aplicables en Portugal, en virtud de reglas de conflictos.

1.2. Tipos de procedimientos

A) *Fiscalización concreta*

I. El art. 207 de la Constitución es el punto de partida necesario de la fiscalización concreta de constitucionalidad (y de legalidad) y significa, antes que nada lo siguiente:

- a) Todos los tribunales, sea cual sea su categoría (art. 2 1 1), ejercen la fiscalización;
- b) Esa fiscalización consiste en la apreciación de la constitucionalidad y, siendo el juicio positivo (sobre la existencia de inconstitucionalidad) en la consecuente inaplicación de la norma (o del segmento de la norma) declarada como inconstitucional;
- c) La fiscalización se da en los “hechos sometidos a juicio”, en los procesos iniciados ante tribunal, de manera incidental, no a título principal;
- d) Nadie puede dirigirse al tribunal solicitando la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pero es admisible que alguien se dirija proponiendo una acción –una acción de simple apreciación positiva [art. 4º, nº 2, párrafo a), del Código de Procedimiento Civil]– o una acción para el reconocimiento de un derecho o interés legítimo (art. 69 de la ley de procedimiento de los tribunales administrativos y fiscales, Decreto-Ley nº 267/85, de 16 de julio) y cuya procedencia depende de una decisión positiva de inconstitucionalidad;
- e) La cuestión de inconstitucionalidad *solo puede o solo debe* ser conocida y decidida en la medida en que exista un nexo entre ella y la cuestión principal objeto del proceso, entre ella y el hecho sometido a juicio;
- f) El juez conoce de la cuestión en cualquier fase del proceso y, por consiguiente, su decisión puede no ser una decisión final (puede ser una acción de subsanación* o la decisión sobre la reclamación);
- g) De todos modos, la cuestión ha de ser suscitada antes de ser agotado el poder jurisdiccional del juez sobre la materia examinada (antes de que se agote el poder jurisdiccional sobre la materia a la que tal cuestión de inconstitucionalidad se refiere); no puede serlo únicamente en las alegaciones de un eventual recurso ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional se encuentra incluido también en el art. 207. Puede conocer incidentalmente de inconstitucionalidad cuando haya de ejercer alguna de sus competencias jurisdiccionales (fuera de la fiscalización de constitucionalidad y de legalidad jurídica) previstas en la Constitución y en la ley; y puede conocer incidentalmente, en el pro-

* N.T. En su traducción literal *despacho saneador*.

pio ejercicio de las competencias de fiscalización, en cuanto a las respectivas normas procesales.

II. Solamente cabe recurso ante el Tribunal Constitucional contra las decisiones de los tribunales, tal y como se expresa en el art. 280. Y no contra las decisiones de otros órganos que conozcan de la inconstitucionalidad de las normas que hayan de aplicar –tal y como admitimos en cuanto a las decisiones materialmente jurisdiccionales de ciertos órganos administrativos–.

Y no contra cualquier decisión de los tribunales: además de las decisiones no jurisdiccionales contra aquellas no previstas en el art. 280 y en el art. 70 de la Ley n° 28/82 (así como, obviamente, las decisiones incidentales del propio Tribunal Constitucional).

III. Son tres los tipos de decisiones contra las que cabe recurso:

a) Decisiones que recusen la aplicación de cierta norma fundada en inconstitucionalidad o ilegalidad [art. 280, n° 1, párrafo a), y n° 2, párrafos a), b) y c), de la Constitución] o en contradicción con una convención internacional [art. 70, n° 1, párrafo i), de la Ley n° 28/82, después de 1989];

b) Decisiones que apliquen una norma cuya inconstitucionalidad o ilegalidad haya sido suscitada durante un proceso [art. 280, n° 1, párrafo b), y n° 2 párrafo d)];

c) Decisiones que apliquen una norma juzgada como inconstitucional por el propio Tribunal Constitucional (art. 280, n° 5), o, anteriormente, juzgada como inconstitucional por la Comisión Constitucional [art. 70, n° 1, párrafo b) de la Ley n° 28/82] o que apliquen una norma legislativa en disconformidad con lo decidido con anterioridad por el Tribunal [art. 70, n° 1, párrafo i), 2ª parte, de la Ley 28182, después de 1989).

Los recursos contra las decisiones del segundo tipo no se reconducen a recursos de amparo. El derecho a los recursos puede ser considerado como un derecho de naturaleza análoga a la de los derechos, libertades y garantías, pero los recursos no se configuran en sí mismos como medios específicos de defensa de derechos, libertades y garantías.

