

UNIVERSIDAD DE GRANADA  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

*LA MEDIDA PROVISÓRIA*  
EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA:  
“Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo”

**TESIS DOCTORAL**

LUIZ EDUARDO ANESCLAR  
GRANADA

**La Medida Provisória en la Constitución brasileña:  
“Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo”**

**Tesis Doctoral presentada por  
el Licenciado en Derecho *Luiz Eduardo Anesclar*,  
bajo la dirección del Catedrático de Derecho Constitucional  
y de Derecho Constitucional Europeo  
Dr. D. *Francisco Balaguer Callejón*,  
para la obtención del grado de Doctor por la Universidad de Granada**

Apoyo: Beca de la Fundación CAPES –  
Gobierno Federal de Brasil – Brasilia – DF.

UNIVERSIDAD DE GRANADA  
ESPAÑA - OCTUBRE - 2005



*La Medida Provisória* en la Constitución brasileña: “Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo”

ÍNDICE

<b>CAPÍTULO – I</b>	<b>PÁG</b>
1. Introducción	8
2. El Principio de la Constitución Normativa en Brasil	34
3. El modelo federa brasileño y la normatividad constitucional consecuencia del Estado federativo	47
4. El Estado Federal y el principio democrático en Brasil	56
5. La Normatividad de la Constitución Federal y el Presidencialismo.	81
1. La Constitución Normativa	81
6. El Sistema de Fuentes del Derecho y la forma de gobierno Presidencialista brasileña	87
7. El Poder Ejecutivo como Partícipe en el Proceso de Producción de la Ley	94
8. El Sentido Constitucional de la Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo	106

9. Las Garantías constitucionales y límites al ejercicio de la Potestad Legislativa de excepción del Poder Ejecutivo	114
I. El Principio Democrático	114
II. La Delegación Legislativa	135
III. El Principio de Legalidad y del Estado de Derecho: “ <i>Un referente para la Potestad de urgencia del Gobierno</i> ”	140
IV. Las Garantías Genéricas y Específicas de los Derechos. La Reserva de Ley	148
V. La Reserva de Ley en la Constitución de Brasil	154
VI. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales como Límite a la Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo.	161
VII. El Poder Legislativo: el Procedimiento más Democrático	176
VIII. La Delimitación de la Competencia Excepcional	185
10. El Sistema de Fuentes del Derecho y la <i>Medida Provisória</i>	196
I. Introducción	196
II. La <i>Medida Provisória</i> : Principal Fuente del Derecho	202

## CAPÍTULO – II

### TEORÍA GENERAL DE LA *MEDIDA PROVISÓRIA*

	213
1. Los antecedentes de la <i>Medida Provisória</i> ”	213
2. El Proceso de Elaboración de la <i>Medida Provisória</i> en la Constitución brasileña de 1988	222
3. El Marco Constitucional de la <i>Medida Provisória</i>	228
4. Las Diferencias entre la <i>Medida Provisória</i> y el Decreto-ley en Brasil	239
I. Los Aspectos en cuanto a la Arbitrariedad o Legalidad del Acto	239
II. Los Aspectos en cuanto a la Formalidad Constitucional	246
III. Las Divergencias entre la <i>Medida Provisória</i> y el Decreto-ley en los Aspectos Materiales	250
IV. Las Divergencias respecto de la Eficacia	264
V. La Divergencias en cuanto a la Interpretación Constitucional	266
5. La Reconstrucción de la Soberanía Ciudadana por el Pluralismo	268
6. Los Presupuestos Habilitadores de Relevancia y Urgencia	285

## CAPÍTULO – III

LA <i>MEDIDA PROVISÓRIA</i> TRAS LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL n.º 32/2001	308
1. Introducción	308
2. La Nueva Configuración de la <i>Medida Provisória</i> por el Artículo 62 de la Constitución brasileña	322
3. Los Requisitos formales para la producción de la <i>Medida Provisória</i>	330
I. La Potestad Legislativa del Gobierno	330
4. Los Requisitos Materiales de la <i>Medida Provisória</i>	335
5. Excepción a las Prohibiciones Materiales	361
6. La Vigencia de la <i>Medida Provisória</i>	365
7. El Control Parlamentario de la <i>Medida Provisória</i>	370

I.	Introducción	370
II.	La Convalidación de la <i>Medida Provisoria</i> : “ <i>El Juicio Previo</i> ”	392
III.	La Conversión de la <i>Medida Provisoria</i> en Ley y el Poder de Enmienda	414
IV.	La Reiteración de la <i>Medida Provisoria</i>	431
V.	Los Efectos del Acto Gubernamental	444
VI.	La Enmienda al Proyecto de Ley de Conversión de la <i>Medida Provisoria</i>	448

## **CAPÍTULO - IV**

1.	Conclusiones Finales	453
2.	Bibliografía Consultada	479



## CAPÍTULO - I

### 1. Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objeto principal el estudio, desde la base metodológica de la dogmática jurídica, del tipo normativo "*Medida Provisória*", fuente de naturaleza legal que el actual ordenamiento constitucional brasileño fija como el principal instrumento a través del cual se concreta la potestad legislativa del Poder Ejecutivo en Brasil.

De forma previa, nuestra tesis doctoral se inicia con un análisis de la vigencia del concepto de Constitución normativa en el Estado brasileño. Así, la investigación va a plantear inicialmente, en el primer capítulo, el alcance del principio de la normatividad constitucional en Brasil, al objeto de determinar el modelo de ordenamiento jurídico, sus principios y las formas de interrelación normativa en las que se inserta la "*Medida Provisória*". Evidentemente en esta primera aproximación, el método proporcionado por el Derecho comparado ha tenido un especial relevancia en esta primera parte, tomando como modelo de referencia el sistema constitucional español y el desarrollo doctrinal que en torno suyo se ha producido.

La elección del sistema constitucional español se justifica tanto por las posibles semejanzas entre ambos modelos constitucionales, como por las evidentes diferencias entre los mismos que, a nuestro entender, proporcionan un contraste en el que los elementos sustanciales del tipo normativo estudiado se hacen más evidentes.

Por lo que se refiere a los elementos estructurales del ordenamiento constitucional español y brasileño que pudieran ofrecer una cierta semejanza, hemos de destacar que en ambos casos nos encontramos ante un modelo de organización territorial fuertemente descentralizado, si bien en Brasil tal descentralización territorial se presenta en el clásico modelo federal. Como tendremos oportunidad de desarrollar a lo largo del presente trabajo la estructura federal del Estado Brasileño va ha configurar un sistema de fuentes plural, articulado en torno a una diversidad de principios estructuradores del ordenamiento que, evidentemente, condicionarán la naturaleza y finalidad de la *Medida Provisória*.

Desde esta perspectiva, la investigación indagará hasta que punto el Estado federal brasileño se articula en torno a una Constitución considerada como la norma suprema del ordenamiento, tanto en el nivel federal como en el de los Estados miembros y adelantamos que una de nuestras hipótesis consistirá en presentar al Estado federal como uno de los factores más decisivos a favor del reconocimiento del valor normativo de la Constitución y para el despliegue de su fuerza normativa. Y, ello, en la medida en que la distribución de competencias entre el Estado central y los estados miembros constituye un límite al ejercicio de una potestad legislativa del Gobierno que, en Brasil, ha presentado una regulación poco

coherente con el principio de la división de poderes, el principio democrático y, en definitiva, con la lógica del sistema de fuentes brasileño.

No obstante, la formación del Estado federal en Brasil ha tenido un origen centrípeto que explica la tendencia centralizadora que, sobre todo, a través de la acción gubernamental se da en el sistema constitucional brasileño y los importantes instrumentos jurídicos de control sobre los Estados miembros, justificados por la necesidad de mantener la integridad territorial. Esta situación, encuentra un precedente en el Gobierno del régimen militar anterior con el que el actual sistema constitucional guarda ciertos paralelismos.

En efecto, la forma de gobierno presidencialista brasileña y la presencia de la *Medida Provisória*, como instrumento de inserción de normas jurídicas con fuerza de ley, presentan puede entenderse como una rémora de un modelo constitucional en el que coexisten elementos más propios del parlamentarismo y con una estructura básicamente presidencialista.

En definitiva, el estudio dogmático de la *Medida Provisória* que hemos realizado se inserta en una comprensión de la misma dentro de la forma de Estado y de gobierno en Brasil y el sentido que en las mismas pudiera tener este tipo normativo que, en última instancia, da contenido a una esfera de competencia excepcional del Gobierno.

Por otra parte, las profundas desigualdades sociales que se constatan en Brasil hace necesario, desde la lógica del Estado social y democrático de Derecho, una constante intervención en la sociedad a través de normas para reducir dichas desigualdades, al tiempo que

esta realidad social hace que los principios y fines del Estado social estén lejos de ser cumplidos.

Esta situación constituye otro de los factores que distorsionan en Brasil el alcance normativo de la Constitución. En este sentido, también será objeto de estudio la proyección de los principios del Estado social en el sistema de producción y aplicación del Derecho.

Como veremos, estructura federal y función social del Estado también representan elementos complementarios dado que la segunda dota de un sentido teleológico a la primera dotándola de una función que va más allá de una mera integración de las unidades federadas a la Unión Federal. Sin embargo, esta última dimensión señalada es la que prima en Brasil, la que justifica una actuación centralizadora del gobierno, todo lo cual propicia que, en realidad, el carácter de la Constitución brasileña se aproxime más a una consideración de la misma como un texto del tipo semántico o descriptivo.

En este contexto, el ejercicio de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo a través de la *Medida Provisória* se va a configurar como un instrumento político a su servicio, quedando en un segundo plano los límites constitucionales que dicha potestad tiene en Brasil.

No obstante lo dicho, la Constitución brasileña encierra una potencialidad normativa que se concreta, al menos formalmente, con un contenido que consagra los principios básicos de este tipo de Constituciones. De esta forma, junto a una realidad socio-política como la descrita, el texto Constitucional ofrece un parámetro para medir hasta que punto su valor normativo despliega sus efectos y cual

es el grado de incumplimiento por parte de los poderes públicos. Es más, la Constitución brasileña tiene un fuerte contenido social que debería vincular a los agentes del poder político y que debería de servir como orientación no sólo del contenido de las normas sino también como parámetro interpretativo de las normas que regulan los procesos de producción y aplicación del Derecho.

En otro orden de cosas, nuestro trabajo también se dedica a establecer la relación existente entre el sistema de fuentes y la forma de gobierno brasileña, partiendo como premisa de este análisis que el rígido principio de separación de poderes contribuye a la falta de normatividad constitucional.

Mejor dicho, lo que contribuye a esa falta de normatividad es un sistema de gobierno de carácter presidencialista en que, no obstante, se insertan mecanismos propios del parlamentarismo. En concreto, el reconocimiento de una potestad legislativa al ejecutivo representa, más que una confluencia de ambos sistemas de gobierno, una fórmula para potenciar el papel del Poder ejecutivo en el entramado institucional del Estado.

Esto es resultado, entre otras cosas, de una sociedad cada vez más compleja que dificulta al Parlamento ofrecer soluciones adecuadas a través del procedimiento legislativo ordinario. El Gobierno cuenta con la máquina administrativa y por eso está más habilitado a dar solución con una mayor agilidad a los problemas sociales.

Sin embargo, el dinamismo y la tendencia expansionista que presenta el Poder Ejecutivo dentro del entramado institucional del

Estado encuentra sus límites en el ordenamiento jurídico pero también en la configuración del sistema de fuentes estatales. Así, junto a la tradicional potestad reglamentaria reconocida al Gobierno, sometida jerárquicamente a la ley general y abstracta, se reconoce también una potestad legislativa delegada, concretada a través de los decretos legislativos, y una potestad legislativa excepcional al poder ejecutivo, configurándose un sistema de fuentes plural en el que las normas de carácter legal son generadas por diferentes centros de producción.

De esta forma el Parlamento pierde el monopolio de la producción de las normas de rango legal a favor del Poder Ejecutivo que, de esta forma, ve reflejado en el ámbito de las fuentes su mayor peso político.

No obstante, en el caso del sistema parlamentario el Parlamento sigue manteniendo una función de control sobre la actividad legislativa del Gobierno de forma más o menos formal que, en el sistema presidencialista brasileño va ha perder intensidad debido a la legitimación democrática directa del ejecutivo por parte del cuerpo electoral y al no requerir la confianza parlamentaria para sus estabilidad y mantenimiento.

Efectivamente, dado que el Gobierno, al ser elegido directamente y de forma democrática por el pueblo, cuenta con la misma legitimidad que el parlamento, los límites constitucionales a la potestad legislativa del gobierno deberían ser, entendemos, más intensos y restrictivos a fin de que en el sistema de fuentes equivalente a esta forma de gobierno no se diera una total desvirtuación de la ley parlamentaria.

Los límites formales a la producción legislativa del gobierno cobran, pues, una especial importancia en la articulación del ordenamiento constitucional brasileño como forma de equilibrar un modelo presidencialista en el que, como ya hemos dicho, se incorporan mecanismos e instituciones propias del sistema parlamentario.

De otra forma, la inevitable proyección de la forma de gobierno sobre el sistema de fuentes podría conducir a una situación en la que el Poder Ejecutivo cobrara un peso que podría romper el principio de la división de poderes, incluso dándose un estricto cumplimiento de las normas sobre la producción contenidas en la Constitución brasileña.

Por lo dicho, queda justificada la importancia del estudio de la participación del Poder Ejecutivo en el proceso de producción de normas de carácter legal, máxime cuando la Constitución prevé esa diversidad de centros de producción normativa legal.

A lo anterior habrá que sumar la circunstancia de que, también en la producción de las leyes parlamentarias el Gobierno desarrolla un papel directivo.

Esto es posible debido a la mayoría parlamentaria que da apoyo al Gobierno y donde el antagonismo gobierno-parlamento ha quedado sustituido por el par formado por gobierno y mayoría parlamentaria-minoría parlamentaria.

En cualquier caso, el dato esencial en nuestro estudio será ese proceso de parlamentarización del presidencialismo en Brasil y será en este contexto donde desarrollaremos nuestro estudio sobre las *Medidas Provisórias* que, como veremos, será el tipo normativo que mejor refleje este proceso de parlamentarización al que nos referimos.

Las *Medidas Provisórias* son el tipo normativo a través del cual el Gobierno inserta normas en el ordenamiento jurídico en los casos de urgencia y relevancia. Sin embargo, al igual que en los sistemas parlamentarios, son utilizadas como un modo ordinario de la producción normativa gubernamental dándose una práctica y una interpretación jurisprudencial de las normas constitucionales en esta materia que han ampliado el margen del Poder Ejecutivo en el ejercicio de su potestad legislativa extraordinaria.

Esta circunstancia, como veremos, ha alterado el modelo de fuentes previstas en la Constitución brasileña y, con ella, el principio de seguridad jurídica, si bien, desde un punto de vista político ha sido el Poder Ejecutivo, dada la tradicional configuración del Parlamento como instancia donde se ha constatado la pervivencia de élites sociales, el que ha desarrollado de forma más clara las bases del Estado social y democrático de derecho en Brasil.

De esta forma, se da la paradójica situación de que una interpretación forzada de las normas constitucionales sobre la producción normativa, ha favorecido el desarrollo de los contenidos materiales de la Constitución, sobre todo en lo referente a los aspectos sociales de la misma.

Esta última afirmación nos coloca en otro de los elementos desarrollados en el presente trabajo de investigación, a saber, la relación entre el sistema de fuentes (y en especial el sentido constitucional de la *Medida Provisória*) y el desarrollo del contenido material de la Constitución y con el desarrollo de los principios sobre los que se articula el Estado Social y Democrático de Derecho.



Desde nuestro punto de vista, el alcance y el sentido de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo y de competencia para el desarrollo legislativo por la vía de urgencia, no puede quedar desconectado de la proyección teleológica de la Constitución en la consecución del principio de justicia distributiva, entendida esta como fin y como referencia en la actuación de los poderes públicos.

Así, en Brasil, la Constitución recoge como fundamentos y objetivos la consecución de una justicia igualitaria de forma que el ideal de una justicia distributiva se configura como un principio al que quedan sometidas todas las instituciones tanto desde el punto de vista del contenido de las normas como, entendemos, desde el punto de vista de los modos de producción de dichas normas.

En concreto, la falta de producción normativa por parte del Parlamento en materia social se ha visto paliada por la incorporación de normas jurídicas en esta materia a través de la *Medida Provisória*, cobrando esta una dimensión y sentido constitucional como auténtico instrumento político en el frecuente enfrentamiento ideológico entre las fuerzas sociales representadas en el Parlamento y las que viene representando el Gobierno: Tradicionales y conservadoras las primeras, progresistas las segundas.

La falta de un desarrollo legislativo de la Constitución, sobre todo por lo que se refiere a los derechos de contenido social, tiene a fin y a la postre un efecto negativo sobre la propia normatividad del texto constitucional y es causa de una cierta atrofia del ordenamiento jurídico y un factor que explica una “judicialización” del proceso de producción normativa en Brasil.

En este sentido, como se desarrollará en su momento, el ejercicio de la potestad del Poder Ejecutivo a través de la *Medida Provisória* cobra una dimensión que afectará, incluso, a la interpretación del hecho habilitante, la urgencia y extraordinaria necesidad, ya que dicho hecho también se producirá por la existencia de un vacío normativo que pudiera suponer un menoscabo de la normatividad constitucional.

De esta forma, el poder reconocido al Gobierno para insertar normas en el ordenamiento jurídico brasileño a través de *Medidas Provisórias*, queda relacionado – al menos desde un punto de vista material- con el fin constitucionalmente consagrado de construir una sociedad más justa.

Obviamente, la situación idónea sería aquella en la que la *Medida Provisória* quedara inserta en un sistema de fuentes en el que ocupara un lugar junto a la Ley, expresión esta última de la producción normativa del órgano de la representación nacional y en cuyo proceso de producción quedara asegurado el principio del pluralismo. Sin embargo, en el proceso de producción de la *Medida Provisória* tal proceso no queda asegurado dado que este tipo normativo se caracteriza por un débil control parlamentario y por ser la expresión normativa de la acción política del Gobierno, esto es, de ser el instrumento normativo a través del cual el Gobierno ejecuta su programa electoral.

Efectivamente, la *Medida Provisória* tiene un contenido unilateral y su producción no asegura un debate democrático. Lo que puede generar una situación de potencial peligro para el sistema democrático dado el poder que en el Gobierno se concentra, independientemente

de que coyunturalmente el Ejecutivo despliegue políticas sociales como antes se ha indicado.

Por tanto, a lo largo de nuestra investigación se van a plantear soluciones para la garantía de la democracia y de la Constitución contra los abusos del Gobierno, sobre la base del respeto del principio democrático, de la fijación de unos límites ciertos a la delegación legislativa a favor del ejecutivo, de la asunción de los derechos fundamentales como límite y orientación de la acción legislativa gubernamental y, en definitiva, de la asunción del principio del pluralismo como un elemento sustancial del sistema de fuentes del derecho.

En este sentido, el último punto del capítulo primero de la tesis abordará, en términos generales, los elementos estructurales del sistema de fuentes brasileño en el que se inserta la *Medida Provisória*, con especial referencia a los elementos de que forma más clara cualifican y condicionan dicho sistema de fuentes.

En este sentido, ya se ha indicado que la forma de Estado federal va a ser un elemento determinante, tanto desde un punto de vista dogmático, como desde el punto de vista de la práctica del sistema federal y de la difícil articulación de los diferentes conjuntos normativos elaborados por los diferentes centros territoriales de producción jurídica.

Evidentemente, la producción normativa en el ámbito federal debe articularse respetando la competencia legislativa del Estado

federado, lo que resulta de especial importancia para la existencia misma del sistema federal.

Ciertamente, el modelo federal exige de una forma más intensa la normatividad de la Constitución como norma fundante y fundamental de un ordenamiento plural, conformado por los ordenamientos de los Estados miembros junto al ordenamiento emanado del Estado Federal. En caso contrario, los inevitables conflictos internormativos se resolverían a través de mecanismos extrajurídicos.

Y es esta la situación que, en buena medida se produce en Brasil, donde la estructura social diseñada en el texto constitucional responde al principio democrático no cuenta con una consolidada práctica, persistiendo vicios del pasado que, por lo que se refiere al sistema federal, se concretan en una cierta tendencia centralista.

En este sentido, la distribución competencial entre el Estado Federal y los Estados miembros constitucionalmente consagrada en la Constitución debería ser un límite para la producción de las *Medidas Provisórias* y, sin embargo, tal límite no siempre resulta operativo ya que, como hemos apuntado, las tendencias centralizadoras se concretan en una producción normativa a través de las *Medidas Provisórias* que rompen esta distribución competencial. De esta forma, la pérdida de protagonismo del Parlamento en la configuración del ordenamiento brasileño se puede predicar tanto del Parlamento Federal como de los Parlamentos de los Estados federados. Lo que, al fin y a la postre acaba afectando al modelo federal necesitado, por lo demás de una reforma de la distribución competencial que de cuenta

del alcance de la capacidad normativa del Gobierno central en relación con las competencias reconocidas a los Estados Federados.

No parece necesario insistir, pues, en la importancia que tiene para toda la estructura del Estado un sistema de fuentes que resulte coherente con la forma del Estado y con la forma de gobierno y en el que la *Medida Provisória* ocupe el lugar que le corresponde y en el que los principios estructuradores del ordenamiento –jerarquía y competencia, básicamente- garanticen del modelo constitucional.

En la segunda parte del trabajo, hemos centrado la investigación en un intento de fijar el régimen jurídico de la *Medida Provisória* y en elaborar una teoría general de la misma que resulte acorde con el principio de la Constitución normativa.

Para ello, nuestro trabajo ha partido de la constatación de que la *Medida Provisória* fue introducida en el ordenamiento brasileño, en el momento de la implantación del Estado democrático subsiguiente al régimen militar y para sustituir al Decreto Ley que, en dicho régimen, constituía la vía normativa de la acción del gobierno dictatorial. Esta es la razón por la hemos desarrollado un estudio comparativo entre el Decreto-ley del régimen militar de Brasil y la actual *Medida Provisória*.

Por otra parte, también desarrollaremos un estudio desde el punto de vista del Derecho comparado, toda vez que la regulación constitucional de la *Medida Provisória* tuvo como referencia el Decreto-ley del constitucionalismo italiano.

Históricamente, el Decreto-ley figura por primera vez en la Constitución brasileña de 1937 que, en realidad, fijaba un régimen político de corte totalitario y que es conocido como el periodo del

“*Estado Novo*”. Este primer Decreto-ley estaba recogido en los artículos 12, 13 y 74, b de la Constitución de 1937. A grandes rasgos, su naturaleza jurídica consistía en una potestad legislativa atribuida por el Legislativo al Gobierno.

Posteriormente, con la Constitución de 1946, con la que se restauró la forma parlamentaria de Gobierno en Brasil, el Decreto-ley fue suprimido con el objetivo de garantizar la producción normativa a través del Poder Legislativo. Así, en el período comprendido entre 1946 y 1967, y que podemos calificar de plena democracia institucional, el Decreto ley no formaba parte del sistema de fuentes brasileño.

Ya durante la vigencia del régimen militar, la Constitución de 1967, a través de los artículos 52 y 55 de la Enmienda Constitucional n.º 1 de 1969, va a rescatar el Decreto-ley, recogiénose en el artículo 58 con el *nomen juris* de Decretos con fuerza de ley.

De 1969 a 1988, el Decreto-ley fue el instrumento normativo más utilizado por el régimen militar. En un primer momento, el régimen jurídico del Decreto Ley no preveía ningún tipo de control por parte del Parlamento, aunque a partir de 1967, la Constitución, en su artículo 58, estableció la necesidad de que en el Congreso Nacional manifestara su voluntad para que el Decreto-ley fuese denegado o aprobado en el plazo de sesenta días, obviamente, sin ninguna posibilidad de introducir en este debate enmiendas al texto del Decreto Ley. Por otra parte, la interpretación del citado artículo constitucional se realizó en el sentido de entenderse que el Decreto Ley era tácitamente aprobado en el caso en que el Congreso Nacional no se

hubiera pronunciado sobre el mismo en el plazo de los sesenta días antes señalado.

En cuanto a los límites materiales, el Decreto-ley de la Constitución de 1967 no podía contener disposiciones normativas que supusieran un aumento del gasto presupuestario. No obstante, a tenor de lo establecido en los apartados I y II del artículo 55 de la Constitución de 1967, el Decreto-ley podía regular la seguridad nacional, las finanzas públicas, tributos y creación de cargos públicos y fijación de salarios.

Este será una de los elementos que de forma más clara distinguirá al Decreto Ley de la Constitución de 1967 de la actual *Medida Provisória*, al tener esta reconocido un ámbito material que sólo queda limitado por la reserva de materia que la Constitución hace a favor de la *ley complementar*, por una parte, y por aquellas materias ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del Presidente<sup>1</sup>.

Es decir, aunque el ámbito material de la *Medida Provisória* resulta más amplio que el de los anteriores Decretos Ley, lo cierto es que la primera cuenta con unos límites de carácter formal derivados de las normas sobre la producción recogidas en el texto constitucional. En cualquier caso, el carácter democrático de la Constitución brasileña y su potencial normativo hacen necesario comprender a la *Medida Provisória* como inserta en un modelo en que todos los principios,

---

<sup>1</sup> Tampoco la *Medida Provisória* puede regular las materias sobre nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos, derecho electoral, derecho penal, derecho procesal penal y derecho procesal civil; la organización del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, los planos anuales, las directrices presupuestarias y créditos adicionales y suplementarios; que objetive el deteniimiento o secuestro de bienes, de ahorro popular o cualquier otro activo financiero.

valores y el resto de normas constitucionales configuran un límite para este tipo normativo. En este sentido, la *Medida Provisória* no podrá regular materias que vulneren el Estado federal, el voto directo, secreto, universal y periódico, el principio de separación de poderes y los derechos y garantías individuales. Para estas materias la Constitución brasileña establece una cláusula de intangibilidad, en su artículo 60.4, vetando cualquier Enmienda constitucional que afecte a dichos contenidos.

Contando con los precedentes que se constatan en Brasil sobre el uso del Decreto Ley, resulta de vital importancia señalar, pues, que los ámbitos materiales vetados al poder de reforma constitucional sean entendidos como un límite al ámbito material de la *Medida Provisória*. Tal y como veremos, tal previsión va a tener una proyección práctica fundamental en lo que se refiere al desarrollo legislativo de los derechos individuales que, al menos desde el contenido formal del texto constitucional, quedarían excluidos de la acción legislativa del Gobierno, tal y como se deduce de una interpretación integrada de los artículos 62 y 60.4 de la Constitución brasileña.

Sin embargo, a pesar de estas limitaciones formales y materiales que la *Medida Provisória* encuentra en la Constitución, tal y como ha señalado buena parte de la doctrina, la práctica consolidada del uso de la *Medida Provisória* está más próxima a la constatada en relación con el Decreto Ley que a la regulación constitucional de la *Medida Provisória*. Efectivamente, la pérdida de la relación de causalidad entre el uso de la *Medida Provisória* y el hecho habilitante constitucionalmente exigido – un supuesto de relevancia y urgencia – hace que esta pierda su naturaleza excepcional, sea un instrumento



ordinario de intervención normativa del Gobierno y, por esta vía, se acabe invadiendo el ámbito material de la ley ordinaria y de *ley complementar*.

Desde el punto de vista del proceso de producción normativa, la identidad entre la *Medida Provisória* y el Decreto-ley del régimen militar, se constata en el papel reservado al Congreso Nacional en dicho proceso y en una práctica política que ha hecho que la necesaria convalidación de la *Medida Provisória* en el plazo de sesenta días se pierda su sentido.

En efecto, cuando el Parlamento no se pronuncia en este plazo sobre una *Medida Provisória* presentada por el Gobierno, este reitera la presentación de la misma *Medida Provisória*. De esta forma, se produce, de facto, una prorroga que puede ser indefinida de una *Medida Provisória* sobre la que el Parlamento no se ha pronunciado. Queda así salvada la caducidad de este tipo normativo excepcional que, efectivamente, pierde su validez en el plazo de sesenta días aun cuando no exista pronunciamiento del Congreso Nacional que, de facto, queda convalidada a través de la reiterada presentación de la norma sobre la que no se ha producido el pronunciamiento parlamentario.

Desde nuestro punto de vista, con esta práctica se introduce en el ordenamiento constitucional brasileño la convalidación tácita de la *Medida Provisória*, sino de la misma forma sino con los mismos efectos, que la reconocida para el Decreto Ley en el régimen político anterior.

Efectivamente, en la regulación constitucional del anterior Decreto-ley, la falta de manifestación por parte del Parlamento tenía

como efecto jurídico la convalidación de la norma y su definitiva inclusión en el ordenamiento jurídico. En el actual régimen constitucional, el efecto jurídico de la falta de manifestación por parte del Congreso Nacional, en el plazo de setenta días, tiene como efecto la pérdida automática de validez de la norma que, sin embargo, vuelve a incorporarse en el ordenamiento, por otros sesenta días, cuando el Gobierno reitera la presentación de la misma ante el Congreso Nacional para que este se manifieste sobre la misma.

No obstante, desde nuestro punto de vista, existe una diferencia fundamental entre la *Medida Provisoria* y el Decreto Ley, en este punto. Mientras que en el caso del Decreto Ley la falta de manifestación del Parlamento sobre la convalidación del mismo era un elemento incorporado al régimen jurídico de este tipo normativo, en el caso de la *Medida Provisoria*, el mantenimiento de la norma en el ordenamiento sin que el Parlamento se pronuncie sobre la misma se constata en un claro fraude de la Constitución.

En el caso del régimen militar, la falta de control parlamentario de la actividad legislativa del gobierno era una constatación más del carácter no democrático de dicho régimen. Sin embargo, esa falta de control, en el actual régimen constitucional, representa una vulneración de las normas sobre la producción jurídica referidas a la *Medida Provisoria* y una violación del propio orden constitucional por lo que a la distribución de competencias entre los órganos constitucionales se refiera.

Efectivamente, la falta de coordinación política entre el Congreso Nacional y el Gobierno y el diferente sentido político de la representación que uno y otro encarnan, explican una situación de

hecho en el que la *Medida Provisória* no constituye un mecanismo normativo de colaboración entre ambos poderes sino un instrumento en el enfrentamiento político que favorece la ruptura del equilibrio de los Poderes. A mayor abundamiento, en la actualidad el gobierno, elegido su presidente de forma directa por el pueblo, representa a una parte de la sociedad excluida, hasta ahora, del proceso emancipatorio político y social que requiere del mismo una intervención urgente en materia social, convierten a aquel en un agente político que ha de desarrollar una intensa actividad tanto en su papel de dirección de la Administración Pública como en el desarrollo de las potestades legislativas reconocidas por la Constitución. El ideal democrático requeriría que dicho papel fuera desarrollado en coordinación con el Parlamento, sin necesidad de recurrir a fraudes de constitución para dar contenido a los principios constitucionalmente consagrados.

A tal fin, se hace imprescindible una auténtica asunción del principio de normatividad constitucional, como plasmación de un pluralismo político que se desarrolle sobre la asunción de la soberanía popular y de la dignidad de la persona como orientación teleológica de todos los poderes públicos. Como analizaremos en su momento, unos de los principales escollos para conseguir tal fin se encuentra en un sistema electoral que favorece una representación en sede parlamentaria que no da cuenta de tal pluralismo social, tanto en el nivel central, como en el de los Estados Federados, como en el nivel municipal. En términos ya clásicos en la doctrina brasileña, se trata de invertir el ideal de la justicia retributiva por la justicia distributiva, con la constitución normativa como telón de fondo y como instrumento, también en el momento de la producción normativa.

Finalmente, en la última parte de nuestra la investigación desarrollaremos extensamente los efectos y consecuencias que la Enmienda Constitucional n.º 32/2001(en adelante EC nº 32/2001) ha tenido para el régimen jurídico de la *Medida Provisoria* y los posibles efectos que tendrá en la práctica dicha Enmienda.

En este punto, y en la medida en que a través de esta Enmienda constitucional se ha intentado poner freno al uso abusivo de la *Medida Provisoria* y fijar un régimen jurídico de las mismas más acorde con el principio de normatividad constitucional, hemos desarrollado un estudio comparativo entre la *Medida Provisoria*, tras su reforma por la citada Enmienda, y el Decreto-Ley en el régimen constitucional español. Obviamente, dicha comparación se ha realizado desde el punto de vista de la dogmática jurídico pero sin perder de vista el diferente contexto sociopolítico en uno y otro país y asumiendo la trascendencia de dicho contexto a la hora de evaluar los presupuestos políticos que habilitan la potestad legislativa excepcional del gobierno.

En concreto, la EC. n.º 32/2001 ha supuesto, desde un punto de vista de los límites materiales de la *Medida Provisoria*, una más clara regulación sobre las materias vetadas a este tipo normativo y, desde el punto de vista del proceso de producción, un fortalecimiento del papel del Congreso Nacional al fijar un procedimiento específico de intervención del mismo en su sentido de hacer más patente su potestad de control sobre la actividad legislativa de excepción por parte del Gobierno.

Desde nuestro punto de vista, se trata de una reforma que fortalece la normatividad constitucional al fijar un régimen jurídico de la

*Medida Provisória* más coherente con la asunción de la Constitución como norma suprema del ordenamiento.

Por otra parte, la EC n° 32/2001 ha modificado el artículo 62 de la Constitución al objeto de prohibir expresamente la posibilidad de que el Gobierno pueda reiterar la presentación de aquella *Medida Provisória* que no hubiera sido convalidada por el Congreso Nacional en el plazo previsto para ello. Tal prohibición, obviamente, fortalece la función de control parlamentario sobre la actividad legislativa del gobierno al asegurarse que ninguna norma incorporada al ordenamiento a través de una *Medida Provisória* lo sea sin que se haya manifestado el Congreso Nacional a través del juicio previo establecido por la Constitución.

Otro elemento al que hemos prestado especial atención hace referencia a la posible contradicción que pudiera darse entre los párrafos 5° y 10° del artículo 62. Por la investigación, se va a plantear la contradicción entre el párrafo 5° y el párrafo 10° del artículo 62, ya que la prohibición de reiterar la *Medida Provisória* sobre la que el Congreso Nacional no se ha manifestado, no es total y el Gobierno podrá volver a presentarla en la siguiente sesión parlamentaria a la que agota el plazo para la convalidación si que esta se hubiera producido.

Desde nuestro punto de vista, la falta de un pronunciamiento por parte del Congreso Nacional debe ser interpretada como una no convalidación de la *Medida Provisória*, al contrario, pues, de lo que ocurría en el régimen militar anterior.

De esta forma, el control parlamentario sobre la potestad legislativa de excepción por parte del Gobierno quedaría asegurado y ninguna norma permanecería en el ordenamiento sin que el Congreso Nacional se haya manifestado al respecto. Por otra parte, tal interpretación sería más acorde con el principio de la seguridad jurídica ya que, una vez convalidada la norma, la minoría parlamentaria podría plantear el correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo Federal si entendiera que la misma vulnera algún precepto constitucional. Y, por otra parte, una vez convalidada la *Medida Provisoria* podría ponerse en marcha el mecanismo para su conversión en Ley. Y, obviamente, esta equivalencia que mantenemos entre omisión de manifestación parlamentaria sobre la *Medida Provisoria* y la no convalidación de la misma impediría al Gobierno aprovechar el vacío constitucional que ha permitido al Gobierno consolidar la práctica de reiterar la presentación de la *Medida Provisoria* no votada en el Congreso Nacional en el plazo establecido para ello.

En cualquier caso, la situación ideal se daría si siempre existiera una manifestación expresa del Congreso Nacional que, de una parte, no dejaría lugar a dudas sobre la imposibilidad gubernamental de reiterar la presentación de la *Medida Provisoria* no convalidada y, de otra parte, en caso de que la convalidación se produjera el Parlamento, estaría llevando a cabo un control político sobre dicha *Medida Provisoria* y, políticamente, estaría asumiendo que, efectivamente, se dan los requisitos de relevancia y urgencia que constituyen el hecho habilitante de la *Medida Provisoria*. Esto es, se

estaría constatando el control político sobre el hecho habilitante de la *Medida Provisória* en sede parlamentaria.

En caso de no ser convalidada la *Medida Provisória*, el Gobierno siempre estaría en disposición de reconsiderar el contenido de la misma y ajustarlo a fin de que cumpliera los presupuestos habilitantes o, simplemente, constatar que existe una discrepancia política entre el Gobierno y el Parlamento en cuanto a la valoración de aquellos presupuestos habilitantes. En esta circunstancia, una nueva presentación de la *Medida Provisória* ante el Parlamento no podría considerarse como una reiteración en los términos en que ha sido expuesto anteriormente.

Desde esta interpretación, por fin, se deduce que de la lectura integrada de los párrafos 5º y 10º del artículo 62 no existe contradicción ya que en ningún caso se estaría dando cabida a una capacidad, aunque sea limitada, para que el Gobierno pueda mantener la práctica de presentar reiteradamente una *Medida Provisória*, o lo que es lo mismo, que pueda existir una norma en el ordenamiento sobre la que no se haya manifestado el Congreso Nacional.

Por lo que se refiere a la conversión de la *Medida Provisória* en Ley, hemos de señalar que su tratamiento en este tesis ha partido de considerar a la misma como una segunda fase en el control parlamentario de la actividad legislativa de excepción del Gobierno.

Desde esta perspectiva, es indispensable tomar en consideración lo dicho hasta ahora en torno al proceso de convalidación de la *Medida Provisória* en tanto en cuanto dicha

convalidación constituye un presupuesto previo necesario para la ulterior conversión de la *Medida Provisória* en Ley.

Sin embargo, como hemos visto, y a contrario de lo que ocurre en el sistema constitucional español, en Brasil es habitual que las *Medidas Provisórias* no sean convalidadas por la vía de la omisión del Congreso Nacional. En esta situación, la permanencia de la *Medida Provisória* en el ordenamiento se realiza de forma fraudulenta sin la participación parlamentaria de la convalidación y, por supuesto, dejando cerrado el paso a la conversión en ley de la *Medida Provisória*. La explicación a ese orden de cosas, nuevamente, debe ser buscada en la particular situación política del Brasil y en la falta de equivalencia entre el órgano de la representación nacional y el cuerpo electoral. Así, si dentro del difícil equilibrio político mantenido entre el Gobierno y el Parlamento, el primero desarrolla una actividad legislativa que no afecte a los intereses esenciales de la clase privilegiada representada en el Parlamento, el silencio del mismo puede ser entendido como una estrategia de conveniencia a fin de aquellos intereses sigan sin verse afectados por una legislación gubernamental que se debe más a un cuerpo electoral formado por las clases menos favorecidas. Por su parte, el Gobierno también sale favorecido por la inacción del Congreso Nacional, toda vez que se ve libre de un control parlamentario que pudiera impedir el desarrollo de su programa político.

Al margen de lo dicho, y ya centrados en los elementos formales de la fase de conversión de la *Medida Provisória* en ley por el Parlamento brasileño, habremos de destacar que también en este



punto la influencia del modelo presidencialista se deja sentir. En concreto, y con la diferencia de lo que ocurre el modelo español, en el sistema constitucional brasileño está prevista la posibilidad de la presentación de enmienda parlamentaria a la *Medida Provisória*.

La razón de tal regulación habrá que buscarla en la diferente interpretación del principio de separación de poderes en un sistema de gobierno y otro. Así, la comprensión de tal principio en el parlamentarismo más próxima a la colaboración entre poderes y el sometimiento del gobierno al control parlamentario por la vía de la exigencia de responsabilidad política, hace posible que el ejercicio de la potestad legislativa de excepción del poder ejecutivo permita que la misma se desarrolle más autónomamente por aquel, al menos en teoría, también en lo que a la conversión en ley de los Decretos Ley se refiera. En este sentido, la conversión puede entenderse como un momento más de la colaboración entre Parlamento y Gobierno y en la que también se plasma el principio de confianza como base de la estabilidad del gobierno.

Sin embargo, en el sistema presidencialista la consideración del principio de división de poderes es más rígida y, sobre todo, la estabilidad gubernamental no depende de la confianza parlamentaria, en este contexto la posibilidad de enmendar las *Medidas Provisórias* en el momento de su conversión en Ley constituye una forma de control sobre el gobierno que, en términos políticos, obliga a una colaboración entre este y el Parlamento. A todo lo cual, habrá que sumar el poder de sanción y veto presidencial sobre las leyes que, en última instancia, permitiría impedir dicha conversión si el contenido de

la *Medida Provisória* ya convertida en ley resultara muy alejada, a través de las enmiendas parlamentarias, del inicial.

Se podría decir, que la lógica del sistema presidencialista unida a la consideración de la *Medida Provisória* como una norma de origen gubernamental y el necesario control parlamentario del ejercicio de esta potestad han encontrado en Brasil una forma de equilibrio distinta a la que de estos mismos elementos se produce en los sistemas parlamentarios, de forma que tanto la capacidad parlamentaria de presentar enmiendas al texto de la *Medida Provisória* que pretender ser convertida en Ley y el veto presidencial constituyen los elementos característicos en el constitucionalismo brasileño de este equilibrio al que nos referimos.

Así, la práctica nos indica que esta capacidad de enmienda no se concreta en un desacuerdo político entre el Parlamento y el Gobierno, sino en una forma de colaboración y complemento en el proceso de producción normativa.

En última instancia, la presente investigación constituye un intento por aplicar al caso brasileño la teoría de la constitución normativa, desde la asunción de los diferentes perfiles políticos y sociales que se dan entre este país y en entre la Europa continental. Hemos intentando, por tanto, hacer una contribución a una mejor comprensión dogmática del proceso de producción normativa brasileña, desde la comprensión que el mismo no sino una garantía más del Estado Social y Democrático de Derecho y de los derechos fundamentales que le son inherentes.

## 2. El Principio de la Constitución Normativa en Brasil

El desarrollo del concepto de Constitución normativa en Brasil ha estado fuertemente influenciado por el Constitucionalismo norteamericano, tanto por lo que se refiere al carácter supremo y normativo del texto constitucional respecto del resto de norma que conforman el ordenamiento jurídico, como en lo referente a la influencia del modelo federalista en la estructura del sistema de fuentes.

Así, en el ordenamiento jurídico brasileño, la Constitución del Estado Federal es la norma fundamental. Por tanto, el resto de las normas, incluidas las Constituciones de los Estados miembros, deben ser compatibles con dicha norma suprema, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista material.

Aquella condición de norma suprema reconocida a la Constitución Federal deriva, precisamente, del pacto federal en el que se asienta el Estado mismo. Los Estados miembros, por tanto, no tienen soberanía, sino autonomía competencial delimitada en la Constitución del propio Estado<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Al respecto y por lo que se refiere al modelo norteamericano vid. TOCQUEVILLE, Alexis. La Democracia en América. Vol. 1. Aguilar Mayor. Madrid. España. 1989. Pág.146. (el autor resalta que la Constitución de los Estados Unidos ha sido redactada con posterioridad a las de la mayoría de los Estados miembros. El hecho de su superioridad a relación a las Constituciones de los Estados federados está en el carácter mismo de los legisladores de la Unión eran más patrióticos y notables por su inteligencia, sin embargo, otras características orgánicas de la Unión y de los Estados. En nivel subjetivo, los legisladores de los Estados miembros abandonaron el instinto de la democracia, los de la Unión han luchado siempre valerosamente contra ellos. Para el autor, el Gobierno federal es más justo y más moderado en su actuación que el de los Estados, con más miras, más permanencia y inteligencia en sus proyectos, más habilidad, más continuidad y firmeza en la ejecución de sus acuerdos).

La República Federal de Brasil nació como rechazo a la Monarquía que estaba en las manos del Imperador y al modelo centralista del Estado que la misma implicaba. No obstante, antes de la implantación definitiva de la forma federal se han constatado en el Constitucionalismo brasileño diversas modalidades de regionalismos.

Así, La Federación surge provisionalmente el 15 de noviembre de 1889, por el Decreto n.º 1, instituyendo al mismo tiempo la República, siendo definitivamente consolidada en la primera Constitución republicana de 1891. No obstante, la previsión constitucional de la forma Federal de Gobierno aparecerá en la Constitución de 1934<sup>3</sup>.

A partir de dicha Constitución, y a pesar de la proclamación en ella contenida de modelo federal, los Estados miembros eran regidos, en realidad, por el Decreto-Ley 1.202 de 8 de abril de 1939, que en verdad era una Ley Orgánica de los entes federados. En términos generales, el sistema así consagrado mantenía aun un fuerte competente centralista. Y, a diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos, el desarrollo del federalismo brasileño se ha extendido desde el centro. Principalmente desde el movimiento militar de 1964 que reducía los poderes de los Estados miembros, fortaleciendo los

---

<sup>3</sup> TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. Malheiros. São Paulo. Brasil. 1997. Pág. 71; No hay ante la ley republicana, grandes ni pequeños, señores ni vasallos, patricios y plebeus, ricos ni pobres, fuertes y débiles, porque a todos iguala el Derecho. No existen privilegios de raza, casta o clase, ni distinciones cuanto a ventajas y cargas instituidos por el régimen constitucional. SIQUEIRA CASTRO, C.R. de. O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional. Forense. Rio de Janeiro. Brasil. 1983. Pág. 40, JACQUES, Paulino, Curso de Direito Constitucional. Forense. Rio de Janeiro. Brasil. 1983. Pág. 148; BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. Malheiros. São Paulo. Brasil. 1999. Pág. 85.

poderes del Gobierno de la Unión Federal, al punto de limitar las actividades del Poder Legislativo<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> **El Federalismo estadounidense. Primacía del Derecho federal.** Se encuentra establecido en la Constitución americana: “la presente constitución, las leyes de los Estados Unidos, que en su consecuencia se dicten y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los mismo, serán, suprema ley del país: a ella deberán los jueces de cada Estado conformar sus actos, no obstante lo que en contrario digan la constitución o las leyes de aquel Estado” (Const. 6, II) El Tribunal Supremo tiene la competencia de decidir en última instancia cuándo un acto de la Federación se encuentra, en efecto, dentro de la esfera de sus poderes expresos o implícitos. Ahí que reside la primacía del Derecho federal. La Constitución americana garantiza los derechos de los Estados federados a la existencia política, la integridad territorial, protección contra la invasión exterior, la forma republicana de gobierno, protección contra disturbios internos, el derecho a la participación en la formación de la voluntad federal, en cuanto que el Senado se compone de dos representantes de cada Estado, ayuda financiera federal, que no consta en la Constitución, pero, practicada de forma reiterada tras la depresión económica. Y como deberes de los Estados deben subordinar su orden jurídico al federal. No podrán dictar, o ejecutar una ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, otorgados por la constitución y las leyes federales; privar a cualquier persona de la vida, la propiedad o la libertad, sin el debido procedimiento legal; llevar a cabo actos que signifiquen la desigualdad jurídica; dictar, leyes con efectos retroactivos o que menoscaben las obligaciones derivadas de los contratos. Dicho esto, los límites sobrepasados por los Estados, pertenecen al poder judicial decidir. En el plan externo, los Estados deben renunciar a la personalidad internacional y a la soberanía militar, sin embargo, los Estados quedan autorizados para mantener una “milicia” para hacer efectiva la autoridad del Estado dentro de su territorio, pero, bajo el mando del Presidente de los Estados Unidos. Ya en el ámbito interno, los pactos entre los Estados deben tener consentimiento del Congreso. Los derechos arancelarios deben tener consentimiento del Congreso: las exportaciones e importaciones no pueden ser gravadas más que en la proporción absolutamente necesaria para ejecutar sus leyes de inspección, el producto neto de tal gravamen que da a disposición del Tesoro de los Estados Unidos, y las leyes que lo establecen, sujetas a la revisión e inspección del Congreso. **El derecho que deriva de los poderes implícitos y resultantes.** La Constitución americana al enumerar específicamente los poderes delegados al Congreso para la producción normativa en nivel federal, también determina que el Congreso queda autorizado para hacer todas las leyes necesarias y convenientes para el uso de estos poderes y todos aquellos de que, en virtud de la Constitución, puedan estar investidos el Gobierno de los Estados Unidos, o cualquiera de sus dependencias y empleados. Tales poderes implícitos contradicen a los poderes enumerados por la constitución, pues, según Jefferson y los partidarios de la interpretación estricta, “la Federación no tenía más poderes que los expresamente conferidos o, todo lo más, aquellos indispensables para el ejercicio de los poderes enumerados”. Hamilton y sus partidarios favorables a la tesis de los poderes implícitos, resaltarán el adjetivo conveniente. Esta interpretación objetiva que la Unión debe emplear todos los medios requeridos para el cumplimiento de sus fines cuando no sean contrarios a la constitución, a la moral o a los fines esenciales de la sociedad política. Hamilton da un criterio racional para determinar cuando un poder es implícito, criterio que se convertiría en principio fundamental de interpretación. los poderes específicos enumerados por la Constitución y delegados al congreso necesitan de medios para su realización. Luego, la medida debe estar relacionado con el fin, no estando prohibida por ningún precepto particular de la constitución. La interpretación de Hamilton fue sancionada y reiteradamente seguida por la Judicatura hasta convertirse, en uno de los principios fundamentales del Derecho Constitucional norteamericano. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Barcelona. España. Marcial Pons. 2002. Pág. 980-986, GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid. España Alianza. 1987. Pág. 355-367.

Obviamente, en este momento, el sistema federal brasileño se aleja del modelo estadounidense que, como ya hemos dicho, había sido la principal fuente de inspiración<sup>5</sup>.

Con el fin del régimen dictatorial y la promulgación de la nueva Constitución de 1988, se volvió a recuperar el federalismo y se confirió mayor grado de competencias a los Estados miembros. Elevando al nivel de Federación, a los Municipios pertenecientes a dichos Estados miembros<sup>6</sup>.

*BONAVIDES*<sup>7</sup> piensa que el Federalismo de *Rui Barbosa*, mentor de la Constitución Republicana, descendía del federalismo clásico, cuyo contenido tenía un dominio político de orden patronal.

*Rui Barbosa* adoptó la línea de los más graves tratadistas e intérpretes de la ciencia constitucional norteamericana, que eran los maestros del gremio liberal. Teniendo como escuela, la más avanzada

---

<sup>5</sup> En el federalismo americano, el poder tanto del gobierno central como el del gobierno de los estados, bajo este sistema, son otras tantas emanaciones del poder del pueblo. (Wilson) Como la soberanía reside en el pueblo, las asambleas legislativas de los Estados miembros no la podían perder con la nueva Constitución, porque nunca la habían tenido. La *soberanía popular* fue la clave para terminar con la confederación de Estados, para dar inicio al Estado Federal. Eso significa que, una vez constituido el Estado Federal, los Estados miembros o Estados federados, pasan a no tener más la soberanía que antes existía por la Confederación. Los artículos de las trece colonias de la Confederación fueron redactados en 1776 y se caracterizaban por dos importantes notas: - *El poder político estaba concentrado en la periferia (Estados individuales)*- *En los Estados el poder estaba concentrado en las Asambleas legislativas sin prestar mayor atención al principio de la separación de poderes*. Los artículos no preveían ningún poder ejecutivo ni judicial de la Confederación. El Congreso era, pues, el único órgano de la Confederación. Hubo un vacío en el poder central, al punto que los Estados empezaron a comportarse como Estados soberanos: siete crearon su propia moneda, tarifas penalizadoras para las mercancías de los demás, nueve tenían su propia armada, las disputas sobre límites fronterizos y sobre los derechos de cada Estado sobre los territorios al oeste del país pasaron a ser frecuentes. En verdad, el Estado Federal en los Estados Unidos, es el desarrollo del Estado Confederado. Nace precisamente a través de la Constitución Federal de 1787 y se caracterizaría por invertir los dos principios básicos que habían presidido los Artículos de la Confederación y la combinación de estos dos principios nace el Estado Federal: - *Supondrá el triunfo del centro sobre la periferia, sin anular a esta última, - Supondrá el triunfo de la división de poderes, checks and balances (frenos y contrapesos) sobre la supremacía del poder legislativo o de cualquier otro poder del Estado*. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Op.cit. pág. 980-986, GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Op.cit. pág. 355-5367<sup>a</sup>.

<sup>6</sup> TEMER, Michel. Op. Cit. pág. 71-73

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. op. Cit. pág. 85-87

y menos sensible a los rígidos prejuicios doctrinales, de carácter oscuro, que ha rendido a *Jefferson Davis*, el líder de la esclavitud, abrazado como presidente de los confederados al constitucionalismo de *von Seydel* de Baviera, y de *Calhoun*, de Carolina del Sur.

La crítica de *BONAVIDES*, tiene como base el comienzo del Estado Liberal, y era necesario educar el pueblo sin tradición en doctrinas, donde los principios estaban consagrados ya en el continente europeo. Mientras que los hombres públicos brasileños, tanto liberales y conservadores como republicanos y monárquicos proyectaban ideas nuevas que debían tener sustentación rígida y formal.

La ruptura con la monarquía para la implantación de la República y la transformación de las provincias en Estados federados tenían el objetivo de eliminar la fuerte centralización, lograr las transferencias de competencias y dar autonomía e independencia financiera. Estos fueron los pilares del federalismo formal. En la práctica, la intervención de la Unión Federal en los Estados federados tenían en común la excusa de mantener el orden por apenas razones políticas.

Existe el juego entre el Gobierno central y los Gobiernos de los Estados federados, en la medida en que la Unión intenta sobreponerse a los Estados políticamente. Y por otro lado, los Estados federados intentaban dominar la Unión federal, rasgos de la vieja República, lo que implica la exclusión política de los demás Estados de la federación del reparto que se hacía del Gobierno federal.

En los años ochenta, con el movimiento de redemocratización del país se consiguió la autonomía política de los Estados y

Municipios, y el fin del control centralizado de la Unión sobre diversas áreas de la administración estadual y local.

Así, las diversas constituciones brasileñas con las constantes mudanzas de regímenes, entre centralización y descentralización, fueron confundidas en la retórica política con la democracia o con la ausencia de la misma, lo que caracteriza la constante tensión en la vida política brasileña.

Esta oscilación institucional tanto en la doctrina, en la ley, como en la práctica, constituyó la Unión, los Estados y los Municipios como actores del juego político más allá de los actores convencionales como el ciudadano y los partidos de identidades propias. Lo que contraría a lo que determina la Constitución brasileña al decir que:

*“La soberanía popular será ejercida pelo sufragio universal y pelo voto directo y secreto, con igual valor para todos y en los términos de la ley” (artículo 14).*

*“La Cámara de los Diputados se compone de representantes del pueblo electos pelo sistema proporcional, en cada estado, en cada territorio y en el Distrito Federal” (artículo 45)*

Este carácter de fragilidad que se constata en la historia del federalismo brasileño ha resaltado la fuerza de la Unión respecto a sus atribuciones constitucionales subordinando a los Estados federados tanto jurídica como políticamente, limitando su autonomía, jurídica y administrativa, consagrando una clara dependencia del arbitrio central.



Todo lo cual, como veremos, también ha tenido su reflejo en el sistema de fuentes del Derecho.

Así, la garantía del pueblo y su defensa está en la representación política en el Congreso Nacional, compuesto por la Cámara de los Diputados federales y por tanto, totalmente regionalizado. Todo ello es debido y consecuencia de la dependencia de los Gobiernos de los Estados federados. Lo que hace de los diputados federales, procuradores de sus territorios políticos con base en las Asambleas Legislativas de los Estados federados.

La idea del federalismo representativo da posibilidad a los Estados de una representación minoritaria desde el punto de vista económico, poblacional y electoral. Y a la defensa de sus intereses con vistas a la compensación de sus inferioridades. De cierta manera vulnerable desde el punto de vista del ciudadano, ya que las instituciones inmediatamente superiores tienen un espacio público en su organización. Sin embargo, se intenta respetar o cumplir los preceptos constitucionales y mantener abiertos los espacios a la normatividad constitucional que, sin embargo, tan sólo se consigue en el nivel jurisdiccional. Si bien, poco utilizables debido la fuerte presencia de los diálogos políticos institucionales<sup>8</sup>.

La propuesta de *Häberle*<sup>9</sup> de un Estado federal cultural encuentra en Brasil un ámbito político-social especialmente adecuado.

---

<sup>8</sup>LIMA JÚNIOR, *Olavo Brasil de*, Instituições Políticas Democráticas. O Segredo da Legitimidade. Zahar. Rio de Janeiro.1997.pág.113-123

<sup>9</sup>Que la Constitución "no pueda limitarse a ser únicamente un mero ordenamiento jurídico como cualquier otro a la usanza de juristas profesionales, susceptible tan sólo de ser correctamente interpretado por éstos a la luz de viejas reglas o de criterios técnicos quizás más recientes, sino que ante todo se trate más bien de un hilo esencialmente conductor para uso de todo ciudadano lego en leyes y derechos. La Constitución es pues, sobretodo, expresión viva de un *status quo* cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el que el pueblo pueda encontrarse a sí mismo a través de su propia cultura; la Constitución es, finalmente, fiel espejo de

Tomando en consideración el multiculturalismo y la internacionalización de las naciones, se llega al fin que los pueblos locales resalten sus culturas como forma de la propia existencia en el espacio físico y temporal y de sus propias defensas.

En este sentido, la Constitución brasileña, respecto a la cultura popular, dispone en el artículo 216 que:

*“Constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial (...) I – las formas de expresión; II – los modos de crear, hacer y vivir; III – las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV- las obras, objetos, documentos, edificaciones, y demás espacios destinados a las manifestaciones artísticas-culturales; V – los conjuntos urbanos y sitios de valor históricos, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”.*

Estas expresiones culturales están garantizadas en el artículo 215 § 1º de la Constitución y como derechos fundamentales en el artículo 1º y 5º. El dispositivo mencionado sólo se torna eficaz con la potenciación de los Estados federados y las autonomías administrativas, ya que diversas son las formas de manifestación

---

herencia cultural y fundamento de toda esperanza”. HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Traducción del original: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*,

cultural. Por la dimensión geográfica que presenta el país y conducido por la legislación de ámbito federal que afecta a todos los Estados en el ámbito económico o laboral, se dificulta el desarrollo económico y social de acuerdo con las necesidades derivadas de la dignidad de la vida, que imponen la consideración de la ciudadanía como presupuesto de la democracia.

En este ámbito cultural, el Derecho tiene una función garantizadora a través de su normatividad, que la Constitución le confiere. Lo que impide el vacío normativo<sup>10</sup> como excusa y aprovechamiento de grupos económicos poderosos en detrimento de grupos sociales débiles y carentes de necesidades vitales. Afectando sus identidades como consecuencia de los arbitrios de gobiernos aliados a inamovibles propietarios de miles de hectárea de tierras.

El planteamiento de la normatividad constitucional sólo tiene legitimidad desde el punto de vista de la democracia. El ordenamiento va a tener eficacia y validez en cuanto sea el fin del Estado de Derecho liberal o social, pero con arreglo a la ley y a la Constitución.

Una vez determinada la competencia por la Constitución, los demás instrumentos normativos como la ley orgánica y ordinaria, producidas ambas por el parlamento, tienen superioridad jerárquica

---

*Schriften zum Öffentlichen Recht* por: MIKUNDA, Emilio. Tecnos. Madrid. España. 2000. pág. 145

<sup>10</sup>La fe ilimitada en la ley como instrumento de racionalización y planificación de la sociedad, la pretensión de establecer un orden jurídico completo mediante la codificación, la voluntad expresa de anular cualquier poder normativo ajeno al estatal, serían todos elementos que confluían en la caracterización moderna del dogma, que iba unido a lo que *Geny* denominó el *fetichismo* de la ley escrita y codificada, a su mitificación cuasi religiosa y, por tanto, alejada de sus auténticas posibilidades como instrumento normativo. La incapacidad de la ley para regular el dinamismo social y del legislativo hacer frente a las necesidades sociales eran evidentes para los juristas. Con la proliferación de vacíos normativos en el ordenamiento exigía una revisión del dogma de la plenitud, no más como presupuesto o punto de partido, sino como resultado tendencial de un proceso en una visión dinámica, lo que altera la visión del ordenamiento como algo no más completo, sino completable a través de los operadores jurídicos al integrar los vacíos normativos,

sobre las demás normas regionales, autonómicas, o del Estado federado. Tal eficacia normativa se explica en la unidad del ordenamiento jurídico comprometido con el Estado democrático y de Derecho, donde ningún poder público estatal puede estar por encima del Derecho, sino que debe estar sometido a su estricta obediencia.

La normatividad de ámbito federal muchas veces impide el desarrollo de la Constitución. Los hechos valorados en el plano nacional configuran la competencia de este ámbito. Pero, originan un conflicto de competencia legislativa interordinamental por la contradicción y la ausencia normativa tanto en la Unión federal como en los Estados federados<sup>11</sup>. Hay un vacío institucional y en la producción de normas constitucionales, que garantizan la eficacia normativa.

Tratándose de un país que intenta desarrollar progresos tecnológicos para la superación de las dificultades, las leyes en el sistema de fuentes del Derecho siempre han tenido un carácter estructural o básico<sup>12</sup> para el crecimiento de la nación. Por otro lado, la política concentrada a favor del crecimiento revela la incapacidad pública en la gestión de los asuntos sociales.

---

las lagunas, mediante los procedimientos establecidos en el ordenamiento. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. I. Tecnos. Madrid. España. 1999. pág. 96-97

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. El Positivismo Jurídico. Debate. 1993. pág. 205-206

<sup>12</sup> También considerada norma sobre la producción jurídica que son normas que regulan la creación (y consecuentemente, la modificación y extinción) de otras normas. BALAGUER CALLEJÓN. Francisco. Fuentes del Derecho. I. Principios del Ordenamiento Constitucional. Tecnos. Madrid. España. 1991. Pág. 100.

La normatividad<sup>13</sup> es el instrumento del equilibrio de las fuerzas reales que se relacionan entre sí en la sociedad, y esto es indudable. Pero no es comprensible que la normatividad tenga un solo canal como representación legítima en el Estado de Derecho. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo al fomentar los programas del Gobierno, aunque sea necesario para el desarrollo de una justicia igualitaria, tiende a una tensión con el órgano legislativo, que pierde su función creadora del Derecho. Esto significa aislar la democracia en el ámbito abstracto, y solamente configurar una democracia que se realiza a través de un bloque señalado en el plazo que tiene el mandatario. Lo que se entiende como un nuevo equilibrio que se hará en futuras elecciones democráticas, rechazando el imperio del Gobierno anterior.

El Estado del bienestar social siempre continúa con una visión desde el punto de vista político, mientras que la gran masa de la sociedad se encuentra excluida de ese bienestar. El Gobierno con políticas macroeconómicas apuesta por el Mercado como el regulador social. En este ámbito, la normatividad estatal siempre tendrá el carácter relevante y urgente sin ninguna base democrática, donde el

---

<sup>13</sup>En la actualidad en la teoría de las fuentes del Derecho, el centro de gravedad del ordenamiento se ha desplazado significativamente, en la medida en que el poder público ha monopolizado prácticamente la producción normativa. Por eso las distinciones en esta materia deben producirse más en el interior de ese ámbito público que en la relación con la costumbre como fuente alternativa. Ya no consiste articular los diferentes centros de producción normativa que confluyen en un mismo ordenamiento. El Derecho Internacional, el Derecho estatal general y el Derecho regional autonómico español, constituyen grandes núcleos de producción que es necesario armonizar. Al mismo tiempo, ya dentro del propio orden estatal global, la orientación estrictamente formal queda rota una vez que se comprueba que la ley no es necesariamente manifestación de la racionalidad, con capacidad para regular cualquier materia como fuente unitaria. Por el contrario, se produce una proliferación de categorías normativas que se une a la de centros de producción, y que decanta el sistema hacia contenidos materiales, sistemas de competencia, etc. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. Op. Cit. pág. 48 (se puede plantear que el sistema de competencias en la Constitución brasileña, en gran medida es material, lo que establece el lugar de la ley en el ordenamiento, principalmente a lo que toca a la reestructuración de la sociedad con fundamento en el Estado social y de Derecho, elevándose la Constitución como fundamento de todo el Derecho estatal)

Estado tendrá una mera presencia formal y el Mercado el arbitrio de la realidad social. Pero de forma injusta, ya que los intereses están alejados de los contenidos de normatividad general y fundamental de la Constitución.

Sólo el Estado es el que tiene el poder de intervenir normativamente, garantizando al menos la libertad ciudadana evitando el deterioro de la vida en sociedad, causados por los grandes grupos económicos.

Esta visible ausencia normativa del Estado federado implica la restricción de la libertad ciudadana a medida que, por distintos hechos, las normas son interpretadas jurisprudencialmente. Esto implica a su vez un Estado vigilante o de policía para que los hechos no vuelvan a ocurrir. Sin embargo, la existencia del órgano jurisdiccional para dirimir la contienda y para suplir la laguna del Derecho, obliga al ciudadano a un comportamiento en el que sólo la represión va a ser el instrumento eficaz, en sustitución a la ley. Todo esto es contrario al pensamiento *kelseniano*<sup>14</sup>, al afirmar que, cuando el orden jurídico no determina ninguna obligación a cargo del individuo su comportamiento está permitido.

Antes mismo del planteamiento de competencia normativa, hay que plantearse la contradicción existente entre el Estado Federal y el Estado miembro. Realmente configura el Estado brasileño como federado o unitario, respecto de la primacía del Gobierno central en la labor de la producción normativa en el sistema de fuentes del Derecho. Ciertamente es que la normatividad federal tiene validez en todo el territorio nacional, mientras que, la normatividad del Estado miembro

carece de eficacia dentro de su delimitado espacio de aplicación. Justo porque los representantes políticos en los Estados miembros desempeñan la función de representantes del Gobierno central. Lo que hace desplazar los debates hacia el centro del Gobierno, lo que impide la manifestación cultural local y preservación de las identidades regionales e individuales<sup>15</sup>; y lo que afecta al ordenamiento jurídico y al sistema de fuentes.

El modelo descrito contrasta con el sistema jurídico español – asumido como un Estado constitucional de tipo descentralizado –, donde, a pesar del pluralismo territorial, se verifica la coherencia del ordenamiento con la Constitución y las fuentes del Derecho,<sup>16</sup> que provienen de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas. Las normas básicas, que tienen una función constitutiva, son las leyes de las CCAA, la ley orgánica, de la ley de armonización; y en casos excepcionales la ley marco, la ley orgánica de delegación y transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas. La alteración de los conceptos de ley y de legislación, en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, provoca una eliminación importante en los límites entre la ley y el reglamento. Rige el sistema de fuentes estatales, la asunción del Convenio Colectivo formulado por los sindicatos, y las organizaciones empresariales. Las sentencias del Tribunal Constitucional; de acuerdo con la ley orgánica de dicho Tribunal, vincula a todos los poderes públicos produciendo efectos generales en la creación del derecho.

---

<sup>14</sup>KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Porrúa. México. 1993. pág. 254-258

<sup>15</sup>KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Op. Cit. pág. 315-319

<sup>16</sup>DEL MORAL, Antonio Torres. Principios de Derecho Constitucional Español. UCM. 1992. Pág. 172

### 3. El modelo federal brasileño y la normatividad constitucional.

Siguiendo la línea del federalismo americano, existe una gran impronta en la realidad brasileña actualmente. En concreto, el llamado federalismo, donde la aplicación del Derecho legislado a nivel Federal se opera a través de la cooperación con los demás Estados federados, constituye el actual modelo del sistema brasileño.

Desde el punto de vista de la federación, el constitucionalista *João Mangabeira* afirma que en la federación la tutela constitucional garantiza la autonomía de los Estados, donde estos participan de la competencia constitucional propia. La Constitución no se reforma sin la audiencia y el consentimiento de los Estados miembros. Como garantía constitucional existe un Tribunal Supremo con poderes para dirimir conflictos suscitados entre la Unión Federal y los Estados miembros<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> El derecho de control Federal en el federalismo estadounidense. la década de la crisis y de la segunda guerra mundial, un gran número de disposiciones federales han sido ejecutadas por funcionarios de los Estados, y lo que es más importante, bajo el sistema de concesiones de ayuda federal, los funcionarios federales pueden inspeccionar el uso que se hace de tal ayuda, de manera que ésta, aunque administrada por los Estados, tiene lugar bajo regulaciones administrativas federales, de cuya aplicación cuidan funcionarios federales. La percepción de tales ayudas depende jurídicamente de la voluntad de los Estados, que pueden aceptarlas o rechazarlas, si bien la necesidad económica les condiciona casi sin excepción a ello. El derecho resultante de la distribución de competencias. distribuidas las competencias resultan los siguientes derechos entre la Federación y los Estados: *Internacional; de los Estados: ej.: creación de condados) Concurrentes: de competencia de la Federación, y no prohibidas a los Estados, también pudiendo ser reguladas por ambos. La garantía de las libertades individuales, está prohibida de regulación por la Federación y los Estados .Competencia exclusiva o concurrente de la Federación: Política exterior (declaración y conducción de la guerra.) El establecimiento, el mantenimiento, organización y disposición de las fuerzas armadas, incluido el llamamiento de las milicias de los Estados y la intervención en su organización y disciplina. Castigo de ciertos delitos (falsificación monetaria, piratería, delitos de alta mar y contra el derecho de gentes) Regulación del comercio*



Por lo que se refiere al sistema de fuentes, la pluralidad de las misma se debe, fundamentalmente, a la superposición de órdenes jerárquicas que forman el Estado federal brasileño. Sus competencias normativas se establecen en la Constitución federal dando lugar a un pluralismo político que es verificado en cada Estado federal y que a su vez configura el sistema de fuentes.

Sin embargo, entre el modelo descrito y la realidad de su aplicación se constata una gran diferencia y, a pesar de la declaración de la normatividad constitucional, en el federalismo brasileño se constata una tendencia a fortalecer el poder central, aun cuando ello suponga una sistemática vulneración de los principios constitucionales. Por tanto se verifica los abusos de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, todo ello producido por la concentración del poder y la vulneración del principio del Estado Democrático y de Derecho<sup>18</sup>.

En verdad el federalismo brasileño siempre se sirvió de su desarrollo estratégico fomentado por las fuentes interminables de riquezas naturales, por el que la explotación se ha realizado sobre la

---

*internacional y interestatal Correos, pesos y medidas. Establecimiento de Tribunales inferiores al federal y la decisión de litigios entre Estados. Gobierno exclusivo del distrito federal y de los establecimientos de la Federación enclavados en los Estados. Naturalización de extranjeros. Intervención en la reforma de la constitución.* La Enmienda X establece que corresponden a los respectivos Estados o al pueblo los poderes que no se hayan delegado por la Constitución a los Estados Unidos, ni se hayan prohibido expresamente a los Estados particulares. Significa que la Federación no puede ejercer otros poderes que aquellos expresamente enumerados. Sin embargo, el desarrollo constitucional de los Estados Unidos no ha seguido una línea rígida de interpretación, y las competencias y poderes de la Federación se han extendido más allá de lo que indica una rígida interpretación del texto constitucional. *Se debe a la adopción del principio de los poderes implícitos y resultantes.* PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Op. Cit. Pág. 980-986, GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Op.cit. Pág. 355-5367<sup>a</sup>.

<sup>18</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Níveis e Técnicas Internacionais e Internas de Realização dos Direitos na Europa. Uma Perspectiva Constitucional [a publicar por la Fundação Boiteux. UFSC. Florianópolis. Brasil] Traducción por ANESCLAR, Luiz Eduardo, del título original: Niveles y Técnicas Internacionales e Internas de realización de los Derechos en Europa: Una Perspectiva Constitucional. <http://www.ugr.es/%7Eredce/ReDCE1/Niveles%20y%20tecnicas.htm>

base de una concentración del poder político, al margen del marco normativo fijado constitucionalmente, incluidos el catálogo de derechos fundamentales, sobre todo de contenido político y social.

Para que el federalismo brasileño crezca y se desarrolle sobre la base de los principios democráticos y sobre la consideración de la persona como la referencia teleológica del sistema político, es necesario que la normatividad constitucional sea no sólo una mera proclamación formal sino una realidad que articule el funcionamiento del Estado Brasileño. La consideración de la Constitución sobre fuente suprema del ordenamiento se configura así como una garantía de los derechos fundamentales, a través de los cuales se preservarán la libertad y la igualdad<sup>19</sup> en cuanto presupuesto de la dignidad de la persona.

Los tres puntos esenciales según *MACHADO HORTA* del Estado miembro en la Federación son: la voluntad de participación, la autonomía constitucional y la existencia de atribuciones exclusivas. El Estado Federal tiene configurada su tipicidad en las siguientes bases: la dualidad de ordenes gubernamentales y su coexistencia dotada de órganos propios de expresión, y la repartición constitucional de competencia.

---

<sup>19</sup>Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Tal definición consiste en incluir dentro de las constituciones una declaración de derechos y libertades donde sustancialmente se articula el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, como exigencia de su dignidad y como salvaguarda de su libertad y seguridad. Desde finales del siglo XVIII, tras un largo pero sostenido proceso, los derechos fundamentales y las libertades públicas han alcanzado así gran relieve, correspondiéndoles hoy un papel central en el Estado constitucional democrático, configurando un núcleo esencial de la parte dogmática de las constituciones, en las que suelen recogerse expresa y ampliamente sus garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. II. Tecnos. 1999. Pág. 29-30

En Brasil la forma más frecuente de reparto de competencia es la que se enumera constitucionalmente para la Unión Federal y se reserva a los Estados miembros los poderes no delegados. Hablamos, por tanto, de los poderes que implícita o explícitamente no les sean prohibidos por la Constitución Federal.

La autonomía constitucional del Estado miembro, con mayor o menor limitación del poder de autoorganización, según el criterio del constituyente federal y la organización peculiar del Poder Legislativo Federal, permite la participación destacada del Estado miembro en la formación de dicho órgano de poder y la existencia técnica y específica de la intervención federal, destinada a mantener en caso de vulneración la integridad territorial, política y constitucional del Estado Federal.

Varios autores, como *Wheare*, definen el Federalismo brasileño teniendo como base al federalismo norteamericano. Eso es una creación nueva de la ciencia política, sin ninguna relación con la definición clásica. En palabras de *Wilson*, “el Estado Federal, ya lo sabemos, es creación política moderna. La antigüedad nos ofrece ejemplos de Estados confederados, pero, ningún, de Estado Federal”.

El principio federal se configura como un método de división de poderes, permitiendo la coexistencia del Gobierno central con el de esferas distintas, coordinadas e independientes. Ello porque el federalismo, el regionalismo y la autonomía local son conceptos que tienen raíces preestatales<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> La Constitución Federal de Brasil de 1988, restableció la Federación, sin embargo, la mayor parte de la actividad legislativa del Estado brasileño integre a la competencia de la Unión Federal, el ejercicio de esa competencia puede contrariar los intereses de los Estados miembros y de los Municipios. Independiente de la normatividad constitucional, el uso de la fuerza política por los dirigentes de esas colectividades, en especial, los Estados miembros, es suficiente, muchas veces,

*WHEARE* no comparte la idea de división de poderes. Él define el principio federal y verifica el Gobierno Federal como los Gobiernos de los Estados miembros que actúan directamente sobre el pueblo. A diferencia de los Estados que configuran la Liga o la Confederación. Cuando sólo el Gobierno de las organizaciones autónomas ejercen semejante acción. Para él, el Gobierno Federal actúa sobre los ciudadanos de forma mediata indirecta, a través del poder de los Estados miembros<sup>21</sup>.

*PÉREZ ROYO*, por su parte, ha desarrollado la idea de que el Estado Federal es una reacción en determinados países frente a la experiencia del Estado unitario europeo y monárquico. Su origen se constituye y se equipara al Estado Unitario, intentando competir con él.

El autor afirma, que ni la existencia del poder como un poder público, no susceptible de ser propiedad privada de nadie en el interior del país, ni la igualdad jurídica como principio de organización de las relaciones entre los individuos, ni la afirmación de un poder único en el ámbito de las relaciones internacionales, es algo que se discuta. Para él, es la articulación territorial interna, en lo único en lo que el Estado Federal se va a diferenciar del Estado Unitario. Y no por vocación, sino por las circunstancias históricas en las que se produjo la afirmación de dicho Estado Federal. El autor destaca que el Estado Federal nace como resultado de la influencia de un Estado unitario, sobre formas políticas preestatales a las que obliga a reorganizarse profundamente y a convertirse en Estados para poder competir con él.

---

para refrenar el uso ilegítimo, por el Ejecutivo, de su poder normativo. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. RT. São Paulo. Brasil. 2000. pág. 150.

<sup>21</sup>BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. op. cit. pág. 78-80

Por eso el Estado Federal comparte con el Estado Unitario la mayor parte de sus elementos esenciales. Y por eso, los derechos fundamentales y las libertades públicas, con la legitimación democrática del poder y con la organización de los poderes del Estado, también se torna válido para el Estado Federal<sup>22</sup>. Tal aseveración es muy importante.

No obstante, la realidad social y política brasileña imponen una dimámica constitucional propia en la que, el modelo federal y el propio concepto de constitución normativa quedan desdibujados, aunque ofreciendo una innegable potencialidad como factor de dinamización social y como marco para dar respuesta a las necesidades específicas que el actual estado de desarrollo de Brasil plantea. Buena muestra de lo que decimos viene dado por la necesidad de encauzar constitucionalmente el pluralismo cultural que se constata en Brasil que ofrece perfiles bien diferentes a la que se constata en otros sistemas federales, por ejemplo, europeos<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup>PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Op. Cit. pág. 710-712

<sup>23</sup>El modelo de Estado federal alemán es una forma específica de Estado constitucional cultural moderno, lo que merece la reconsideración desde nuevos enfoques la llamada 'teoría del federalismo'. La libertad cultural en general y la artística en particular, incluyendo la de investigación científica, no pueden quedar garantizadas en ningún caso por el mero hecho de estar reconocida a nivel federal la necesidad de su defensa y promoción. La posibilidad de permanecer siempre aseguradas de forma específica e inmediata se debe a que simultáneamente quedan protegidas a ambos niveles, el federal y el de cada Estado federado de los que forman una Federación concreta. Ello se debe a que Federación y Estados federados en el fondo son básicamente 'estados culturales', lo que se refleja en la existencia de numerosas cláusulas insertas en el articulado de cada uno de dichos *Länder* en concreto y en otra importante cláusula limitativa (en parte, no positivada totalmente) existente en nivel federal. Así, toda libertad cultural dotada de multiplicidad de aspectos se halla asegurada no sólo en nivel de la amplia protección otorgada por los derechos fundamentales, sino incluso por las propias estructuras organizativas de cuño jurídico federal en general, y municipal en concreto, a las que hay que sumar finalmente las de los medios de comunicación, hoy tan significativas. Hay que añadir que después del proceso de reunificación comenzado en 1989, Alemania de forma muy activa ejerce la llamada 'teoría federal de cuño científico'. La capacidad de supervivencia de los cinco Estados federados situados al este de Alemania durante el anterior Estado marxista denominado 'Estado unitario', únicamente podría deberse a su propio pluralismo interno, evidente en Turingia, Brandeburgo, etc. Lo que podría denominarse un 'milagro cultural' ha resurgido casi de la noche a la mañana durante la pacífica

En los países en desarrollo los gobiernos suelen tener una visión continua del progreso, lo que impide una visión segura de la eficacia de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales<sup>24</sup>, ya que la actuación administrativa toma como referencia no la preservación de los derechos fundamentales sino, precisamente el desarrollo económico progresivo que, en ocasiones, puede provocar una violación de aquellos derechos. Desde el punto de vista del sistema de fuentes, tal situación se concreta en una producción normativa de rango reglamentario que tampoco asume el carácter normativo de la Constitución y el límite jurídico que los principios constitucionales deben suponer también para los órganos ejecutivos.

