

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUES: ORIGEN HISTORICO

Por JOSE MANUEL M. CARDOSO DA COSTA

1. Instituido en 1982 por la primera ley de reforma de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 (Ley constitucional núm. 1/82, de 30 de septiembre), sin embargo, puede decirse que el origen histórico del Tribunal Constitucional se remonta a setenta años antes.

Efectivamente, fue a principios de siglo, con el paso de la Monarquía constitucional a la República, cuando en el Derecho Constitucional portugués se consagró por primera vez, expresamente, el principio del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Tal principio aparece en el artículo 63 de la Constitución de 1911, que decía lo siguiente: «El Poder Judicial, en el caso de que, con motivo de hechos sometidos a juicio, cualquiera de las partes impugne la validez de la ley o de los diplomas emanados del Poder Ejecutivo o de las corporaciones con autoridad pública, que hubieren sido invocados, apreciará su legitimidad constitucional o conformidad con la Constitución y principios en ella consignados.» Se trataba, por tanto, del reconocimiento del control difuso e incidental de las leyes (*judicial review*, *richterliches Prüfungsrecht*), encomendado a los tribunales ordinarios (integrantes del Poder Judicial) en el cuadro de los casos concretos que tuvieran que decidir.

El hecho no deja de ser sorprendente, dentro del contexto de la doctrina constitucional europea de la época; y todavía se considerará más sorprendente cuando se ponga de manifiesto que el Derecho público portugués estaba (y continuó estando) influido e inspirado por la tradición jurídica francesa. Recuérdese que la propia Constitución republicana de 1911 asumió un cuño eminente y radicalmente parlamentario. Pero hay para ello una explicación precisa.

Esta radica probablemente en el claro reconocimiento, por la doctrina

constitucional portuguesa, de la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria y de la supremacía de la primera sobre la segunda; aunque tal distinción y la correspondiente primacía de las normas constitucionales no siempre fueron principios nítidos para el pensamiento jurídico-constitucional del siglo XIX europeo, sin embargo, la literatura publicista portuguesa de esa época se mostró consciente de ello, de lo cual dan cuenta los propios textos constitucionales monárquicos (en particular, la Carta Constitucional de 1826, que fue el texto alrededor del cual se estructuró, desde mediados del siglo XIX, la Monarquía parlamentaria).

La conciencia de la Constitución como «derecho superior» se vuelve más aguda en las últimas dos décadas del período monárquico y encuentra particular expresión en las reacciones, no solamente políticas, sino también doctrinales, de que fueron objeto los llamados gobiernos de «dictadura» (constituidos fuera del cuadro parlamentario, por directa iniciativa real, con suspensión del funcionamiento de las Cámaras) y la legislación por ellos producida: en ese momento se argumentó que a tal legislación, emanada en flagrante violación de la regla parlamentaria de la Carta, no le debían los tribunales obediencia. Todo esto estaba muy presente en el espíritu de los constituyentes de 1911, muchos de ellos protagonistas importantes de las vicisitudes institucionales que marcaron el final de la Monarquía y declarados opositores de la práctica legislativa mencionada.

A lo anterior hay que añadir —fenómeno corriente de la historia política y constitucional de Portugal y Brasil— que uno de los documentos constitucionales que más influyó la elaboración de la Constitución portuguesa de 1911 fue la Constitución republicana brasileña, de veinte años antes; y en el marco de esta última, inserta, a su vez, en un movimiento constitucional dominado, en el ámbito del nuevo continente, por el paradigma norteamericano e inspirada en el mismo, no dejara de afirmarse el principio del *judicial review* de las leyes.

Aunque las actas de la Asamblea constituyente no son concluyentes al respecto, todo indica que este ejemplo brasileño, y probablemente la vigorosa defensa y apología que de él hizo el insigne Rui Barbosa, en su conocido escrito sobre *Los actos inconstitucionales del Congreso y del Ejecutivo*, contribuyeron a sensibilizar al legislador constituyente republicano portugués, hasta el punto de que, juntamente con las circunstancias antes mencionadas, hayan sido el factor determinante decisivo de la introducción del artículo 63 en el documento constitucional.