Las decisiones del tercer tipo son recurribles por una necesidad de armonía de las sentencias y en defensa de la autoridad del Tribunal Constitucional. Por otro lado, en nombre de la identidad y continuidad del

orden constitucional de 1976 y como confirmación *a posteriori* de la naturaleza del tribunal de la Comisión Constitucional, abarca igualmente a las decisiones de dicha Comisión.

IV. Objeto del recurso, insistimos, es siempre la constitucionalidad o legalidad de una norma, no la constitucionalidad o legalidad de una decisión judicial.

La fijación del objeto del recurso no se opera en función de lo decidido por el juez *a quo* –no es la decisión que se critica– pero sí en razón de las normas o de los principios constitucionales en ella aplicados o inaplicados.

El recurso está restringido a la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad, según los caso (art. 280, nº 6, de la Constitución) o, tratándose de la contradicción entre un acto legislativo y un convenio internacional, a las cuestiones de naturaleza jurídico-constitucional y jurídico-internacional implicadas en la decisión recurrida (art. 71, nº 2, de la Ley 28/82).

El Tribunal Constitucional no queda vinculado por la calificación de inconstitucionalidad realizada por el tribunal *a quo*.

Lógicamente, por tanto, el Tribunal únicamente puede juzgar como inconstitucional o ilegal la norma que la decisión recurrida según los casos, haya aplicado o haya recusado su aplicación (art. 79-C, 1 aparte, de la Ley 28/82, después de 1989), lo que es, simultáneamente, expresión de prejudicialidad y del principio procesal de petición.

Puede, sin embargo, el Tribunal Constitucional fundamentar su decisión en violación de normas o principios constitucionales distintos de aquellos cuya violación fue invocada (art. 79 C, 2ª parte), lo que constituye una manifestación del principio *jura novit curia*.

V. Los recursos contra las decisiones del primer y tercer tipo pueden ser recursos directos ante el Tribunal Constitucional y no solo necesariamente cuando el recurso es obligatorio ante el Tribunal Constitucional.

No se admite, con todo, el recurso ante el Tribunal Constitucional contra decisiones sujetas a recurso ordinario obligatorio en los términos de la respectiva ley procesal (art. 70, nº 3, de la Ley nº 28/82); y siempre que la decisión de admitir el recurso ordinario, y no interponer el recurso ante el Tribunal Constitucional, no conlleve la preclusión del de-

recho a interponerlo contra una ulterior decisión que confirme la primera (art 70, n° 4).

Los recursos contra las decisiones del segundo tipo postulan el agotamiento de los recursos ordinarios: únicamente caben contra las decisiones que no admitan recurso ordinario, porque la ley no lo haya previsto o porque hayan sido agotados los que cabían (art. 70, n° 2). Pueden no ser decisiones finales, pero han de ser decisiones definitivas; y serán rechazados cuando sean manifiestamente infundados (art. 76, n° 2, *in fine*), lo que parece exigir un juicio de viabilidad o de razonabilidad por el tribunal a quo de grado diferente al que ha de hacer en la admisión de los demás recursos.

B) Fiscalización preventiva.

I. Según el art. 278 podrán ser objeto de fiscalización preventiva:

- a) Tratados y acuerdos internacionales;
- b) Leyes, decretos-leyes y decretos legislativos regionales;
- c) Decretos reglamentarios regionales de reglamentación de leyes generales de la República

II. No hay sujeción automática de dichos títulos a informe previo (ni un pre-examen necesario, como en el art. 277 de la Constitución). Ha de existir una iniciativa –libre en sí misma–, pero que ha de manifestarse en un cierto término (para evitar la dilatación en el tiempo de la conclusión del proceso de vinculación internacional del Estado o del proceso legislativo).

La iniciativa se ejerce, en cuanto a los tratados, antes de la ratificación; en cuanto a los acuerdos, antes de la firma de los respectivos decretos o resoluciones de aprobación; en cuanto a las leyes y los decretos-leyes, antes de la promulgación; en cuanto a los decretos legislativos regionales y los decretos reglamentarios regionales de reglamentación de las leyes generales de la República, antes de la firma.

III. La iniciativa no impide el veto político: en el caso de que el Tribunal Constitucional no se incline por la declaración de inconstitucionalidad, tanto el Presidente de la República como el Ministro de la República (representante del Estado en cada región autónoma) pueden ejercerlo, so-

licitando un nuevo examen por la Asamblea respectiva o comunicándolo al Gobierno, según los casos (arts. 139, n°s I y 4, y 235, n°s I y 4).