Ha de destacarse que la sociedad de estos países en desarrollo y en continuidad con tal ciclo, configura una clase productora en beneficio del sistema capitalista que toma preeminencia respecto del

---

revolución de 1989. Allí no fue la economía que creó el Estado, sino la propia cultura interna la que le otorgó identidad y cohesión. HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura. Op. Cit. pág. 91-93

<sup>24</sup>La interpretación del federalismo en el Estado social, democrático y de Derecho objetiva consiguientemente, la interpretación, desarrollo, aplicación y garantías de los derechos fundamentales en la Constitución. Sin embargo, la doctrina de la clasificación de los derechos fundamentales y específicamente en lo que toca a las libertades públicas, que por esencia son derechos de libertad, el poder público hay que tener una actitud abstencionista y el respeto a los particulares, definiendo una esfera de autonomía personal, o bien estableciendo facultades en orden a la participación en el ámbito social y político. *Benjamin Constant* define libertad negativa en el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos. Ya no que concierne a la libertad positiva, *Constant*, afirma que es el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración. Por otro lado, justificando y tornando eficaz el federalismo, los derechos fundamentales de prestación, por contraposición a las libertades, exigen del poder público no una abstención, sino una disposición activa, debiendo éste desarrollar todas las actuaciones que sean precisas para lograr su plena eficacia. Es el caso del derecho a la educación, exige, entre otras cosas, la previsión y el desarrollo de unas redes de escolarización configuradas por los distintos niveles y grados educativos que ponga a disposición de los ciudadanos los suficientes medios y centros de enseñanza para que el derecho pueda hacerse realmente efectivo, o cuanto el derecho a la igualdad, pues, es necesario que el poder público ponga a disposición los medios para que tal principio se haga efectivo en la realidad misma y no sólo en el ámbito formal constitucional. BALAGUER CALLEJÓN. Francisco. Vol. II. Op. Cit. Pág. 40-41

resto de la sociedad. Esta clase social, además de contar con esa situación de privilegio económico, se consolida también como la clase dominante en el ejercicio del poder político a través del monopolio de la representación política en el Congreso. La única vía institucional de minorar tal situación es la ofrecida por el Poder Judicial y, en determinadas circunstancias, el Poder Ejecutivo, dependiendo quien sea su titular concreto. La acción de ambos poderes, no obstante, a lo más que pueden aspirar, dentro del ejercicio de sus competencias, es a garantizar de forma aislada los derechos de aquellos ciudadanos que pertenecen a grupos sociales cuyos intereses no están representados en el Congreso Nacional. Sólo cuando el pluralismo social se vea reflejado en el órgano federal de representación se podrá establecer una relación entre el modelo Federal y los intereses y derechos de todos los ciudadanos.

Y todo lo anterior requiere, a su vez, un marco constitucional donde la norma suprema tenga naturaleza jurídica y donde el pleno desarrollo de las personas sea asumido como el parámetro de actuación de los poderes públicos, la orientación para la evolución del Estado y la referencia finalista del desarrollo social, económico, tecnológico y cualquier otro orden<sup>25</sup>.

Mientras que en el constitucionalismo europeo la Constitución puede ser interpretada “culturalmente” - lo que suaviza la estructura formal de los Estados -, en Brasil y en los países en vías de desarrollo, la situación es bien distinta, ya que la rigidez con la que se asume la

---

<sup>25</sup> Las varias técnicas de repartición espacial del poder integran el mecanismo constitucional de control de la actuación gubernativa y, constituye, una técnica de contención del poder, de garantía de la libertad, de las competencias determinadas constitucionalmente. LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel. Barcelona. España. 1986. Pág. 353.

estructura constitucional se instrumentaliza, precisamente, para asegurar el actual “status quo” donde el sistema económico no ha quedado todavía sometido a las reglas del Derecho. Bien al contrario, el sistema de producción económico acaba imponiendo sus necesidades a la acción estatal.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup>La Constitución del Perú de 1979 menciona en el art. 36 incluso la protección de sus bienes culturales propios y, tras tomar dicho aserto como punto de partida, lo completa añadiendo que “todos los restos arqueológicos o los que se consideren tales en cualquiera de sus posibles formas se hallan bajo la protección del Estado peruano”. Análogamente, el clausulado contenido en los artículos 118 a 123 considera recursos naturales de la Nación peruana todos los que así se califiquen, tanto si se trata de recursos energéticos renovables como si no. En la Constitución de Guatemala de 1985 nos muestra similares características; su preámbulo habla del reconocimiento de “nuestra tradición cultural y nuestro propio legado guatemalteco”, temas de los que luego se ocuparán otros cinco artículos más como garantía de participación en la susodicha herencia cultural considerándolo un derecho (art.57). En el artículo 58 se habla del derecho de las personas y del de las comunidades a mantener su propia identidad cultural, así, como de protección de la propia cultura (art. 59 a 62 y 65). En todos ellos aparecen expresiones relativas a su herencia o legado cultural propio, al igual que prohibiciones de exportación de sus propios bienes culturales, prohibiciones por lo demás sometidas incluso a reserva de ley, al tiempo que se establecen ciertas competencias relativas a determinadas autoridades encargadas de proteger tales bienes. Una protección considerada como pionera en la Constitución de Guatemala, consta del artículo 61, *expressis verbis*, es la protección del llamado “parque arqueológico nacional” que incluye la Ciudadela Vieja, declarada a la vez “patrimonio común de la humanidad” y lugar de excavaciones arqueológicas prioritarias. Todos estos ejemplos aquí mencionados y que son a su vez de cuño constitucional, estatal, dinámico y abierto simultáneamente, reenvían en último extremo a una protección jurídica de “carácter internacional”, por el mero hecho de declarar tales bienes como constitutivos del citado patrimonio de la humanidad, consagrando así definitivamente dicho carácter de una forma indeleble mediante una actitud que esperamos vaya haciendo escuela en otras regiones. Otros ejemplos merecen consideración, como el artículo 6 de la Constitución de El Salvador de 1983, habla de “tesoro cultural”; o el 172§ 1, de la de Honduras de 1982 indica que la obligación de salvaguarda y cuidado respecto “del patrimonio cultural de la Nación hondureña” no sólo vincula al Estado como tal, sino incluso a todos y cada uno de los ciudadanos”. La Constitución de Paraguay de 1992, al hablar del “Patrimonio cultural de la Nación”, llegando más adelante incluso a un enriquecimiento textual sin precedentes al declarar “obligación del Estado recuperar los bienes culturales anteriormente exportados allende las fronteras paraguayas (§2), con lo que se crea lo que podríamos denominar “memoria colectiva de la Nación”. En La Constitución Colombiana de 1991 también emplea los términos y conceptos de “patrimonio cultural de la Nación colombiana” en el artículo 72, declarando ciertos objetos culturales muy precisos “integradores de su propia identidad nacional” e “inalienables e imprescriptibles”, cuya tarea de recuperación en caso de hallarse ya de hecho en manos privadas se encarga al propio legislativo. HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Op. Cit. pág. 95 y 131 a 136. (Sin embargo el autor no menciona la protección de bienes culturales en la Constitución brasileña, cabe resaltar que el patrimonio cultural brasileño se encuentra en el capítulo destinado a la educación, cultura y Deporto, precisamente en el art. 215 y 216 de la Constitución brasileña. El art. 216 determina que “el patrimonio cultural brasileño, se constituye de los bienes de naturaleza material e inmaterial, individual o colectivo, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, en los cuales se incluyen: I - las formas de expresión; II – los modos de crear, hacer y vivir; III – las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV – las obras, objetos, documentos, edificaciones y demás espacios destinados a las manifestaciones artístico culturales; V – los conjuntos urbanos y sitios de valor



#### 4. El Estado Federal y el principio democrático en Brasil.

Tal y como proclama la Constitución brasileña en su artículo tercero, los objetivos de la República de Brasil son: la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria; la garantía del desarrollo nacional; la erradicación de la pobreza y la marginación, la reducción de las desigualdades sociales y regionales; la promoción del bienestar de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación. Tales objetivos fundamentales y el

---

*histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico*". A éste último debe añadir la Ley n°. 3924 de 1961, que dispone sobre los monumentos arqueológicos y prehistóricos. El párrafo 1º del art. 216, dice que " el Poder Público, con la colaboración de la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileño, por medio de inventarios, registros, vigilancia, afectación y expropiación, y de otras formas de cautelación y preservación. La Constitución brasileña sanciona legalmente las infracciones cometidas contra el patrimonio cultural en el párrafo 4º del art. 216. En el párrafo 5º, quedaron afectados todos los documentos y sitios detentores de reminiscencias históricas de los antiguos quilombos. Con relación al medio ambiente, el art. 225 párrafo 4º de la Constitución, dice que "la Floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato Grossense y la Zona costera, son patrimonio nacional, y su utilización se lo hace en forma de Ley, dentro de condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, inclusive cuanto al uso de los recursos naturales. El artículo 225, dispone que "Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defensa y preservación para presentes y futuras generaciones. El Capítulo VIII de la Constitución brasileña, habla en el art. 231 del reconocimiento de los indígenas con su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, debiendo la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes. El artículo 24, VII, de la Constitución brasileña determina la competencia concurrente a la Unión Federal, a los Estados y al Distrito Federal, la legislación sobre "la protección al patrimonio histórico, cultural, turístico y paisajístico"; Los bienes culturales en Brasil, confieren ciudadanía a los brasileños, ya que consta como derecho fundamental en el art. 5º LXXIII que "cualquier ciudadano, es parte legítima para proponer acción popular que objetiva a anular acto de lesión al patrimonio público o de entidad de que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente, y al patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo comprobada mala fe, exento de costes del judicial y del onus se vencido. TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de y otros. Constitución de la República Federativa de Brasil. Saraiva. São Paulo.2003.

principio del Estado federal vinculan, al menos formalmente al legislador democrático de forma permanente en el ejercicio de sus competencias. Las normas de carácter material, vinculan positivamente al órgano legislador<sup>27</sup>.

Sin embargo, por las razones que expondremos, en la práctica, el modelo federal y la consecución de esta democracia social en la que se concreta los principios constitucionales señalados en el artículo 3 de la Constitución brasileña, se han mostrado difícilmente compatibles.

En efecto, dicha incompatibilidad, y hasta cierto punto la propia debilidad del modelo federal en Brasil, es consecuencia de un sistema electoral inadecuado en el que la proporcionalidad no queda asegurada ya que los Estados menos densamente poblados quedan sobrerrepresentados respecto de los que tienen una mayor densidad de población. Obviamente, aun cuando el modelo federal brasileño, también por lo que respecta a la idea de la representación de los Estados miembros en el órgano de la representación nacional, tiene su origen en el sistema norteamericano, el sistema electoral brasileño ha desnaralizado, en parte, tal sistema inicial.

Hemos de señalar que en caso brasileño, aquellos Estados miembros más poblados coinciden con los han tenido un desarrollo urbano mayor<sup>28</sup>, por lo que la mayor representatividad de los Estados

---

<sup>27</sup> GOMES CANOTILHO, J. Joaquim. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra Editora. Portugal. 2001. Pág. 315.

<sup>28</sup> MIRANDA SOARES, Márcia y LOURENÇO, Luiz Cláudio. *A Representação dos Estados na Federação Brasileira*. Rev. Bras. Ci. Soc. out/2004, vol. 19, nº. 56, pág. 113-119, disponible en la World Wide Web: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092004000300008&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092004000300008&lng=pt&nrm=iso)>. ISSN 0102-6909

menos poblados, en realidad, ha sido un instrumento político que ha favorecido la preeminencia estructura política tradicional y atrasada, que en aquellos Estados menos poblados está aún condicionada, sometida y limitada por unos líderes locales, latifundistas, propietarios rurales y terratenientes. Personas que no son elegidas libremente, son impuestas, utilizando la confianza de la mayoría empobrecida, sin recursos y sin un futuro cierto. Por el contrario la baja representación política de la región sur de Brasil en el Congreso y en el Senado federal debilitan políticamente a áreas socialmente muy desarrolladas y políticamente progresistas.

Resulta evidente que la situación antes descrita ha favorecido la falta de observación de la Constitución brasileña con respecto a sus objetivos y fundamentos. Así, por ejemplo, puede explicarse la no asunción por el Congreso Nacional de una reforma agraria, en contra de los intereses de la mayoría de la población campesina<sup>29</sup> concentrada en el Norte de Brasil.

Por otra parte, la autonomía local de los entes municipales supone que estos tienen atribuidos un conjunto de competencias lo que hace de la República Brasileña, desde el punto de vista de su organización territorial, un Estado plural en el que la articulación constitucional de dicha pluralidad ha sido consagrada<sup>30</sup> pero que, sin embargo, desde el punto de vista fáctico los inevitables conflictos no siempre se resuelven por las vías jurídicamente establecidas.

---

<sup>29</sup> MIRANDA SOARES, Márcia LOURENÇO, Luiz Cláudio. Op. Cit. pág. 121

<sup>30</sup> En concreto, la Constitución brasileña establece que "...la República federativa de Brasil está formada por la unión indisoluble de los Estados, de los Municipios y de los Territorios federales y del Distrito Federal..."

Esta división de poderes que resulta de la democracia y del Estado de Derecho se acrecienta unidos a otros poderes que están en la esfera de los ciudadanos o grupos organizados. La fragmentación del poder tiene como resultado un control permanente de las actividades ciudadanas, de esta manera se ven ocupadas las instituciones públicas en cumplir lo que determina la Constitución bajo el Estado de Derecho<sup>31</sup>.

No obstante, en el modelo constitucional brasileño concurren derechos estructurales de difícil realización, ya sea en el ámbito de la Federación, de los Estados o de los Municipios, tanto por la falta de adaptación de la Administración pública para el cumplimiento de los objetivos marcados en la Constitución del Estado brasileño<sup>32</sup>, como por la falta de medios materiales de dicha administración.

---

<sup>31</sup> "...la sociedad contemporánea se identifica con el espacio donde se circulan los individuos y actúan los más diferentes grupos: los seres colectivos. Son las grandes corporaciones, los sindicatos, los partidos políticos, las asociaciones culturales y de clase, la iglesia, las grandes empresas, los conglomerados bancarios; grupos dotados de intereses propios, casi nunca coincidentes con aquellos del Estado, que muchas veces disputan poder con este, y no pocas veces son más poderosos que él". MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 43-44; VERGOTTINI, Giuseppe de. Derecho Constitucional Comparado. Madrid. España. Espasa. 1985. Pág. 255.

<sup>32</sup> El Estado prestacional puede dotarse de medios respetando el principio de prestaciones; puede igualmente administrarlos y distribuirlos incurriendo a veces en conflictos con los derechos fundamentales, pero también puede hacer efectivos estos derechos básicos independientemente de la aplicación del principio de prestaciones, toda vez que la posición entre los derechos fundamentales y el Estado prestacional es de por sí <<ambivalente>>, es decir, que, por una parte, es el Estado prestacional el que practica una política social orientada a garantizar los susodichos derechos como tarea propia del Estado constitucional fomentándolos e insertándolos en la vida social como un todo, mientras que, por otra de hecho crea zonas de riesgo y peligro para con éstos, tanto más cuanto que apenas se han previsto garantías suficientes al respecto. Finalmente es incluso responsable de los peligros dimanantes de la sociedad tecnológica de alto nivel y alto riesgo que nos circunda, una sociedad que exige prestaciones y cadencias laborales y productiva no sólo eliminadoras de libertades, sino inhumanas de por sí, al menos en parte, sobre todo si contemplamos que muchas de sus tareas en especial son, simultáneamente, también tareas propias del Estado y de la sociedad de prestaciones. HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Traducción: MIKUNDA, Emilio. Tecnos. Madrid. España. 2002. pág. 172

Así, al mismo tiempo que la estructura administrativa defiende los derechos tradicionalmente vinculados con el modelo liberal del Estado de Derecho, también actúa en el ámbito social con el fin de erradicar las desigualdades e impedir el desequilibrio que, obviamente, es producto de la economía liberal. Surgiendo en toda la Nación un gran contraste, como si hubiera en realidad dos naciones: una que tiene raíces en el Estado liberal y otra que intenta establecer un orden basado en el Estado social.

Y todo esto se hace a través de una actuación normativa gubernamental sin el debate parlamentario que haga posible la traslación al nivel normativo de este pluralismo social al que venimos refiriendonos. Esta situación provoca un innegable menoscabo del principio democrático, ya que el Gobierno introduce normas generales sin el debate democrático necesario para la producción del Derecho y sin la acomodación total a los principios constitucionales<sup>33</sup> aunque invocando la asunción del Estado social de Derecho, la fuerte intervención del Gobierno para el desarrollo de programas sociales,

---

<sup>33</sup> Respecto a los objetivos fundamentales recogidos en la Constitución brasileña (art.3º), cabe apuntar de entre los derechos individuales y colectivos capitulados como derechos fundamentales, la propiedad, garantizada en el art. 5º XXII, la cual atenderá su función social (art. 5º XXIII), podrá ser expropiada forzosamente por necesidad o utilidad pública o por interés social (art. 5º XXIV). podrá ser usada la propiedad particular por la autoridad competente en el caso de inminente peligro público, (art. 5º XXV) y la pequeña propiedad rural, definida en ley y desde que en ella la familia trabaje, no será objeto de pago de deudas derivadas de su actividad productiva, disponiendo la ley sobre los medios de financiación o su desarrollo. (leyes reguladoras de la propiedad: arts. 524 a 673 – Código Civil de 1916 y en el Código Civil de 2002, arts. 1.228 a 1.368; Función social de la propiedad para fines de incidencia del impuesto predial y territorial urbano (IPTU): art. 156) art.170 de la Constitución brasileña: la orden económica, fundada en la valorización del trabajo humano y en libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos existencia digna, conforme los dictámenes de Justicia social, siendo observados los siguientes principios: I – soberanía nacional; II – propiedad privada; III – función social de la propiedad; IV – libre mercado; V – defensa del consumidor; VI defensa del medio ambiente; VII – reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII – búsqueda del pleno empleo; IX – tratamiento favorecido para las empresas de pequeño porte constituidas bajo las leyes brasileñas y que tengan su sed y administración en el País. § único: queda asegurado a todos el libre ejercicio de cualquier actividad

evitando el individualismo como parámetro y generador de injusticias sociales.

La coalición entre los partidos políticos que forman el bloque de mayoría parlamentaria en el Congreso Nacional respalda al Presidente de la República, éste a su vez, tiene la confianza mayoritaria del pueblo que lo eligió directamente. El Presidente representa la masa popular, la cual no está representada en el Congreso Nacional. La mayoría en el Legislativo apoya al Gobierno y hace posible la gobernabilidad respecto a la representatividad política del Ejecutivo.

Por otro lado hay un cuerpo de parlamentarios que representa a la elite y que da apoyo al Ejecutivo a través de la coalición partidaria formada entre partidos políticos de ideología conservadora y partidos de ideología liberal. De esta manera se verifica la convergencia entre grupos parlamentarios liberales y sociales en la propuesta del Gobierno que podrá tener la oportunidad de aprobar su programa político prometido en cada campaña electoral y que incluye también a las minorías democráticamente representadas en el Congreso Nacional<sup>34</sup>.

La representatividad democrática no se materializa en leyes siguiendo el orden del sistema de fuentes del Derecho, en el que el

---

económica, independientemente de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en ley.

<sup>34</sup> Ahora bien, es conveniente un Ejecutivo que actúa pero, conectado a la realidad social, donde debe intervenir a través de la normatividad delegada de acuerdo con los programas partidarios que tiene como propuestas, con el fin de proporcionar el bienestar social, bien como garantizar las libertades ciudadanas, cosa que el liberalismo todavía, no lo ha conseguido. El *ejecutivo fuerte* del Estado social de Derecho queda perfectamente diferenciado del, digamos, *ejecutivo absolutamente incontrolado* de los Estados totalitarios. DÍAZ, Elías. Estado Social y sociedad democrática. Taurus. Madrid. España. 1986. pág. 86. (En los todos poderosos Estados totalitarios el poder ejecutivo es en verdad, incontrolado por los órganos representativos de carácter popular y democrático, pero es perfectamente controlado, claro está, por los grandes grupos capitalistas y las elites del poder. *El mismo autor: Ejecutivo Fuerte y Ejecutivo Incontrolado. Cuadernos para el Diálogo, n.º. 35-36, Madrid, agosto-septiembre 1966.*

Poder Legislativo es el órgano responsable de la producción, porque la mayoría tiene como representante al Presidente de la República. De esta manera, la preeminencia del Poder Ejecutivo es patente, teniendo el Legislativo un papel secundario o de control de los actos del Gobierno. No es menos cierto que existe la desconfianza entre Gobierno y Parlamento, dando lugar a la centralización de la producción normativa. Esto se verifica en la potestad legislativa del Ejecutivo, que cuenta con una mayoría parlamentaria que le da apoyo e inserta normas al ordenamiento jurídico de interés para la mayoría parlamentaria. Además se preservan antiguos intereses, quedando el pueblo huérfano como consecuencia de los cambios políticos, económicos y sociales en el País. A cambio reciben prestaciones sociales del Estado, sin que sean protagonistas activos en la participación política.

La debilidad del sistema de gobierno brasileño es corroborada por la falta de autonomía de los Estados federados. Lo cual dificulta el desarrollo de la Constitución por desvirtuar las necesidades sociales reales en beneficio del orden liberal. La falta de coordinación entre los Estados de la Federación provoca la centralización de las decisiones políticas en el poder central y la proliferación de partidos políticos con intereses locales y diversos en el ámbito federal, teniendo el principio de separación de poderes como parámetro de las decisiones políticas para la producción normativa de ámbito nacional, perdiendo autonomía los Estados federados<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup>Por la autonomía, las comunidades federadas conservan su libertad amplia de gestión de los propios asuntos, que en el ámbito político dará a una comunidad política-miembro o Estado-miembro su carácter estatal. FERRANDO BADÍA, Juan. El Estado Unitario, El Federal y el Estado Regional. Tecnos. Madrid. España. 1978. Pág. 78

La minoría cumple un papel de control de constitucionalidad de los actos normativos producidos por la mayoría<sup>36</sup>, pues en la Constitución brasileña, hay mecanismos de control, bastando para ello la conciencia constitucional de los representantes políticos. En verdad la existencia de la minoría parlamentaria resalta la reserva de ley, la separación de poderes, la democracia de las decisiones parlamentarias y los derechos fundamentales y sus garantías en la Constitución.

La comunicación entre las diferentes instancias territoriales de toda de decisión<sup>37</sup> (Unión/Estados/Municipios) también se presentan como actores formalmente necesarios para el cumplimiento de lo que determina la Constitución, respecto a los derechos fundamentales<sup>38</sup>. Dicho compromiso con la Constitución va a tener como consecuencia la eficacia de su fuerza normativa con el amparo en el pluralismo político y social. El Derecho desde éste punto de vista es construido

---

<sup>36</sup> Los partidos políticos de mayoría, aparte de estar representados en el parlamento, están ligados al órgano de gobierno y mediante éste ejercen el núcleo esencial de los poderes estatales de orientación: los partidos de minoría entran en conexión sólo con el órgano parlamentario y mediante él pueden controlar la orientación gubernamental. Se ha producido, pues, un *nuevo dualismo funcional* que contempla como polos de la relación de control, por un lado, los partidos de la minoría que se expresan en la *oposición parlamentaria*, por otro un partido de la mayoría, o una coalición mayoritaria, que se manifiestan en la *mayoría parlamentaria* y en el *gobierno*. Desde esta perspectiva el principio de la separación de poderes asume un aspecto completamente diferente del tradicional: la máxima garantía consistente en el control entre los poderes, entre legislativo y ejecutivo se ha transformado en la ofrecida por el control ejercido por las minorías de la oposición sobre la mayoría. Tal conclusión es válida incluso si desde el *ángulo organizativo* no se ha institucionalizado la oposición como un órgano sustantivo, mientras que la mayoría ha hecho del gobierno su órgano. VERGOTTINI, Giuseppe de. Op. Cit. pág. 256.

<sup>37</sup> Por el principio de *participación*, las unidades que componen la federación conforman las decisiones que se adoptan como propias de la Unión federal. Tal *participación*, inconfundible con la simple subordinación, valdrá para deslindar la federación de otro tipo de uniones políticas, tales como el *vasallaje* o *protectorado*. En este sentido, se ha afirmado con razón que no existe auténtico federalismo – aun cuando la amplitud del vínculo federal varíe – si las unidades asociadas *no participan, con sus representaciones, en la constitución de los órganos federales y en la elaboración de sus decisiones*. FERRANDO BADÍA, Juan. Op. Cit. pág. 78

<sup>38</sup> HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Op.cit. pág 107-108



democráticamente y va a tener un papel de interlocutor entre los diversos grupos sociales<sup>39</sup>.

En verdad, la mayoría parlamentaria del Congreso Nacional de Brasil está formada por pocos partidos políticos de expresión nacional<sup>40</sup>, conforme se expresa en el artículo 47 de la Constitución brasileña:

*“Salvo disposición constitucional en contra, las deliberaciones de cada Casa y sus Comisiones serán tomadas por la mayoría de los votos, presentes la mayoría absoluta de sus miembros”.*

No obstante, la expresión nacional de los partidos políticos no se refleja en las decisiones parlamentarias del mismo nivel sino que dependen de propuestas o acuerdos con el Poder Ejecutivo. El cual de hecho, representa en el ámbito nacional. Sin embargo, el artículo 58 §1º, declara la proporcionalidad como un criterio básico para la organización interna del Parlamento:

---

<sup>39</sup> Lo elemental en el federalismo es – como dice LUCAS VERDÚ – “la aspiración de integrar la espontánea formación de los grupos sociales (sindicatos, cooperativas, iglesias, Estados, unidades políticas, en el ámbito internacional), en formaciones más amplias reconociendo y respetando su carácter originario y autónomo. La trama social – sostiene el federalismo – se compone de inmensos polos de atracción e integración que pueden coordinarse en esferas más amplias”. FERRANDO BADÍA, Juan. Op. Cit. pág. 78.

<sup>40</sup> Otras normas constitucionales ratifican, de modo más o menos amplio, la *presencia activa* de los partidos en los órganos constitucionales, como las que disciplinan la investidura fiduciaria de los gobiernos y se refieren a las relaciones entre mayoría y minoría, o las que versan sobre los criterios de formación de comisiones parlamentarias en proporción al peso de los partidos. Sin embargo, la función constitucional de los partidos está regulada, sobre todo, por costumbres y convenciones constitucionales. VERGOTTINI, Giuseppe de. Op. Cit. pág. 248.

*“En la constitución de las Mesas y de cada Comisión, está asegurada, en posible, la representación proporcional de los partidos o de los bloques parlamentarios que participan de la respectiva Casa”.*

Y el párrafo 4º del mismo artículo constitucional confirma tal tendencia:

*“Durante el receso, habrá una Comisión representativa del Congreso Nacional, elegida por sus Casas en la última sesión ordinaria del período legislativo, con atribuciones definidas en el estatuto común, cuya composición reproducirá, en lo posible, la proporcionalidad de la representación partidaria”.*

Respecto a los derechos políticos de los brasileños, el artículo 14 de la Constitución señala:

*“La soberanía popular será ejercida por el sufragio universal y por el voto directo y secreto, con valor igual para todos, y, en los términos de la ley”.*

El jurista brasileño AFONSO DA SILVA<sup>41</sup> resalta que, en las democracias de partido y sufragio universal las elecciones tienden a traspasar la pura función designatoria, para transformarse en un instrumento, por el cual el pueblo consiente a una política gubernamental. Como consecuencia, se consigue legitimar a las autoridades gubernamentales. Esto sucede en las democracias representativas, el pueblo participa en la formación de la voluntad del Gobierno y en el proceso político.

De ahí, obtenemos como resultado que las normas contemplan el Derecho genérico y abstracto, lo que posibilita la usurpación por el Gobierno del poder que detenta. Representar directamente a la mayoría<sup>42</sup>, y a la vez confiere derecho a los particulares, debido a la presión que se ejerce en el Congreso Nacional por los grupos de la banca privada, empresarios en general etc., intentando insertar en la norma las garantías de sus derechos. También se verifica la presión ejercida por la minoría representada por los parlamentarios y por las organizaciones no gubernamentales y otras instituciones sociales, que esclarecen las necesidades reales para la regulación de las mismas, mediante la norma.

---

<sup>41</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros. São Paulo. Brasil. 1996. pág. 138.

<sup>42</sup> La doctrina afirma que la democracia reposa sobre tres principios fundamentales: el *principio de la mayoría*, el *principio de la igualdad* y el *principio de la libertad*. Respecto a la mayoría como principio de la democracia, lo correcto sería considerarla como técnica de que se sirve la democracia par tomar decisiones gubernamentales en el interés general y no en el interés de la mayoría que es contingente. El interés general es permanente en conformidad con el momento histórico. La técnica de la mayoría en las tomadas de decisiones, bien podría ser sustituida por la técnica de representación proporcional, que amplía la participación del pueblo por sus representantes en el poder. Asimismo, la mayoría representada en el poder, no corresponde a la mayoría del pueblo, sino una minoría dominante. Situación que, queda claro en el proceso de formación de la ley, aspecto importante del régimen político, específicamente, en las estructuras sociales divididas en clases de intereses divergentes, donde difícilmente se consigue atinar con lo que sea el interés general. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. Op. Cit. pág. 130-131. MERRIAN, Charles E. Que é democracia? São Paulo. Brasil. Assunção. sd. Hall, Jerome, Democracia e Direito. Rio de Janeiro. Brasil. Zahar. S.d.

Toda reivindicación en la esfera social es Derecho que garantiza la Constitución Federal. No es sólo un Derecho que la Constitución garantiza, sino que es un Derecho fundamental que aún no se desarrolló adecuadamente a su tiempo.

Pero la falta de desarrollo de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, a través de un proceso legislativo sustanciado en el Parlamento acaba produciendo un desarrollo normativo infraconstitucional que genera la desigualdad social, lo que es contrario, como ya hemos señalado, a lo que dispone la Constitución como principio del Estado brasileño.

Así, el principio del Estado democrático y de Derecho que la Constitución recoge, a pesar de la democraticidad de las decisiones parlamentarias, de la existencia del proceso legislativo constitucionalmente garantizado, del reconocimiento de los derechos fundamentales en el texto constitucional, del Estado de Derecho, supone la igualdad de trato ante la ley, lo que garantiza el Derecho a la libertad y a la igualdad, se produce en realidad un desigualdad en el nivel de desarrollo de aquellos derechos que, en última instancia, se refleja en la alteración de los principios estructuradores del ordenamiento jurídico brasileño.

La desigualdad de los derechos producido por la falta de desarrollo constitucional a través de la ley tiene como resultado que los representantes de la sociedad y del Gobierno usurpan los poderes les conferidos por el pueblo para conducción del destino del país. Esto tiene como consecuencia la alteración del sistema de fuentes del Derecho por no existir un vínculo directo con la Constitución y en el ordenamiento jurídico, en la forma federal de Gobierno.

La ausencia de la garantía de alternancia en la representación mayoría/minoría en el Congreso justifica la separación de poderes, dando lugar a que la minoría, ejerza su papel de control de los actos de Gobierno. La consideración de que el Estado brasileño adopte la ideología liberal hace difícil saber cuál es el papel de la minoría<sup>43</sup>. Ya que dicha actuación no está garantizada en el texto constitucional brasileño. Los derechos de los que gozan la mayoría, también tendrían que ser disfrutados por la minoría, ello porque, la Constitución brasileña alberga la democracia como forma de Gobierno, al disponer en el párrafo único del artículo 1º, la alusión a la misma:

*“Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos o directamente, en los términos de esta Constitución”.*

Como ya expusiera Elías Díaz<sup>44</sup> “el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, cuyas actividades vienen controladas por la ley. Ley y Derecho expresan la voluntad general. Así el Estado de Derecho ha de tener su poder regulado y limitado por la ley, no dando margen a Estados absolutos o totalitarios o con poderes ilimitados, donde no hay un orden jurídico, o al menos insuficientemente regulado y sometido al Derecho”.

---

<sup>43</sup>“... no es posible comprender la función de los parlamentos en los ordenamientos de los Estados de <<democracia liberal>> si no se conoce claramente el régimen de la oposición”. VERGOTTINI, Giuseppe de. Op. Cit. pág. 259

<sup>44</sup> op. cit. pág. 17

Autores como *Legaz* y *Lacambra* hacen referencia a la creación del Estado liberal de Derecho e insisten en la concepción de la doctrina escolástica sobre la justicia de la ley y la obligatoriedad en conciencia de las leyes injustas, y sobre todo en la doctrina que vincula al príncipe con sus propias leyes. Ambas doctrinas deben considerarse como punto de referencias importantes en la etapa que ha conducido a la juridicización racional del Estado y a la eliminación de la arbitrariedad.

El Estado de Derecho, fruto del liberalismo individualista, garantiza la propiedad individual, que es la base del sistema capitalista. Las personas que no tenían propiedades carecían de una eficaz garantía<sup>45</sup>. Luego están los que tienen propiedades y los que no la tienen, y siendo la propiedad un Derecho fundamental garantizado por la Constitución, ésta garantía favorece tan sólo a los que son propietarios. ¿Cómo extender la garantía constitucional de propiedad a los que no la tienen?

El Estado liberal no atiende a las reivindicaciones sociales. De esta manera, la garantía de la propiedad en el nivel constitucional, se va a configurar como un deber del Estado. Este tiene que promover la reducción de la desigualdad. Esta postura del Estado contribuye a la protección de la propiedad, evitando el hurto o el robo y también la confiscación de la misma por los Gobiernos, salvo en caso de necesidad o utilidad pública, justificándose, por tanto la expropiación forzosa.

Teniendo como ejemplo la experiencia europea, la cual nos enseña que fue necesario la idea del Estado social de Derecho, ya

que el Estado liberal era insuficiente para garantizar los derechos constitucionales. Experiencia que falta en Latinoamérica, donde la ideología del Estado liberal<sup>45</sup> no tiene las limitaciones deseadas, pero sí, una previsión en sus constituciones de las garantías de los principios originados por la Declaración francesa de 1789.

En la región Sudamérica, los Derechos son vulnerados por grupos que forman las elites que se amparan por golpes de Estado realizado por militares, a lo largo de este último siglo. Impidiendo la aplicación y el conocimiento de los derechos fundamentales por la población.<sup>47</sup> Como último recurso, los ciudadanos de los países sudamericanos apelan a los organismos representantes de la justicia internacional y de los derechos humanos, para que los Estados cumplan la Constitución y los derechos, que en ella se contemplan<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> DÍAZ, Elías. op.cit. pág. 29

<sup>46</sup> “El sistema jurídico liberal se basaba en el dogma de la supremacía de la ley, pues, en cuanto norma superior del ordenamiento, la ley podía desarrollar una específica fuerza en relación con las otras normas. El Concepto de fuerza formal de ley dará cuenta del modo en que operaba en la práctica de la superioridad de la ley sobre las otras fuentes...” “... el dogma de la supremacía de la ley y su instrumentación a través de la fuerza formal, dio lugar en la práctica a fenómenos de jerarquía de unas normas sobre otras dentro del sistema jurídico, lo que no impidió, sin embargo, su aplicación en sistemas en los que la normatividad de la Constitución no estaba garantizada jurisdiccionalmente, generando un pluralismo en los principios de ordenación de las fuentes, que junto a la articulación jerárquica, hizo posible el recurso a criterios de competencia y de concurrencia normativa y el desarrollo de un cierto análisis dogmático de los mismos”. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho*. op. cit. pág. 51-52

<sup>47</sup> PARDO FALCÓN, Javier. La Justicia Constitucional Como Factor de Impulso Democrático en Iberoamérica. Ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional – Sevilla – 3 al 5 de diciembre de 2003.

<sup>48</sup> En verdad es una lucha continua por los Derechos Humanos. Mientras algunos grupos sociales defienden el derecho a la vida, a la dignidad, por otro lado, otros, defienden bajo el mismo signo, los derechos de participación, de reconocimiento en un determinado Estado. *Habermas* defiende, en primer lugar, al derecho fundamental al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción, pero también a aquellos derechos fundamentales que establecen tanto el *status* de pertenencia estatal como una amplia protección jurídica individual. Para él, estos derechos, que deben garantizar a cada cual una consecución en igualdad de oportunidades de sus objetivos privados de vida, poseen un valor intrínseco y, en cualquier caso, no se reducen a su valor instrumental para la formación de la voluntad democrática. Sólo se puede sostener la intuición acerca del carácter igualmente originario de los clásicos derechos de libertad y de los derechos políticos del ciudadano si precisamos a continuación nuestra tesis de que los derechos humanos posibilitan la praxis de autodeterminación de los ciudadanos. HABERMAS, Jürgen. La inclusión del

Ahora bien, con esta situación en Latinoamérica no se puede más hablar de un Estado social de Derecho sino de una Latinoamérica con una doble faz: El Estado liberal de Derecho y Estado social. La base de la relación entre los dos modelos de Estado son los derechos humanos<sup>49</sup>, ya que los derechos fundamentales atienden a una parte que es fruto del ideal liberal.

En esta línea de pensamiento la institución de los mecanismos jurídicos para la garantía del Estado social es un hecho necesario para hacer compatible las relaciones de los dos modelos de Estado, el liberal con el social.

La mezcla de los dos modelos de Estado garantizados por un sólo ordenamiento jurídico es un factor multicultural fundado en la tolerancia, siendo la igualdad la base para el ajuste social. Lo que supone la intervención del Estado, caracterizándose como un Estado social. El Estado liberal sigue una línea de intereses privados que son garantizados por la Constitución<sup>50</sup>.

---

otro. Traducción del original: *Die Einbeziehung des Anderen* por VELASCO ARROYO, Juan y VILAR ROCA, Gerard. Paidós. Barcelona. España. 1999. pág. 254.

<sup>49</sup>Durante el transcurso de la colonización de las naciones latinoamericanas, predominó la reproducción de una cultura humanista anacrónica y de un aparato jurídico corporativo y conservador. El proceso de independencia de Latinoamérica y la ruptura con España y Portugal, generaron las condiciones para el surgimiento de una elite local, que incorporó y difundió los principios de una tradición jurídica, marcada por el idealismo abstracto jusnaturalista, por el formalismo dogmático-positivista y por la retórica liberal-individualista. Naturalmente, la formación de esa cultura jurídica latinoamericana está apoyada en un pasado económico colonial y extractivo y a la construcción posterior de un sistema socio-político elitista, individualista y deshumanizador. Es en ese sentido que se puede pensar la trayectoria del humanismo jurídico en el continente latinoamericano, o sea, la inexistencia de un humanismo auténtico y emancipador, de constante cultivo de un humanismo retórico y erudito, pero disociado de la plena valorización de la vida humana con dignidad, con libertad y con justicia. WOLKMER, Antonio Carlos. El Humanismo en la tradición de la cultura jurídica latinoamericana.

<sup>50</sup> Lo característico del Estado social de Derecho es, sin duda alguna, el propósito de compatibilizar en un mismo sistema dos elementos: uno, el capitalismo como forma de producción, y otro, la consecución de un bienestar social general. DÍAZ, Elías. Op. Cit. pág. 92. En los países desarrollados, es más fácil obtener la autonomía de los individuos, grupos o minorías con relación a las imposiciones del sistema económico y administrativo. Por el contrario, en las sociedades dependientes, cuya modernización sólo puede partir de una intervención exterior a los actores



La tradición antidemocrática, como sucede en Brasil, ha hecho que el Poder Ejecutivo se encarne en la persona del Presidente de la República durante varias décadas. La ley era la expresión del poder militar y no la de la mayoría representada en el parlamento, hecho que dificulta la idea de una soberanía popular, donde la ley es la expresión de la voluntad general conforme, la Declaración francesa.

Así la actuación de la Administración pública viene condicionada por leyes que representan la voluntad no de la nación sino del titular de la presidencia en un régimen anterior al democrático. De esta forma, el ciudadano se ve sometido a un ordenamiento jurídico en cuyo contenido coexisten normas preconstitucionales y cuya aplicación lesiva solo encuentra en el Poder Judicial la única vía de protección de sus derechos, ahora si, constitucionalmente proclamados, un Poder Judicial que, por otra parte, tampoco está exento de una contaminación antidemocrática que se concreta en un funcionamiento clientelista.

En este sentido, el fin del Estado autoritario supuso un menoscabo del poder gubernamental lo que, a su vez, ha supuesto un cierto vacío de poder, una cierta confusión social y un ordenamiento jurídico con claras lagunas normativas para las que el sistema no ofrece sistema de integración. La nueva Constitución promulgada

---

sociales, del Estado nacional o de otro origen, los derechos que son reivindicados son más comunitarios que individuales y resisten a una política de modernización impuesta, cuando deberían defender las libertades personales. Una conclusión que se llega a plantear la indagación de que tal tensión sólo tiene efectos antidemocráticos y por tanto, la democracia no tiene lugar en una sociedad dividida entre la intervención autoritaria del Estado y defensas comunitarias, y en la cual el Estado corre constantemente el riesgo de asumir el lenguaje de la comunidad y de tornarse así totalitario, lo que conlleva a la extremada conclusión de que la democracia sólo puede existir en los países más ricos, aquellos que dominan el planeta y los mercados mundiales. TOURAINE, Alain. O Que é a Democracia. Traducción del original: *Qu'est-ce que la démocratie?* Por FREITAS TEIXEIRA, Guilherme João de. Vozes. Petrópolis. 1996. Pág. 30.

durante la transición democrática y para su garantía, frente al régimen anterior, no supuso una paz social inmediata sino que propició el enfrentamiento entre grupos antiliberales (a veces organizados de forma paramilitar) de apoyo a los sectores sociales excluidos<sup>51</sup>, mientras que, de otro lado, las elites conservadoras, tanto las tradicionales como las que han dado en denominar elites “emergentes”, han seguido propugnando el status quo anterior al régimen democrático.

En esta situación, la legitimidad del propio orden jurídico queda cuestionada y, con ella, los mecanismos de producción normativa por cuanto dichos mecanismos no son el reflejo del pluralismo social sino de la lucha entre clases sociales que intentar controlar de forma hegemónica la estructura estatal<sup>52</sup>. De esta forma, según entendemos,

---

<sup>51</sup>La concentración monopolista de la riqueza en pocas manos, característica y resultado del sistema de concurrencia del capitalismo individualista, produce y hace aumentar sin cesar las desigualdades humanas A quien ya tiene, como dice *Hegel*, es a quien se le da más. *Marx* toma de *Hegel* la distinción entre sociedad civil y Estado; pero profundiza la crítica a la sociedad individualista y burguesa poniendo de manifiesto el sentido de la alienación del hombre, como resultado necesario de las relaciones de producción del sistema capitalista basado precisamente en la propiedad privada de los medios de producción. En esta sociedad civil el interés privado y el interés público están en forzosa y lógica contradicción y ello conduce a la disgregación y a la dispersión atomística de los individuos en relación con la sociedad. Semejante disociación, unida a la creciente concentración del capital (o del control del capital) en pocas manos, origina la explotación del que sólo dispone de su fuerza de trabajo para vender. DÍAZ, Elías. Op. Cit. Pág 134 y 146. (tal situación, el ordenamiento jurídico en el caso brasileño y demás Estados en la misma situación de injusticia social, no tendrá eficacia plena, con el objetivo de garantizar las libertades ciudadanas, siendo sustituido por el poder arbitrario del detenedor del capital que utiliza la ley en su beneficio en garantía de su propiedad y libertad).

<sup>52</sup> La idea de ser gobernados por la Ley u no por los hombres ya estaba presente en Grecia. Según *Jonh Locke* – 1979, la autoridad suprema atribuida al parlamento, no puede asumir para sí misma un poder de gobernar por decretos arbitrarios y extemporáneos, sino que, está obligada a dispensar justicia y a decidir los derechos del súbdito, por leyes promulgadas y fijas y jueces autorizados y conocidos. En el párrafo 137, dice que el poder absoluto y arbitrario, o el gobernar sin leyes establecidas y fijas, son ambas cosas inconciliables con los fines de la sociedad y el gobierno. Cualquiera que sea la forma de gobierno bajo la que se halle la república, el poder gobernante debe gobernar por medio de leyes declaradas y recibidas, y no por dictados extemporáneos y resoluciones indeterminadas; pues entonces la especie humana estará en una condición peor que en el estado de naturaleza. ANESCLAR, Luiz Eduardo. El Estado de Derecho, constitución y democracia: “Garantía frente a la globalización. Artículo publicado en el congreso sobre Pluriculturalismo y Globalización. Producción del conocimiento para la construcción de la

más allá de un análisis meramente positivista, la validez del ordenamiento en Brasil queda cuestionada<sup>53</sup> al no representar las normas legales la voluntad general hecha derecho<sup>54</sup> y, por la misma razón, la falta de normatividad del propio texto constitucional queda afectada<sup>55</sup>.

Los intentos de asumir una dimensión normativa la Constitución no encuentra, de esta forma, una base social en la que sustentarse. Situación esta que, además, tampoco es homogénea en todos los Estados miembros de la Unión, ya que el grado de incumplimiento de la Constitución o el grado de su asunción como norma suprema va a depender de los poderes locales y de las especiales coyunturas socio-políticas de cada uno de dichos Estados. En algunos casos extremos, Estados que formalmente asumen los principios del Estado social y democrático de derecho, lleva a cabo una tarea legislativa que generan una clara violencia social, vulnerando los derechos fundamentales, constitucionalmente garantizados, como la libertad, la

---

ciudadanía en Latinoamérica. IX Seminario de la APEC. Barcelona. España. Mayo/2004. pág. 144. <http://www.apecbcn.org>

<sup>53</sup> Desde la óptica positivista, la característica primordial de la validez es su fundamento normativo. Esta afirmación supone entender que la validez concreta de una norma habrá de derivarse de otra. Es decir, que una norma es válida cuando así se deduce de otra norma tenida por válida, pues sólo se deduce un *deber ser* de otro *deber ser* y nunca de un *ser* o un mero *hecho*. Los actos de los que surgen las normas, es decir, los actos de producción normativa, para ser válidos habrán de provenir de un poder que tenga atribuida competencia para llevarlos a cabo y habrán de respetar las condiciones en que esta competencia haya de ser ejercida. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Trota. Madrid. España. 1997. pág. 88; HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Traducción del original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts un des demokratischen Rechtsstaats* por JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Trota. Madrid. España. 1998. pág. 63

<sup>54</sup> Pertenecen al estado *democrático* aquellas reglas de un sistema jurídico que establecen *quién* decide (la mayoría) y *cómo* se decide (por mayoría). Se dice, en cambio, que pertenecen al estado de *derecho* aquellas reglas que establecen *sobre qué* no se puede decidir ni siquiera por mayoría (los derechos fundamentales) y al estado *social* aquellas reglas que establecen *sobre qué* no se puede dejar de decidir ni siquiera por mayoría (las políticas de redistribución de la riqueza, la salud, la educación, la equiparación, etc. SERRANO, José Luis. Validez y vigencia. Trota. Madrid. España. 1999. pág. 109.

<sup>55</sup>DÍAZ, Elías. op.cit. pág. 32

vida, la propiedad, etc. El último recurso es la apelación a los derechos humanos en la esfera del derecho natural a través de los mecanismos que están fuera del sistema estatal, como ocurre en los días actuales, como las Organizaciones no Gubernamentales – ONGs, o asociaciones similares<sup>56</sup>.

La dimensión antropocéntrica propia del Estado de Derecho, implica la necesaria garantía de los derechos humanos, para que se concreten y se hagan efectivos y vigentes a través de su protección formalizada e institucionalizada en el ordenamiento jurídico positivo. Sin esto, los derechos humanos son grandes palabras, ya que los mecanismos socioeconómicos se dirigen y planifican con vistas a lograr para todos los hombres la realización efectiva material de esos derechos. Las contradicciones entre el sistema económico realmente operante y las declaraciones de derechos han sido frecuentes en la historia, impidiendo la realización práctica. Al mismo tiempo se ha producido también la protección jurídica de esos derechos humanos.

El Estado brasileño y la fuerza de la ideología liberal proporcionó el desarrollo de la industria productiva para su inserción en el capitalismo de mercado, utilizando los recursos públicos a partir de los años setenta. Como consecuencia de los excesos del mercado, se necesitó de la intervención del Estado para equilibrar las desigualdades sociales. Los principios económicos tras la Segunda Guerra Mundial surgen a través de planeamiento económico, de la

---

<sup>56</sup> El sentido histórico e ideológico del principio de la separación de poderes es, así, evitar la concentración de poder en manos, sobre todo, del titular del ejecutivo, a fin de lograr el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos que, representados democráticamente, constituyen ahora el poder legislativo. DÍAZ, Elías, op.cit.pág.34

afectación por el Estado, de la democracia económica y social, todo como complemento a la democracia política.

Tales principios encuentran su guarida en las Constituciones y en los distintos principios económicos clásicos del Estado liberal. El Estado, su fin era consolidar la libertad empresarial y la producción del capital. Esta situación hace que el Estado social se encuentre en una profunda crisis.

La crisis del Estado social en Latinoamérica, en especial en Brasil, provocó la privatización de grandes empresas públicas cuyo capital accionario, fue en su mayor parte incorporado a las empresas extranjeras. Como sugerencia del “Estado mínimo” no interventor en la sociedad y con la fuerte presencia de un Estado fiscalizador<sup>57</sup>, los derechos sociales contemplados actualmente como derechos fundamentales en la Constitución brasileña, son reivindicados en el nivel nacional a través de la sociedad civil organizada, configurándose como un verdadero instrumento de defensa ante la ausencia del Estado en la esfera social.

El Derecho pasa a tener otra fuente que no es la fuente legítima estatal, sino la fuente del poder del capital privado. Si los poderes del Estado estuviesen distribuidos democráticamente y no hubiese poderes intermedios, el capital probablemente estaría mejor distribuido. Pero el capital económico no fue distribuido equitativamente, y esto se mantiene en la actualidad de forma concentrada. El capital tiene representantes en las instituciones de los

---

<sup>57</sup>Se recomienda la lectura de la obra de PETRAS, J. y Veltmeyer, H. Brasil de Cardoso. A desapropriação do país. Traducido del título original: “*Cardoso's Brazil*” por CLASEN, Jaime. Vozes. Petrópolis. Brasil. 2001

poderes del Estado, que actúan como titulares de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

Con la democracia, la representación política no consigue la transformación del Estado liberal en un Estado social con la finalidad de implantar una justicia distributiva. Esto depende de la economía de mercado, y en tales condiciones las fuentes del Derecho sirven para mantener los privilegios derivados del capital, en detrimento del social, tan fundamental en el presente siglo.<sup>58</sup>

La realidad social exige compromisos de orden público para la garantía de los derechos individuales. El ideal del Estado de prestaciones no puede actuar de forma antidemocrática en consideración del pluralismo político, social y ordinamental que la Constitución brasileña garantiza. La apertura constitucional genera oportunidades para la producción normativa con el fin de regular ciertos sectores de la sociedad, siendo el Derecho el que requiere la forma democrática para su producción.

El Estado democrático da garantía a los derechos establecidos en el nivel constitucional a medida que su desarrollo sea por el interés social de una mayoría. No sólo es necesario la existencia de procedimientos legislativos para el desarrollo, sino que también es necesario la garantía de mecanismos jurisdiccionales para la restauración de los derechos vulnerados.

La democracia no sólo se verifica con la ausencia del régimen dictatorial sino que en ella misma, se hace necesario el cumplimiento del Derecho democráticamente producido. Así, en el marco del Estado

---

<sup>58</sup>CARRION, Eduardo. Neoliberalismo e Reforma Constitucional. Artículo publicado en: Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho. Organização: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de e Ramos, Alexandre. Edibej. Curitiba. 1998. Pág. 286

social, el Juez no puede aplicar una norma jurídica producida democráticamente que vulnere un Derecho garantizado en la Constitución. La inexistencia de una norma jurídica para su aplicación en un determinado caso concreto, el Juez, deberá recurrirse a los principios generales del Derecho, a la analogía, a las costumbres y a la jurisprudencia. Ya que el Juez no puede crear un Derecho más amplio que el propio caso en particular requiere. El Juez puede sí, crear el Derecho con fundamento en una norma general y abstracta, reduciéndola al caso concreto a él sometido<sup>59</sup>.

Sí el Juez aplica la norma literalmente, al menos debe aplicarla de forma interpretada. Al hacer la interpretación de la norma para su aplicación al caso particular en concreto, el Juez está en el marco de

---

<sup>59</sup> Desde el punto de vista del Estado liberal existe la incompatibilidad con el modelo del Estado social que tiene como base la Constitución normativa y que supone la superación del imperio de la ley por parte del imperio del Derecho y de la justicia. La función jurisdiccional supone, desde un punto de vista histórico, la superación del modelo de jurisdicción característico del Estado legislativo de sesgo liberal. Como ya se expuso, la implantación del Estado moderno, frente al absolutismo monárquico, significó la afirmación de la soberanía de nación, representada en las correspondientes asambleas o legislativos, que se expresan mediante un tipo de norma – fuente hegemónica, suprema e irresistible del derecho – como son las leyes generales y abstractas (Zagrebel'sky, 1992,24). La naturaleza de la ley y el especial peso del poder legislativo condicionan la configuración de la función jurisdiccional que vendrá a caracterizarse, en este contexto, por los siguientes rasgos: en primer lugar, por la vinculación epistemológica fuerte entre el juez y la ley e, indirectamente, con el poder legislativo. De modo que en el Estado liberal de derecho la función jurisdiccional, en su versión más pura, es tan sólo administración de justicia, no poder judicial, que actúa a través de procedimientos técnicos, mecánicos o silogísticos (Díaz, 1980, 108), como instancia servidora de la ley y garante de su aplicación conforme a la voluntad de su creador; es, en suma, actividad de reconocimiento de la ley. En un contexto institucional caracterizado por la rígida separación de poderes y por la primacía absoluta del poder legislativo, al poder judicial correspondía la función de <<resolver litigios intersubjetivos mediante la pura aplicación mecánica de las leyes>> (López Aguilar, 1995, 13). Segundo, la independencia del juez en este contexto tiene un sentido externo e institucional, como prohibición de cualquier injerencia o intromisión de los poderes públicos o privados en la actividad de la administración de justicia y del juez como aplicador de las leyes. Sólo de ese modo puede situarse en una posición de objetividad y superioridad a los intereses de las partes para localizar el interés de la ley y, según él, dar solución al caso. Finalmente, el proceso judicial tiene una orientación netamente individualista: el juez ocupa una posición neutral en la controversia existente entre los derechos de dos partes iguales. Dicha controversia es de origen normativo, esto es, presupone un derecho o derechos normativamente establecidos. El juez se encargará de argumentar técnica y silogísticamente y de ofrecer la solución al caso primando los derechos de una de las partes frente a la opuesta. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Op. Cit. Pág. 233-234

legalidad y de constitucionalidad. Pues, el Juez al aplicar la norma que afecte terceros, está extrapolando su competencia y al mismo tiempo invadiendo la competencia del Poder Legislativo, substituyendo la norma democrática por una norma de carácter individual.

De ahí, resulta que la no observación del principio democrático y del Estado de Derecho, el Juez podrá revocar una norma y creando otra sin que esté autorizado democráticamente.

Esto tiene mayor presencia en los sistemas jurisdiccionales que adoptan el control difuso de constitucionalidad, aunque con la posibilidad de un previo control abstracto de constitucionalidad normativo.

En Brasil, cuyo sistema jurisdiccional es el de la unicidad de jurisdicción, el artículo 5º, XXXV de la Constitución garantiza:

*“la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”*

Esta garantía constitucional de acceso al Poder Judicial se adecua al principio de la justicia retributiva de ideología liberal. Se concluye que, si no hay el previo control abstracto de constitucionalidad de normas, tampoco se lleva a cabo el ideal de la justicia distributiva y que por cierto, anularía el protagonismo del Poder



Judicial conforme garantiza el artículo 5º, XXXV de la Constitución brasileña<sup>60</sup>.

Sin embargo el ideal del Estado social, es de fundamental importancia la interpretación que se debe hacer de la Constitución para la efectiva aplicación de sus principios.

---

<sup>60</sup> Sobre el control abstracto de constitucionalidad se recomienda la obra de MERLIN CLÈVE, Clèmerson. A fiscalização abstrata de Constitucionalidade no direito brasileiro. RT. São Paulo Brasil. 1995.

## **5. La Normatividad de la Constitución Federal y el Presidencialismo**

### **1. La Constitución Normativa**

La Constitución expresa los valores cultivados en determinada sociedad y por eso deben estar determinados en una carta política, derechos y garantías, frente a los representantes del pueblo en el Estado. La Constitución determina el perfil del Estado, del Gobierno, su forma, el sistema de jurisdicción, el proceso legislativo, derechos fundamentales del ciudadano, la administración del Estado y etc.<sup>61</sup>

La superación del Estado legal al Estado constitucional, requiere que el Derecho tenga su validez y efectividad a través de su normatividad por fuerza del ordenamiento jurídico, siendo la Constitución la norma básica o fundamental que da legitimidad a las normas inferiores.

Pues la Constitución contempla principios programáticos como económicos y sociales, cuyos desarrollos dependen de la aceptación del ámbito público que afecta a los diversos segmentos de la sociedad, lo que hace de la normatividad el vehículo de las pretensiones populares calificada por su mayoría parlamentaria, con gran significado para una Constitución real o material.

---

<sup>61</sup> "La Constitución expresa el estado de la cultura política de la nación, que encierra creencias, intereses sólidos, valores profundos de conciencia social. La Constitución es el denominador

La Constitución Española expresa la voluntad del pueblo en “establecer una sociedad democrática avanzada”, cuya interpretación es en el sentido de la Constitución no sólo hace posible esa sociedad estableciendo los cauces por los que cabe llegar a ella e impidiendo que el poder los obstruya limitando las libertades, sino que además la impone como un orden que el poder público tiene el deber jurídico de alcanzar, respeto al pluralismo político contenido en artículo 1.1 de la Constitución española, declara valor superior del ordenamiento no sería sólo algo a respetar y a posibilitar, sino algo a conseguir<sup>62</sup>.

La normatividad constitucional no sólo requiere la Constitución como norma, sino como instrumento de producción normativa o la norma que regula las fuentes del Derecho.<sup>63</sup>

Por esta razón, la Constitución en los Estados modernos se consideran normativas, pues viven un verdadero Estado Constitucional, social, democrático y de Derecho. Al contrario de lo que pasa en países de Latinoamérica, donde el concepto de Constitución pasa a ser una forma o un instrumento<sup>64</sup> para legitimación del poder de forma razonablemente democrática, pero aún no

---

común de la ideología democrática, convertida en compromiso inviolable legitimado al grado de valor supremo pelo sistema”. BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. Op. Cit. P.207

<sup>62</sup> OTTO, Ignacio de. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Ariel. Barcelona. España. 1988. pág. 44-45

<sup>63</sup> TORRES DEL MORAL, Antonio. Op. Cit. pág. 153.

<sup>64</sup> En el constitucionalismo moderno, la Constitución fue fundamentalmente concebida como ordenación sistemática y racional de la comunidad a través de documento escrito. Efectos de estabilidad, razonabilidad, de seguridad jurídica, de calculabilidad y de publicidad, son en mayor o menor medida, los objetivos que se deseaban obtener a través de la fijación del contenido constitucional en uno o varios documentos escritos – constitución instrumental. Se habla, pues, de constitución instrumental en alusión a la Ley fundamental como texto o como documento escrito. Es aún considerado, de per se, como una garantía de la Constitución y como un elemento importante para se tornar resuelto problemas relacionados con los efectos de la Constitución como fuente de producción normativa, designadamente los de supra ordenación y coordinación con otras eventuales fuentes del derecho constitucional (leyes constitucionales dispersas, derecho constitucional consuetudinario. GOMES CANOTILLO. J.J. Direito Constitucional. Almedina. Coimbra. Portugal. 1995. pág. 65

teniendo el carácter de Constitución material. También se puede considerar tales constituciones como políticas, con cierto grado de normatividad, frente al poder judicial, cuanto a la interpretación de sus términos, creando jurisprudencia constitucional.

En cuanto a la Constitución brasileña, BONAVIDES<sup>65</sup> afirma que la casuística debilitó la fe en la Constitución y en las leyes, dando margen para las soluciones de expedientes de urgencias, guiadas por un mero criterio de oportunidad, a través de medidas “extra legem”, durante los veinte años de régimen militar (1964-1985), cuyo respeto es imprescindible a la normatividad jurídica de cualquier Constitución.

Es la propia Constitución la que concede la Parlamento su competencia en la labor normativa, garantizándose las libertades y demás derechos de los ciudadanos, bien como la propia normatividad estatal, respeto a la constitucionalidad de las leyes.

En la Constitución brasileña, así como en la mayoría de Estados de Latinoamérica, no fue acompañada de una situación y conciencia social que haya favorecido que los ciudadanos hayan sentido, en expresión de *LUCAS VERDÚ*, tales constituciones como normas jurídicas por lo que continuarán teniendo un carácter semántico o descriptivo, utilizando una consolidada terminología<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. op.cit. p. 213

<sup>66</sup> En las sociedades que se basan sobre el principio de igualdad, el poder político tiene que ser constituido, porque no es algo natural, sino artificial, porque es el resultado de “la técnica del hombre”. La sociedad igualitaria tiene espontáneamente una constitución social, pero tiene que darse una Constitución política, tiene que constituir el Estado. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Op. Cit. pág. 87

Sin embargo la inexistencia del espíritu social<sup>67</sup> contenido en ella, la Constitución tiene una dimensión potencialmente jurídica, siendo más vivida por el Poder Judicial que en otras esferas gubernamentales lo que hace, entre otras cosas, que el Gobierno pueda centralizar el poder estatal en sus manos, sin la participación de instituciones jerárquicamente inferiores para contener los eventuales abusos del poder en la esfera de las libertades ciudadanas<sup>68</sup> por la falta de interpretación normativa de la Constitución, asumida como tal por la sociedad<sup>69</sup>.

La Constitución tiene como fondo los principios de dignidad humana, igualdad, soberanía y separación de poderes<sup>70</sup>, ya que en la

---

<sup>67</sup> Si la vida del espíritu es al mismo tiempo auto realización del individuo y de la comunidad, la importancia de este proceso configurativo resulta más nítido en el caso de la comunidad, dado que el hombre, además de la vida des espíritu, tiene una existencia biológica. (Litt. págs. 33 y s. Y 312 y s.) El Estado existe únicamente a causa de, y en la medida en que se halla inmerso en este proceso de auto-integración que se desarrolla a partir del individuo y en el propio individuo. SMEND.Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. CEC.1968.p.64-65

<sup>68</sup> La Constitución ideal y Estado Constitucional, son el soporte de una idea y de una ideología: la idea constitucional y la ideología del constitucionalismo. La primera, designada también por telos constitucional (*Loewenstein*), significa, en síntesis, la creación de instituciones a través de ley formal para limitar y controlar el poder político y vincular el ejercicio de ese poder a normas bilateralmente vinculantes para los detentores de los poderes políticos y para los ciudadanos (*Kägi*). La ordenación de la comunidad política a través de un documento escrito, de una Ley formal-constitucional, torna claro que para el constitucionalismo la Constitución ya no es el modo de ser de ordenación de la comunidad mas el acto constitutivo de esa ordenación en el plano sensible (Rogério Soares). El constitucionalismo expresa una ideología: el liberalismo es constitucionalismo; es el gobierno de las leyes y no de los hombres (*Mc Ilwain*). Así, la idea constitucional, deja de ser apenas la limitación del poder y la garantía de derechos individuales para se convertir en una ideología, abarcando los varios dominios de la vida política, económica y social (ideología liberal o burguesa). De ahí, la afirmación que el constitucionalismo moderno es un producto de la ideología liberal. GOMES CANOTILHO. J.J. Direito Constitucional. Op. Cit. pág. 64.

<sup>69</sup> *García Pelayo* concluye que la Constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimiento o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una sola vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y el que se subsuman todos los casos particulares posibles. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Op. Cit. pág. 91

<sup>70</sup> Constitución también es un orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad. Incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo el Estado es constituido (la Constitución no es sólo Constitución "del Estado") Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano (¡tolerancia!). HÄBERLE. Peter. El Estado Constitucional. UNAM. Ciudad de México. 2001. Pág. 3

sociedad reina el contrario: la desigualdad, posición natural de los hombres. Una Constitución que sobreviene a este estado, tendrá seguramente el principio de igualdad jurídica, lo que hace ser necesario que la Constitución sea normativa para que pueda tener validez y eficacia en la acepción *kelseniana*<sup>71</sup>.

También el aspecto cultural de la Constitución que configura una identidad de un pueblo, determina un concepto quizás más importante que su propio carácter jurídico o normativo, pues, la Constitución garantiza y incentiva a la cultura como patrimonio cultural de una sociedad que con ella se identifica, sea la religión, las artes, los deportes, la enseñanza etc.<sup>72</sup>

Sin embargo los ideales democráticos y sociales del Estado, el tecnicismo de la burocracia<sup>73</sup> en las modernas democracias occidentales es una realidad, impidiendo el parlamento clásico, lo que dificulta la configuración de las fuentes del Derecho como producto parlamentario, ya que un sistema tecnicista es el vector de los intereses de la clase que necesita de mayor presencia del Estado para el empleo de justicia social. Pero, incluso, asumido los efectos en la estructura social de los avances técnicos, no podemos olvidar que en el seno de un sistema constitucional normativo la ley no puede tener cualquier contenido y que siguen siendo válidos los postulados

---

<sup>71</sup> En la igualdad, no hay ningún principio de orden, ya que una sociedad compuesta por individuos iguales y libres que se autodeterminen permanentemente su conducta no es una sociedad ordenada, sino desordenada. Es el estado de naturaleza de *Hobbes*, en el que nada puede ser injusto, ya que las nociones de bien y de mal no tienen cabida en este estado. Donde no hay poder común no hay derecho; donde no hay derecho no hay injusticia. La fuerza y el fraude son en la guerra las virtudes cardinales. PÉREZ ROYO, J. Curso de Derecho Constitucional. Op. Cit. pág. 93

<sup>72</sup> HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. op.cit. pág. 5

<sup>73</sup> LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. op. cit. pág. 20.

rousseauianos sobre la ley como expresión justa de la voluntad social<sup>74</sup>.

El peligro, pues, de la sociedad técnica es la posible crisis de la función legislativa, pues la voluntad política general ya no se concreta a través de la razón parlamentaria lo que provoca la transformación de la ley un instrumento vacío de contenido<sup>75</sup> inmediato.

La crisis del parlamento debido el tecnicismo, no impide la reconstrucción del ordenamiento fundado en la normatividad constitucional a través de sus valores superiores mismo al ordenamiento, ya que tal tecnicismo proveniente del Estado Liberal, no atiende a las demandas sociales<sup>76</sup> de amparo constitucional. En el Estado Constitucional de Derecho, es posible la ampliación del ámbito del Derecho y el sometimiento de la ley a los preceptos constitucionales, pues la primacía del legislador no es ahora absoluta e ilimitada, ya que se encuentra vinculada a la Constitución, bien como los demás órganos estatales, al quedar sometidos dichos órganos a la

---

<sup>74</sup> *Rousseau*, en el *Contracto Social*, afirma que la obligada generalidad de la Ley: “es evidente que no hay ya que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, puesto que es miembro del Estado; ni si la ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto consigo mismo; ni cómo se puede ser libre y estar sometido a las leyes, puesto que són éstas sino registros de nuestra voluntad”. *BALAGUER CALLEJÓN*, Francisco. *Fuentes del Derecho*. Op. Cit. Pág. 20

<sup>75</sup> *MERLIN CLÈVE*, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. op. cit. pág. 45-51

<sup>76</sup> la dinámica de la vida social respecto del tecnicismo, se nos hace cuestionar sobre la relación entre unidad y compleción del ordenamiento jurídico. *BALAGUER CALLEJÓN*, enseña que “un sistema jurídico, por el solo hecho de serlo, no tiene que ser completo en relación con el objeto social que regula, aunque lo cierto es que el orden jurídico estatal debe tender a resolver las demandas sociales que se le presenten. Desde esa perspectiva el ordenamiento jurídico global tiene una inevitable proyección a la compleción, especialmente si se asienta sobre una fundamentación democrática y social. La compleción es siempre en este sentido externo un concepto relativo: el ordenamiento no será completo porque regule todo el cuerpo social – lo será imposible por otra parte -, sino porque regule todo aquello que la sociedad entiende que debe ser disciplinado por el Derecho. Con todo, la compleción, en cuanto nota distintiva del ordenamiento, no debe referirse principalmente a la extensión de las normas, a la relación entre el Derecho y la sociedad, sino a las necesidades técnicas de aplicación del Derecho. No debe analizarse desde el punto de vista externo, sino desde el interno. Y, en ese sentido, todo ordenamiento debe ser completable”. (*Fuentes del Derecho*. op. cit. pág. 88)

normatividad de la Constitución, lo que también justifica que no sea sólo el Legislativo el órgano creador del Derecho.

La publicidad y conocimiento del Derecho por los ciudadanos, torna visible el principio de seguridad jurídica fin último del ordenamiento jurídico por su unidad y coherencia, lo que no impide toda forma de tecnicismo mientras que no vulnere los derechos que la Constitución y el ordenamiento aseguran a la sociedad, ya que el Derecho se manifiesta por diversas fuentes, lo que explica la pluralidad del ordenamiento jurídico, pero sin perder su unidad y coherencia lógica bien como su importancia como regulador vuelto a los valores sociales.

Como las normas no pueden prever todas las conductas posibles, ellas siempre dejan un margen de discrecionalidad para actuación de la sociedad. Y con sus avances tecnológico y científico, se necesita del Estado, el consentimiento para reproducir en la sociedad nuevas formas de conductas, lo que es discutible las conductas anteriores debido a la modernización, bien como de cierta manera insegura, puesto que, necesario reorganizar el ordenamiento jurídico con una interpretación del punto de vista de la democracia social.

Así, se va a preservar los principios de libertad e igualdad ciudadanas, para que ningún grupo social o persona determine conductas al otro sin su consentimiento, lo que se presenta del punto de vista del Derecho privado en las relaciones contractuales y del Derecho estatal, a través del Parlamento o del Gobierno.

Pero, lo que refuerza la eficacia del ordenamiento jurídico y su validez es precisamente su normatividad constitucional, sin embargo,



la dinámica social en la reproducción de los hechos, bien como la regulación de esos hechos a través del amplio margen discrecional dejada por la normatividad, lo que se puede explicar la garantía del desarrollo social, sin embargo, los conflictos que se originan de las crisis del Estado que se puede presentar con una faceta más rígida en la esfera de la libertad<sup>77</sup>, garantizada por la norma constitucional, lo que es una contradicción misma.

Pueda que tales hechos generados por múltiples conductas en la sociedad ya se encuentren en el ámbito de la costumbre debido su reproducción garantizada por la norma y aceptada por los integrantes de la sociedad, lo que significa la seguridad jurídica y que impide una intervención arbitraria del Gobierno<sup>78</sup> a contradecir la norma misma vigente y eficaz con otra norma que determina nuevos *modus vivendi*, sin respaldo democrático, afectando el ordenamiento jurídico al insertar normas inválidas o inconstitucionales<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. pág. 55

<sup>78</sup>“... El Derecho regula el poder natural que tiene el Estado, que como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un Estado de Derecho que se justifica en tanto produce Derecho...” KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op.cit. pág. 290.

<sup>79</sup>OTTO, Ignacio de. op. cit. 35-44

## **6. El Sistema de Fuentes del Derecho y la forma de gobierno Presidencialista brasileña**

Para realizar el análisis de las fuentes en el sistema brasileño hemos de efectuar previamente una delimitación conceptual de lo que por fuentes de derecho entendemos. En este sentido, por fuente del Derecho se quiere indicar la habilitación o facultad de creación del Derecho en determinado momento histórico de la sociedad<sup>80</sup>. Como es sabido, se trata de un concepto histórico que se contrapone al concepto de fuentes del primer Estado liberal donde, el auge de la burguesía y la consolidación del modelo económico capitalista requerían una seguridad jurídica que el Estado absolutista no garantizaba y que, es más, constantemente vulneraba, debido a la dispersión normativa, los privilegios jurídicos, la dificultad para determinar el Derecho aplicable y la discrecionalidad de los jueces y tribunales.

---

<sup>80</sup> Fuentes del derecho, en verdad, son las situaciones en determinado momento político, social o económico, que generan la voluntad normadora al órgano debidamente habilitado por el ordenamiento jurídico, pero, no basta la voluntad o los hechos verificables en sociedad, sino que, la intervención de un poder jurídico capaz de crear normas de acuerdo con lo que determina el ordenamiento con el objeto de regular los hechos. OTTO, Ignacio de. op. cit. pág. 69-72

La liberación del mercado de trabajo y las exigencias del tráfico comercial en el capitalismo incipiente requerían, como decimos, un mínimo de seguridad en las relaciones jurídicas. En esta situación, el término fuentes designaba al Derecho creado por el Parlamento de forma exclusiva, dejando al margen al resto de órganos del Estado de la función creadora del Derecho, como ejemplo “la creación del Derecho por los jueces”, ya que el Parlamento representaba al titular de la soberanía y la ley era la expresión del soberano. El predominio de la ley se explica así por una situación política concreta en la que el Parlamento se muestra como el instrumento institucional de la burguesía y la hegemonía política de dicha clase se proyecta en el sistema de fuente a través de la identificación casi exclusiva de la ley con el Derecho, sin dejar lugar al debate sobre su contenido debido a su vinculación con la voluntad popular y con la soberanía del pueblo<sup>81</sup>.

Por su parte, la particular situación política en Alemania y la correlación de fuerzas en la que la burguesía no tiene en este país el control absoluto de la estructura estatal hace que se desarrolle una teoría de las fuentes basada en el carácter dualista de la ley, diferenciando entre su sentido formal y su sentido material. Fijándose, de esta manera, competencias y criterios materiales de derechos y libertades, para los poderes normativos. Teoría iniciada con V. *Stockman* en Alemania, siendo elaborada por *Laband*, *Jellinek* y *Anschutz*. El acentuado carácter dualista de la ley se configuró, así, como una expresión del equilibrio entre las diversas clases sociales.

---

<sup>81</sup> Se debe añadir al concepto de fuentes del Derecho, como el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, lo que hace de la Constitución la norma superior del ordenamiento estatal. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. op. cit. pág. 242-243

En el contexto actual, el carácter normativo de la Constitución hace que la misma obligue a todos los poderes públicos, incluido el legislativo, no prejuzgándose quien tiene la preferencia normativa. Sin embargo, el aumento de las actividades del Poder Ejecutivo, respecto al Parlamento, ha producido un material predominio de este Poder, a pesar de la pervivencia de la reserva de ley y del control parlamentario de la actividad legislativa del gobierno.<sup>82</sup>

En el sistema presidencialista, el Jefe de Estado tiene legitimidad democrática directa, a través del sistema de voto directo por el pueblo<sup>83</sup>. El Parlamento, considerado la cámara baja, también es elegido por voto directo del pueblo. En tal sistema, no existe el nombramiento del Jefe de Gobierno por el Parlamento, ya que aquél es elegido directamente por el pueblo. De ahí, resulta la existencia de varios centros productores del Derecho<sup>84</sup>.

Con la pluralidad de poderes competentes en la producción normativa, los principios generales del Derecho, ya de cierta forma se encuentran normados, debido a su eficacia normativa, siendo considerados como fuentes del Derecho, sin embargo la exclusión por la doctrina. Los principios generales de Derecho, son informes o elementos orientadores para los operadores jurídicos. A medida que se incorpora a las normas escritas, los principios generales de Derecho pierden esa calidad, tornándose a su vez como Derecho. Por

---

<sup>82</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. op. cit. pág. 31-42 El autor tiene como perspectiva el orden constitucional en su espléndido trabajo. (*MÉRLIN CLÈVE*, describe los hechos que cambiaron los centros de producción normativa, principalmente el Ejecutivo en la obra: *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. RT. São Paulo. Brasil. 2000

<sup>83</sup> PEREIRA MENAUT, A. C. Lecciones de Teoría Constitucional. Colex. Madrid. España. 1997. pág. 211

<sup>84</sup> TORRES DEL MORAL, Antonio. Principios de Derecho Constitucional Español. op. cit. pág. 141-143.

tal afirmación no se puede decir que el ordenamiento es construido a través de principios a ejemplo el de seguridad jurídica. Los principios tienen múltiples funciones, sobretodo en la interpretación del Derecho<sup>85</sup>.

La existencia del sistema de control “*cheks and balances*”, posibilita el veto presidencial en los actos legislativos del Parlamento. El hecho de tratarse de un órgano presidencial autónomo directamente legitimado justifica que el Presidente de la República disponga de poderes propios, al lado de poderes compartidos. Por poderes propios, se entienden jurídicamente, los actos y las decisiones que la Constitución autoriza al Presidente de la República a practicar o a tomar, sólo y personalmente, mismo que se le sea exigida la obtención del parecer previo de otros órganos<sup>86</sup>.

El Presidente de la República no es un poder supremo, tampoco un poder neutro, sino el representante de la *res publica* y guarda de la Constitución en el sentido schmittiano. A él compete la defensa directa de la Constitución<sup>87</sup>.