He aquí por qué la Constitución portuguesa de 1911 asumió un carácter precursor en el espacio europeo en la consagración del principio de acceso directo de los tribunales a la Constitución, compitiéndoles, en el uso de esa

facultad, incluso el control de la regularidad constitucional de la ley parlamentaria; y he aquí cómo el Derecho Constitucional portugués fue así uno de los puentes por donde este principio, firmemente asentado en la doctrina y en el Derecho norteamericanos, desde el principio de su historia constitucional, se incorporó al constitucionalismo del Viejo Continente y en donde se convertiría en uno de los signos más destacados de su moderna evolución y de su desarrollo dogmático.

2. El principio según el cual entra en la competencia de los tribunales, como connatural a su función, el poder de control de la constitucionalidad de las leyes no ha dejado nunca ya de integrar el patrimonio jurídico portugués.

Efectivamente, aun con la pérdida de vigencia en 1926 de la I República, para dar lugar a un régimen político con una estructura, una doctrina y una praxis política muy diversas del anterior y cuya expresión normativa va a estar en la Constitución de 1933, no dejó el control contencioso difuso de constitucionalidad de tener expreso reconocimiento en el nuevo texto constitucional. Así, el tenor del artículo 122 (después 123) —claramente copiado en la disposición correspondiente de 1911— era el siguiente: «En los hechos sometidos a juicio, los tribunales no pueden aplicar las leyes, decretos o cualquier otra disposición que vulnere lo dispuesto en la Constitución o contravenga los principios en ella consignados.»

Debe destacarse que, a la luz de este precepto, la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad pasó a ser reconocida incluso en términos más amplios y completos que en la Constitución de 1911, ya que si en esta última el ejercicio de esta facultad queda sujeto a la iniciativa de impugnación de la ley por las partes, ahora puede iniciarse de oficio por el juez. Es, por tanto, el reconocimiento completo de la idea de *judicial review*, en cuanto poder-deber de los tribunales de averiguar la corrección constitucional de las leyes que han de aplicar y de inaplicar a aquellas contrarias a la Constitución. Un poder-deber derivado de su función de garantes últimos del orden jurídico y desde luego del orden jurídico-constitucional.

3. Conviene destacar que esta facultad jurisdiccional de control de constitucionalidad no se dirigía, principalmente, al control de mera «regularidad» formal y orgánico de las leyes y demás disposiciones, es decir, al control de observancia de las reglas constitucionales relativas tanto al proceso de elaboración como a la competencia para su emanación; a decir verdad, durante la vigencia de la Constitución de 1911 un importante sector (no unánime) de la doctrina sustentó incluso que el artículo 63 no confería siquiera a los

tribunales la facultad de controlar la corrección formal de las leyes votadas por el Parlamento (salvo en el caso de vicios que comportasen su inexistencia); y en la Constitución de 1933, por razones derivadas del esquema de distribución de competencias normativas (lo que incluía la atribución al Gobierno de un poder legislativo muy similar al del Parlamento) y con la preeminencia política reconocida en esta Constitución al ejecutivo, quedaban fuera expresamente del referido control las disposiciones de mayor rango en la jerarquía de las fuentes del Derecho (leyes de la Asamblea Nacional y decretos del Gobierno).

Significa esto, inversamente, que el contenido de la facultad de *judicial review*, en el ámbito de las Constituciones portuguesas analizadas, era el de asegurar la conformidad «material» o «sustantiva» de las reglas de derecho con la Constitución. Y asegurar esa conformidad con la Constitución, entendida esta última no en un sentido meramente legalista (como mero conjunto de preceptos integrantes del texto formal), sino en un sentido más comprensivo y global de estatuto jurídico básico de la comunidad política, basado ciertamente en «normas» constitucionales, pero también incorporando y reflejando un complejo de «principios» fundamentales, subyacentes a aquéllas, e informadores de todo el ordenamiento jurídico: de hecho, tanto la «Constitución» como los «principios en ella consagrados» aparecen *expressis verbis* como parámetros de constitucionalidad en los textos anteriormente transcritos de las Constituciones de 1911 y de 1933.