Por el contrario, el ejercicio del veto político si excluye la iniciativa de fiscalización preventiva, como resulta *a sensu contrario* de dichos preceptos, por necesidad evidente de evitar que el Tribunal Constitucional sea arrastrado al debate político resultante del veto y porque la cuestión de constitucionalidad es siempre una cuestión previa, en cuanto cuestión jurídica, frente a la cuestión política de la bondad, conveniencia u oportunidad de esta o aquella norma. Pero también, al existir luego veto político, no parece que pueda estarse a razones jurídicas ya consideradas y reiteradas en el acuerdo que el Tribunal haya emitido en la fiscalización preventiva que se acaba de realizar.

No, sin embargo, si, en segunda deliberación, la Asamblea de la República (o la asamblea legislativa regional) modificase el texto del decreto, puesto que nada impide –por tratarse de un nuevo decreto– que se proceda a la apertura de un nuevo proceso de fiscalización preventiva.

IV. La fiscalización preventiva debe ser requerida en el plazo de ocho días:

– a contar de la fecha de recepción de la norma por el Presidente de la República o por el Ministro de la República (art. 278, n° 3).

– o bien, a contar desde la fecha en que el Presidente de la Asamblea de la República en el caso de normas a promulgar como ley orgánica, lo comunique al Primer Ministro o a 1/5 de los Diputados en efectividad de sus funciones (art. 278, n°s 5 y 6), quedando fijado durante ese período de ocho días el plazo en que el Presidente de la República se encuentra impedido para la promulgación (art. 278, n° 7).

El Tribunal Constitucional se pronuncia en el plazo de veinticinco días, el cual, en el caso de que se trate de normas de tratados internacionales, de leyes o decretos-leyes, podrá ser acortado por el Presidente de la República por motivo de urgencia (art. 278, n° 2).

C) La fiscalización sucesiva abstracta por acción

I. El art. 281, n° I contempla, sucesivamente, la apreciación:

a) de inconstitucionalidad de cualquier norma;

- b) de ilegalidad de normas legislativas, fundada dicha ilegalidad en la violación de una ley con valor reforzado;
- c) de ilegalidad de normas regionales, fundada dicha ilegalidad en la violación del estatuto de la región autónoma o de una ley general de la República;
- d) de ilegalidad de normas dimanadas de órganos de soberanía, fundándose dicha ilegalidad en la violación de los derechos de una región consagrados en su estatuto.

II. El requerimiento de apreciación de constitucionalidad o de legalidad no suspende la aplicación, la vigencia o eficacia (como se quiera) de las normas impugnadas.

Si tales normas fueran declaradas inconstitucionales o ilegales, corresponderá al Tribunal Constitucional –y solo a él– establecer los efectos que éstas hubiesen producido entretanto.

III. La Constitución conmina a una separación entre el juicio de inconstitucionalidad en el caso concreto y la declaración de fuerza obligatoria general, impidiendo de esta manera una excesiva influencia de esa relación o situación, más o menos individualizada e irrepetible en sus circunstancias e intereses, sobre la apreciación de inconstitucionalidad en la perspectiva global del sistema jurídico.

No podría dejar de ser así, dado el modelo de fiscalización concreta adoptado y dado el régimen de competencia interna y funcionamiento del Tribunal Constitucional, en el que la decisión de los recursos es cometido de las secciones –no especializadas– y la declaración con fuerza obligatoria general corresponde al pleno (art. 2326, nº 2, de la Constitución y art. 70 de la Ley 28/91).

Sin embargo, no se comprendería una separación absoluta, y no solo por imposición de un principio de economía (porque no se justificaría multiplicar hasta el infinito las decisiones del Tribunal Constitucional y de los restantes tribunales sobre las mismas cuestiones de derecho) sino también en virtud del principio de seguridad jurídica y de igualdad de tratamiento de las personas situadas en idénticas condiciones (para que todas sean, en la práctica, tratadas de modo idéntico).

De ahí que la Constitución, tanto en el texto de 1976 como en el de 1982 tienda un puente, mediante la posibilidad (en ciertos términos) de de-

claración de inconstitucionalidad (y ahora también de ilegalidad) con fuerza obligatoria general, cuando se hayan dado cierto número de decisiones concretas en ese sentido.