La idea del Estado fuerte, se traducía en un ejecutivo fuerte, independiente del legislativo. Era un Estado legislativo exento del pluripartidarismo, limitado a la formulación de las bases generales de los regímenes jurídicos y a la ratificación de los decretos-leyes del Gobierno. También se configuraba en la existencia de un Jefe de

---

<sup>85</sup>BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico. Tecnos. 1997. pág.131-133

<sup>86</sup>GOMES CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional. op. cit pág. 705-726

<sup>87</sup> El Jefe del Ejecutivo es el jefe simbólico del Estado; dentro del periodo para que fue elegido, solo puede ser destituido por el método excepcionalísimo del *impeachment*. MORAES, Filomeno. Ejecutivo e Legislativo no Brasil pós-Constituinte. São Paulo. Brasil. Perspec. [on line]. Out/dez. 2001, vol. 15, nº. 4 [citado 07 Junho 2005], p. 47. Disponível na Web: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-8392001000400006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-8392001000400006&lng=pt&nrm=iso). ISSN 0102-8839.

Estado, electo directamente por la Nación, que sólo a ella era responsable y que tenía la competencia de nombrar o dimitir libremente el Presidente del Consejo de Ministros.

Supuestos de antipartidarismo y antiparlamentarismo, desarrollaron el sistema presidencialista de Portugal. Para MARCELO CAETANO, el Ejecutivo se tornó la base del poder político y, empezando por tener el poder de ejecutar las leyes, acababa por ser investido del poder de dictar normas jurídicas primarias, tal como la Asamblea Nacional (Revisión de 1945). Por tanto, al evolucionar para un presidencialismo de Primer Ministro, se produjo una concentración de poderes en el Poder Ejecutivo. Con esto, las funciones presidenciales y legislativas, posibilitaban la estructuración de un poder político autoritario<sup>88</sup>.

En Brasil, la elección del Presidente de la República tiene como base los partidos políticos fragmentados debido a la forma federalista de Estado. De ahí resulta el consenso de los partidos minoritarios que representan parcelas territoriales. Sin embargo, su elección se concretiza con los votos de ámbito nacional y que configura un Poder absoluto respecto a los representantes políticos en el Congreso Nacional<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> CAETANO, M. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Lisboa. Portugal. 1972. Vol. II, pág. 330. Es importante tenerse en cuenta que el derecho positivo constitucional de los países iberoamericanos, suele quedar alterado por las situaciones de hecho, sobre todo las motivadas por gobiernos surgidos de intervenciones militares. Tales gobiernos no destruyen de inmediato todo el edificio institucional anterior, pero introducen cambios sustanciales y ello a pesar de sus protestas de respeto a la constitución. Bajo al amparo de estados de excepción y de decretos-ley dictados por el ejecutivo, se introducen importantes reformas, generalmente para reforzar las facultades presidenciales. DUVERGER, M. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Ariel. Barcelona. España. 1980. pág. 605

<sup>89</sup> Sin embargo, parte de la literatura más reciente argumente en la dirección contraria (v.g., Abrucio, 1998) siendo corroborado por Lamounier y Nohlen, para algunos, en el Brasil de hoy, el fantasma del presidencialismo imperial está cada vez más presente. Una observadora de la escena política nacional añade: "nunca ví en la historia brasileña, en periodos que no son

## 7. El Poder Ejecutivo como Partícipe en el Proceso de Producción de la Ley

Pese la forma presidencialista de Gobierno, la separación de poderes en el Estado brasileño es el principal punto de referencia para la repartición de competencias en la Constitución entre los poderes de la Unión. Una vez establecidas las competencias normativas por la Constitución, ahí residen las fuentes del Derecho, pues tanto el Legislativo, por su competencia originaria para la producción normativa, y también, el Ejecutivo, son centros productores del Derecho, aún, menos acentuado en éste último, por la ausencia de la pluralidad de debates políticos<sup>90</sup>.

---

considerados dictatoriales, una tal concentración de poderes. El presidente concentra poderes del Legislativo, del Ejecutivo y del Judicial. Cuando presiona el Judicial, cuando impide acciones directas de inconstitucionalidad. Él ejercita el poder por medio de miles de *medidas provisórias*. Eso caracteriza el presidencialismo imperial.(...)” (Benevides, 1998:12). MORAES, Filomeno. *Executivo e Legislativo no Brasil pós-Constituinte*. op. cit. pág. 49

<sup>90</sup>Con la transformación del Estado social para el Estado social de Derecho, la separación de poderes pasa a tener sentido cuando cada uno de los poderes del Estado esté en manos distintas de la fuerza social. Tal cambio, genera influencia en el Ejecutivo que pasa a depender del Parlamento, lo que hace perder el sentido original del principio de separación de poderes. De ahí resulta que, con la presencia cada vez más activa de los partidos políticos, la democratización del aparato del Estado, la paulatina extensión del sufragio, se hace necesario la concentración del poder con total respeto al principio mayoritario y al pluralismo social.

Debido a la complejidad del ordenamiento jurídico por la necesidad de regular la vida social, para BOBBIO<sup>91</sup>, es imposible la existencia de un poder u órgano que satisfaga todas las necesidades sociales y defiende la teoría de que hay normas que son recibidas y normas que son delegadas.

Así, una Constitución que alberga la separación de poderes del Estado, resulta de la existencia de una obligada comunicación entre esos poderes.

Dado que el Legislativo no puede abarcar todas las necesidades de la sociedad<sup>92</sup> y desde la asunción del control existente entre los poderes, el Ejecutivo también tiene una competencia delegada para la producción normativa en el ordenamiento jurídico. Y esa delegación tiene origen en el Legislativo, tal y como la propia norma constitucional recoge, reconociendo al poder ejecutivo una potestad para que legisle de forma extraordinaria.

El Gobierno, a través de esa delegación prevista constitucionalmente, puede producir normas jurídicas en un ámbito muy restringido y solo en supuesto de hechos imprevisibles y que requieren urgencia debido a la necesidad de cubrir lagunas en el ordenamiento jurídico.

En el artículo 2 de la Constitución brasileña se declara el principio de separación de poderes<sup>93</sup>. Principio que garantiza los

---

<sup>91</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Debate. Madrid. España. 1991 pág. 166.

<sup>92</sup>El jurista no debe quedarse indignado con la contemporánea sobrecarga del Legislativo. La simplificación del proceso legislativo, la delegación legislativa, principalmente al Ejecutivo legitimado por el voto popular en la forma presidencialista de Gobierno, pone fin a la sacralización de la ley, ocurrida en el siglo XIX, donde apenas el Legislativo representaba la voluntad de la nación. MERLIN CLÉVE, Clémerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 54.

<sup>93</sup> "Son Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre si, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial"



derechos de libertad y propiedad ciudadana de origen del Estado liberal. A pesar de esta previsión constitucional, el Ejecutivo tiene preponderancia sobre los demás poderes, por razones históricas,<sup>94</sup> y como consecuencia de la forma de gobierno presidencialista, pues, la independencia de los poderes, determina que la investidura y permanencia de las personas en los órganos del Gobierno, no dependan de la confianza ni de la voluntad del órgano parlamentario. La armonía entre los poderes tiene como fundamento los frenos y contrapesos o *checks and balance*<sup>95</sup> que están previstos en el texto constitucional y los desarrollados en la práctica política sobre la base de dicha regulación constitucional.

En este sentido, son varios los elementos institucionales que hacen del Presidente una instancia preponderante sobre los demás:

***La iniciativa legislativa. - prevista en la Constitución brasileña en el artículo 61. Tanto los parlamentarios como el Presidente de la República, están habilitados a presentar proyectos de ley. Tanto la delegación legislativa (art. 68 CF) como la Medida Provisória (art. 62CF) están reservada al Presidente de la República para crear normas jurídicas, como se fuese legislador;***

---

<sup>94</sup> Léase JACQUES, Paulino. op. cit. pág. 66-70. El autor hace un histórico de la política constitucional brasileña. En el capítulo XIII, describe sobre el "Estado Novo", que consolidaba la dictadura, lo que impidió que Brasil entrase en una guerra civil entre integralistas y comunistas. Entre los capítulos XVI y XXIV, describe el autor, la situación constitucional brasileña, se iniciando con la revolución de 1964 y el Acto Institucional, los nuevos actos institucionales, complementares, Enmiendas constitucionales, la Constitución de 1967 y la de 1969.

<sup>95</sup>AFONSO DA SILVA, J. O Sistema Constitucional do Brasil in: Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Coordinadores: GARCÍA BELAUNDE, D. FERNÁNDEZ SEGADO, F. HERNÁNDEZ VALLE, R.. DYKINSON. Madrid. 1992. Pág. 135.

**El veto.** - *que la Constitución brasileña dispone en el artículo 84, V, la potestad del presidente de vetar proyectos de ley, total o parcialmente. El veto es una pieza esencial en el presidencialismo, lo que faculta, restablecer al presidente el equilibrio, ya que no puede disolver la asamblea.*

**La intervención federal.** – *La Constitución brasileña, disciplina en el artículo 34 la forma de intervención federal en los Estados miembros de la federación. No obstante el citado artículo no habilita directamente al Presidente de la República, dejando a cargo del Congreso, el artículo 84 X, dispone la potestad de este, para decretar y ejecutar la intervención federal<sup>96</sup>.*

En las repúblicas presidencialistas o directoriales (Brasil, Argentina, Venezuela, México, Estados Unidos, Suiza y Uruguay), el Congreso no es considerado un Parlamento en los términos y con las funciones que el mismo tiene en los sistemas parlamentarios<sup>97</sup>.

LOCKE (segundo tratado, XIII, 158) ya había previsto la necesidad de la actuación excepcional del Ejecutivo en la potestad legislativa. Para el autor, el Legislativo no tiene toda la comprensión de las necesidades del Ejecutivo y de la administración, razón por la cual, el Ejecutivo debe actuar de forma urgente frente a los casos que necesiten de amparo<sup>98</sup>.

<sup>96</sup>DUVERGER, Maurice. op. cit. pág. 606-609; VERGOTTINI, Giuseppe. op. cit. pág. 303.

<sup>97</sup>JACQUES, Paulino. op. cit. pág. 238

<sup>98</sup>LOCKE, John. Ensayo Sobre el Gobierno Civil. Traducción del original: "Two treatises in civil government" por LAZARO ROS, Amando. 1960. Aguilar. Madrid. España. 1ª. ed. 1979. Pág. 121

Según LOCKE, que para el bien de la sociedad exige que deje varias cosas al buen juicio de la persona que ejerce el Gobierno. Los legisladores no pueden prever y proveer por medio de leyes a todo lo que puede necesitar la comunidad (segundo tratado, XIV, 159), incluso no funciona constantemente y es, además, excesivamente numeroso por lo común, lo que hace que sea también excesivamente lento para que las cosas se ejecuten con la debida rapidez (segundo tratado, XIV, 160)<sup>99</sup>.

LOCKE, no pudo prever que el poder *excepcional y ocasional* del Ejecutivo, habría de crecer sin medida, dejando de ser *residual y excepcional* para convertirse en *normal y ordinario*, relegando al parlamento a una posición un tanto deslucida.

En la actualidad, el desarrollo mundial ha hecho más complejas las funciones que del Estado son requeridas y ha hecho que las necesidades de carácter económico y tecnológico hagan aun más técnicas las decisiones que en ocasiones han de ser adoptadas por los Gobiernos, en un mayor grado de lo que ocurría en el momento en que LOCKE escribiera su obra.

En el modelo norteamericano, la colegialidad es escasa, pues, la Constitución de 1787 menciona al presidente y al vicepresidente, pero no a sus auxiliares. Así, la Constitución norteamericana, dice que “el Poder Ejecutivo será ejercido por un Presidente” (II, 1,1). La Constitución de Brasil, en el artículo 76, dice que “el Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República, auxiliado por Ministros de Estado”.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Op. Cit. pág. 123 y 124

<sup>100</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. op. cit. pág. 209; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional. Tecnos. Madrid. 1987. Pág. 228

DUVERGER<sup>101</sup>, justifica el presidencialismo en Iberoamérica por su histórica vinculación con el caudillismo, también, por la necesidad de personalización del poder, propia de los pueblos de escasa educación política, acostumbrados al paternalismo y por fin, la deficiencia de los representantes parlamentarios, pues los partidos, suelen designar a los mejores parlamentarios frente al ejecutivo, para fortalecimiento de éste.

Brasil, tras un siglo de presidencialismo, se encuentra amarrado a la misma inseguridad e incertidumbre de los republicanos de 1889, pues, en el inicio de la República, pocos eran los republicanos, tal vez el único *Rui Barbosa*, dada su capacidad para medir la extensión del cambio de régimen con el advenimiento del presidencialismo. No obstante, el citado autor, después de vivir treinta años de gobierno presidencialista durante la Primera República terminó por reconocer que la defensa del modelo presidencialista para Brasil fue un error.

Por su parte, el constituyente de la Carta de 1988, estableció una fecha para la realización de un plebiscito, en el cual, el pueblo decidiría sobre el mantenimiento del régimen republicano o adoptar la forma monárquica de la jefatura del Estado, lo que era tanto como decidir sobre la forma de gobierno presidencialista o adoptar la forma de gobierno parlamentaria. Dicho plebiscito se realizó el 21 de abril de 1993<sup>102</sup> dando como resultado un masivo apoyo a la forma republicana y por tanto, al mantenimiento de la forma de gobierno presidencialista.

---

<sup>101</sup> DUVERGER, Maurice, op. cit. pág. 607

<sup>102</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros. SP. Brasil. 1997. Pág. 196-199

De las dificultades presentadas en el sistema presidencialista de gobierno en Brasil, la posible alternativa contra el arbitrio del Ejecutivo, está en el control político por el Congreso Nacional.

Ese control se manifiesta a través de la opinión pública<sup>103</sup> que los parlamentarios llevan al electorado, informándoles de los abusos del Gobierno o de la falta de cumplimiento del programa de campaña<sup>104</sup>.

Esta forma presidencialista de Gobierno va a tener una gran influencia en el sistema de fuentes del Derecho, entre otras cosas, y por lo que a nosotros nos interesa, en la circunstancia de que el Ejecutivo, a pesar de colaborar con el Legislativo en situación de igualdad en el proceso de producción normativa, no se ve sometido, sin embargo, a los procesos de exigencia de responsabilidad política ante el Congreso Nacional, tal y como ocurre en el modelo parlamentario, sino dicha responsabilidad se constata directamente frente al electorado que lo eligió a través de un voto directo.

De ahí, la existencia de la garantía del principio de no delegación de poderes, plasmada en la Constitución brasileña en su artículo 68, al establecer que el Poder Legislativo no puede abdicar de sus atribuciones atribuidas por la Constitución, para no vulnerar el principio de separación de poderes, el principio de la representación política y el principio de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas

---

<sup>103</sup>Los sujetos que intervienen en la discusión que genera auténtica opinión pública han de ser, pues, sujetos instruidos. El surgimiento de la opinión pública exige un esfuerzo educativo continuado para elevar el nivel de raciocinio de los sujetos. Otra condición para que sea posible la formación de una opinión pública es que las decisiones políticas y las discusiones que llevan a adoptarlas no sean secretas. La publicidad de las discusiones, decisiones, actividad, etc., de los órganos públicos es una condición indispensable para la formación de una opinión pública informada. ESTÉVES ARAUJO. J. A. La Constitución Como Proceso y la Desobediencia Civil. Trotta. Madrid. España. 1994. Pág. 120.

<sup>104</sup>RUBIO LLORENTE, F. La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución). CEC. Madrid. España 1993. Pág. 246-248

del ordenamiento jurídico, bien como la cláusula del debido proceso legal<sup>105</sup>.

Así, la forma de Gobierno en Brasil al ser de naturaleza presidencialista, se basa en una definición de las competencias que le corresponde a cada órgano constitucional y cada nivel territorial en el que se articula la estructura del Estado. De esta forma, el artículo 48 define las competencias del Congreso Nacional y establece:

*Artículo 48 - Cabe al Congreso Nacional, con la sanción del Presidente de la República, no exigida esta para el especificado en los artículos 49, 51 y 52, disponer sobre todas las materias de competencia de la Unión, especialmente sobre:*

*I – sistema tributario, recaudación y distribución de riendas;*

*II – plano plurianual, directrices presupuestarias, presupuesto anual, operaciones de crédito, deuda pública y emisiones de curso forzado;*

*III – fijación y modificación del efectivo de las Fuerzas Armadas;*

*IV - planos e programas nacionales, regionales y sectoriales de desarrollo;*

*V – límites del territorio nacional, espacio aéreo y marítimo y bienes del dominio de la Unión;*

*VI - incorporación, subdivisión o desmembramiento de áreas de Territorios o Estados, oídas las respectivas Asambleas Legislativas;*

*VII – transferencia temporal de la sede del Gobierno Federal;*

*VIII – concesión de amnistía;*

---

<sup>105</sup>SIQUEIRA CASTRO, C. R. op. cit. pág. 40

*IX – organización administrativa, judicial, del Ministerio Público y de la Defensoría Pública de la Unión y de los Territorios y organización judicial, del Ministerio Público y de la Defensoría Pública del Distrito Federal;*

*X – creación, transformación y extinción de cargos, empleos y funciones públicas, observado lo que se establece el artículo 84, VI, b;*

*XI – creación y extinción de Ministerios y órganos de la administración pública;*

*XII – telecomunicaciones y radiodifusión:*

*XIII – materia financiera, cambio y monetaria, instituciones financieras y sus operaciones;*

*XIV – moneda, sus límites de emisión, y montante de la deuda mobiliaria federal;*

*XV – fijación de subsidio de los Ministros del Supremo Tribunal Federal, por ley de iniciativa conjunta de los Presidentes de la República, de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal y del Supremo Tribunal Federal, observado lo que dispone los Artículos 39 §4º, 150, II, 153, III, y 153, §2º, I.*

El referido artículo 48 de la Constitución brasileña, atribuye al Congreso Nacional<sup>106</sup>, por tanto, la competencia normativa ordinaria

---

<sup>106</sup> Estas reservas especiales garantizan como normas de competencia, que o legislador será quien regule todo lo que afecta a los derechos fundamentales. STARCK, Christian. El Concepto de Ley en la Constitución Alemana. Madrid. España. Centro de Estudios Constitucionales. 1979. Pág. 404. (la competencia que tiene el Congreso Nacional para regular toda la materia de la Unión Federal, la misma, podrá, a solicitud del Presidente de la República, serle delegada, excepto aquellas que son reservas absolutas del Congreso Nacional, los de competencia privativa de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal, la materia reservada a la ley complementar, ni la legislación

en la esfera de la Unión Federal, al señalar que a él le corresponde “*disponer sobre todas las materias de competencia de la Unión*”.

El sistema de fuentes del Derecho en Brasil, se vincula a la Constitución que, a su vez, establece el sistema federativo como forma de organización política del Estado brasileño<sup>107</sup>. De esta forma de organización, resulta que la Constitución establece las competencias de la Unión, de los Estados federados y de los Municipios. Las competencias en materia legislativa que para la Unión establece la Constitución corresponden por tanto al Congreso Nacional. Competencias que ejerce a través del procedimiento legislativo ordinario<sup>108</sup>, ello unido al reconocimientos de otros centros de producción tanto institucional como territorial va a configurar al ordenamiento jurídico brasileño como complejo<sup>109</sup>.

---

sobre organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros; nacionalidad, ciudadanía, derechos individuales, políticos y electorales; planos plurianuales, directrices presupuestarias y presupuestos. Esta reserva es la garantía de los derechos fundamentales, bien como del principio de separación de poderes, del pluralismo político entre mayoría y minoría parlamentaria.

<sup>107</sup> Las Normas sobre Producción Jurídica, a pesar de su contenido meramente formal, tienen la capacidad instrumental cuando señala los modos de la producción del Derecho y debe ajustarse a los valores sociales para que el fin último del Derecho que es la justicia, sea siempre el referencial, pues, los ordenamientos jurídicos de los Estados no contienen las mismas normas, debido a la propia formación política social, donde los principios *kelsenianos* se aplican a las estructuras de los ordenamientos en mayor o menor grado dependiendo de la evolución de los mismos, del punto de vista de la Constitución como norma fundamental y para la certeza del Derecho y su garantía, al limitar la actuación de poder público frente al individuo. “...el Derecho es un sistema de normas que regulan la propia producción y que define por esa vía de producción de competencias entre los diversos poderes normativos ya a la capacidad normativa en determinada sociedad...” BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. op. cit. pág. 68.

<sup>108</sup> Para la introducción en el orden jurídico primario, de normas generales, aquellas delimitadoras de la acción normativa de la Unión en materia de competencia concurrente (CF, arts. 24 e 22, XXI, XXIV e XXVII, de entre otros), es sostenible no haber, igualmente, la ausencia de idoneidad de la *medida provisória*, pues, las normas generales encuentran en su edición por ley formal del Congreso Nacional, un mecanismo de garantía del principio federativo. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Medidas Provisórias*. São Paulo. Brasil. Max Limonad. 1999. Pág. 83

<sup>109</sup> Se puede afirmar que la vinculación entre las fuentes del Derecho y el sistema político parece, a todas luces, evidente, ya que afecta al estudio de los órganos con capacidad normativa, pudiendo sostenerse que toda alteración de estos afecta a aquéllos. Cuestiones tales como, la forma de Estado o la forma de gobierno aparecen íntimamente relacionadas con las fuentes del Derecho, pudiendo señalarse que <<suele ser frecuente en la doctrina afirmar que el estudio del sistema de las fuentes del Derecho es una de las mejores formas de entender el régimen político que se ha



Las competencias en favor del Congreso Nacional que la Constitución reserva, no impiden que el Ejecutivo participe también en el proceso legislativo ya que el propio artículo 48 determina que el Presidente tiene el poder de sancionar o vetar las normas producidas por el Congreso, conforme dispone los artículos 84, IV y V de la Constitución, con excepción de las competencias de los artículos 49, 51 y 52.

Ahora bien, además del poder de sancionar o vetar proyecto de ley del Parlamento, el Ejecutivo tiene la potestad para la iniciativa legislativa conforme prescribe el artículo 61 de la Constitución brasileña. Aunque nos encontremos en un sistema presidencialista, el Gobierno al dar inicio al proceso legislativo, lo hace en el marco competencial de la Unión federal. La norma así producida, tiene carácter nacional, debiendo estar de acuerdo con lo que determina la Constitución y sobre las materias atribuidas al Congreso Nacional<sup>110</sup>.

El Ejecutivo al participar en el proceso de producción de la norma no lo hace junto al legislador pues a este corresponde el Poder

---

impuesto en un país >> ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional. Vol. 1. Tecnos. Madrid. España. 1996. Pág. 137.

<sup>110</sup> La Constitución de Brasil dotó al Presidente de la República de posibilidades muy grandes de influencia en la legislación, de muchos mecanismos de intervención en el proceso legislativo. En verdad, los poderes de la agenda del Presidente de la República van desde la capacidad para editar *medidas provisórias* con fuerza de ley, lo que permite al presidente implementar su agenda, principalmente de naturaleza económica y administrativa, superando posibles obstáculos parlamentarios. Por otro lado, la constante utilización de las medidas y la necesidad de reeditarlas de forma periódica para mantener su continuidad normativa acaban por congestionar la pauta de los trabajos legislativos, contrayendo el tiempo destinado al examen de otras materias, posiblemente de origen en el propio Legislativo. MORAES, Filomeno. op. cit. pág. 50. Tal poder que detiene el Poder Ejecutivo es resultado del apoyo popular que conlleva a la coalición partidista para la eficacia de su programa de campaña en el nivel nacional. Lo mismo no acontece en el Congreso Nacional, pues, los parlamentarios representan intereses parciales y regionales dentro de la federación, no poseyendo ninguna visión en el ámbito nacional. Eso es así porque los Estados Federados no tienen una autonomía gubernamental propia, ya que siempre dependen del apoyo político de los parlamentarios federales para la eficacia de sus políticas. Se puede decir que las Asambleas legislativas de los Estados federados no ocupan un papel importante respecto al Estado federativo como orienta la Constitución.

Legislativo Federal, dando así cumplimiento al principio de separación de poderes, y dentro de las materias que son competencia de la Unión. Junto a este poder de iniciativa legislativa reconocida al Ejecutivo (art. 61 CF), la Constitución completa su participación en el proceso de producción legislativa con el reconocimiento de una potestad legislativa extraordinaria que le permite incorporar normas jurídicas en el ordenamiento jurídico a través de *Medidas Provisorias* (art. 62 CF.), a consideración de que, tal instrumento normativo y excepcional.

Y si, son razones históricas las que explican el mantenimiento del presidencialismo, no es el contenido histórico que ha caracterizado al Congreso Nacional el que en la actualidad se da. Éste ha perdido su monopolio característico en la producción normativa y la ley parlamentaria ha perdido la condición de ser la principal fuente normativa. Ahora, el Ejecutivo, en coordinación con el Parlamento, producen normas jurídicas con mayor peso, al menos desde el punto de vista cuantitativo.

## **8. El Sentido Constitucional de la Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo**

Todas las normas jurídica, también la ley<sup>111</sup>, que conforman el ordenamiento jurídico brasileño tienen como fundamento de validez a la Constitución, en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho.

Como ya se ha señalado, la confluencia del ordenamiento jurídico de la Unión con los ordenamientos jurídicos de los Estados federados van ha conformar un ordenamiento jurídico complejo que descansa sobre la base del principio de supremacía de la Constitución Federal.

La superposición del ordenamiento jurídico en el nivel federal, en el estatal y en el municipal garantizan, así, diferentes los espacios en los que se ejercen los derechos de los ciudadanos, quedando garantizados en todos los niveles territoriales.

Por otra parte, entre los diferentes niveles ordinamentales se constata una relación de respeto, sobre la base de que en todos ellos quedan garantizados los principios y garantías de los derechos que se recogen en la Constitución. Tal respeto interordinamental es posible

---

<sup>111</sup> Lo característico del concepto de ley, en suma, en el sistema de fuentes es su naturaleza democrática, que por sí sola le confiere una incontestable superioridad. Díez-PICAZO, Luis M<sup>a</sup>. Concepto de ley y tipos de leyes. En: El Parlamento y sus transformaciones actuales. GARRORENA MORALES, Ángel. Tecnos. Madrid. España. 1990. Pág. 165

gracias al cumplimiento de los diferentes principios estructuradores del ordenamiento jurídico, y no solo del principio de jerarquía<sup>112</sup>. Aunque dicho principio siga jugando un papel fundamental y sigue justificando el poder de la norma superior, que puede introducir y revocar normas jerárquicamente inferiores dentro del ordenamiento jurídico y de acuerdo con la Constitución<sup>113</sup>.

De esta forma, la fuerza normativa de la Constitución vincula a los poderes de la administración de los Municipios, de los Estados federados y de la Unión federal<sup>114</sup>, lo que da sentido a la forma del Estado federal<sup>115</sup>.

Sin embargo, la ineficacia de la vinculación institucional menoscaba esa fuerza normativa de la Constitución y es causa a la ruptura del sistema de garantías de los derechos constitucionales. De

---

<sup>112</sup>En el modelo liberal, el dogma de la supremacía de la ley, y su instrumentación a través de la fuerza formal, dio lugar en la práctica a fenómenos de jerarquía de unas normas sobre otras dentro del sistema jurídico. Este dogma no impidió sin embargo, incluso en sistemas en los que la normatividad de la Constitución no estaba garantizada jurisdiccionalmente, la aparición de un cierto pluralismo en los principios de ordenación de las fuentes, que, junto a la articulación jerárquica, hizo posible el recurso a criterios de competencia y de concurrencia normativa y el desarrollo de un cierto análisis dogmático de los mismos (Esposito, Zanobini). BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. op. cit. pág. 90

<sup>113</sup> En la célebre sentencia de *Marshall*, motivada por la provisión de un cargo judicial, se planteaba la cuestión de si una ley votada por el Congreso y contraria a la Constitución podría continuar siendo aplicada. En el fondo, de lo que se trataba realmente era de fortalecer los poderes de la federación frente a los poderes de los Estados. El juez *Marshall* proclama contundentemente la superioridad jerárquica de la Constitución: <<O la Constitución es superior a todo acto legislativo no conforme con ella, o el poder legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria>>ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Op. cit. pág. 149-150

<sup>114</sup> Ciertamente, cuando se habla de un conjunto ordenado o sistemático de normas se está haciendo referencia también a principios y valores que las propias normas expresan. Junto a ellos, relaciones jurídicas e instituciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. I. op. cit. pág. 77

<sup>115</sup> En España, el sistema autonómico se aproxima del sistema federal. Con el principio autonómico se produce en el interior del ordenamiento una diferenciación entre dos niveles o clases de normas: las que integran el ordenamiento del Estado y tienen vigencia en todo el territorio nacional, y las que crean las Comunidades Autónomas en las materias de su competencia y con vigencia limitada a su territorio. Esta dualidad resulta obvia, pero conviene subrayarla para poner de manifiesto que ambos ordenamientos, el del Estado y el de las Comunidades Autónomas, integran una unidad, es decir, componen un ordenamiento global único integrado por normas que se diferencian entre sí por sus ámbitos de vigencia. OTTO, Ignacio de. op. cit. pág. 247;

esta manera, se genera la inseguridad jurídica en la sociedad por la pérdida del control, lo que afecta a los derechos<sup>116</sup>. En Brasil, esta situación impide que exista una política basada en el ideal de la justicia distributiva, corroborada por la previsión constitucional, y recogida como garantía de la unidad jurisdiccional en el art. 5º, XXXV. El principio de unidad jurisdiccional, recogido en dicho artículo 5º de la Constitución va a afectar al control normativo previo, elemental para la obtención de las garantías de los derechos y de la fuerza normativa de la Constitución. Con la posibilidad de que se realice el previo control abstracto de la constitucionalidad, se reduce el control amparado en el ideal del Estado liberal, que es la justicia retributiva.<sup>117</sup>

Es decir, para que se garanticen los derechos es necesario la utilización del Poder Judicial a instancia de parte, con la finalidad de que la ley sea aplicada al caso concreto.

La crisis del Estado social afecta a la producción normativa, y de manera directa igual sucede en el desarrollo de las fuentes del Derecho, que van a estar condicionadas por los principios y valores que la Constitución brasileña recoge.

---

<sup>116</sup> “...Un ordenamiento es válido cuando es efectivo, cuando la mayor parte de sus reglas son observadas por la mayor parte de sus destinatarios...” “...El ordenamiento jurídico puede caracterizarse a través de rasgos esenciales tales como la unidad, la coherencia y la plenitud. Estas cualidades están orientadas a hacer del ordenamiento un sistema realmente operativo que permita da respuesta a las necesidades de los ciudadanos y haga posible la seguridad jurídica...” BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Curso de Derecho Constitucional Vol. I. op. cit. pág. 77

<sup>117</sup> Por otro lado el control difuso de constitucionalidad normativo por los jueces, a consideración de la democracia sustancial tiene amparo en la Constitución y garantiza la independencia del Poder Judicial. Ya que un control de constitucionalidad de normas está en juego los derechos fundamentales en la Constitución que abarca a todos los ciudadanos, lo que configura una mayoría a favor de las decisiones sobre control de constitucionalidad. No es ley de una mayoría parlamentaria vulneradora de derechos, sino la intangibilidad de los derechos fundamentales. La legitimación democrática de los jueces derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales en la que se basa la democracia sustancial. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Trotta. Madrid. España. 1997. pág. 27

Las fuentes del Derecho están fundadas en el pluralismo y en la democracia y sobre estos principios habrá de basarse el ejercicio de la potestad legislativa extraordinaria del Gobierno. Y todo ello se realiza con la finalidad de reducir el déficit de igualdad sustancial y para la conformación de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución<sup>118</sup>, siempre que no vulneren los principios democráticos en la producción del Derecho por el Poder Legislativo.

La capacidad o potestad legislativa del Ejecutivo, bajo la dirección del Presidente de la República, ha de tener como objetivo la garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales.

El sentido constitucional de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo se ve orientado por los principios constitucionales y, de esta forma, encuentra su legitimación política (pluralismo) y democrática. A través de los instrumentos legislativos establecidos constitucionalmente, la potestad del Gobierno para insertar normas en el ordenamiento jurídico se verá limitada por el principio de reserva de ley parlamentaria y por el respeto a los derechos fundamentales<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Las viejas fuentes de regulación que antes eran identificadas con el Estado se alienaron de forma radical de la vida práctica y pasaron a ser pautadas no más por la producción de la legalidad a través de instituciones visibles, sino por la "mano invisible del mercado", subordinado directamente al capital financiero y volátil. Genro, Tarso. Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no Direito. En: Globalização, neoliberalismo e o Mundo do Trabalho. LIMA DE ARRUDA JUNIOR, Edmundo. EDIBEJ. Curitiba. Brasil. 1998. Pág. 33

<sup>119</sup> La propuesta de BALAGUER CALLEJON para el concepto unitario de ley sólo puede construirse en torno a las distintas garantías formales que en la regulación constitucional reconocen la participación de las minorías en los procesos de producción, orientación y/o control de la producción de fuentes legales. Las fuentes legales coinciden en un rasgo, desde el que cabe su configuración unitaria: posibilitan el pluralismo mediante la intervención formal de las minorías, que conforman junto a la mayoría las Cortes Generales, en los procesos de producción legislativa, con carácter previo (decreto legislativo), en su elaboración (ley ordinaria) o en su control (decreto ley). MONTILLA MARTOS, José Antonio. Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español. CIVITAS. Madrid. España. Pag. 63

En lo que concierne a la producción normativa, el artículo 68 de la Constitución brasileña el que regula la delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo. Así, será el Presidente de la República quien deberá solicitar la delegación legislativa al Congreso Nacional que decidirá, en forma de resolución, especificando su contenido y los términos de su ejercicio (art. 68 §3º de la Constitución brasileña).

Para la protección del sistema de garantías de los Derechos, la potestad legislativa del Poder Ejecutivo encuentra limitaciones en el artículo 68 (delegación legislativa) y en el artículo 62, (*Medida Provisória*) de la Constitución brasileña al establecerse en ambos una reserva de ley parlamentaria para el desarrollo de los derechos fundamentales, dejando al órgano de la representación nacional la competencia para regular esta materia a través de leyes parlamentarias.

En realidad, el artículo 62 recoge todas las limitaciones de la potestad legislativa del Gobierno, al garantizar la reserva de ley parlamentaria. La autorización y limitación contenida en el citado artículo provienen del propio texto constitucional. Estas garantías constitucionales limitativas de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo van a tener mayor valor como garantía al referirse al instrumento normativo y excepcional de la producción del Derecho a través de la *Medida Provisória*. Esto es así, ya que en Brasil la delegación legislativa es escasamente utilizada y se mantiene más como una referencia simbólica en el ámbito del Poder Legislativo.

Por lo que se refiere al hecho habilitante de la *Medida Provisória* (la relevancia y la urgencia), su constatación constituye una capacidad del Gobierno que es ejercida con gran libertad y sobre la base de un

criterio eminentemente político, lo que ha hecho que el uso de la *Medida Provisória* sea muy intenso, convirtiéndose en la norma con valor y fuerza de ley más utilizada. El Congreso Nacional brasileño, sólo *a posteriori*, podrá a través del procedimiento establecido en el artículo 62 para la convalidación de la *Medida Provisória* llevar a cabo un control político sobre si se constatan o no los presupuestos habilitadores de la *Medida Provisória* invocados por el Gobierno.

La previsión constitucional autoriza la inserción de normas en el ordenamiento jurídico por medio de las *Medidas Provisórias*, un tipo normativo en el que, como veremos, el control parlamentario del ejercicio de la potestad legislativa excepcional del gobierno pierda eficacia, al igual que el principio de la reserva de ley, dado el amplio margen de discrecionalidad que la propia Constitución concede al Gobierno para dictar aquel tipo normativo<sup>120</sup>.

Todo lo cual, y a tenor de lo establecido en los artículos 44<sup>121</sup> y 59<sup>122</sup> de la Constitución brasileña, pudiera contradecir un pleno desarrollo de la normatividad constitucional e incidir en la eficacia de los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales

---

<sup>120</sup> Respecto de la compatibilidad del Decreto-ley con el principio de legalidad, tal instrumento normativo presenta fuerza y valor de ley, las exigencias del principio de legalidad, recogido expresamente en el artículo 9.3 CE y entendido desde este concreto punto de vista, quedarían suficientemente cubiertas a partir de la emanación de normas con tales características. No obstante, la cuestión se complica notablemente desde el momento en que la argumentación se traslada desde el genérico ámbito del principio de legalidad hacia el más preciso de la cualidad formal de la norma que constitucionalmente viene exigida en cada caso para la ordenación jurídica de concretas materias; esto es, primordialmente, cuando estamos en presencia de específicas reservas a la forma de ley parlamentaria (principio de reserva de ley), dado que en nuestro ordenamiento no se recoge el principio de reserva reglamentaria. CARMONA CONTRERAS, A.M. La configuración constitucional del Decreto-ley. CEPC. Madrid. España. 1997. Pág. 135-136

<sup>121</sup> art.44 de la Constitución brasileña : El poder legislativo será ejercido por el Congreso Nacional, que es compuesto de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal.

<sup>122</sup> Art. 59 de la Constitución brasileña : El proceso legislativo comprende la elaboración de: I – enmiendas a la Constitución; II – *leyes complementares*; III - leyes ordinarias; IV - leyes delegadas; V – *medidas provisórias*; VI – decretos legislativos; VII – resoluciones. Párrafo único: *Ley complementar* dispondrá sobre la elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes.



constitucionalmente reconocidos. No obstante, y desde un punto meramente formal, la *Medida Provisória*, como acto legislativo del Gobierno, se ve sometido a las previsiones constitucionales y se inserta en un sistema de fuentes articulado sobre unos principios a los que el régimen jurídico de la *Medida Provisória* resulta coherente.

Efectivamente, la Constitución brasileña se articula en torno a una serie de principios constitucionales que limitan el contenido de toda producción normativa. Estos principios también condicionan a las normas sobre la producción jurídica, fijando también un parámetro interpretativo de este tipo de normas constitucionales. Todo lo cual configura un ordenamiento unitario y coherente. Estos principios constitucionales a los que nos referimos son los siguientes: el principio de constitucionalidad, el principio democrático, el principio republicano, el principio federativo, el principio de legalidad, el principio de protección de la confianza, el principio de justicia social, el principio de igualdad y el principio de pluralidad, etc.

Según BERGMANN ÁVILA<sup>123</sup>, “las normas, sean principios o reglas, están insertadas en el sistema constitucional. Siendo así, pertenecen a un conjunto unitario de componentes distintos en el cual todos los elementos son solidarios, a medida en que el valor de uno resulta de la presencia simultánea del otro”.

---

<sup>123</sup> Humberto, *Medida Provisória na Constituição de 1988*. SAFE. Porto Alegre. Brasil. 1997. pág. 44. El autor tiene soporte doctrinal, Gomes Canotillo, J.J., *Direito Constitucional*, Coimbra. Almedina, 1992, pág. 172; Pitruzzella, Giovanni, *La legge di conversione del decreto legge*. Padova. Cedan. 1989. pág. 178; Resoluciones *apud* Sklarowsky, L. Frejda. *Medidas Provisórias*. São Paulo. TR. 1991, pág. 95; Italia, Vittorio. *Interpretazione sistematica delle norme e dei valori*. Milano. Giuffrè. 1992. pág. 22; Bobbio, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino. Giappichelli. 1994 pág. 206; Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra. Arménio Amado. 1984. pág. 78; Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistémico e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa. Calouste Gulbenkian. 1989. pág. 156; Ataliba, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributario Brasileiro*. São Paulo. RT. 1968. pág.4.

Tales principios constitucionales vinculan a todos los poderes del Estado y de la administración pública<sup>124</sup> también en el proceso de producción normativa.

En este sentido, las *Medidas Provisórias* se ven limitadas por dichos principios y nos sólo desde el punto de vista del contenido de las disposiciones contenidas en dichas *Medidas Provisórias* sino también en cuanto al cumplimiento de las normas constitucionales que regulan su proceso de producción<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. op. cit. pág. 147

<sup>125</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. op. cit. 46-60

## **9. Las Garantías constitucionales y límites al ejercicio de la Potestad Legislativa de excepción del Poder Ejecutivo.**

### I - El principio democrático

El artículo 44 de la Constitución brasileña fija al Parlamento como el titular del poder legislativo en los siguientes términos:

*“El Poder Legislativo será ejercido por el Congreso Nacional, compuesto por la Cámara de los Diputados y la del Senado Federal”*

Por su parte, la Constitución brasileña enumera los diferentes tipos normativos que conforman el sistema de fuentes al establecer que:

*El proceso legislativo comprende la elaboración de:*

*I – Enmiendas a la Constitución;*

*II – Leyes Complementares;*

*III – Leyes Ordinarias;*

*IV – Leyes Delegadas;*

*V – Medidas Provisórias;*

*VI – Decretos Legislativos;*

*VII – Resoluciones*

*Párrafo único. La ley complementar dispondrá sobre la elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes.*

Así, en el sistema constitucional brasileño, el procedimiento legislativo se define por un conjunto complejo de actos, cualitativa y funcionalmente heterogéneos y autónomos, atribuidos a sujetos diversos y dirigidos a la producción normativa. En este entramado normativo y orgánico es el Congreso Nacional<sup>126</sup> a quien le corresponde un compromiso más inmediato, como órgano de la representación nacional, con el Estado democrático de Derecho y con el principio del pluralismo que explica que aquellas fuentes que directamente son producidas por él queden cualificadas por representar en el ámbito de las fuentes aquel principio del pluralismo.

Y no sólo esta relación más directa con el titular de la soberanía se verá proyectada en las normas producidas por el Parlamento, sino que también dicha relación explica, junto con la titularidad del Poder legislativo, que el resto de normas legislativas incorporadas por el Gobierno deban estar sometidas a un control parlamentario, más o menos intenso.

---

<sup>126</sup> GOMES CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional. op. cit. pág. 941

En el derecho constitucional histórico brasileño no encontramos un desarrollo constitucional de los Decretos Ley que se acomode de una forma más adecuada a lo anteriormente dicho en la medida en que lo hace la regulación constitucional de las *Medidas Provisórias* realizada por el actual artículo 62<sup>127</sup>.

Como ya se ha indicado, el ejercicio de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo en Brasil, tiene como fundamento la propia Constitución regulándola de forma coherente con la forma presidencialista del Gobierno, al concederle un mayor margen en el ejercicio de dicha potestad.

Desde un punto de vista teórico, la experiencia europea nos proporciona los elementos necesarios para comprender el reconocimiento constitucional de una capacidad legislativa al Gobierno y de cual a de ser su sentido: En el caso europeo, la fundamentación de la potestad legislativa gubernamental se constata sobre la base de la proyección sobre el gobierno de la misma legitimidad democrática que el resto de los órganos constitucionales, al estar regulado su estatuto y funciones por una Constitución democrática. Por otra parte, en modo alguno el reconocimiento de una capacidad legislativa al gobierno supone la ruptura de la titularidad parlamentaria del poder legislativo. Además, en cualquier caso, el ejercicio de la potestad legislativa por parte del Gobierno queda sometida a un control por el Parlamento y cualquier abuso del ejercicio de esta potestad implica una grave alteración del sistema constitucional, sin desconocer los

---

<sup>127</sup> GOMES CANOTILLO, J.J. *Direito Constitucional*. op. cit. pág. 941-942. Es de resaltarse que por la EC. nº. 32/2001 de 11 de septiembre, se reformó la Constitución brasileña, disciplinando el modo de producción de la *Medida Provisória* en el art. 62 de la Constitución brasileña, como una innovación constitucional de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo.

serios problemas constitucionales que han debido superarse una vez que se admitió la capacidad del gobierno de legislar por la vía de excepción<sup>128</sup>. En resumen, la potestad legislativa de excepción del Gobierno deriva y se justifica en el Estado Constitucional.

Y ese carácter excepcional y provisional que justifica que en situaciones de relevancia y urgencia el gobierno dicte normas con rango, fuerza y valor de ley, no es óbice para que en su producción el Ejecutivo quede supeditado por los principios constitucionales y por los valores que cualifican al Estado Constitucional. Y, de la misma forma, ese carácter excepcional y provisional de este tipo de normas tampoco puede vulnerar los principios estructuradores del ordenamiento jurídico ni con el principio de reserva de ley que, entre otros, hace compatible la existencia de estas normas con otras de igual rango de procedencia parlamentaria: ley ordinaria y la *ley complementaria*, en el caso del sistema brasileño.

En el Estado Constitucional la actividad legislativa normal del Poder Legislativo tiene su expresión en la ley, bajo el principio de supremacía constitucional que se superpone al principio de primacía de la ley pero, en ningún caso, ello supone que este último principio quede sin contenido. Existe un espacio entre ambos principios en el que el Poder Ejecutivo va a encontrar la justificación para el desarrollo de una potestad legislativa de urgencia.

La ley expresada democráticamente por la decisión de una mayoría establecerá cual es el Derecho, el desarrollo normativo que deberá estar de acuerdo con la Constitución. La existencia del Derecho de una mayoría parlamentaria supone también la existencia

---

<sup>128</sup> CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 111

del mismo Derecho para una minoría, constitucionalmente garantizado.

En el ordenamiento jurídico brasileño se produce la inserción de normas emanadas por el Poder Ejecutivo, con la autorización de la Constitución. Esto no produce una alteración en el concepto de fuentes del Derecho. Ya que la propia Constitución, considerada como la principal fuente normativa, da validez y eficacia a las normas coherentes con ella.

La potestad legislativa del Poder Ejecutivo, amparada en la Constitución, no entra en conflicto con la reserva de ley, que la Constitución le confiere al Parlamento. El principio de no delegación de funciones, según la Constitución de 1967, daba mayor garantía al principio de separación de poderes del Estado. Es decir, cualquiera de los poderes del Estado, en el desempeño de sus competencias, no podían desarrollar la función de otro poder. Esto supone la quiebra de la rigidez del principio de separación de poderes por la actual Constitución que ya no prevé el principio de no delegación de funciones. Al contrario, la Constitución actual establece competencias, y despliega su fuerza normativa gracias a su posición superior en el ordenamiento jurídico,<sup>129</sup> vinculando a todos los poderes.

---

<sup>129</sup> Obligar jurídicamente a un órgano legislativo colectivo a no dictar leyes inconstitucionales es ya casi imposible por motivos técnicos, y de hecho no se impone tal obligación. En cambio es posible, y así sucede en los hechos, que el jefe del Estado, que debe promulgar las decisiones legislativas del parlamento, y los miembros del gabinete ministerial que deben refrendar los actos del jefe del Estado, sean hechos responsables por la constitucionalidad de las leyes que ellos promulgan o refrendan; es decir, se les puede imponer penas específicas, dictadas por un tribunal especial, como la privación del cargo, la pérdida de los derechos políticos. Con estas prohibiciones, el poder jurídico para iniciar el proceso conducente a la imposición de esas sanciones, por regla general no está reservado a los individuos afectados por la ley inconstitucional. KELSEN. Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. p.155-157.

Además de la potestad legislativa primaria - creación de *Medidas Provisórias* -, el Poder Ejecutivo tiene la potestad reglamentaria<sup>130</sup>, fundada en el principio de legalidad. La introducción del reglamento en el ordenamiento jurídico depende de ley previamente producida por el Congreso Nacional. Lo mismo sucede para la creación del decreto presidencial<sup>131</sup>.

La potestad reglamentaria que tiene el Ejecutivo está en función del principio de separación de poderes y de la teoría del principio de no delegación de poderes. La Constitución actual no la contempla de forma expresa, sino por medio de la interpretación constitucional que se debe hacer del artículo 68 en conjunción con el artículo 62. Eso no significa que el Poder Ejecutivo pueda utilizar los reglamentos para ejecutar la *Medida Provisória*.

La primacía de la ley sobre el reglamento<sup>132</sup> no autoriza al Ejecutivo al uso de la *Medida Provisória*, que *a priori* inserta normas en el ordenamiento jurídico con fuerza de ley sin una previa ley parlamentaria. Esto acontece con la ley delegada, que autorizada por el Legislativo traza los límites para la actuación del Ejecutivo. Por tanto, la potestad legislativa del Ejecutivo en el marco constitucional y dentro del sistema de fuentes del Derecho está limitada por la reserva de ley, que da garantía a los procedimientos normativos del Poder Legislativo que se conforman bajo la democracia.

---

<sup>130</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. pág. 239.

<sup>131</sup> Art. 84 de la Constitución brasileña: Compete privativamente al Presidente de la República: "... IV – sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes, bien como expedir decretos y reglamentos para su fiel ejecución. (El sentido del Reglamento ejecutivo es en principio claro: tiene una directa relación con una Ley. Ahora bien, la palabra ejecución es equívoca; muchas veces se trata de desarrollo, ampliación, regulación, y no de ejecución, a no ser que se entienda este concepto en un sentido amplio. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental. I.E.A. Madrid. España. 1971. Pág. 67



La existencia de tipos normativos para el procedimiento legislativo como la ley ordinaria y la *ley complementar* reservan al Poder Legislativo su potestad normativa ordinaria. Estos instrumentos están legitimados por el sistema democrático, que la Constitución recoge en el artículo 1º. Los cuales determinan el Derecho genérico y abstracto producido democráticamente para regular las relaciones sociales.

La Constitución brasileña establece en el artículo 61 la potestad legislativa del Poder Ejecutivo para dar inicio al proceso legislativo. Esta potestad para iniciar el procedimiento legislativo está restringida para ciertas materias. De esta forma, no podrá afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos. La principal función del Ejecutivo, respecto a la ley es sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes y reglamentarlas. El poder de veto que tiene el Presidente de la República confirma la competencia para la producción normativa del Poder Legislativo<sup>133</sup>.

Por otra parte, la Constitución le da al Ejecutivo la potestad para editar *Medidas Provisórias*, con fuerza de ley en los términos del artículo 62.

El artículo 62 de la Constitución autoriza al Presidente insertar normas con fuerza de ley en el ordenamiento jurídico en determinadas circunstancias rígidamente establecidas. Así, las normas de rango legal pueden ser dictadas tanto por el legislativo como por el ejecutivo. Con esto, se va a configurar una pluralización de las formas legales

---

<sup>132</sup>GONZALEZ CASANOVA, J. A. Teoría del Estado y Derecho Constitucional/. Vicens Vives. Barcelona. España. 1994. pág. 236

<sup>133</sup> Art. 84. Compete privativamente al Presidente de la República: IV – sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes, bien como expedir decretos y reglamentos para su fiel ejecución. V – vetar proyectos de ley, total o parcialmente.

(ley del parlamento, decreto legislativo, decreto-ley)<sup>134</sup>. Por consiguiente, estando la *Medida Provisória* integrada en el proceso legislativo, disciplinado en el artículo 59 de la Constitución brasileña, la potestad del Poder Ejecutivo se ve compartida constitucionalmente con la potestad del Poder Legislativo en la producción de la norma extraordinaria.

No existe en el ordenamiento jurídico brasileño leyes que limiten la potestad del Poder Ejecutivo. La limitación se realiza en el nivel constitucional. Pero, en realidad, se verifican leyes materiales reguladoras de Derechos producidas por el Poder Legislativo. Así, las leyes materiales que determinan derechos van a configurar los límites a la *Medida Provisória*.

Por otra parte, la incorporación de la *Medida Provisória* en el sistema de fuentes es un indicativo de que la forma de gobierno brasileña aun siendo del tipo presidencialista, presenta elementos propios del parlamentarismo, dado lugar a un modelo híbrido de Gobierno. En el sistema presidencialista el principio de la división de poderes no puede ser interpretado de la misma forma en el modelo parlamentario y, en su formulación clásica, no admite la colaboración entre poderes ni la participación del titular de cada uno de los poderes en las competencias atribuidas al resto. Sin embargo, el artículo 59 de la Constitución brasileña quiebra tal modelo, al establecer que la *Medida Provisória* integra el procedimiento legislativo.

Desde este punto de vista, estimamos que este carácter de norma legal de la *Medida Provisória*, hace que la misma se configure como un tipo normativo que siendo iniciado en el Ejecutivo de forma

---

<sup>134</sup> CARMONA CONTRERAS, Ana M. op. cit. pág. 43

provisional puede ser finalizado en el Congreso Nacional a través de su conversión en ley, siempre que el contenido de la *Medida Provisória* se ajuste a las situaciones de hecho que habilitan la puesta en marcha de la potestad legislativa de urgencia del Gobierno<sup>135</sup>.

Desde este punto de vista, el control que se desarrolla en sede parlamentaria sobre la *Medida Provisória* se concreta en la valoración política sobre la existencia del hecho habilitante e, incluso, la puesta en marcha del proceso de conversión en ley no puede desarrollarse al margen de los presupuestos jurídicos que son necesarios para la aprobación de la *Medida Provisória*. De esta manera, la actividad del parlamento queda sometida en todos los casos a los requisitos marcados por las normas sobre la producción jurídica, independiente del instrumento legal a través del cual se va a manifestar su voluntad legisladora o del órgano competente para participar en el proceso de producción normativa.

En otro orden de cosas, la validez de la *Medida Provisória* y por tanto la caracterización como norma con fuerza de ley va a depender, prima facie, de que se cumplan los presupuestos habilitadores de relevancia y urgencia que justifican el ejercicio de esta potestad normadora del gobierno. Estos presupuestos van a dar a la *Medida Provisória* la característica de norma legal y tendrán por finalidad definir los supuestos de hecho verificados en la sociedad y de los que

---

<sup>135</sup>MERLIN CLÈVE, C. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. op. cit. pág. 168; SEABRA FAGUNDES, M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Saraiva. SP. Brasil. 1984. pág. 19-20; AFONSO DA SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros. 11<sup>a</sup>. ed. SP. Brasil. 1996. pág. 496. (El autor piensa que las *Medidas Provisórias*, no deberían constar del art. 59 de la Constitución brasileña, por no envolver un procedimiento legislativo, sino acto del Presidente de la República).

dependen la determinación de la norma aplicable en supuestos de conflicto normativo.

De esta manera, las condiciones de relevancia y urgencia que configuran la *Medida Provisória* constituyen los supuestos excepcionales en los que queda justificada la intervención legislativa del gobierno. Asegurándose, de esta forma, que la potestad legislativa ordinaria seguirá siendo ejercida por el Poder Legislativo, en cuya sede las normas producidas responde a los criterios de pluralismo, participación de las minorías y, en definitiva, de democracia constitucional. En estas condiciones, la ley es producida como expresión de la democracia, y garantizadora de un Derecho que sólo mediante otra norma de igual rango podrá ser modificada o expulsada del ordenamiento jurídico.<sup>136</sup>

Analizando la *Medida Provisória* con respecto a los demás instrumentos normativos, la potestad legislativa del Ejecutivo va a tener una connotación técnica. La *Medida Provisória* requiere un tratamiento en unidad con los demás tipos normativos, en lo relativo a las materias que son tratadas por reserva constitucional.

En el ámbito político, la potestad legislativa del Ejecutivo tiene el amparo en una mayoría parlamentaria que va a ser controlada por una minoría con apoyo en los derechos que la Constitución garantiza y en los instrumentos jurisdiccionales para la garantía de estos derechos.

En el Estado brasileño prima la justicia social y no se aplica aún con intensidad la teoría de la justicia distributiva en todos los niveles. Mientras que en realidad lo que se produce es la aplicación de la

---

<sup>136</sup>TEMER, Michel. op. cit. pág. 151. (el autor sostiene que la *Medida Provisória* no es ley, pero, tiene la fuerza de ley. Esto porque es un acto que deriva del Poder Ejecutivo y no del Legislativo donde tiene el soporte en la soberanía popular)

justicia retributiva amparada en el principio de unidad jurisdiccional, a tenor del artículo 5º XXXV de la Constitución brasileña. Ello, sin restar ningún margen al control previo sobre los actos administrativos en el ámbito de la administración pública.

Aunque el Ejecutivo tenga la potestad legislativa diferenciada, las normas por él producidas, necesariamente, deberán ser debatidas por el Congreso Nacional. Debido a la primacía de la ley, el Congreso Nacional al apreciar la *Medida Provisória* puede convertirla en ley o rechazarla. Esta participación del Congreso Nacional en el control de la *Medida Provisória* se justifica, por tanto, por el carácter delegado y supeditado de la actividad legislativa de urgencia del Gobierno al Parlamento.

De esta forma, el procedimiento de la conversión llevada a cabo por el Congreso Nacional de una norma que proviene del Ejecutivo dota aquella del sentido constitucional que las leyes tienen como expresión en el ámbito de las fuentes del principio de la democracia constitucional<sup>137</sup>. Por lo demás, la conversión en ley subsana hace que

---

<sup>137</sup> El Estado de Derecho, nació para limitar el poder del soberano, garantizándose las libertades ciudadanas, la propiedad etc. A través del Estado de Derecho, el propio Estado a él se somete, bien como con la separación de los poderes, garantizando la independencia de las funciones, evitando la concentración en las manos de un solo gobernante. La definición en la Constitución brasileña a favor de un Estado Social, tiene sido ostensiva. Lo difícil es concretizarla en una sociedad capitalista, problema que desafía juristas, publicistas y hombres del Estado. (En el período que corresponde a los orígenes del Estado Constitucional, y en él la lucha por el Estado de Derecho, es la lucha por la limitación del poder del Estado, a través de principios jurídicos racionales. Así toda intervención en la libertad y la propiedad de los ciudadanos debe ser decidida mediante ley (reserva de ley) y que dicha ley ha de ser aprobada conjuntamente por el Monarca y el Parlamento, razón por la cual el concepto de Ley sintetiza el Estado de Derecho. La Ley era de carácter general, de producción bajo el consentimiento de la sociedad, con su discusión y publicidad. En una fase posterior, el desarrollo del Estado de Derecho alcanza su extensión del control jurídico a la esfera de la acción diaria de la Administración Pública. *García de Enterría* entiende esa extensión significa que el Estado de Derecho alberga dentro de su radio de protección a los ciudadanos frente a la actividad administrativa, luchando contra las inmunidades del poder. La última fase, el Constitucionalismo democrático posterior a la Primera Guerra mundial, pasa a ser el de la legitimación democrática del poder del Estado o en otras palabras, la reconducción de la voluntad del Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad.

la norma así producida no tenga los vicios que pudiera presentar la *Medida Provisoria* por cuanto el régimen jurídico de un tipo normativo y otro son diferentes y, además, en el modelo brasileño, la conversión – como veremos - es la única fase donde queda asegurada la participación del Parlamento en la definitiva incorporación de la *Medida Provisoria* en el ordenamiento jurídico de forma plenamente constitucional, al menos desde el punto de vista, del acomodo a las normas constitucionales sobre la producción normativa.

En esta mismo sentido, se constata pues la paradoja, dentro de los sistemas presidencialistas especialmente, del mantenimiento del principio de la primacía de la ley parlamentaria y la preponderancia política del Ejecutivo. Así, por un lado, la preponderancia del Ejecutivo se manifiesta a través del hecho de que la mayoría de la producción normativa es de conducción política del Poder Ejecutivo y, por otro lado, la mayoría parlamentaria en el Congreso Nacional actúa de forma similar al sistema parlamentario de Gobierno, pero no existiendo la confianza parlamentaria propia del sistema parlamentario<sup>138</sup>.

---

PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. op. cit. pág. 190-193; El Estado debe continuar a promover la intervención en la vida social, como presupuesto previo de la propia democraticidad del Estado, o sea, que la propia sociedad la que decida el sentido de esa intervención, de forma que, elimine la separación entre Estado y Sociedad, lo que hace convertir al poder público en auténtico representante de la sociedad. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. op. cit. pág. 106).

<sup>138</sup>La importancia prevalente de la iniciativa legislativa del Gobierno se funda sobre todo en el papel asumido por el ejecutivo respecto de la actividad parlamentaria, de forma que se reconoce al Gobierno la posición de <<comité directivo>> de la Cámara, o al menos, de la mayoría que lo sostiene. El Gobierno es el guía de la mayoría. La superación de la dialéctica Parlamento-Gobierno vincula al ejecutivo y al legislativo a la orientación política que resulta del programa de gobierno aprobado por las Cámaras con la concesión de su confianza. Por consiguiente, será normalmente el propio Gobierno el que presentará a la Cámara los proyectos de ley de puesta en práctica de su orientación política, y son, en consecuencia, sobre todo esos proyectos los que obtendrán la aprobación definitiva en el Parlamento. Su tramitación más rápida en el *iter* procedimental parlamentario y sus mayores posibilidades de convertirse en leyes no se deberán tanto, como se ha sostenido, a su mejor redacción técnica o a su mayor correspondencia con las exigencias del país, cuanto a la relación política que liga al Gobierno con su mayoría parlamentaria, que confiere al Gobierno un papel director de tal mayoría para la realización del programa acordado. Es un dato

Con la reforma constitucional realizada por la Enmienda n.º 32/2001 de 11 de septiembre, que trataremos con mayor profundidad más adelante, se ha modificado sustancialmente los límites materiales de la *Medida Provisoria*. En sustancia, la referida enmienda traslada a la potestad legislativa de urgencia del gobierno los mismos límites ya fijados para la potestad legislativa delegada del ejecutivo.

El escenario dibujado hasta el momento nos da idea de que, efectivamente, la Constitución brasileña realiza una regulación de los órganos constitucionales y de sus funciones donde el modelo presidencialista se aproxima al sistema parlamentario de Gobierno.<sup>139</sup>

De esta forma, la participación del Ejecutivo en los procesos de producción legislativa se desarrolla, al menos formalmente, bajo el control democrático del Congreso Nacional y bajo el control de constitucionalidad a cargo del Supremo Tribunal Federal<sup>140</sup>. Con lo que la posición del Poder Ejecutivo debe reconducirse dentro de esta pluralidad institucional y social sobre la base de la pérdida de aquella posición de preeminencia constatada secularmente en Brasil.

Y, como decimos, en el ámbito de la producción normativa, esta parlamentarización del Poder Ejecutivo en Brasil se concreta por la producción de normas a través de la *Medida Provisoria*. Dicha

---

de hecho que la iniciativa legislativa preeminente es la del Gobierno y, consecuentemente, se dice que el Gobierno es el *dominus* de la actividad legislativa. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad op. Cit. Pág.50

<sup>139</sup> “las nuevas circunstancias conflictivas exigen e imponen nuevas formas de producción del Derecho que rompen y alteran el tradicional esquema de las fuentes del Derecho”. CABO MARTÍN, Carlo de. Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español. REP n.º.9. CEC. Madrid. España. 1979. Pág. 108.

<sup>140</sup> Compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la guarda de la Constitución . Art. 102 de la Constitución brasileña de 1988

producción, se consta con la garantía de que el Congreso Nacional lleve a cabo su control sobre esta actividad del gobierno y con la posibilidad, tal y como determina el artículo 62, de que a instancias del Ejecutivo sea remitida la *Medida Provisoria* al Congreso, para que éste se manifieste sobre la constitucionalidad de los presupuestos habilitadores, antes de su conversión en ley.

La potestad del Poder Ejecutivo no se agota en la creación de las *Medidas Provisorias*. Esto es así debido a que, tal potestad sólo es ejercida en casos excepcionales para la incorporación de normas jurídicas en el ordenamiento. La participación del Poder Ejecutivo en la producción legislativa con pleno acomodo a las garantías constitucionales del Estado democrático y de Derecho y con pleno respeto al principio de la división de poderes se produce a través de la puesta en marcha de la iniciativa legislativa. Así, a través de proyectos de ley<sup>141</sup>, el Poder Ejecutivo participa en el proceso ordinario de producción de normas de rango legal.

La conjunción de la participación del Gobierno en el procedimiento legislativo ordinario y el reconocimiento de una potestad legislativa de excepción dan, de hecho, al titular del poder ejecutivo una indudable preponderancia en el proceso de producción normativa. Esta situación es habitual también en los sistemas parlamentarios – el caso español resulta un buen ejemplo de tal afirmación<sup>142</sup>. Sin

---

<sup>141</sup> La Constitución brasileña en el art. 61 determina la iniciativa legislativa del Ejecutivo por proyectos de leyes en la forma y en los casos previstos en la misma Constitución.

<sup>142</sup> "...La forma en que se estructura la función legislativa en la Constitución Española nos exige hablar de dos grandes áreas de actuación legislativa que son independientes pero complementarias: la iniciativa legislativa gubernamental y la extragubernamental, definidas ambas por los dos vehículos parlamentarios de propuestas de legislación que las contienen: los proyectos y las proposiciones de ley..." "...El Tribunal Constitucional ha definido, precisamente, las prerrogativas parlamentarias que la CE otorga al Gobierno en sus artículos 84 y 134.6, como límites a la facultad de enmienda del Parlamento, diciendo el Tribunal que esos límites <<están



embargo, la situación en un régimen presidencialista, por mucho que en él se conste una tendencia hacia la parlamentarización, es bien distinta pues no se dan los mismos mecanismos de control parlamentario sobre el ejecutivo y puede dar lugar a un desequilibrio institucional grave.

La Constitución brasileña, al objeto de garantizar el principio de la separación de poderes, regula de forma exhaustiva la delegación legislativa en su artículo 68, estableciéndose en que casos y bajo que condiciones la misma puede ser realizada y, en cualquier caso, siempre con el control del Congreso Nacional, confirmándose la titularidad exclusiva de la Potestad legislativa por parte del Parlamento aunque en su ejercicio puedan participar otras instancias.

Junto a este control parlamentario, los actos legislativos del Ejecutivo quedan, obviamente, sometidos también al control realizado por el Poder Judicial. Este último, a través de un control difuso (a cargo de los jueces y de los tribunales) y de un control concentrado de constitucionalidad (a cargo del Supremo Tribunal Federal) garantiza la eficacia normativa de la Constitución y de los Derechos fundamentales frente a cualquier norma considerada contraria a la Constitución.

De lo expuesto anteriormente se deriva que los actos de naturaleza legislativa emanados del Presidente de la República no estarán exentos de control. De esta forma, junto a su responsabilidad

---

fijados en la Constitución para asegurar un ámbito de acción propio del Gobierno>>...” “...El Gobierno tiene la iniciativa en la presentación de proyectos de ley, de acuerdo con los artículos 87 y 88 de la CE, además de disponer de las proposiciones de ley. De ahí que se llegue a decir, como hace LÓPEZ GUERRA, que <<la iniciativa gubernamental en la Constitución representa el reconocimiento del Gobierno como órgano impulsor yendo más allá de su configuración clásica como poder ejecutivo porque hoy gobernar es legislar>>...” RUIZ-HUERTA CARBONELL, Alejandro. Iniciativa legislativa no gubernamental en España. Congreso de los Diputados. Madrid. España. 1998. pág. 40-41

directa frente al cuerpo electoral que le eligió por sufragio directo, se constata también una relación fiduciaria difusa que se constata a través del juego político entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo.

Y en este juego, dadas las especiales circunstancias de la vida política brasileña, la normatividad constitucional va a verse afectada en los casos en que el Gobierno tenga en el Congreso Nacional una mayoría que le da apoyo a sus proyectos. En concreto, y centrándonos en el ámbito del sistema de fuentes, la posición política del Gobierno encontrará su plasmación normativa en *Medida Provisória*, a través de la cual es más fácil sustraerse al debate parlamentario y al control de las minorías<sup>143</sup>.

Se produce así, de hecho una sustitución de la producción legislativa ordinaria por la producida por la vía de urgencia por el Gobierno e, incluso, el control político realizado en sede parlamentaria sobre el hecho habilitante pierde eficacia. En este caso, la conjunción entre presidencialismo y parlamentarismo acaba produciendo un efecto de sobredimensión de la producción normativa del ejecutivo<sup>144</sup>, lo que, como ya hemos dicho, en un ámbito presidencialista va a tener efectos bien diferentes a los constatados en el modelo parlamentario.

---

<sup>143</sup> CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 233

<sup>144</sup> Desde una perspectiva homogeneizadora, un sector minoritario de la doctrina italiana viene a afirmar que el decreto-ley es el fruto de un procedimiento alternativo al parlamentario. Tal conclusión es el resultado de un planteamiento de carácter lógico desarrollado sobre la base de dos premisas de naturaleza diversas; una jurídica, de alcance general y otra de carácter político, más precisa. La primera afirma que existe una única y genérica función legislativa que, sin embargo, resulta susceptible de ser ejercida a partir de diversos procedimientos igualmente válidos, accesibles a diferentes órganos estatales no únicamente al Parlamento. Dicho planteamiento unificante excluye de su radio de acción las previsiones constitucionales puestos en los que el constituyente ha establecido relaciones fijas entre una materia y un procedimiento preciso. El segundo argumento de matriz preferentemente política viene a decir que la compenetración política entre Gobierno y Parlamento resulta tan acentuada que permite la plena equiparación entre actos normativos de fuerza similar, así como la sustancial sustitución o alternancia de la competencia legislativa parlamentaria a favor de la gubernamental; esto es, la fungibilidad entre ley parlamentaria y decreto-ley. CARMONA CONTRERAS, A.M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 234

Esto supone que, la potestad legislativa de urgencia acaba convirtiéndose en el procedimiento más utilizado para la producción normativa, con la aparente ventaja de una mayor celeridad procedimental respecto de las formas de creación del derecho que se dan en el Congreso Nacional<sup>145</sup>.

La formación de grupos minoritarios<sup>146</sup> en el Congreso configura una oposición fundada en las normas y principios constitucionales, sobretudo en el Estado democrático y de Derecho. Esta formación cuenta con determinados mecanismos para garantizar los derechos a los grupos minoritarios. Estos derechos, una vez vulnerados por la norma inconstitucionalmente producida<sup>147</sup>, difícilmente podrán ser restituidos a través del debate parlamentario, donde la mayoría va a defender en cualquier caso la constitucionalidad de los actos de Gobierno. En concreto, aun cuando no sea constante los presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia, el Poder Ejecutivo se ve libre del control político previo del parlamento.

Ahora bien, aunque la situación descrita hasta ahora se constata según las normas constitucionales que regulan el proceso de producción normativa, lo cierto es que la potestad legislativa de urgencia del Poder Ejecutivo en la Constitución brasileña sólo va a tener el sentido cuando se den los supuesto habilitante de la *Medida Provisória*: *La relevancia y la urgencia*.

---

<sup>145</sup> BERGMANN ÁVILA, H. op. cit. pág. 61-62; El Decreto-ley español, accede al mundo del derecho sin padecer el *tortuoso* camino del procedimiento parlamentario, en cuyo desarrollo resulta obligada la concurrencia de las minorías presentes en las asambleas legislativas. CARMONA CONTRERAS, A.M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 233

<sup>146</sup> El Derecho de las minorías parlamentarias a discutir y criticar el programa de las fuerzas políticas mayoritarias resulta el punto fundamental que viene a frenar la expoliación total del órgano parlamentario a favor del Ejecutivo.

<sup>147</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa del Poder Ejecutivo. op.cit. pág. 148.

Como consecuencia de esta previsión constitucional sobre la *Medida Provisoria*, y con un carácter limitativo del poder normativo restringido a las situaciones fácticas de relevancia y urgencia, se va a impedir la potestad legislativa *plena* del Poder Ejecutivo. En cualquier caso, pues, el Gobierno deberá justificar que dan los supuestos de relevancia y urgencia para que su actuación legislativa excepcional este constitucionalmente legitimada, lo que sólo es posible constatar en el plano parlamentario con el necesario control *a posteriori* que el Congreso Nacional realiza a través de la convalidación de la *Medida Provisoria*<sup>148</sup>, control que además favorece el control social de la actividad gubernamental<sup>149</sup>.

La apertura de las instituciones jurídicas y sociales, principalmente, en la esfera de los Estados federados, va a concurrir con la emancipación de los ciudadanos. Esto es una exigencia de la democracia, que no sólo se constata a través del sufragio por el pueblo, sino que también se verifica en las instituciones pertenecientes

---

<sup>148</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. op. cit. pág. 59-60. "si la Constitución el tales casos rechaza que el Gobierno tenga el derecho de suplir al Legislativo, ella misma estará creando una situación que debería ser evitada; una situación en la que la realidad de las fuerzas naturales del Estado tienden a ocupar el lugar dejado vacante por el ordenamiento jurídico. Por ello, si las circunstancias lo exigen, resulta obligado que el Gobierno pueda, bajo su potestad, proveer a la necesidad por todos los medios a su disposición, correspondiendo a las Cámaras disponer para que se lleva a cabo una ratificación posterior al atentado realizado contra el derecho formal". DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Vol. III. Paris. Bocard. 1930. pág. 749-750.

<sup>149</sup>Para Häberle, la apertura de los procesos de formación de la opinión pública, es una exigencia de la democracia y del pueblo. El pueblo no es algo compacto y homogéneo, sino algo pluralista y dinámico. El pueblo no es un todo que manifiesta una voluntad, sino un conjunto de personas y grupos que interactúan entre sí. La unidad del pueblo no es un punto de partida sino, en todo caso, un resultado que puede darse o no. De forma congruente con esta concepción del pueblo, Häberle defiende una visión de la democracia que no se basa en la ideal de la voluntad soberana del pueblo entendido como un todo, sino que ve la esencia de la democracia en la posibilidad e la minoría de convertirse en mayoría. La democracia es, pues, fundamentalmente un proceso abierto a las alternativas a lo existente. Garantizar la democracia consiste en salvaguardar los mecanismos que permiten la configuración de alternativas y les proporcionan chances para poder ser puestas en práctica. La apertura de los procesos jurídicos, institucionales y sociales es condición de posibilidad del surgimiento de alternativas. ESTÉVEZ ARAUJO. José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Trotta. Madrid. España. 1994. pág. 86.

al Estado. Por tal apertura, en sentido amplio, se reduce considerablemente la posibilidad del Gobierno de intervenir de forma arbitraria. La constante participación de la sociedad hace ineficaz la aplicación de la norma producida sin el debate democrático.

Justo a la esfera de los Estados federados se creará un espacio de actuación para la sociedad, donde el pluralismo y la democracia serán la base para la producción y garantía de los derechos. Al mismo tiempo es una forma de defensa contra los abusos o arbitrios de los poderes del Estado.

Así, el principio de separación de poderes ya no es el parámetro para la definición de funciones de cada poder respecto a la producción normativa e interferirá en el distanciamiento del Estado de la sociedad<sup>150</sup>. Eso es importante para justificar el pluralismo político, que va a tener en la ley la expresión de la producción normativa del Estado. Todo esto está definido en el modelo liberal de Estado. La tendencia para la aproximación al modelo social de Estado genera la dificultad para el ejercicio de la actividad gubernativa, donde los derechos fundamentales que la Constitución garantiza dependen de un grado mayor de participación ciudadana para definición de las fuentes del Derecho.

---

<sup>150</sup> En los sistemas de rígida separación de poderes no se da la colaboración Gobierno-Parlamento que provoca el esquema iniciativa gubernamental-elaboración parlamentaria de la ley. Ha sido a través de las convenciones constitucionales (mensajes) como ha ido obteniendo el Presidente de los Estados Unidos un papel en el impulso de la legislación. En un sistema de rígida separación de poderes como el de la Constitución francesa de 1791, el poder de proponer las leyes corresponde en exclusiva al cuerpo legislativo. Recuérdese que Montesquieu consideraba que <<ni siquiera es necesario>> que el poder ejecutivo proponga las leyes, puesto que su <<faculté d'empêcher>> le permite rechazar las que hubiera deseado que no se hicieran (De l'esprit des lois, libro XI, cap. VI). La Constitución de los Estados Unidos (art. II, sección 3) limita las competencias del Presidente en la formación de las leyes a la recomendación al Congreso: <<El Presidente periódicamente deberá informar al Congreso sobre el estado de la Unión, encomendando a su consideración las medidas que estimen necesarias y oportunas>>. GARCÍA-

Para la mayor socialización de los derechos en términos de igualdad es fundamental e inevitable la intervención del Gobierno. De esta manera, la potestad legislativa de urgencia del Gobierno debe circunscribirse en el ámbito federal con el objetivo de hacer fluida la comunicación institucional para preservar el federalismo. La norma excepcional emanada por el Gobierno, cuyos efectos son “*erga omnes*”<sup>151</sup>, no debe vulnerar los derechos, sino crear un espacio para la actuación del ciudadano. Así la intervención del Gobierno debe tener como referencia finalista la protección de los espacios reservados a la sociedad civil. Por su parte, la transferencia de competencias a niveles jerárquicamente inferiores limita al Estado federado en la preservación de los derechos fundamentales del ciudadano.

La preservación del federalismo en este caso es positiva, pues la Constitución establece la forma para asegurar el sistema a través de la intervención federal. Dicha intervención, prevista en el artículo 34 de la Constitución brasileña, es el mecanismo negativo para impedir la desarticulación del modelo federal por la ausencia de coordinación entre poder central y los poderes descentralizados.

Para impedir el acto extremo del Ejecutivo se debe tener en consideración los nuevos valores sociales y culturales que se establecen en la sociedad, los cuales la Constitución garantiza. Tales valores constitucionales van a dar una nueva interpretación a la teoría

---

ESCUADERO MÁRQUEZ, P. *La Iniciativa Legislativa del Gobierno*. CEPC. Madrid. España. 2000. pág. 47-48

<sup>151</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo*. op. cit. pág. 150

kelseniana, en relación de la supremacía de la Constitución en el orden jerárquico<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Es posible tanto una comunidad jurídica centralizada como una descentralizada (en sentido estático), tanto con unidad como con multiplicidad de órganos que producen normas, se suele asociar preferentemente al concepto de centralización la representación de normas (con validez para todo el territorio de ese derecho) producidas por un único órgano, que constituye el centro de la comunidad, y que en alguna manera también tiene sede espacial en el centro, mientras que con el concepto de descentralización está asociada la imagen de una multiplicidad de órganos, no situados en el centro, sino distribuidos por todo el territorio jurídico, con competencia para dictar normas solamente válidas en partes del territorio. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. op. cit. pág. 318

## II. La Delegación Legislativa

En las constituciones más modernas, la delegación legislativa ha sido admitida expresamente de forma generalizada y forma parte de la lógica de dichos modelos constitucionales. Así, a tenor de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución Italiana de 1947, *Paolo Biscaretti DI RUFFIA* afirma que “la delegación legislativa aunque confirma el principio de la división de poderes, admite que el ejercicio de la función legislativa puede delegarse al Gobierno, pero entonces únicamente con determinación de los principios y criterios directivos, y sólo por tiempo limitado y para objetos definidos”.