Fue, por tanto, en orden antes de todo a la garantía de la Constitución «sustantiva» cuando *ab initio* el Derecho Constitucional portugués reconoció el principio de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes —intuyendo con corrección que tal garantía podía no derivarse «automáticamente» de la dinámica interna del sistema político (*stricto sensu*), basado en la convicción, confirmada por la lección del Derecho norteamericano, de que atribuir tal «poder» a los tribunales era simplemente reconocer un aspecto esencial de su medular función de «decir qué es Derecho».

4. Si bien los preceptos constitucionales son incontestables, sin embargo, ha de señalarse que el régimen consagrado en ellos estuvo lejos de encontrar una significativa concretización práctica; así, fueron de hecho muy reducidas las sentencias en las que los tribunales portugueses, a lo largo de la vigencia de las Constituciones de 1911 y 1933, declararon la inconstitucionalidad de normas legales. El reconocimiento por los textos constitucionales del control difuso de constitucionalidad aparece sobre todo como una afirmación de principio.

Sería fácil y tentador buscar la explicación del fenómeno en las peculia-

ridades características y en la práctica institucional del régimen establecido por la Constitución de 1933 —el cual se mantuvo ininterrumpidamente hasta el movimiento militar del 25 de abril de 1974—. Sin embargo, esto no explica cómo el fenómeno en referencia se produjo también durante el período de vigencia del régimen democrático-parlamentario de la Constitución de 1911. Por ello, pensamos que la raíz más profunda de la «inoperancia» del sistema debe buscarse en otro orden de razones y que ésta se encontrará, finalmente, en lo que puede calificarse como «desfase» por un lado entre los datos normativos del Derecho Constitucional portugués y su «realidad constitucional» y, por otro, entre esos datos y la teoría y la doctrina constitucionales. No es arriesgado añadir que si bien las Constituciones portuguesas de la primera mitad del siglo se revelaron precursoras en el continente europeo en lo concerniente al control de constitucionalidad, también lo fueron adelantándose a las circunstancias político-constitucionales de su propio país. En tales condiciones —muy diversas de las que propiciaron el efectivo desarrollo del modelo en los Estados Unidos de América— no es extraño que el régimen de control incidental de constitucionalidad se haya mostrado muy poco eficaz.

Por eso mismo, no faltaron en una fase posterior de vigencia de la Constitución de 1933 sugerencias doctrinales y propuestas legislativas tendentes a modificarlo. La primera de estas últimas surgió por iniciativa individual de un parlamentario con motivo de la revisión constitucional de 1959 y se orientaba en el sentido de concretar la competencia para la apreciación de la inconstitucionalidad en los Tribunales Supremos de las distintas jurisdicciones. La tentativa no tuvo éxito, habiéndose invocado entonces sobre todo la inconveniencia político-constitucional de un régimen de control concentrado de constitucionalidad. La segunda de tales propuestas, ahora de iniciativa gubernamental, se produjo con motivo de la reforma constitucional de 1971 y se tradujo en la inclusión en el artículo 123 de la Constitución de un nuevo párrafo en el que se preveía la posibilidad de que el legislador ordinario concentrara en algunos tribunales (evidentemente los Supremos) la competencia para el juicio de inconstitucionalidad, confiriendo a estas decisiones eficacia obligatoria general. Pero, así como el primero de los intentos de modificación del sistema tradicional de control de constitucionalidad no tuvo éxito, el segundo, a su vez, no tuvo consecución, pues en 1974 se acababa el largo período de vigencia de la Constitución de 1933 sin que el legislador ordinario hubiera ejercitado la facultad conferida en esta última reforma.