Según el art. 281, nº 3, el Tribunal Constitucional aprecia y declara, con fuerza obligatoria general, la inconstitucionalidad o la ilegalidad de cualquier norma desde el momento en que el Tribunal la haya considerado como inconstitucional o ilegal en tres casos concretos (art. 82 de la Ley nº 28/82).

D) El control de inconstitucionalidad por omisión

I. Los presupuestos de inconstitucionalidad por omisión legislativa se corresponden con otros tantos momentos de investigación del órgano de fiscalización. Estos momentos son:

- a) Que el incumplimiento de la Constitución derive de la violación de cierta y determinada norma;
- b) Que se trate de una norma constitucional no exigible por sí misma;
- c) Que, en las circunstancias concretas de la práctica legislativa, falten las medidas legislativas necesarias para hacer exigible dicha norma.

II. Por omisión se entiende la falta, total o parcial, de medidas legislativas necesarias. La violación de la Constitución proviene unas veces de la completa inercia del legislador y otras veces de su deficiente actividad, correspondiendo al órgano de fiscalización el pronunciarse sobre la adecuación de la norma legal a la norma constitucional.

El juicio de inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el tiempo en que debería ser elaborada la norma: ninguna omisión puede ser descrita en abstracto, solamente en concreto, determinada por hechos de signo positivo. La ausencia o insuficiencia de la norma legal no puede ser deslindada de un determinado tiempo histórico, señalado por la necesidad de producción legislativa y cuya duración, mayor o menor, será prefijada –muy raramente– por la propia Constitución o dependerá de la naturaleza de las cosas (o sea, de la naturaleza de la norma constitucional no exigible por sí misma en confrontación con las situaciones de hecho, inclusive con las situaciones que, aún al margen de la norma constitucional, esté obligado el legislador ordinario a crear).

Así, el órgano de fiscalización, sin sustituir al órgano legislativo, ha de medir e interpretar el tiempo transcurrido, ese tiempo que fuera dado al órgano legislativo (competente) para emitir la ley; y habrá de pronunciarse por la omisión siempre que, ponderados todos los elementos, reconozca que el legislador, frente a determinadas circunstancias en las que se colocó o fue colocado, no solo podía sino que debía haber emitido la norma constitucional. Pues el significado último de la inconstitucionalidad por omisión consiste en la separación, por omisión por parte del legislador ordinario, de los criterios y valores de la norma constitucional no exigible; y esa separación únicamente puede ser reconocida en el tiempo concreto en que uno y otro se muevan.

III. Al límite, podría decirse que la inconstitucionalidad por omisión, en una acepción amplísima del término, se reconduce a una inconstitucionalidad por acción, por insistir en la persistencia de reglas legislativas y de comportamientos en contradicción con el sentido objetivo de la norma constitucional o de la Constitución.

Por otro lado, algunas omisiones parciales implican, desde luego, inconstitucionalidad por acción, por violación del principio de igualdad, siempre que supongan un tratamiento más favorable o desfavorable respecto de ciertas personas o categorías de personas, y no a todas las que, encontrándose en idéntica o semejante situación, debieran ser contempladas del mismo modo por la ley. Es entonces, cuando reaccionando contra el arbitrio, también se propicia la declaración de los tribunales declarando inconstitucionales las normas legales que contengan esas omisiones o que, eventualmente, extiendan o reduzcan su ámbito.

1.3. Legitimidad

I. En la fiscalización concreta, pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional el Ministerio Público y las personas que, de acuerdo con la ley reguladora del proceso en que la decisión fue proferida, gocen de legitimidad para interponer recurso (art. 72, n° 1, de la Ley n° 28/82).

Frente al poder de cada juez portugués de apreciar la inconstitucionalidad, la atribución al Ministerio Público de dicha legitimidad confiere al recurso ante el Tribunal Constitucional un carácter mixto; no tiene úni-

amente una finalidad subjetiva de defensa de los derechos e intereses de las personas, sino también una finalidad objetiva de defensa de la integridad del orden jurídico.

Por el contrario, la inclinación subjetivista queda realizada cuando se trate de recursos contra decisiones que apliquen normas cuya inconstitucionalidad o ilegalidad haya sido suscitada durante el proceso: aquí únicamente podrá recurrir la parte que haya suscitado la cuestión (art. 280, nº 4, y art. 70, nº 2 de la Ley nº 28/82), y ni siquiera, parece, el propio Ministerio Público.