Por lo que se refiere al caso español, la delegación legislativa<sup>153</sup> en la Constitución Española está disciplinada en el artículo 82. Como es bien sabido, las leyes delegadas (decretos legislativos) son actos normativos con fuerza de ley emanados del Gobierno, en virtud de una autorización expresa del Poder legislativo. En el Derecho Español “*La delegación legislativa prevista por la Constitución en el artículo 82, permite a las Cortes atribuir al gobierno, mediante una ley de*

---

<sup>153</sup>BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. I. op. cit. pág. 151. ÁLVARES CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional. Vol. I. op. cit. pág. 236-237; “...aunque la Constitución no hubiera establecido expresamente tales premisas, la delegación por Decreto-ley implica una absoluta contradicción en términos, imposible de aceptar desde ningún punto de vista; el delegante resulta ser el propio receptor de la delegación, confundiendo de forma inadmisiblemente ambas funciones en un solo órgano. Una tal hipótesis provocaría una situación en la que la libre y consciente transferencia de potestad legislativa desde el Parlamento hacia el Gobierno, sustrato lógico sobre el que se asienta la institución de la delegación, quedaría absolutamente frustrada, sustituyéndose por una clara e inconstitucional usurpación de competencias...” CARMONA CONTRERAS, A.M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 213-214



*delegación, la potestad de dictar una norma con fuerza de ley, denominada decreto legislativo, en los términos previstos en la propia ley de delegación y dentro de los límites y requisitos expresamente contemplados en el citado precepto constitucional. La Constitución prevé dos tipos de delegación (artículo 82.2 CE). La otra, cuya finalidad es refundir varios textos legales en uno solo, se otorga mediante una ley ordinaria (artículo 82.5 CE)”*

En la Constitución portuguesa de 1976, en el artículo 165 admite la votación por la Asamblea de la República de leyes de autorización (delegación). En este caso, el destinatario de la autorización será el Gobierno y su ejercicio está sometido a ciertos límites sobre los que el jurista del Derecho Constitucional portugués, *GOMES CANOTILLO* piensa que: “[...] las autorizaciones legislativas deben, en principio, coincidir con el objeto propio de la función legislativa del Parlamento, además de que estén excluidas de esta función, las actividades de fiscalización o de control que no se delegan (artículos 161 y 163 de la Constitución portuguesa); se sustrae también, el poder de autorización para las materias de competencia política (artículo 161), independientemente de que la forma de ejercicio de esta competencia es la forma de ley”.

En cuanto a la Potestad legislativa delegada en el sistema constitucional brasileño el debate sobre la misma se remonta a la Asamblea Constituyente de 1946, donde se discutió la posibilidad de la adopción de la ley delegada. Tal vez, como reacción al exagerado número de medidas legislativas editadas en el período del *Estado Novo* por el Presidente de la República, el Constituyente prefirió no

conferir al Ejecutivo ninguna competencia legislativa. Adoptó, también, de modo imperativo, el principio de no delegación de atribuciones, vedando la delegación legislativa ya fuese de forma típica o anómala.

La EC n.º 4/61 estableció la ley delegada en Brasil al introducir la forma parlamentaria de Gobierno. Dicha Enmienda revocó el principio de no delegación de las atribuciones (artículo 36 §2º, de la Constitución de 1946). La delegación legislativa fue más tarde reglamentada a través de la *ley complementar*. Sobre la base de una autorización del Congreso Nacional, el Ejecutivo dictó once leyes delegadas, algunas de ellas todavía en vigor.

Por la EC n.º 6/63, se restableció el presidencialismo recobrando el principio de no delegación de las funciones legislativas presentes en el artículo 36 §2º de la Constitución de 1946.

De la misma forma, la Constitución de 1967 en su artículo 6 § único, admitió el principio todavía, como excepción al principio de delegación legislativa previsto en los artículos 55, 56 y 57. A partir de ahí, la delegación legislativa continuó dentro del derecho constitucional brasileño ante la expresa previsión de la Enmienda Constitucional n.º 1/69.

La Constitución brasileña de 1988, mantuvo la delegación legislativa, regulada ahora en el artículo 68, según el cual:

*“las leyes delegadas serán elaboradas por el Presidente de la República, que deberá solicitar la delegación al Congreso Nacional”*

Sin embargo, la ley de delegación ha sido pocas veces utilizadas por los Gobiernos brasileños, a pesar de que la doctrina brasileña ha defendido que se trata de un procedimiento de producción normativa con una gran potencialidad. Pese a la existencia de la delegación legislativa, esta ha demostrado no ser suficiente para dar cumplimiento a todas las exigencias planteadas a los modernos Estados y se ha hecho necesario, además, reconocer al Ejecutivo, en ciertas circunstancias graves y excepcionales, una potestad legislativa de excepción. A través de la misma, el ejecutivo va a crear normas para su incorporación al ordenamiento jurídico de forma directa, relativa a determinadas materias, y sin la necesidad de autorización previa del Parlamento lo que supone, en última instancia, una previa delegación legislativa recogida en la Constitución de forma general.

La existencia de los mecanismos de control político y jurídico, de acuerdo con los postulados democráticos<sup>154</sup>, hace compatible la actividad normativa extraordinaria del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, la ausencia de manifestación del Poder Legislativo en el ejercicio de la potestad legislativa de urgencia puede suponer un riesgo para el sistema democrático. Sólo, *a posteriori* podrá controlar los actos normativos del Poder Ejecutivo, convalidándolo o revocándolo. De ello, se infiere que el Gobierno va a tener una mayoría parlamentaria para convalidar el acto, en caso contrario puede darse la circunstancia de que la *Medida Provisória* sea

---

<sup>154</sup> El autor citando PIZZORUSSO, A., in: (*Ripensando i controlli sui decreti legge alla luce dell'esperienza recente. In: I decreti-leggi non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta nel Giorno 11 novembre 1994. Milano: Giuffrè, 1996.p.24*): "Riassumendo, si può affermare che la sposizione adottata dai costituenti per far fronte alle situazioni di emergenza, pur se per più insoddisfacente, non era incompatibile – così com'era scritta – con i principi fondamentali della democrazia parlamentare [...].Tuttavia l'evoluzione della prassi ha anch'essa incompatibile con i principi; [...]".

rechazada por una mayoría parlamentaria adversa al gobierno. La minoría parlamentaria en ambos casos, sólo podrá cuestionar la constitucionalidad del acto del Gobierno por vía jurisdiccional, donde la Corte Suprema podrá dictar sentencia sobre la constitucionalidad de la norma recurrida y de conformidad con el Derecho supuestamente vulnerado. Para el autor, lo que resulta inadmisibile es fortalecer el Poder Ejecutivo, especialmente *sin la previsión de eficaces instrumentos de censura o contraste de su actividad* – objeto de esta investigación -. En este sentido, la experiencia europea puede servir como una clara referencia para el modelo brasileño en la medida en que en este último subsisten elementos propios del parlamentarismo<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> MERLIN CLÈVE. Clèmerson. Medidas Provisórias. Ed. Max Limonad. 2ª ed. 1999. p.22

III. El Principio de Legalidad y del Estado de Derecho: “*Un Referente para la Potestad Legislativa de urgencia del Gobierno*”.

El gobierno democrático de un Estado moderno no puede basar únicamente en el desarrollo tecnológico, científico o de mercado. Estos avances requieren un marco normativo producido sobre el fundamento de unos valores y principios constitucionalmente consagrados y que, en general, colequen a la persona y a su dignidad como eje de la acción estatal. Las relaciones sociales requieren, por tanto, un orden jurídico conformado por normas producidas por representantes elegidos democráticamente<sup>156</sup>.

En el Estado de Derecho, el desarrollo social se verifica sobre la seguridad que ofrece un ordenamiento jurídico capaz de regular las nuevas demandas sociales que requieren el amparo del Estado al mismo tiempo que dichas demandas se presentan pero siempre a través de los canales legítimos de la representación popular y democrática.

Obviamente, la garantía constitucional de un Derecho no es plena si aún no está desarrollado por el legislador infraconstitucional y dicho desarrollo no puede producirse a través de cualquier tipo normativo, será la misma Constitución la fije el instrumento normativo

---

<sup>156</sup> La mano invisible ha perdido definitivamente su poder mítico de ordenación del mercado y el principio del laissez-faire debe replantearse si aspira a ser realmente efectivo. Al Estado corresponde corregir deficiencias y crear las condiciones para que la igualdad sea algo más que una declaración teórica. Y el dato primordial, el elemento fundamental, es que ahora debe llevar a cabo tal labor por expreso mandato constitucional, no como respuesta puntual, al margen de

adecuado para tal fin y establecerá cual es el órgano al que le corresponde tal competencia. Será el Parlamento y el proceso legislativo el que mayor garantía ofrezca para el desarrollo normativo de los derechos fundamentales dada su vinculación con el principio del pluralismo<sup>157</sup>.

Por lo que al principio de legalidad se refiere, su interpretación en el seno de una constitución normativa cobra un nuevo sentido ya que la misma ya no expresa la soberanía del parlamento en el seno del Estado sino que aquel principio queda supeditado al principio de supremacía constitucional. Así, será la Constitución el fundamento de validez. La producción normativa sólo será válida cuando se haya seguido lo establecido en las normas sobre la producción normativa, por tanto lo determinante no será el órgano de producción sino que valor y rango conceda el texto constitucional a cada tipo normativo validamente producido. De esta forma, normas legales no serán ya solo las producidas por el Parlamento aunque ciertamente la titularidad del poder legislativo por dicho órgano concede a la ley parlamentaria una posición preferente en el sistema de fuentes<sup>158</sup>.

---

concretas previsiones normativas, como vino sucediendo hasta este preciso momento. CARMONA CONTRERAS, A.M<sup>a</sup>. op.cit. pág. 39

<sup>157</sup> GARRORENA MORALES, Angel. El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho. Tecno. Madrid. España. 1984. pág. 181.

<sup>158</sup> "...no parece se que sea lo mismo hablar genéricamente de competencia legislativa como manifestación del principio de legalidad que de reserva a la forma de ley parlamentaria, como precisa concreción de aquél. Mientras que la primera resulta la muestra más palpable de la tendencia incorporada a nuestro ordenamiento constitucional hacia la universalización de la preferencia de la ley sin prejuzgar en absoluto el concreto régimen jurídico que en cada caso proceda, por su parte, el segundo de los principios apuntados presenta un alcance mucho más concreto y reducido, circunscribiendo la legalidad única y exclusivamente a un tipo preciso de la misma, a la legalidad parlamentaria. En este mismo sentido se ha manifestado el TC cuando ha afirmado expresamente que <<la mención de la ley no es identificable en exclusividad con el concepto de ley formal>>, aunque especificando que la remisión constitucional a la ley debe entenderse *prima facie* <<como a la norma que con tal carácter sea aprobada por el órgano al que la Constitución le confiere el poder de legislar, es decir, la ley ordinaria aprobada por las Cortes Generales>>. CARMONA CONTRERAS, A.M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 136-137

A su vez el principio de legalidad, y por lo expuesto, incidirá en la configuración del resto del ordenamiento a través de la aplicación del principio de jerarquía<sup>159</sup>.

De ahí que la producción normativa obedezca al principio de legalidad tanto desde el punto de vista constitucional como desde el punto de vista establecido en el ordenamiento jurídico. Y esta cohesión entre los principios de legalidad y de constitucionalidad es una característica propia del Estado Constitucional<sup>160</sup>.

El principio de legalidad alcanza, pues, un nuevo contenido en la Constitución normativa que también incide en la propia producción legislativa del Parlamento de forma que, la manifestación normativa de dicho órgano es siempre a través de la ley, observándose el procedimiento democrático para su producción aunque ello no significa que el Poder legislativo sólo deba actuar según una previa ley, sino que, sus actos deban tener la expresión de ley<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> En su sentido más amplio el principio de legalidad exige que la actuación de los órganos del Estado, en concreto la de la Administración, mediante actos administrativos y la de los tribunales mediante resoluciones judiciales, se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico. La palabra legalidad no designa aquí a la ley, sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina el <<bloque de la legalidad>> y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también *principio de juridicidad*. OTTO, Ignacio de. op. cit. pág. 157.

<sup>160</sup> GARRORENA MORALES, Angel. op. cit. pág. 181-198

<sup>161</sup> "...la proposición de la recuperación del hilo entre legalidad y legitimidad, so bases diferentes, a partir del abandono de la noción formal de la legalidad, conceptuándola como la realización de las condiciones necesarias para el desarrollo de la dignidad humana como desea la Constitución brasileña (art. 1º, III), ya que, el principio de legalidad no exige solo que las reglas y las decisiones que componen el sistema sean formalmente correctas, sino que estén conformes a ciertos valores, necesarios a la existencia de una sociedad libre, exigencia expresa en el art. 3º, I de la Constitución brasileña. El principio de legalidad de un Estado Democrático de Derecho, como es el caso de la República brasileña, se asienta en un orden jurídico emanado de un poder legítimo. De lo contrario, el Estado carecerá de la forma democrática y de derecho". AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. op. cit. pág. 404-405. La legalidad de los actos del Poder Público, debe ser interpretada de acuerdo con la Constitución brasileña, ya que el Estado asume la forma democrática y de Derecho, sin embargo, la existencia de varios títulos de cuño social, que necesitan interpretación en forma de principios obedeciendo la forma federativa de Estado, donde el Gobierno y los demás Estados federados deben orientarse a través de la Ley para el desarrollo del sistema federativo, distribuyéndose las competencias propias de cada Estado federado. BONAVIDES, Paulo. Teoría do Estado. op. cit. pág. 91-92. (En el constitucionalismo brasileño, en efecto, el principio de legalidad gana más fuerza que el principio de constitucionalidad. El

En las primeras manifestaciones del Estado de Derecho, el principio de legalidad constituía un freno para el poder ejecutivo y someter al poder judicial al imperio de la ley, se trataba pues, de un mecanismo articulado para poner fin a la estructura absolutista e impedir el abuso del príncipe absoluto, eliminando de esta forma la arbitrariedad y manteniendo la garantía de los derechos de los ciudadanos<sup>162</sup>. En el Estado Constitucional, el principio de legalidad también despliega sus efectos sobre el poder legislativo y sobre los procesos de producción del derecho.

Por el principio de proporcionalidad<sup>163</sup>, se va a imponer criterios para la actuación del Gobierno, así, la actuación gubernamental en su

---

planteamiento de la doctrina al considerar una norma legal, pero injusta está en desacuerdo con los principios de la Constitución, respecto al debate público de ideas en el parlamento. Esto quiere decir, que el modelo de producción normativo brasileño no atiende a los retos sociales o a la democracia misma, para que la Ley tenga validez y eficacia en el ordenamiento jurídico y en la sociedad).

<sup>162</sup> El principio de legalidad, constituye, desde luego, un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal de gobierno por y en virtud de las leyes: "... lo que primero se exige – esta es la primera reivindicación de la conciencia del Derecho – es que el hombre no dependa del hombre, sino solamente de la Ley impersonal... Es en la soberanía constante de la ley ejerciéndose sobre todos sin excepción en lo que primeramente parece que puede conciliarse el ideal de la unidad del Estado y las reivindicaciones que exigen que ningún hombre dependa de otro y que todos los hombres sean iguales en Derecho. La Ley en su estabilidad se opone a lo que la voluntad particular tiene de cambio, de aleatorio. De una parte lo arbitrario, lo caprichoso, los saltos de humor del despotismo; de otra, la Ley estable y equitativa. La Ley que cuida el interés general, que defiende el bien público contra los intereses versátiles y contradictorios de los particulares. En el lugar de la dominación del hombre se quiere poner la de la Ley. El hombre libre no puede obedecer a otro hombre, no puede someterse más que a la Ley. Debe ser completamente independiente de todo poder, salvo de la Ley. No hay ante la Ley ninguna excepción, ningún privilegio. Todos deben ser iguales ante la Ley. Ningún hombre debe depender de otro, pero todos están igualmente sometidos a la Ley. Un todo colectivo, únicamente regulado por la Ley, excluyendo todo arbitrio personal. Es así como se concibe el Estado. Cada uno tenderá entonces la conciencia de ser libre, porque no debe obedecer a ningún hombre y solamente a la Ley. Cada uno tenderá entonces la conciencia de ser igual a cualquier otro hombre, porque está, como cualquier otro hombre, sometido a la Ley común. El Rey mismo debe estar sometido a la Ley y no reinar más que por ella. La Ley es un ser impersonal que, por su carácter general, crea la unidad entre todos. Sin consideración a las personas, se mantiene a través de todos los caprichos, de todos los intereses particulares. Independiente de los hombres, reposa sólidamente sobre sí misma. GROETHUYSEN, *Philosophie de la Révolution Française*, París, 1956, págs. 252-253, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Taurus. n.º 113. Madrid. España. pág. 10-11

<sup>163</sup> LOPEZ GONZALEZ, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Instituto Garcia Oviedo. Sevilla. España. 1988. pág. 121.



manifestación normativa tendrá que optar por aquel instrumento jurídico adecuado a la situación de hecho y con el objeto de conseguir el fin determinado previsto para la norma.

Con esta operación se pretende principalmente, aislar y desechar aquellos medios inadecuados, que no guardan una justa correspondencia, proporcionalidad y congruencia con los hechos y el fin concurrentes en el caso concreto. Asimismo, la elección del medio normativo más idóneo y de menor restricción posible sólo es posible de entre los varios instrumentos adecuados para la obtención de un fin.

La idea de ser gobernados por la ley y no por los hombres ya estaba presente en la Antigua Grecia. *John Locke* en su Segundo Tratado del Gobierno Civil, párrafo 136, afirma que, la autoridad suprema atribuida al Parlamento no puede asumir para sí misma un poder para gobernar a través de decretos arbitrarios y extemporáneos, sino que está obligada a dispensar justicia y a decidir los derechos del súbdito, a través de leyes promulgadas y fijadas, y por jueces autorizados y conocidos.

En el párrafo 137 determina que el poder absoluto y arbitrario o el poder de gobernar sin leyes establecidas y fijadas, son inconciliables con los fines de la sociedad y del gobierno. Cualquiera que sea la forma de Gobierno bajo la que se halle la república, el poder gobernante debe gobernar por medio de leyes declaradas y recibidas y no por dictados extemporáneos y resoluciones

indeterminadas; pues entonces la especie humana estará en una condición mucho peor que en el estado de naturaleza<sup>164</sup>.

En los sistemas de origen germánico, en la forma dual de la legitimidad concurre un “principio activo” y un “principio de limitación”. Por el principio activo, el Gobierno debe actuar mientras que por el principio de limitación la sociedad es llamada a frenar el poder. Esto pasaba en las Monarquías germánicas limitadas del siglo XIX. Existía el principio monárquico de carácter activo pero limitado por el principio democrático, existente en el Parlamento.

En la actualidad esto sucede en los regímenes mixtos, por ejemplo en el modelo de gobierno de la Francia de la V República en el que el Gobierno tiene su apoyo en el Presidente de la República, mientras que las Cámaras están legitimadas de forma autónoma por elección popular.

El reconocimiento de la legitimidad del Ejecutivo, en determinadas actuaciones, está de acuerdo simétricamente con el principio activo, debido al alcance vinculante de la ley, fruto del principio democrático o de limitación.

De acuerdo con la teoría de *Günther Winkler* en los espacios del principio de legalidad se verifica a su vez el principio de *negative Bindund* o de *vinculación negativa a la ley*. Esto no quiere decir que se fundamente, legítimamente, la acción del Gobierno, sino que se va a limitar o establecer una frontera que la sociedad impone en esa actividad al Gobierno, permitiéndole todo lo que no esté prohibido por la ley. En este orden de ideas, el principio de legalidad se asemeja al

---

<sup>164</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. op. cit. pág. 99-105

*principio de no contradicción*. Esto quiere decir, que en la ausencia de ley no se verificarán actos de ilegalidad.

La limitación de la actuación del Gobierno es importante para la sociedad con relación a la propiedad, a los tributos o a la libertad. Tal delimitación no impide la aparición de espacios exentos de ley, donde los demás poderes se ocupen con legitimidad y autonomía de la producción legal. Como resultado de esto los actos políticos naturalmente discrecionales serán reconocidos para que el poder no se someta a juicio de legalidad. La aceptación de reglamentos independientes o autónomos no se verán apoyados por una ley previa que afecte a la normatividad de las conductas de los ciudadanos.

Un modo de concebir el alcance de la ley y de la legalidad por el artículo 37 de la Constitución francesa de 1958 supone la prohibición al Ejecutivo de la invasión de los espacios aún no ocupados por la ley, y en tanto que no lo sean dejen a salvo el debido respeto a la ley.

El origen del Derecho está en el sistema del Parlamento clásico. Ahí reside la legalidad que no es sólo límite, sino también principio y fundamento, presupuesto legitimador de la actuación de los demás poderes. Los poderes sólo pueden actuar de acuerdo con el Derecho “*positive Bindung*” a través de la ley existente previamente.<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup>GARRORENA MORALES, Ángel. op. cit. pág. 182-198. Dentro de una línea de pensamiento formalista, algunos autores encuentran en el concepto de imperio de la ley el elemento más característico del Estado de Derecho. Tal construcción se basa exclusivamente en la idea de la ley previa, ya emane ésta de un poder democrático o no. Frente a esta tesis, otros autores consideran que la ley debe emanar de una asamblea de representación popular libremente elegida: <<[...] en el Estado de Derecho, la ley es la concreción racional de la *voluntad popular*, manifestada a través de un órgano de la representación popular libremente elegido [...] [por lo que] todo imperio de la Ley es ya, por ello, Estado de Derecho [pues] [...] no hay tal si la Ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida [...]>> (E. Díaz). En: ÁLVARES CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional. op. cit. pág. 96

Desde esta óptica no hay subordinación a la ley ni tampoco legalidad a falta de ley. Es decir, es imprescindible estar de acuerdo o conforme, ya que la no contradicción a la ley es un principio básico.

Este sistema se caracteriza en que la formalidad de la ley está en la potestad legislativa de los representantes parlamentarios de forma legítima. Así, no se puede hablar de espacios exentos de ley ya que el poder discrecional del Gobierno actúa a través de reglamentos autónomos e independientes.

Los programas de Gobierno se traducen en proyectos de ley. Los demás poderes del Estado van a colaborar en la propuesta del Gobierno y por tanto en la producción normativa, lo cual va a cerrar los espacios exentos de ley. Esto justifica al Derecho como técnica de mediación entre proyectos y valores.

Es cierto que este sistema produce una mayor dependencia del Gobierno respecto al Poder Legislativo. Sin embargo, la demanda social creciente ha acentuado progresivamente la intervención del Gobierno a través de leyes extraordinarias, pero, siempre con una previa determinación legal, tal y como ocurre en la delegación legislativa. La realidad normativa justifica el *positive Bindung*, respecto a los cambios sociales. El Derecho va a ser el instrumento regulador, principalmente, cuando la actuación parta del Gobierno y exigirá que se observe el principio de legalidad<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> La Constitución española dispone en el art. 1 que “La soberanía reside en el pueblo español... y el art. 66.1 que “Las Cortes Generales representan al pueblo español y está formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado”. El art. 9.3 de la CE dispone que “la Constitución garantiza el principio de legalidad...” “... y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. También se verifica el principio de legalidad en el art. 117 de la Constitución respecto al Poder Judicial, que debe juzgar con el amparo de la Ley. De lo contrario, el Poder Judicial estaría excediendo, invadiendo la competencia del Poder Legislativo. La Administración Pública y el Gobierno se someten a la Ley a tenor del art. 103. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10/03/1982 interpretando dicho principio a la realidad dice que “la llamada potestad reglamentaria

#### IV. Las Garantías Genéricas y Específicas de los Derechos. La Reserva de Ley

La delimitación competencial entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo es la cuestión central en el tema de la división de poderes y, en última instancia, de la definición y configuración del Estado de Derecho.

En el ámbito de la producción normativa, las relaciones entre el Parlamento y el Ejecutivo se ven claramente delimitadas a través del principio de la reserva de ley que, a su vez, ve condicionado su contenido por la estructura constitucional en la que se incorpore<sup>167</sup>.

---

de la Administración Pública ha de ejercerse de acuerdo con las leyes conforme dispone el art. 97 de la Constitución... la Administración puede ejercer dicha potestad no sólo en desarrollo de leyes y principios legislativos, sino cuando no exista norma de rango superior sobre la materia, porque – añade el Tribunal Supremo en una inequívoca adscripción a los presupuestos más prístinos de la teoría del *negative Bindung* - no es posible infringir la ley inexistente. La Sentencia de 4/05/1982 del Tribunal Constitucional, determina que sólo los “reglamentos de organización” no aparecerían como complementarios de la ley, exigiéndose para todos los demás una específica habilitación legal. La Sentencia de 14/06/1982, dice que “la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita.

<sup>167</sup> En el modelo español, las cortes generales son libres en la creación del derecho. Tienen el límite negativo de la Constitución, pero positivamente no tienen que buscar el fundamento, el punto de apoyo de su decisión, en una norma superior. Por el simple hecho de existir pueden decidir, en principio, sobre todo. El legislador no tiene por qué interrogarse sobre el fundamento de su actividad, sino únicamente sobre el límite de la misma. Ya los demás poderes tienen que remontar en lo que a creación de derecho se refiere, a una norma superior, a una voluntad ajena. El monopolio de las Cortes Generales no se manifiesta por la misma forma, en el mismo producto normativo, ni siquiera que se manifieste siempre con la misma intensidad, pues, la Constitución puede diversificar las formas de manifestación de la potestad legislativa de las Cortes, creando diversos tipos de leyes, y puede modular la intensidad del monopolio legislativo de las Cortes, permitiendo la penetración en el mismo bajo determinadas circunstancias y con determinados controles a otro órgano del Estado, concretamente al Gobierno. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. op. cit. pág. 550-551

El concepto de reserva de ley parlamentaria abarca los objetivos comprendidos exclusivamente en el ámbito de las competencias del Parlamento, exentos de la acción normativa del Poder Ejecutivo. Y, aunque no existe un acuerdo dominante en la doctrina, si es la opinión más extendida la que entiende que por reserva de ley se hace referencia a las normas legales de origen parlamentario. También es cierto que se configura dentro de ese concepto la separación o la división de poderes del Estado<sup>168</sup>.

En el Derecho español se ha desarrollado un planteamiento teórico sobre las relaciones entre la ley, el reglamento, y la reserva de ley en términos similares a la teoría alemana de la “esencialidad”. Se considera la reserva de ley, desde una óptica sustancial, como una reserva de regulación material realizada por el Parlamento, no estando éste obligado a abordar una regulación al detalle<sup>169</sup>. Para *NORBERTO BOBBIO*, la teoría de la omnipotencia del legislador presenta dos caras: una absolutista y otra liberal. De una parte, esta teoría elimina los poderes intermedios atribuyendo un poder ilimitado o pleno al legislador, lo que configura el aspecto absolutista. De otra parte se configura el aspecto liberal, protegiendo a los ciudadanos de las arbitrariedades promovidas por los jueces en sus libertades al

---

<sup>168</sup> VILLACORTA MANCEBO, Luis. Reserva de Ley y Constitución. Dykinson. Madrid. España. 1994. pág. 32-34

<sup>169</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. Tecnos. 1994. Pág. 107-108; Tanto el Parlamento como el Gobierno son órganos absolutamente democráticos por su origen: ambos representan a la mayoría. Pero, mientras el Parlamento integra también a las minorías, haciendo posible la intervención de las mismas en el proceso de producción jurídica, y abriendo el camino al consenso y a la integración, el Gobierno representa únicamente a la mayoría. No quiere eso decir que la reserva de ley sea expresión de la democracia constitucional. Por el contrario, la reserva de ley remite a la mayoría para la decisión sobre la materia (que sólo en el caso de la ley orgánica es mayoría reforzada) y expresa en ese sentido la democracia de la mayoría. Lo que ocurre es que la integración de las mayorías en el proceso de producción normativa se corresponde en mayor medida con el sentido de la democracia constitucional que la

establecer normas que tienen como parámetros sus propios juicios de equidad o de la vida social. Mientras que el legislador pone frenos a través de normas a tales arbitrariedades.

De todas maneras, permanecen todavía arbitrariedades generadas por el propio legislador, ya que sus normas engloban una gran variedad de destinatarios; no pasando lo mismo con las arbitrariedades del juzgador, que se enfrenta a casos aislados.

Así, para resolver los casos de abusos del Legislativo, el pensamiento liberal ha creado mecanismos constitucionales como la *separación de poderes*, donde el poder de legislar no está atribuido al Ejecutivo, sino a un cuerpo colegiado que actúa junto a él con la consecuencia de que el Gobierno está subordinado a la ley; y la *representatividad*, en el cual el poder de legislar ya no pertenece a una pequeña oligarquía, sino a toda la nación a través de la técnica de la representación política<sup>170</sup>.

La competencia extraordinaria del Ejecutivo, en la labor normativa, actualmente, está sobredimensionada. Ello porque, a través de la legitimación democrática la mayoría parlamentaria coincide con el interés político del gobierno. Dada la posibilidad de introducir normas en el ordenamiento jurídico con fuerza de ley sin que sean debatidas en sede parlamentaria la acción gubernamental puede dar respuesta inmediata a requerimientos propios de todo Estado Social.

El Poder Legislativo en la democracia no atiende de forma plena todas y cada una de las demandas sociales que exigen soluciones a

---

producción normativa por vía reglamentaria. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. op. cit. pág. 165

<sup>170</sup> El Positivismo Jurídico. Debate. 1993. pág. 55.

nivel general, ya que tiene en la oposición el obstáculo político para una producción normativa homogénea. Razón ésta por la que se traslada la competencia legislativa originaria del Parlamento al Poder Ejecutivo, el cual cuenta con una mayoría parlamentaria que podrá convalidar sus actos normativos<sup>171</sup>.

La constitucionalización de los derechos fundamentales tiene un significado histórico. Su reconocimiento no es sólo jurídico sino que también es condición de su existencia. A su vez es obligación del Estado promover las condiciones económicas y sociales para que se realicen.

Los órganos y poderes del Estado deben estar legitimados democráticamente teniendo a la sociedad como base para la producción normativa. Para el cumplimiento de los valores insertos en el Estado Constitucional tiene como instrumento normativo a la ley y como mecanismo de organización de los poderes públicos el principio de separación de poderes, de la conjunción de ambos se deduce la existencia de un órgano al que se le atribuye la competencia para dictar normas de carácter legal. Este órgano expresa, a su vez el pluralismo social, al estar conformado mediante la participación ciudadana en elecciones periódicamente celebradas.

Desde este punto de vista la ley representa la expresión de la voluntad social en el marco de una Constitución normativa a la que la actividad legislativa también queda supeditada. La Constitución como

---

<sup>171</sup> Debe ser el propio legislador el que establezca por sí mismo el régimen de la materia reservada a la ley. De ese modo, la Constitución asegura a través de la reserva de ley la efectividad del principio de división de poderes impidiendo que la conexión entre Ejecutivo y mayoría parlamentaria desnaturalice ese principio privando al Parlamento de sus competencias constitucionales. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. op. cit. pág. 166



norma suprema da unidad y es el referente de coherencia del resto del ordenamiento jurídico. Por tanto, la producción normativa infraconstitucional sólo puede tener un contenido conforme a lo establecido por ella, actuando la misma como parámetro de validez del resto de la producción normativa estatal.

En las primeras manifestaciones del Estado de Derecho, la norma suprema era la ley y era a través suya que quedaban garantizados los derechos individuales. No existía así, la idea de un Estado amparado en una Constitución que reconociese Derechos fundamentales. La norma legal reconocía sus propios límites en el ejercicio del poder legislativo y se estimaban así garantizados los derechos<sup>172</sup>.

Actualmente, la ley desde un punto de vista positivo desarrolla el programa del Gobierno en el ámbito normativo, incluyendo los derechos. Tanto la actividad del poder público como la del Legislativo facilitan el desarrollo de los derechos reconocidos en las constituciones.

El reconocimiento del sufragio universal va a conferir al Parlamento la competencia para la producción normativa. Pero, debido a las contradicciones existentes entre los partidos políticos y la comunidad, la reserva de ley, va a asegurar la participación en una fracción del poder.

Situación que se concluye diciendo que esta participación es más segura en los sistemas parlamentarios, donde el *modus operandi* del Ejecutivo o de las sedes administrativas van a trabar la participación democrática.

El proceso de elaboración normativa es la expresión de la eficacia representativa de la mayoría legítima, que tiene a la norma legal como garantía<sup>173</sup> en un proceso abierto, legal y público. Distinto de lo que ocurre en las sedes cerradas, en las que a través de la elaboración reglamentaria se da oportunidad a la discusión de intereses menores<sup>174</sup>.

La inviolabilidad de las leyes y su sometimiento al control jurisdiccional para la alegación de la inconstitucionalidad de sus preceptos o normas, es una garantía de los derechos fundamentales, descubierta en el siglo XX. En palabras de *FERRAJOLI*, "...el viejo dogma de la omnipotencia del legislador, absolutista de origen aunque luego transformado en sentido democrático, siendo completado el diseño del Estado de Derecho exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluyendo el legislativo, a normas no sólo formales, como las que vierten sobre los procedimientos para la formación de las leyes, sino también sustanciales, como son precisamente los principios y derechos fundamentales..."

La crisis que asola el Estado de Derecho, el Estado social y el Estado nacional exige una reflexión sobre las sedes del constitucionalismo. Todos los poderes en defensa de los derechos fundamentales necesitan de unas garantías rígidas<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. II. op. cit. pág. 163-166

<sup>173</sup> op. cit.p.57 "*Haberle* hace sugerencia de apertura de los procesos de formación de opinión pública, para que la minoría pueda convertirse en mayoría en una democracia abierta"

<sup>174</sup> PEÑA FREIRE, A. Manuel. op. cit. pág. 195

<sup>175</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit. pág. 113

## V. La Reserva de Ley en la Constitución de Brasil.

En el modelo brasileño, la reserva de ley tiene una estrecha relación con el principio de separación de poderes del Estado, recogido en el texto constitucional en el *art. 2º*, en los siguientes términos: *son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el legislativo, el ejecutivo y el judicial*. Otras disposiciones constitucionales configuran la reserva de ley, aun cuando la Constitución brasileña no hace una mención expresa de la misma. No obstante, el tenor del artículo 68 §1º de la Constitución no deja lugar a dudas sobre la existencia de la reserva de ley en este sistema constitucional, cuando determina que,

*“No serán objeto de delegación, los actos de competencia exclusivos del Congreso Nacional, los de competencia privativa de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal, la materia reservada a la ley complementaria, ni la legislación sobre: I – organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros; II – nacionalidad, ciudadanía, derechos individuales, políticos y electorales; III – planos plurianuales, directrices presupuestarias y presupuestos”.*

La delegación al Gobierno tendrá la forma de resolución emanada del Congreso Nacional, que especificará el contenido y los términos de su ejercicio. (§2º, artículo 68 CF)

La forma federativa de Gobierno, al inicio de la República en 1889, fue una propuesta que tuvo su origen en el Gobierno central, con el fin de reunir a las demás unidades federativas para la formación de un Estado Federal (distinto de lo ocurrido en los Estados Unidos, ya que en este país la federación se formó bajo la voluntad de cada Estado miembro) lo que ha provocado que el grado de autonomía política de los Estados miembros sea escaso y el poder federal central mantenga una cierta tendencia centralizadora.

El federalismo tiene como objetivo la distribución vertical del poder político y la garantía de los derechos y libertades en todos los ámbitos territoriales de ejercicio de dicho poder político.

El federalismo brasileño, durante más de un siglo, tuvo como soporte a las elites sociales, con la aceptación de poderes intermedios, lo que constiuyó una contradicción con el propio sistema, donde el ideal de supresión de poderes intermedios es empleado para garantizar las libertades ciudadanas y sus derechos<sup>176</sup>.

Así, la reserva de ley en el modelo brasileño tiene el sentido de reservar la competencia de elaborar determinados tipos normativos, ya sea tanto para el Poder Legislativo como para el Ejecutivo en el contexto de una organización territorial federal pero con un fuerte componente centralista.

En la Constitución de 1969, se recogía expresamente el principio de no delegación de las funciones típicas del Legislativo al Ejecutivo.

Ya, en la actual Constitución de 1988, la delegación es la regla, salvo las excepciones prescritas<sup>177</sup>.

El hecho de que la anterior Constitución determinaba expresamente la prohibición de la delegación legislativa al Ejecutivo y que en la actual Constitución no conste la referida cláusula, ha llevado a los juristas brasileños a buscar cual pudiera ser la razón que justifique el reconocimiento en el actual texto constitucional de la potestad legislativa delegada del ejecutivo. El interés se explica mejor si se tiene en cuenta que de que la Constitución brasileña reguló las *Medidas Provisórias*, concediendo un amplio margen al Poder Ejecutivo. Por esta razón, casi desde la promulgación de la Constitución actualmente vigente, se pusieron en marcha numerosas iniciativas parlamentarias, en forma de enmiendas constitucionales, con el objeto de reformar el tenor del artículo 62 de dicha Constitución, y todas ellas con el objetivo de ampliar los límites de la potestad legislativa de urgencia atribuida al Presidente de la República y para aproximar los límites materiales de dicha potestad a los previstos para el ejercicio de la potestad legislativa delegada<sup>178</sup>.

Por lo que se refiere al control de constitucionalidad de las normas legales, la Constitución brasileña atribuye tal competencia a

---

<sup>176</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. op. cit. pág. 77-92

<sup>177</sup> TERMER, Michel. op. cit. pág. 123

<sup>178</sup> Entre la teoría y la crítica, es necesario dejar claro que en la sociedad de masas no ha como mantener la distinción entre legislación y administración. El Gobierno comprende acciones legislativas y administrativas. La legislación y la ejecución de leyes "no son funciones separadas o separables, sino diferentes técnicas del *political leadership*". El liderazgo político, la actividad del Gobierno conforma la voluntad popular, imponiendo su política por medio de la aprobación parlamentaria de las leyes o de su ejecución. No hay evidente separación de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, una vez que el Gobierno lidera políticamente los dos poderes. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. op. cit. pág. 33/34. La Constitución española delimita el ámbito de actuación de la ley ordinaria, de la ley orgánica, también se excluye determinadas materias del ámbito del decreto-ley y del decreto legislativo, siendo reforzado la

los Tribunales de los Estados federados y del Tribunal Supremo Federal<sup>179</sup>. Este control de constitucionalidad va a tener mayor peso en el control concreto de las normas, que se realiza a través del Poder Judicial, mientras que, el control abstracto a cargo del Poder Legislativo y de la Corte Suprema Constitucional sólo podrá activarse por los sujetos legitimados y que vienen señalados en el artículo 103 de la Constitución brasileña. Este desequilibrio va a ocasionar que el previo control legislativo de grado democrático sea preterido. Así a instancia de parte, va a ser el control concreto, ante los Jueces, el que garantice los Derechos constitucionalmente vulnerados<sup>180</sup> de forma más eficaz.

---

reserva para los derechos fundamentales en el art. 53.1 de la Constitución española que sólo por ley podrá regularse su ejercicio. OTTO, Ignacio de. op. cit. pág. 156

<sup>179</sup> La Constitución brasileña establece el control de constitucionalidad de normas en el artículo 102, el siguiente: Compete al Supremo Tribunal Federal, precipuamente, la guarda de la Constitución, cabiéndole: I – procesar y juzgar, originariamente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal; III – juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recorrida: a) contrariar dispositivo de esta Constitución; b) declarar la inconstitucionalidad de tratado o ley federal; juzgar válida ley o acto de gobierno local contestado ante la Constitución. §2º. Las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones declaratorias de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y al Poder Ejecutivo. En el artículo 103, la constitución designa las personas habilitadas a proponer la acción de inconstitucionalidad: I – el Presidente de la República; II – la Mesa del Senado Federal; III – la Mesa de la Cámara de los Diputados; IV – la Mesa de la Asamblea Legislativa (del Estado federado); V – el Gobernador de Estado; VI – el Procurador-General de la República; VII – El Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; VIII – el partido político con representación en el Congreso Nacional; IX – y la Confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

<sup>180</sup> La Constitución brasileña, establece garantías genéricas para los derechos. La reserva de ley es una garantía para los derechos fundamentales. A través de la ley complementaria, se puede desarrollar o regular tales derechos, se prohibiendo, dar otra definición que no sea la que consta del texto que la Constitución establece en el artículo 5º y 6º, bien como en otros dispositivos. El § único artículo 68 CF, establece que: “No serán objeto de delegación los actos de competencia exclusiva del Congreso Nacional, los de competencia privativa de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal, la materia reservada a la ley complementaria, ni la legislación sobre: I - (...) II - nacionalidad, ciudadanía, derechos individuales, políticos y electorales.” La Constitución brasileña garantiza el restablecimiento de los derechos fundamentales violados a través del Poder Judicial. Tal garantía es orgánica por la propia existencia del dicho poder. Los derechos y garantías constantes del artículo. 5º y 6º de la Constitución brasileña, siendo vulnerados, el ciudadano tiene el derecho a la reparación. Así, el artículo 5º XXXV CF, determina que: “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial, lesión o amenaza a derecho” Al mismo tiempo que se garantiza el

El principio de separación de poderes se consolida, teniendo como fundamento el principio de reserva de ley. Desde el punto de vista de la democracia, no existe razón para que los actos normativos de los Poderes del Estado tengan en el Poder Judicial el único órgano de control de constitucionalidad de las normas. Esto va a generar una contradicción con el principio de reserva de ley, que tiene como objetivo interpretar la Constitución, al hacer que las normas se cumplan como ella determina. La interpretación de la Constitución de forma normativa va a exigir que los poderes del Estado observen la

---

*principio del juez natural, predeterminado por la ley, se prohíben los tribunales de excepción, o el uso arbitrario de la propia razón, señala que hay un poder jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de los derechos violados. El artículo 37 de la Constitución brasileña es otro típico de garantía genérica de los derechos al determinar que: “La administración pública directa e indirecta de cualquier de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia...”* Tales principios adscriptos en el citado artículo, obedecen a principios superiores al ordenamiento jurídico como el principio democrático, el Estado de Derecho y principio de constitucionalidad. El citado artículo 37 de la Constitución brasileña vincula la administración pública a la ley, bien como todos los poderes de la Unión, de los Estados miembros, del Distrito Federal y de los Municipios Otra garantía genérica no citada por juristas brasileños es la constante del Título III (organización del Estado) Capítulo VI (de la Intervención). Es la intervención federal en los Estados miembros y en el Distrito Federal que el artículo 34 CF, regula por la siguiente disposición normativa: Artículo 34 CF. La Unión no intervendrá en los Estados ni en el Distrito Federal, excepto para: *IV – garantizar el libre ejercicio de cualquier de los Poderes en las unidades de la Federación; Indirectamente, garantiza al ciudadano el ejercicio de sus derechos. En el mismo artículo, el n.º VII se establece: Artículo 34 CF (...) VII – “asegurar la observancia de los siguientes principios constitucionales: la forma republicana, sistema representativo y régimen democrático, derechos de la persona humana”.* Sobre todo, los derechos de la persona humana, que debe estar garantizado en todos los niveles del sistema federativo, conforme determina el Pacto de San José de Costa Rica, al tratarse de los Estados que adoptan la forma federativa. Además de las garantías citadas, el artículo 5º § 1º. y 2º. CF establece que: §1º. “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata” § 2º. “los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.” La aplicación de las normas definidoras de los derechos fundamentales, debe ser inmediata para todos los poderes públicos. Eso quiere decir que no hay necesidad del desarrollo normativo por el legislador ordinario. La aplicación se refiere también el hecho de necesidad de reglamentación legislativa. El hecho de legislar significa dar aplicación, por fuerza de tratados o convenios en que Brasil es signatario. Ahora bien, la legislación no puede alterar la definición o el contenido esencial de los derechos. Todavía, la Constitución brasileña no lo garantiza por norma constitucional específica, como contempla la Constitución española, que se muestra garantizadora no sólo en los aspectos formales, sino en los materiales. La Constitución brasileña, al garantizar detalladamente los derechos fundamentales, olvida de la protección o no siendo clara, sobre todo, cuanto a la reserva de ley. Ni mismo con la alteración del artículo. 62 CF por la EC n.º 32/2001, se garantizó a los

misma, y en caso de existir en la producción jurídica normas contrarias a la Constitución el control debe ser inmediato, antes de afectar a los derechos de los ciudadanos.

La garantía de los derechos, es fundamental para la dignidad humana. Sólo a través del Poder Judicial se ejercitarán los mecanismos de control. Lo que se controla es que no se vulnere el contenido esencial de los derechos. El Poder Judicial - en cumplimiento del principio de separación de poderes y del principio de unidad de jurisdicción -, va a poder restaurar las lesiones ocasionadas a los distintos derechos. El Poder Judicial va a controlar la actuación de los demás poderes del Estado para que no se lesionen los derechos de los ciudadanos. Esta competencia de control se encuentra ubicada en el nivel jurisdiccional. Lo que no se debe hacer es confundir el control de constitucionalidad, a cargo de los jueces y tribunales, y el control de legalidad, al cual también están sometidos tanto jueces como tribunales.

No es sólo importante que los derechos fundamentales estén declarados en la Constitución sino que también es necesario que estén garantizados en la misma. Los órganos públicos del Estado, según el principio de igualdad ante la ley, le van a dar un valor constitutivo a la Constitución, de esta manera no puede ser considerada meramente declarativa.

La ausencia de la puesta en práctica de los mecanismos para garantizar los derechos fundamentales puede generar violencia en el seno de la sociedad. Nos referimos, sobre todo, a la seguridad pública

---

derechos y libertades. No obstante, el artículo. 68 CF, impide la delegación legislativa de legislación sobre derechos individuales al Ejecutivo.



de los ciudadanos, que es un deber del Estado, el cual debe velar por la integridad y seguridad de los ciudadanos. Esta falta de garantías afecta a las libertades y revela que la democracia aún no está presente en las instituciones públicas con todo su vigor.

No obstante este planteamiento formalmente constitucionalizado, la realidad política brasileña nos proporciona un dato que, en cierta medida, altera aquel esquema: Así, la inactividad del Poder Legislativo provocada en gran medida por el excesivo uso de la potestad legislativa de urgencia y la amplitud con que la misma está prevista en la Constitución han hecho que el Poder Judicial actúe sin una base normativa, a veces de forma arbitraria, y de otra parte le ha restado capacidad de control sobre el ejecutivo toda vez que este concretaba su acción gubernamental por la vía de la *Medida Provisória* y no de los reglamentos, sometidos al control jurisdiccional ordinario.

La falta de experiencia en la práctica democrática ha llevado al Poder Ejecutivo, en Brasil, a concentrar en su órbita buena parte del poder estatal, en detrimento del Legislativo y del judicial. A lo que hay que unir aquella tendencia centralizadora del federalismo brasileño que también opera en contra de la capacidad de los órganos políticos de los Estados federados.

Y, como hemos adelantado, todo este proceso de concentración de poder en mano del Ejecutivo se ha constatado utilizando como instrumento normativo a la *Medida Provisória*, que permite al Poder Ejecutivo producir normas sin un debate parlamentario que asegure la participación de las minorías en el proceso de producción normativa.

## VI. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales como Límite a la Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo

La Constitución brasileña de 1988, que reinstauró el sistema democrático, recoge en su título segundo un amplio catálogo de derechos fundamentales y desde este momento se ha asumido la teoría constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales, tanto en el nivel doctrinal como en el jurisprudencial<sup>181</sup>.

Sin embargo, tal asunción y la protección jurisdiccional de los derechos no han ido acompañadas de un desarrollo legislativo acorde,

---

<sup>181</sup> La garantía del contenido esencial procede del constitucionalismo alemán, donde se incorporó el artículo 19.2 GG, teniendo su precedente doctrinal en el período de entreguerras. Durante la vigencia de la Constitución de Weimar, las habilitaciones al legislador por medio de reserva de ley, lo convierten en dueño absoluto de la institución o el derecho que debía desarrollar. De tal manera que el legislador podía disponer libremente de la institución o el derecho, con consecuencias claramente contrarias a la Constitución, bien porque no desarrollara el precepto constitucional, bien porque lo hiciera de manera disconforme con los principios constitucionales. Como medio de vincular al legislador a esos principios constitucionales surge la teoría de la garantía institucional de Carl Schmitt, considerada generalmente el precedente de la garantía del contenido esencial. Esta doctrina no era aplicable a los derechos fundamentales como tales, sino a determinadas instituciones que debían considerarse más allá de la voluntad de configuración del legislador en el sentido de que éste no podía llegar a suprimirlas. En el mismo sentido, pero por referencias ya a los derechos fundamentales, las tesis, menos conocidas de Hensel, se pueden considerar el inmediato precedente de la garantía del contenido esencial, por más que no utilice expresamente esa fórmula. En efecto, este autor critica los planteamientos de R. Thoma, para quien a través de las reservas de ley establecidas en la Constitución de Weimar muchas normas referentes a derechos fundamentales pasaron de tener fuerza constitucional a tener mera fuerza legal, vaciándose, a veces de contenido. Para Hensel, por el contrario, la reserva de ley debía de ponerse en conexión con los valores esenciales inherentes a la Constitución. En ese sentido, cuando el legislador hace uso de la reserva de ley tiene que respetar necesariamente los principios referentes a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sin que esos valores puedan quedar afectados. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. II. op. cit. Pág. 273-274; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Análisis del Contenido Esencial de los Derechos fundamentales. Comares. Granada. España. 1996. pág. 169

lo que ha provocado que la efectiva garantía de los mismos se venga realizando sin la necesaria cobertura legislativa.

Obviamente, la recepción de los derechos fundamentales en la Constitución brasileña se ha realizado desde la comprensión que los mismos tienen en el seno de un Estado Social y Democrático de Derecho que, entre otras cosas, hace de los mismos no solo derechos públicos subjetivos sino también, y por tanto límite de los poderes públicos, sino también una referencia que marca la actuación de dichos poderes y se activa intervención para promover el cumplimiento de las condiciones básicas de su ejercicio. Por ello, el artículo 3º de la Constitución brasileña declara como objetivos fundamentales la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria; la garantía del desarrollo nacional; la erradicación de la pobreza y la marginación y , la reducción de las desigualdades sociales y regionales.

A través de estos objetivos considerados como fundamentales, la Constitución brasileña recoge, efectivamente, el principio del Estado social. Lo dicho se confirma con lo establecido en el artículo 5º, cuando declara que todos los brasileños y extranjeros son iguales ante la ley. También dicho artículo declara que el Estado brasileño va a dotar de garantías a los sujetos antes mencionados contra la inviolabilidad de la vida, de la libertad, de la igualdad, de la seguridad, y de la propiedad.

Dados los objetivos y fundamentos recogidos en la Constitución brasileña, va a ser necesario llevar a cabo una interpretación de los derechos fundamentales acorde con dichos principios y haga de los mismos una concreción de aquellos principios y, evidentemente, constituirán un referente interpretativo a la hora de fijar cual es el

contenido esencial de cada uno de los derechos constitucionalmente protegidos<sup>182</sup>; dotando, además de una proyección colectiva al ejercicio de los derechos que trasciende su titularidad individual al ser un instrumento más de la realización de valores constitucionales destinados trascender los intereses individuales a favor de la colectividad.<sup>183</sup>

En este contexto, el contenido mínimo de los derechos deberá ser asumido como un límite para el propio legislador a la hora de llevar a cabo una concreción normativa de dichos derechos<sup>184</sup>.

Lo cual es de especial importancia máxime cuando la Constitución realiza una reserva de ley parlamentaria para el desarrollo normativo de los derechos. remite a la ley, definida como el instrumento de regulación<sup>185</sup>. En concreto, la competencia del

---

<sup>182</sup> Para Häberle, determinar constitucionalmente la obligación del legislador (lo que es lo mismo, de la mayoría) de respetar un contenido mínimo en la regulación del ejercicio de los derechos es determinar también la obligación del legislador de respetar el pluralismo, de someterse a reglas en su acción política. Para ello, la normatividad de la Constitución y la garantía del contenido esencial aparecen así estrechamente conectadas, por cuanto la garantía del contenido esencial sólo es posible si se parte del sometimiento del legislador a las normas constitucionales, que actúan como límite de su capacidad de decisión política. Pero, al mismo tiempo, la garantía del contenido esencial no es sólo un resultado de la normatividad de la Constitución, sino también del sustrato social y político sobre el que la misma se asienta: una sociedad pluralista en la que el respeto a las minorías cuenta con esta garantía último que permite asegurar la vigencia incondicionada de los derechos fundamentales, cuando menos en el núcleo de facultades que permite definirlos como tales. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. II. op. cit. pág. 274

<sup>183</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Estudios Sobre Derechos Fundamentales. Debate. 1990. ág. 83-84

<sup>184</sup> Es esencial que se conceda al legislador no sólo la competencia para la limitación y conformación de los derechos fundamentales, sino también el reconocimiento de que está dotado de una función par esas actividades. Se trata de una función jurídico-constitucional a través de la cual la legislación y la Constitución se hacen encajar una con otra en una relación en el ámbito de los derechos fundamentales, de una función a través de la cual la Constitución pueda ser no Constitución y legislación sino legislación. HÄBERLE, Peter. La Garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Traducción: BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Dykinson. Madrid. España. 2003. pág. 168-169

<sup>185</sup> La garantía del contenido esencial y la reserva de ley operan conjuntamente como límite al legislador. La reserva de ley, por un lado, obliga al legislador a que sea él mismo el que regule el derecho, sin posibilidad de remitir esa regulación (en cuanto al régimen general del derecho se refiere) a la potestad reglamentaria. La garantía del contenido esencial, por su parte obliga al legislador a respetar un mínimo en la regulación de cada derecho. Mínimo que puede estar ya definido en la propia Constitución o que puede, por el contrario, encontrarse de manera implícita en la misma. Es en todo caso, una garantía que opera frente al legislador (J. Jiménez Campo). Esto

Parlamento para el desarrollo de los derechos debe realizarse a través de la *ley complementar*, prevista en el artículo 59 de la Constitución brasileña, junto al resto de tipos normativos que conforman el sistema de fuentes brasileño<sup>186</sup>.

Pero, la aplicación de este principio depende de una mayor autonomía de los Estados federados respecto de sus competencias, que aún radican de forma centralizada en el Gobierno central. La descentralización, en principio, podrá abrir un espacio de mayor protección a los derechos fundamentales desde el punto de vista federal. Esto tendrá como consecuencia la transferencia de competencias del Gobierno central a los Gobiernos de los Estados federados.

El funcionamiento adecuado del federalismo dará un amplio margen en nivel nacional para la protección de los derechos fundamentales y además, hará efectiva la normatividad de la Constitución.

Así es complejo el juego de la eficacia normativa cuando existe una distancia entre el poder y la sociedad, de acuerdo con la

---

no quiere decir que otros poderes públicos no estén obligados a promover la realización de la garantía frente al legislador: los jueces y tribunales, por ejemplo, aplicarán el derecho constitucional, en su contenido esencial, ante la ausencia de regulación legislativa (STC 15/1982, de 23 de abril). Lo que no puede hacer estos poderes públicos es alterar el sistema de fuentes y actuar contra la ley por sí mismos. Si no existe ley, deberán evitar el perjuicio al derecho aplicándolo en su contenido esencial. Si existe ley y tienen dudas sobre su constitucionalidad, deberán acudir al Tribunal Constitucional (salvo que se trate de una ley anterior a la Constitución). BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. II. op. cit. pág. 272-273

<sup>186</sup> La protección de esa reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales por el Poder Legislativo en Brasil, se infiere del artículo 68 de la Constitución, al prohibir la delegación legislativa al Poder Ejecutivo. Por ello, las materias reservadas a la ley complementar, los derechos de ciudadanía e individuales, no serán objetos de delegación. Y como refuerzo de ésta prohibición, la Enmienda Constitucional n.º 32/2001 de 11 de septiembre, reprodujo el artículo 68, con la excepción de la reserva de ley respecto a los derechos individuales. Creo que es un fallo de redacción de dicha enmienda, al excluir los derechos individuales del radio de protección por la reserva de ley parlamentaria. De modo que será preciso que la interpretación sea a través del artículo 68 que trata de la delegación legislativa que es más amplio.

consideración y en la línea teórica de Habermas. Este espacio vacío impide la realización de los derechos fundamentales por la ausencia de una comunicación entre sociedad y derecho.

Por ello, se van a generar subclases de derechos orientados y vinculados a las relaciones sociales e institucionales más cercanas y con una considerable apelación a los Derechos Humanos. Esta situación tiene como responsables a las elites que intermedian en la relación entre Estado y grupos sociales, y que van a camuflar los derechos individuales. Por tanto, los intereses de la clase dominante en la sociedad son los que predominan en detrimento de los intereses suscitados para el fomento de los principios del Estado social y de Derecho.

El acto de configurar el contenido esencial de los derechos fundamentales implica el respeto al Estado de Derecho y a la Constitución. No basta sólo la declaración de Derechos en la Constitución, pues es importante la configuración del contenido esencial de cada derecho. De esta forma, una vez fijado el contenido esencial de cada derecho, los poderes del Estado y de la Administración Pública van a actuar en los límites establecidos por el legislador democrático<sup>187</sup>.

Las restricciones a la potestad legislativa pueden ser concebidas como constitucionales. Tales restricciones a la potestad legislativa son parte de la regla que confiere autoridad para legislar y tienen vital

---

<sup>187</sup> Las garantías de los derechos fundamentales tienen, por ello, un doble contenido. De un lado, implican la prohibición de lesionar el derecho fundamental – en cuanto que son límites para el legislador - ; por otro lado, contienen el mandato dirigido al legislador de conformar cada derecho fundamental en particular – en tanto son el objeto de la legislación, contienen un encargo jurídico-constitucional para el legislador. HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales. op. cit. pág. 169

interés para los tribunales, ya que éstos utilizan tal regla como criterio para decidir acerca de la validez de los actos pretendidamente legislativos que llegan a su conocimiento.

Estas restricciones son necesarias para la creación de un derecho válido. Esta limitación no significa la desobediencia ni tampoco se estará transgrediendo reglas de ningún legislador superior, tampoco se está violando un deber jurídico.

Las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no se pueden considerar como imposiciones al legislador, ni tampoco implica la obediencia a algún legislador superior, sino que su habilitación está en las competencias y en las reglas preestablecidas que lo facultan para legislar<sup>188</sup>.

La existencia de un sistema jurídico independiente no significa que el legislador supremo sea jurídicamente ilimitado o que no obedezca a ninguna otra persona. De esta manera las reglas que habilitan al legislador no deben conferir autoridad superior a quienes tienen también autoridad sobre otro territorio.

Así, el hecho de que el legislador no esté sometido a otra autoridad extranjera no va a significar que tenga poderes ilimitados dentro de su territorio<sup>189</sup>.

La fuerza normativa de la Constitución va a depender de los intérpretes constitucionales, y en especial del legislador que debe desarrollarla. Las jurisdicciones ordinaria y Constitucional son las garantías contra la vulneración de los derechos. Para ello, es

---

<sup>188</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Capacidad Creativa y Límites del Legislador en Relación con los Derechos Fundamentales. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos. CEDECS. Coordinador: APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. Barcelona. España. 2001. Pág. 96

<sup>189</sup> HART, H. L. A. El Concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1961. pág. 82-88

fundamental una visión abierta de la Constitución, para que la misma sea aplicada con un margen amplio de interpretación, independientemente de que la interpretación esté sujeta a los límites por la hermenéutica constitucional.

Pese a la dificultad interpretativa hay que tener en consideración los preceptos que consagran los derechos fundamentales, los cuales, cuentan con ideas que sirven como hilo conductor para la interpretación. La posición preferente que tienen los derechos fundamentales en el orden constitucional, la tendencia expansiva y la dimensión institucional que poseen dentro del ordenamiento constitucional, requiere una interpretación amplia para que la aplicación por los órganos jurisdiccionales y constitucionales mantengan la normatividad de la Constitución<sup>190</sup>.

El modelo de Estado interfiere en el poder normativo que despliega la Constitución sobre los derechos fundamentales<sup>191</sup>. En las democracias es necesaria la interpretación abierta de la Constitución y su publicidad dentro de los planteamientos que hace *HÄBERLE* y

---

<sup>190</sup>PÉREZ TREMP, Pablo. La Interpretación de los Derechos Fundamentales. En: Estudios de Derecho Constitucional. Coordinador: LÓPEZ LUIS, Guerra. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2001. Pág. 121

<sup>191</sup> El aumento de las tareas del Estado a consecuencia de la transformación del Estado Liberal en el moderno Estado social, es visto como una garantía jurídica de seguridad material pero también simultáneamente como una amenaza para la libertad individual. A ello se une el hecho de que la libertad humana no solamente está en peligro a manos del Estado, sino también por parte de poderes no estatales – la libertad sólo se puede garantizar como un todo – que en la actualidad pueden ser incluso más amenazadores que el Estado y los riesgos que éste encierra. En las actuales circunstancias históricas, la libertad del individuo no consiste sólo en estar libre de ataques desde el Estado, hay algo más: un proyecto de vida libre y autónomo depende de unas condiciones de las cuales el individuo no puede disponer en modo alguno en la mayoría de los supuestos, o a lo sumo puede disponer sólo parcialmente. Crear y mantener esas condiciones es en amplia medida quehacer del Estado, que se ha convertido así en el Estado que planifica, guía y modela, el Estado de la <<procura existencial>> y de la seguridad y justicia social. El doble carácter de los Derechos Fundamentales, conlleva a una interpretación desde el punto de vista subjetivo-individual y desde el punto de vista objetivo-institucional. Des esta forma, el Estado no sólo está obligado en un sentido negativo, a omitir, a abstenerse de intervenir en los ámbitos



*HÄBERMAS*. La voluntad constitucional, la conciencia de la norma fundamental y la necesidad básica para la garantía de las libertades ciudadanas y de sus derechos civiles están dentro de la óptica de *LUCAS VERDÚ* y *KELSEN*.

Los derechos fundamentales son los parámetros y el soporte material básico imprescindible a la hora de realizar una esmerada interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico. El contenido sustancial de la Constitución lo configura los derechos fundamentales y es imprescindible decir que el ordenamiento jurídico debe interpretarse en el marco trazado por la Constitución. Esto conlleva que la interpretación en el ordenamiento jurídico, en buena medida, se debe llevar a cabo teniendo como base los derechos fundamentales<sup>192</sup>.

El sometimiento de los poderes públicos y de la administración al Derecho es la garantía para la existencia del ordenamiento jurídico. También la fuerza normativa de la Constitución actuará para que el sometimiento de los poderes públicos al Derecho se establezca a partir del principio del Estado de Derecho y de la democracia. Dicho sometimiento va a ser medio de defensa, pues los derechos fundamentales constituyen en un plano jurídico objetivo, las normas de competencia negativa para los poderes públicos, prohibiendo fundamentalmente las injerencias en la esfera jurídica individual.<sup>193</sup>

Pero la tarea de concretar los límites corresponde al legislador de los derechos fundamentales, teniendo en consideración que es una

---

protegidos, sino que de los Derechos Fundamentales emanan auténticas obligaciones estatales objetivas de protección y garantías. VILLACORTA MANCEBO, Luis. op. cit. pág. 113-116

<sup>192</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo. op. cit. pág. 122

<sup>193</sup> GOMES CANOTILLO, J. J. Direito Constitucional. op. cit. pág. 541

tarea típica de regulación. El legislador no es libre para tal actuación, ya que la Constitución traza los límites que lo habilita. No pudiendo invadir, lo que se denomina en algunos ordenamientos jurídicos como el español, el contenido esencial del derecho<sup>194</sup>(*artículo 53 CE*).

Por tanto, el contenido esencial del derecho va a depender de la reserva de ley que la Constitución determina<sup>195</sup>.

La Constitución brasileña garantiza en el artículo 5º, XXII el derecho a la propiedad y en su apartado XXIII la limita para que la misma tenga una finalidad social<sup>196</sup>. La función social es un interés que no puede coincidir con el derecho del propietario y que en todo caso, es extraño al mismo. Por ello, se va a constituir un principio ordenador de la propiedad privada y fundamento de la atribución de este derecho, de su reconocimiento y de su garantía, incidiendo sobre su propio contenido<sup>197</sup>. La limitación en la propiedad sigue en el apartado XXIV del artículo 5º, al establecer la reserva de ley para el

---

<sup>194</sup> PÉREZ TREMPES. Pablo. op. cit. pág. 125-126

<sup>195</sup> La reserva de ley es entendida de modo que son tenidos en cuenta los intereses públicos y sirve para la realización de las exigencias del Estado y las necesidades estatales. HÄBERLE, Peter. La garantía del Contenido esencial de los Derechos Fundamentales. op. cit. pág. 134

<sup>196</sup> Sobre el derecho fundamental de resistencia del *Movimento dos Sem-Terra*, "...la mayoría de los jueces, continúa a juzgar rutinariamente, como se no existiesen principios constitucionales a ser obedecidos, o como si las Declaraciones de los Derechos Humanos fuesen documentos fríos, "letra muerta". La aplicación ciega de los dispositivos del Código Civil brasileño sobre las Acciones Posesorias, sin que se perciba que los varios contenidos en él, ya están revocados desde la Constitución Federal de 1934, en la cual, se consagró por primera vez en nuestro Derecho el deber del uso de la propiedad en función de las necesidades sociales. Es flagrantemente abusivo que un juez conceda reintegraciones por resoluciones judiciales que establezca la posesión a propietarios de tierras, sin que los mismos comprueben aunque que sumariamente el cumplimiento de este deber fundamental que es la función social de la propiedad. A su vez, la función social necesita de la ley positiva, que aún es la mejor forma de definir los criterios definidores de los conceptos, principalmente cuando se trata de un concepto como el de Función Social, por ser generador de conflictos de fuertes intereses, que históricamente han causado muertes y destrucción. (Comparato, 1993). La vida, por tanto, está sobre la propiedad. Definir cuando una propiedad cumple su función social o cuando no está cumpliendo es tarea ardua, pero, de extrema necesidad para realmente poderse vivir en una democracia". OLIVEIRA TAVARES, Geovani de. O Direito fundamental de resistencia do Movimento dos Sem-Terra. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Coordinador: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Librería do Advogado. Porto Alegre. Brasil. 1997. pág. 50-51;

<sup>197</sup> DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. op. cit. pág. 274

procedimiento de expropiación<sup>198</sup>. Asimismo, el apartado XXV determina la autoridad competente para hacer uso de la propiedad particular en los casos de inminente peligro público. En dicho apartado se abre la oportunidad para la intervención pública en la propiedad, sin previa ley que establezca la autoridad competente. ¿Quién es esa autoridad competente?

A falta de ley que especifique la autoridad competente, yo pienso que la propiedad en todos sus conceptos posibles, va a ser utilizada por la administración pública sin que exista una autoridad competente determinada para ello. De esta forma, estamos ante un vacío legal que debe ser complementado por la ley. En este caso, la *ley complementar* debería especificar al Gobierno como autoridad competente. Por ello, los Gobiernos de las esferas federal, estadual y municipal deberán ser las personas indicadas como competente para la intervención en la propiedad privada, con el fin de impedir los abusos a derechos por parte de los demás poderes públicos.

La *Medida Provisória*, a consideración de estos casos sería prescindible debido a la existencia de una previa ley reguladora de la autoridad competente para la intervención pública en la propiedad privada en los casos de peligro público.

El uso de la propiedad privada por la administración pública en caso de peligro público podrá justificar la creación de la *Medida*

---

<sup>198</sup> El nuevo Código Civil brasileño dispone en el artículo 1.228 §1º, que el derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales. Dicho artículo recoge los valores sociales de la propiedad y bien así, los valores de una sociedad igualitaria que están en la Constitución. El Estatuto de las Ciudades, ley n.º 10.257/2001, regula la expropiación en el artículo 4º V, a, como un instrumento más a la política de desarrollo urbano. La ley 4.132/1962, reglamenta la expropiación por interés social, autorizando al Poder Público a intervenir en la propiedad privada para preservar la función social de la propiedad. ALVES CANUTO, E. M<sup>ª</sup>. y FARIAS VLACH, V. R. A Desapropriação como forma de preservar a Função Social da

*Provisória* por el Poder Ejecutivo, lo cual actuará en caso de relevancia y urgencia, los cuales, según el artículo 62 que la Constitución recoge, son sus presupuestos habilitadores de deflagración y coincide con la previsión constitucional del uso de la propiedad privada en caso de peligro público.<sup>199</sup>

La ausencia de previsión legal determinante de la autoridad competente para la intervención en la propiedad privada en casos de peligro público, según recoge el artículo 5º XXV, ha llevado al Poder Ejecutivo a abusar de su derecho a la potestad legislativa a través de la *Medida Provisória*. Dicha potestad interviene en la propiedad privada sin que se cumplan al menos los presupuestos habilitadores de la *Medida Provisória*, aprovechándose de que el artículo 5º XXV aún está pendiente del desarrollo parlamentario por el cual se designará la autoridad competente para la intervención en la propiedad privada en caso de peligro público.

Todo ello, con la garantía de la ausencia del control de constitucionalidad normativo a cargo del Poder Legislativo y bien así, del poder que detenta el Ejecutivo para la reintroducción de la *Medida*

---

Propriedade e ordenar a ocupação do espaço urbano brasileiro. <http://www.igeo.uerj.br/VICBG-2004/Eixo1/e1%20268.htm>. Extraído de internet en 21/07/2005, pág. 1-6

<sup>199</sup> En el actual Estado Social las intervenciones legislativas que presentan carácter concreto y puntual, lejos de ser consideradas como manifestaciones aisladas y patológicas del *modus operandi* del legislador, aparecen como un fenómeno necesario y normal a disposición del mismo. En nuestro país, a diferencia de lo que sucede en Italia donde existe una consolidada doctrina al respecto, el tema de la ley singular no aparece tratado en profundidad ni por la doctrina ni por la jurisprudencia constitucional sino a partir de 1983, año en el que se produjo la expropiación por decreto-ley del grupo de empresas y bancos del holding RUMASA. (El RDL 2/83, de 23 de febrero, ante la excepcional situación de grave riesgo para el equilibrio del sistema financiero nacional producida por las actividades del grupo de empresas y bancos de RUMASA, procede a su expropiación. A este respecto, el decreto-ley contiene la declaración de utilidad pública e interés social de todos los bienes y acciones de dicho grupo (artículo 1), procediendo a declarar la adquisición del pleno dominio de los mismos por ministerio de la ley (artículo 2). Asimismo, introduce significativas modificaciones en el curso del procedimiento expropiatorio general, según aparece previsto en la Ley de Expropiación Forzosa. CARMONA CONTRERAS. A. M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 185-187. El tema de las leyes singulares es tratado por MONTILLA MARTOS, J. A. op. cit. 1994.

*Provisória* en el ordenamiento jurídico, cuando ésta esté caducada por el decurso de su plazo<sup>200</sup>.

El Estatuto de las Ciudades – ley 10.257/2001, regula los artículos 182 y 183 de la Constitución brasileña, estableciendo normas a los municipios brasileños sobre la política de desarrollo urbano. Esta reciente ley abarcará los espacios dejados por las normas sobre la propiedad y su función social<sup>201</sup> recogidos constitucionalmente.

El Estatuto de las Ciudades es una garantía más para los ciudadanos contra la intervención de los poderes públicos del Estado federado y del Gobierno central en el ámbito de la propiedad privada. Por ello, se va a definir el contenido esencial del Derecho fundamental a la propiedad desde el punto e vista social y urbano.<sup>202</sup>

Esta garantía está en el artículo 43 de dicho estatuto. Así, para garantizar la gestión democrática de la ciudad, deberán ser utilizados los órganos colegiados de política urbana, en los niveles nacional, estadual y municipal; los debates, audiencias y consultas públicas; las conferencias sobre asuntos de interés urbano, en todos los niveles de la administración pública, la iniciativa popular de proyecto de ley y de planos, programas y proyectos de desarrollo urbano.

---

<sup>200</sup> Artículo 62 párrafo 7º.: Se prorrogará una única vez por igual periodo la vigencia de *medida provisória* que en el plazo de sesenta días contado de su publicación, no tuviere encerrada su votación en las dos Casas del Congreso Nacional. Y el párrafo 10º. Determina que: Es vedada la redición en la misma sesión legislativa, de *medida provisória* rechazada o caducada por pérdida de su plazo

<sup>201</sup> Cuando se habla de una función social de los derechos fundamentales, ello significa simultáneamente un rechazo de un visión unilateral de los derechos individuales de libertad y, con mayor razón, de una concepción liberal e individualista de los derechos fundamentales. También para éstos tiene vigencia la concepción de Hauriou de que no hay ningún derecho detrás del cual no exista, a través del interés que lo satisface, una función social. HÄBERLE, Peter. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Op. Cit. pág. 11

<sup>202</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. op. cit. pág. 146

Los ciudadanos por el Estatuto de las Ciudades exigirán que la Unión Federal fomente a la reforma agraria<sup>203</sup>. El desarrollo urbano en el marco de dicho Estatuto reforzará el movimiento de los *Sem-Terra*, ya que el debate democrático en el ámbito municipal es el fundamento para la regulación de las ciudades. Así, el movimiento de los *Sem-Terra* tendrá un soporte social, jurídico y político para la continuidad de asentamiento de los campesinos. Esto va a depender en el futuro de la aplicación del Estatuto de las Ciudades.

Y por último, la Constitución reserva a la ley una garantía a la pequeña propiedad rural que no podrá ser objeto de arresto paga garantías de las deudas de los propietarios rurales.

Esta garantía en el nivel constitucional de la pequeña propiedad rural depende de ley parlamentaria que desarrolle el concepto de “pequeña propiedad rural”. En la actualidad, son los jueces y los tribunales de justicia que, ante la ausencia de una ley parlamentaria, los que establecen en cada caso concreto el concepto de la pequeña propiedad rural.

Pensamos, pues, que antes del litigio judicial<sup>204</sup> habrá un litigio real por la ausencia del desarrollo normativo de la Constitución,

---

<sup>203</sup> La Constitución brasileña, respecto a la política agrícola, latifundista y de su reforma, dispone en el artículo 184 que Compete a la Unión expropiar por interés social para fines de reforma agraria, el inmueble rural que no esté cumpliendo su función social, mediante previa y justa indemnización en títulos de la deuda agraria, con cláusula de preservación del valor real, rescatable en el plazo de hasta veinte años, a partir del segundo año de su emisión y cuya utilización será definida en ley. Párrafo 1º. Los beneficios útiles y necesarias serán indemnizadas en dinero. Párrafo segundo: El decreto que declarar el inmueble como de interés social, para fines de reforma agraria, autoriza la Unión a proponer la acción de expropiación. Párrafo tercero: Cabe a la ley complementar establecer procedimiento contradictorio especial de rito sumario para el proceso judicial de expropiación. La ley complementar n.º 76/1993, alterada por la ley complementar n.º 88/1996, dispone sobre el procedimiento contradictorio especial de rito sumario para el proceso de expropiación de inmueble rural, por interés social, para fines de reforma agraria.

<sup>204</sup> La expropiación de la propiedad rural está en el ámbito judicial, como un derecho de propiedad. Así el latifundio tiene su protección constitucional como un Derecho fundamental. Esto no impide la política de reforma agraria, a consideración que la propiedad debe cumplir con su función social.

respecto a la pequeña propiedad rural. En realidad, tal desarrollo aún no se realizó debido a las políticas que tienen generado la violencia por cuestiones latifundistas<sup>205</sup>.

Importante paso se ha dado el Parlamento brasileño al limitar el uso de las *Medidas Provisórias* por el Ejecutivo. Independientemente de críticas acerca de la constitucionalidad de las limitaciones a la edición de las *Medidas Provisórias*, la *EC n.º 32* es exhortadora de la competencia normativa ordinaria parlamentaria. Dicha enmienda al artículo 62 que trata de la *Medida Provisória*, limita al Gobierno en el uso de su potestad legislativa extraordinaria.

La adopción de la forma anglosajona de control de constitucionalidad en Brasil, tiene llevado a serios problemas. En primer lugar, el Derecho brasileño deriva del sistema romano germánico, mientras que, el sistema americano, tiene como fuente del Derecho los precedentes judiciales "*stare decisis*". Aunque el Derecho en Brasil tenga la jurisprudencia como una de sus fuentes, es en el Legislativo que origina la norma dentro del modelo parlamentar clásico de Gobierno. La tradición histórico y cultural del Derecho en Brasil de características germano románico lleva a competir con modelo americano de presidencialismo rígido.

El Tribunal Constitucional en Brasil representado por el Supremo Tribunal Federal, antes de la Constitución de 1988, siempre

---

La expropiación judicial no valora el elemento "función social" de la propiedad, ya que el Código Civil brasileño no definió los sus requisitos. Es distinta de la expropiación constitucional porque no existe la participación del poder público para la promoción de la reforma agraria. No hay el decreto presidencial declarando el inmueble de interés social para fines de reforma agraria. En tal caso en la expropiación judicial el interés social se valora *in personae* o sea: en la persona de los poseedores y no en el inmueble. Para que sea declarado de interés social en el marco constitucional, el inmueble debe ser improductivo por no cumplir una finalidad social.

<sup>205</sup> Según estudios estadísticos sociológico, respecto a los conflictos latifundistas en Brasil, se recomienda la obra de PETRAS, J. y VELTMEYER, Henry. op. cit. págs. 121-155.

fue la última instancia del Poder Judicial. De esta manera sólo actuaba en la esfera de la legalidad. Con la nueva Constitución, el STF se limita al control de constitucionalidad y va a adoptar el modelo de control de constitucionalidad de normas en el sistema alemán. Distinto de lo que pasa en el Poder Judicial, adoptando simultáneamente, el modelo norteamericano (difuso) con las interpretaciones del STF<sup>206</sup>.

El Tribunal Constitucional alemán y el español son ejemplos bien sucedidos donde se separan las cuestiones meramente judiciales de las cuestiones constitucionales. Razón por la cual, los derechos fundamentales están desarrollados incluso en nivel infraconstitucional. Con la reserva de ley orgánica y con la garantía de su contenido esencial se va a limitar positivamente los derechos determinados por la Constitución al legislador. La adopción de un órgano de control de constitucionalidad de las normas, tal cual existentes en Alemania y España es de fundamental importancia, sobre todo, para la garantía de la Constitución.<sup>207</sup>

El control difuso de constitucionalidad funciona bien en el sistema federativo. Mas para que tal práctica sea efectiva es necesario una cultura constitucional del pueblo, pues, del contrario, la Constitución sólo tendrá la característica semántica y de fácil vulneración, por la falta de su ejercicio. Pero, la tendencia es el control concentrado de las normas, con prioridad a la Constitución normativa.

---

<sup>206</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional Como Poder. Uma nova Teoria da Divisão dos Poderes. Memória Jurídica. São Paulo. Brasil. 2002. Pág. 139-140

<sup>207</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. op. cit. pág. 147



## VII. El Poder Legislativo: El Procedimiento más Democrático.

La Constitución brasileña establece en el Título IV la organización de los poderes<sup>208</sup>. Por el artículo 44 se define el Poder Legislativo, lo cual, va a ser ejercido por el Congreso Nacional compuesto por las Cámaras de los Diputados y del Senado Federal. En el artículo 45 se declara que la Cámara de los Diputados está compuesta por representantes del pueblo, mientras que el artículo 45 de la Constitución declara que el Senado Federal se compone por los representantes de los Estados y del Distrito Federal.