Conviene añadir todavía algo más. Y es que, junto con el régimen general de control difuso, conoció el Derecho portugués, en el período constitucio-

nal de 1933, una manifestación bastante limitada e imperfecta de concentración de competencia del juicio de inconstitucionalidad. Se trataba del régimen aplicable a la legislación de Ultramar, especialmente en lo tocante a los eventuales vicios orgánicos, y consistía en la atribución al Consejo de Ultramar (un órgano de naturaleza híbrida, político-administrativo y judicial) del monopolio de este control, a ejercitar mediante el reenvío al mismo por los tribunales de la «cuestión prejudicial», con reconocimiento de fuerza obligatoria general a las decisiones en que el Consejo declarase la inconstitucionalidad.

5. Una vez perdida la vigencia de la Constitución de 1933 en virtud del movimiento militar del 25 de abril de 1974, habiéndose abierto un nuevo ciclo institucional en la historia política y social portuguesa e iniciado el proceso constituyente que había de conducir a la Constitución de 1976, se planteó nuevamente el problema de la garantía de la Constitución. Ahora en nuevos y más amplios moldes.

Efectivamente, los condicionantes políticos, sociales y económicos —en suma, la «realidad constitucional»— en que la nueva ley fundamental se inscribía eran muy diferentes de todo lo precedente. Nos encontrábamos ahora ante una sociedad política diversificada y llena de contrastes y ante la instauración de un proceso político plural, caracterizado por acentuadas dicotomías ideológicas y sociales, y sumado a lo anterior asistíamos a una cierta «regionalización» del Estado (con la consideración de regiones autónomas de los archipiélagos atlánticos de Azores y Madeira), inevitablemente generadora de potenciales conflictos entre los órganos centrales de la República y los órganos autonómicos. Todas estas circunstancias conducían a una intensiva revalorización normativa de la Constitución y reclamaban una creciente garantía de respeto por el «compromiso» (el compromiso «posible») institucional y político que la Constitución representaba.

Por otro lado, la idea del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes se había implantado y desarrollado en Europa a través de la difusión del modelo austríaco del control concentrado en tribunales constitucionales. Y a tal hecho —con sus inmediatos reflejos en lo tocante a la aplicabilidad efectiva del Derecho Constitucional y a su desarrollo dogmático— no era insensible la doctrina publicista portuguesa, familiarizada sobre todo con la doctrina alemana e italiana y bajo su influencia.

Puede decirse que era el momento oportuno para la revitalización del principio, ya conocido en el Derecho portugués, de control judicial de la constitucionalidad, quizás, siguiendo el ejemplo de varias democracias europeas, a través del establecimiento de una jurisdicción constitucional autónoma.

6. Lo que, sin embargo, no sucedió en la versión inicial de la Constitución de 1976.

En su primera versión, la Constitución fue producto del compromiso, no solamente entre las fuerzas políticas representadas en la Asamblea constituyente, sino también entre estas fuerzas y el poder revolucionario militar que desencadenó la Revolución del 25 de abril de 1974 —compromiso este último sellado mediante dos pactos constitucionales establecidos entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas (sede del poder revolucionario) y los principales partidos políticos portugueses—. A través de estos pactos el poder militar se reservaba, durante un período transitorio que se prolongó hasta 1982, un papel de garante del «regular funcionamiento de las instituciones democráticas» y del «cumplimiento de la Constitución» y de la «fidelidad al espíritu de la Revolución portuguesa del 25 de abril de 1974» (art. 142). Esta función tutelar fue confiada al Consejo de la Revolución —que así se insertaba en el sistema político junto a los órganos democráticos clásicos, como expresión del poder revolucionario original y heredero del Movimiento de las Fuerzas Armadas—, lo que había lógicamente de conllevar que en este órgano político, y no en un «poder judicial», residiera el eje de la garantía de la Constitución. En esta lógica, se atribuyó expresamente al Consejo de la Revolución competencia para el control «preventivo» de la constitucionalidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley, competencia para el control «abstracto» de la constitucionalidad de las normas jurídicas e incluso para verificar la inconstitucionalidad «por omisión del legislador».