También, en línea con un componente objetivista, el recurso es obligatorio para el Ministerio Público en dos hipótesis:

- a) Cuando la norma cuya aplicación haya sido recurrida se deduzca de un convenio internacional, de acto legislativo o de decreto reglamentario (art. 280, nº 2, y art. 72, nº 3, de la Ley 28/82, después de 1989);
- b) Cuando sea aplicada una norma considerada anteriormente por el Tribunal Constitucional como ilegal o inconstitucional (art. 280, nº 5), una norma considerada inconstitucional por la Comisión Constitucional (art. 72, nº 3 de la Ley nº 28/82) o una norma considerada como contraria a un convenio internacional por el Tribunal Constitucional.

II. En la fiscalización abstracta, existen *órganos generales de iniciativa*, los cuales pueden requerir la apreciación de constitucionalidad o de legalidad de cualquiera de las normas sujetas a fiscalización conforme a los arts. 278, nº 1, y 281, nº 2, párrafos a) a f). Y existen *órganos especiales de iniciativa*, los cuales únicamente pueden requerir la apreciación de ciertas normas o con ciertos fundamentos específicos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, según se deduce de los arts. 278, nºs 2 y 4 y 281, nº 2, párrafo g).

Son órganos generales el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea de la República, el Primer Ministro, el Proveedor de Justicia (u Ombudsman) y el Procurador General de la República así como un décimo de los Diputados de la Asamblea de la República.

Son órganos especiales los Ministros de la República, las asambleas legislativas regionales de las Azores y de Madeira, los presidentes de éstas asambleas, los presidentes de los gobiernos regionales, así como un décimo de los diputados de cada asamblea legislativa regional. Y tam-

bién, en cuanto a las leyes orgánicas, un quinto de los Diputados de la Asamblea de la República.

Obsérvese que el Presidente de la República es el único órgano con un poder general de iniciativa, tanto en cuanto a la fiscalización preventiva como en cuanto a la sucesiva.

III. Los particulares no tienen acceso directo a la fiscalización abstracta. El derecho de acción popular (art. 53, n° 3), además de poco adecuado, únicamente podría afectar a la fiscalización preventiva o a la sucesiva si fuese expresamente incluido en el cuadro del art. 278 o en el del art. 281, o en otro de enumeraciones taxativas.

Lo que sí pueden los ciudadanos es invocar su derecho de petición ante cualquiera de los órganos de iniciativa, si bien no en defensa de sus derechos sino en *defensa de la Constitución* (conforme al art. 52, n° 1). Y, por consiguiente, los órganos de iniciativa pueden obrar tanto de forma espontánea u oficiosa como a consecuencia de peticiones de los ciudadanos o de grupos de ciudadanos.

IV. El principio de petición implica para el requirente (el órgano o la fracción de titulares de órganos con poderes de iniciativa) el doble de cargas de especificación de las normas cuya apreciación se pretende y de especificación de las normas constitucionales (o legales) violadas. Así lo establece el art. 51, n° 1, de la Ley n° 28/82.

Solo con la determinación de las normas infraconstitucionales alegadas y la de las normas constitucionales que sirven de parámetro, queda establecido el objeto del proceso de inconstitucionalidad.

En contrapartida, porque *jura novit curia*, así como en la fiscalización concreta el tribunal puede conocer de oficio sobre la inconstitucionalidad (porque el objeto del proceso, fijado por las partes o por el Ministerio Público, es el *hecho* sometido a juicio), en la fiscalización abstracta el Tribunal Constitucional puede fundamentar su juicio y su decisión en normas constitucionales diversas de las invocadas en la petición, sin encontrarse vinculado ni a los vicios alegados o a la calificación de desconformidad como inconstitucionalidad o ilegalidad. Esto es lo que dispone la Ley n° 28/82, en su art. 51, n° 5.

Sí ha de existir siempre una especificación de la petición, aunque ésta no tiene porqué ser acogida por el tribunal al pronunciarse sobre la de-

claración de inconstitucionalidad o de ilegalidad. En su libertad de apreciación inherente a sus funciones judicial, puede pronunciar o declarar dicha inconstitucionalidad o ilegalidad en base a normas constitucionales o legales diferentes de las alegadas en la petición. Lo que no puede es pronunciar o declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de normas cuya apreciación no le haya sido requerida.

V. El poder de iniciativa de apreciación de la existencia de inconstitucionalidad por omisión es más restringido. Le corresponde únicamente al Presidente de la República, al Proveedor de Justicia y, con base en la violación de los derechos de las regiones autónomas, a los presidentes de las asambleas legislativas regionales (art. 283, nº 1).