Sin embargo, el párrafo 1º del artículo 45 dice que la representación política es proporcional a la población, en cuanto que el artículo 47 garantiza que las deliberaciones de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal y de sus comisiones internas serán decididas por la mayoría de los votos a través de la presencia de la mayoría absoluta de los miembros de ambas Cámaras.

Esta representación bicameral está presente en el Congreso Nacional en total obediencia al artículo 1º de la Constitución y su párrafo único al determinar que:

*“Todo el poder es de emanación del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos directamente, en los términos de esta Constitución”.*

De acuerdo con la forma de Gobierno democrática y del Estado de Derecho, la validez de la producción normativa primaria está condicionada al procedimiento de la representación de la voluntad ciudadana en el nivel nacional. Esta representación está en el Poder Legislativo. Así, la producción normativa va a tener origen en decisión de una mayoría política que establece el nuevo Derecho que va a regular las relaciones sociales.

Tal procedimiento está amparado en el pluralismo político recogido por la Constitución. Con esto, se abre la oportunidad a la minoría el Derecho de expresarse su posición contraria a la pretensión de una mayoría. Esto porque, los derechos que la Constitución recoge son fundamentales y que interesan tanto a la mayoría cuanto a la minoría<sup>209</sup>. Luego, la mayoría no puede vulnerar un Derecho fundamental porque estaría negando un Derecho propio. También no es menos cierto decir que un supuesto de vulneración de un Derecho

---

<sup>208</sup>BERGMANN ÁVILA. op.cit.p.56

<sup>209</sup> Hay una democracia del Estado de Derecho y un Estado de derecho democrático. Lo que se infiere en el juego político que se desarrolla en el principio democrático y de su superioridad sobre la constitución. Esta visión no es, en general, un índice de creencia en el principio democrático, sino una expresión del pensamiento decisionista. En tal sentido, se debe interpretar, segundo creemos, la afirmación de Hesse sobre la prevalencia de la constitución. Al prohibir rupturas constitucionales y a la disolución de los derechos fundamentales y al restringir las alteraciones constitucionales, la constitución reafirma su supremacía incluso ante del principio de soberanía popular. El sentido práctico de este principio de la prevalencia de la constitución se traduce, principalmente, en la exclusión de modificaciones de la constitución que eliminasen sus propios fundamentos. GOMES CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional. op. cit. pág. 460

fundamental se configura como un abuso de Derecho por la falta de su observación, a consideración del Estado de Derecho en que todos los poderes del Estado y la sociedad a él están sometidos.

Por el debate público y de argumentación el poder legislativo decide con capacidad de generar consenso por la vía de discusión y de votación antes de la producción de los efectos normativos.

Los intereses del pueblo son discutidos y sirven de contenido de las normas producidas por sus representantes en el órgano legislativo competente. Luego, la edición de *Medidas Provisórias* por el Poder Ejecutivo no incorpora ese procedimiento<sup>210</sup>.

El Congreso Nacional al representar a los ciudadanos democráticamente, sus intereses en conflictos son debatidos políticamente por decisión que se incorporarán y configurarán la norma jurídica. Además de esta representación plural que tiene el Congreso Nacional, también va a controlar los actos del Poder Ejecutivo<sup>211</sup>. Por ello, el mejor control estará en la delegación legislativa al Poder Ejecutivo. En la ley de delegación se determina los límites para la actuación reglamentaria del Poder Ejecutivo.

La garantía de la reserva de ley al Congreso Nacional se encuentra vulnerada por la potestad legislativa directa del Poder

---

<sup>210</sup> Lo que caracteriza a la *función legislativa* constitucionalmente definida es el hecho de estar atribuida *en régimen de monopolio a las Cortes Generales*. Nadie, salvo las Cortes Generales, puede dictar *normas jurídicas primarias*, esto es, normas creadoras de derecho y, por tanto, innovadoras del ordenamiento. "...las Cortes Generales son libres en la creación de derecho. Tienen límite negativo de la Constitución, pero positivamente no tienen que buscar el fundamento, el punto de apoyo de su decisión, en una norma superior. Por el simple hecho de existir pueden decidir, en principio, sobre todo. *El legislador no tiene por qué interrogarse sobre el fundamento de su actividad, sino únicamente sobre el límite de la misma*". PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. op.cit. pág. 795-796

<sup>211</sup> la democracia se define no por la separación de los poderes, sino por la naturaleza de la unión entre sociedad civil, sociedad política y Estado. Si la influencia va a ser ejercida desde cima a bajo no existirá la democracia; por el contrario, se puede considerar una sociedad como democrática

Ejecutivo. Las garantías para la ley de delegación al Ejecutivo no se aplican para la *Medida Provisoria*.

Para las *Medidas Provisorias*, el Congreso sólo va a tener su control cuando la norma ya está en vigencia. Se puede decir que es tarde demás para un control de un acto que disciplina determinadas relaciones sociales. También, los límites de la *Medida Provisoria* son idénticos a los límites de la ley de delegación.

La potestad legislativa extraordinaria del Poder Ejecutivo adviene de la Constitución. Respecto de límites de esta potestad, los mismos están definidos por la Enmienda Constitucional n.º 32, trazados por el legislador con el objetivo de garantizar su competencia de creación del Derecho dentro del marco del Estado democrático. Con eso se garantiza los derechos fundamentales y la Constitución.

Así, los límites presentes en la ley de delegación del Congreso Nacional para el Poder Ejecutivo se desplazaron para un autocontrol que se va a verificar en el momento de la producción de la *Medida Provisoria*.

Tal autocontrol, es una garantía a la reserva de ley del Poder Legislativo. El Poder Legislativo se encuentra presente en el momento en que el Poder Ejecutivo produce el acto con fuerza de ley en los casos de relevancia e urgencia.

Así, sólo en los casos de relevancia y urgencia y que no afecten a la reserva de ley del Congreso Nacional es que se podrá considerar válida la *Medida Provisoria*<sup>212</sup>.

---

cuando los actores sociales orientan a sus representantes políticos que, a su vez controlan el Estado. TOURAINE, Alain. Op. Cit. Pág. 51

<sup>212</sup> La libertad de conformación del legislador en la realización de los derechos a prestaciones sufre aquí la <<compresión democrática>> constitucional de forma a evitar que pretexto de no haber medios jurídicos, los derechos fundamentales sean fórmulas vacías en virtud de la falta de

Pero, esa validez no se consume en el acto de la producción de la *Medida Provisória*. Para ello, es fundamental que la norma sea convalidada y convertida en ley por el Poder Legislativo.

Las limitaciones a la potestad legislativa del Poder Ejecutivo garantizan los principios de libertad, de igualdad y de propiedad. Tales limitaciones van a dar una configuración extraordinaria. La actividad parlamentaria y democrática va a ser un límite a la potestad legislativa del Poder Ejecutivo. Aunque tal potestad sea extraordinaria, pero siempre estará limitada por la actuación del Poder Legislativo.

Pero, no es lo que ocurre en la actualidad. La potestad legislativa del Poder Ejecutivo en Brasil está limitada formalmente por la Constitución. Hay también otras limitaciones de orden infraconstitucional. Son materias ya debidamente reguladas por leyes, donde las relaciones jurídicas están estabilizadas.<sup>213</sup> Las competencias conferidas por la Constitución a los Estados federados y a los Municipios son límites a la potestad del Poder Ejecutivo. El federalismo tiene como objetivo la descentralización del centro de decisión política para una mayor participación popular.

Sin embargos las limitaciones explícitas e implícitas, el Poder Ejecutivo ha insertado normas en el ordenamiento jurídico. Todo ello, con el aval del Poder Legislativo que es el que se encuentra limitado por las reiteradas intervenciones del Poder Ejecutivo bajo el

---

voluntad del legislador o por su incapacidad de actualizar los derechos económicos, sociales y culturales, constitucionalmente garantizados. El conocimiento jurídico y las valoraciones políticas de los recursos necesarios a la efectivación de los derechos fundamentales para que no incidan en el arbitrio. GOMES CANOTILHO, J.J. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. op. cit. pág. 379

<sup>213</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. op. cit. pag. 178

argumento de los presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia<sup>214</sup>.

La clase política en el ámbito federal se manifiesta en contrario a las *Medidas Provisórias*. Las normas extraordinarias impiden el normal desarrollo de las actividades parlamentarias. Han sido varios los proyectos de ley preteridos por las *Medidas Provisórias*. Y en ciertos casos, los proyectos de ley fueron por ella absorbidos. El contrario, o sea, la absorción de la *Medida Provisória* por el proyecto de ley no es lo que ocurre.

Una de las causas está en el rigor para la producción normativa que se verifica en el Poder Legislativo y que no es lo mismo verificable en el Poder Ejecutivo. La posibilidad de insertar normas con fuerza de ley que la Constitución garantiza al Poder Ejecutivo determina el modo de actuación del Congreso Nacional.

Por esta debilidad de ánimo en el Parlamento brasileño, por consiguiente, no es menos cierto decir que son determinantes de los presupuestos habilitadores de relevancia y urgencia de la *Medida Provisória*. El Poder Legislativo ya no va a producir normas con el rigor exigido por el procedimiento democrático y del pluralismo que se encuentra en las normas sobre la producción jurídica y en la Constitución, sino va a entregar su competencia legislativa al Poder Ejecutivo, bajo la alegación de la sobrecarga legislativa de urgencia, que traba la pauta de discusión parlamentaria ordinaria.

La democracia abre oportunidades para el diálogo en el Poder Legislativo, pero, es en el Poder Ejecutivo que está el poder de decisión política. El Ejecutivo brasileño representa una mayoría

---

<sup>214</sup> CARMONA CONTRERAS, A.M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 132

nacional, lo que le confiere una legitimidad que no está presente en el Congreso Nacional.

Independientemente de una mayoría parlamentaria a favor del Presidente de la República de Brasil, el Congreso Nacional cuenta con las parcelas de representación nacional y plural. Sin embargo, la falta de decisión política para la producción normativa en el Congreso Nacional, su composición no carece de democraticidad.

Sí la decisión política se transfirió para el Poder Ejecutivo con el apoyo de la mayoría de los ciudadanos y de la mayoría de los parlamentarios que le dan legitimidad, se puede concluir que la democracia abarca los poderes Legislativo y Ejecutivo.

De todo, no se puede olvidar que el principio de separación de poderes está en pleno funcionamiento. Los frenos y contrapesos actúan en esa situación. Donde hay un poder concentrado en un solo órgano unipersonal, la decisión va a depender del control del Poder Legislativo, que sin el cual no habrá democracia en el Estado.

En la Constitución, los artículos 48 y 49, además delimitar la competencia del Congreso Nacional y la competencia para la iniciativa legislativa del Presidente, establece las prerrogativas del Congreso Nacional para su intervención para reglamentar determinadas materias<sup>215</sup>. Por tanto se va a prohibir el poder normativo y excepcional del Poder Ejecutivo que es de editar *Medidas Provisórias*.

---

<sup>215</sup> Con el concepto de reserva de ley se definen sectores y materias – o determinados objetos dentro de una materia – que están reservados exclusiva y completamente a la Ley – aspecto positivo -, esto es, excluidas de una regulación por parte de la Administración, de las fuentes subordinadas, al menos de una regulación autónoma – aspecto negativo -. Es correcto afirmar que la reserva de Ley depende a la vez de cada estructura constitucional y de la comprensión del Estado dominante. En este sentido, si con el concepto de reserva de Ley se comprenden las regulaciones que conciernen material y exclusivamente al Parlamento y que deben ser definidas necesariamente bajo la forma de Ley, - <<Erforderlichkeit des Gesetzes>> o necesidad de Ley -, sin perjuicio de las ulteriores precisiones que se deberán hacer, en principio, el objetivo de la

En el Estado democrático de Derecho, el debate o la discusión de proyectos de leyes, antecede la misma que entrará en el ordenamiento jurídico, lo que justifica la imposición de ley en sentido estricto y de *ley complementar* para reglar determinadas materias de ámbito constitucional. Ello porque, la Constitución establece la necesidad de procedimiento democrático para la innovación del ordenamiento jurídico brasileño.

Sin embargo la Constitución brasileña al atribuir importancia al procedimiento, la participación del Congreso Nacional en apenas un acto, como en el caso de conversión en ley de *Medida Provisória*, no equivale a un procedimiento. Además, ni la ley de conversión quita la necesidad de discusión y votación en el Congreso Nacional, para elaborar, discutir y votar normas antes que produzcan efectos, ni la votación de *Medida Provisória* por el Congreso Nacional, en quórum cualificado, permite que ella regle materias reservadas a la *ley complementar*. La institución de procedimiento para la votación y discusión de determinadas materias no puede ser suprimida por la apreciación de *Medida Provisória* por el Congreso Nacional en quórum calificado<sup>216</sup>.

Esta votación en quórum cualificado es apenas acto final que no se equipara a procedimiento. De esta forma, se impide que siendo votada *Medida Provisória* por medio de quórum cualificado pueda versar sobre materia reservada a la *ley complementar*. La adopción de *Medidas Provisórias* sin la atención a esos límites, aunque no

---

reserva de Ley es oponerse a toda delegación. El concepto de reserva de Ley parlamentaria engloba, por tanto, los objetivos comprendidos exclusivamente en el ámbito de las competencias del Parlamento o exentos de la acción normativa del Ejecutivo. VILLA CORTA MANCEBO, Luis. op. cit. pág. 33-34

<sup>216</sup> BERGMANN ÁVILA, H. op. cit. pág. 58



disciplinados en la Constitución brasileña en el artículo 62 es inadecuado al principio democrático, en el orden constitucional vigente.

Del contrario, la *Medida Provisória*, podrá tratar de temas reservadas a la Enmienda Constitucional, ya que necesita quórum cualificado para eso. Esa posibilidad en tesis que se verifica en la realidad, va a vulnerar el ordenamiento jurídico por la falta de observación al sistema de fuentes del Derecho, que la propia Constitución establece el reparto de competencias. Competencias que no sólo observables en el nivel federal, sino en los niveles de los Estados federados y de los Municipios con el fin de garantizar sus autonomías normativas y gubernamentales y bien así, los espacios de libertades de los ciudadanos.

### VIII. La Delimitación de la Competencia Excepcional

La Constitución brasileña recoge y atribuye la producción legislativa ordinaria al Poder Legislativo. Con esto, la Constitución brasileña no admite como constitucional, la norma que no sea producida de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario, a través del debate público y democrático por los representantes políticos. Al Poder Ejecutivo le es otorgado apenas la competencia extraordinaria para la adopción de actos con eficacia transitoria y no de revocación.

El Poder Ejecutivo en obediencia al principio de separación de poderes, sólo debe intervenir en la sociedad mediante la ley producida por el Congreso Nacional. Esta intervención se hace a través del reglamento para ejecutar la ley a través de la Administración Pública.

En la Constitución brasileña, la función legislativa primaria es de atribución plena del Congreso Nacional. Mientras que al Poder Ejecutivo, todavía, esa atribución legislativa primaria le es otorgada la competencia para edición de actos con base en hechos específicos.

La Constitución determina la necesidad de que ciertos ámbitos materiales sean reglados por ley. La Constitución retira del ámbito de la disposición del Poder Ejecutivo ciertas materias e impone la observación de determinado procedimiento destinados a atribuir forma

de consenso a la decisión, verificable tan sólo en el Poder Legislativo<sup>217</sup>.

La ausencia de disponibilidad del Poder Ejecutivo sobre asuntos específicos, en la Constitución brasileña, se basa en la obligatoriedad del principio de publicidad que va a depender de la necesidad del debate público, anterior a la eficacia del acto, regulado y establecido por un procedimiento determinado.

En la práctica, este procedimiento no es adoptado, ya que el Gobierno cuenta con la mayoría de los parlamentarios en el Congreso Nacional. Tal comportamiento de los parlamentarios impide un mayor control de los actos del Gobierno. El uso constante de la *Medida Provisória* como proyecto de ley va a sustituir los instrumentos ordinarios previstos en el artículo 59 de la Constitución brasileña, para disciplinar materias que no tiene su ámbito delimitado. Esta sustitución de instrumentos normativos va a vulnerar el principio democrático y del Estado de Derecho. La garantía de los derechos de la minoría va a

---

<sup>217</sup> BERGMANN ÁVILA, H. op. cit. pág. 63; la interpretación de la Constitución brasileña exige mayor dosis de sofisticación. Así, hay materias prohibidas al legislador ordinario. Toda la producción normativa está subordinada jerárquicamente a la normatividad constitucional y sus límites. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. op. cit. pág. 178-200; dado que la competencia legislativa se encuentra ya limitada por el propio contenido del texto constitucional, en mayor medida resultará inconveniente limitarla adicionalmente cuando de lo que se trata es de una potestad normativa que aparece justificada en la extraordinaria y urgente necesidad de una situación fáctica dada. No quiere decir con esto que la situación necesitada que abre la puerta a la potestad legislativa del Gobierno venga a legitimar cualquier tipo de actuación normativa por parte de dicho órgano. Así, existiendo concretas previsiones constitucionales que asignan y reservan expresamente la regulación de determinadas materias a precisos procedimientos de elaboración normativa que sólo pueden ser llevados a cabo por parte de precisos órganos (reserva a la forma de ley parlamentaria), ello hubiera resultado ya por sí mismo suficiente para excluir la concurrencia de otras normas elaboradas por otros órganos y sobre la base de otros procedimientos (decretos-leyes, decretos legislativos, reglamentos). Adicionalmente, junto a estas exclusiones expresas, no debe perderse de vista la existencia de otros límites de carácter implícito en el texto constitucional, los cuales nos remiten a concretos actos normativos que, aun siendo formalmente leyes ordinarias, por implicar materialmente un control parlamentario sobre el Gobierno, han de realizarse únicamente por las Cortes Generales. Lo cual determina de modo subsiguiente la radical exclusión de cualquier tipo de incidencia gubernamental. CARMONA CONTRERAS, A.M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 131-132

depender del enjuiciamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo.

Lo que se afirmó, es suficiente para comprender que el Poder Ejecutivo no tiene competencia para aprobar normas sin los presupuestos habilitantes, de eficacia definitiva y revocatoria<sup>218</sup>. Esta función es de competencia del Congreso Nacional (Cámara de los diputados y de la Cámara del Senado Federal), el cual va a producir la norma mediante un rígido procedimiento democrático que no permite al Presidente de la República sin éste complejo actos reglados, regular lo mismo tipo de situaciones, sin permisión expresa de la Constitución.

La adopción de *Medidas Provisórias* sin la atención a los límites materiales es justificada por los argumentos otros que no jurídicos, sobretudo aquellos atinentes a la necesidad de abreviación de la acción gubernamental, que incompatible con la demora parlamentaria.

La actualidad política y social brasileña y en toda Latinoamérica exige que el Estado pase de mero regulador a planificador de la sociedad. La actividad del Poder Ejecutivo se basa no sólo en la clásica fórmula de la separación de los poderes estatales; en los derechos fundamentales o en el principio de legalidad.

Para su control, se debe observar a los principios de moralidad administrativa y legalidad, previstos en el artículo 37 y §6º de la Constitución brasileña, en el principio de proporcionalidad previsto como subprincipio del Estado de Derecho en el artículo 1º. Y con especial atención, el Poder Ejecutivo debe respetar el principio de la reserva de ley recogido en el artículo 68 de la Constitución brasileña y

---

<sup>218</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. op. cit. pág. 63.

asimismo en las reservas que la Constitución hace a la *ley complementar* para ciertas materias.<sup>219</sup>

Todo ello, en respeto a la Constitución y su fuerza normativa. El respeto a la Constitución va a resultar en la eficacia de su fuerza normativa, a consideración de su supremacía en el sistema de fuentes del Derecho<sup>220</sup> lo que va a delimitar la competencia del Poder Ejecutivo.

La actuación del Estado crece a medida en que sea necesario el deber de desarrollo de los principios fundamentales – artículo 5º. Constitución brasileña, que no deriva directamente de las fórmulas legales, sino que derivan de los principios de valoración positivos, orientados por su establecimiento en el nivel constitucional.

La actuación del Poder Ejecutivo nunca es libre porque esta libertad de actuación, en ciertos casos, puede parecer más amplia como en el caso de normas que contengan palabras de significado equívoco. Sin embargo, la existencia de vaguedad cuanto a los fines o discreción cuanto a los medios, la administración pública es siempre dependiente al Derecho. La apreciación discrecional cuanto a los fines y a los medios es limitada por el contenido de la Constitución, de sus principios y de sus valores.

---

<sup>219</sup> En la Constitución española, la regulación del ejercicio de los derechos y libertades recogidos en el Capítulo II del Título I se llevará a cabo, según el artículo 53.1 <<Sólo por ley>>. Esta garantía hunde sus raíces en el principio básico, casi totémico para el constitucionalismo liberal-democrático de la reserva de ley, que promulga la regulación de las libertades como materia reservada al legislador y que debe quedar fuera del ámbito de acción gubernamental. E esta forma la Constitución no permite que el Gobierno utilice la técnica del Decreto-ley en el ámbito de las materias que afecten <<a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I>>, y atribuye a las leyes orgánicas el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art. 81.1. CE)>> que necesitan para su aprobación el voto de la mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2 CE). BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. de. Derechos fundamentales y libertades públicas. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2003. pág. 270.

<sup>220</sup>BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. op. cit. pág. 138

La competencia excepcional del Gobierno está reglada a esos límites materiales del Estado de Derecho y jamás fuera de esos límites. El poder del Estado resulta de las reglas de competencia que discriminan la parte del poder, atribuida a cada órgano.

La actuación del Estado como elemento de integración en una sociedad altamente pluralista no amplía los límites de la legislación por medio de acto gubernamental, sino la restringe.

Con efecto, si el Estado debe alcanzar esos fines constitucionalmente establecidos, sobre todo preservando el pluralismo político en una sociedad moderna en que existe evidente diversidad de valoración, la discusión parlamentaria pasa a ser el único medio que permite incorporar tales valores.

No obstante, la función legislativa que la Constitución brasileña recoge y atribuye al Parlamento, es incompatible con la potestad legislativa del Poder Ejecutivo. Para la delimitación de la competencia extraordinaria del Ejecutivo, la *Medida Provisória* se limita por sus propios presupuestos habilitadores formales. Por ello, se va a limitar el radio de acción del Gobierno. Todo ello, para la garantía de las libertades ciudadanas y de los demás derechos debidamente desarrollados o por desarrollar por las normas parlamentarias.

No se ha como sostener que la actuación normativa del Poder Ejecutivo no se condiciona a ningún límite. El poder del Estado es lo que la Constitución brasileña recoge y atribuye al Gobierno y a los representantes en el Parlamento. Los límites se encuentran en la Constitución que tiene como base el Estado de Derecho y la democracia.

La competencia establecida en el artículo 62 de la Constitución brasileña, constituye excepción a los principios constitucionales fundamentales, especialmente, los relativos a la seguridad, a la democracia y legalidad. Además la amplitud normativa del Gobierno, el Congreso contribuye para la manutención y reproducción normativa sin parámetros estrictos bien como de jerarquía.<sup>221</sup> Lo que va a generar una depreciación del contenido de la norma en el ordenamiento jurídico, respecto al procedimiento normativo y democrático.

La actividad normativa del Gobierno con el objetivo de introducir normas con fuerza de ley en el ordenamiento jurídico va a caracterizar un acto impositivo. Por ello, se va a igualar a los actos del régimen de excepción<sup>222</sup> por obligar a los ciudadanos a la obediencia a un Derecho, cuya fuente es desconocida e incompatible con el principio de la manifestación de la voluntad o de la autonomía individual en la esfera privada.

---

<sup>221</sup> La dinamicidad del ordenamiento jurídico, explica la validez de la norma jurídica, no por su contenido determinado, sino por haber sido producida de determinada manera y de acuerdo con lo que determina la norma fundante básica presupuesta. *B. Callejón*, afirma que esa norma presupuesta básica es la Constitución o una norma de producción jurídica (NSP), ambas consideradas como fuentes del Derecho. *Kelsen*, afirma que la norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior, pues, el orden jurídico no se encuentra en el mismo plano, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Así, la norma básica presupuesta en la acepción kelseniana es una norma hipotética, que puede ser la Constitución o normas que establecen la forma de la producción normativa al ordenamiento jurídico. El principio de jerarquía se confunde con el de competencia, pues la primera es una norma superior a norma inferior. La jerarquía es una técnica imprescindible para asegurar la armonía entre los diversos poderes sociales con capacidad de producción normativa, y para reconducir el ordenamiento a la unidad. Las normas de igual categoría pueden desarrollar la misma materia, sin que una tiene el fundamento de su validez en la otra norma, sino en la Constitución, como forma de solucionar posibles conflictos normativos. *KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. pág. 205 y 232, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. op. cit. pág.143-145*

<sup>222</sup> El *Acto Institucional* n.º 5 de 13.12.1968, rompió con el orden constitucional. A él, se añade más de un decena y muchos actos complementares y decretos-leyes, lo que dificultó al Presidente Costa e Silva continuar su Gobierno. Por ello, El Poder Ejecutivo fue atribuido a los Ministros de la Marina de Guerra, del Ejército y de la Aeronáutica Militar. Todo ello, para preparar la nueva Constitución que fue promulgada en 17.10.1969, como Enmienda Constitucional n.º 1 a la Constitución. *AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. op. cit. pág. 88*

Los presupuestos habilitantes *relevancia y urgencia* de la *Medida Provisória*, han de tener sentido distinto de la relevancia y urgencia respecto a los instrumentos que aceleran el proceso legislativo ordinario. Esto porque, es necesario una interpretación de la Constitución por el principio de la unidad normativa de la Constitución brasileña, la cual impone atribución de sentido distinto a todas las normas, con base en el principio de igualdad. No se puede admitir el supuesto de que la temporalidad de la *Medida Provisória*, justifique la urgencia para reglar materias de eficacia transitoria. La eficacia transitoria de determinadas materias ni siempre es urgente y relevante, por lo que, no justifica el uso de la *Medida Provisória* como instrumento de regulación.

Por esto, el artículo 62 de la Constitución delimita la actuación gubernamental por *Medidas Provisórias*. Asimismo, la delimitación de la potestad del Gobierno se extiende al control parlamentario. Lo cual podrá proponer enmiendas a la *Medida Provisória*, hacer su conversión en ley o rechazarla.

La ciencia del Derecho incumbe la descripción de cada precepto normativo, atribuyéndole sentido propio. Por medio de la regla contenida en el artículo 68 de la Constitución brasileña se va a prohibir la interferencia del Poder Ejecutivo en las materias que son del dominio de la *ley complementar*. La reserva material a la *ley complementar* recogida en la Constitución en el artículo 62 párrafo 1º, III, y en el artículo 69, son reservas de regulación que se impone a una mayoría absoluta del Congreso Nacional para la aprobación<sup>223</sup>.

---

<sup>223</sup> Como norma general, y según el esquema clásico, al gobierno – y menos todavía a la administración – no le compete en absoluto legislar, y las constituciones modernas siguen respetando esa visión tradicional. Se admite en casos de extraordinaria y urgente necesidad el



La finalidad de esa prohibición está en acentuar la participación democrática decisiva del Congreso Nacional, en la votación y en la discusión de determinadas materias, excluyéndose del ámbito de la decisión aislada del Poder Ejecutivo. Lo mismo es de aplicarse a las *Medidas Provisórias* sobre materias comprendidas en el ámbito normativo de las *leyes complementares*.

Por otro lado, las *Medidas Provisórias* podrían actuar en el espacio reservado a la *ley complementar*, disponiendo sobre la elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes, en subversión a la jerarquía formal del sistema, incluso para una posible reforma de la Constitución, lo que sería un absurdo.

Además, para la producción de normas a través de la *ley complementar*, se exige un procedimiento que va a culminar en una votación en la que se requiere una mayoría cualificada. De este modo sí una *Medida Provisória* al ser convertida en ley por una mayoría simple, sin el anterior procedimiento de votación y de discusión en la Cámara de los Diputados y en el Senado Federal, la misma estaría vulnerando la Constitución.

Si ha relación de presuposición entre la *Medida Provisória* y la ley de conversión, y siendo ésta resultado de un procedimiento distinto del aplicable a la *ley complementar*, por lo que, se prohíbe la regulación de materias por la *Medida Provisória*.

La exigencia de *ley complementar* no es suplida por votación de la ley de conversión de *Medida Provisória* por mayoría absoluta.

---

gobierno dicte normas con fuerza de ley (decretos-leyes) que el legislativo ha de examinar a la mayor brevedad posible, bien para convertirlas en leyes de pleno derecho, convalidándolas, o bien para rechazarlas. También se admite que el legislativo dé permiso al gobierno para legislar (legislación delegada o decretos legislativos). No es raro que los gobierno hagan una utilización abusiva de estas figuras. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. op. cit. pág. 214-215

Porque no envuelve el procedimiento de discusión y de votación instituido por la Constitución de determinadas materias para el ámbito de la *ley complementar*. La votación por una mayoría cualificada es parte, apenas del procedimiento que la Constitución brasileña establece para materias específicas.

Además de la previsión constitucional del rito normativo del Congreso y del Gobierno, ambos se someten a los principios constitucionales del Estado de Derecho. La sumisión a la ley que tiene contenido normativo razonable, impide la intervención del Gobierno en el dominio legislativo<sup>224</sup> para crear normas de materias reservadas a la *ley complementar* o a la ley ordinaria.

La competencia excepcional atribuida al Poder Ejecutivo, allá de estar condicionada a la verificación de los requisitos formales y materiales, también está vinculada a los principios fundamentales y a las reglas de competencia que limitan la actividad normativa del Poder

---

<sup>224</sup> "...la atribución de competencias normativas no puede considerarse exclusivamente atendiendo a su dimensión organizacional, esto es, como un hecho que se desarrolla en el ámbito interno de las relaciones entre los órganos constitucionales titulares de las mismas. Dicha perspectiva debe ser enriquecida tomando en consideración la fundamental cuestión del respeto y la salvaguardia de los derechos de las minorías. Concretamente, a la hora de tomar decisiones legislativas con pretensión de incorporarse de forma estable y permanente al ordenamiento jurídico, la trascendencia de dicho aspecto va a manifestarse en toda su magnitud. En este supuesto, el concurso de *toda la representación ciudadana* reunida en la institución parlamentaria, no sólo de la mayoría que sostiene el Gobierno, se configura como un *elemento necesario*, en modo alguno soslayable. Y no precisamente desde una óptica, ciertamente superada, de rehabilitación de los respectivos ámbitos *naturales y estables* de competencias o bien como "expresión de la desconfianza y reticencia del constituyente a reconocer facultades normativas a otros poderes del Estado que no son el Legislativo", sino como una ineludible exigencia planteada por los principios de democracia y pluralismo que inspiran nuestro ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE), cuya forma política es, no se olvide, la monarquía *parlamentaria* (artículo 1.2.CE). Teniendo en cuenta estas consideraciones debemos insistir en que el genérico intercambio entre normas de rango legal con una diferente proveniencia orgánica, entre ley parlamentaria y decreto-ley, no resulta admisible. Desde esta perspectiva, la prevalencia sustancial reconocida a aquélla aparece coherente con la ya referida particular capacidad de legitimación del proceso parlamentario, caracterizado por los principios de publicidad, transparencia y garantía de las minorías. La configuración del decreto-ley gubernamental como fuente legal con una *legitimidad democrática* inferior a las normas legales parlamentarias aparece, pues, como la razón fundamental que impone el *reforzamiento* de sus *mecanismos de control* desde un punto de vista tanto jurídico como político". CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. cit. pág. 236-237

Ejecutivo. La limitación material para la adopción de *Medidas Provisórias* especificada en el artículo 62 de la Constitución, resulta de la estructura de competencias establecidas en el nivel constitucional.

La Constitución brasileña atribuye al Poder Ejecutivo los instrumentos aceleradores del procedimiento legislativo. Con esto, va a aislar los presupuestos configuradores de relevancia y de urgencia de la situación fáctica. Por tanto, se va a caracterizar una situación normal de legislar en la esfera del Gobierno. Cuando la situación de hecho pudiere ser reglada después de cuarenta y cinco días (requisito para la solicitud de urgencia para proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo), sin daños por el retraso, no necesita de adopción de la *Medida Provisória*, puesto que estarían ausentes los presupuestos de *relevancia y urgencia*.

La potestad legislativa del Gobierno para introducir normas en el ordenamiento jurídico también va a estar delimitada por su capacidad de iniciar el proceso legislativo garantizada en el artículo 61 de la Constitución. Esta capacidad es determinada por los valores democráticos de la forma presidencialista de Gobierno que va a colaborar con el Poder Legislativo en obediencia al principio de igualdad y del Estado de Derecho<sup>225</sup>.

Toda y cualquier medida capaz de someterse a los plazos y a los procedimientos del proceso legislativo ordinario o abreviado

---

<sup>225</sup> Hay que señalar, además, que los modernos gobiernos también son, ordinariamente, los principales y más activos legisladores por la vía de la iniciativa legislativa que disfrutan (a veces, de facto más que de iure, también en los sistemas presidencialistas). Algunas constituciones modernas, como la de Francia, dan preferencia incluso formalmente a las iniciativas legislativas del gobierno frente a las procedentes del parlamento. En los sistemas presidencialistas como el norteamericano, para poner en práctica sus iniciativas legislativas, el presidente tiene que acudir a alguna vía indirecta, cosa que no le impide, ser el <<legislador principal>>. En los parlamentarismos con fuertes mayorías (Alemania, España hasta 1996) puede decirse que es el gobierno quien legisla. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. op. cit. pág. 215.

(Constitución brasileña artículos 64 párrafos 1 y 2), no configura el caso de *relevancia y urgencia* cuando el límite temporal del artículo 62 de la Constitución sea corto o porque la materia tratada no es la que pueda someterse a debate en el Congreso.

## 10. El Sistema de Fuentes del Derecho y la *Medida Provisória*

### I. Introducción

El estudio de las fuentes del Derecho en Brasil tiene su importancia respecto de la existencia de varios ordenamientos jurídicos escalonados jerárquicamente. Por ello, va a tener en la Constitución, su fuente principal del Derecho y que va a dar la validez y la eficacia a los mismos.

La Constitución de Brasil, recoge la forma federativa de Estado. Esto significa decir que los Estados federados tienen una Constitución y un ordenamiento jurídico<sup>226</sup>. De esto resulta que la Constitución de cada Estado federado, recoge el principio de la división de poderes. El fraccionamiento del Poder en cada Estado federado va a garantizar la libertad y los derechos de los ciudadanos. Con esto, se va a impedir cualquier intervención del Gobierno central, sea por el Legislativo federal, sea por el Ejecutivo, que pueda vulnerar los derechos.

La división de poderes en cada Estado federado conlleva a afirmar que el Derecho tiene su producción por el Legislativo de estos

---

<sup>226</sup> La Constitución de 1937, mantuvo formalmente el Estado federal, pero, no se conservó debido a la poca obediencia a la Constitución entre 1937 y 1945. Los Estados se regían por el Decreto-ley n.º 1.202/1939 de 08 de abril. Era en verdad una ley orgánica de los Estados federados. En tal fecha no se convocaban elecciones para el Parlamento Nacional y ni para las Asambleas Legislativas de los Estados federados. Se puede decir que el Estado brasileño era unitario. En 1946, la Constitución promulgada intentó coincidir la forma con la realidad, lo que hizo restablecer

Estados federados<sup>227</sup>. Lo cual, dentro del régimen de Gobierno democrático, está compuesto por representantes electos directamente por el pueblo.

Estas dos dimensiones del Gobierno en el sistema federativo brasileño, va a hacer que el Derecho producido en el nivel superior o federal tenga su validez en todo el territorio nacional. Por ello, los ordenamientos jurídicos de los Estados federados reciben la norma superior<sup>228</sup>. El Gobierno de los Estados federados pueden aplicar la norma federal, cuando el Gobierno central no la haya ejecutada por reglamentos.

También, el Parlamento de cada Estado federado puede discutir la norma a través de sus diputados para crear otra norma teniendo la norma discutida como su fuente. Esta nueva norma del Estado federado va a ser aplicada de acuerdo con las condiciones reales de vida<sup>229</sup>.

El déficit de democracia en el Gobierno federal, puede subsanarse por los Gobierno de los Estados federados. Pensamos pues, que en verdad no hay déficit de democracia en el Gobierno federal, sino, una actuación que viene a suplir a los Estados federados. Los Estados federados deben llenar la democracia por la

---

el concepto de federación. Tras el movimiento político-militar de 1964, la federación vuelve a la tendencia centralizadora. TEMER, Michel. op. cit. pág. 72

<sup>227</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. pág. 316

<sup>228</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Fuentes del Derecho. op. cit. pág. 83

<sup>229</sup> Las fuentes del Derecho que están en un plano jerárquicamente subordinado tienen un carácter y un significado jurídico diferentes al que tienen las que están en el nivel jerárquicamente superior: las primeras producen reglas que no pueden ser calificadas en sí mismas como normas jurídicas y que reciben dicha calificación en virtud de una fuente diferente, superior a aquella que las ha producido; las otras, en cambio, no sólo producen reglas, sino que les atribuyen directamente y por sí mismas la característica de ser normas jurídicas. BOBBIO, Norberto. El Positivismo Jurídico. Debate. 1993. Madrid. España. Pág. 173; La norma elaborada por el órgano legislativo federal no tiene ninguna supremacía sobre la norma del Estado federado o sobre la norma municipal - tal

participación. Con esto, va a compensar la producción normativa por el Gobierno central.

En el Poder Ejecutivo, está concentrado el poder de legislar en el nivel nacional. Esta concentración de poderes es consecuencia de un sistema federativo que sólo contempla la división territorial y la garantía de su existencia.

Luego, el pueblo no participa en la defensa de sus derechos en el Estado federado, sino, directamente en el Gobierno central.

Tal descuido de los ciudadanos tiene su raíz en la dimensión del territorio, la falta de comunicación, la dictadura y la satisfacción de las necesidades vitales por la propia naturaleza, lo que genera la acomodación. Todo esto, generó omisiones de los Gobiernos de los Estados federados, respecto a sus ciudadanos. Sus actividades se convirtieron en diplomáticos del Gobierno central. Así, en realidad, el federalismo en Brasil se considera tan sólo como formal.

La modernización de los medios de comunicación en Brasil facilitó la aproximación de las personas. Pero, esta aproximación va a ser realizada dentro del Estado federado y también fuera de sus fronteras. Con esto, los problemas de los ciudadanos pasaron a ser problemas nacionales<sup>230</sup>. Esta canalización para un único órgano y centralizado para la solución de los problemas sociales va a hacer del

---

supremacía sólo existe cuando hubiere la ley federal que trazar las normas generales (art. 24 párrafos 3º y 4º de la Constitución brasileña). SLAIBI FILHO, Nagib. op. cit. pág. 154

<sup>230</sup> El Artículo 3, párrafo 3 de la LF alemana, dispone que la libertad cultural en general y la artística en particular, incluyendo la de investigación científica, no pueden quedar garantizadas en ningún caso por el mero hecho de estar reconocida a nivel federal la necesidad de su defensa y promoción. Pues, la posibilidad de permanecer siempre aseguradas de forma específica e inmediata se debe a que simultáneamente quedan protegidas a ambos niveles, el federal y el de cada Estado federado de los que forman una Federación concreta. Ello se debe a que Federación y Estados federados en el fondo son básicamente <<estados culturales>>, lo que se refleja en la existencia de numerosas cláusulas insertas en el articulado de cada uno de dichos *Länder* en

sistema presidencialista un órgano paternalista donde todos de él van depender.

La transición de un sistema que tiene sus raíces en los conflictos sociales para un sistema con base en la Constitución y en el Derecho va a depender de la conciencia del ciudadano y también de los representantes políticos en el Congreso Nacional. También será necesaria tal conciencia en las Asambleas legislativas de los Estados federados de la existencia de la Constitución y que la misma recoge objetivos, valores y fundamentos de la República<sup>231</sup>.

En verdad, la existencia de la Constitución, la actividad de los poderes del Estado va a estar constantemente controlada. La propia división de poderes exige que la actividad pública sea eficaz debido la dependencia existente entre las partes de los poderes.

Así, el Gobierno sólo puede actuar bajo la existencia de una ley previa<sup>232</sup>. Del contrario estaría actuando con abuso a Derecho.

---

concreto y en otra importante cláusula limitativa existente a nivel federal. HÁBERLE. Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. op. cit. pág. 92

<sup>231</sup> En España, el Estado social y democrático de Derecho se relaciona, estrechamente, con los valores que propugna, todos los cuales fueron negados por el franquismo y por las instituciones que estableció. La cultura política occidental es incompatible con cualquier forma de totalitarismo. El Estado social y democrático de Derecho cobra así sentido y se rellena de contenido mediante el reconocimiento y concreción de los valores a través de una acción legislativa, administrativa y judicial que sintoniza con los sentimientos del derecho y de lo justo en la sociedad. Franz Scholz ha subrayado el sentido de la justicia y la confianza del pueblo como base de la seguridad jurídica: la claridad y determinación de los preceptos de las normas legales y contractuales, junto con el principio básico de irretroactividad de las leyes que establecen cargas fiscales o penas. (cfr. El art. 9.3 Constitución española: <<La Constitución ... garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...>>) LUCAS VERDÚ, Pablo. El Sentimiento Constitucional. Reus. Madrid. España. 1985. pág. 167-168. En el mismo sentido, la Constitución brasileña en el Título II de los Derechos y Garantías Fundamentales, art. 5º. XL, recoge que "la ley penal no retrotraerá, salvo para beneficiar el reo". Ya en el ámbito civil, se recoge en el artículo 5º. XXXVI, "la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada".

<sup>232</sup> La Constitución brasileña, respecto a los actos del Gobierno, garantiza el imperio de la ley. Por ello, el artículo 85 dispone que: Son crímenes de responsabilidad, los actos del Presidente de la República que atenten contra la Constitución Federal y, especialmente, contra: I – la existencia de la Unión; II – el libre ejercicio del Poder Legislativo, del Poder Judicial, del Ministerio Público y de los Poderes constitucionales de las unidades de la Federación; III – el ejercicio de los derechos políticos, individuales y sociales; IV – la seguridad interna del país; V – la probidad en la



El Poder Legislativo al producir la norma debe respetar los derechos de las minorías que la Constitución garantiza, lo que es incompatible con la producción de norma contraria a la Constitución.

El control de la actividad legislativa tiene su mayor expresión por la aplicación de la ley por el Poder Judicial. De acuerdo con el control de constitucionalidad de normas en Brasil, los jueces y los tribunales están habilitados para dar garantía a la Constitución

La Suprema Corte constitucional, tiene la competencia originaria para el control abstracto de constitucionalidad de normas.

Tales controles de constitucionalidad existente entre los poderes van a configurar el Estado de Derecho. La eficacia de la observación del funcionamiento es en razón de los derechos fundamentales para la preservación de la libertad y de los demás derechos de los ciudadanos.

La obediencia a los comandos constitucionales se fundamentan en la democracia, lo se requiere la obediencia a la Constitución mediante una actuación en los límites de la ley.

Con esto se evita la idea de dar soluciones a los problemas políticos y sociales a través del juicio del pueblo a través de su voto. En la democracia no se puede aguardar el tránsito del mandato político para solucionar las cuestiones sociales por el voto. La propia Constitución como dicho antes, contempla los mecanismos para la preservación del Estado de Derecho.

Para tornar reales los principios constitucionales en diversos derechos es preciso un compromiso serio de los representantes

políticos con el país con el pueblo. Mientras esto no ocurre, el Gobierno interviene en la sociedad no con apoyo en la Constitución, sino en el mercado.

## II. La *Medida Provisoria* como principal Fuente del Derecho.

La Constitución brasileña atribuye al Presidente, de entre las competencias que dispone el artículo 84, IV, la de expedir decretos y reglamentos para ejecución de la ley parlamentaria. Pero, el mismo artículo 84, III, atribuye al Presidente de la República a dar inicio al procedimiento legislativo en las materias discriminadas en el párrafo 1º del artículo 61 de la Constitución brasileña.

De la ley, dependen los reglamentos que tienen su fundamento de validez y eficacia. Los Ministros de Estados como auxiliares del Gobierno expiden instrucciones de rango inferior al reglamento. También, tienen la competencia de expedir instrucciones ministeriales cuando falta la regulación de la ley por el Gobierno (artículo 87 II)<sup>233</sup>. La ley ocupa en el ordenamiento jurídico el principal instrumento de actividad legislativa.

Sin embargo, la ley ocupa una posición jerárquicamente superior en el ordenamiento jurídico. Por ello, la producción jurídica debe estar dentro de los principios trazados por la Constitución. Pero, no sólo la ley tiene el poder de insertar normas al ordenamiento, pues, también, las normas con fuerza de ley son consideradas como fuente del Derecho.

---

<sup>233</sup> TEMER, Michel. op. cit. pág. 156-161

Para *BALAGUER CALLEJÓN*<sup>234</sup> la reserva de ley es históricamente anterior al principio de separación de poderes, promovida por el liberalismo, es un concepto de *O. Mayer*, para promover la protección constitucional de los derechos y libertades constitucionales, como la propiedad y la libertad en el ámbito del Estado liberal. La reserva de ley, tiene como objetivo la limitación del poder Ejecutivo en la regulación de esas materias, dependiente, todavía de autorización del Parlamento, dotando el Ejecutivo poderes a través de reglamento con rango de fuerza de ley.

Con la política de mayor participación en la prestación de servicios sociales por el Estado, un cambio del sistema liberal al social, el Ejecutivo participa con mayor intensidad en la labor normativa. Supuesto que el Ejecutivo tornase un poder democratizado, cuyo concepto de reserva de ley, sufre un cambio, pues en el Derecho Constitucional español, la reserva de ley no solo es aplicable al Parlamento, pero, existe reserva de ley al poder Ejecutivo también, con potestades reglamentarias, como el Decreto-ley o Decretos legislativos.

Por ello, el Parlamento y el Gobierno son democráticos y ambos representan a la mayoría, integrando también en el Parlamento, las minorías que pueden intervenir en el proceso normativo.

En este juego democrático entre mayoría y minoría, la reserva de ley remite a la mayoría para la decisión sobre la materia de competencia de la ley orgánica, lo que se concluye por la democracia de la mayoría. Aún siendo el Ejecutivo formalmente democrático, es

---

<sup>234</sup>op. cit.(I) pág. 163-166; JESCH, Dietrich. Ley y Administración. Estudio de la Evolución del Principio de Legalidad. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. España. 1978. pág. 38

notable la mayor presencia de la mayoría en la normatividad parlamentaria que en el Ejecutivo, que sólo interviene a través del poder reglamentario<sup>235</sup>. En el ordenamiento constitucional español los poderes son considerados democráticos a tenor del artículo 1º.2.

Así se va a expresar la autonomía de los entes locales debido a sus potestades reglamentarias. Y que va tener la garantía constitucional con los efectos normativos y democráticos con el desarrollo dentro de las instituciones representativas de los ciudadanos en el marco del pluralismo político.

Esto tiene sentido ya que el Poder Legislativo es compuesto por representantes del pueblo, lo que hace válida y eficaz la regla de no delegación de atribuciones a otro poder como es el caso del Ejecutivo. La transferencia de la función legislativa al Ejecutivo, supone la quiebra del principio democrático y de la representatividad parlamentaria. Así, la prohibición de la delegación de funciones<sup>236</sup>, es una técnica que garantiza la voluntad popular para la inserción de normas en el ordenamiento jurídico.

Configurase así la pluralidad del sistema de fuentes del Derecho por el Estado. Por resultado del déficit de representatividad parlamentaria, el Ejecutivo toma el monopolio legislativo<sup>237</sup>, pudiéndose tornar una forma ordinaria de inserción de normas al ordenamiento jurídico.

En los países de sistema bicameral como es en Brasil, la Cámara de los Diputados son los representantes legítimos del pueblo,

---

<sup>235</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional (I) op. cit. pág. 167

<sup>236</sup> SIQUEIRA DE CASTRO, Carlos Roberto de. op. cit. pág. 165

<sup>237</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. Asunción. El Procedimiento Legislativo. Publicaciones Congreso de los Diputados. Serie IV. Monografías nº. 10. Madrid. España. 1987. Pág. 126

mientras que, el Senado Federal representa a los Estados miembros, ambas las Cámaras componen el Congreso Nacional. De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución brasileña:

*“El Poder Legislativo es ejercido por el Congreso Nacional, que es compuesto por la Cámara de los Diputados y del Congreso Nacional”.*

En razón de la competencia legislativa democrática, y para que sus competencias sean efectivas, el principio de no delegación de funciones impide tanto a la Cámara de los Diputados, tanto al Senado Federal, la transferencia de sus funciones legislativas, originariamente atribuidas por la Constitución, excepto, las previsiones en ella determinadas.

De hecho, el acto de legislar siempre fue de competencia del Ejecutivo en contrariedad a los principios constitucionales para enfrentar los desafíos nacionales, haciéndose tabla rasa de los principios rígidos constitucionales que prevalecen jerárquicamente sobre cualquier especie normativa inferior a la Constitución.

Luego, las fuentes del Derecho en Brasil, tienen sus raíces en la forma presidencialista de Gobierno<sup>238</sup> y con el amparo en las constituciones dictatoriales o democráticas, pero, siempre con un

---

<sup>238</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. pág. 285.

mayor grado en la persona del presidente, lo que contradice con la función normativa de la Constitución.

El equilibrio normativo es fundamental para que el ordenamiento garantice estrictamente a todos. El hecho de hacerse tabla rasa del principio de separación de poderes, el Ejecutivo tornase incontrolable y tirano, pues, al insertar normas en el ordenamiento jurídico va a contrariar los intereses del ciudadano por la inconstitucionalidad normativa. La *Medida Provisória* va a tener el poder de suprimir la garantía de un principio constitucional de la soberanía del pueblo recogido en párrafo único del artículo 1º de la Constitución brasileña:

*“Todo el poder es de emanación del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución”.*

Aunque la forma presidencialista de Gobierno despliegue la preponderancia del Ejecutivo sobre los demás poderes que es la esencia misma del sistema<sup>239</sup>, no se puede negar la existencia de una Constitución caracterizada como un “pacto social” donde se garantizan los derechos de los ciudadanos y fuente de todo el Derecho y que va a dar la validez y la garantía al ordenamiento jurídico.

---

<sup>239</sup> DUVERGER, Maurice. op. cit. pág.

Tal equilibrio es esencial para la garantía de los derechos y para la eficacia del ordenamiento jurídico como un todo unitario en el ámbito federal. La forma federativa de Estado, contribuye compensando el poder normativo central, por su descentralización en los Estados federados con su autonomía competencial y normativa<sup>240</sup>.

La ausencia del equilibrio normativo en la esfera federal respecto a las unidades federadas resulta en la centralización del poder político. Aunque los Estados federados poseen la competencia normativa en sus asambleas legislativas, la normativa producida por el poder central contradice aquellas competencias. Esto va a generar una inestabilidad en las relaciones jurídicas en el ámbito de la validez y eficacia normativa de ambos entes, Unión Federal y Estados Federados.

Este confronto normativo puede generar el control difuso de las normas contradictorias por el Poder Judicial en los Estados federados, que ni siempre las decisiones son semejantes, ya que ellos, les facultan la competencia normativa propia<sup>241</sup>.

La *Medida Provisória* al insertar normas en el ordenamiento jurídico brasileño, actúa en contraposición a la soberanía del pueblo, pero, obedece a los nuevos postulados de la ciencia del Derecho, una

---

<sup>240</sup>KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. pág. 315-319. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. (I) op. cit. pág. 66-68

<sup>241</sup>El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Op. Cit. Pág. 232. "...Ese proceso de producción no se estructura en un orden coordinado de normas de igual valor. Por el contrario, la relación entre una NSP (normas sobre la producción jurídica) que regula la producción de otra norma y la norma producida de acuerdo con esa determinación, es siempre una relación jerárquica, una relación de supraordinación y subordinación en la que la NSP es la norma superior y la norma producida conforme a la NSP es la norma inferior". BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. op. cit. Pág. 101



vez que no sólo el parlamento tiene la exclusividad en la competencia para la producción normativa.

La crisis de la ley es la crisis del Parlamento, pues, en el Estado legal de Derecho se llegó a pretender la identidad total entre el Derecho y la ley a través de la reducción del Derecho a esa sola fuente. En el Estado constitucional de Derecho, la diferenciación entre Constitución y ley hace posible la ampliación del ámbito del Derecho y el sometimiento de la ley a los preceptos constitucionales.

La vinculación del legislador a la Constitución lo hace perder el carácter de absoluto en la producción normativa. También los demás poderes del Estado van a perder el monopolio sobre el Derecho y que va a afectar el sistema de fuentes.

De esto resulta que la tradicional teoría de separación de poderes ya no es absoluta en la actualidad. El Estado Constitucional al trazar las competencias, los poderes del Estado van a actuar según tales normas de competencia.

En Brasil, la ley deberá estar de acuerdo con los principios constitucionales. El Congreso Nacional no va a tener una supremacía respecto al fin del régimen militar que gobernó el país por veinte años. El Gobierno democrático va a seguir introduciendo normas en el ordenamiento aunque el instrumento utilizado se parezca con el Decreto-ley utilizado por el Gobierno de la dictadura.

Sin embargo, la potestad legislativa del Ejecutivo como una prerrogativa en la producción del Derecho, la ley, independiente del grado de su producción por el Poder Legislativo, aún será siendo el referencial del Estado de Derecho y del Gobierno democrático.

El imperio de la ley y la actuación de los poderes del Estado en sus límites va a hacer que la tradicional teoría de separación de poderes pierda su aplicabilidad en los días actuales. Debido al constitucionalismo de Estado, el sistema presidencial de Gobierno va a perder parte de su prerrogativa. Esto es así, pues, la inexistencia de la división rígida de poderes va a resultar en la colaboración entre tales poderes. La Constitución trata del sistema presidencialista como un órgano corresponsable con el Legislativo, mismo que el Presidente de la República sea electo por sufragio directo por el pueblo<sup>242</sup>.

Desde este punto de vista, la introducción de normas en el ordenamiento jurídico brasileño a través del Ejecutivo, no cabe más su posición contraria al Estado de Derecho, sino el desarrollo de su competencia constitucionalmente establecida bajo el control parlamentario y judicial.

Los nuevos valores en la sociedad dan nuevos contornos al significado de la ley. Valores expresados en una sociedad plural, cuya democracia, es la forma de Gobierno y que inspira a todas las instituciones del aparato Estatal.

La ley como fuente del Derecho, pasa a tener connotación suprema, superando así, el legalismo estatal, donde el Juez, la aplicaba formalmente al caso concreto. La concepción del “Juez creador del Derecho”, supone la existencia de una norma abstracta y general, desarrollada constitucionalmente por el legislador ordinario o

---

<sup>242</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Fuentes del Derecho. op. cit. pág. 26. Para el autor, la creación y la aplicación del Derecho, no serán funciones entendidas ya bajo el prisma de una separación rígida, como en la teoría clásica, sino integrando un proceso en el que los actos de aplicación pueden ser a la vez de producción, y en el que no se puede identificar ya al legislativo como el único creador del Derecho. RUGGERI, A. *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 16 ss; MERKL, A. *Il duplice voto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 54. Ss..

bien, el Juez, la aplica, creando el Derecho, directamente de la Constitución, cuando ésta, contiene normas autoaplicables, siendo innecesario el desarrollo parlamentario. Y bien así, las instituciones administrativas, al aplicar los reglamentos administrativos, al mismo tiempo en que aplican el Derecho, lo crea, pero, con total arreglo a la Constitución.

Por otro lado, cuando es el Ejecutivo que crea y aplica la norma, se supone valores ya debidamente planteados y discutidos en nivel parlamentario, bastando para eso, la ejecución de la norma, no meramente formal, sino, a través de juicio de valores, interpretados de la norma a su disposición.

La *Medida Provisória*, como instrumento de la potestad legislativa del Ejecutivo es un excedente. Por ella se va a impedir las manifestaciones de voluntad de una sociedad pluralmente representadas. Definida como un acto unipersonal del Jefe del Gobierno va a vulnerar los principios de competencia y jerarquía normativas para la introducción de la norma extraña al ordenamiento y que va a poner en riesgo el Estado de Derecho y la democracia<sup>243</sup>.

Las normas en el ordenamiento jurídico deben ser interpretadas por los órganos encargados para su aplicación. Todo ello con respecto a su validez y eficacia, bien como su congruencia con el ordenamiento jurídico y su unidad ordinamental.

---

<sup>243</sup> La gran expresión del presidencialismo mitigado adoptado por la Constitución de Brasil de 1988, está en el papel relevante del Legislativo en materia financiera. Por ello se determina la política a ser implementada por el Gobierno. SLAIBI FILHO, Nagib. Op. Cit. Pág. 138; Por otro lado, el Estado social exige una actuación del Gobierno. El Poder Ejecutivo creció en varios sentidos, y con esto, asumió una fuerza política y jurídica preponderante respecto a los demás poderes. La función legislativa produce un gran número de leyes y por otro lado, el Estado actúa cada vez más por medio de otros instrumentos jurídicos distintos de la ley. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 53

El conocimiento de la realidad social, es un imperativo para la producción normativa, bien como, por la forma del Estado federal, cuyas competencias se establecen en la Constitución. Se reservando también las competencias para los Estados federados. Por ello, se va a compensar la legislación de nivel nacional por los Estados miembros.

Por ello, las fuentes del Derecho se verificarán en los varios centros de producción. Lo que, ya no se puede considerar estos centros como independientes, puesto que, los mismos están vinculados a la norma fundamental, donde adquieren la validez y la eficacia a través de la jerarquía y la competencia normativas.

Respecto de la pluralidad de ordenamientos, la Constitución se torna imprescindible por su posición privilegiado por encima del ordenamiento jurídico y de los poderes estatales. Lo que lleva a decir que todos los brasileños a ella deben obediencia debido a su fuerza normativa que poco a poco despliega sus efectos previsibles por los constituyentes de la realidad social cambiante.

El Poder Ejecutivo, tiene reservada la competencia para la protección de la República. Sus normas extraordinarias objetivan al restablecimiento del orden social y político. Con esto se va a impedir la desarticulación de la sociedad y de sus derechos por normas extranjeras. De esto, resulta que la voluntad del Presidente de la República, debe expresar la voluntad general a través de normas que deberán ser producidas por el Legislativo y por el procedimiento democrático de debates de ideas.

Su poder de influencia en el Parlamento se añade a una mayoría que de acuerdo con su propuesta, producen la norma que

reglará el Derecho de la mayoría y sin que se olvide el Derecho de la minoría contraria al nuevo Derecho que se produce.

## CAPÍTULO - II

### TEORÍA GENERAL DE LA *MEDIDA PROVISÓRIA*.

#### 1. Los antecedentes de la *Medida Provisória*

Los orígenes de la *Medida Provisória* se remontan al *Estado Novo*, durante la dictadura, y se recoge por primera vez en la Constitución brasileña de 1937<sup>244</sup>, en sus artículos 12, 13 y 74, b. Consistía en una potestad legislativa atribuida al Ejecutivo por el Legislativo, con el *nomen juris* de Decreto-ley.

En el Gobierno Imperial, la primera Constitución de 1824, hacía referencia a la expresión “*medida provisória*” e “*indispensável*”, en el

---

<sup>244</sup> Constitución que jamás estuvo en vigor en una época de desconfianza con la democracia y de la defensa de los Estados fuertes, centralizadores y autoritarios (cuando no totalitarios: Alemania e Italia bajo el nazismo y el fascismo) MERLIN CLÉVE, Clemérson. Medidas Provisórias. op. cit. pág. 37.

artículo 179-35; pero con un sentido diferente del que se emplea en la actualidad<sup>245</sup>.

Por la Constitución brasileña de 1946 se instauró el Parlamentarismo. En este momento, el Decreto-ley previsto en la anterior Constitución de 1937 fue suprimido junto con la delegación legislativa para asegurar las actividades normativas del Legislativo en contraposición al Ejecutivo.

Posteriormente en 1967, con el régimen militar, el Decreto-ley volvió a la Constitución brasileña. Esta Constitución recogía la figura del Decreto-ley en el artículo 58 con la expresión *nomen juris* de *Decretos con fuerza de ley* a través de la Enmienda constitucional n.º 1 de 1969, artículos 52 y 55:

*“Art. 55. El Presidente de la República, en casos de urgencia o de interés público relevante, y desde que no haya aumento de gastos, podrá expedir decretos-leyes sobre las siguientes materias:*

*I – Seguridad nacional;*

*II – Finanzas públicas, incluso normas tributarias;*

*III – creación de cargos públicos y fijación de vencimientos.*

*§ 1º. Publicado el texto, que tendrá vigencia inmediata, el decreto-ley será sometido por el Presidente de la República al Congreso Nacional, que lo aprobará o rechazará, dentro*

---

<sup>245</sup> DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. op. cit. pág. 52. (para MERLIN CLEVE, Clémerson, las Constituciones de 1824, 1891, 1934 y 1946, no definieron la competencia del Ejecutivo para editar Decretos-leyes. In: Atividade Legislativa do Poder Executivo. op. cit. pág. 153 y Medidas Provisórias. op. cit. pág. 37.

*de sesenta días contados de su recibimiento, no pudiendo enmendarlo; si, en ese plazo, no hubiere deliberación, se aplicará el dispuesto en el §3º del art. 51.*

*§2º El rechazo del decreto-ley no implicará en la nulidad de los actos practicados durante su vigencia.*

*§3º En la falta de deliberación, dentro de los plazos establecidos en estos artículos y en el párrafo anterior, cada proyecto será incluido automáticamente en el orden del día, en régimen de urgencia, en las diez sesiones subsecuentes en días sucesivos, si, al final de estas, no fuere apreciado, se considerará definitivamente aprobado”.*

Con la Constitución de 1969, el Poder Legislativo se manifestaba sobre el Decreto-ley para convalidarlo o denegarlo. Todo ello, en el plazo de sesenta días<sup>246</sup>.

Según lo dispuesto en el artículo 55 párrafo 1º de la Constitución de 1967 para que se llevase a cabo la aprobación o denegación del Decreto-ley era necesario la manifestación del Congreso Nacional, el cual aprobaba o denegaba dicho Decreto-ley. Esta aprobación o denegación se realizaba sin existir la posibilidad de practicar enmiendas al Decreto-ley. Por otro lado la ausencia de aprobación o denegación del Decreto-ley por parte del Congreso Nacional provocaba que el Decreto-ley se considerase tácitamente aprobado.

---

<sup>246</sup> MERLÍN CLÈVE, Clémerson. Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág. 37; DANTAS, Ivo. Op. Cit. Pág. 51-54



En este momento entraba el Decreto-ley a formar parte del ordenamiento jurídico, pero sin existir ningún juicio de validez en la determinación de sus presupuestos.<sup>247</sup>

La Constitución de 1967 sufrió alteraciones con la Enmienda n.º 22/1982. Así se alteró el párrafo 1º del artículo 55, en el que se determinaba que:

*“Publicado el texto que tendrá vigencia inmediata, el decreto-ley será sometido por el Presidente de la República al Congreso Nacional, que lo aprobará o denegará dentro del plazo de sesenta días, a contar desde su recibimiento, no pudiéndose enmendar; si, en este plazo no hubiere deliberación, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 51.”*

Dicha enmienda tenía como objetivo evitar la falta de deliberación del Congreso Nacional sobre los Decretos-leyes. Por otro lado, era prohibido al Parlamento enmendar el Decreto-ley. Como consecuencia de ello, según lo establecido en el párrafo 1º del artículo 55, las funciones y actividades del Congreso Nacional se veían limitadas. El Decreto-ley era considerado tácitamente aprobado con la omisión del Congreso Nacional, simplemente. Por ello, la Enmienda

---

<sup>247</sup> MERLIN CLÈVE, C. Medidas Provisórias. Op. Cit. pág. 37-38

n.º 22/1982 configuró la omisión como la falta de deliberación del Congreso Nacional sobre el Decreto-ley conforme se establecía en el párrafo 3º del artículo 51 de la Constitución de 1967:

*“En la falta de deliberación dentro de los plazos establecidos en este artículo y en el párrafo del artículo anterior, cada proyecto será incluido automáticamente en el orden del día, en régimen de urgencia, en las diez sesiones subsecuentes en días sucesivos; si, al final de estas no sea apreciado se considerará definitivamente aprobado”*

La reforma constitucional tenía como objetivo obtener del Congreso Nacional su deliberación sobre la aprobación o denegación del Decreto-ley. Así, se impedía la omisión del Congreso Nacional. Por dicha enmienda, la omisión del Congreso Nacional implicaría la inclusión del proyecto en el orden del día, en régimen de urgencia en diez sesiones consecutivas. Por tanto, aunque la enmienda determine la obligación del Congreso Nacional para aprobar o denegar el Decreto-ley, la misma se contradice al establecer que en los casos de falta de la apreciación por el Congreso Nacional, el proyecto se considerará definitivamente aprobado tácitamente.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup>BERGMANN ÁVILA, Humberto. op. cit. pág. 27-28; MERLÍN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 37-38; DANTAS, Ivo. Op. Cit. Pág. 53-54

El Decreto-ley, pese su limitación constitucional respecto a la *Medida Provisória*, introducía normas en el ordenamiento jurídico brasileño sin que el Congreso Nacional pudiese hacer cualquier juicio de valor jurídico. Las enmiendas constitucionales tenían como fin obtener la deliberación del Congreso Nacional. A raíz del cambio político que se produce con la dictadura en Brasil en el año de 1964, el Congreso Nacional no actuaba bajo la democracia y del Estado de Derecho, sino que se veía sometido a las imposiciones dictatoriales y también sometido a las constantes enmiendas constitucionales modificativas de los Decretos-leyes.

La *Medida Provisória* fue introducida en la Constitución brasileña de 1988, tras la ruptura de la forma de Gobierno dictatorial, que tuvo su fin el año 1984. Desde 1984 hasta 1988 el Decreto-ley tuvo un protagonismo en la transición democrática. El Decreto-ley, en la Constitución de 1988, fue sustituido por la *Medida Provisória*. La *Medida Provisória* tiene como base el modelo parlamentario del Gobierno italiano<sup>249</sup>. Con la promulgación de la nueva Constitución de 1988, la *Medida Provisória* sería el instrumento de producción normativa por el que el Gobierno va a legislar en colaboración con el Congreso Nacional. Esto va a dar lugar a una nueva configuración en las relaciones entre el Gobierno y el Congreso Nacional, con una clara y típica connotación de la forma parlamentarista de Gobierno<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup>La primera Constitución italiana desconocía la Medida Provisória. Sin embargo, en situaciones de emergencia, el gobierno editaba decretos con fuerza de ley y después los sometía a revisión parlamentaria. Todavía, con la desaprobación de buena parte de la doctrina y tentativas aisladas de la jurisprudencia en el sentido de circunscribir el uso de los decretos con fuerza de ley, el expediente terminó incorporado a la práctica constitucional con la invocación de la necesidad como fuente autónoma del derecho. MERLIN CLÈVE, Clemèrson. A Atividade Legislativa do Poder Executivo. op. cit. pág. 159; CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias. *Regime Jurídico-Constitucional*. Juruá. Curitiba. Brasil. 2003. pág. 25

<sup>250</sup> DANTAS, Ivo. Op. cit. pág. 46

Tras los debates constituyentes, para la promulgación de la Constitución en 1988, se estableció por el artículo 2º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución brasileña, un plebiscito para el 7 de septiembre de 1993. Por el plebiscito el pueblo brasileño decidiría el régimen (república o monarquía constitucional) y la forma de Gobierno (parlamentarismo o presidencialismo) para el país.

Al llevarse a cabo el plebiscito, el pueblo brasileño decidió mantener la forma republicana de Gobierno y el sistema presidencialista. Sin embargo, la Constitución aún continúa teniendo una característica típica del modelo Parlamentario, esta característica está en el hecho de la permanencia de la *Medida Provisória* en la Constitución brasileña tras el plebiscito de 1993. Así, desde la vigencia de la Constitución hasta el plebiscito, la Constitución tenía un carácter híbrido, siendo a la vez parlamentaria y presidencialista<sup>251</sup>.

Como consecuencia del plebiscito de 1993, al elegir la forma presidencialista de Gobierno no se constituyó un Poder Constituyente derivado para la supresión de la *Medida Provisória*. La Constitución brasileña al continuar con su carácter híbrido por la permanencia de la *Medida Provisória* puso en duda las relaciones entre el Gobierno y el Congreso Nacional. El cual va a perder un importante espacio para dar inicio a un Gobierno democrático en pro del Gobierno, éste va a encontrar su apoyo en el pueblo, que tras veinte años de dictadura va

---

<sup>251</sup> Las *Medidas Provisórias* fueron hechas de encomienda para el régimen parlamentarista. La figuración del Estado brasileño está todo modelado en la estructura parlamentarista, restando un sistema casi híbrido, inspirados en el modelo constitucional italiano, todavía, nada impide que, modelado adecuadamente, se adapte al presidencialismo. FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. *Medidas Provisórias*. <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=126&rv=Direito> 02/04/2004. p. 2; SANT'ANA PEDRA, A. *Possibilidade de Edição de Medidas Provisórias por los Municípios*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3761> 02/04/2004. Pág. 2

a elegir directamente al Presidente de la República de forma democrática.

La *Medida Provisória* en la Constitución es instrumento de inserción de normas en el ordenamiento jurídico. La eficacia y validez de la *Medida Provisória* en el ordenamiento jurídico, va a depender de la manifestación del Congreso Nacional para el efectivo control de sus presupuestos constitucionales. En realidad, ni el Congreso Nacional ni el Gobierno se han responsabilizado de la edición de la *Medida Provisória*, considerada tal como un instrumento que todo lo puede legislar<sup>252</sup>.

La *Medida Provisória*, desde el momento de su inserción en el orden constitucional brasileño se puede decir que es un sustitutivo del Decreto-ley del régimen militar. Con esto, la *Medida Provisória* estaba volcada hacia el pasado. Por otro lado, se esperaba que en el futuro iba a encajar dentro de la forma parlamentaria de Gobierno. Pero con el plebiscito de 1993 el pueblo escogió la forma presidencialista de Gobierno, lo que puso en cuestión la finalidad de la *Medida Provisória* como instrumento de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo.

La Constitución brasileña recoge los principios de ciudadanía (artículo 1º II), del valor de la libre iniciativa (artículo 1º IV), del pluralismo político (artículo 1º V), del principio democrático

---

<sup>252</sup> La agencia Reuters de Brasilia, divulgó la siguiente nota: acorralado por las 16 *medidas provisórias* que se están cerrando la pauta de la Cámara, el líder del Gobierno, Diputado Miro Teixeira, afirmó en el Miércoles 10 del año en curso, que es contra la edición de *Medidas Provisórias*. "...Yo siempre estuve contra la existencia de MP en la Constitución...", dijo él. Preguntado sobre lo que considera sobre el grande volumen de *medidas provisórias* enviadas por el Gobierno, el diputado afirmó que "...el problema no es el número de MP, sino, la existencia del instrumento. Presidencialismo con MP, si no es el único caso en el mundo, es uno de los únicos. *Medida Provisória* es instrumento del Parlamentarismo". El diputado, piensa aún, ser buena la propuesta de alteración de las reglas de tramitación de *medidas provisórias*, que pasarían de 45 días para 90 días, período ese, que una MP tramita en el Congreso Nacional antes de la pérdida

representativo (artículo 1º, párrafo único) y de la tripartición de poderes (artículo 2º).

Tales principios condicionan la interpretación de las normas constitucionales, atribuyéndoles a las mismas un valor constitucional. Algunos de los principios son importantes en el lenguaje de la propia estructura constitucional. De esta manera el intérprete no puede analizar la potestad legislativa del Poder Ejecutivo sin olvidar la diversidad del sistema en el cual el *decreto-legge* italiano está recogido. Principalmente en lo que se refiere a los principios más eminentes.

Aunque los orígenes de la *Medida Provisória* provienen del *decreto-legge* italiano, en realidad se puede verificar las diferencias específicas entre el *decreto-legge* y la *Medida Provisória*. La principal diferencia consiste en que el régimen del Gobierno parlamentario, al cual está sometido el *decreto-legge* en Italia, depende de la confianza parlamentaria, mientras que en Brasil, siendo la forma de Gobierno presidencialista, el Presidente de la República va a estar libre de responsabilidad en el momento de la práctica del acto<sup>253</sup>.

---

de su validez constitucional. Líder do Governo na Câmara é contra existência de MP. <http://br.news.yahoo.com/040310/5iqlp.htm1> Qua, 10 Mar – 18h25

<sup>253</sup> BERGMANN ÁVILA, H. op. cit. pág. 34-35; PITRUZZELLA, G. *La Legge di Conversione del Decreto Legge*. CEDAM. Padova. Italia. 1989. Pag. 70 y 111. MERLIN CLÈVE, C. Medidas Provisórias. op. cit. pág. 41-44 y Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. pág. 159-160. CHIESA, Clélio. Op. Cit. pág. 29-30; TEMER, M. Op. cit. Pág.151-152; . FREJDA SZKLAROWSKY, L. *Medidas Provisórias*. <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=126&rv=Direito> 02/04/2004. pág. 2; SANT'ANA PEDRA, A. *Possibilidade de Edição de Medidas Provisórias por los Municípios*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3761> 02/04/2004. Pág. 2; BARBOSA MIRAGEM, Bruno Nubens. *Aspectos da Alteração de Medida Provisória pelo Parlamento e sua Conversão em Lei*. [www.neofito.com.br/artigos/art01/const53.htm](http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const53.htm) 05/04/2004, pág. 1

## 2. El Proceso de Elaboración de la *Medida Provisória* en la Constitución brasileña de 1988.

Con la institución de la Comisión Provisoria de Estudios Constitucionales<sup>254</sup> (Decreto nº . 91.450, de 18.07.1985) – “Comisión Afonso Arinos” no se hizo ninguna referencia a los Decretos-leyes, por lo que se puede decir que el artículo 46 del texto de 67/69, con la redacción de la *EC n.º 22/82*, no encontraba un equivalente en el artículo 175.

Igualmente, en el Proyecto A de la Comisión de Sistematización de la Asamblea Constituyente de 1987 no se hizo alusión a la *Medida Provisória* (artículo 73) ni del proceso legislativo y de las atribuciones del Presidente de la República (artículo 95)<sup>255</sup>.

Meses antes de la promulgación de la Constitución, el filólogo Celso Ferreira da Cunha, insertó la *Medida Provisória* en el artículo 59 de la Constitución brasileña, considerándola como un instrumento más dentro del proceso legislativo.

Por el artículo 62 de la Constitución brasileña se va a determinar la forma como se va a utilizar la *Medida Provisória*, como instrumento

---

<sup>254</sup> DANTAS, Ivo. op. cit. pág. 54

<sup>255</sup> “Para CELSO BASTOS, que la presencia de la *Medida Provisória* en la Constitución fue fortuita, por respondió a una necesidad resentida en la Asamblea Constituyente ante el rol de competencias del Congreso Nacional, ninguna posibilidad existiría para tornar dinámico el orden Jurídico sin la adopción de un instituto dotado de celeridad” in: Uma Solução Definitiva para as M. Provisórias. página web: [http://www.ibdc.com.br/artigos\\_eestudos](http://www.ibdc.com.br/artigos_eestudos)

extraordinario de creación normativa del Poder Ejecutivo, esto se va llevar a cabo a partir de la promulgación de la Constitución el 5 de octubre de 1988.

Las repercusiones negativas que presenta la *Medida Provisória* debido a su poder para introducir normas con fuerza de ley en el ordenamiento jurídico brasileño tiene su similitud con el Decreto-ley.

Esta semejanza no se encuentra en los aspectos formales que recoge la actual Constitución, sino en su finalidad última, que más parece una continuidad del antiguo Decreto-ley, utilizado por el Gobierno dictatorial.

La utilización sucesiva de la *Medida Provisória* por el Gobierno es una contradicción con los nuevos postulados democráticos. Tal contradicción va a plantear el principio de la separación de los poderes del Estado brasileño, principalmente, respecto al papel desarrollado por el Poder Legislativo, dotado de considerables competencias normativas por la nueva Constitución.

Sin embargo, la intervención constante del Poder Ejecutivo en la labor legislativa va a producirse de forma extraordinaria o delegada y no de forma ordinaria. Todo ello sin ningún control concreto por parte del Congreso Nacional, el cual actúa con el fin de expulsar del ordenamiento jurídico los obstáculos para desarrollo de la sociedad.

Pese al entendimiento contrario de determinadas doctrinas, se defiende en nuestro país que no existe lugar para el reglamento autónomo, de tal suerte que el poder reglamentario del Presidente de la República, será ejercido con el fin de promover la fiel ejecución de la ley (artículo 84 IV, Constitución brasileña).



En Brasil, el reglamento es considerado un instrumento normativo secundario sin la característica para innovar un válido y originario ordenamiento jurídico. El artículo 25 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, se garantiza el principio de legalidad o imperio de la ley, al recogerse que el poder reglamentar del Poder Ejecutivo no excederá los límites de la ley.

Sin embargo los límites del artículo 25 *ADCT*, el artículo 62 que trata de la *Medida Provisória* en la Constitución Brasileña recogió por la anterior redacción<sup>256</sup> el siguiente:

*"En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar Medidas Provisórias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al congreso Nacional, el cual estando en vacaciones será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días".*

El párrafo único del citado artículo completa:

---

<sup>256</sup> La EC n.º 32 de 11/09/2001 da nueva redacción al artículo 62 de la Constitución brasileña limitando el Poder Ejecutivo en ciertas materias, bien como disciplinando la actuación del Congreso

*“Las Medidas Provisórias perderán eficacia desde la adopción si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso Nacional regular las relaciones derivadas de ellas”.*

El Poder Ejecutivo, además de participar del proceso legislativo ordinario a través del poder de iniciativa de leyes o en virtud de veto, sea aún promulgando las leyes, (artículos 61, 84 III, IV, y V de la Constitución brasileña) lo mismo se encuentra finalmente autorizado a ejercer la actividad legislativa en dos situaciones: A través de las leyes delegadas y de las *Medidas Provisórias*<sup>257</sup>.

No es posible olvidar la situación política actual y cambiante. La hipertrofia del Poder Legislativo, ha dejado en manos del Poder Ejecutivo un instrumento que anula cualquier tradicional forma política de organización de los poderes. La doctrina denomina de *modelo brasileño*, no por cuenta de una elaboración teórica y pensada, sino por la consecuencia de acuerdos y concesiones entre el Gobierno y parlamentarios, por cuenta de la mayoría que el Gobierno tiene en el Congreso de Nacional.

---

Nacional y el aumento del plazo de treinta para sesenta días para la conversión en ley o el rechazo de la *Medida Provisória*.