El Consejo de la Revolución estaba asistido, en el ejercicio de sus competencias, por la Comisión Constitucional, órgano de carácter jurídico, tanto en cuanto a su composición como en cuanto a la naturaleza de la actividad a desarrollar, al que correspondía emitir informe (no vinculante) sobre todos los supuestos de control de constitucionalidad dirigidos al Consejo, así como sobre cualquier iniciativa del mismo en esta materia. Por otro lado, junto a esta garantía «política» de la Constitución, confiada al Consejo de la Revolución, se mantuvo la tradicional competencia de los tribunales para el control incidental de constitucionalidad, aunque con una importante salvedad: las decisiones judiciales que no aplicasen, en base a una violación de la Constitución, normas legales o equiparadas, eran recurribles ante la Comisión Constitucional (llamada en estos supuestos a ejercer una función «materialmente» jurisdiccional). Se establecía así un principio de «concentración de competencia» en esta materia, seguramente de cara a asegurar la uniformidad jurisprudencial y doctrinal en tan importante ámbito, pero sin duda también de cara a evitar que la realización legislativa de los objetos programáticos de la Cons-

titudinación no quedara bloqueada por un «activismo judicial» de signo más conservador.

He aquí las líneas generales del sistema de control de constitucionalidad vigente en Portugal entre 1976 y 1982.

No se había producido aún una consagración de una «justicia» constitucional autónoma, aunque éstos pueden considerarse sus precedentes. Sobre todo atendiendo al papel esencial que en este sistema asumió la Comisión Constitucional, no solamente en virtud de la concentración de competencia «decisoria» que en ella se dio, sino también porque su función «consultiva» fue, de hecho, determinante del modo como el Consejo de la Revolución ejerció su capacidad de control político, pues salvo un reducido número de casos con relevante significado político, el Consejo siguió invariablemente el parecer de la Comisión.

7. Cuando en 1982 se procedió a la reforma constitucional que, haciendo desaparecer el Consejo de la Revolución, había de cerrar el período de transición caracterizado por la tutela institucional del poder revolucionario militar y, al mismo tiempo, consagrar en plenitud el *principio democrático* como fundamento del ejercicio de la soberanía, la opción que se le planteaba al legislador de la reforma en materia de control de constitucionalidad era clara: o se volvía al tradicional sistema portugués de control incidental difuso a cargo de los tribunales, o se perfeccionaba el sistema vigente durante el período de transición, convirtiéndolo en una verdadera jurisdicción constitucional.

Por ello, en vista del escaso alcance práctico que tuvo en Constituciones anteriores el primero de los sistemas, de la necesidad de una garantía jurisdiccional efectiva de la Constitución, del ejemplo a tomar del Derecho constitucional comparado europeo contemporáneo y de la experiencia claramente positiva del funcionamiento de la Comisión Constitucional, se comprende que la opción se haya hecho en el sentido de la segunda de las alternativas.

En este sentido convergían la doctrina constitucional, así como varios estudios y proyectos de reforma de la Constitución sometidos a pública reflexión por distintos autores. En el mismo sentido se manifestaba la posición de los partidos políticos con representación parlamentaria, traducida en los proyectos por ellos presentados oficialmente como borradores para la reforma del texto constitucional. En lo que toca a esto último conviene destacar la unanimidad de puntos de vista en cuanto a la creación del Tribunal Constitucional que se daba entre los partidos de la entonces mayoría gubernamental —Partido Social-Demócrata, Partido del Centro Democrático y Social (demócrata-cristianos) y el Partido Popular Monárquico— por un lado y el Parti-

do Socialista y sus aliados por otro, los cuales aseguraban la mayoría cualificada de votos exigidos para la reforma constitucional y, efectivamente, la determinaron. Posiciones divergentes fueron las asumidas por el Partido Comunista, su aliado el Movimiento Democrático Popular y por el pequeño partido de la Unión Democrática Popular, de extrema izquierda, todas marcadas por la preocupación de la extinción del Consejo de la Revolución y en el sentido o bien del mantenimiento del órgano (caso del primero y último de los partidos enumerados), o bien en el sentido de su sustitución por un Consejo Constitucional, órgano de naturaleza híbrida, bastante distinto del Tribunal Constitucional (caso del segundo de los partidos mencionados).