1.4. Aspectos generales del procedimiento

I. En la fiscalización concreta, los recursos planteados ante el Tribunal Constitucional son decididos por una de las dos secciones –no especializadas– que lo componen (art. 226, nº 2, de la Constitución y arts. 41 y 70 de la Ley nº 28/82).

El presidente puede, con el acuerdo del Tribunal, determinar que el juicio de inconstitucionalidad se realice con la intervención del pleno, cuando se considere necesario para evitar divergencias jurisprudenciales o cuando se justifique dicha intervención en función de naturaleza de la cuestión a decidir (art. 79-A, nº 1, de la Ley nº 28/82, después de 1989).

Si el Tribunal juzgase la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad en sentido distinto al anteriormente adoptado en cuanto a la misma norma por cualquiera de sus secciones, contra esa decisión cabrá recurso ante el pleno, obligatorio para el Ministerio Público cuando intervenga en el proceso tanto como recurrente como recurrido (art. 79-D, nº 1, de la Ley nº 28/82, después de 1989).

La decisión no adquiere fuerza obligatoria general, en tanto viene a situarse en el terreno de la fiscalización concreta.

II. En la fiscalización preventiva existen plazos imperativos para la presentación del escrito de apreciación de constitucionalidad (art. 278, nºs 3 y 6, de la Constitución). En la fiscalización sucesiva, al contrario, la petición puede ser presentada en cualquier tiempo (art. 62, nº 1, de la Ley nº 28/82).

Admitida la solicitud, el presidente del Tribunal notifica al órgano del que haya emanado la norma impugnada para que se pueda pronunciar sobre él en el plazo de 30 días o, tratándose de la fiscalización preventiva, en el plazo de 3 días (art. 54).

Es éste un elemento contradictorio que se justifica, no en virtud de cualquier subjetivización del proceso, sino en nombre de la búsqueda objetiva de la garantía de constitucionalidad y de legalidad y en paralelo con el pluralismo presente en el proceso legislativo.

III. En lo tocante a la fiscalización de inconstitucionalidad por omisión, la Ley n° 28/82 extiende a su proceso el régimen de fiscalización abstracta sucesiva de inconstitucionalidad por acción (art. 67).

Hay que señalar, a los efectos de la preceptiva audiencia del órgano correspondiente, que no se trata (evidentemente) del órgano autor de la norma, sino del órgano que debería ser autor de la norma, a falta del órgano que el Tribunal Constitucional considera competente para dictar la medida legislativa que dote de exigibilidad a la norma constitucional.

1.5. Valor de las sentencias

I. La decisión del recurso –en la fiscalización concreta– tiene fuerza de cosa juzgada en cuanto a la inconstitucionalidad o ilegalidad suscitada (art. 80, n° 1, de la Ley n° 28/82).

Si el Tribunal Constitucional decide estimar el recurso, aunque solo sea parcialmente, los autos serán devueltos al tribunal de donde proceden a fin de que éste, en consonancia con el caso, reforme la decisión o la mande reformar de acuerdo con el juicio de la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad (art. 80, n° 2, de la Ley n° 28/82).

El Tribunal Constitucional no sustituye, por tanto, la decisión recurrida por aquella que debiera emitirse, y tampoco la anula. El sistema de recurso adoptado es un sistema intermedio, un sistema en que el Tribunal Constitucional ordena al tribunal cuya decisión se ha recurrido que emita una nueva decisión con un contenido prefijado por aquél.

En el caso de que el juicio de constitucionalidad o de legalidad sobre la norma en que la decisión recurrida se funde, o cuya aplicación se hubiese recusado, se funde en una determinada interpretación de esa nor-

ma, ésta debe ser aplicada con tal interpretación en el proceso de que se trate (art. 80, n° 3, de nuevo).

Convertida en cosa juzgada la decisión que no admita recurso o a la que se niegue estimación, afecta también en este sentido a la decisión recurrida, siempre que estuviesen agotados los recursos ordinarios; en caso contrario, comenzarán a correr los plazos para estos recursos (art. 80, n° 4).

II. En la fiscalización preventiva, los efectos de la decisión son meramente internos al sistema de órganos de poder, tienen que ver con el procedimiento legislativo o con la aprobación de tratados.

Son efectos variables, en consonancia con que el Tribunal se pronuncie o no por la existencia de inconstitucionalidad y consonantes a los tipos de actos sujetos a fiscalización (art. 279).

III. Si en la fiscalización preventiva el pronunciamiento desechando la inconstitucionalidad no produce ningún efecto sobre el destino de la norma, en la fiscalización sucesiva el mismo se verifica a través del juicio negativo al que llegue el Tribunal Constitucional.