<sup>257</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Op. Cit. Pág. 99; BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 59-60

Por esta misma forma de modelo, que venía con las directrices al sistema parlamentario de Gobierno, el Poder Constituyente, repentinamente cedió lugar a un presidencialismo con los vicios del pasado que aún están presentes, comprometiendo, de esta forma, toda una lucha en defensa de la democracia y de la legalidad, elementos llevados a la categoría de principios fundamentales de la Constitución<sup>258</sup>.

El constituyente brasileño al proponer la *Medida Provisória*, quiso distinguirla del antiguo decreto-ley del Gobierno de la dictadura. La diferencia está en la naturaleza jurídica, pues, la *Medida Provisória*, depende para su aprobación, la manifestación de ambas Cámaras del Congreso Nacional, a consideración de la forma democrática de Gobierno que se recoge en la Constitución en su artículo primero. Ya el Decreto-ley no dependía de la manifestación expresa del Congreso Nacional para ser aprobado, lo cual, era considerado tácitamente aprobado y se lo introducía en el ordenamiento jurídico por fuerza del régimen dictatorial<sup>259</sup>.

Sin embargo, normativamente, la *Medida Provisória* tener un control parlamentario democrático, el Tribunal Supremo entiende que la ausencia de manifestación del Congreso Nacional sobre las *Medidas Provisórias*, no implica en anulación de éstas. Por el entendimiento de la Suprema Corte, el Gobierno puede reiterar la *Medida Provisória* en cuanto el Congreso<sup>260</sup> no se manifieste sobre los

---

<sup>258</sup> DANTAS, Ivo. op. cit. pág. 43-45

<sup>259</sup> DANTAS, Ivo. Op. Cit. Pág. 51; MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 153-157; MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág. 37-41; CHIESA, Clélio. op. cit. pág. 27-29

<sup>260</sup> AgRE n.º 231.630-PR, rel. Ministro Néri da Silveira, 2ª T., j en 24.8.99, DJ de 24.9.99; AgRgAg n.º 336579; Agravo Regimental em Agravo de instrumento ou petição, rel. Ministro Maurício

presupuestos habilitantes de relevancia y de urgencia contenidos en el artículo 62. Con este entendimiento de la Suprema Corte, la *Medida Provisória* en nada se distingue del antiguo decreto-ley, lo que es peor, entra en el mundo jurídico, vulnerando los derechos y la propia Constitución promulgada en la democracia<sup>261</sup>.

---

Corrêa, PR, j.en 25.9.01, 2ª. T. , DJ de 12.10.01; ADIn. N.º 1.617, rel. Ministro Octávio Gallotti, MS, j. Em 19.10.00. DJ de 7.12.00.

<sup>261</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Aspectos Polêmicos da Medida Provisória. Pág web <http://w3.www.jfrn.gov.br/docs.doutrina113.doc> 01/06/2004 – pág. 3-4

### 3. El Marco Constitucional de la *Medida Provisória*

La naturaleza jurídica de la *Medida Provisória*, respecto a la forma de Gobierno presidencialista en Brasil, resulta del sistema híbrido entre el parlamentarismo<sup>262</sup> y el presidencialismo. Desde el punto de vista de la forma parlamentaria de Gobierno, la *Medida Provisória* se asemeja al Decreto-ley español. Ambos, van a depender del control del Parlamento<sup>263</sup>.

A diferencia del sistema parlamentario de Gobierno, donde el Parlamento tiene preponderancia sobre el Ejecutivo, la *Medida Provisória* en la Constitución de Brasil, podrá tener una configuración parlamentarista, respecto a su procedimiento recogido en el artículo 62.

Por esta legitimidad que le confiere el pueblo al Gobierno, éste, podrá insertar normas en el ordenamiento jurídico contrarias al interés

---

<sup>262</sup> para MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. op. cit. pág. 146, "...la Constitución, a despecho de ser un documento compromisario, poseyendo, incluso, preceptos de orientación parlamentarista, erigió un sistema de frenos y contrapesos que, debidamente operado por los órganos del Poder Estatal, es suficiente para impedir el arbitrio y la prominencia no contrastable de uno de los poderes (especialmente el Ejecutivo) sobre los demás..." Añade el autor que, el proceso de parlamentarización del presidencialismo brasileño no comenzó con la Constitución de 1988, sino, con la flexibilidad de las normas que tratan de las incompatibilidades, ya anteriormente previstas, y que permitió el ejercicio, por los parlamentarios, de cargos en el Ejecutivo. En la actualidad, esa regla se encuentra en el art. 56, I, de la Constitución brasileña. Tal flexibilidad era impensable en los albores del presidencialismo brasileño. Sin embargo, es de convenir que las *Medidas Provisórias* se adaptan bien al régimen parlamentarista de Gobierno.

<sup>263</sup> "...La naturaleza jurídica del Decreto-ley sea también la propia de un acuerdo de voluntades similar al que se produce en los Decretos legislativos. En ambos casos se requiere la voluntad concorde de dos órganos (Parlamento y Gobierno, Congreso y Gobierno) para que la fuente se incorpore en plenitud al ordenamiento jurídico..." BALAGUER CALLEJÓN, F. Derecho Constitucional (1). Op. Cit. pág. 142

de la sociedad. Con esto va a estar contrariando los derechos garantizados por la Constitución. La vulneración de los derechos constitucionales va a suponer la ausencia de un efectivo control constitucionalidad, lo que pone en riesgo la fuerza y eficacia normativa de la Constitución recién promulgada. El poder de veto que tiene el Presidente de la República en los proyectos de leyes emanados del Legislativo, reduce la voluntad popular democrática cristalizada en diversos partidos políticos de representación democrática a su propia voluntad personal<sup>264</sup> y eso interfiere en el sistema de fuentes del Derecho del punto de vista de la soberanía popular.

El sistema presidencialista de Gobierno en Brasil, no obstante, la rigidez de la separación de los poderes en tesis, se vincula a la Constitución, que, al ser interpretada de forma normativa conlleva a la parlamentarización del presidencialismo.

Pues, el propio texto constitucional traza los límites de actuación normativa del Ejecutivo, y así, su control por el Congreso Nacional<sup>265</sup>. Las minorías allí representadas y debidamente articuladas forman el bloque de oposición. Es tarea de la oposición proponer modelos políticos alternativos y provocar la acción fiscalizadora del parlamento. La minoría va a tener en la libertad de prensa un canal de expresión para la manifestación de su contradicción a la política del Gobierno y de su mayoría que viole los derechos recogidos en la Constitución.

---

<sup>264</sup> RUBIO LLORENTE, F. Op. Cit. pág. 249

<sup>265</sup> El art. 1º. de la Constitución brasileña establece el pluralismo político y en el art. 58 §1º, que “en la constitución de las Mesas y de cada Comisión, se garantiza, tanto cuanto posible, la representación proporcional de los partidos, o de los bloques parlamentares que participan de la respectiva Casa” (Congreso Nacional). El art. 61 de la Constitución Federal, confiere a todos los parlamentarios el poder de iniciativa legislativa y en el art. 89, incluye entre los miembros del Consejo de la República, los líderes de la minoría de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal.

Por otro lado, en el presidencialismo brasileño existe la posibilidad de interpretación de la Constitución de forma normativa. Con esto se va a crear un sistema de partidos similar a la forma parlamentaria de Gobierno. De esta forma, obteniendo la mayoría parlamentaria, el Presidente de la República, no tendrá dificultades para aprobar sus proyectos de leyes o *Medidas Provisórias*, pero siempre con respeto a los derechos de la minoría, que sin lo cual, una interpretación normativa de la Constitución será imposible.

MERLIN CLÈVE<sup>266</sup>, esclarece que, sin embargo, el apoyo de la mayoría al Gobierno no se debe deducir que los parlamentarios van a darle el apoyo político de forma incondicional. Para esto, basta que el Presidente, viole la Constitución, al editar normas arbitrarias, lo que pondrá en riesgo el apoyo parlamentario.

Las normas elaboradas por el Poder Ejecutivo son determinadas por la Constitución brasileña. Este poder normativo del Gobierno en el marco constitucional es extraordinario, aunque la Constitución garantiza la democraticidad de los procedimientos. Por tanto, la obediencia a los principios constitucionales, se exige del Gobierno la obediencia al principio de legalidad, al Estado de Derecho y de la democracia, y por tal, será imprescindible la manifestación del Poder Legislativo en todos los actos del Gobierno.

Sin embargo la existencia del procedimiento anómalo, las normas editadas con fuerza de ley son legitimadas por su asiento en la Constitución, que les confieren validez y efectividad.

**BALAGUER CALLEJÓN<sup>267</sup>** sostiene que:

---

<sup>266</sup> Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. pág. 149.

<sup>267</sup> Fuentes del Derecho. op. cit. pág. 124-125

*“La validez de una norma es en realidad una transferencia de legitimidad, ya que el ordenamiento establece cuál es el órgano con capacidad para producir y el procedimiento adecuado para cada fuente”.*

La falta de obediencia a los principios recogidos en la Constitución, respecto a la inserción de normas en el ordenamiento jurídico, tiene como consecuencia que la norma no se adaptará a la conciencia social dominante y con los criterios democráticos en respeto a la mayoría. Así, será probable que su aplicación no sea efectiva o sea incumplida por la sociedad<sup>268</sup>.

El reparto de competencias y la forma de Gobierno adoptado por determinado Estado influyen directamente sobre la validez de las normas. En Brasil, la forma federativa de Estado, constituye un ordenamiento complejo. Con esto, se va a exigir el cumplimiento de la Constitución respecto a las competencias de los Estados federados.

---

<sup>268</sup> El hábito del Gobierno legislar por *Medida Provisória*, tiene generado protestos parlamentarios e de toda la sociedad civil. Varios fueron los proyectos de reforma constitucional tendientes a limitar el Poder Ejecutivo en su potestad legislativa en insertar normas al ordenamiento a través de *Medida Provisória*. Mismo siendo aprobada la Enmienda Constitucional n.º 32 de 11 de septiembre de 2001, el Gobierno LULA, que, antes era la oposición a los anteriores Gobiernos tras la promulgación de la Constitución de 1988, también incurre en el mismo hábito, ahora, constantes manifestaciones sociales se abren para la discusión de *Medidas Provisórias* impopulares, incompatibles con la ideología progresista. A ejemplo, la *Medida Provisória* n.º 232 editada en diciembre/2004, genera supresiones de derechos sin la existencia de un debate parlamentario previo.



La obediencia a la Constitución, respecto al pacto federativo va a preservar las libertades ciudadanas, los derechos recogidos en la Constitución federal, lo que va a resultar en una menor y más precisa participación del Gobierno central en la labor normativa.

La participación del Gobierno en la producción normativa, respecto a la distribución de competencias en el sistema federativo va a generar un control abstracto de constitucionalidad entre Gobierno y Congreso Nacional.

El control se pasa en la propia normatividad o la juridicidad constitucional después de consumado el debate político y su control entre los poderes<sup>269</sup>.

En el ámbito de la relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, tanto la jerarquía como la competencia van a actuar de manera en que la primera en el ámbito del Estado legal de Derecho habrá una imposición de una norma en virtud de su propia fuerza. Mientras que, por el principio de competencia se va actuar de forma contraria con el referente a la norma sobre la producción jurídica habilitadora. Por ello, se va exigir una remisión al ordenamiento lo que conlleva a decir que la competencia y el ordenamiento son conceptos que se interrelacionan.

La norma sobre la producción jurídica puede ser la propia Constitución, por la superación del Estado de legalidad, por su superioridad jerárquica dentro del ordenamiento jurídico.

---

<sup>269</sup>La distinción entre ley y ordenanza reglamentaria que tiene especial importancia cuando la constitución delega fundamentalmente la producción de normas jurídicas generales en un parlamento elegido por el pueblo, pero remite, para la formulación más precisa de las leyes, a normas generales producidas por ciertos órganos administrativos; o bien, cuando la constitución autoriza al gobierno, en ciertos casos excepcionales, a dictar, en lugar del parlamento, todas las normas generales necesarias, o algunas de ellas. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. pág. 239.

Por tanto, cuando la Constitución determina ciertas competencias, va a ocurrir una descentralización del poder. Y esta observación por los poderes públicos es importante para la eficacia normativa constitucional, lo que va a impedir vulneración del ordenamiento jurídico por normas inconstitucionales.<sup>270</sup>

Esa descentralización tiene que ver con la forma del Estado, a diferencia del Estado unitario o no descentralizado, cuyas decisiones son emanadas a partir de un único centro de poder, con el dominio territorial de validez de las normas que constituyen el orden estatal<sup>271</sup>.

Importa resaltar que la normatividad constitucional deriva de la democracia y del Estado de Derecho en Brasil y que va a transformar la Constitución en la principal fuente del Derecho. De ahí que, la producción normativa gubernamental debe estar estrechamente relacionada con la Constitución y con la reserva de ley que tiene el parlamento. Principalmente, pues, la Constitución establece competencias legislativas a diferentes órganos del poder estatal, lo que impide el arbitrio o la concentración de poderes en las manos del Ejecutivo<sup>272</sup>. Afirma *KRIELE*<sup>273</sup>, que, “*la democracia presupone un Estado constitucional en el cual no haya ningún soberano*”.

Pensamos pues, que el avance de la tecnología que transforma los conceptos de tiempo y de espacio, también va a transformar los conceptos teóricos como democracia y separación de poderes. Con

---

<sup>270</sup>BALAGUER CALLEJÓN, F. Fuentes del Derecho. op. Cit. pág. 138-140

<sup>271</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. Pág. 315-316

<sup>272</sup>El creciente intervencionismo estatal ha facilitado la interacción entre órganos y la colaboración funcional, llegando a constituir un presupuesto intrínseco al Estado social y democrático de Derecho. La adopción del concepto normativo de Constitución como fundamental en los actuales Estados de Derecho ha planteado *de facto* la adaptación del principio clásico a las formulaciones jurídicas de los modernos textos constitucionales. FREIXES SANJUAN, T. La Legislación Delegada. REDC. Madrid. España. 1990. Año 10, nº. 28. Pág. 120

<sup>273</sup> Introducción a la Teoría del Estado. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1980. pág. 315.

esto, se va a dar lugar a prácticas instrumentalizadas en una dinámica institucionalizada y que resultará el entendimiento según la antigua dicotomía Gobierno/Parlamento, respecto a las nuevas técnicas de la relación política denominadas mayoría y minoría parlamentarias.

El parlamentarismo, como el centro productor del Derecho, se ve afectado por su racionalización técnica de organización concreta de poderes, dejando de ser una técnica de armonización de legitimidades diversas. Lo mismo hay que decir del principio de separación de poderes, que ahora se transforma en un modelo de colaboración recíproca de funciones y de control mutuo.

Tales consecuencias van a afectar a la legitimidad del ordenamiento jurídico, teniendo como consecuencia la inseguridad jurídica. La Constitución democrática es el único medio para por fin a tal inestabilidad gubernamental y legislativa. La Constitución que es la fuente del Derecho, va a ser el objetivo a ser observado para la garantía de la producción jurídica.

Por tanto, la observación de la Constitución va a limitar al legislador a los límites de la ley. Esto va a legitimar la actividad normativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo, respecto de sus competencias normativas. Esta legitimidad que deriva de la competencia para la producción normativa y con la obediencia a la Constitución, a su vez, va a legitimar el ordenamiento jurídico.

Así, se puede concluir que la sociedad va a vivir en un Estado de Derecho. La democracia, es el punto de equilibrio entre lo que es y lo que deberá ser, lo que va a impedir la actuación arbitraria de los poderes en lugar del ciudadano. Pensamos, pues, que se ha superado la etapa de soberanía del Parlamento y del Gobierno, dando lugar a la

soberanía del pueblo en la Constitución, como valores determinantes de una sociedad<sup>274</sup>.

No obstante, la Constitución de Brasil establece el sistema federal como reparto del poder territorial y la democracia como forma de Gobierno, se puede decir que es el Estado de Derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico, los instrumentos para la realización de los objetivos de la República.

La fundamentación del Estado brasileño en la soberanía, en la ciudadanía, en la dignidad de la persona humana, en los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa, del pluralismo político, lleva a decir, que toda producción normativa ahí tiene su fuente de validez y eficacia (artículo 1º, I al V de la Constitución).

La República, con fundamento en tales principios y objetivos va a objetivar a la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria; la garantía del desarrollo nacional; la erradicación de la pobreza y de la marginación; la reducción de las desigualdades sociales y regionales; la promoción del bien de todos sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquier otras formas de discriminación (artículo 3º, I al IV Constitución)<sup>275</sup>.

El marco constitucional de la *Medida Provisória* debe estar de acuerdo con el principio de unidad de la Constitución y del ordenamiento jurídico. La ruptura con la unidad constitucional y

---

<sup>274</sup> CARMONA CONTRERAS, Ana, M. op. cit. Pág. 46-47; HABERMAS, J. en Facticidad y Validez. Op. cit. cuestiona la racionalidad normativa contrapuesto a una necesidad de comunicación entre sociedad e instituciones del Estado, en el marco del Estado democrático y de Derecho.

<sup>275</sup> AFONSO DA SILVA, José. Op. Cit. Pág. 107; BOBBIO, Norberto. Estado, Govêrno, Sociedade. Para uma teoria geral da política. Traducido por NOGUEIRA, Marco Aurelio, del original en italiano: "*Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*". Paz e Terra. São Paulo. Brasil. 1986. Pág. 126 ss.; GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional. Op. Cit. Pág.418; LÓPEZ GUERRA, Luis. El Derecho Constitucional Español. op. cit. Pág. 31 ss; CÁMARA VILLAR, Gregório. Derecho Constitucional. Vol. II. Tecnos. Madrid. España. 1999. Pág. 34-36

ordinamental va a caracterizar la actuación gubernamental como inconstitucional. El hecho de que cierta norma va a entrar en el ordenamiento jurídico sea inconstitucional, abre la oportunidad para su cuestionamiento respecto a la constitucionalidad, ante el órgano encargado para su control.

La inconstitucionalidad de una norma se presenta en la esfera de los hechos. No se puede, en principio, caracterizar la norma inconstitucional como jurídica o que esté de acuerdo con el Derecho. La inconstitucionalidad significa que la norma no es Derecho, mientras exista un órgano capacitado para decir que así lo es.

Pensamos que, independientemente del ideal de Gobierno en Brasil, las normas de producción jurídica van a interpretar la Constitución desde el punto de vista de su fundamento y objetivo, los cuales, son los valores que el Estado garantiza.

Por tanto, desde el marco constitucional de la *Medida Provisória*, la potestad legislativa del Gobierno, aunque en los casos de relevancia y urgencia, deberá obedecer a principios superiores recogidos en la Constitución brasileña.

También no se debe olvidar que la superación del presidencialismo, respecto a la participación en la labor normativa del Gobierno, tampoco se puede decir que se encuentra por encima de la ley y de la Constitución<sup>276</sup>.

El artículo 59 de la Constitución, al tratar la *Medida Provisória*, como instrumento de inserción normativa en el ordenamiento jurídico brasileño, se materializa así, la participación del Parlamento en la

---

<sup>276</sup>La superación de la dialéctica Parlamento-Gobierno vincula al ejecutivo y al legislativo a la orientación política que resulta del programa de Gobierno aprobado por las Cámaras con la concesión de su confianza. GARCÍA-ESCUADERO MARQUES, Piedad. Op. cit. pág. Pág. 50.

iniciativa de la producción normativa del Gobierno. De ahí que, el marco constitucional de la *Medida Provisória* no va a tener arreglo en un presidencialismo típico.

Por ello, la *Medida Provisória* va a tener arreglo en un Gobierno del tipo Parlamentario, en el que la responsabilidad recae en ambos poderes por la fuerza normativa de los principios, de los fundamentos y de los objetivos que la Constitución recoge. Razón por la cual, siendo el Parlamento también democrático y considerado como el centro originario de la producción del Derecho, recae tal control normativo.

El artículo 62 de la Constitución brasileña al determinar en su párrafo 3º que la conversión en ley de la *Medida Provisória* debe ser en el plazo de sesenta días y bien así en el caso de que el Parlamento la rechace, el mismo deberá disciplinar las relaciones de ella derivadas.

Al no ser convertida en ley, manifiesto está el desacuerdo del Parlamento, que tiene la facultad hacer las alteraciones necesarias para su conversión en ley, como si fuese un proyecto de ley.

La disciplina de las relaciones jurídicas originadas por la *Medida Provisória* revocada o caducada por el Parlamento, es incompatible con lo que dispone el propio texto de la *Medida Provisória*, el cual, prevé la hipótesis de prorrogación, bien como con el artículo 59, que la configura como un instrumento del Poder Legislativo. La potestad legislativa del Gobierno se compatibiliza con el perfeccionamiento de la norma extraordinaria por el Legislativo, impidiendo la desvalorización de los preceptos constitucionales y ordinarios.

Siendo así, las relaciones jurídicas derivadas de la *Medida Provisoria* que perdió su validez por el decurso de plazo, deberían ser reguladas por norma reglamentaria del propio Gobierno. Esto porque, el Poder Legislativo no puede abdicar de su competencia legislativa ordinaria para legislar a través de norma de rango inferior a la ley o mismo, ejecutar normas expedidas por el Gobierno<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> Compete privativamente al Presidente de la República: "...IV – sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes, bien como expedir decretos y reglamentos para su fiel ejecución" (art. 84 CF.)

#### 4. Las diferencias entre la *Medida Provisória* y el Decreto-ley en Brasil

##### I. Los Aspectos en cuanto a la Arbitrariedad o Legalidad del Acto

El Decreto-ley que tuvo su vigencia bajo los gobiernos dictatoriales, se distingue de la *Medida Provisória* respecto al principio de legalidad previsto por la Constitución de 1988. Ella también está sujeta a los demás principios constitucionales, principalmente, con relación al principio de división de poderes para el buen funcionamiento del Gobierno en la democracia.

El Decreto-ley era considerado un instrumento dictatorial y era incompatible con cualquier planteamiento democrático ante los órganos productores del Derecho. La excepcionalidad de la potestad legislativa del Gobierno es cualidad de la *Medida Provisória*, mientras que el Decreto-ley era la regla en el pasado régimen dictatorial.

Así, todos los actos practicados bajo el Decreto-ley eran válidos, aunque fuesen rechazados por el Congreso Nacional. El Decreto-ley era cumplido en cualquier caso para la seguridad jurídica. (artículo 55 párrafo 2º Enmienda Constitucional n.º 1/69)<sup>278</sup>

La *Medida Provisória*, en el nuevo régimen jurídico, tiene el poder de fuerza de ley para innovar el ordenamiento jurídico en el

---

<sup>278</sup> MERLIN CLÈVE, C. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. pág. 158 y Medidas Provisórias. Op. Cit. pág. 40.



momento de su edición por el Gobierno. La obligatoria sumisión de la *Medida Provisória* al Congreso Nacional para un efectivo control de sus presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia está fundada en la democracia de las decisiones políticas.

Luego, el Congreso Nacional puede decidir sobre la permanencia de la *Medida Provisória* en el ordenamiento jurídico brasileño. La conformidad del Poder Legislativo para la permanencia del acto excepcional va ser manifestada expresamente a través de la ley de conversión de la *Medida Provisória*.

El párrafo 3º del artículo 62 de la Constitución dispone que:

*“Las Medidas Provisórias, salvo lo dispuesto en los párrafos 11 y 12 perderán eficacia desde la edición, si no fueren convertidas en ley en el plazo de sesenta días”*

Por tanto, la obligatoriedad constitucional para que el Congreso Nacional convierta la *Medida Provisória* en ley deriva del principio de legalidad de los actos públicos. Este principio de legalidad está relacionado con el Estado de Derecho y democrático que obliga al Congreso Nacional no abdicar de la reserva de ley que le confiere la Constitución.

Por otro lado, la falta de conversión de la *Medida Provisoria* en ley, puede tener causas como por ejemplo, la sobrecarga de las actividades parlamentarias. También se puede interpretar como una denegación tácita del Congreso Nacional. En tal caso, la *Medida Provisoria* será expulsada del ordenamiento jurídico por la caducidad de su plazo de sesenta días, en el cual, no existió una manifestación del Poder Legislativo sobre sus presupuestos de validez. Esta hipótesis se puede considerar como último recurso, pues, el Congreso Nacional, está habilitado constitucionalmente para aprobar o denegar la *Medida Provisoria*.

Esta habilitación está en el párrafo 5º del artículo 62, al establecer lo siguiente:

*“la deliberación de cada una de las Casas del Congreso Nacional sobre el mérito de las Medidas Provisorias dependerá de juicio previo en atención de sus presupuestos constitucionales”.*

Los actos de ella derivados, deberán ser regulados por el Congreso Nacional, cuando éste la deniega fundamentada la decisión en la falta de los presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia, o bien por la pérdida de su eficacia por el decurso del plazo

de sesenta días. Momento en que se termina la Responsabilidad del Presidente de la República, pues, existiendo el control parlamentario y democrático, la responsabilidad recae sobre Congreso Nacional, para recabar lesiones a derechos garantizados en la Constitución de 1988<sup>279</sup>.

Estas características por las cuales se mueve la *Medida Provisória* hace que la misma sea distinta del decreto-ley.

Sin embargo, las limitaciones materiales establecidos por la Constitución de 1969, las mismas no tenía el control por parte del Congreso Nacional, teniendo en cuenta la forma dictatorial del Gobierno.

No es menos cierto afirmar que la existencia de la posibilidad para el cambio de la forma de Gobierno<sup>280</sup> por el plebiscito realizado en 1993, la *Medida Provisória* desempeña un papel cuestionable. Así, desde la promulgación de la Constitución en 1988 y hasta el plebiscito en 1993, la *Medida Provisória* disciplinó diversas materias de competencia de la *ley complementar* o de la enmienda constitucional para los casos de reforma constitucional.

---

<sup>279</sup> De la lectura del art. 62 de la Constitución brasileña, es posible hacer la afirmación que la *Medida Provisória* vino a sustituir el decreto-ley previsto en la Constitución anterior, con la diferencia que, el plazo en la *Medida Provisória* corre en contra el Poder Ejecutivo y no en contra el Poder Legislativo. El constituyente hizo bien en retirar de las manos del Presidente de la República un instrumento de poder extremadamente fuerte como era el decreto-ley. El mismo, era editado mientras no fuese rechazado por el Congreso Nacional y ejercía su eficacia, pero con algunas agravantes: primero: estaba el decurso de plazo, o sea, si no fuese el decreto-ley apreciado en el plazo previsto por la Constitución (sesenta días), ocurría la llamada aprobación tácita. Por otro lado, si fuese denegado por el Congreso Nacional, tal circunstancia no implicaba la nulidad de los actos practicados durante su corta vigencia. RIBEIRO BASTOS, Celso. Op. cit. pág. 99-100; CHIESA, Clélio. op. cit. pág. 27

<sup>280</sup> "...En Brasil, la interpretación del art. 62 de la Constitución federal ha de tener en cuenta la unidad constitucional, especialmente los principios constitucionales, responsables por la identidad de la ley fundamental, así como la naturaleza del régimen de gobierno adoptado..." MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pag. 162

Tras el plebiscito de 1993 que confirmó la república presidencialista, se inició amplio debate respecto a la limitación de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo en el uso de la *Medida Provisória*. Incluso, hubo propuestas de eliminación de dicho instrumento de la Constitución brasileña bajo el argumento de que la *Medida Provisória* es un instrumento inadecuado a la forma presidencialista de Gobierno.

Todo el planteamiento relativo a la *Medida Provisória* por los políticos y juristas brasileños, tenían como fundamento la ausencia de democraticidad de dicho instrumento para insertar normas en el ordenamiento jurídico, justo en el momento que el país se reencuentra con la democracia.

La Potestad legislativa del Gobierno sobre la *Medida Provisória* hasta la enmienda constitucional nº. 32/2001 de 11 de septiembre era igual a la potestad legislativa del Gobierno dictatorial.

La diferencia es que en el Gobierno dictatorial no era posible hacer cualquier planteamiento respecto a la validez del decreto-ley en el ordenamiento jurídico.

Pese la semejanza de la *Medida Provisória* con el decreto-ley, respecto a la potestad legislativa del Gobierno en insertar normas en el ordenamiento jurídico sin el control de constitucionalidad del Congreso Nacional, aún es posible plantear posibles reformas constitucionales para la protección del Estado de Derecho y democrático, a través de la propia Constitución.

Dentro del nuevo espíritu que se consagra en la nueva Constitución brasileña, el Congreso Nacional, a través de su control en cuanto a la conveniencia y oportunidad de la *Medida Provisória* la

rechaza o la convierte en ley. En la conversión, el Congreso puede enmendar la *Medida Provisória* incluyendo en ella sus criterios dentro del marco del debate democrático. La *Medida Provisória* no queda restringida a límites materiales a los cuales era sometido el decreto-ley, que se circunscribía a cuestiones de seguridad nacional, finanzas públicas, incluso normas tributarias, creación de cargos públicos y fijación de vencimientos, sin que hubiese aumento de gastos.

La legalidad que deriva de la *Medida Provisória* tiene asiento en los principios corolarios del Estado democrático y de Derecho, distinto, del Decreto-ley, que tenía el Estado dictatorial como soporte<sup>281</sup>.

Con base en los principios del Estado democrático y de Derecho, la Constitución brasileña, atribuyó al Legislativo un aumento sustancial de competencias, junto a los principios de la seguridad jurídica y a los derechos fundamentales. Lo que conlleva a decir que la actuación del Poder Ejecutivo en la actualidad es bien más restringida, respecto al principio de constitucionalidad, en que los actos de los poderes del Estado democrático deben estar sometidos a la ley y al ordenamiento jurídico.

Para ilustrar, el párrafo 4º del artículo 60 de la Constitución brasileña, respecto a los principios de democracia, separación de poderes y de los derechos fundamentales, prohíbe su reforma a través de enmienda constitucional, prohibición ésta que no constaba en la anterior Constitución de 1967 y 1969.<sup>282</sup>

Tras la Enmienda Constitucional n.º 32/2001 de 11 de septiembre, el artículo 62 de la Constitución limitó la *Medida Provisória*

---

<sup>281</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. pág. 158-159

<sup>282</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 30-31

material y procedimentalmente, respecto al principio de normatividad constitucional y a la reserva de ley al Congreso Nacional, inexistentes en la época de vigencia del decreto-ley.

Por tanto, el Gobierno debe actuar de acuerdo con la nueva Constitución brasileña de 1988, para que sus actos sean caracterizados por la validez y la eficacia en el ordenamiento jurídico, cuya fuente del Derecho es la propia Constitución.

Cualquier norma producida y que no esté fundamentada en la Constitución para adquirir la validez y la eficacia, podrá ser eliminada del ordenamiento jurídico a través del juicio de control de constitucionalidad de normas a cargo de los Jueces, Tribunales y del Supremo Tribunal Federal. Ello, respecto a la forma federativa de Estado que la Constitución recoge y también al control difuso de constitucionalidad en los casos concretos a instancia de parte<sup>283</sup>.

Los mecanismos para el efectivo control de los presupuestos de la *Medida Provisória* van a garantizar el efectivo cumplimiento de la Constitución, principalmente respecto a su fuerza normativa en el sistema de fuentes del Derecho. Esto no era previsible en el decreto-ley, pues fue necesario el tránsito del Estado dictatorial al Democrático para el desarrollo constitucional y protección de los Derechos de los ciudadanos.

## II. Los Aspectos en cuanto a la formalidad Constitucional

---

<sup>283</sup> DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Renovar. Rio de Janeiro. Brasil. 2001. Pág. 105

Formalmente, el decreto-ley y la *Medida Provisória* no difieren mucho, pues los requisitos habilitadores son parecidos<sup>284</sup>. Por la Enmienda constitucional n.º 1 de 1969 a la Constitución de 1967, se exigía los presupuestos de urgencia o el interés público relevante para la edición del decreto-ley. Por tanto el decreto-ley era válido con un solo presupuesto, lo cual, no vale para la *Medida Provisória* que requiere la concurrencia de los presupuestos formales de relevancia y urgencia. Sin los cuales, la misma no va a desplegar sus efectos en el ordenamiento jurídico.

Pero, el régimen jurídico del decreto-ley es distinto al de la *Medida Provisória*. La omisión del Congreso Nacional en la apreciación de la *Medida Provisória* no implica su aprobación, lo que significa que la manifestación positiva del Congreso es indispensable para que la *Medida Provisória* sea válida y eficaz en el ordenamiento jurídico<sup>285</sup>. El decreto-ley, se tiene como aprobado, cuando expirado el plazo de sesenta días sin la manifestación positiva del Congreso.

El decreto-ley recogido en el artículo 58 de la Constitución de 1967 determinaba su vigencia inmediata, con la prohibición de enmienda por el Congreso Nacional. El cual, sólo tenía la competencia constitucional para aprobarlo o denegarlo. Si no hubiese deliberación del Congreso Nacional en el plazo de sesenta días sobre el decreto-

---

<sup>284</sup> DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos da Medida Provisória. Op. Cit. Pág. 51-53

<sup>285</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 28-29

ley, lo mismo era considerado como aprobado y pasaba a formar parte del ordenamiento jurídico<sup>286</sup>.

Respecto a la participación del Poder Legislativo en el decreto-ley, se puede decir, que esa participación consistía en aprobarlo o rechazarlo. Luego, la aprobación del decreto-ley por el Congreso Nacional no sólo hacen válido dicho instrumento como también hacen válidos los actos practicados durante su vigencia, sin la posibilidad del Congreso Nacional de hacerle enmiendas.

Por tanto, la manifestación del Congreso Nacional en el sentido de aprobar o denegar el decreto-ley se refiere sólo los aspectos formales, ya que los actos derivados de dicho instrumento durante su vigencia, independientemente de su aprobación o denegación son considerados válidos por el párrafo 2º del artículo 55 de la Enmienda constitucional n.º 01/1969<sup>287</sup>.

Por tanto, para el Congreso Nacional es más conveniente que el decreto-ley sea aprobado tácitamente por el transcurso del plazo porque no tiene sentido su manifestación para apenas los actos de aprobación o denegación sin que se pueda alterar el instrumento o incluso regular las relaciones de él derivadas.

Este razonamiento es posible según la finalidad del decreto-ley, cuyo objetivo es disciplinar situaciones de hechos imprevisibles y de corta duración. Así, la denegación del decreto-ley por el Congreso Nacional no implicaría en la nulidad de los actos por él mismo regulados.

---

<sup>286</sup> FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. Medidas Provisórias. Instrumento de Governabilidade. NDJ. São Paulo. Brasil. 2003. pág. 33

<sup>287</sup> FREJA SZKLAROWSKY, Leon. Op. Cit. Pág. 33-34



Mientras que la *Medida Provisória* en el sistema constitucional actual, obliga al Congreso Nacional a regular las relaciones jurídicas de ella derivadas cuando la misma no sea convertida en ley (artículo 62 párrafo 3º.) o cuando pierda su eficacia por la caducidad del plazo de sesenta días.

Sin embargo, el párrafo 11 del artículo 62 de la Constitución brasileña, incurre en las contradicciones que se verificaban en el Gobierno dictatorial. Dicho párrafo constitucional exime el Congreso Nacional de la responsabilidad política<sup>288</sup>, cuando no produzca el decreto legislativo que regule las relaciones jurídicas constituidas al tiempo de vigencia de la *Medida Provisória* denegada o caducada. Así, será posible que la *Medida Provisória* caducada o denegada siga desplegando sus efectos en el ordenamiento jurídico para regular las relaciones jurídicas constituidas durante su vigencia.

Por tanto, por dicho párrafo, los presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia que habilitan al Poder Ejecutivo a introducir normas en el ordenamiento jurídico por la *Medida Provisória* deberán ser interpretados como fundamentales a la hora del Congreso Nacional de hacer un juicio de valor con respecto al Estado de Derecho y de la democracia, siendo la Constitución como fundamento del orden Estatal.

Por ello, la Constitución recoge en el párrafo 5º del artículo 62 la siguiente garantía para la democracia y de la Constitución como fuente del Derecho:

*“La deliberación de cada una de las Casas del Congreso Nacional sobre el mérito de las medidas provisórias dependerá de juicio previo sobre la atención de sus presupuestos constitucionales”.*

Finalmente, el decreto-ley tiene su vigencia por sesenta días, mientras que la *Medida Provisória* anterior a la EC. n.º 32/2001 de 11 de septiembre, tenía el plazo de treinta días de vigencia para su conversión en ley por el Congreso Nacional. Tras dicha enmienda, se recuperó el plazo de sesenta días, lo que caracteriza una similitud formal entre ambos instrumentos<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 120

<sup>289</sup> MERLIN CLÉVE, Clémerson. Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág. 39 y Atividade Legislativa do Poder Executivo op cit. Pág. 157-159; CHIESA, Clélio. Op. Cit. pág. 27;

### III. Las Divergencias entre la *Medida Provisória* y el Decreto-ley en los Aspectos Materiales

El decreto-ley tenía las limitaciones objetivas impuestas por Enmienda Constitucional nº 1/1969 a la Constitución de 1967. Los presupuestos habilitantes de urgencia o de relevante interés público del Decreto-ley,<sup>290</sup> eran verificados aisladamente y no en conjunto como determina el artículo 62 de la Constitución de 1988. La *Medida Provisória* exige la incidencia simultánea de los presupuestos habilitadores de la “relevancia” y de la “urgencia”, para que el acto gubernamental sea considerado válido constitucionalmente.

La aprobación de la *Medida Provisória* con apenas uno de sus presupuestos constitucionales conduce al Congreso Nacional a decidir su rechazo del ordenamiento jurídico, conforme determina el párrafo 5º del artículo 62 de la Constitución brasileña<sup>291</sup>.

Sin embargo, la verificación de tales supuestos en la actualidad, recae en un sin número de materias. Lo que caracteriza la ausencia de objetividad constitucional en el tipo normativo. La Enmienda

---

<sup>290</sup> Art. 55. El Presidente de la República, en casos de urgencia o de interés público relevante, y desde que no haya aumento de gastos, podrá expedir decretos-leyes sobre las siguientes materias: I – Seguridad nacional; II – Finanzas públicas, incluso normas tributarias; III – creación de cargos públicos y fijación de vencimientos. § 1º. Publicado el texto, que tendrá vigencia inmediata, el decreto-ley será sometido por el Presidente de la República al Congreso Nacional, que lo aprobará o rechazará, dentro de sesenta días contados de su recibimiento, no pudiendo enmendarlo; si, en ese plazo, no hubiere deliberación, se aplicará el dispuesto en el §3º del art. 51. §2º El rechazo del decreto-ley no implicará en la nulidad de los actos practicados durante su vigencia. §3º En la falta de deliberación, dentro de los plazos establecidos en este artículos y en el párrafo anterior, cada proyecto será incluido automáticamente en el orden del día, en régimen de urgencia, en las diez sesiones subsecuentes en días sucesivos, si, al final de esas, no fuere apreciado, se considerará definitivamente aprobado.

<sup>291</sup> DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos da Medida Provisória. Op. Cit. Pág. 66.

Constitucional n.º 32 de 11/09/2001, va a limitar la potestad legislativa gubernamental, disciplinando los casos en los cuales no se puede legislar por *Medida Provisória*<sup>292</sup>.

Siendo así, el régimen jurídico de la *Medida Provisória* diverge del decreto-ley. Este, era más limitado, en cuanto que la *Medida Provisória* puede regular todo tipo de materias y así, su radio de acción era de un ámbito más amplio.

Sin embargo, según las limitaciones materiales recogidas por la EC. n.º 32/2001 de 11 de septiembre, la *Medida Provisória* regula las materias de competencias de la *ley complementar*. Esto porque, la actual Constitución concedió al Poder Legislativo mayor grado de competencia legislativa, respecto a la Constitución del Gobierno dictatorial.<sup>293</sup>

Para FREJDA SZKLAROWSKY, la Constitución limita materialmente la *Medida Provisória* al determinar cuales son las materias que no deberán ser objeto de regulación. Para dicho autor, todo que no estuviere prohibido podrá ser afectado por ella<sup>294</sup>.

En principio, el artículo 62 §1º de la Constitución brasileña recoge las limitaciones materiales y formales a la *Medida Provisória*:

*Está vedado la edición de Medidas Provisórias sobre materias:*

*I – relativa a:*

---

<sup>292</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 28-29

<sup>293</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 28-29

<sup>294</sup> op. Cit. Pág. 145

- a) *Nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos y derecho electoral;*
- b) *Derecho penal, procesal penal y procesal civil;*
- c) *Organización del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal, la carrera y la garantía de sus miembros;*
- d) *Planos plurianuales, directrices presupuestarias, presupuestos y créditos adicionales y suplementales, salvo lo previsto en el artículo 167, 3º <sup>295</sup>;*

*II – Que objetive el detencimiento o secuestro de bienes, de la economía popular o cualquier otro activo financiero;*

*III – Reservada a la ley complementar;*

*IV – Ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del Presidente de la República.*

*§2º. Medida Provisoria que implique institución o aumento de impuestos, excepto los previstos en los artículos 153 I, II, IV, V y 154 II de la Constitución brasileña<sup>296</sup>, sólo producirá efectos en el ejercicio financiero siguiente si fuere convertida en ley.*

---

<sup>295</sup> artículo 167 §3º Constitución brasileña: “la apertura de crédito extraordinario solamente será admitida para atender los gastos imprevisibles y urgentes, como las derivadas de guerra, conmoción interna o calamidad pública, observado el dispuesto en el artículo 62”. (*medida provisória*)

<sup>296</sup> artículo 153: Compete a la Unión instituir impuestos sobre: I – importación de productos extranjeros; II – exportación, para el extranjero, de productos nacionales o nacionalizados; IV – productos industrializados y V – operaciones de crédito, cambio y seguro, o relativas a títulos o valores mobiliarios. Artículo 154: La Unión podrá instituir: II – en la inminencia o en el caso de

Estas limitaciones fueron impuestas por la Enmienda Constitucional n.º 32/2001 de 11 de septiembre. Antes de dicha enmienda, la limitación se hacía por analogía a la delegación legislativa en el artículo 68 de la Constitución brasileña.

Sin embargo, las limitaciones materiales y formales que inciden en la norma no hace de forma explícita cualquier referencia a los derechos fundamentales y también a la competencia normativa de los Estados federados.<sup>297</sup> La Constitución española, respecto a la regulación de los derechos fundamentales y a la competencia de las Comunidades Autónomas es explícita y garantizadora impidiendo el decreto-ley tratarlas conforme se recoge en el artículo 86.1:

*“En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”.*

---

guerra externa, impuestos extraordinarios, comprendidos o no en su competencia tributaria, los cuales serán suprimidos, gradualmente, cuando cesadas las causas de su creación.

<sup>297</sup> La Constitución brasileña recoge en el artículo 5º XXXV la protección judicial de los Derechos al decir que: “*la ley no excluirá la apreciación del Poder Judicial, lesión o amenaza a Derecho*”.

Aunque el artículo 62 de la Constitución no garantice los derechos fundamentales de forma explícita, el Poder Judicial, a través de jueces y tribunales, a través de sus sentencias obligan a los poderes de la administración pública a su cumplimiento.

Con respecto al §2º del artículo 62 de la Constitución brasileña antes citado, se va verificar una contradicción entre la vigencia de la *Medida Provisória* y de la aplicación del aumento de impuestos que sólo podrá ser válido para el siguiente ejercicio.

Esta contradicción implica plantearse la ineficacia de la incidencia de los presupuestos de urgencia y relevancia de la *Medida Provisória*. La materia tratada no tiene la característica de urgente porque ya está previamente establecida constitucionalmente de forma ordinaria. Luego, lo que está establecido previamente aún no existen los presupuestos para la regulación de urgencia<sup>298</sup>.

Fuera del marco constitucional del artículo 62, a través de las disposiciones constitucionales generales, el artículo 246 prohíbe a la *Medida Provisória* el desarrollo de artículos de la Constitución. Esta prohibición impide que la *Medida Provisória* regule materias ya tratada por Enmiendas constitucionales aprobadas, a partir de 1º de enero de 1995.

La disposición en cuestión, tiene como objetivo, garantizar la soberanía parlamentaria, el principio de constitucionalidad y la jerarquía normativa en el sistema de fuentes del Derecho.

Por ello, pese la protección de tales principios, la prohibición de regular artículos de la Constitución brasileña por la *Medida Provisória* tiene como objetivo la garantía del ámbito de aplicación de la *ley complementar*. Ello porque, el carácter rígido de la reforma constitucional, requiere el mismo tratamiento en el ámbito

infraconstitucional para el desarrollo de los Derechos. Esto porque, la Constitución brasileña es detallista, siendo considerada en varios de sus artículos, a la vez, norma constitucional y ley. Luego, si determinadas normas de configuración del legislador están alzadas en nivel constitucional, tales normas serán de difícil revocación del ordenamiento jurídico por las normas infraconstitucionales, ya que van a depender del poder de reforma constitucional<sup>299</sup>.

Por tanto, la *Medida Provisória* no está habilitada para la reforma constitucional, puesto que para la reforma va a depender de la madurez de la Constitución, lo que es incompatible con la urgencia y la necesidad, con el elemento de la fuerza de ley y su provisionalidad, aunque parte de sus normas tengan la forma de ley<sup>300</sup>.

Sí para la reforma constitucional el constituyente debe observar las limitaciones<sup>301</sup> recogidas en el artículo 60 §4º de la Constitución brasileña para no afectar los derechos fundamentales, lo mismo es válida la prohibición contenida en el artículo 246 de la Constitución que pueda afectar los derechos fundamentales ya regulados por enmienda constitucional.

---

<sup>298</sup> FREJDA SZKLAROWSKY, León. Op. Cit. Pág.152-154

<sup>299</sup> la doctrina brasileña aún vacila en el empleo de los términos reforma, enmienda y revisión constitucional. Pese existir alguna tendencia en considerar el término reforma como género, para englobar todos los métodos de mudanza formal de las constituciones, que se revelan especialmente mediante el procedimiento de enmienda y mediante el procedimiento de revisión, la mayoría de los jurista, adoptaron indistintamente los tres términos. De todos modos, en el artículo 60§4º de la Constitución brasileña, se prohíbe la propuesta de enmienda constitucional con la intención de abolir la forma federativa de Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de los poderes, los derechos y garantías individuales. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. Op.cit. pág. 68-69; CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 70

<sup>300</sup> CARMONA CONTRERAS, A. Mª. Op. Cit. Pág. 212; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 151.

<sup>301</sup> en la misma línea de pensamiento están MERLIN CLÈVE, Clémerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 180; BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 70 y DE ANDRÉA FERREIRA, Sérgio. Medida Provisória: Natureza Jurídica. RTDP. São Paulo. Brasil. n.º 1. 1993. pág. 164



Sin embargo, el lado positivo de dicha prohibición constitucional, es que en realidad, la *Medida Provisória* puede afectar a normas constitucionales aún no desarrolladas enmienda constitucional<sup>302</sup>. En este particular, la *Medida Provisória* asume las características propias de la *ley complementar* o ley orgánica para el desarrollo de normas constitucionales.

Entendemos que hay una importante cesión o delegación de poderes legislativos<sup>303</sup> recogidos implícitamente por el artículo 246 de la Constitución brasileña. Y que van afectar al Estado democrático y de Derecho<sup>304</sup> y al ordenamiento jurídico<sup>305</sup>.

Todo ello, por la interpretación positiva del Tribunal Supremo que de antemano da validez a la potestad legislativa del Poder Ejecutivo para la inserción en el ordenamiento jurídico normas de competencia

---

<sup>302</sup>El Supremo Tribunal Federal de Brasil, decidió sobre la constitucionalidad de una *Medida Provisória* reguladora del artículo 37 de la Constitución brasileña. La decisión de dicho Tribunal se fundamenta en que algunos párrafos del artículo 37 no fueron regulados por enmienda constitucional, siendo por tanto, inaplicable el artículo 246 de la Constitución, que prohíbe *Medida Provisória* sobre materia constitucional ya regulada por vía de Enmienda Constitucional. Así los miembros del STF decidieron: “el acto legislativo consustanciado en *Medida Provisória* puede, en principio reglamentarlo, desde que el artículo 37, IX de la Constitución brasileña, tenga sido alterado por enmienda Constitucional a partir de 1995”. (ADIN. (mc) n.º 2.125-DF. Relatado por el Ministro Mauricio Corrêa; cuestión idéntica: ADIN. N.º 1.518, relatada por el Ministro Octavio Gallotti) FREJDA SZKLAROWSKY, León. Op. Cit. Pág. 140.

<sup>303</sup> Los reglamentos son un ejemplo de fuente delegada. Como las leyes, los reglamentos son normas generales y abstractas; pero, a diferencia de las leyes, su producción se confía generalmente al poder ejecutivo por delegación del poder legislativo, y una de sus funciones es la de integrar leyes muy genéricas, que contienen sólo máximas de dirección y que no pueden ser aplicadas sin una especificación posterior. Es imposible que el poder legislativo dicte todas las normas necesarias para regular la vida social: entonces se limita a dictar normas genéricas, que contienen sólo directivas, y confía a los órganos ejecutivos, que son cada vez más numerosos, el encargo de hacerlas exigibles. BOBBIO, Norberto. Op. cit. pág. 167

<sup>304</sup> El Diputado Jutahy Magalhães propuso la supresión del artículo 246 de la Constitución brasileña por innecesario. Añade el Diputado, que dicho artículo es incompatible con la E.C. n.32º/2001, lo que resulta en su inconstitucionalidad, sin embargo, la indispensabilidad de la *Medida Provisória* como instrumento de gobernabilidad. FREJDA SZKLAROWSKY, León. Op. Cit. Pág. 142.

<sup>305</sup> La unidad de un ordenamiento compuesto por normas de diverso origen exige que las normas que lo componen se reduzcan a la unidad. Esta *reductio ad unum* no puede ser completa si por encima del sistema no se pone una norma única, de la cual se deriven todas las otras, directa o indirectamente. Esta norma única no puede ser otra que la que impone el deber de obedecer el poder originario del cual provienen la Constitución, las leyes ordinarias, los reglamentos, la decisión judicial, etc. BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Op. Cit. Pág. 180.

de la *ley complementar*. Siendo contrario, a lo que recoge el artículo 62, reformado por la enmienda constitucional n.º 32/2001 que limita el poder legislativo del Gobierno, se constituye en una inconstitucionalidad aparente de normas.

Por tal entendimiento de la Suprema Corte Constitucional, no existirá el control de constitucionalidad de las futuras *Medidas Provisórias*. Así, ellas podrán regular la Constitución incluso en grado de Enmienda Constitucional, porque no será necesario el rígido procedimiento para su aprobación, además de contar con la cualidad de la fuerza de ley.

La institucionalización de un Tribunal Constitucional en Brasil va a ser un órgano imparcial para la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales. Por ello, se va a interpretar los principios y normas constitucionales, sin que sea necesaria la legislación de urgencia<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup>Es indiscutible el cambio en la conceptualización de los derechos fundamentales que se refleja en la jurisprudencia constitucional, un cambio desde unos derechos de defensa (*Abwehrrechte*) garantizadores de la libertad y de la legalidad de las intervenciones de la Administración, a unos principios sustentadores del orden jurídico que, aunque de una manera no del todo clara en lo tocante a conceptos básicos, logran conservar su contenido de derechos subjetivos de libertad dentro del contenido jurídico-objetivo de normas-principio constituidoras de estructura que todo lo impregnan. A este cambio responden desde puntos de vista metodológicos otros tantos <<conceptos clave del derecho constitucional>> (Denninger) como son el principio de proporcionalidad, la reserva de lo posible, la limitación de derechos fundamentales inmediatamente válidos por derechos fundamentales de terceros, la protección de los derechos fundamentales mediante organización y procedimiento, etc. Dichos conceptos sirven en caso de colisión a relacionar ente sí diversas normas, con la vista puesta en la <<unidad de la Constitución>>: <<Con el desarrollo de conceptos clave de tipo relacional, referidos a casos y a problemas, el Tribunal Constitucional ha reconocido y subrayado la estructura “abierta” (dentro de límites a determinar) de la Constitución>>. Estos conceptos clave, nacidos de la propia práctica de la toma de decisiones, pueden entenderse en parte como principios procedimentales en los que se reflejan las operaciones de esa interpretación constructiva del caso particular a partir de un orden jurídico racionalmente reconstruido, que Dworkin exige. Y así, pese a sus acerbas críticas de detalle, Denninger concluye con una valoración positiva en conjunto: <<Con el desarrollo de los “conceptos clave” el Tribunal Constitucional junto a las figuras jurídicas clásicas de la Constitución escrita se ha confeccionado un instrumental altamente sensible, cuya estructura conceptual y grado de complejidad parecen adecuados a la estructura de los problemas planteados, en particular de aquellos que exigen una mediación entre el micronivel (nivel individual de acción) y macronivel (nivel sistémico)... Es precisamente esa su estructura relacional la que capacita a los conceptos

Para BALAGUER CALLEJÓN, existe dos institutos que se complementan que garantizan la supremacía de la Constitución sobre el resto de las fuentes del Derecho: la rigidez y la jurisdicción constitucional. Para el autor, la rigidez constitucional va a impedir la modificación de los preceptos constitucionales por el legislador.

Así como la Constitución española, la Constitución brasileña prevé procedimiento agravado para su reforma.

Pese a su tecnicismo rígido, la reforma de la Constitución va a adaptar la Constitución a la realidad social. Para el autor, los instrumentos para la reforma de una Constitución deberían fundamentarse en la supremacía y en la adaptación. Asevera el autor que la excesiva rigidez de reforma constitucional podrá llevar a los agentes políticos y jurídicos en la búsqueda de medio alternativo para dar respuestas a los cambios sociales.

Mientras que, una flexibilidad existente en la reforma va a poner en riesgo el sentido normativo de la Constitución, teniendo en cuenta que la misma es la expresión de un pacto social y que no es deseable su modificación por una mayoría parlamentaria<sup>307</sup>.

Por jurisdicción constitucional se entiende que la Constitución va a adaptarse a la realidad social a través de las decisiones de una Corte constitucional. Esta adaptación se asienta en el ordenamiento jurídico y va a depender de los operadores jurídicos y políticos para la interpretación de la Constitución.

---

clave para formular los problemas de derecho constitucional en un plano que permite evitar empecinarse unilateralmente en el aspecto protección-defensa-Estado social. En ese nivel puede lograrse asociar en categorías de derecho constitucional de carácter comprensivo al Estado social, con sus "prestaciones" y funciones "redistributivas" articuladas en términos de derecho *administrativo*, y al Estado de derecho garantizador de las situaciones de propiedad adquiridas>>. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Op. cit. pág. 320-321

<sup>307</sup> Derecho Constitucional. Vol. 1. op. Cit. Pág. 109-110.

Es relevante considerar que la reforma de una Constitución no sólo se opera a través de la reforma constitucional. La interpretación de la Constitución en sentido abierto va a posibilitar la solución de las necesidades sociales cambiantes por los intérpretes constitucionales (*Häberle*)<sup>308</sup>.

BALAGUER CALLEJÓN, sostiene que son varios los agentes que dan nueva configuración a la Constitución sin la necesidad de una reforma constitucional por vía parlamentaria. Junto a la jurisdicción constitucional, los agentes jurídicos y políticos, hay que considerar también la incidencia que el pluralismo ordinamental tiene sobre la Constitución.

Así, las Comunidades Autónomas en España, los Estados federados y Municipios en Brasil, van a comunicarse operando en fuerte presión sobre los gobiernos estatales. En Europa, será la Unión Europea a través de su nuevo ordenamiento jurídico que inciden sobre el orden constitucional español, generando nuevos desarrollos. Lo mismo se puede decir en Latinoamérica, los ordenamientos estatales sufren influencias y así se va a desarrollar las Constituciones de cada país<sup>309</sup>.

No obstante las diferencias de configuración existentes entre la Constitución brasileña de 1967 y la de 1988, respecto a la limitación material, la actual Constitución, reformada por la Enmienda

---

<sup>308</sup> La Constitución considerada como un conjunto de procesos institucionales y sociales va a depender de constantes interpretaciones. Para Häberle, el contenido de la Constitución es, en su mayor parte indeterminado y que, por consiguiente, la Constitución <<vive de interpretación>> (<<*Zeit und Verfassung*>>: *ZfP* 21 (1974), pp.111-137, ahora, con postfacio en Id., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, pp. 59-92. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. Op. cit. pág. Pág. 83

<sup>309</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol 1. op. Cit. Pág. 110

Constitucional n.º 32/2001, recoge principios limitativos que no puede excluir otras fuentes reguladoras de derechos<sup>310</sup>.

Para que se encuentre restringido el uso de las *Medidas Provisórias* por el Gobierno, no bastan las limitaciones contenidas en el artículo 62. Tampoco deben ser consideradas como limitaciones el principio de separación de poderes, las autonomías de los Estados federados o de la democracia, aunque sean principios o directrices para la acción gubernamental<sup>311</sup>.

Esto porque, hay un ordenamiento jurídico, por el cual, se conforman las normas jurídicas en él producidas y que obedecen al principio de jerarquía y competencia normativa, formando un todo unitario y coherente.

Las normas jurídicas válidas y eficaces en el ordenamiento jurídico generan la estabilidad de las relaciones jurídicas o seguridad jurídica. Por ello, la pretensión de insertar normas a través de la potestad legislativa del Gobierno, va a generar una crisis de seguridad jurídica. Por ejemplo, la regulación de la tasa de interés en los contratos de mutuo, cuando ya existe ley en el ámbito civil y mercantil

---

<sup>310</sup> MERLIN CLÈVE, Clémerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Op. Cit. Pág. 178

<sup>311</sup> El principio de separación de poderes en el artículo 2º de la Constitución brasileña, vincula al intérprete y va a orientar la comprensión del campo de incidencia de la actuación normativa excepcional del Ejecutivo. MERLIN CLÈVE, Clémerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Op. Cit. Pág. 185. El autor cita a DE MELLO FILHO, José Celso, que considera que hay tres principios cuyo valor imperativo restringe el ámbito de incidencia material de las *medidas provisórias*: el principio de la división funcional del poder, el principio de la Federación y el principio de la libertad. Por el primero se va a impedir que el jefe del Poder Ejecutivo invada el dominio reservado a la iniciativa de los demás poderes del Estado. La edición de *medidas provisórias* configuraría en este caso una usurpación de la competencia constitucional del Legislativo y del Judicial. Por el segundo se va a vedar al Presidente de la República la interferencia normativa en asuntos sujetos a la competencia exclusiva de aquellas unidades federadas. El sistema de tutela constitucional de las libertades, por su vez, se opone a la disciplina restrictiva del *status libertatis*, que no sea por el Poder Legislativo. Por el último, la configuración de tipos penales en las nuevas conductas delictivas y asimismo, la conminación de penas no se puede constituir objeto de regulación por *medidas provisórias*, respecto a la irreversibilidad de las situaciones generadas por dicho instrumento.

que lo regulan. Otras ingerencias del Gobierno van a afectar a la legislación procesal civil y penal y que van a retirar las garantías procesales para los derechos cuestionados ante la justicia<sup>312</sup>.

Por tanto, hay que considerar los métodos de interpretación para la producción del Derecho<sup>313</sup>. Para BALAGUER CALLEJÓN<sup>314</sup>, “el discurso jurídico puede así concebirse como un caso especial del discurso práctico general, en la medida en que la argumentación jurídica se desarrolla bajo una serie de condiciones limitadoras, como son la sujeción a la ley, la consideración de los precedentes y su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como las limitaciones de carácter procesal que se derivan del ordenamiento. Los enunciados jurídicos pueden ser

---

<sup>312</sup> Dos *Medidas Provisórias* trataron de materia penal (n.º 153 y n.º 156 de 15.03.1990). Ambas fueron objeto de acción directa de inconstitucionalidad propuesta por el Procurador General de la República. Sin embargo, no hubo manifestación del Supremo Tribunal Federal de Brasil, ya que una nueva *Medida Provisória* n.º 175 de 27.03.1990, declaró nulas y de ninguna eficacia las *Medidas Provisórias* n. 153 y n. 156.

<sup>313</sup> Escindidas y desgarradas así entre facticidad y validez la teoría de la política y la teoría del derecho se disgregan hoy en posiciones que apenas tienen entre sí nada que decirse. La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren en riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante vs. Observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual vs. Descripción empíricas), a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales, y ciudadano) y a distintas actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.) HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Op. Cit. Pág. 68

<sup>314</sup> Fuentes del Derecho. Op. Cit. 68-74 .La disociación en la ley y el Derecho, la búsqueda de la solución justa, exige la renuncia al sistema lógico-deductivo que pretendía asegurar soluciones únicas, verdaderas y demostrables mediante conceptos de validez general. Frente a la lógica formal se opone la tópica, la dialéctica, la retórica. Si la lógica pare de *verdades* constatables, estos nuevos métodos parten de *opiniones plausibles*. Si la lógica permite llegar a *conclusiones* necesarias, verdaderas y *demostrables*, la dialéctica conduce a *decisiones* que sólo pueden basarse en el consenso, que pueden ser *aceptables* por los demás implicados en el proceso jurídico. “...en cuanto proceso argumentativo, la dialéctica se justifica por el proceso seguido, a través del discurso, ya que es el discurso el que conduce al consenso y a la aceptación deseada. Se trata, no lo olvidemos, de convencer, no de demostrar, de ofrecer los mejores argumentos para que la decisión sea asumida por todos. Esta orientación al discurso obliga entonces a prestar una cierta atención al lenguaje.”

racionalmente fundamentables bajo la consideración de estas condiciones limitadoras”.

Para que se garantice la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico brasileño, la producción normativa debe obedecer a los principios constitucionales<sup>315</sup> que son orientadores de las fuentes del Derecho, principalmente, en lo que concierne a la potestad legislativa del Poder Ejecutivo.

Numerosas son las normas jurídicas reguladoras de Derechos que han de ser observadas en el momento de la producción normativa debido a la incidencia del principio de la jerarquía y de la competencia normativas, los cuales, dan seguridad jurídica a los derechos constituidos. Tal observación es importante para que la norma retire del ordenamiento jurídico su validez y eficacia. Ello porque, va a justificar el modelo del Estado de Derecho siendo imprescindible el proceso democrático para la producción e introducción de normas en el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, el artículo 25 §2º de la Constitución brasileña, como una garantía más para la autonomía de los Estados federados, prohíbe la utilización de la *Medida Provisória* para reglamentar los servicios locales de gas canalizado. De modo menos explícito, el artículo 73 de los Actos de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, determina que para la regulación del Fondo Social de Emergencia no se podrá utilizar el instrumento previsto en el artículo 59, V de la Constitución brasileña. Dicho artículo prohíbe el uso de la *Medida Provisória*.

---

<sup>315</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva. São Paulo. Brasil. 1996. Pág. 150 y 181

#### IV. Las Divergencias respecto de la Eficacia



El decreto-ley y la *Medida Provisória*, dependen de la manifestación del Congreso Nacional para la eficacia normativa en el ordenamiento jurídico. Luego, la eficacia en ambos instrumentos es transitoria<sup>316</sup>. Las normas contrarias, en ese caso, en vez de revocadas, tal como se da con la eficacia revocatoria de la ley, tienen su eficacia suspendida<sup>317</sup>.

Ya con relación al decreto-ley, tal eficacia transitoria y no revocatoria se transformaba en eficacia definitiva y revocatoria, también por la omisión del Congreso Nacional. Al contrario, en la *Medida Provisória*, el silencio del Congreso Nacional comporta la pérdida de eficacia del acto emanado por el Poder Ejecutivo desde su edición.

La eficacia del acto del Ejecutivo, depende del debate público en el Congreso, lo que justifica el instrumento en el Estado democrático y de Derecho, para su eficacia y validez<sup>318</sup>. Las relaciones jurídicas se tornaban definitivas bajo el decreto-ley, pues el artículo 55 §2º de la Enmienda Constitucional n.º 1 de 1969, determinaba que “el rechazo del decreto-ley no implicaría en la nulidad de los actos practicados durante su vigencia”.

---

<sup>316</sup> MERLIN CLÈVE, C. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Op. Cit. pág. 200

<sup>317</sup> LUPION GARCIA, Ricardo. *Medida Provisória. Impossibilidade da Reedição*. Direito & Justiça. Porto Alegre. Brasil. 1997. pág. 360

<sup>318</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 28-29

Ya las relaciones jurídicas reguladas bajo las *Medidas Provisórias* que sufrieron la pérdida de eficacia, deberán ser reguladas por el Congreso Nacional<sup>319</sup>, por decreto legislativo, a tenor del § 3º del artículo 62.

La pérdida de eficacia de la *Medida Provisória* implica en su exclusión del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el párrafo 11 del artículo 62 de la Constitución brasileña, regulado por la EC. n.º 32/2001 de 11 de septiembre, perpetua el principio de seguridad jurídica de las relaciones celebradas bajo *Medida Provisória* ya caducada, incluso si el Congreso Nacional, no ha aprobado el decreto legislativo, de acuerdo con el citado párrafo.

Se verifica una divergencia importante entre el decreto-ley y la *Medida Provisória* constante del §1º del artículo 55 de la EC n.º 1 de 1969. Esta normativa constitucional, prohibía el Congreso Nacional producir enmiendas en el decreto-ley, mientras que en la *Medida Provisória*, amparada en un régimen jurídico en que prevalece la legalidad y los principios de constitucionalidad, confiere al Legislativo la facultad de hacerle enmiendas<sup>320</sup>.

---

<sup>319</sup> El 2º. Tribunal de Civil de São Paulo entendió de forma diversa que “la Constitución Federal no afirma que los actos practicados durante la vigencia de *medida provisória* no convertida en ley son inexistentes o nulos, tanto que impone al Congreso Nacional el deber de disciplinarlos. Siendo correcto entenderse que ni siempre se hace necesario esa disciplina, pues, es de se concluir que, si la *medida provisória* generó derecho subjetivo que, utilizado, pasó a integrar el patrimonio de su titular, de ahí no puede ser retirado ni mismo por la no conversión del acto excepcional en ley en el plazo” (Revista dos Tribunais, n. 672/159 – AI 320.144-8/00-3 – 3ª.C.J. 10/09/1991)

<sup>320</sup> MERLIN CLÉVE, Clémerson. Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág 39-40 y Atividade Legislativa del Poder Ejecutivo. Op. Cit. 2000. Pág. 157-158

## V. La Divergencia en Cuanto a la Interpretación Constitucional.

La Jurisprudencia del STF, respecto a los decretos-leyes se inclina por la discrecionalidad del Poder Ejecutivo. Según la interpretación, el Ejecutivo es libre para decidir sobre la conveniencia y sobre la oportunidad para expedir el decreto-ley. La misma Corte, respecto a las *Medidas Provisórias* se inclina de forma más suave de esos precedentes, decidiendo que los presupuestos de *relevancia* y *urgencia* no son inmunes al control jurisdiccional con respecto al abuso, salvo la apreciación discrecional que integra la práctica del acto<sup>321</sup>.

No obstante, la reserva conferida al Ejecutivo brasileño debe respetar el sistema de las fuentes del Derecho, cuyos instrumentos normativos son los vehículos del derecho que se desea legislar.

Así pues, la *Ley Complementar* en Brasil tiene la función del desarrollo de la Constitución, en obediencia al sistema democrático.

Con la entrada de la Enmienda Constitucional n.º 32/2001 de 11 de septiembre se va a confirmar el sistema presidencialista de Gobierno. Así se va a reafirmar la separación rígida de funciones de los poderes del Estado brasileño. Los frenos y contrapesos (*checks and balance*) entre los dos poderes: legislativo y ejecutivo) va a controlar los actos del Ejecutivo para no violar la Constitución en el momento de la aprobación del acto. Pienso pues, que existe una

---

<sup>321</sup> BERGMANN ÁVILA, op. Cit. Pág. 30

contradicción, ya que la Enmienda a la *Medida Provisória* también configura una relación más próxima entre el Gobierno y Parlamento, respecto al sistema de partidos políticos, en que la mayoría da respaldo al Gobierno y su programa político.

La Constitución brasileña que consagra el Estado Democrático y de Derecho en su artículo primero, garantiza las libertades y la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, la omisión del Congreso, le responsabiliza para regular las situaciones derivadas de las *Medidas Provisórias* ya caducadas<sup>322</sup>.

En lo que concierne al texto normativo en la Constitución, la realidad es diversa. La *Medida Provisória* tiene preponderancia sobre los demás instrumentos normativos, lo que es contrario al Estado de Derecho y a la democracia.

Pero, MERLIN CLÈVE<sup>323</sup> observa que el abuso del Ejecutivo al legislar por *Medidas Provisórias*, revela menos las deficiencias que contiene el acto excepcional en su disciplina constitucional formal, que la notoria incapacidad de los poderes constituidos, sobre todo el Judicial, en la práctica del control con base en la interpretación adecuada y prospectiva de la Constitución. Observa finalmente el autor, que de nada vale una nueva ley fundamental si los operadores jurídicos continúan prisioneros de los paradigmas construidos bajo la vigencia de la Constitución adoptada por el régimen autoritario.

---

<sup>322</sup> BERGMANN ÁVILA. Op. Cit. Pág. 29

<sup>323</sup> Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 159

## 5. La Reconstrucción de la soberanía ciudadana por el Pluralismo:

La democracia debidamente institucionalizada en Brasil y por legitimación ciudadana requiere respuesta de los representantes políticos y del Gobierno, el cambio de mentalidad, respecto a la ética gubernamental en todos los niveles de Gobierno<sup>324</sup>.

Aún es significativo el subjetivismo que es resultado de la tarea ardua para el reconocimiento en la democracia, lo que resulta en demagogia.

---

<sup>324</sup> El problema de la democracia es que se va identificando con el tema del autogobierno, y el progreso de la democracia con la ampliación de los campos en que el método del autogobierno es puesto a la prueba. El desarrollo de la democracia del inicio del siglo pasado hacia hoy tiene coincidido con la progresiva extensión de los derechos políticos. El derecho de participación, al menos con la elección de representantes y de la formación de la voluntad colectiva. El progreso de la democracia camina paso a paso con el fortalecimiento de la convicción de que tras la edad de las luces, como observó Kant, el hombre salió de la minoridad, y como un mayor de edad y sin tutela alguna debe decidir libremente sobre la propia vida individual y colectiva. A medida que un número siempre mayor de individuos conquista el derecho de participación de la vida política, la autocracia retrocede y la democracia avanza. Al lado del argumento ético a favor de la democracia entendida precisamente como la realización sobre el terreno específicamente político del valor supremo de la libertad, la evaluación positiva de la democracia-autonomía frente a la autocracia-heteronomía se vale generalmente de otros dos argumentos, el primero más propiamente político, el segundo genéricamente utilitario. El argumento político se basa en una de las máximas más compartidas por el pensamiento político de todos los tiempos: la máxima según la cual quien detiene el poder tiende de abusar. Toda la historia del pensamiento político puede ser considerada como una larga, no interrumpida y apasionada discusión en torno de los varios modos de limitar el poder: entre ellos está el método democrático. Un de los argumentos fuertes a favor de la democracia es que el pueblo no puede abusar del poder contra sí mismo, o, dicho de otra forma, donde el legislador y el destinatario de la ley son la misma persona, lo primero no puede prevaricar sobre el segundo. El argumento utilitarista es que se basa en otra máxima (menos sólida, para decir la verdad), aquella según la cual los mejores intérpretes del interés colectivo son los que hacen parte de la colectividad y de cuyo interés se trata, o sea, los propios interesados: en este sentido, *vox populi vox dei*. BOBBIO, Norberto. Estado, govêrno e sociedade. Op. cit. pág. 145-146

Esto es así y la justificativa se basa en el populismo que enmascara el subjetivismo que no se desplaza por consenso para las instituciones básicas del Estado.

De todo, resulta en la pluralidad de formas de organización social como expresión de la libertad ciudadana, pero, no se concretiza en la soberanía popular legitimada en los órganos de representación del Estado, lo que se concluye en el déficit representativo, corroborado por la tasa de participación ciudadana en el proceso electoral que no es proporcional en la federación brasileña, cuya distorsión se hace plausible la reforma de la ley de base electoral<sup>325</sup>.

Los derechos subjetivos tienen mayor garantía constitucional y legal respecto a la propiedad, lo que justifica el ordenamiento jurídico y la Constitución.

Ya los derechos múltiples concentrados en grandes centros urbanos no tienen la garantía suficiente como prevención del Estado al adoptar programas sociales. Tales derechos sociales concurren y al mismo tiempo se chocan con la práctica liberal individual, resultando difícil la articulación de los derechos sociales con la constante emancipación social, producto del sistema liberal<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> Ya que las leyes son generalmente puestas por quien detiene el poder, ¿de donde vienen las leyes que debería obedecer el propio gobernante? Las respuestas dadas por los antiguos a esta pregunta tienen dos caminos: el primer, allá de las leyes puestas por los gobernantes, existen otras leyes que no dependen de la voluntad de ellos. Son leyes naturales, derivadas de la propia naturaleza del hombre viviendo en sociedad, o leyes cuya fuerza vinculante deriva del hecho de estar radicadas en una tradición. El segundo, en el inicio de un buen ordenamiento jurídico, existe el hombre sabio, el gran legislador, que dio a su pueblo una Constitución. La cual, los futuros dirigentes deberán escrupulosamente atenerse. Esta idea de buen legislador que precede cronológicamente y mismo axiológicamente a los dirigentes es ejemplarmente representada por la leyenda de Licurgo, que, ordenado el Estado, anuncia al pueblo reunido en asamblea que es obligado a alejarse de Esparta para interpelar el oráculo y recomienda que nada sea alterado en las leyes por él establecidas hasta que tenga retornado, pero, finalmente no lo retorna. BOBBIO, Norberto. Estado, govêrno e sociedade. Op. Cit. Pág. 96-97

<sup>326</sup> Con respecto al Estado máximo y mínimo, las transformaciones ocurridas en el Estado liberal corrigió algunas de las mayores deformaciones del Estado capitalista en beneficio de las clases

En tal terreno de confrontaciones, la ley, no llega a producirse de forma abstracta y general. No hay comunicación por el Congreso Nacional a través de sus diputados federales, respecto al pluralismo, sino que se aíslan defendiendo intereses parciales, pues no se sienten responsables por la formulación de política nacional. Los diputados se dedican primordialmente a la representación de intereses regionales, corporativos o clientelistas<sup>327</sup>.

El Gobierno concurre con las grandes corporaciones empresariales en un panorama donde es clara la concurrencia desleal entre las empresas y muchas veces con el apoyo de la ley<sup>328</sup>.

Así la soberanía que en tesis proviene del pueblo se mezcla con portadores de derechos de mayor grado o peso político como son los latifundistas y grandes empresas bien representados políticamente.

menos favorecidas – es, para los críticos de izquierda que no renunciaron el ideal del socialismo o del comunismo, el “Estado del capital”, así llamado *capitalistate*, el “capital que se hizo Estado” (Habermas), o con expresión menos reciente más continuamente retomada, el Estado del “capitalismo organizado” (Hilferding), un sistema de poder, en sustancia, del cual el sistema capitalista se sirve para supervivir y continuar a prosperar, como condición de su propia “valorización” en una sociedad en que, a través de la democratización de las estructuras del poder, la fuerza del antagonista (el movimiento obrero) aumentó considerablemente. Por el actual debate, la crítica de izquierda tuvo por efecto no el inicio de una más profunda transformación del Estado llamado despreciativamente de “asistencial”, en un Estado con mayor contenido socialista, pero, el despertar de nostalgias y esperanzas neoliberalistas. BOBBIO, Norberto. Estado, govêrno e sociedade. Op. Cit. pág. 125-126

<sup>327</sup>MORAES, FILOMENO. Op. cit. pág. 45-52. Disponible en la pág. Web:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-8392001000400006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-8392001000400006&lng=pt&nrm=iso)  
ISSN 0102-8839.

<sup>328</sup> Una de las características del Estado de nuestro tiempo – sí bien más o menos presente según los países – es su conversión en empresario, sea mediante la estatización de las empresas, sea participando con el capital privado en empresas mixtas, sea poseyéndolas exclusivamente, pero bajo forma jurídico privada. Las motivaciones para la asunción de la función empresarial por parte del Estado han podido ser de índole muy distinta: realización de programas socialistas; sanción política a la actitud de ciertas empresas durante la II Guerra Mundial; defensa de la capacidad de autodeterminación por parte del Estado frente a poderes económicos privados capaces de desafiarlos; control de las actividades económicas básicas para la economía nacional; desarrollo de industrias de tecnología avanzada que exigen inversión pesada y que, al menos por el momento, producen escasa o nula rentabilidad; conveniencia de mantener en explotación industrias decaídas cuyos trabajadores no encontrarían fácil acomodación, y, en fin, ocasionalmente, la necesidad por parte del Estado de rescatar propiedades confiscadas por el enemigo como indemnización de guerra. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Alianza. Madrid. España. 1977. Pág. 30-31

El ideal de justicia distributiva<sup>329</sup> que hace efectiva la normatividad constitucional aún no es una realidad sostenible como propugna el Estado brasileño<sup>330</sup> a través de su Constitución. En cambio, se consagra la relatividad normativa que de forma tímida los jueces y tribunales aplican la garantía de los derechos constitucionales que no cumplen los requisitos de una justicia retributiva por la incertidumbre de las relaciones jurídicas y sociales, fruto de la democracia, cuya fuente creadora del Derecho pertenece al Congreso Nacional.