En estas condiciones, la instauración del Tribunal Constitucional se apoyó en un amplio consenso y no revistió carácter polémico. Lo que sí fue largo fue el debate en torno a la exacta configuración de su competencia de control de las normas y especialmente en lo que respecta a su composición (tanto en cuanto al número como en cuanto al modo de designación de sus miembros). Sin embargo, estos aspectos no serán tratados ahora.

8. Fue este el origen inmediato del Tribunal Constitucional portugués. Sin embargo, sería una visión superficial de las cosas la que se detuviese aquí, sin buscar raíces más profundas en una larga tradición de reconocimiento del principio de control jurisdiccional de constitucionalidad, cuyos momentos más relevantes han sido ya descritos. Es en la línea de esta tradición, en su revitalización y perfeccionamiento, donde se inscribe la creación del Tribunal, lo que ponen de manifiesto dos aspectos muy característicos de su competencia.

Consiste el primero en que tal competencia se remite fundamentalmente al control normativo (control de constitucionalidad y de una especie peculiar de legalidad), asumiendo las restantes atribuciones del Tribunal una importancia indiscutiblemente secundaria, no encontrándose entre ellas las que, relativas a otros dominios, podrían considerarse en términos comparados como «típicas» de la jurisdicción constitucional (v. g.: la resolución de litigios o conflictos constitucionales de competencias o la institución del «recurso de amparo» como instrumento específico de garantía de los derechos constitucionales de los ciudadanos). Estos otros ámbitos carecían de tradición alguna en el Derecho Constitucional portugués anterior —al contrario de lo que sucedía con el control de constitucionalidad—. Y no deja de ser significativo que incluso cuando se opera una cierta «regionalización» del Estado, susceptible de haber aconsejado un procedimiento específico, en el cuadro de la justicia constitucional, orientado a resolver los posibles conflictos en el marco de aquélla, tal mecanismo no se haya previsto en Portugal; sólo indirecta-

mente, cuando estos conflictos se produzcan con motivo de la emanación de normas, pueden ser jurisdiccionalmente resueltos, a través precisamente del control normativo del Tribunal Constitucional.

Una segunda nota, más ilustrativa, evidencia la influencia de la tradición portuguesa del control de constitucionalidad en la instauración del Tribunal: se refiere a las condiciones en que por éste es ejercido el control normativo concreto. Al contrario de lo que sucede en el modelo clásico de control concentrado —en que los tribunales constitucionales son llamados a pronunciarse sobre una «cuestión prejudicial» de constitucionalidad, reenviada por los tribunales ordinarios—, en el sistema portugués el Tribunal Constitucional reaprecia las decisiones que sobre la propia cuestión de inconstitucionalidad han tomado los tribunales ordinarios. Esto se explica porque la institución de la justicia constitucional autónoma encontraba ya consagrado en el Derecho portugués el principio según el cual los tribunales tenían «acceso directo» a la Constitución, compitiéndoles, consecuentemente, conocer las cuestiones de constitucionalidad ante ellos suscitadas y rehusar la aplicación de las normas que considerasen inconstitucionales. La creación del Tribunal Constitucional no implicó, por tanto, una ruptura con esa tradición, sino que por el contrario se tradujo en su coronación. De tal modo que bien puede caracterizarse el vigente sistema portugués de control de constitucionalidad como un sistema mixto, en que se combinan los principios de control «difuso» y de control «concentrado».

9. En síntesis, puede decirse, para concluir, que el Tribunal Constitucional portugués, creado en 1982, se sitúa en la confluencia de dos tradiciones constitucionales: de un lado, la tradición americana del *judicial review*, asumida ya en 1911, en la primera Constitución republicana del país, y de otro, la tradición contemporánea europea de una justicia y de una jurisdicción constitucional autónomas, concebidas como el mejor camino para resolver el problema «político» de la garantía contenciosa de la Constitución y para proveer de eficacia a tal garantía.

(Traducción de TERESA QUINTELA.)