Al Tribunal le corresponde declarar –y únicamente puede solicitarse que declara– la inconstitucionalidad o la no constitucionalidad; y el procedimiento previsto está organizado en esa perspectiva. No poseen ninguna relevancia las sentencias de rechazo de inconstitucionalidad.

IV. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad posee fuerza obligatoria general, una fuerza jurídica que, evidentemente, no se confunde con la de los actos a cuyas normas afecta, ni varía con la naturaleza de dichos actos (naturaleza de ley, de reglamento, etc.); y que se traduce en vinculante para todas las entidades públicas y privadas.

La declaración vincula:

a) Al legislador y los demás órganos normativos, los cuales no pueden: 1°) retomar o volver a publicar la norma inconstitucional; 2°) tratándose únicamente de inconstitucionalidad orgánica y formal, retomarla sin resolver los vicios que la contaminan; 3°) convalidar, por vía legislativa, actos administrativos practicados a la sombra de la ley declarada inconstitucional;

b) A los órganos gubernativos, los cuales no la pueden adoptar nunca como criterio de referencia;

c) A los órganos administrativos, los tribunales en general y al propio Tribunal Constitucional, los cuales no pueden aplicar la norma declarada inconstitucional;

d) A los particulares, los cuales no podrán invocarla en sus actos jurídico-privados ni ante los tribunales. En la lógica del Estado de Derecho, el desprecio por las entidades públicas –designadas por los órganos legislativos– conlleva responsabilidad. Conlleva responsabilidad civil, cuando se verifiquen los demás presupuestos enunciados en el art 22 de la Constitución y en la ley. Y debería acarrear, igualmente, responsabilidad criminal de los titulares de los órganos, aunque no se prevea así en el actual estado del Derecho portugués (porque la ley respectiva, la ley nº 34/87, de 16 de julio, no lo prevé).

V. Al igual que otras Constituciones (o leyes orgánicas de tribunales constitucionales u órganos equiparados), nuestra Constitución trata *ex professo*, desde 1982, de los efectos de inconstitucionalidad en el art. 281, prescribiendo un entramado de reglas, unas comunes a todas las declaraciones de inconstitucionalidad y de ilegalidad y, otras, diferentes, según la inconstitucionalidad o ilegalidad sea originaria o sobrevenida.

Son reglas comunes:

1º) La retroactividad de la decisión y, por tanto, su carácter declarativo de la nulidad de la norma inconstitucional o ilegal;

2º) Como límite a la retroactividad, la reserva, en principio, de cosa juzgada;

3º) Como límite, por su turno, a la reserva de cosa juzgada, la decisión en contra del Tribunal Constitucional cuando la norma se refiera a materia penal, disciplinaria o de ilícito de mera ordenación social y su contenido fuera menos favorable al argüido;

4º) La posibilidad, en ciertas circunstancias, de fijación de los efectos de la inconstitucionalidad o de la ilegalidad por el Tribunal Constitucional con un alcance más restrictivo que el previsto por la Constitución de forma general.

Son reglas específicas de declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad originaria:

1º) La producción de efectos de la declaración desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal;

2º) La restitución de la norma que la norma declarada inconstitucional o ilegal hubiera derogado eventualmente.

Son reglas específicas de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad sobrevenida:

1º) La producción de efectos de la declaración desde la entrada en vigor de la nueva norma constitucional o legal;

2º) La ausencia de restitución.

VI. En cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, la Constitución se limita a establecer que, una vez verificada su existencia, el Tribunal Constitucional dará traslado al órgano legislativo competente (art. 283, nº 2).

Sus efectos son, pues, puramente declarativos, aunque sea erróneo asimilar la verificación de inconstitucionalidad por omisión a la declaración de inconstitucionalidad, pues una cosa es declarar inválida o ineficaz una norma, con todo lo que ello comporta, y otra cosa es declarar que falta una norma que no debería faltar.

La verificación de la omisión no modifica el orden jurídico; se circunscribe a hechos susceptibles de inducir a los órganos legislativos a transformar su comportamiento de negativo en positivo. Y es así por una necesidad de equilibrio entre el principio de garantía de la Constitución, encarnado por el Tribunal Constitucional, y el principio democrático, encargado por los órganos legislativos; y es así por consecuencia del *Estado de Derecho democrático* (tal y como es definido, por el preámbulo y por el art. 2º, el Estado portugués).