Dentro del modelo de control difuso de constitucionalidad por los jueces y tribunales, es inevitable la colisión entre imperio de la ley y de

---

<sup>329</sup> Desde el punto de vista de la teoría del Estado, merece la pena señalar que la distribución ha sido siempre un concepto clave de la estructura y función del Estado o de los órdenes políticos que le han precedido en la historia, si bien, cambian, naturalmente sus modalidades y contenido. Así no hay Estado que no suponga una distribución de poder entre gobernantes y gobernados, lo único que varía son los criterios, límites y medios de tal distribución; sobre esta distribución básica, el Estado procede a distribuir el poder dentro de su propia organización en instancias, potestades y competencias, y a atribuirles a sus correspondientes titulares; a través de las leyes establece un orden general y objetivo para la distribución de derechos entre sus ciudadanos y mediante la organización judicial crea un sistema para distribuir en caso de litigio el derecho subjetivo a cada una de las partes, a lo que hay que añadir que para el pensamiento político clásico era una función capital del Estado la distribución de premios y castigos. Ahora, no se trata sólo de distribuir potestades o derechos formales, o premios y castigos, ni tampoco de crear el marco general de la distribución de los medios de producción, sino que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos. GARCÍA PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Op. Cit. pág. 34-35

<sup>330</sup> La distinción entre democracia formal respecto a la forma de Gobierno y la democracia sustancial, respecto al contenido de esta forma, ambos, pueden ser encontradas en perfecta fusión en la teoría de Rousseau de la democracia, ya que el ideal igualitario que la inspira se realiza en la formación de la voluntad general. Y por lo tanto, son ambos históricamente legítimos. La legitimidad histórica, pero, no autoriza a creer que tengan, no obstante la identidad del término, un elemento connotativo común. Tanto es verdad que puede ocurrir históricamente una democracia formal que no consiga mantener las principales promesas contenidas en un programa de democracia sustancial. La inversa, una democracia sustancial que se sostiene y se desarrolla a través del ejercicio no democrático del poder. De esta ausencia de un elemento connotativo común tenemos la prueba en la esterilidad del debate sobre la mayor o menor democraticidad de los regímenes que se inspiran unos en el principio del Gobierno *del* pueblo, otros en el principio del Gobierno *para el* pueblo. Cada uno de los regímenes es democrático según el significado de democracia elegido por el defensor y no es democrático en el significado escogido por el adversario. Además, el único punto sobre el cual un y otro podrían concordar es que una democracia perfecta debería ser a la vez formal y sustancial. Pero, un régimen de este género pertenece hasta ahora, al género de los futuribles. BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno e sociedade. Op. Cit. pág. 157-158



la supremacía de la Constitución. Lo que hace pensar a algunos juristas, por la creación de un Tribunal Constitucional como forma de centralizar el control de constitucionalidad de las leyes. Por ello, se pretende garantizar la fuerza normativa de la Constitución, respecto a las demás fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico.

La crisis de gobernabilidad es resultado de la emergencia social en el Estado democrático. La solución política debe ser formalizada por el Derecho, cuya finalidad no es otra que garantizar las libertades y otros derechos de los ciudadanos.

Garantizar las libertades requiere medidas de seguridad con el amparo en las leyes producidas por órganos legítimos en conjunto con medidas de protección social como la educación para todos, salud, habitación, empleo etc.

La libertad que está garantizada en la Constitución es vulnerada por la ausencia del Estado social. La reestructuración del Parlamento, vinculada a las necesidades y posibilidades reales de vida para los componentes de la sociedad depende en principio de la reforma del sistema federal. Objetiva la distribución del poder a los ciudadanos terminando con la desigualdad y la lucha de clases, para establecer el orden basado en el Derecho.

Pero, un Derecho legítimo, con fundamento en la Constitución que prevé las directrices por donde se ha de guiar una sociedad que desea el mínimo de orden, por ella misma autorizado. La separación Estado/Sociedad, como principio del orden liberal, impone la producción normativa por el Estado autorizada por la sociedad. Sin

embargo, por la perspectiva del Estado social, la Constitución establece valores o principios fundamentales.<sup>331</sup>

La *Medida Provisória*, en las condiciones sociales emergentes, dentro del orden mundial actual, es una necesidad para el que tiene el poder del Estado en nombre del pueblo. Situaciones de hecho, que legitiman el Poder Ejecutivo a la normatividad para implementar las condiciones sociales básicas<sup>332</sup>. Por el contrario, mismo que la normatividad extraordinaria del Gobierno esté fundada en la

---

<sup>331</sup> El preámbulo de la Constitución brasileña señala "...la institución del Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, con la solución pacífica de las controversias...". En la Constitución, en el Título I, art. 1º, se declara los fundamentos que tiene el Estado brasileño, como valores sociales: la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa, el pluralismo político y la emanación del poder del pueblo, por representantes electos o directamente. También en art. 3º. de la Constitución, se consideran como objetivos de la República brasileña, la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, garantizar el desarrollo nacional y la erradicación de la pobreza y de la marginación, reduciendo las desigualdades sociales y regionales, (*la Enmienda Constitucional n° 31/2001 de 06 de julio, añade el art. 79 al ADCT que instituye el Fondo de Combate y Erradicación de la Pobreza, en el ámbito del Ejecutivo Federal, para vigorar hasta el año de 2010, a ser regulado por ley complementar. En el ADCT, el art. 82 reserva a los Estados, Distrito Federal y Municipios la competencia para instituir Fondo de Combate a la Pobreza, con los recursos del Impuesto de Circulación de Mercancías y Servicios, de productos superfluos*), promocionar el bien de todos, sin prejuicios de origen de raza, sexo, color, edad u otras formas de discriminación (*la ley n.º 7.716/1989 de 05 de enero y la ley n.º 9.459/1997 de 13 de mayo, disponen sobre crímenes resultantes de prejuicios de raza o de color; la ley n.º 8.081/1990 de 21 de septiembre, establece los crímenes y las penas aplicables a los actos discriminatorios o de prejuicio de raza, color, religión etnia o procedencia nacional, practicados por los medios de comunicación o por publicación de cualquier naturaleza; El Decreto n.º 3.952/2001 de 04 de octubre, dispone sobre el Consejo Nacional de Combate a la Discriminación; el Decreto n.º 4.316/2002, de 30 de julio, promulga el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. El Decreto n.º 4.377/2002 de 13 de septiembre, establece la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*).

<sup>332</sup> En los países centrales combinan democracia participativa y valores o reivindicaciones pos materialistas, en Latinoamérica combinan, en la mayoría de las situaciones, democracia participativa con valores o reivindicaciones de necesidades básicas. En Brasil, debido al carácter periférico de la sociedad, en ella, se combina movimientos semejantes a los que son típicos de los países centrales (movimiento ecológico, movimiento feminista – aunque las reivindicaciones concretas sean distintas), con movimientos propios orientados para la reivindicación de la democracia y de las necesidades básicas (comunidades eclesiales de base, movimientos dos sin tierra, movimientos de favelados) SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice. O Social e o político na pós-modernidade*. Cortez. São Paulo. Brasil. 1999. Pág. 206

Constitución formal, puede no atender al fin del Estado contemporáneo<sup>333</sup>.

Sin embargo, tal directriz normativa, la Constitución brasileña alberga el concepto de Estado liberal, al definir la República Federativa de Brasil como siendo un Estado democrático y de Derecho, y bien así, la previsión del artículo 170, que garantiza la libre iniciativa y la libre concurrencia (art. 170, IV). El citado artículo, condiciona a su vez, a los dictámenes de la justicia social.

De tal suerte que, la normatividad constitucional puede pender para un lado o para otro, según el modelo de Gobierno que puede ser liberal o social, ya que el Estado mismo siendo democrático y de Derecho alberga una sociedad plasmada en el liberalismo, pero, con una fuerte dosis del Estado de contenido social, que, de principio se configura en una paradoja, siendo compensada o suavizada por normas de cuño social establecidas por la Constitución.

---

<sup>333</sup> La posibilidad de leyes singulares y de leyes medida debe ser considerada como una manifestación del Estado intervencionista de nuestros días. Su aceptación ha sido realizada tanto por nuestra jurisprudencia ordinaria, como por nuestra jurisprudencia constitucional. Así, por lo que se refiere a la primera, habría que mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1985, Sala 4ª, donde expresamente se afirma: "Una ley medida es una ley que se promulga para resolver un problema concreto, con una potencialidad normativa limitada a ese problema, por lo que, al ser resuelto, produce de hecho la consunción de la norma, asemejándose en esto más al acto administrativo que a la disposición de carácter general. La existencia de estas leyes singulares y leyes medidas no puede suponer una violación de determinados principios constitucionales, como son la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, o el propio principio de igualdad, supuestos ambos subyacentes a la decisión jurisprudencial antes mencionada. El Tribunal Constitucional español, remite la cuestión a la doctrina general sobre el significado del principio de igualdad en la ley, en el sentido de que la existencia de una ley singular debe ser justificada y razonable. Debido a la presencia de una manifestación del Estado social, que supone la asunción por la norma legal de un cierto carácter reglamentario y que suelen ser utilizadas con un marcado carácter sectorial. ÁLVARES CONDE, Enrique. Op. cit. Pág. 221-222. Se puede decir que la actividad legislativa a través de las *Medidas Provisórias* por los Gobiernos en Brasil, en muchos casos fue singular. Como ejemplo, la privatización de empresas públicas del Estado, con el objetivo de implementar el objetivo del Estado mínimo no interventor. Al mismo tiempo, tal ausencia del Estado, surge un neoliberalismo incapaz de ser controlado por el Estado mínimo.

Así, la normatividad estatal, depende del juego de fuerzas sociales, concentrándose en el Poder Ejecutivo la incumbencia del desarrollo del programa de Gobierno.

Si la *Medida Provisoria* con la fuerza de ley autorizada por la Constitución es el instrumento del Poder Ejecutivo - iniciativa del Presidente de la República (*art. 84, XXVI*)-, puede muy bien desarrollar programas sociales, con el fin de reducir las diferencias sociales,<sup>334</sup> ya que el ideal liberal no resuelve de todo el principio de igualdad y de libertad ciudadana. Independiente de la actuación del Estado, hay que tener en cuenta la emancipación social produciendo novas formas de ciudadanía y al mismo tiempo con la producción de la subjetividad<sup>335</sup>.

El único respaldo que cuenta la *Medida Provisoria* es su fundamento en la Constitución, como acto de autoridad del jefe del Ejecutivo. Ya no cuenta con el respaldo de los principios democráticos, que es la esencia de la Constitución y, una vez editada una *Medida Provisoria*, esa tiene que pasar por el control del Parlamento y dependiendo de la materia, puede afectar derechos y libertades, lo que es suficiente para configurar su inconstitucionalidad por la ausencia de los requisitos habilitadores.

---

<sup>334</sup> El Decreto-ley en España se ha admitido como presupuesto justificativo lo que constituye el mecanismo más normal en el sistema democrático, la celebración de elecciones y la alternancia en el poder como consecuencia del surgimiento de una nueva mayoría. La S.T.C. 60/1986, de 20 de mayo, en la que se encarga de matizar que, si bien la victoria electoral por mayoría absoluta no es requisito suficiente para la apreciación de la urgencia, sí lo es la existencia de un nuevo Gobierno y su pretensión de adecuar de modo inmediato el aparato administrativo a los nuevos objetivos de la acción gubernamental. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. cit. pág. 109. El nuevo Gobierno del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), reguló por Decreto-ley, la nueva administración y cuestionado por la oposición al Tribunal Constitucional, el dicho Tribunal, aceptó el supuesto de necesidad para los cambios administrativos, rechazando, todavía, el supuesto de "*mayoría*" conquistada en el sufragio, como integrador do Decreto-ley.

<sup>335</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. Op. Cit. Pág. 247

Esto es así, porque la Constitución brasileña adopta el principio de no delegación de funciones entre los poderes estatales aunque la actual Constitución no lo declare expresamente. Tal principio que es de orden general solamente en los casos que la misma prevé y por los parámetros trazados por el órgano legislativo, para la incidencia de la norma producida por el Ejecutivo (art. 68 CF.) lo que garantiza el pluralismo político y jurídico.

El actual Gobierno brasileño, en nombre del “Pacto Social”, tuvo que aceptar condiciones políticas adversas para gobernar: “De un lado, tornar eficaces los derechos garantizados por la Constitución, como los derechos de los banqueros, de las grandes empresas y los pactos políticos. En cambio, temas como la empleabilidad y la inversión del capital por las empresas privadas para el desarrollo social es la política del Gobierno”

Es cierto que esto es la propuesta ideal para la realidad nacional brasileña, pero, eso no se realiza a través del simple pacto social del nuevo Gobierno por voluntad popular, sino que la voluntad popular debe ser expresada por normas con el objetivo de inclusión social y garantías de los derechos y la supresión de los poderes intermedios.

La Constitución al albergar la libre iniciativa en el artículo 170, esto quiere decir que hay una apertura de espacios para el sector privado para legislar en nombre de la autonomía privada. Incluso aprovecha al Gobierno para la renovación del sector liberal, a través de desestatización con la consecuente privatización de las instituciones públicas y la apertura para la entrada del capital extranjero lo que renueva los medios de producción.

Ahora bien, si antes el Gobierno actuaba con más presencia en la sociedad contra los abusos del sector privado, ahora, el Gobierno está de acuerdo con los abusos por la ausencia del Estado en las condiciones sociales que necesitan de él, justo para preservar la libertad y igualdad. Luego, el ámbito de actuación gubernamental se expresa por una normatividad legitimada por la violencia subyacente a la sociedad. Así, en la normatividad estatal, hay un fuerte contenido de coacción que desde luego vulnera a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución impidiendo la eliminación de poderes intermedios en la sociedad misma<sup>336</sup>.

Para que el Derecho sea eficaz el Estado debe tener el monopolio de la fuerza o de la violencia, con el objetivo de contener la violencia civil e implantar el orden constitucional. En la sociedad donde reina el caos no existe la seguridad, inexistente el Estado de Derecho, sino, el Derecho de los más fuertes, lo que desde luego es una amenaza a la integridad de los componentes de la sociedad o de los más débiles.

Sin embargo los factores sociales existentes y que demandan la normatividad, el ordenamiento jurídico brasileño dispone de soluciones

---

<sup>336</sup> Las diferencias entre los países del centro europeo y de Latinoamérica impiden la aplicación a los nuevos movimientos sociales por una única teoría (SCOTT – 1990). Bastan las diferencias significativas en términos de objetivos de ideología y de base social. Entre los valores posmaterialistas y las necesidades básicas, entre las críticas al consumo y las críticas a la ausencia de consumo, entre el superdesarrollo y el anarcodesarrollo, entre la alienación y el hambre, entre la nueva clase media y las clases populares, entre el Estado Providencia y el Estado autoritario, naturalmente se notan importantes diferencias. Sin embargo, no se excluye que algunos de los nuevos movimientos sociales de Latinoamérica tengan grandes afinidades con el tipo dominante de los países centrales, pero, en general están correctos Fernando Calderón y Elizabeth Jelin cuando afirman que, en contrastes con el que se pasa en los países centrales, “una de las características propias de Latinoamérica es que no hay movimientos sociales puros o claramente definidos, dadas la multidimensionalidad, no solamente de las relaciones sociales, sino también de los propios sentidos de la acción colectiva...” SOUSA SANTOS, Boaventura de. Op. Cit. pág. 262-263; léase Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho. LIMA DE A. JUNIOR, Edmundo. Edibej. Curitiba. Brasil. 1998.

para desarrollar tales demandas. Así, la *Medida Provisória* en el ámbito del Derecho Constitucional, debe insertar normas en el ordenamiento jurídico brasileño a través de la legislación extraordinaria del Ejecutivo, en casos de extrema *relevancia* y *necesidad*, ya que el Parlamento dispone de los mecanismos normativos propios para el desarrollo constitucional, atribuido por la reserva de ley, garantizándoles la competencia originaria para la producción normativa<sup>337</sup>.

Eso significa que, cuando el Ejecutivo pretende editar la *Medida Provisória*, se supone la previa existencia de ley parlamentaria que necesita de ajuste. Tal ajuste se lo hace por norma reglamentaria, de jerarquía inferior a la ley parlamentaria. En el caso de la *Medida Provisória*, la misma debería tratar de los efectos distorsionados en la sociedad, a causa de ley parlamentaria, o de su ausencia o eficacia normativa.

El hecho de estar alzada a la categoría de tipo normativo por el art. 59 de la Constitución brasileña como proceso legislativo, la misma es de competencia del Ejecutivo. Sin embargo, en la práctica la *Medida Provisória* está habilitada para tratar de materias de competencia de la ley ordinaria o de la *ley complementar*, bien como de materias de competencia de los Estados federados.

Su naturaleza jurídica es provisional, ya que la Constitución le otorga fuerza de ley, lo que se puede considerar como un artificio para penetrar en el ordenamiento jurídico, como una operación quirúrgica, pero, cuando sus efectos se normalizaren, su eficacia, o bien, sus efectos son nocivos al ordenamiento jurídico y a los derechos que la

---

<sup>337</sup> OTTO, Ignacio de. Op. Cit. pág. 76-77

Constitución garantiza, lo que hace plantear, su utilización abusiva por el Ejecutivo, como forma de monopolio de la labor legislativa del Parlamento.

La soberanía popular no se agota por el sufragio, pues, siendo la participación ciudadana una actividad constante, no sólo para el perfeccionamiento de la democracia, sino, su esencia misma<sup>338</sup>. Desde la perspectiva de la forma democrática de Gobierno, *Habermas* propone la comunicación entre Derecho y Sociedad. La participación de la sociedad en las tres esferas gubernamentales, exige respuesta de los representantes políticos en el Gobierno, sobre todo, en la esfera de los Estados federales, que congrega los Municipios.

Los Estados federados, a través de sus Asambleas Legislativas, y también a través de sus Gobiernos, son los intermediarios legitimados por el ciudadano para la producción secundaria de la normativa federal, aplicable a su entorno social, económico y político. Por ello, usan las competencias propias recogidas en sus Constituciones, adaptadas de acuerdo con el modelo kelseniano, respecto del ordenamiento jurídico, por la existencia de superposición de poderes democráticamente legitimados por el ciudadano.

---

<sup>338</sup> Los movimientos sociales en Brasil construyen subjetividades y son fuentes del Derecho. Así, nuevas formas jurídicas fueron experimentadas en la creación de las comisiones de fábrica por la elaboración de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos laborales. Lo mismo sirve para el Derecho para la investigación jurídica el espacio de la producción constituye un local importante para el reconocimiento sea de una pluralidad jurídica (ya reconocida en el nivel de las fuentes formales del Derecho del Trabajo), o de nuevas tensiones y conflictos a exigir nuevos mecanismos de solución. La relación del trabajador con la ley es una relación contradictoria. La ley sirve para oprimir y al mismo tiempo para libertar. Muchos trabajadores se sirven del espacio de la ley para garantizar una vida más digna, el espacio de ciudadanía. Los derechos fundamentales que no pasan de las puertas de las fábricas, son la referencia de dignidad y pueden ser reafirmados por una jurisdicción democrática. Las decisiones judiciales que reafirman los derechos fundamentales de los trabajadores sirven de referencia para la instauración de un espacio democrático en todos los niveles, pues la certeza de tener derechos potencializa la lucha por su preservación. EYMARD LOGUERCIO, José. Formas de solução dos conflitos coletivos do trabalho: Arbitragem? In:



La existencia de esta comunicación entre las distintas esferas de poderes, resulta en el conocimiento de los derechos que gravitan en el ordenamiento jurídico y en su aplicabilidad a los intereses de la sociedad y del Estado. También conlleva a la aplicación normativa de la Constitución, lo que resulta en la prohibición de normas extrañas no consentidas por los grupos sociales de forma democrática<sup>339</sup>.

El modelo liberal de Estado no tiene soluciones orientadas para la garantía de los derechos fundamentales, sino, mecanismos propios de autorregulación, movidos por el capitalismo de mercado. Desde la perspectiva de Habermas, el Derecho, debe comunicarse con la sociedad, y ésta, a su vez, pasa a tener el control de los actos de Gobierno, especialmente, cuando son contrarios a sus intereses y a los del Estado, manifestándose tal inconformismo en sede constitucional.

La dialéctica – Sociedad y Estado, es intermediada por el Derecho, teniendo la Constitución como su fuente principal<sup>340</sup>, que le da validez y eficacia a sus normas y al resto del ordenamiento jurídico.

---

Globalización, neoliberalismo e o mundo do trabalho. L. DE A. JUNIOR. Edmundo y Ramos, Alexandre. Edibej. Curitiba. Brasil. 1998. Pág.197-198

<sup>339</sup> La moderna idea de Constitución como norma jurídica suprema a la que se sujetan todos los poderes del Estado nace inseparablemente unida a un rasgo estructural básico del sistema social moderno: la distinción entre la esfera del poder público y la de las relaciones privadas, esto es, entre el Estado y la sociedad, en la formulación de la teoría política y social clásica. Frente a lo que ocurre en el antiguo Régimen, el poder público entendido como el poder de imponer deberes unilaterales se concentra en el Estado, en órganos dotados de esa específica función y servidos por personas especialmente designadas para ello o por funcionarios. Sólo tales órganos pueden imponer deberes y prohibiciones y utilizar la coacción jurídica. Frente a ello se constituye el mundo de las relaciones jurídicamente libres, en las que los individuos no están sujetos más que a aquello que hayan aceptado libremente. La Constitución es la expresión de esta dualidad, *es constitutiva de la diferencia en cuanto constitutiva de la identidad del Estado*. Dado que el punto de partida es la libertad individual, la existencia misma del poder de sujetar unilateralmente – del poder público – deja de ser algo natural y aparece como fruto de una norma que lo constituye, de la Constitución. DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Barcelona. España. 1877. Pág. 37.

<sup>340</sup> Kelsen. Hans. Teoría Pura del Derecho. México. DF. Porrúa. 1993. Pág. 243

La complejidad que se presenta en el Estado brasileño, por la presencia de la superposición de poderes y que constituyen el modelo federal, la participación democrática implica la conciencia de la existencia de los derechos que giran en las esferas de la Unión federal, Estado federal y Municipio, para su aplicabilidad y la garantía misma del espacio de actuación del Derecho para su fluidez<sup>341</sup>.

Al considerarse el Derecho como piedra angular para las tres esferas de los poderes en el sentido vertical, lo cual va a ser el instrumento para que la sociedad pueda eliminar los poderes intermedios que obstruyen el ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, la Constitución brasileña dispone de garantías, principalmente para que la minoría se convierta en mayoría, respecto a la democracia.

La garantía de la división de los poderes del Estado recogidos en la Constitución brasileña, implica a la obediencia al Derecho para la defensa de la libertad ciudadana. La democracia surge del límite impuesto por el Estado de Derecho y va abrir los espacios para la manifestación de la sociedad debidamente representada. Los intereses en conflictos, van encontrar soluciones en los mecanismos

---

<sup>341</sup> “...El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción...” “...De la Constitución en sentido material, corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado “constitución” que, como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial. Kelsen. Hans. Op. Cit. pág. 232-233

fundamentados en el Derecho, lo cual es considerado la forma de expresión del Estado.

Los excesos del orden económico liberal exigen a su vez, las medidas normativas positivas para aplicación en el entorno social. El objetivo es erradicar las desigualdades lo que va a justificar la existencia del Derecho que se confunde con el Estado. La diferencia está en que la sociedad moderna exige que el Derecho limite la actuación de los poderes del Estado.

Respecto a las *Medidas Provisorias*, su configuración constitucional como potestad legislativa del Poder Ejecutivo adquiere una importancia respecto al Derecho y a la Constitución cuando se evidencia la falta de comunicación entre el Derecho y la Sociedad<sup>342</sup>.

No obstante, la utilización de la *Medida Provisoria* por el Gobierno va a estrechar las relaciones con el Parlamento. Con esto, también va a aproximarse a la sociedad, respecto a sus derechos. Se puede concluir que, antes con la total separación entre Ejecutivo y Legislativo, cualquier intervención del Gobierno a través de un acto con fuerza de ley se consideraba como una usurpación de los Derechos. Con el control parlamentario de los actos del Gobierno, se reduce esa intervención en respeto a los derechos de las minorías.

Pero, la democracia exige la representatividad partidista. Por ello, los mecanismos de control de constitucionalidad van a depender de su eficacia respecto a los derechos de la minoría<sup>343</sup>. Los partidos

---

<sup>342</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Op. Cit. Pág. 407-409

<sup>343</sup> El Poder social se mide por la capacidad de imposición que tienen los intereses organizados. Y a lo largo de la línea vertical y acendente que pasa por la competencia entre los partidos y las elecciones generales se transforma en poder político, dividido, por cierto, entre gobierno y oposición. Este poder político, en el marco de competencias distribuidas conforme a lo que la Constitución dispone, se emplea a sua vez para convertir en decisiones vinculantes a través del proceso de producción legislativa y del aparato administrativo los programas políticos que surgen

originados por la democracia están así legitimados y puede esconder los reales intereses de una mayoría que apoya el Gobierno.

Los intereses de la sociedad brasileña son evidentes en la realidad y en la Constitución o por lo menos se intenta aproximar a la norma fundamental. Por tanto, la producción del Derecho va a estar íntimamente ligada a la Constitución por sus valores y objetivos que la República tiene como retos. Así, cuando la *urgencia* y la *relevancia* como presupuestos habilitadores de la *Medida Provisória* constituyen no sólo un parámetro para la producción del Derecho por el Gobierno, sino, un reto necesario o fundamental para hacer real el principio de una sociedad igualitaria. El Derecho de una vida digna se realiza con la erradicación de la pobreza y la erradicación del analfabetismo lo que resultará en una mayor participación ciudadana.<sup>344</sup>

La autonomía concedida a los Municipios por la Constitución, produce a la larga, la emancipación social para el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza. Reabre el concepto de Federación, a medida en que los Estados federados son compelidos a ejercer un papel representativo de los ciudadanos ante a la Unión federal. Por fin, la dialéctica Estado federal y Unión federal como personas públicas portadores de derechos del Estado, separados de la sociedad. El Municipio se mueve por los intereses inmediatos frente al Estado del cual es parte y a la Unión federal con el objeto de garantizar la existencia de su comunidad en el ámbito político.

---

del juego de las fuerzas sociales así canalizado, y para implementar esas decisiones. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Op. Cit. Pág. 407

<sup>344</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid. España. Alianza. 1977. Pág. 23

Esta dialéctica ascendente, donde el Estado federal toma la posición de agente, intermediando los intereses de sus municipios con el Gobierno central, resulta en el planteamiento de la descentralización del Estado federal al ámbito de los Estados federados y de los Municipios<sup>345</sup>.

Resulta en la reforma competencial de los entes públicos federativos, a servicio de la democracia participativa<sup>346</sup> y representativa y la autonomía de los Estados federados y de los Municipios, que da sentido constitucional a la potestad legislativa del Poder Ejecutivo, orientada a esa emancipación, configurándose a su vez, los supuestos de relevancia y urgencia de la *Medida Provisória*, cuyo control de constitucionalidad podrán cuestionar la competencia normativa, respecto a la democracia y a la reivindicación plural de los derechos sociales, siempre reservando a los Estados federales, competencias necesarias a la descentralización del centro de decisión política, lo que da sentido al ordenamiento jurídico y hace eficaz la Constitución, preservándose la forma Federal de Gobierno, cuya soberanía, permanece con el Estado Federal.<sup>347</sup>

---

<sup>345</sup> De las acciones del Estado se ha llegado históricamente tanto por una coerción de la sociedad por el Estado, como por una coerción del Estado por la sociedad. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op. Cit. Pág. 24.

<sup>346</sup> Los nuevos movimientos sociales representan la afirmación de la subjetividad ante la ciudadanía. La emancipación por que luchan no es política sino personal, social y cultural. Las luchas en que se traducen, se pautan por formas organizativas (democracia participativa) distintas de las que presidieron a las luchas por la ciudadanía (democracia representativa). Los protagonistas no son las clases sociales al contrario de lo que se sucedió con el duo marshalliano ciudadanía-clase social en el periodo del capitalismo organizado; son grupos sociales, mayores o menores que clases, con contorno más o menos definidos en vista de intereses colectivos por veces muy localizados, pero, potencialmente universalizables. Los movimientos sociales están en el marco de la sociedad civil y no en el marco del Estado. Y en relación al Estado mantienen una distancia calculada, simétrica de la que mantiene en relación a los partidos y a los sindicatos tradicionales. SOUSA SANTOS, Boaventura de. Op. Cit. pág. 261

<sup>347</sup> Respecto a la forma Federal de Estado en Brasil, la Constitución en el art. 60 §4º, prohíbe deliberación de propuesta de enmienda a la Constitución tendiente a abolir la forma federativa de Estado; De otra parte, la Constitución en sus artículos 34, 35 y 36, reserva el capítulo de la

## 6. Los Presupuestos Habilitadores de Relevancia y Urgencia.

El principal punto en el análisis de las *Medidas Provisórias*, se encuentra desde la decisión del Presidente de la República en adoptarlas, hasta su apreciación y conversión por el Congreso Nacional en torno de la expresión *relevancia y urgencia*<sup>348</sup>, se parece indivisible e indispensable a la correcta interpretación del texto.

---

Intervención de la Unión en el Estado Federado y de éste, en el Municipio. Tal dialéctica ascendente, además los principios del Estado democrático de Derecho, contempla la Constitución brasileña de mecanismos de garantías. Los mecanismos de acción que dispone el ciudadano son: es el acceso al Poder Judicial, establecido en el art. 5º.XXXV, el *Mandado de Segurança*, individual o colectivo – art. 5º., LXIX y LXX, el derecho de petición a los poderes públicos – art. 5º., XXXIV, a; la prohibición de juicio o tribunal de excepción – art. 5º., XXXVII; el *habeas corpus*, art. 5º., LXXII; la acción popular – art. 5º. LXXIII. De estas garantías, resulta la estructuración del Poder Judicial, siendo la última corte de justicia, el Supremo Tribunal Federal, con la competencia de garantizar la existencia de la Constitución, disciplinada su competencia en el art. 102 de la Constitución brasileña. La acción directa de inconstitucionalidad de ley, o acto normativo federal o estadual y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, son acciones de su competencia originaria, como forma de control abstracto de constitucionalidad y de forma difusa, a través del recurso extraordinario proveniente de las decisiones de única o última instancia jurisdiccional. "...la supremacía del Estado federal desciende de la preeminencia indiscutida de la Constitución federal, de la distribución de entre las competencias federales y las de los Estados miembros, de la competencia federal en la revisión constitucional y en la solución judicial de los conflictos de atribución y de la intervención dentro de los Estados miembros, sea para asistirlo en caso de necesidad, sea par obtener su adecuación a los vínculos constitucionales federales". DE VERGOTTINI, Giuseppe. Op. Cit. pág. 101.

<sup>348</sup> Sin embargo el control jurisdiccional del Supremo Tribunal Federal – STF, de las *Medidas Provisórias* en Constitución brasileña, con relación a los supuestos de *urgencia y relevancia*, dicho órgano aún no tuvo la oportunidad de manifestarse sobre los presupuestos autorizadores de la misma. Se piensa que la Corte Constitucional reproduzca el mismo entendimiento con relación a los antiguos Decretos-leyes, del régimen militar. En la vigencia de la Constitución de 1967, el STF, ha manifestado que los presupuestos de urgencia y relevante interés público son cuestiones políticas escapando así del control del Poder Judicial. En Italia, viene admitiendo cierto tipo de control sobre los presupuestos de los Decretos-Leyes, pero, de carácter limitado, cuanto al exceso del poder legislativo. En España, el Tribunal Constitucional, entiende que los presupuestos habilitadores constituyen un conjunto de auténticos límites jurídico constitucionales de la actividad

Que el hecho de la normatividad debe concentrarse en las *Medidas Provisórias*, esto no quiere decir que el País no tenga sus instituciones democráticas actuando de acuerdo con la legalidad o el Derecho. Sin embargo, esta interpretación, la Constitución brasileña trata en su Título V, de la defensa del Estado y de las instituciones democráticas, incluso, el Presidente de la República no será dueño y señor absoluto de la verdad.

Para MERLIN CLÈVE<sup>349</sup>, posee *relevancia* lo que es importante, esencial, exigible, fundamental o indispensable. La *relevancia* ha de vincularse únicamente a realización de los intereses públicos. El constituyente de 1988, lamentablemente, al seguir la experiencia italiana, adoptó como presupuesto material un presupuesto habilitador menos preciso, que viene desde los antiguos decretos-leyes “*relevante interés público*”. Lo que parece una continuidad del régimen anterior<sup>350</sup>.

En verdad, la relevancia de que trata la Constitución brasileña, no es apenas, de la materia tratada, pero también la situación que necesita (*estado de necesidad*) de la *Medida Provisória*. El presupuesto de urgencia admite mayor precisión conceptual: “la urgencia se adjunta cuestión de fecha (momento) a la condición social en ella verificada. La urgencia cualifica el momento y define el tiempo de ejercicio de una competencia. Con urgencia se está indicando

---

gubernamental, sujeto al control jurisdiccional. Experiencia que se debe ser aprovechada en Brasil. MERLIN CLÈVE. Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. pág. 140/141

<sup>349</sup> Medidas Provisórias. op. cit. Pág.69-70; CHIESA, Clélio. Op. Cit. pág. 50

<sup>350</sup> *Relevancia* significa lo que tiene importancia y *urgencia* significa lo que demanda necesidad inmediata, prisa. Caldas Aulete, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, Brasil. Rio de Janeiro. Ed. Delta, 1958, vol. 4, pág. 4.340; vol. 5, pág. 5.181.

peligro de daño; por fin, la situación de peligrosidad exigente de *ordinanza extra ordinem*".

En la doctrina brasileña, en este particular, alcanzó relativo consenso. No se puede olvidar, que urgente debe ser no sólo la adopción de la norma aprobada (vigencia) sino, igualmente, su incidencia (aplicación). Por esto, la mejor doctrina tiene como inadmisibles la adopción de *Medida Provisória* para producir efectos después de determinado lapso temporal.

Del examen del texto constitucional, no sobran dudas entre los especialistas: La relevancia y la urgencia son presupuestos constitucionales para legislar a través de la *Medida Provisória*<sup>351</sup>. Habrá relevancia cuando el tema a ser tratado fuere de gran importancia para el Estado. Por otro lado, la urgencia requiere disciplina de modo que, no se podrá aguardar el procedimiento legislativo ordinario.

El texto constitucional condiciona la incidencia de ambos los presupuestos sobre la situación a ser regulada, inaplicable la elección de uno sólo de ellos en detrimento del otro: "*relevancia y urgencia*" y no "*relevancia o urgencia*".

Es de competencia del Presidente de la República, demostrar mediante la motivación o justificación, la ocurrencia de los presupuestos habilitadores<sup>352</sup>. La *EC n.º 32 de 11/09/2001*, para la

---

<sup>351</sup> GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. Do Processo Legislativo, São Paulo. Brasil. Saraiva, 3a. ed., 1995, pág. 234. La edición de *Medida Provisória* se condiciona por la existencia de sus presupuestos constitucionales de carácter positivo, cuya inobservancia torna ilegítima su validez. FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. Brasil. São Paulo. Saraiva. 1992. Pág. 288.

<sup>352</sup> La adopción de *Medida Provisória* para el racionamiento de energía eléctrica en el País, el Presidente, revocó dispositivos de garantías del ciudadano, en el Código de Defensa de los Consumidores. A parte la vigencia de la *Medida Provisória*, el Presidente, adoptará otra para anular los efectos de la medida anterior de los derechos garantizados en el referido Código. pág.



adopción de las *Medidas Provisórias*, se exige expresamente la motivación, inclusive para facilitar el juicio de admisión por el Poder Legislativo o de constitucionalidad a través del control jurisdiccional, también porque, la EC citada limita el ámbito material.<sup>353</sup>

El supuesto de *relevancia* para que el Ejecutivo pueda adoptar la *Medida Provisória*, es un concepto que tiene característica subjetiva para el propio órgano, en comparación con el Legislativo que tiene la competencia originaria o normal para la actividad normativa. Es lo mismo que el Legislativo dependiese del Ejecutivo para su actividad ordinaria en la producción de leyes, ya que sin los ojos del Ejecutivo, el Legislativo puede legislar de forma irresponsable<sup>354</sup>. El supuesto de

---

web: <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2001/05/29/eco822.html?ap>, La *Medida Provisória n.º 131/03*, regula los transgénicos, libera el plantío, el comercio de zafrá de soja transgénica. El fundamento es la productividad de la soja modificada genéticamente. La oposición parlamentaria, se fundamenta en el peligro a la salud y al medio ambiente en Acción Directa de Inconstitucionalidad junto al STF, pues, contraria la *ley 8974, de 05 de enero de 1995 (DOU 06/01/95)* dispone de normas para el uso de las técnicas de ingeniería genética y liberación en su medio ambiente de organismos genéticamente modificados.

<sup>353</sup> **Art. 62 §1º CF.** Queda vedada la edición de *medidas provisórias* sobre materia: I - relativa a: a) nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos y derecho electoral; b) derecho penal, procesal penal y procesal civil; c) organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros; d) planos plurianuales, directrices presupuestarias, presupuestos y créditos adicionales y suplementarios, salvo lo previsto en el art. 167, §3º; II - que objetive el detenimiento o secuestro de bienes, de ahorro popular o cualquier otro activo financiero; III - reservada a ley orgánica; IV - ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del Presidente de la República. (ha de *observarse que no hay limitación respecto a derechos individuales, como pasa con las leyes delegadas (decretos legislativos) cuyo art. 68§1º, II CF. impide la autorización legislativa sobre derechos individuales*)

<sup>354</sup> DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. op. cit. pág. 59. El autor critica el supuesto de relevancia que no caracteriza la excepcionalidad. Argumenta que "la previsión constitucional que debería ser vista como excepcional, está al punto, en los Gobiernos que se siguieron a 1988, de asumir procedimiento legislativo diario, a través del cual, en algunos casos, ni mismo las limitaciones establecidas en el §4º del art. 60 de la Constitución brasileña, son levadas en serio, cuando, por ejemplo, "derechos y garantías individuales" (inatacables por Reforma o Enmienda Constitucional) fueron vulnerados por *Medidas Provisórias* flagrantemente inconstitucionales. El autor explica la relevancia de que habla el texto constitucional, permite al Presidente de la República lanzar mano de la libertad individual y de la propiedad privada (ambos derechos asegurados en el art. 5º y, por tanto, inalterables por las vías ordinarias, hasta mismo por el Poder de Reforma) de las personas, cuando expidió Las Medidas n.º 168 que instituyó el nuevo sistema financiero y autorizó el bloqueo de dinero, aprobado por el Congreso y convertida en la ley n.º 8.024/890 y de la Medida n.º 153 y 156, que dispone sobre los crímenes de abuso del poder económico y crímenes de denegación fiscal. Tales medidas, fueron allá del poder de reforma constitucional, pues, la expresión constante del §4º del art. 60, "tendiente a abolir" es tomada,

*relevancia* está presente en ambos poderes. Así, para interpretar los presupuestos habilitadores de la *Medida Provisoria*, hay que considerar el Derecho Constitucional Comparado, a través de los supuestos de *urgencia y necesidad*<sup>355</sup>.

La *Medida Provisoria* siendo acto del Poder Ejecutivo, configura un tipo normativo extraordinario, aunque el Poder Legislativo participe en su conclusión o su rechazo, ya que su edición tiene arreglo en los supuestos habilitadores que sólo el Presidente de la República está habilitado constitucionalmente para expedirla y sin ninguna responsabilidad respecto al contenido.

IGNACIO DE OTTO<sup>356</sup>, esclarece cuanto al presupuesto habilitante de la *extraordinaria y urgente necesidad* en el decreto-ley español (art.86.1 CE), que el Gobierno sólo podrá dictar decretos-leyes en caso de <<extraordinaria y urgente necesidad>>. Afirma el autor, que el decreto-ley no debe ser un instrumento de uso común, para desarrollar una legislación paralela a la ordinaria o mismo para suplantarla, sino que se requiere una situación diferenciada, un presupuesto habilitante sin cuya presencia el decreto-ley habrá de considerarse ilícito.

---

incluso, en el sentido de mera restricción "reducción" al gozo de los derechos y garantías individuales, y que no sólo los derechos constantes del art. 5º, sino los del art. 6º y 7º de la Constitución brasileña.

<sup>355</sup>Para MERLIN CLÈVE, C. (Medidas Provisórias. op. cit. Pág. 70 y en Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op.cit. pág.174-175), el constituyente de 1988, lamentablemente, al seguir la experiencia italiana, no fue integralmente fiel, adoptando como presupuesto material un significativo habilitador menos preciso (que viene desde los antiguos decretos-leyes – relevante interés público). Incumbe a los operadores jurídicos, sin embargo, la tarea de diseñar los rasgos dentro de los cuales está autorizado a transitar la realización del presupuesto. En este punto, cumple rectificar posición asumida en la primera edición: la relevancia de que trata la Constitución no es, apenas, de la materia tratada, debiendo cualificar, también, la situación oportuna (estado de necesidad) de la *medida provisória*. Cumplirá, evidentemente, al Poder Judicial (control de constitucionalidad) verificar, en cada caso, lo que es o no relevante.

<sup>356</sup>Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Ariel. Barcelona. España. 2ªed. 1988. Pág. 197

La consideración de que el tipo normativo ya sea mismo un instrumento extraordinario, no justifica que los actos del jefe del Ejecutivo en su potestad normativa, quede ausente de control, mismo siendo la forma presidencialista de Gobierno que no tiene responsabilidad ante el Congreso Nacional, sino, ante el pueblo que lo eligió directa y democráticamente el Presidente.

El control para la edición de la *Medida Provisória* está en el art. 62 de la Constitución brasileña cuando señala la *relevancia* y la *urgencia*, como supuestos deflagradores del acto excepcional.

Tales supuestos habilitadores, se deben analizar en conjunto con otros supuestos habilitadores de otros tipos normativos, determinados por la Constitución<sup>357</sup>. Los supuestos para la edición de *Medida Provisória* son conceptos jurídicos indeterminados. De ahí que, se deban analizar los demás tipos normativos de previsión constitucional para saber se tales tipos regulan determinada materia por determinado procedimiento, cuyos presupuestos habilitantes *relevancia* y *urgencia*, adquieren contornos de excepcionalidad dentro del actual sistema de

---

<sup>357</sup>Para IVO DANTAS, (Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. op. cit. Pág. 66), el permisivo contenido en el art. 62 de la Constitución Federal no deberá ser interpretado como sinónimo de autorización para que se elaboren normas jurídicas típicas de una legalidad excepcional, tomada en el sentido del Derecho Constitucional de Crisis, pues, estas están explícitas y minuciosamente reglamentadas en la propia Constitución, en su Título V, al tratar de la "Defensa del Estado y de las Instituciones Democráticas", y donde, mismo ahí, el Presidente de la República no será dueño y señor absoluto de la verdad, pues, en providencia saludable, el constituyente de 87/88 le instituyó límites rígidos, tanto en la hipótesis del Estado de Defensa como en la del Estado de Sitio, al punto de no alejar la "responsabilidad por los ilícitos cometidos por sus ejecutores y agentes". Si en las hipótesis del Título V, se v estar delante de un Derecho Constitucional de Crisis o de Legalidad Especial, que justifica hasta la suspensión temporaria de ciertos derechos y garantías individuales, en el caso en examen la Legalidad no sufre ninguna continuidad o providencias provisorias, en razón de los requisitos por ella mencionados, y que, por serien portadoras de estas características, apenas tendrán fuerza de ley, pues, sólo después su conversión por el Congreso Nacional, podrán ser entendidas como ley, en sentidos material y formal. (en el mismo sentido piensa OTTO, Ignacio de. Op. Cit. pág. 197, CARMONA CONTRERAS, A.M. op.cit. pág. 78)

gobierno, configurando el sistema de fuentes del Derecho en la Constitución<sup>358</sup>.

Con el inicio de la democracia en Brasil, surgieron nuevas necesidades desde la base de la sociedad. Sin embargo, las necesidades fueron impulsadas por el mercado de consumo de masas. Por ello, la democracia se confundió con la libertad de consumo, lo que no se exige la participación política del pueblo, sino un fuerte control sobre el mercado por los gobiernos.

Independiente del poder del mercado, el Gobierno democrático decide a través de sus representantes, no pudiendo, tal decisión, ser anticipada por norma excepcional y de ahí, tornarse en una forma ordinaria de legislación. Por ello, la norma gubernamental se respalda en el mercado y ahí se oculta. Por eso, existe el Poder Legislativo, obedeciendo principio superior a la Constitución que es el pluralismo político, a través de debate público y democrático, crea normas para el ámbito de su representatividad territorial y obedeciendo a la Constitución y el ordenamiento jurídico. Luego, la necesidad verificada para el Gobierno no es la misma necesidad del legislador ordinario<sup>359</sup>.

Por otro lado, aplicar la legalidad ordinaria a situaciones excepcionales, es ir contra la intención del legislador que no las ha previsto<sup>360</sup>. Los supuestos de hecho, que funcionan como

---

<sup>358</sup>Esta forma de participación del Ejecutivo en la labor legislativa tiene, en principio, carácter excepcional y exige la posibilidad última de control por el Parlamento si no se quiere afectar a la estructura misma del sistema de fuentes y a su conexión con el sistema política que está en su base. Ello explica que la Constitución asuma una redacción tan restrictiva en su reconocimiento como fuente, apelando a supuestos de <<extraordinaria y urgente necesidad>> que justifiquen su adopción y a su carácter <<provisional>>, así como determinando los ámbitos materiales en los que no es posible la regulación por medio del Decreto-ley. BALAGUER CALLEJÓN, F. Derecho Constitucional (1). Op. Cit. pág. 142

<sup>359</sup>ALVAREZ GARCIA, Vicente. El Concepto de Necesidad en Derecho Público. Civitas. Madrid. España. 1996. Pág.154

<sup>360</sup>NIZARD, L. citado por ALVAREZ GARCIA, Vicente. Op. Cit. Pág.53

presupuestos para edición de *Medidas Provisórias*, condicionan también su contenido, pues, la norma extraordinaria debe ser pertinente a la situación de hecho que le sirve de soporte, en el sentido de tener su contenido adecuado a ella<sup>361</sup>.

Basta entonces considerar el principio de reserva de ley (ley ordinaria, *ley complementar*) o reserva competencial (Unión, Estados federados y Municipios), para que el acto del Ejecutivo tenga libre su trayectoria, pero siempre respetando los supuestos habilitadores “relevancia y urgencia”, lo que configura la naturaleza jurídica de la *Medida Provisória*, bien como, la potestad legislativa del Poder Ejecutivo, pues, sin tales supuestos, carece el Ejecutivo de la potestad legislativa, aunque conferida por la Constitución<sup>362</sup>.

Subraya CARMONA CONTRERAS<sup>363</sup>, que la *urgente necesidad* en el Decreto-ley español, no es el factor directamente habilitante de la competencia normativa del Gobierno, sino la Constitución misma y no otra.

También hay que considerar el tiempo de vigencia de la *Medida Provisória* que é de 60 (sesenta) días. Así, los supuestos de hecho a regular en ese plazo, pueden ser configurados como *urgentes*, ya que el Congreso Nacional tiene procedimiento diferenciado, respecto a la pluralidad partidaria, lo que demanda tiempo superior<sup>364</sup>. Distinto,

---

<sup>361</sup> BERGMANN ÁVILA, H. op. cit. pág 84.

<sup>362</sup> En palabras de P. CRUZ, la existencia de concretos institutos destinados a afrontar determinadas situaciones de crisis constitucionalmente previstas <<no se ve cómo pueda condicionar el grado de necesidad exigido por el artículo 86.1 CE para que el Ejecutivo pueda sustituir interinamente al legislativo>> CARMONA CONTRERAS. A. M. op. Cit. pág. 100.

<sup>363</sup> Op. Cit. pág. 119

<sup>364</sup> Siendo norma que pueda ser obtenida en el Congreso Nacional, a tiempo de dar solución al caso, no es caso de *Medida Provisória*, lo que se considera un abuso. Sólo se configura la urgencia, cuando no se puede postergar disciplina normativa, cuya falta sea prejudicial, o causa efectos dañosos al Estado o al interés público. BANDEIRA DE MELLO, C. A. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. RDP. São Paulo. Brasil. 1990. nº. 95, jul/set. P. 30

todavía, es el supuesto de *relevancia* que deberá ser interpretado por *necesidad*. En nuestra opinión, *relevancia* denota distinción de clase social, estando en posición jerárquica superior, respecto mismo a las elites beneficiadoras del acto excepcional. Mientras que, el supuesto *necesidad* se refiere a situaciones que no se puede esperar y que el Gobierno debe actuar con urgencia<sup>365</sup>.

CARMONA CONTRERAS<sup>366</sup>, percibe muy bien que la *urgencia* es el punto central, el eje principal de la fórmula constitucional en torno al cual gira la habilitación al gobierno para producir decretos-leyes. Constata la autora, que la *urgencia* no sólo se refiere a una inherente e intrínseca dimensión temporal de la intervención normativa, indicando la ventaja de su rapidez y la oportunidad de actuar inmediatamente. Existe una necesidad, cuya superación se presenta como improrrogable en el tiempo, no consistiendo, para el logro de tal fin, recurrir a los procedimientos normales procedimientos.

De tal manera que la mayoría parlamentaria que el Gobierno posee en el Congreso, no justifica los presupuestos habilitantes que dan inicio a la *Medida Provisoria*, ya que la minoría está garantizada

---

<sup>365</sup> El Decreto n°. 1937/1996 de 21 de junio, establece reglas para la redacción de actos normativos del Gobierno sujetos a la aprobación del Presidente de la República. El art. 22 del citado Decreto, dispone que: "solamente serán apreciados por la Presidencia de la República proyectos de *medida provisoria* cuando caracterizado el estado de necesidad legislativa derivado de circunstancias fáctica o situación jurídica de difícil previsión. El párrafo 1º determina: "El estado de necesidad legislativa se caracteriza por la exigencia o indispensable tomada de providencia de índole legislativa con efecto inmediato sujeto a pena al se verificaren perjuicios administrativa, económica, social o de seguridad pública. El párrafo 2º del citado Decreto disciplina: "No serán disciplinadas por *medidas provisórias* materias que puedan ser aprobadas en los plazos establecidos por el procedimiento legislativo de urgencia previsto en la Constitución". Con el citado Decreto, el propio Ejecutivo traza los límites para conceptuar el estado de necesidad. Parámetros que pueden ser utilizados cuando enjuiciadas alguna *Medida Provisoria*. "Lo que justifica la edición de las *Medidas Provisórias* es la existencia de un estado de necesidad, que impone al Poder Ejecutivo la adopción inmediata de providencias de carácter legislativo, inalcanzables según las reglas ordinarias de legislación, debido al propio *periculum in mora* que ciertamente derivaría del retraso en la realización en la prestación normativa". RTJSTF (146):707, 1993. ADIN n° 293- DF.

<sup>366</sup> Op. Cit. pág. 103-104

con mecanismos jurídicos o políticos para impedir la inobservancia de los supuestos habilitadores en lo que respecta a la constitucionalidad de la medida adoptada.

Para ÁLVAREZ CONDE<sup>367</sup>, el problema consiste en saber quién está legitimado para efectuar la apreciación de los supuestos. El Gobierno, en principio que tiene la potestad legislativa, es lo que está habilitado para tal. El autor sostiene que también las Cortes Generales, bien como el Tribunal Constitucional español, efectúen o intervengan apreciando los supuestos y en caso de ausencia de los supuestos, no proceder por la convalidación del decreto-ley o declararlo inconstitucional.

La jurisprudencia del STC de 31 e mayo de 1982, ha puesto de relieve, que mientras las Cortes ejercen tanto un control de oportunidad político como jurídico-constitucional, el Tribunal resuelve al apoyarse en criterios estrictamente jurídico-constitucionales. Fundamentados sobre la necesidad de apurar si se han respetado o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno, de una parte, pueda ejercer su potestad legislativa extraordinaria para dictar decretos-leyes, y de otra, si del contenido material normativo ha o no violado la Constitución española.

Así, materia habilitada por la *ley complementaria*, carece de urgencia y relevancia, pues, el tipo normativo existente, define los límites para su regulación por el Congreso, a través del quórum de la mayoría absoluta.

Una vez establecidos los tipos normativos y reservadas a ellos las materias, bien como la reserva de competencia para la Unión,

Estados y Municipios, no hay porque hablar en relevancia y urgencia, ya que es de la competencia ordinaria del proceso legislativo del Congreso Nacional, cuyos debates se pasan de forma plural y democrática<sup>368</sup>. Y así es, pues, para la garantía del Estado democrático de Derecho que garantiza la Constitución brasileña en el artículo 1 no se puede hablar de competencia extraordinaria, cuando ciertas materias ya tienen previstos los instrumentos reguladores<sup>369</sup>.

Sin embargo, el Gobierno, produce normas a través de *Medidas Provisórias*, pero, de carácter populista, siempre con la intención de mantener estable su índice de popularidad ante al electorado, no obstante, la necesidad misma de la regulación legal, a través del medio ordinario de producción normativa, obedientes al Derecho, a la Constitución y al procedimiento democrático, respecto a la pluralidad partidaria.

Hecho transformador de los supuestos de *relevancia* y *urgencia*, en conveniencia u oportunidad, para no decir arbitrariedad característica de la época de los militares para la edición del decreto-ley.

Así, el análisis de los supuestos de *relevancia* y *urgencia*, respecto al Estado democrático y de Derecho, ahí debe tener arreglo. También es lo que respecta al ordenamiento jurídico, las fuentes del

---

<sup>367</sup> Curso de Derecho Constitucional (I) op. cit. pág.229.

<sup>368</sup> CHIESA, Clélio. op. cit. pág. 48

<sup>369</sup> Cuanto al decreto-ley en España, se plantea, "si dicha cualidad extraordinaria se refiere a la situación que se debe regular por decreto-ley o, por el contrario, al propio instrumento normativo como tal. En línea de principio, la doctrina se muestra de acuerdo en considerar que la mención 'extraordinaria' referida a la urgente necesidad, sin llegar a resultar pleonástica, carece de una significación sustantiva y autónoma en relación a la concreta situación que se pretende regular. Constituye un elemento de hecho exterior que conceptualmente no viene a cambiar los términos de la genérica fórmula constitucional; simplemente muta su consistencia cuantitativa aunque sin alterarla desde un punto de vista cualitativo. CARMONA CONTRERAS, A.M. op. cit. pág. 76



Derecho y la Constitución, y en especial, respecto al juego de la mayoría y de la minoría parlamentarias.

De ahí, que tal análisis se debe pasar en el plan jurídico-formal, pues, el análisis desde el punto de vista del Derecho brasileño, nos lleva a entender los supuestos de *relevancia* y *urgencia*, como una deficiencia de la distribución del poder del Estado en el territorio, lo que resultaría en el planteamiento del modelo federalista, donde los Estados miembros se les garantizan la autonomía competencial, establecida constitucionalmente.

La crisis de los poderes en el federalismo brasileño, configura los presupuestos de *relevancia* y *urgencia* en solución al problema mismo. Y, a la vez, va a corroborar los propios presupuestos debido a la necesidad imperiosa del Gobierno de legislar en lugar de los poderes subyacentes a él mismo.

En efecto, tales supuestos se configuran en *necesidad política*<sup>370</sup>, por no estar el Poder Político descentralizado federativamente de forma a compensar el Poder decisorio del Gobierno central. Pero, nos interesa es el planteamiento en el marco formal, respecto al ordenamiento jurídico, al Derecho y a la Constitución, bien como, en el marco de la configuración constitucional de la *Medida Provisória*, como potestad legislativa del Poder Ejecutivo brasileño.

---

<sup>370</sup> La necesidad se configura así como un auténtico móvil jurídico de actuación de los Poderes Públicos: los Poderes Públicos actúan en una situación fáctica concreta porque es indispensable que así lo hagan si quieren realizar la función que tienen encomendada. "...En consecuencia, parece que no habrá necesidad cuando la actuación de los Poderes Públicos persiga, no la realización de un fin esencial de la sociedad, sino la de un fin secundario de naturaleza no obligatoria. En este último supuesto, el móvil de actuación de los Poderes Públicos no es pues la necesidad, sino <<razones de conveniencia, oportunidad e interés o propósitos estrictos de grupo político>>" ALVAREZ GARCIA, Vicente. Op. Cit. pág.161-162

No obstante el análisis de la *Medida Provisória* como la potestad legislativa del Poder Ejecutivo, lo cierto es que las instituciones públicas de Brasil no están suficientemente estructuradas para desempeñar el papel descentralizador de los poderes públicos, lo que genera situaciones de urgencias.

Eso se justifica por el liberalismo económico en detrimento del Estado social. Lo que justifica la ideología del Estado mínimo, no interventor, dejando la regulación por el libre mercado, lo que dificulta el establecimiento o la configuración de la norma jurídica misma, sea ella proveniente del Legislativo, debido a una sociedad dinámica y cambiante, pero, incipiente respecto a los derechos constitucionalmente garantizados.

Así, la *Medida Provisória* puede hasta cumplir un papel importante cuando está en juego el desarrollo de la sociedad con base en el Derecho y en la Constitución, como forma de disciplina, pero, de forma impositiva, contrastándose con la política neoliberal o mismo para combatirla, debido a los desvíos generados por la injusticia de la distribución y que afecta al principio de igualdad consagrado en la Constitución brasileña.

De esta forma, la *Medida Provisória* encuentra supuestos de hecho cualificados por la *relevancia* y *urgencia* en gran cantidad, no absorbidos por los poderes inferiores jerárquicamente<sup>371</sup>, siendo canalizados para el poder central que encarnado en la persona del

---

<sup>371</sup> El federalismo auténtico procura limitar la actividad del poder público y crear instrumentos para que sus funciones sean cumplidas de acuerdo con un círculo de competencias previamente trazadas. OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Teoria Geral do Federalismo. FUMARC/UCMG. Belo Horizonte. Brasil. 1982. Pág. 54

Presidente de la República, representante elegido democráticamente, necesita cumplir sus promesas de campaña política ante el electorado.

El Congreso Nacional, en la cualidad de representante del pueblo y de forma democrática tiene la competencia normativa originaria, pero, una representación política de grado inferior, relativo a lo que tiene el Gobierno, pues éste representa la minoría y excluida del proceso de emancipación social, y es eso lo que justifica la Constitución con la protección de los Derechos fundamentales.

Lo que se puede concluir es que con el poder normativo excepcional del Ejecutivo, habrá un juego de fuerzas políticas entre los poderes.

Sin embargo, la realidad demanda una gama de producción normativa, y no se puede olvidar los instrumentos normativos que el ordenamiento jurídico y la Constitución ofrecen como solución, respecto a los principios en ella trazados, sobretodo los derechos fundamentales (la igualdad y la libertad), pues, estos siendo vulnerados por la norma constantemente, resulta contradictorio con la razón de ser del Derecho.

Los presupuestos habilitadores de *relevancia* y *urgencia*, en comparación con el anterior Decreto-ley de la época del gobierno militar, se condicionan a una realidad distinta por efectos de la democracia. También se condicionan a los efectos del Estado de Derecho, ya que la *Medida Provisoria*, deberá ser convertida en ley en el plazo fijado por la Constitución por el Congreso Nacional, bien como, siendo por éste, analizado sus presupuestos habilitadores.

Al mismo tiempo que consagra el fin del régimen autoritario, consagra la democracia, pero, a través de la producción normativa,

cuya urgencia y relevancia, bien como la facultad de ser convertida o no en ley por el Congreso Nacional<sup>372</sup>.

Por otro lado, vulnera la propia Constitución, ya que, el Estado brasileño en condiciones de normalidad y no más en Estado de excepcionalidad, no más admite la producción normativa que no sea por el Congreso Nacional, ya que el artículo 59 de la Constitución, prevé los instrumentos de inserción normativa al ordenamiento jurídico.

El uso de la *Medida Provisória*, es que impide el desarrollo normal de la competencia del Poder Legislativo, establecida constitucionalmente, así como vulnera el principio de pluralidad política y de representación, que configuran el constitucionalismo moderno y del Estado democrático y de Derecho.

Los presupuestos habilitadores que justifican la adopción de la *Medida Provisória*, deben incidir sobre las materias de competencia de la ley ordinaria y de la *ley complementar*. No es dada la potestad legislativa al Poder Ejecutivo, innovar el orden jurídico, distinta de la competencia del Congreso Nacional, ya que éste, a tenor del principio de separación de poderes y de la reserva de ley parlamentaria, el Congreso tiene la competencia originaria para tal, respecto al sistema de fuentes del Derecho.

Luego, la *Medida Provisória*, con la pretensión de insertar normas al ordenamiento jurídico, debe tener en cuenta no sólo los

---

<sup>372</sup> Hasta la primera guerra mundial, la mayoría de los ordenamientos jurídicos resolverá estos supuestos acudiendo al expediente de la delegación parlamentaria. Únicamente de forma u y aislada y residual se acude a la legislación gubernamental autónoma. Con el conflicto bélico se acudiría masivamente a los plenos poderes, técnica que sigue utilizando una vez terminado el mismo, dadas las exigencias coyunturales y la incapacidad de las asambleas legislativas para su gestión. CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. Pág. 105

presupuestos habilitadores que la Constitución establece, sino la materia a ser tratada por ella, la cual, que debe ser la misma, por lo cual, la ley ordinaria y la *ley complementar* están habilitadas<sup>373</sup>.

La diferencia está en que la *Medida Provisória*, no puede tratar de materia que la Constitución establece un tipo normativo para tal. Esto quiere decir, que el propio texto constitucional establece o prevé supuestos de hechos, cuyo instrumento normativo esté determinado desde entonces. Lo que difiere de los presupuestos de *relevancia* y *urgencia*, pues, tales presupuestos, sin embargo, establecidos en el artículo 62 de la Constitución, para la legislación extraordinaria, no se aplican para regular materias para los tipos normativos a disposición del Congreso Nacional y con el respaldo del procedimiento democrático.

La sustitución del procedimiento normal de inserción de normas al ordenamiento jurídico brasileño, altera el concepto de *relevancia* y *urgencia* de la *Medida Provisória* y su utilización como potestad legislativa del Poder Ejecutivo genera la inseguridad jurídica, por condicionar la libertad ciudadana y su voluntad a una sólo manifestación de voluntad.

La existencia de instrumentos de inserción normativa dispuesto por la Constitución, bien como, el establecimiento constitucional de competencia material a los tres niveles de la federación<sup>374</sup>, implica en

---

<sup>373</sup> "...En efecto, no se entiende muy bien cómo se justifican y se compatibilizan las referidas restricciones materiales con la finalidad principal que inspira la institución del decreto-ley: traducir en términos jurídicos la respuesta a los momentos de urgencia. "... En este contexto, no resulta arriesgado sostener, coincidiendo con la mayoría de nuestra doctrina, que cualquier limitación material al respecto aparece condenada al fracaso, quedando superada por las exigencias que se plantean en la realidad práctica y poniendo en entredicho las previsiones constitucionales al respecto". CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. Pág. 130

<sup>374</sup> OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Op. Cit. Pág. 51-53

la preponderancia de las competencias sobre la norma extraordinaria del Ejecutivo. Su naturaleza constitucional extraordinaria a cargo del Ejecutivo, supone la existencia de tipos normativos al desarrollo de las competencias constitucionales, bien como los órganos encargados en lo que respecta a la federación en sus distintos niveles, de forma ordinaria de legislación.

De ahí, se supone, que la norma extraordinaria será producida posteriormente a la norma ordinaria, no significando eso, que la norma del Ejecutivo sea inferior a la del Legislativo, sino, aplicable a un campo no precisada por la norma parlamentaria<sup>375</sup>, ya que esta, por previsión constitucional de las materias, su aplicación siendo para el futuro, no puede solucionar los hechos en la sociedad, siendo necesario, una intervención urgente para controlar de forma provisional los efectos y la eficacia normativa, o mismo, a través de la intervención del Poder Judicial a instancia de parte.

El Decreto n.º 1.937/1996 de 21 de junio, artículo 22 - revocado por el Decreto n.º 2.954/1999 de 29 de enero -, tenía los presupuestos de *relevancia y urgencia, como necesidad legislativa, derivada de circunstancia fáctica o situación jurídica de difícil previsión.*

Y en el párrafo 1º del decreto revocado, definía el estado de necesidad legislativa, *“la exigencia o indispensable toma de providencia de índole legislativa con efecto inmediato, bajo pena de*

---

<sup>375</sup> La Constitución de 1988 rescató el principio federalista y estructuró un sistema de repartición de competencias que intenta el equilibrio de las relaciones entre el poder central y los poderes de los Estados miembros y municipales. En el Estado federal se ha que distinguir soberanía y autonomía y sus respectivos titulares. El Estado federal es el único titular de la soberanía, mientras que, los Estados federados son titulares de la autonomía. La soberanía del Estado federal dice respecto al ámbito internacional, lo que no es menos cierto decir que la soberanía en el Estado federado reside en el pueblo y por eso no puede trascender los sus límites territoriales. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. op. cit. pág. 102-103

*que se verifiquen daños de orden administrativa, económica, social o de seguridad pública”.*

El referido Decreto, establecía las condiciones al Ejecutivo para adoptar las *Medidas Provisórias*. Pero, no hacía referencia a las materias reservadas al Poder Legislativo, constantes del artículo 68 sobre delegación legislativa. Eso significa que, el Ejecutivo podría disponer de cualquier materia, cuyos presupuestos constitucionales se rebajaron para el nivel legislativo, configurando el Ejecutivo como un auténtico legislador, antes mismo, de un parecer del Supremo Tribunal Federal.

Con la entrada de la Enmienda Constitucional n.º 32/2001 de 11 de septiembre, se va a reformar el artículo 62 de la Constitución, limitando el poder normativo de la *Medida Provisória*. Por ello, fue editado el Decreto presidencial n.º 4.176/2002 de 28 de marzo, reproduciendo la referida Enmienda constitucional, pero, sin restringir los presupuestos de *relevancia* y *urgencia*.

Para ello, la referida EC n.º 32 va a determinar que los presupuestos constitucionales, serán analizados por los diputados y senadores del Congreso Nacional. Lo que restaura el diálogo entre los poderes Ejecutivo y Legislativo en sede constitucional, y por consiguiente, el reconocimiento que se despliega de la Constitución, su fuerza normativa.

Durante la vigencia del Decreto n.º 1.937/1996, los supuestos habilitadores de *relevancia* y *urgencia*, la *Medida Provisória* tenía el plazo de 30<sup>376</sup> (treinta) días para su conversión en ley, lo que

---

<sup>376</sup> art. 62.: En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar *medidas provisórias*, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional, que, estando de en receso, será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de *cinco* días.

configuraba el estado de necesidad legislativa debido el exiguo plazo para la manifestación del Congreso Nacional.

Con la reglamentación por la EC n.º 32/2001, el artículo 62 dispone:

*“En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisórias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional”.*

Tal disposición no determina plazo para el conocimiento a cargo del Congreso Nacional. Antes de dicha enmienda, el plazo era de cinco días a partir de la publicación, cuando el Congreso estuviese en receso. Tras la enmienda, el artículo 62 va a disponer que la *Medida Provisória* será sometida de inmediato al Congreso Nacional<sup>377</sup>.

---

Párrafo único: Las *medidas provisórias* perderán eficacia, desde la edición, si no fueren convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso Nacional disciplinar las relaciones de ellas derivadas. (revocado por la Enmienda Constitucional n.º. 32/2001 de 11 de septiembre). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo. Brasil. Saraiva. 2003. Pág. 309.

<sup>377</sup> La participación del Congreso Nacional es indispensable no sólo en razón del dispuesto en el artículo 62, sino en cumplimiento del principio democrático. BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 78; MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág.209; FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. Medidas Provisórias. Instrumento de Governabilidade. Op. Cit. Pág.106; el artículo 62, al excluir la expresión decreto-ley no abandonó su contenido, lo cual se manifestará por medidas provisórias que sólo pasarán a tener carácter definitivo cuando convertidas en ley por la aprobación del Congreso Nacional. DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág.58. AFONSO DA SILVA, José. Curso Direito Constitucional Positivo. Op. Cit. Pág. 503; TEMER, Michel. Op. Cit. Pág. 153.



En razón de la alteración del plazo para la conversión en ley, de treinta a sesenta días, determinado por la EC n.º 32/2001 al artículo 62 párrafo 3, el Congreso Nacional, dispuso por la Resolución n.º 1, de 2002-CN, sobre la apreciación de las *Medidas Provisórias*.

La referida Resolución del Congreso Nacional, establece en su artículo 2º, el plazo de cuarenta y ocho horas de la publicación de la *Medida Provisória*, para su apreciación.

La limitación material recogida por la EC n.º 32/2001, y el traslado del juicio previo de constitucionalidad de los presupuestos habilitadores de la *Medida Provisória* al Congreso Nacional, limita *ad initio* el Ejecutivo, del juicio previo desprovisto de los referidos presupuestos que le habilitan a la edición del acto normativo con fuerza de ley, los cuales, antes sustituidos por fuerza del Decreto 1.937/1996 por la necesidad legislativa.

La consideración de esa interpretación a juicio del Ejecutivo, la EC n.º 32/2001, restablece los principios del Estado de Derecho, de la democracia, de la separación de poderes, del pluralismo político, de la reserva de ley parlamentaria, del juego entre la representación mayoritaria y minoritaria, la unidad del ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales y la Constitución como fuente del Derecho<sup>378</sup>.

De los principios que se restablecen tras la EC n.º 32, los presupuestos habilitadores de *relevancia y urgencia* de la *Medida Provisória*, adquieren la noción de necesidad y urgencia normativa,

---

<sup>378</sup> Convalidar un decreto-ley, de acuerdo con el procedimiento reglamentario de los debates a la totalidad, lo cual implica que se han apreciado las razones de extraordinaria y urgente necesidad que llevaron al Gobierno a su publicación. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Op. Cit. Pág. 234; en el mismo sentido, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 146; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 201; TUR AUSINA, Rosario. Op. Cit. Pág. 113; CARNONA CONTRERAS, A. Mª. Op. Cit. Pág. 240; OTTO, Ignacio de. Op. Cit. Pág. 205

desde el punto de vista de la conducción política entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, para los intereses de la nación.

El establecimiento del debate democrático para la conversión en ley de la *Medida Provisória* en el plazo de sesenta días, cuenta el Congreso Nacional con la garantía contenida por el artículo 103 I y II de la Constitución brasileña, con el poder de instaurar acción de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal. Por ello, se va a garantizar a los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, normativamente, respecto de los presupuestos habilitadores de la *Medida Provisória*, los cuales podrán enjuiciar en sede constitucional, la garantía de la existencia del Estado de Derecho, de la democracia y de los derechos y libertades ciudadanas, sin embargo, el poder de rechazo a la *Medida Provisória*, por juicio de inconstitucionalidad a cargo del Congreso, conforme dispone el artículo 62 párrafo 5º de la Constitución brasileña.

Según el artículo 246 de la Constitución brasileña, la *Medida Provisória*, no sirve para disponer sobre materia constitucional que haya sido alterada por medio de Enmienda Constitucional, desde enero de 1995<sup>379</sup>.

Cuantas sean las enmiendas a la Constitución, así se restringe el radio de acción de la *Medida Provisória*, sin embargo, del rígido procedimiento legislativo agravado, da apertura para que la potestad legislativa del Poder Ejecutivo, intervenga por *Medida Provisória*, bajo los fundamentos de la *relevancia* y *urgencia* en materia aún no tratada en sede de reforma constitucional.

---

<sup>379</sup> CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 98; FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág. 140.

Por ese razonamiento, los supuestos de *relevancia y urgencia* pueden ser planteados en sede del poder constituyente derivado o reformador constitucional, al aprovechar de la morosidad del Congreso Nacional en el proceso de enmienda a la Constitución, pudiendo así, usar la *Medida Provisória* como regulador intermediario entre Constitución y sociedad.

Por esta misma línea de razonamiento, su conversión en ley de materia constitucional aún no alterada por Enmienda Constitucional, puede autorizar el Congreso Nacional para legitimar la medida convertida en ley al momento de reforma a la Constitución, por enmienda a la misma.

Por otro lado, no parece razonable la reiteración de *Medida Provisória* para forzar el Congreso Nacional a la reforma de la Constitución, pues, la reiteración, supone la caducidad del plazo de sesenta días para la conversión en ley o por el rechazo del Congreso Nacional.

No convertida en ley o rechazada por el Congreso, los efectos de la *Medida Provisória* permanecen regulando las relaciones jurídicas de ella derivadas, incluso cuando el Congreso no regule por decreto legislativo tales relaciones constituidas por la *Medida Provisória* (artículo 62 párrafos 11 y 3 de la Constitución brasileña).

De ahí resulta que, los presupuestos habilitadores de la *Medida Provisória* carecen de finalidad a consideración de su reiteración, sin embargo, la posibilidad de la prórroga de su vigencia para más sesenta días, cuando el Congreso Nacional aún no tuviere cerrada la votación (artículo 62 párrafo 7 de la Constitución). Por ello, los presupuestos habilitadores no son elementos para el juicio de

constitucionalidad para el Congreso Nacional, sino, la conciencia de la posibilidad de la reiteración por la caducidad del acto del Ejecutivo.

## CAPÍTULO - III

### LA MEDIDA PROVISÓRIA TRAS LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL n.º 32/2001

#### 1. Introducción

La entrada en vigor de la EC n.º. 32/2001 de 11 de septiembre va a regular el artículo 62 que trata de la *Medida Provisória*. Ante la polémica por su inserción en el ordenamiento constitucional brasileño, por caracterizar una continuidad del anterior Decreto-ley, dicha Enmienda Constitucional va a ser una garantía más para la producción normativa ordinaria por el Legislativo. Por ella, se va a respetar el principio de la normatividad constitucional<sup>380</sup>, del principio de la reserva de ley parlamentaria, dentro del modelo del Estado de Derecho y de la forma de Gobierno democrática.

---

<sup>380</sup> "...En el Estado constitucional de Derecho se intenta un equilibrio en la realización de los derechos fundamentales entre agentes esenciales: constituyente, legislativo y jurisdiccional que interaccionan sobre un contexto previamente definido: las disposiciones y normas constitucionales. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. CEDECS. Barcelona. España. 2001. Pág. 95. El autor cita su propio trabajo "Derecho y derechos en la Unión Europea" y "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional, éste último trabajo, fue traducido por mí al portugués que será publicado en Brasil.

No es menos cierto decir que la EC n.º 32, también va a conferir el poder normativo reglado. Así, ella disciplina el modo de actuar por la participación del Poder Ejecutivo en la producción de las leyes. Pero, con la democracia, con el poder popular de elegir directamente a su presidente, el orden constitucional va a conferir un instrumento normativo al Poder Ejecutivo que va a absorber a las expectativas populares.

Al ser canalizado la producción normativa por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo va a desarrollar una actividad secundaria de control<sup>381</sup> de los actos de aquel, aunque el Poder Legislativo, según el párrafo 12 del artículo 62 de la Constitución brasileña, podrá alterar la *Medida Provisória* a través del proyecto de ley de conversión<sup>382</sup>. El Ejecutivo va a ocupar el papel tradicional del Legislativo, pero, también refuerza el fenómeno del presidencialismo en el nuevo modelo de Gobierno, bajo un nuevo orden constitucional que garantiza el Estado de Derecho y la democracia.

La EC n.º 32/2001 que da nueva redacción al artículo 62 de la Constitución de Brasil va a democratizar las relaciones entre Legislativo y Ejecutivo. Con esto, se va reducir la tensión existente entre ambos poderes en la esfera de la potestad normativa. También se va a intentar reducir constitucionalmente el protagonismo del Poder

---

<sup>381</sup> Parece existir una opinión unánime en la doctrina y en el propio Tribunal Constitucional, según la cual el procedimiento regulado en el art. 86.3, que prevé la posible tramitación del DL como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, constituye una manifestación patente de actividad legislativa por parte de las Cortes. Así lo expresa la STC 111/1983, de 2 de diciembre cuando dispone que con la tramitación del 86.3 estamos ante una Ley formal que sustituye al DL, porque en ella <<las Cortes despliegan la plenitud de sus facultades legislativa dentro, claro es, del marco constitucional>> (f.j.4). Para Jiménez Campo, sin embargo, si bien es cierto que existe un ejercicio de potestad legislativa, no lo es menos que tal facultad no encuentra su fundamento en el 86.3 sino en el 66.2 CE. TUR AUSINA, Rosario. Op. cit. pág. Pág. 67-68;

Ejecutivo, sin embargo, de vital importancia en los momentos delicados, pero, sin olvidar del pasado, para que su potestad excepcional para introducir normas en ordenamiento jurídico no sea comparada con el régimen dictatorial.

Ello porque, el Poder Legislativo no tiene la previsión de situaciones de hecho que deben ser reguladas. El buen funcionamiento del Estado Federal en su ámbito legislativo podrá configurar la *Medida Provisória* como un instrumento útil para la disciplina de las instituciones básicas del Estado. La reforma política, administrativa (descentralización) y demás situaciones que requieran una intervención urgente para garantizar los Derechos y los objetivos del Estado brasileño, son ejemplos en una sociedad tan compleja que requiere la constante intervención estatal en el ámbito social.

Importa decir que, el plebiscito en 1993 que renueva el presidencialismo republicano, la *Medida Provisória*, configura una excepción al régimen. Por otro lado, la misma reduce considerablemente el fenómeno del presidencialismo en el Congreso Nacional, pues, una vez editada la norma excepcional, el Congreso Nacional dispone de total control sobre ella, respecto a lo que determina la Constitución en su sentido jurídico normativo.

En el Gobierno democrático, la mayoría partidaria que le da apoyo puede burlar los dictámenes constitucionales, pero, no es menos cierto decir, que la minoría detiene el control de constitucionalidad de la norma excepcional. La existencia de un órgano judicial encargado de enjuiciar la norma excepcional por su

---

<sup>382</sup> Artículo 62 párrafo 12 de la Constitución brasileña: Aprobado proyecto de ley de conversión alterando el texto original de la *medida provisória*, ésta se mantendrá integralmente en vigor hasta que sea sancionado o vetado el proyecto.

contradicción con la Constitución va a garantizar la eficacia normativa de la Constitución.

Corresponde a la minoría<sup>383</sup> el papel fiscalizador de reservar al Congreso toda la competencia normativa que la Constitución le establece. También, corresponde al Congreso como un todo interpretar la forma federativa de Gobierno, como una actuación positiva, al descentralizar competencias a los Estados de la federación conforme determina el texto constitucional, sin embargo, la autonomía gubernamental conferida por el procedimiento democrático y el consecuente poder normativo.

En la tradición constitucional brasileña tenía vigencia el principio de no delegación legislativa. Como regla constitucional expresa, no se podría cuestionar su posición jurídico-positivo, sino su sentido y alcance en el sistema de competencias institucionales embutido en la Constitución misma. Desde el punto de vista del sistema de competencias, teniendo en cuenta la rigidez constitucional, prevalece la imposibilidad lógico-formal, la derogación de la Constitución por la ley, como resultante de la jerarquía de las normas jurídicas en el sistema de fuentes del Derecho<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> "...minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y las festividades oficiales. Encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables dichas cuestiones constituye el principal desafío al que se enfrentan las democracias en la actualidad." Will Kymlicka, citado por CARBONELL, Miguel. Derechos sociales y derechos de las minorías. UNAM. México. 2000. Pág. 248

<sup>384</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. op. cit. Pág.165-166; Podría decirse que el criterio en virtud del cual se puede determinar la existencia de una relación internormativa jerárquica es el del *deber de acatamiento* (de los órganos productores de la norma) inferior respecto de la norma superior. Cuando no exista ese deber de acatamiento, no habrá jerarquía, sino igualdad de rango. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. Op. Cit. pág. 144 (el autor aporta a su obra el pensamiento de RUIZ MIGUEL, cuyo autor, conecta este criterio con la remisión a lo que cada sistema jurídico considere como relación jerárquica, de tal modo que el deber de acatamiento



Por el principio de no delegación legislativa se eliminaba los conflictos normativos entre los órganos productores de la norma. Así, por el principio federativo de repartición de competencias entre la Unión Federal, los Estados federados y los Municipios se va remitir a los órganos legislativos propios la competencia normativa, respecto al principio de separación de poderes.