2 GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

No existe un procedimiento específico para la garantía de los derechos y libertades fundamentales. El sistema de control portugués no lo ha previsto, si bien ya ha sido preconizada (aunque sin éxito) la creación de una *acción constitucional* de defensa en ese sentido.

3 FUNCIONES DEL ÓRGANO DE CONTROL REFERENTES A LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER

No existe un procedimiento específico para dirimir controversias entre el Estado y los entes territoriales.

Con todo, indirectamente, son relevantes en este sentido el control de constitucionalidad de las normas de las regiones autónomas de las Azores y de Madeira, el control de conformidad de éstas normas con las leyes generales de la República y el de conformidad de cualquier norma legal y reglamentaria proveniente de los órganos del poder central con los estatutos político-administrativos regionales.

4 OTRAS FUNCIONES

I. La Constitución define el Tribunal Constitucional como el “tribunal al que corresponde administrar justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional” (art. 233).

La amplitud de la fórmula tiene como objetivo impedir que el Tribunal Constitucional se limite a ser un órgano de fiscalización de la constitucionalidad e ilegalidad –cuando posee otras funciones– así como que se convierta en el único órgano de fiscalización, obviando los restantes tribunales (art. 207).

II. Otras competencias previstas en la Constitución son:

a) Competencias relativas al Presidente de la República: verificar la muerte y declarar la imposibilidad física permanente, verificar los impedimentos temporales para el ejercicio de sus funciones y verificar la pérdida del cargo en los casos previstos en los arts. 132, n°3, y 133, n° 3 [art. 225, n° 2), párrafos a) y b)].

b) Competencias relativas a los procesos electorales: admitir las candidaturas para Presidente de la República (art. 127, n° 2), verificar la muerte y declarar la incapacidad para el ejercicio de la función presidencial de cualquier candidato a Presidente de la República [art. 225, n° 2, párrafo d)], juzgando en última instancia la regularidad y la validez de los actos del proceso electoral [art. 225, n° 2, párrafo c)].

c) Competencias relativas a los referéndum: verificar previamente la constitucionalidad y la legalidad de los referéndum (nacionales) y de las consultas directas a los electores a nivel local [art. 225, n° 2, párrafo f)].

d) Competencias relativas a partidos: verificar la legalidad de la constitución de los partidos políticos y sus coaliciones, apreciando la legalidad de sus denominaciones, siglas y símbolos y ordenando la respectiva extinción en los términos previstos en la Constitución y en la ley [art. 225, n° 2, párrafo e)].

III. Competencias previstas en la ley (la Ley n° 28/85 y leyes sobre las respectivas materias):

a) Competencias relativas a los procesos electorales: competencias relativas tanto a la elección del Presidente de la República como a las elecciones para la Asamblea de la república, las asambleas legislativas regionales, los órganos de ámbito local y el Parlamento Europeo; y también la competencia para resolver los recursos interpuestos contra actos administrativos realizados por la Comisión Nacional de Elecciones o por otros órganos de la administración electoral.

b) Competencias relativas a partidos políticos, coaliciones y frentes; competencias para declarar la regularidad o ilegalidad de las cuentas.

c) Competencias relativas a organizaciones que defiendan la ideología fascista declarar que una organización defiende la ideología fascista, en los términos y para los efectos de la Ley n° 64/78, de 6 de octubre, y decretar su extinción.

d) Competencias relativas al control público de la riqueza así como competencias relativas a incompatibilidades y a impedimentos de los titulares de los cargos públicos, mediante el registro de las respectivas declaraciones.

Bibliografía fundamental

MAGALHAES COLLAÇO, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito português*, Coimbra, 1914

Jorge MIRANDA, *Contributo para una teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968; *Manual de Direito Constitucional*, II vol., 3ª ed., Coimbra, 1991.

Vitalino CANAS, *Os processos de fiscalização de constitucionalidade e de legalidade pelo Tribunal Constitucional-Natureza e princípios estruturais*, Coimbra, 1986; *Introdução as Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Lisboa, 1994.

Oliveira ASCENSÃO, *Os acórdos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fonte de Direito*, en *Nos dez anos da Constituição*, obra colectiva, Lisboa, 1987, págs. 249 yss.

Miguel GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, *ibidem*, págs. 272 y ss.

Marcelo REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988.

La Justice Constitutionnelle au Portugal, obra colectiva, París, 1989.

GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 1993.

GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993.

Traducido del portugués por
Francisco José ASTUDILLO POLO