Implícitamente, la EC. n.º 32 que limita la aprobación de *Medidas Provisórias*, reitera el principio de no delegación constante del artículo 68 de la Constitución brasileña. Esta limitación no está desde el punto de vista del legislador, sino, del Ejecutivo, impidiéndole invadir la potestad legislativa de aquél, a través de la *Medida Provisória*. La limitación impuesta por dicha Enmienda Constitucional es un refuerzo a la reserva de ley parlamentaria.

Sin que se observe o que no se cumpla el principio de no delegación legislativa configurado como limitación formal de la *Medida Provisória*, la misma no puede ser considerada jerárquicamente superior a la delegación legislativa parlamentaria (artículo 68 Constitución brasileña), ya que el propio texto constitucional así expresamente lo dice en los términos del artículo 62 como limitación negativa de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo.

Siendo así, la limitación negativa impuesta por la EC. n.º 32/2001 de 11 de septiembre no debe ser interpretada como delegación legislativa ya disponible al Ejecutivo por la propia Constitución. Una interpretación así sería una delegación en blanco, sin los rasgos típicos de la delegación legislativa de competencia del Congreso

---

sería la consecuencia, el efecto obligado o la manifestación de esa relación jerárquica ya definida explícita o implícitamente por el sistema).

Nacional<sup>385</sup>. La *Medida Provisória* que depende de sus presupuestos habilitadores de relevancia y urgencia para su inserción en el ordenamiento jurídico no podrá ser fundamentada por la omisión del Poder Legislativo en su competencia de la producción jurídica, sino en los propios límites fijados por la Constitución brasileña. La garantía de la Constitución como norma superior y que da validez y eficacia al ordenamiento jurídico va a plantear cuestiones como la representatividad parlamentaria en el marco del pluralismo y de la democracia constitucional para la garantía de los derechos de libertad del ciudadano y también para el cumplimiento de los objetivos y fundamentos inscritos en el artículo 1º de la Constitución brasileña<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup>“...si dovrà subito notare come i casi nei quali l'esecutivo è dotato di poteri normativi primari vadano distinti a seconda che si tratti: a) di poteri ad esso direttamente assegnati dalla Costituzione; b) di poteri che la Costituzione assegna al Parlamento, nella sua veste di titolare della funzione legislativa, e che questo trasferisce al Governo, nei limiti in cui la Costituzione lo consente e sulla base di una sua specifica valutazione di opportunità, mediante un atto di delega; c) di poteri che la Costituzione assegna al Parlamento, ma dei quali consente l'esercizio da parte del Governo in via provvisoria, salvo ratifica del Parlamento stesso”. PIZZORUSSO, Alessandro. Atti Legislativi del Governo e Rapporti fra i Poteri: Aspetti Comparatistici. CUADERNI COSTITUZIONALE. A. Xvi. N. 1, aprile. 1996. Pag. 32

<sup>386</sup> El catalogo de derechos económicos, sociales y culturales de la Constitución portuguesa de 1976 bien como el <<cuaderno de encargos>> del Estado (Imposiciones legislativas) que lo acompaña originan que, entre nosotros, el *problema de la dependencia legal de los derechos fundamentales* – los derechos fundamentales bajo reserva de medida legal – adquiera una dimensión constitucional más profunda que aquella que deriva de las constituciones donde no existe consagración expresa de derechos a prestaciones o estos son derivados de simple cláusula de sociabilidad. Consagrando la ley fundamental portuguesa los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos subjetivo (no obstante la necesidad de la *interpositio legislatoris*), se puede concluir, en primer lugar, que ellos existen para allá de la ley por fuerza de la Constitución. Fundamentando originariamente derechos a prestaciones, no es legítimo decirse que las normas consagradoras de tales derechos son *leges imperfectae*, sin cualquier contenido jurídico-constitucional antes de su concreción legislativa. Y como se está en el dominio de derechos fundamentales, donde mal se concibe que la mediación legislativa equivalga a la disolución del contenido subjetivo de estos derechos, se entiende que el <<privilegio concretizador>> del legislador ha de ser acompañado por una intensidad vinculativo-constitucional adecuada a la fuerza dirigente de los derechos fundamentales. La propuesta ya fue hecha atrás: *la actualización de los derechos económicos, sociales y culturales, es en la Constitución de 1976, independientemente de las imposiciones legislativas expresas, una imposición permanente*. De acuerdo con el esquema de la inconstitucionalidad por omisión anteriormente referido, eso significa que, en este campo, para allá de la inconstitucionalidad por omisión en sentido restringido, puede haber omisión violadora de los derechos fundamentales. El ámbito de la discrecionalidad legislativa se ve permanentemente confrontado o con la hipótesis de omisiones inconstitucionales o con situaciones que a pesar aún constitucionales pueden evolucionar, en virtud de la <<escandalosa>>

Importa decir que la limitación que deriva de la delegación legislativa va a preservar el pluralismo político en la democracia como forma de Gobierno, el principio de legalidad, el Estado de Derecho y los objetivos y valores como un reto para la consecución de los derechos fundamentales. Lo que no es menos cierto la limitación que deriva de la Enmienda Constitucional n.º 32/2001 al artículo 62 de la Constitución brasileña que trata de la *Medida Provisória*.

La EC. n.º 32/2001, impone limitaciones negativas al Poder Ejecutivo. Por la misma se va a remitir al Poder Legislativo el deber de control de la norma excepcional, mismo con su carácter de urgencia y relevancia y de vigencia inmediata por la fuerza de ley que contiene. El control del Poder Legislativo tiene como fundamento la democracia y el Estado de Derecho y que se ubica en el artículo 59 de la Constitución brasileña al configurar la *Medida Provisória* como un instrumento más del procedimiento legislativo.

De tal análisis se deduce que se fortalece la teoría del principio de no delegación legislativa de funciones, lo que no impide el ejercicio de las tres funciones por los poderes del Estado, pero, en su ámbito competencial<sup>387</sup>. Cuando el artículo 68 de la Constitución brasileña prescribe que el Presidente de la República necesita autorización del Congreso Nacional para legislar sobre materias de competencias propias de éste, no se está excluyendo la colaboración entre los poderes, sino limitando para la preservación de la reserva de ley

---

inercia legislativa, para verdaderas inconstitucionalidades por omisión (*omisión violadora de derechos fundamentales*). GOMES CANOTILLO, José Joaquin. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. op. cit. Pág. 379-380.

<sup>387</sup>“..En la actualidad, no se puede sustraer el poder normativo de la Administración...” “...la gobernabilidad, depende cada vez más de la estrecha colaboración entre los poderes Ejecutivo y Legislativo y entre el reglamento y la ley...” MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Op. Cit. pág. 274

parlamentaria. Determinadas materias no pueden ser objeto de delegación legislativa. De ahí resulta que, por ejemplo, los derechos de nacionalidad, ciudadanía, derechos individuales, políticos y electorales, son tajantemente prohibidos por la Constitución brasileña objetos de delegación del Congreso Nacional al Ejecutivo<sup>388</sup>.

Esta excepción no significa que las demás materias no puedan ser objetos de regulación por el Ejecutivo. Tal impedimento va a preservar los derechos fundamentales donde el Poder Ejecutivo no puede legislar. La autorización concedida por el Congreso Nacional al Poder Ejecutivo va a trazar los parámetros para que éste pueda actuar, esto porque, está bajo condición de la ley de delegación.

El mismo principio se ha de adoptar para las *Medidas Provisórias*. La Enmienda Constitucional n.º 32 reproduce de forma casi idéntica, pero, excluyéndose los derechos individuales, cuya redacción por falla técnica así no los contempla, lo que no excluye de la protección constitucional como derecho fundamental a ser regulado o desarrollado por la *ley complementar* (artículo 62, III y artículo 68, §1º de la Constitución brasileña).

De esta forma, la EC. n.º 32 va a disciplinar y orientar las relaciones políticas entre el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional antes de dar el inicio en la producción de normas a través de la *Medida Provisória*.

Tal reto que la EC disciplina, nos hace pensar el desarrollo de la actividad administrativa con base en el principio de legalidad<sup>389</sup>. De

---

<sup>388</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Op. Cit. pág. 250; SIQUEIRA CASTRO, C. Roberto de. Op. Cit. pág. 37

<sup>389</sup> El hecho de que la Ley otorgue poderes de actuación a la Administración no es excepcional, es más bien, precisamente, lo normal en la posición jurídica de la Administración. El llamado "principio de legalidad de la Administración" no es un sistema de límites opuesto por el Derecho a una

esto resulta el *cambio de la potestad legislativa de fuerza de ley para la potestad reglamentaria*. Así se va a preservar a la *Medida Provisoria* su lugar que la Constitución establece y no ocupar un lugar de un posible reglamento administrativo.

Mientras que, tal cambio no se verifica en la práctica, en tesis, pensamos que la EC n.º. 32 así ya establece el camino. A medida que la actividad de la administración pública tiene como base la ley, de esta forma se va vincular en posición jerárquicamente inferior.

El Congreso Nacional, consciente de la actividad positiva de la administración pública, tiene en ella un órgano a su disposición para que los reglamentos ejecutivos puedan desarrollar sus leyes democráticas. Esta posibilidad debería haber una cierta independencia y obediencia por la administración pública a la ley producida democráticamente por el Congreso Nacional.

El Poder Ejecutivo para la conducción política del Gobierno con el objetivo de cumplir sus propuestas de campaña electoral cuenta con el apoyo del Congreso Nacional. Este traduce las voluntades políticas en leyes generales y abstractas, cuando ya agotadas las posibilidades políticas y jurídicas de los Estados federados. En realidad no es lo que se verifica. Pues, el apoyo del Congreso Nacional a la política del Gobierno va a ser concretizado en la *Medida Provisoria*.

Con el objetivo de ser la Constitución brasileña como la norma principal para la garantía de los Derechos, los reglamentos ejecutivos van a conferir un margen de discrecionalidad administrativa que

---

libertad inicial de la Administración; es, por el contrario, un sistema por el que las normas apoderan o atribuyen potestades a la Administración, sólo con las cuales ésta puede obrar. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Legislación delegada. Potestad reglamentaria y Control judicial. Tecnos. Madrid. España. 1981. Pág. 111

dispensa obligatoriamente los adjetivos *fuerza de ley, urgencia y relevancia*, ya que los reglamentos tienen arreglo en la ley y de ella tienen su fundamento de validez<sup>390</sup>.

De ello resulta que el Ejecutivo difícilmente podrá introducir normas en el ordenamiento jurídico brasileño por *Medidas Provisórias*. La producción de la norma por el Poder Legislativo va a llenar los espacios en el ordenamiento jurídico para dar seguridad jurídica. La existencia de la ley en el ordenamiento jurídico obliga al Poder Ejecutivo a ejecutarla en sus límites a través de la potestad reglamentaria y ahí se vincula en obediencia al principio de legalidad y de constitucionalidad, según el artículo 84 IV de la Constitución brasileña:

*“Compete privativamente al Presidente de la República: IV – sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes, bien como expedir decretos y reglamentos para su fiel ejecución”*

La potestad legislativa del Gobierno establecida en el nivel constitucional tiene fundamento en los principios fijados en el artículo 37 de la Constitución brasileña:

---

<sup>390</sup> “...La constitución delega fundamentalmente la producción de normas jurídicas generales en un parlamento elegido por el pueblo, pero remite, para la formulación más precisa de las leyes, a

*“La administración pública directa e indirecta de cualquier de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia...”*

En la Constitución española, respecto a la conducción política interna<sup>391</sup>, el Gobierno tiene legitimación para la potestad reglamentaria conforme lo que dispone el artículo 97 CE:

*“El Gobierno dirige la política interior y exterior. La Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.*

---

normas generales producidas por ciertos órganos administrativos. KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. op. cit. Pág. 239

<sup>391</sup> La cuestión es si la potestad reglamentaria del Gobierno si la misma se debe limitar sólo al ámbito interno de la Administración o si se pueden extender al ámbito externo y disciplinar también relaciones sociales. En lo que al Presidente del Gobierno se refiere, hay que entender (Porrás Ramírez) que los reglamentos presidenciales expresan únicamente su poder de organización interno, pues los Reales Decretos que puede dictar van referidos a la composición y organización del Gobierno, así como de sus órganos de colaboración y apoyo [art.17.a)LG]. Por otro lado, la potestad reglamentaria de los ministros, se entiende que tal potestad se ejercita también en el ámbito externo de la Administración. Además del Gobierno, (y de los demás órganos y autoridades a los que corresponda mediante habilitación legal) os restantes órganos constitucionales son titulares de *potestad reglamentaria*, que tiene básicamente un carácter estatutario. Esta potestad se otorga a las Cortes Generales, así como al Congreso y al Senado. Igualmente al TC y al CGPJ.

La potestad reglamentaria en España se configura como una facultad del Gobierno para dictar normas de carácter general con rango inferior a la ley, pero también con obediencia a la Constitución. Las normas que están subordinadas a ésta y que, por consiguiente, deben respetar la configuración normativa realizada. El artículo 103.1 de la Constitución española dispone que:

*“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.*

Por la disposición del citado artículo de la Constitución española, la potestad reglamentaria del Gobierno nunca podrá tratar en el reglamento materias de competencia del Parlamento. Ya que éstas están reservadas a la ley, y de acuerdo con el dispositivo del artículo 103.1, el Gobierno se somete a la ley<sup>392</sup>.

---

Los productos normativos de esos órganos tienen un valor diferente para nuestro ordenamiento. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. Op. Cit. pág.160-161

<sup>392</sup> PÉREZ FRANCESCH, Juan Luís. El Gobierno. Tecnos. Madrid. España. 1993. Pág. 117-118; la jurisprudencia constitucional española trata de establecer, en una postura no demasiado precisa, en su Sentencia 35/1982, de 14 de junio, una noción del mismo por oposición a la ley, señalando que la diferencia consiste en que aquél procede de un poder <<radicalmente limitado>> que <<salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita>> Lo más conveniente es tratar los reglamentos no como oposición a la ley, sino como condición de fuente jerárquica a la ley. Mayor fundamentación parece tener el intento de diferenciar los reglamentos de



La potestad reglamentaria en España se extiende con el objetivo de cumplir a lo que determina la Constitución española respecto al Estado social.

Según BALAGUER CALLEJÓN, “la consagración de un poder normativo, sometido incondicionalmente a la ley desde el punto de vista de su intensidad, pero abierto a las posibilidades de regulación social que no estén prohibidas ni por la Constitución ni por la ley”<sup>393</sup>

Respecto a la Constitución brasileña, el Congreso Nacional, a través de la ley en su ámbito infraconstitucional puede y debe cerrar ordinariamente la existencia de los supuestos de hecho que dan configuración a los presupuestos habilitadores de relevancia y urgencia de la *Medida Provisória*, instrumento disponible a la potestad legislativa del Poder Ejecutivo en el nivel constitucional.

La actuación del Legislativo desde el punto de vista de la nueva configuración constitucional de la *Medida Provisória*, va a dar una mayor garantía a la reserva de ley del Parlamento, respecto su competencia originaria para la producción normativa. Por otro lado, se torna fundamental la participación del Congreso Nacional en el control

---

los actos administrativos, cuestión sobre la cual parecen existir dos criterios: unos, que atiende al criterio de la generalidad, que se predica de los primeros y no de los segundos; y otro – ante las insuficiencias del primero, pues pueden existir actos administrativos generales -, que proclama que, mientras el reglamento tiende a innovar el ordenamiento jurídico con una clara vocación de perdurabilidad en el tiempo, el acto administrativo, aunque se general, se agota con su cumplimiento y no añade nada nuevo a la norma vigente. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Op. Cit. pág. 248.

<sup>393</sup> Derecho Constitucional. Vol 1. Op. Cit. pág. 162. Luego, la potestad reglamentaria por el Gobierno español, no sólo se vincula a la ley, sino a la Constitución. El mismo autor asevera que “La implantación en nuestro sistema jurídico del principio de constitucionalidad debe suponer, necesariamente, la apertura del Estado de Derecho hacia la vinculación de todos los poderes públicos respecto de la Constitución. Significa ello que, ahora, el Estado de Derecho no se define sólo por el principio de legalidad de la Administración. O, en otros términos, que la juridicidad de la Administración (la validez de las normas reglamentarias, en definitiva) no equivale sólo a legalidad de la Administración. Los ámbitos en que el reglamento no está sometido a la ley no son esferas exentas de Derecho: en ellos están plenamente vinculadas las normas reglamentarias por los principios constitucionales, que definen así su juridicidad.

parlamentario de la norma producida por el Gobierno. Tal control parlamentario va a justificar su modo de participación el proceso de la producción del Derecho brasileño, teniendo la Constitución como fuente y garantizadora de los derechos y de las libertades de los ciudadanos.

El Congreso Nacional, ante la limitación impuesta por la Enmienda Constitucional n.º 32 a la *Medida Provisória*, va a tener reafirmada su competencia legislativa originaria, lo que es una exigencia de la democracia. La garantía de la democracia va a tener el apoyo en el Estado de Derecho. En el Estado de Derecho porque es en él que el Poder Legislativo va a fundamentar todos sus actos parlamentarios contra los actos del Gobierno que, de una manera o de otra, afecte a la democracia y a los derechos fundamentales establecidos en el nivel constitucional<sup>394</sup>.

El Poder Legislativo, además de su competencia legislativa normal, va a tener la responsabilidad del control de las normas para justificar el pacto establecido en la Constitución, respecto a sus objetivos y fundamentos. Los cuales, están garantizados en el Título 1, como principios fundamentales (artículo 1º, 2º y 3º de la Constitución brasileña).

---

<sup>394</sup> Los derechos, sólo existen en y a través del proceso político (R: Wahl). Carente el legislador de atadura alguna en su configuración, los derechos en la Europa del XIX no devienen, sino de la expresión del principio de legalidad de la Administración (Cruz Villalón). Con lo cual, más que de vinculación del legislador a los derechos, sólo cabe hablar en esta fase de vinculación de los derechos a la ley. Esta situación no experimentaría modificación alguna en Europa hasta que no se consolida la supremacía de la Constitución mediante la introducción del control de constitucionalidad de las leyes. Desde el momento en que esto se produce, va de suyo que los derechos se imponen al legislador. Y sin embargo, pese a que la implantación de lo uno suponga inescindiblemente la consagración de lo otro, la Constitución que ejemplifica las vicisitudes de los derechos fundamentales de la Europa del siglo XX (Cruz Villalón) no ha dudado en reiterar expresamente la subordinación de la ley a los derechos. MEDINA GUERREIRO, Manuel. La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales. McGraw-Hill. Madrid. España. 1996. Pág. 1-2

## 2. La Nueva Configuración de la *Medida Provisória* por el Artículo 62 de la Constitución brasileña

El artículo 62 de la Constitución brasileña tras la entrada en vigor de la Enmienda Constitucional n.º 32/2001, de 11 de septiembre disciplina la *Medida Provisória* de la siguiente forma:

*Art. 62. En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar Medidas Provisórias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional.*

*§1º. Queda vedada la edición de Medidas Provisórias sobre materia:*

*I - relativa a:*

*a) nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos y derecho electoral;*

*b) derecho penal, procesal penal y procesal civil;*

*c) organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros;*

*d) planos plurianuales, directrices presupuestarias, presupuestos y créditos adicionales y suplementarios, salvo lo previsto en el art. 167, §3º;*

*II - que objetive el detenimiento o secuestro de bienes, de ahorro popular o cualquier otro activo financiero;*

*III - reservada a ley complementar;*

*IV - ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del Presidente de la República.*

*§2°. Medida Provisoria que implique institución o aumento de impuestos, excepto los previstos en los arts. 153, I, II, IV, V, y 154, II, sólo producirá efectos en el ejercicio financiero siguiente si hubiere sido convertida en ley hasta el último día de aquel en que fue editada.*

*§3°. Las Medidas Provisorias, salvo el dispuesto en los párrafos 11 y 12 perderán eficacia desde la edición, si no fueren convertidas en ley en el plazo de sesenta días, prorrogable, en los términos del § 7°, una vez por igual período, debiendo el Congreso Nacional disciplinar por decreto legislativo, las relaciones jurídicas de ellas derivadas.*

*§4°. El plazo a que se refiere el §3° se contará de la publicación de la Medida Provisoria suspendiéndose durante los períodos de receso del Congreso Nacional.*

*§5°. La deliberación de cada una de las Casas del Congreso Nacional sobre el mérito de las Medidas Provisorias dependerá de juicio previo sobre el cumplimiento de sus presupuestos constitucionales.*

*§6°. Si la Medida Provisoria no fuere apreciada en cuarenta y cinco días contados de su publicación, entrará en régimen de urgencia, subsecuentemente, en cada una de las Casas del Congreso Nacional, quedando paralizadas, hasta que se ultime la votación, todas las demás deliberaciones legislativas de la Casa en que estuviere tramitando.*

§7º. *Se prorrogará por una única vez y por igual periodo, la vigencia de Medida Provisória, que en el plazo de sesenta días contado de su publicación, no tuviere su votación cerrada en las dos Casas del Congreso Nacional.*

§8º. *Las Medidas Provisórias tendrán su votación iniciada en la Cámara de los Diputados.*

§9º. *Corresponde a la comisión mixta de Diputados y Senadores examinar las Medidas Provisórias y sobre ellas emitir parecer, antes de ser apreciadas, en sesión separada, por el plenario de cada una de las Cámaras del Congreso Nacional.*

§10º. *Queda vedada la reiteración en la misma sesión legislativa, la Medida Provisória que haya sido rechazada o que haya perdido su eficacia por decurso de plazo.*

§11º. *No editado el decreto legislativo por el que se refiere el §º3º en sesenta días después de denegación o pérdida de eficacia de la Medida Provisória, las relaciones jurídicas constituidas y los actos de ella derivados practicados durante su vigencia se conservarán por ellas regidos.*

§12º. *Aprobado el proyecto de ley de conversión alterando el texto original de la Medida Provisória, ésta se mantendrá integralmente en vigor hasta que sea sancionado o vetado el proyecto.*

Dicha Enmienda Constitucional<sup>395</sup> va a limitar y disciplinar el proceso de producción del Derecho por la *Medida Provisória*.

---

<sup>395</sup> FREJDA SZKLARWSKY, Leon. Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág. 97 CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 65; FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. Comentários à Emenda Constitucional n.º 32, de 11.09.2001. <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0049.htm> septiembre/2002. Pág. 2; THEML

Independientemente de la actividad legislativa del Poder Legislativo, el Gobierno tendrá impedimentos dentro de los límites formales introducidos por la Enmienda al artículo 62.

Por ello, el Congreso Nacional se ve obligado a una actuación positiva dentro de los límites democráticos y del Estado de Derecho, respecto su competencia verificada en el principio de la separación de los poderes, cuya legitimidad es indiscutible<sup>396</sup>.

Antes de la Enmienda Constitucional, la potestad legislativa del Poder Ejecutivo se limitaba a los presupuestos de relevancia y de urgencia. Así, no se planteaba la existencia de los presupuestos de la *Medida Provisória*, la cual introducía normas en el ordenamiento jurídico reservadas a la *ley complementar*. La *Medida Provisória*, era entonces considerada como la principal fuente para la introducción de normas en el ordenamiento jurídico, mismo en total contrariedad a los principios generales del Derecho y a la Constitución brasileña. Por consiguiente, no se aplicaba el principio de unidad normativa constitucional y tampoco el principio de competencia y jerarquía normativas.

Tras la Enmienda Constitucional n.º 32, se va a fijar en el artículo 62 un procedimiento para el Poder Legislativo controlar la *Medida*

---

CARAM, Danilo. Decreto-lei e Medida Provisória: evolução: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2934>. Mayo/2004. Pág. 8; OLIVEIRA, João Paulo de. Medidas Provisórias na Emenda Constitucional 32. [http://www.datavenia.net/artigos/Direito\\_Constitucional/MEDIDAS-PROVISORIAS-na...](http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Constitucional/MEDIDAS-PROVISORIAS-na...) septiembre/2002. Pág. 1-6

<sup>396</sup> "...Como norma ajena en principio a la habitualidad de las leyes del Legislador, fue lógico que su regulación por la Norma Fundamental se rodeara de las cautelas necesarias, máxime si se tiene en cuenta la experiencia del período histórico inmediatamente anterior. Así, junto al presupuesto habilitador y los límites materiales e implícitos sobre la actividad del Gobierno, se adicionaba el control por parte de otros órganos. Uno de ellos, desde la vertiente jurisdiccional, es el del Tribunal Constitucional. Y el segundo, con una naturaleza mixta, su tramitación parlamentaria. Una naturaleza mixta porque participa de la doble faceta característica de la actuación de los

*Provisória* a través de los límites en ella trazados por el Poder Reformador constituyente. La *ley complementar* va a ser un fundamental punto de referencia para el control de los presupuestos de relevancia y urgencia y que va a configurar la actividad de control parlamentario sobre la *Medida Provisória* en los casos en que el Legislador transforme la *Medida Provisória* en un proyecto de ley parlamentario.

Independiente de la verificación de los presupuestos de relevancia y de urgencia de la *Medida Provisória*, la *ley complementar* va a prohibir la existencia de la misma, reservándose al Congreso Nacional su potestad legislativa y democrática. Ello, por la limitación constitucional formal que orienta el modo de producción y control de la norma excepcional.

La existencia de un catálogo de derechos fundamentales regulados en el artículo 5º de la Constitución brasileña, limitará la actuación del legislador ordinario. Estando, por tando, vinculado negativamente a los derechos fundamentales protegidos en la Constitución brasileña. Esto significa que el legislador no puede dar otra definición al Derecho de modo que constituya una reducción de su garantía por el texto constitucional<sup>397</sup>. Esto explica la existencia del Estado de Derecho, que a través de su Constitución va a garantizar

---

Parlamentos: forma de control unida al ejercicio de su función básica, cual es la de legislar". TUR AUSINA, Rosario. Op. Cit. Pág. 41

<sup>397</sup> La vinculación negativa del legislador a los derechos implica, por consiguiente, la prohibición de que la ley pueda menoscabar su <<contenido constitucionalmente protegido>>, a menos que ello sea preciso para proteger otros derechos o bienes de naturaleza constitucional. MEDINA GUERREIRO, Manuel. Op. Cit. Pág. 167-168; "...El contenido esencial de los derechos fundamentales, al igual que los valores de la Libertad, la Justicia, la Igualdad y el pluralismo político hay que estar con el valor supremo de la Dignidad Humana. El contenido esencial tiene un carácter evidente de preexistencia a la norma constitucional que, como en los casos anteriores, se limita a reconocerlo". LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Análisis del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Comares. Granada. España. 1996. Pág. 173

los Derechos al impedir que los mismos sean afectados por la ley que no cumpla los requisitos procedimentales para su introducción en el ordenamiento jurídico brasileño.

Lo mismo, se aplica a la potestad legislativa del Gobierno. Las limitaciones impuestas al legislador ordinario, se van a exigir de él un fuerte control sobre la *Medida Provisória*, pues ésta norma con su fuerza de ley y de vigencia inmediata en el ordenamiento jurídico brasileño podrá afectar a la Constitución y a los derechos de los ciudadanos.

La Enmienda Constitucional n.º 32/2001, pese su importante finalidad, no excluye el catálogo de derechos fundamentales aunque no lo hace cualquier referencia explícita. La Constitución española es estricta en cuanto a la limitación al Decreto-ley en el artículo 86.1, prohibiéndole

*“afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general”.*

El Tribunal Constitucional español actúa en el control de las normas producidas tanto por el Parlamento cuanto por el Gobierno y bien así, definiendo el contenido esencial de los derechos y con eso se



va a impedir que la norma pueda alterar su significado en la Constitución<sup>398</sup>.

Por tanto, la potestad legislativa del Gobierno brasileño no sólo va a limitarse por el contenido fijado en el artículo 62, sino también en el control de constitucionalidad previo a cargo del Congreso Nacional y del Supremo Tribunal Federal.

La mayor o menor dificultad del control de constitucionalidad de las normas en Brasil se debe a la idea del Estado liberal. Por ello, el control de constitucionalidad de las normas se verifica por todos los jueces y tribunales de modo difuso. Este control va a afectar la definición de los derechos constitucionales en el marco del Estado social que el Estado brasileño pugna.

Por tanto, para que la Constitución brasileña despliegue su fuerza normativa, será fundamental la idea de una justicia distributiva para comprometer toda la producción normativa, la cual va a estar vinculada a los derechos fundamentales y a la Constitución. Por esta interpretación, la norma producida va a estar limitada de inicio por los órganos competentes para su control de constitucionalidad antes

---

<sup>398</sup> De todas las competencias del Tribunal Constitucional la más relevante desde el punto de vista del sistema de fuentes es sin duda la de enjuiciar las leyes a partir de la Constitución, esto es, el control de constitucionalidad, ejercido mediante el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad o bien como consecuencia de otro proceso distinto ante el propio Tribunal. En los conflictos de competencias y en los recursos de amparo el Tribunal puede enjuiciar también reglamentos o actos administrativos, y las propias sentencias de los tribunales ordinarios, pero la repercusión que tiene sobre el sistema de fuentes la sentencia dictada en esos casos no difiere de la propia de cualquier sentencia de otro tribunal: declarar la nulidad o validez del reglamento o del acto administrativo o la sentencia judicial sometidos a juicio. Cuando en un proceso de constitucionalidad el Tribunal declara nula una ley por considerarla inconstitucional, esto es, cuando dicta una sentencia *estimativa* del recurso, su función es exactamente la de un legislador negativo o, por utilizar otra expresión igualmente ilustrativa, un <<destructor de leyes>>. Según el art. 164 de la Constitución las sentencias <<que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos>>. DE OTTO, Ignacio. Op. cit. pág. 285-286

mismo de su entrada en el ordenamiento jurídico, o sea, por un control concentrado de constitucionalidad<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> “...La valorización del controle concentrado de constitucionalidad de las leyes por el orden jurídico brasileño después de 1988 sólo puede ser vista como una alternativa para limitar la producción desenfrenada de normas, que conlleva a un ambiente de completa inseguridad jurídica”. BARBOSA RAMOS, Paulo Roberto. op. cit. Pág. 113

### 3. Los Requisitos formales para la producción de la *Medida Provisória*

#### I. La Potestad Legislativa del Gobierno

Legislar a través de la *Medida Provisória* constituye una potestad legislativa que la Constitución brasileña atribuye al Presidente de la República. Esta potestad excepcional atribuida al Gobierno encuentra límites trazados por el artículo 62 de la Constitución. En principio, los límites de legislación por *Medida Provisória* se circunscribe a los presupuestos habilitadores de la relevancia y de la urgencia, los cuales están previsto en el artículo que la regula a saber:

*“En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisórias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional”.*

Así, ni los Gobiernos de los Estados federados y ni los Municipios, están habilitados para insertar normas en el ordenamiento jurídico a través de la *Medida Provisória*. El artículo 62 es claro que la potestad legislativa a través de la *Medida Provisória* es de competencia del Presidente de la República, considerado el Jefe del Estado brasileño

Sin embargo, El Tribunal Supremo se inclina por la posibilidad de adopción de la norma de urgencia por los Estados federados.<sup>400</sup>

Los presupuestos formales de relevancia y urgencia van a garantizar el principio de la reserva de ley del Parlamento en el proceso ordinario de la producción normativa. También van a garantizar la competencia para la iniciativa legislativa establecida en el artículo 61 de la Constitución brasileña<sup>401</sup>.

---

<sup>400</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo: 1) "Podem os Estados-Membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62)." (ADI 425, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/12/03). No mesmo sentido: ADI 812-MC, voto do Min. Moreira Alves, DJ 14/05/93. 2) "Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, tendo em conta a superveniência da EC 32/2001, que deu nova redação ao art. 62 da CF, modificando o padrão de confronto, conheceu da ação apenas em relação ao *caput* do art. 51, por considerar que não houve alteração substancial na Constituição da questão nuclear posta na ação direta, relativa à possibilidade ou não da adoção de medidas provisórias por Estado-Membro." (ADI 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, Informativo 316) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (247 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF – Constituição -

<sup>401</sup> La Constitución brasileña mantiene la técnica de reservar al Ejecutivo la iniciativa legislativa de algunas materias administrativas (artículos 6 párrafo 1º. II, letras a hasta f) MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 109-110. La Constitución española reconoce la iniciativa legislativa del Gobierno en el artículo 87.1 y la cita en primer lugar. "... la iniciativa legislativa gubernamental es una forma descolante de llevar a término, de concretar y desarrollar, el programa político, remitiendo a las Cámaras los proyectos de ley para que sean aprobados por éstas, puesto que el Gobierno cuenta con el apoyo de la mayoría parlamentaria. En todo caso, como ha recordado la STC 45/1990, de 15 de marzo, en un obiter dicta del fundamento jurídico 2, la decisión misma de enviar a las Cortes un proyecto de ley cae dentro de las facultades de dirección política gubernamental, no sujeta a control jurisdiccional. La Constitución prima a los proyectos de ley. Además, los artículos 131.2 y 134.1 CE reservan al Gobierno el monopolio de la iniciativa legislativa en materia presupuestaria y de planificación económica. Por otro lado, el artículo 166 CE, en relación con el 87.1 y 2 CE, atribuye al Gobierno (no en exclusiva) la iniciativa para llevar a cabo la reforma constitucional, iniciativa que, utilizando un argumento ex artículo 146 RCD, entendemos que requiere igualmente la aprobación del Consejo de Ministros, acompañada de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para que las Cámaras puedan pronunciarse. PÉREZ ROYO, Javier. El Gobierno. Tecnos. Madrid. España. 1993. Pág. 90-93

De inicio, la potestad del Gobierno se ve limitada por el pluralismo, lo cual va a restringir la iniciativa gubernamental en los casos previstos por la Constitución y así va a preservar la separación de poderes, pero no de todo, pues la colaboración entre los poderes funciona como una forma de control entre los mismos. Y de esta forma el Gobierno debe ser democrático por respetar la actividad parlamentaria que tiene apoyo en el pluralismo<sup>402</sup>. El Derecho y la Constitución van a ser los instrumentos para que la gobernabilidad sea posible en la democracia. Así se va a impedir cualquier forma de arbitrariedad o ilegalidad.

La potestad del Poder Ejecutivo para legislar a través de *la Medida Provisória* no está inmune al control de constitucionalidad. La Constitución al decir que la República Federativa de Brasil se constituye en Estado democrático y de Derecho, significa que el Gobierno, los demás poderes y las demás instituciones públicas están sometidos al imperio de la ley y de la Constitución. Asimismo, que sea una norma de carácter provisional de emanación del Gobierno, la misma no está exenta del control por parte del Poder Legislativo que tiene la competencia supletoria para controlar la legalidad y la constitucionalidad la norma producida por el Gobierno.

Por el artículo 59 de la Constitución brasileña se declara que la "*Medida Provisória*" es una especie de instrumento para la inserción de normas en el ordenamiento jurídico como parte del proceso

---

<sup>402</sup>PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. op. cit. pág. 238-239; La Constitución brasileña garantiza el pluralismo político en el artículo 1º V y bien así la Constitución española en el artículo 1.1. Pero ese pluralismo, como enseña PEREZ ROYO, tiene como fundamento los derechos individuales y no en los derechos de grupos a los cuales, puede pertenecer el individuo. El individuo no está obligado y ni participa naturalmente de grupos o asociaciones. Él participa voluntariamente. El artículo 5º XX de la Constitución brasileña garantiza la libertad individual frente a los grupos al decir que: "nadie podrá ser compelido a asociarse o a permanecer asociado".

legislativo. Configurada así como instrumento legislativo, no se debe hacer interpretaciones que reduzcan el papel destinado a la ley orgánica o a la *ley complementar*, como se estuvieran en grado inferior jerárquicamente a la *Medida Provisória*<sup>403</sup>.

Para una mayor garantía del Derecho producido por el Gobierno, el artículo 59 declara que la *Medida Provisória* hace parte del proceso legislativo. Así, se concluye que el Congreso Nacional va a tener total disponibilidad sobre ella<sup>404</sup>. Y ahí reside la importancia de tal freno y contrapeso, pues, incluso cuando la *Medida Provisória* cumpla con sus presupuestos constitucionales, el Congreso Nacional puede alterar los dispositivos que dieron su origen, o bien, denegarla por inconstitucionalidad. Igualmente, la *Medida Provisória* puede ser expulsada del ordenamiento por la pérdida de su validez por la caducidad del plazo de sesenta días para la conversión en ley por el Congreso Nacional.

Para la eficacia de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico brasileño, el Supremo Tribunal Federal va a ser

---

<sup>403</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo: “As Medidas Provisória configuram espécies normativas de natureza infraconstitucional, dotadas de força e eficácia legais. Não se confundem, porém, com a lei, embora transitoriamente se achem investias de igual autoridade. A cláusula ‘com força de lei’ empresta às medidas provisórias o sentido de equivalência constitucional com as leis.” (ADI 221-MC, voto do Min. Celso de Mello, DJ 22/10/93) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (250 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF - Constituição

<sup>404</sup>El control parlamentario de la *Medida Provisória* se configura como un presupuesto procedimental. El propio artículo 62 de la Constitución determina que la *Medida Provisória* sea sometida inmediatamente al Congreso Nacional. Así, el control parlamentario configurado como presupuesto procedimental de la *Medida Provisória*, va a tener total disposición sobre la misma. La *Medida Provisória* para tener validez en el ordenamiento jurídico brasileño, deberá ser convertida en ley por el Congreso Nacional en el plazo de sesenta días. En el dicho plazo, por el control parlamentario también se podrá denegar la norma excepcional por inconstitucionalidad y en caso de ningún control, la *Medida Provisória* perderá su validez por decurso de plazo.

el órgano encargado para el último control de constitucionalidad de las normas.<sup>405</sup>

Sin embargo, este control va a ser vulnerado en el momento en que el Poder Ejecutivo reproduce la *Medida Provisória* denegada por el Poder Legislativo en acto posterior. Una vez denegada o caducada, la *Medida Provisória*, será expulsada del ordenamiento jurídico y de esa forma se va a constituir en un obstáculo su enjuiciamiento ante a la Corte Constitucional brasileña.

El artificio de la reiteración de la *Medida Provisória* ha generado serias discusiones doctrinarias y parlamentarias por la imposibilidad de un efectivo procedimiento de control, sea en el ámbito parlamentario, sea en el ámbito jurisdiccional.

---

<sup>405</sup>DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Op. Cit. Pág. 179; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit. Pág. 293; AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo.op. cit. Pág. 50; TEMER, Michel. Op. Cit. Pág. 40; MERLIN CLÈVE, Clèmerson. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Op. Cit. Pág. 110.

#### 4. Los Requisitos Materiales de la *Medida Provisória*

Conviene olvidar la idea de que la adopción de las *Medidas Provisórias* constituye una cuestión política inmune al control jurisdiccional. En Brasil<sup>406</sup>, ocurriendo lesión o amenaza de lesión al derecho, el Poder Judicial habrá de manifestarse a instancia de parte, de acuerdo con la garantía constitucional del artículo 5º XXXV.

La acción fundada en concepto indeterminado no es asimilable a la acción discrecional<sup>407</sup>. Los conceptos indeterminados, comprenden conceptos de experiencia y valor – no conducen a una situación de indeterminación en su aplicación. Tales conceptos sólo permiten una unidad de solución en cada caso. Si la aplicación de los conceptos

---

<sup>406</sup> MERLIN CLÈVE. Clèmerson. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. RT. 1995.p.65.

<sup>407</sup> Jurisprudencia del Supremo Tribunal: "A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância. Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. A possibilidade de controle jurisdiccional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais." (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/04/04) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (247 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF - Constituição



indeterminados<sup>408</sup> implica una única solución justa, por el contrario, el ejercicio de la potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones también justas o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho.<sup>409</sup>

Los presupuestos para la edición de decreto-ley en España, constituyen conceptos jurídicos indeterminados, por eso su alcance concreto no sufre delimitación *a priori*, ocurriendo caso por caso, en función de las circunstancias momentáneas.

Se puede decir que la *Medida Provisoria* trata de cualquier materia de competencia de la *ley complementaria* u ordinaria, desde que la situación sea extraordinaria<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> La doctrina dominante en Alemania, niega cualquier relación entre discrecionalidad y conceptos indeterminados. En *LAUN Y FORSTHOFF*, discrecionalidad implica libertad de escogida, que no se confunde con los conceptos indeterminados. Los conceptos discrecionales no se caracterizan por una simple indeterminación y o valoración, desafiando, antes, una valoración personal. Esta libertad de escogida subjetiva no se encuentra en los conceptos indeterminados.

<sup>409</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Tecnos. Madrid. España. 1994. P. 116

<sup>410</sup> "...Se niega de forma expresa la posibilidad de ser reguladas por el Ejecutivo mediante legislación delegada. Resultaría una contradicción in terminis que el Parlamento pueda delegar su potestad legislativa en estos casos y que el Gobierno, por propia iniciativa, tuviera la posibilidad de intervenir directamente en el caso de extraordinaria y urgente necesidad..." "...El contenido del artículo 28.2 LOTC el punto principal sobre el que va a pivotar la interpretación defendida por este sector doctrinal. En dicho precepto se dispone lo siguiente; <<Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto Legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica (...) en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido>> A partir de tal previsión se llega a la conclusión de que <<del artículo 28.2 se deduce claramente que las materias reguladas por ley orgánica constituyen una reserva absoluta positiva y negativa que ninguna otra norma puede invadir. Sin embargo, en nuestra opinión, todos y cada uno de los argumentos utilizados resultan abiertamente criticables tal como ha sido señalado no sólo por la mayoría de nuestra doctrina sino también por el propio TC. Empezando por este último, reproducimos las importantes consideraciones que sobre este punto llevó a cabo en el Fundamento Jurídico 8 de su sentencia 111/83: <<Una interpretación del artículo 86 que lleve en este punto a una reducción de lo que dice su letra, para reducir el ámbito de la limitación de modo que se hagan coincidir las menciones referentes a los derechos y libertades con la materia reservada a ley orgánica, tal como la define el artículo 81.1, con trascendencia también para la legislación delegada, aunque implica un esfuerzo hemenéutico que no deja de contar con algunos apoyos, no es conciliable a una interpretación vinculada a unos cánones atentos no sólo al propio sentido literal del precepto, sino, además a un análisis comparativo con los otros preceptos (los artículos 81 y 82) y a los expuestos en nuestra sentencia de 4 de febrero de 1983, en la que, (...) el

Sin embargo, la Enmienda Constitucional n.º. 32/2001 de 11 de septiembre prohíbe la edición de *Medidas Provisórias* en materias reservadas a la *ley complementar* por la Constitución brasileña<sup>411</sup>.

Con la promulgación de la Constitución en 1988, la República brasileña se transformó en Estado Democrático de Derecho, preservándose el Estado federal y la forma de Gobierno presidencialista.

El sufragio universal como derecho del ciudadano tras los veinte años del régimen militar, encuentra en la Constitución democrática una serie de Derechos por regular.

La consideración de la forma presidencialista del Gobierno, el peso de la representatividad política se encuentra en el Presidente de

---

criterio adoptado no fue el de la coextensión de los artículos 81.1 y 86.1 CE>>.CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. pág. 172-173

<sup>411</sup>jurisprudencia del Tribunal Supremo: “Compete ao Congresso Nacional legislar sobre seguridade social — inciso XXIII do artigo 22 da Constituição Federal. Relativamente ao auxílio-doença, o sistema consagrado pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, foi alterado, com restrição ao benefício, mediante medida provisória. Está-se diante do trato de matéria em sentido contrário aos avanços que se quer havidos no campo social. Os preceitos constantes da medida provisória são conducentes a concluir-se pela modificação dos parâmetros alusivos à aquisição do benefício — auxílio-doença. Em síntese, acionou-se permissivo, a encerrar exceção, da Lei Fundamental — o instrumento, ao primeiro passo e sem prejuízo da normatividade, monocrático da Medida Provisória -, para mudar as balizas do sistema de benefício. Vislumbrou-se relevância e urgência na restrição do auxílio-doença. Desprezou-se a necessidade de as alterações, antes de surtirem efeito, passarem pelo crivo dos representantes do povo — deputados federais — e dos representantes dos Estados — senadores da República. Entendeu-se possível prescindir da lei em sentido formal e material, olvidando-se, até mesmo, a possibilidade de se encaminhar projeto de lei, requerendo, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a urgência disciplinada no artigo 64 da Constituição Federal. Tudo foi feito considerada a quadra deficitária da Previdência Social — que não é de hoje e que tem origem não na outorga do benefício auxílio-doença a trabalhadores que a ele tivessem jus, de acordo com a Lei nº 8.213/91, mas em distorções de toda a ordem, sem levar em conta as fraudes que custam a ser coibidas. Vejo a situação revelada por estas ações diretas de inconstitucionalidade como emblemática, a demonstrar, a mais não poder, o uso abusivo da medida provisória. (...) Tendo em vista as duas primeiras causas de pedir acima examinadas, defiro a medida liminar e suspendo, até a decisão final das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.467-7/DF, 3.473-1/DF e 3.505-3/DF, a eficácia da Medida Provisória nº 242, de 24 de março de 2005. Consigno que, suplantada essa óptica, cabível seria, mesmo assim, a concessão da liminar para suspender a eficácia da nova redação dada ao § 10 do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, decorrente da Medida Provisória nº 242/2005. O registro é feito considerada a submissão do tema ao Plenário.” (ADI 3.467-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28/03/05) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (246 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF – Constituição

la República, respecto al Congreso Nacional, también compuesto por parlamentarios elegidos directamente por el pueblo.

Por fuerza de la forma presidencialista de Gobierno, las fuentes del Derecho tienen ahí su origen, cabiendo al Parlamento, el control de los actos de Gobierno, pero tampoco va a abdicar de su competencia originaria, aunque su función sea secundaria en el proceso legislativo.

Aunque la Constitución brasileña reserve materias a la *ley complementar*, es la *Medida Provisória* que ha sido el instrumento ordinario de inserción de normas jurídicas en el ordenamiento jurídico.

Ha que tenerse en cuenta, que el instrumento de reforma de la Constitución (Enmienda Constitucional – art. 59 de la Constitución brasileña), concurre con la *Medida Provisória*, no obstante la rigidez procedimental que se requiere para la reforma constitucional. Por ello, la Constitución brasileña, garantiza por las Disposiciones Constitucionales Generales, en el artículo 246 el siguiente:

*“Está vedada la adopción de medida provisória para la reglamentación de artículo de la Constitución, cuya redacción haya sido alterada mediante enmienda promulgada entre 1º. de enero de 1995 hasta la promulgación de esta enmienda, incluso”.*

Esta prohibición va a impedir que la *Medida Provisória* adquiera el mismo rango del reglamento. No obstante, la característica material de las normas constitucionales, impide la actuación del legislador

---

infraconstitucional, lo que resultaría por la modificación del contenido esencial del Derecho garantizado<sup>412</sup>. Asimismo, la reforma constitucional vía enmienda, puede sustituir el legislador infraconstitucional, y que por un sentido lógico, la norma constitucional reformada, podrá estar sujeta a una regulación rango inferior a la *ley complementar*. Razón por la cual, el artículo 246 de la Constitución impide que las reformas constitucionales sean reguladas por *Medidas Provisórias*.

La oportunidad abierta por los constituyentes a los ciudadanos para la realización del plebiscito en 1993<sup>413</sup> para la elección de la forma parlamentarista de Gobierno, independiente del régimen monárquico o republicano, rescataría al Legislativo su competencia para la producción normativa. En tal caso, el presidente no tenía su poder ilimitado, sino controlado por la moción de censura parlamentaria.

Dicho esto, las materias que la *Medida Provisória* regula debe ser las mismas de competencia de la ley ordinaria o *complementar*. En tal caso, la norma excepcional deberá regular los casos que demandan cierta urgencia y relevancia no previstos por tales normas en el ámbito legislativo no gubernamental.

Se supone el cumplimiento del principio de legalidad o de reserva de ley parlamentaria. La ausencia de previsión no supone la omisión legislativa, sino la incapacidad de la norma parlamentaria de regular los supuestos de hechos en la sociedad.

---

<sup>412</sup> Pienso que la Constitución brasileña debería ser menos detallista y más principiológica, lo que facilitaría la intervención parlamentaria para la regulación de los derechos por vía de *ley complementar*.

<sup>413</sup> AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. Op. Cit. pág. 92; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. op. Cit. pág. 198-199

La Constitución brasileña reserva a la *ley complementar* una serie de Derechos por regular, aún no disciplinados por el Congreso Nacional, lo que se concluye por la apertura dejada al libre arbitrio del Ejecutivo, cumpliendo los presupuestos constitucionales de la *Medida Provisória* de relevancia y urgencia.

Hasta la reforma constitucional por la Enmienda n.º 32, los juristas entendían que la materia a ser tratada por la *Medida Provisória* se conceptuaba por relevante y urgente. Así, cualquier materia en tales casos era susceptible de ser tratada por *Medidas Provisórias*.

Pero, tras la reforma constitucional, el artículo 62 de la Constitución brasileña limita formal y materialmente la *Medida Provisória*. Tales limitaciones son específicas, lo que significa que la *Medida Provisória* continúa con el poder regulativo, sin embargo, de los acuerdos políticos entre Gobierno y Congreso Nacional, cuya mayoría parlamentaria puede consentir en la producción normativa de origen en el Poder Ejecutivo<sup>414</sup>.

---

<sup>414</sup> jurisprudencia del Tribunal Supremo: "A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de Medidas Provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegítimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão." (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/04/04) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (246 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF – Constituição

FREJDA SZKLAROWSKY<sup>415</sup> hace una interpretación del artículo 62 de la Constitución, respecto a su ámbito material, de que “todo lo que no estuviere restringido podrá ser objeto de *Medida Provisória*”. Añade el autor, que lo mismo pasa en el Derecho alemán, español, portugués, argentino y chileno.

Como la redacción anterior a la Enmienda Constitucional n.º 32 no había límites materiales, sólo era impedimento la materia penal, en consonancia con la doctrina y la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

Las restricciones contempladas por la Enmienda Constitucional n.º 32 significa decir que la *Medida Provisória* trataba sobre cualquier materia, principalmente la materia tributaria.

De tales restricciones, el artículo 62 de la Constitución brasileña prohíbe la *Medida Provisória* tratar de las siguientes materias:

“nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos y derecho electoral; derecho penal, procesal penal y procesal civil; organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros; planos plurianuales, directrices presupuestarias, presupuestos y créditos adicionales y suplementarios, salvo lo previsto en el art. 167, §3º; que objetive el detenimiento o secuestro de bienes, de ahorro popular o cualquier otro activo financiero; reservada a ley complementar;

---

<sup>415</sup> FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. Medidas Provisórias. op. cit. pág. 145, CHIESA, Clélio. Op. Cit. pág. 65

*ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del Presidente de la República”.*

Independientemente de estas limitaciones los derechos fundamentales no deben ser vulnerados por materias disciplinadas por *Medidas Provisórias*.

La Enmienda Constitucional no hace cualquier previsión a respecto, pero, como los Derechos fundamentales son tratados por *ley complementar*, los mismos siendo vulnerados por la norma excepcional, el Congreso, a juicio previo (artículo 62 §5º CF), puede rechazar la norma por inconstitucionalidad aunque no regule directamente tales derechos, reservados a la *ley complementar*.

De igual manera, las materias de competencia de los Estados federados, del Distrito Federal y de los Municipios, la Constitución brasileña establece competencias propias de estas entidades federadas que no pueden ser legisladas en el nivel federal, respecto al principio de jerarquía y competencia del ordenamiento jurídico<sup>416</sup>.

Cuando la Constitución española determina la obediencia al principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE), eso quiere decir que las normas poseen diferentes rangos – superior o inferior – según la

---

<sup>416</sup>Hay que tener en cuenta que, mientras el principio de jerarquía hace posible el desarrollo directo de la eficacia entre normas, el principio de competencia, que da lugar a una ordenación de la validez de las normas, requiere del control de esa validez. Mientras la jerarquía permite la imposición de la norma superior sobre la inferior basada en la forma, la competencia requiere de la delimitación material o procedimental, apela a contenidos, establece fronteras, condiciona las facultades normativas. Todo ello es posible en tanto existan órganos de control de esas determinaciones procedimentales y competenciales. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. Op. cit. pág. 64

forma que adopten, es decir, con independencia de su contenido: decir que la ley es superior al decreto- a todas las normas llamadas reglamentarias – significa que toda norma que se dicte con forma de ley, que se aprueba y promulgue como ley, es superior a todas las que se adopten con forma de decreto<sup>417</sup>. La Constitución brasileña, declara el principio del Estado federal, cuyo ordenamiento se presentan de forma escalonada en varios niveles, pero en total coherencia con la norma superior que es la Constitución.

A pesar de la competencia establecida en la forma federal de Estado, el principio de jerarquía actúa sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos inferiores en la medida en que no haya contradicción formal o material, en cumplimiento de la competencia en el ámbito federal establecido por la Constitución. Si la norma federal es incompatible con la Constitución, lo será también para el resto de la pluralidad de ordenamientos jurídicos inferiores.

Así la *Medida Provisória* que determina la privatización de empresas públicas sólo tiene validez y eficacia, si tales empresas públicas se sitúen en la órbita competencial del poder normativo federal.

El *Banespa*, considerado como empresa pública del *Estado de São Paulo*, su privatización sólo fue eficaz cuando el Gobierno central procedió por cambiar su naturaleza jurídica para el ámbito federal. Mientras la empresa se sometía al régimen jurídico del *Estado de São Paulo*, había resistencia política en el cumplimiento de la normativa

---

<sup>417</sup> DE OTTO, Ignacio. Op. cit. pág. 88-89



federal, por contradecir la autonomía ordinamental federativa y su propia Constitución como Estado federado<sup>418</sup>.

Independientemente de la coherencia que existió para la adaptación de la empresa al régimen jurídico federal para su posterior privatización, se denota la violación de la soberanía popular propia del Estado federado, generando también la inestabilidad política entre los demás Estados federados por tal arbitrio, incompatible con los principios del federalismo.

La Constitución conceptuada como la norma suprema del Estado, no puede ser violada por norma jerárquicamente inferior, ya que una norma contraria a sus preceptos se torna inválida lo que resulta en su inconstitucionalidad.

La *Medida Provisória* al tratar de temas de competencias propias de los Estados federados, hace la inversión del sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico afectando a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Principalmente respecto al pluralismo jurídico, donde diversas son las fuentes del Derecho, lo que es compatible con la forma del Estado

---

<sup>418</sup>La capacidad de autoorganización de los Estados federados se efectiva por la adopción de constitución propia y de competencia normativa. Eso implica primeramente la existencia de poder constituyente de cada Estado miembro, donde surge el primero problema de organización, cual sea el de los límites del constituyente del Estado federado. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. año 1976. Pág. 148. Se debe añadir que, tras la dictadura, hubo una reforma en el sistema federativo brasileño con la inclusión de los municipios como entidades federadas, pero, no se constituyendo en federación de municipios porque pertenecen a los Estados federados de que forman parte. La democracia va a consolidar el federalismo brasileño al aportar un mayor grado de participación política por los ciudadanos, lo que va a impedir la invasión de la norma de ámbito federal, mismo que esa, tiene prevalencia sobre la norma del Estado federado, cuya contradicción existente entre ellas va a generar la cuestión de inconstitucionalidad entre ley federal y del Estado miembro. Incluso, sujeto a la intervención federal por la Unión en los Estados. OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Op. Cit. pág. 68.

democrático e incompatible con la producción del Derecho sin que se observe tales principios<sup>419</sup>.

Ya con respecto a los Derechos fundamentales, la Constitución española es clara al prohibir su legislación por Decreto-ley:

*“Artículo 86.1 En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”.*

De forma tajante, la *Medida Provisoria* no puede crear o aumentar tributos. Los mismos están reservados a la *ley complementaria*.<sup>420</sup>

---

<sup>419</sup> “...Frente al aparato estatal, frente a la ley, las nuevas formas de producción jurídica que surgen del desarrollo del pluralismo social, se abre paso al pluralismo ordinamental. Esta diversidad nos sitúa ante la exigencia de determinar las relaciones que permiten articular esos ordenamientos en un sistema jurídico que haga posible el mantenimiento de la seguridad jurídica. “...el ordenamiento estatal sigue siendo el centro de imputación de las diversas relaciones que pueden producirse entre los ordenamientos que tendremos a considerar. El ordenamiento internacional se puede definir, ciertamente, como un ordenamiento superior al estatal. Pero esa superioridad debe compaginarse con el hecho de que los ordenamientos estatales son a la vez presupuesto de existencia del Derecho Internacional, constituyen el fundamento de su validez. Además, el ordenamiento estatal es siempre un orden originario, que no depende, en cuanto a su validez, de otros ordenamientos...” “...En el Estado constitucional de Derecho, en el que el pluralismo es un valor en sí mismo, la autonomía o siempre tiene rango legal, puesto que la propia Constitución determina la formación de ordenamientos resistentes a la ley en mayor o menor medida. Cuando la Constitución establece la formación posible o necesaria de ordenamientos territoriales que dan lugar a un Estado federal o regional-autonómico, es posible diferenciar claramente entre el ordenamiento general del Estado y el ordenamiento constitucional del Estado...” BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. op. Cit. Pág.79-80

Por el artículo 62 párrafo 2º de la Constitución brasileña, se va a permitir al Gobierno tan solo la regulación de los tributos recogidos en el artículo 153 I, II, IV y V (importación de productos extranjeros, exportación para el exterior de productos nacionales o nacionalizados y productos industrializados). Pero, tal regulación se debe observar el dispuesto recogido en la Constitución, en el artículo 153 párrafo 1º:

*“Está facultado al Poder Ejecutivo, observadas las condiciones y los límites establecidos en ley, alterar las alícuotas de los impuestos enumerados en los apartados I, II, IV y V”.*

Esta excepción no se aplica respecto a los impuestos<sup>421</sup> recogidos en el artículo 148 de la Constitución, lo cual determina:

*“La Unión, mediante ley complementaria, podrá instituir préstamos obligatorios:  
I – para atender los gastos extraordinarios, derivados de calamidad pública, de guerra externa o de su potencial;*

---

<sup>420</sup> La *Medida Provisória* es instrumento de producción de efectos transitorios inmediatos a la publicación, insostenible en el Derecho Tributario, por lo cual, las normas que instituyen tributos tienen su eficacia dilatada por el principio de la anterioridad. BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 126

<sup>421</sup> MERLIN CLÈVE, Clémerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 199

*II – en el caso de inversión público de carácter urgente y de relevante interés nacional, observado el recogido en el artículo 150, III, b”.*

Tales tributos son de carácter extraordinarios y dependen de *ley complementar* para su inserción en el ordenamiento jurídico. Por ello, van a depender necesariamente del Congreso Nacional, aunque su característica sea su naturaleza extraordinaria.

En el caso de Estado de sitio se va a exigir la manifestación de la mayoría absoluta del Congreso Nacional, (artículo 137 de la Constitución) aunque la materia sea urgente.<sup>422</sup>

Por regla general, la Constitución brasileña prohíbe a la Unión, que comprende el Gobierno, el Congreso Nacional y la administración pública federal, la institución de tributos sin que se cumpla ciertos requisitos. El artículo 151 así lo recoge:

*“Queda vedado a la Unión:*

*I – instituir tributos que no sea uniforme en todo el territorio nacional o que implique distinción o preferencia en relación a los Estados, al Distrito Federal o a los Municipios,*

---

<sup>422</sup> El Estado de sitio tiene como consecuencia, en la sustitución de la legalidad constitucional común por una legalidad constitucional extraordinaria. El contenido de esta depende del decreto que instaure la medida, respetados los límites indicados en la Constitución. “...Cabe al Presidente de la República la instauración del Estado de sitio cuando se verifican los presupuestos que lo justifican. El Estado de sitio, tanto cuanto el Estado de defensa, no es ni puede ser, una situación de arbitrio, porque es una situación constitucionalmente reglada. Por ello, se sujeta a controles políticos y jurisdiccional. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit. pág. 700-701

*en detrimento de otro, admitida la concepción de incentivos fiscales destinados a promover el equilibrio del desarrollo socioeconómico entre las diferentes regiones del País;*

*II – Tributar la renta de las obligaciones de la deuda pública de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, bien como la remuneración y los proventos de los respectivos agentes públicos, en niveles superiores.*

*III – Instituir exenciones de tributos de la competencia de los Estados, del Distrito Federal o de los Municipios”.*

Por la regla general, se prohíbe la institución de tributos sin la observación de determinados requisitos. Lo que conlleva a decir que el Gobierno de forma aislada no podrá instituir tributos por *Medida Provisoria*. Ciertamente, tal instrumento normativo de urgencia nunca cumplirá las exigencias del artículo 151 de la Constitución.

Tales exigencias van a depender de la *ley complementaria* y que es el instrumento de inserción de normas en el ordenamiento jurídico por el Poder Legislativo.

BERGMANN ÁVILA<sup>423</sup>, sostiene que el principio de legalidad tiene la finalidad de condicionar la institución de los tributos a los representantes de los ciudadanos en el Parlamento. Por ello, se va a exigir el debate democrático y que se va consustanciar en la ley con base democrática, lo que es incompatible por la *Medida Provisoria*.

---

<sup>423</sup> Humberto. Op. Cit. Pág. 122-124; DANTAS, Ivo. Op. Cit. Pág. 132-137

Añade el autor que el Derecho de propiedad sólo puede ser restringido por la ley y de acuerdo con la Constitución.

El principio de legalidad tributaria está recogido en el artículo 150, I de la Constitución con la siguiente redacción:

*“Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, es vedado a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:*

*I – exigir o aumentar<sup>424</sup> tributo sin ley que lo establezca”.*

El sistema tributario brasileño recoge principios normativos que impiden la creación de tributos por la *Medida Provisória*.

Esto se reafirma por el artículo 146 de la Constitución brasileña que tiene en la ley un instrumento de garantía de la democracia y que va a impedir los abusos a los derechos por el Gobierno en el orden tributario nacional:

---

<sup>424</sup> la expresión *exigir* o *aumentar* tal vez no sea técnicamente correcta. Lo ideal sería *instituir* o *mayorar* tributo. “Exigir”, tiene un significado próximo al de cobrar no al de crear. De todas formas, la interpretación que se debe tener en cuenta es de instituir o mayorar tributos. DE BRITO MACHADO, Hugo. Principios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988. RT. São Paulo. Brasil. 1982, pág. 20.

**“Artículo 146. Cabe a la ley complementar:**

*I – disponer sobre conflictos de competencia en materia tributaria entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios;*

*II – regular las limitaciones constitucionales al poder de tributar;*

*III – establecer normas generales en materia de legislación tributaria, especialmente sobre:*

*a) definición de tributos y de sus especies, y bien así en relación a los impuestos discriminados en esta Constitución, la de los respectivos hechos generadores, bases de cálculos y contribuyentes;*

*b) obligación, lanzamiento, crédito, prescripción y decadencia tributarios;*

*c) adecuado tratamiento tributario al acto cooperativo practicado por las sociedades cooperativas”.*

La *ley complementar* como instrumento del desarrollo de los derechos por el Parlamento, está recogida en el artículo 59 de la Constitución brasileña. Dicho artículo constitucional así la recoge:

**“Artículo 59. El proceso legislativo comprende la elaboración de:**

*I – enmiendas a la Constitución;*

*II – **leyes complementares;***

*III – leyes ordinarias;*

*IV – leyes delegadas;  
V – medidas provisórias;  
VI – decretos legislativos y  
VII – resoluciones.*

*Párrafo único: La ley complementar dispondrá sobre la elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes”.*

La *ley complementar* es de rango superior a la ley ordinaria. Pero, no hay jerarquía<sup>425</sup>. Ella está destinada al desarrollo de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, lo que resulta difícil su derogación o revocación del ordenamiento jurídico, a consideración de la exigencia del quórum de la mayoría absoluta del Congreso para su aprobación.

Por ello, el artículo 69 de la Constitución brasileña determina que las *leyes complementares* deberán ser obligatoriamente aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de Cámara de los Diputados y del Senado federal.

A diferencia del orden constitucional brasileño, el orden constitucional en España, define y establece competencias fundamentales para la ley orgánica, conforme se recoge en el artículo 81, apartados 1 y 2:

---

<sup>425</sup> Respecto la relación existente entre la *ley complementar* y la ley ordinaria, vale decir que la ley ordinaria tiene su validez de acuerdo con la Constitución y no de la *ley complementar*. Todavía, la ley ordinaria está obligada a respetar el campo privativo de la *ley complementar* establecido por la propia Constitución. De igual forma, está vedada a la *ley complementar* invadir el campo de actuación de la ley ordinaria. RIBEIRO BASTOS, Celso. Op. Cit. Pág. 72



*“Artículo 81.1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*

*2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.*

La ley orgánica en España debe comprenderse desde la perspectiva del principio de competencia. Se excluye así, su comprensión a través del principio de jerarquía. El principio de la competencia que caracteriza la ley orgánica ante las demás especies normativas en el ordenamiento español, ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias. Entre ellas, las dictadas a propósito de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (LOECE) y del Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA). Sin embargo, se debe observar que hay un sector de la doctrina que explica la situación de las leyes orgánicas, en el ordenamiento jurídico español, a través del principio de jerarquía normativo<sup>426</sup>.

Sin embargo, no haber una definición de la *ley complementar* en el título relativo al procedimiento legislativo en la Constitución brasileña, (artículo 59) no se puede negar que los Derechos

---

<sup>426</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. Op. Cit. Pág. 25-26

fundamentales requieren un instrumento que va a conciliar las voluntades políticas que representan el ciudadano. Por ello, no será la ley ordinaria y tampoco la *Medida Provisória* los instrumentos reguladores de los derechos fundamentales.

Esto se observa a lo largo de la Constitución brasileña, que requiere un procedimiento de desarrollo reservada a la *ley complementar*. Lo que es incompatible con la ley ordinaria, la cual se destina a regular el ejercicio de los derechos desarrollados por la *ley complementar*<sup>427</sup>.

CARMONA CONTRERAS<sup>428</sup>, sostiene que se debe observar que las materias regulables por decreto-ley en España resultan ser las mismas que en principio pueden ser abordadas por la ley, dado su carácter, según la expresa previsión contenida en el artículo 86.1 de la Constitución española, <<de disposiciones legislativas provisionales>>.

Añade la autora, que el Decreto-ley presenta fuerza y valor de ley. Así, las exigencias del principio de legalidad recogido expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución española, y entendidas desde este concreto punto de vista, quedarían suficientemente cubiertas a partir de la producción de normas con tales características. Hay que considerar, que determinadas materias están reservadas a determinados instrumentos normativos, dentro del ámbito de la

---

<sup>427</sup> El contenido del artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español dispone lo siguiente: "Asimismo, el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto Legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica (...) en el caso de que dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a Ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido". De tal previsión se extrae la conclusión de que el artículo 28.2 se deduce claramente que las materias reguladas por ley orgánica constituyen una reserva absoluta positiva y negativa que ninguna otra norma puede invadir. CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. Pág. 172-173

reserva de ley parlamentaria. Lo que se va a excluir el principio genérico de legalidad. De tal sentido se infiere que no es suficiente la concurrencia de rango, fuerza y valor de ley sino que, de forma adicional, se exige taxativamente una concreta forma a la norma legal. Se requiere que sea precisamente una ley parlamentaria.

Desde tal perspectiva, se puede entender como reserva de ley, la reserva de ley estrictamente parlamentaria. De tal forma que no son idóneas para regular las materias señaladas las fuentes infralegales, sino también cualquier otra norma con la característica de fuerza o valor de ley que no proceden de las Cortes Generales, los decretos-leyes y los decretos legislativos<sup>429</sup>.

Por tanto, el principio de legalidad, no soluciona la cuestión. Pues, se debe considerar el principio de la reserva de ley parlamentaria, no sólo como justificativa de que el Derecho es producido por un órgano legítimo, sino que, la reserva de ley en el ámbito parlamentario, va a posibilitar el debate democrático por todos los segmentos sociales y no sólo entre la mayoría y minoría. De tal modo, que el principio de ley parlamentaria va a tener un carácter garantista desde el punto de vista de su producción por la participación democrática, según determina el pluralismo político recogido en la Constitución.

Lo que se puede plantear es que en la forma de Gobierno presidencialista actual, el Gobierno es elegido directamente por el pueblo. Este se siente mejor representado por el Gobierno que por el Parlamento.

---

<sup>428</sup> op. Cit. Pág. 135-136

<sup>429</sup> CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. Pág. 139.

Bajo tales condiciones, y para que no se genere una convulsión social, el Parlamento deberá cumplir los principios fundamentales constitucionales, respecto a la emergencia del pueblo representado por el Gobierno en el Poder estatal.

Ambos, Gobierno y Parlamento deberán obedecer a la voz del pueblo portadores de los Derechos garantizados por la Constitución. Tal exigencia se explica por la necesidad de que se produzca el desarrollo de la justicia social, lo que ciertamente, se va a sacrificar derechos conquistados sobre la opresión del pueblo, ya que éste no tiene una representación legítima parlamentaria. La Constitución como fuente del Derecho y por sus principios de normatividad va a vincular Gobierno y Parlamento como instrumento de la democracia.

Respecto al principio de anterioridad<sup>430</sup> legal, la *Medida Provisória* resulta también incompatible. La vigencia inmediata de la *Medida Provisória*, respecto al sistema tributario, va a afectar el derecho de propiedad y la libre iniciativa individual, generando la inseguridad jurídica. La norma excepcional, es parte del inicio del procedimiento legislativo, solo culminando tal procedimiento por la conversión en ley por el Parlamento. Por tanto, es insuficiente para lo que exige el principio de la anterioridad: la publicación del acto de sanción o promulgación de la ley, para entonces tener su vigencia.

La Constitución brasileña, en el artículo 150, III respecto al principio de anterioridad, recoge las siguientes prohibiciones:

---

<sup>430</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 124 –125; DANTAS, Ivo. Op. Cit. Pág. 137-141; “la institución o mayoración de tributo por medio de *Medida Provisória* no se compatibiliza con el principio de la anterioridad de la ley tributaria, consagrado en artículo 150, III, b de la Constitución brasileña”. CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 79.

*Artículo 150, III: "...cobrar tributos:*

*a) En relación a supuestos de hechos generadores ocurridos antes del inicio de la vigencia de la ley que os hubiere instituido o aumentado;*

*b) En el mismo ejercicio financiero en que haya sido publicada la ley que os instituyó o aumentó".*

La fuerza de ley que es la característica de la *Medida Provisória* para los casos de urgencia y relevancia, sólo va a cumplir con el principio de anterioridad en el momento de su conversión en ley por el Parlamento. Por tanto, la conversión en ley de *Medida Provisória* que regula los tributos, no hace eficaz el principio de anterioridad, ya que el instrumento de urgencia desplegó sus efectos inmediatos en el orden jurídico, sin la previa publicación<sup>431</sup>.

Por conclusión, tanto el principio de legalidad, cuanto el de anterioridad, depende de ley. Así la Constitución brasileña recoge expresamente la necesidad de ley, lo que se excluye por fuerza normativa de la Constitución la inserción de normas tributarias por la *Medida Provisória*.

Curiosamente, no es lo que acontece en la realidad. Por ejemplo, la *Medida Provisória* 232 de diciembre de 2004, trajo novedades respecto a los incentivos fiscales a las microempresas en Brasil.

---

<sup>431</sup> Las *Medidas Provisórias* editadas en razón de la relevancia y de la urgencia, por tener eficacia y aplicabilidad inmediata desde su edición, coliden con el principio de anterioridad. Por tanto, tal instrumento no es adecuado para crear o mayorar tributos. CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 84.

Por primera vez, hubo manifestaciones<sup>432</sup> de varios segmentos de la sociedad brasileña, para la garantía de los derechos constitucionales que sería vulnerados por dicha *Medida Provisória*.

En España, respecto a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, la doctrina piensa que tales límites a los Decretos-leyes son de difícil interpretación<sup>433</sup>. Por ello, se plantean los tres criterios siguientes:

- a) Identificar la expresión con <<los derechos fundamentales y libertades públicas>> comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, es decir, aquellas materias cuya regulación requiere Ley Orgánica.
- b) Añadir, además, y esta vez específicamente en virtud del artículo 86.1 el artículo 14 y toda la Sección 2ª., que se refiere a los <<derechos y deberes de los ciudadanos>>, es decir, los

---

<sup>432</sup> Associação Médida Brasileira. Manifesto da Frente Brasileira contra a MP 232. [http://www.amb.org.br/inst\\_noticias\\_amb\\_template.php3?pagina=not\\_050215\\_04](http://www.amb.org.br/inst_noticias_amb_template.php3?pagina=not_050215_04). Marzo/2005; Ato contra MP 232 debe reunir 400 entidades – Edição 193 – Fev/05. [http://empresas.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg\\_article\\_print/1,3916,910372-2920-1,...](http://empresas.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg_article_print/1,3916,910372-2920-1,...) marzo/2005; Representantes dos empresários do Rio defende MP 232. [http://empresas.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg\\_article\\_print/1,3916,910346-2920-1,...](http://empresas.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg_article_print/1,3916,910346-2920-1,...) marzo/2005; Frente dos Advogados avalia rejeição da MP 232. [http://www.mp.232.com.br/n/Frente\\_dos\\_Advogados\\_avalia\\_rejeição\\_MP232.htm](http://www.mp.232.com.br/n/Frente_dos_Advogados_avalia_rejeição_MP232.htm) Marzo/2005; OAB-SP e CIESP Firmam parceria para combater MP 232. [http://www.mp232.com.br/n/OAB-SP\\_e\\_Ciesp\\_firmam\\_parceria\\_para\\_combater\\_MP232.htm](http://www.mp232.com.br/n/OAB-SP_e_Ciesp_firmam_parceria_para_combater_MP232.htm) marzo/2005; Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. Busato diz na Câmara que MP 232 é prejudicial e aniquiladora. <http://www.oab.org.br/noticias.asp?id=3719> fev/2005; Íntegra da manifestação da OAB contra MP 232 levada à Câmara. <http://www.oab.org.br/noticiaPrint.asp?id=3716> fev/2005; OAB: MP é contrabando jurídico e atentado à Constituição. <http://www.oab.org.br/noticiaPrint.asp?id=3715>; fev/2005. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. OAB entrega hoje à Câmara estudo sobre implicações da MP 232. <http://www.oab.org.br/noticias.asp?id=3714> fev/2005. Frente Brasileira Contra a MP 232/04. Convocação. [http://mp232.com.br/INFORMES/a\\_voz\\_da\\_nacao\\_eoando.htm](http://mp232.com.br/INFORMES/a_voz_da_nacao_eoando.htm). mar/2005.

<sup>433</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 162

artículos 30 al 38, incluyendo aspectos tan conflictivos como la materia fiscal (artículo 31), la propiedad privada (artículo 33) y la libertad de empresa (artículo 38), campos característicos de intervención mediante Decretos-leyes tanto en el Derecho comparado como en la práctica española.

- c) Añadir, además de los apartados anteriores, los artículos comprendidos en el Capítulo III, <<De los principios rectores de la política social y económica>>, definidos como <<derechos>>, como por ejemplo el derecho a la protección de la salud (artículo 43), a disfrutar un medio ambiente adecuado (artículo 45), una vivienda digna y adecuada (artículo 47).

El Tribunal Constitucional español, de forma implícita en su S.T.C 6/1983, de 4 de febrero (y por extensión en las 41/1983, de 18 de mayo, y 51/1983, de 14 de junio, todas ellas cuestiones de inconstitucionalidad sobre el Decreto-ley de 20 de julio de 1979 sobre medidas urgentes de financiación de las haciendas locales), y con toda rotundidad en la S.T.C. 111/1983, de 2 de diciembre, ha rechazado la primera de las interpretaciones expuestas afirmando:

<<Una interpretación<sup>434</sup> del artículo 86.1 que lleve en este punto a una restricción de lo que dice su letra, para reducir el ámbito de limitación de modo que se haga coincidir las menciones referentes a los derechos y libertades con la materia reservada a la Ley Orgánica,

tal como define el artículo 81.1, con trascendencia también para la legislación delegada, aunque implica un esfuerzo hermenéutico que no deja de contar con algunos apoyos, no es conciliable con una interpretación vinculada a unos cánones atentos no sólo al propio sentido literal del precepto, sino además a un análisis comparativo con los otros artículos, y a lo expuesto en la sentencia de 4 de febrero de 1983, en la que a propósito del artículo 31, situado en la misma Sección que el artículo 33 ahora invocado, el criterio adoptado no fue el de la coextensión de los artículos 81.1 y 86.1>>

Tal extensión del campo vedado a los Decretos-Leyes en España<sup>435</sup>, con respecto a las materias orgánicas provoca infinidad de problemas, en especial en relación con la materia tributaria y la propiedad y libertad de empresa, y en su literalidad impediría al Gobierno utilizar los Decretos-Leyes en lo que hoy en día parece su campo natural de aplicación, las medidas económicas y fiscales.

Con ello se produce una vez más el fenómeno antes ya referido: ante la situación fáctica, el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a compensar este rigor formal con una aceptación absolutamente amplia del término <<afectar>>, que da inmensas posibilidades de actuación al Gobierno en el campo de los derechos y libertades.

Entre los argumentos que afirman la posible utilización de los Decretos-Leyes se han utilizado los siguientes:

- El que la limitación del artículo 86.1 así entendida puede llegar al absurdo, al imposibilitar toda acción de Gobierno mediante Decretos-Leyes. Frente a ello se puede oponer el

---

<sup>434</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 162

<sup>435</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 163



amplio significado del término <<afectar>>, y que, por tanto, no es cierto que se imposibiliten los Decretos-Leyes.

- El mismo criterio de estricta literalidad empleado por el Tribunal Constitucional, ya que este Capítulo, al contrario de los dos anteriores, no define derechos, sino <<principios rectores>>. Se puede, sin embargo, argüir que alguno de los contenidos en él aparecen definidos como derechos.
- El que el Capítulo III configura un Estado social esencialmente interventor para la realización de determinados objetivos sociales, con respecto a los cuales ha de ser posible la utilización del instrumento gubernamental cuando las circunstancias fácticas así lo exijan.

En definitiva, el problema está lejos de ser resuelto, es posible, siguiendo la doctrina<sup>436</sup> del Tribunal Constitucional español, que se ha pronunciado claramente por la literalidad; habría que concluir afirmando que los Decretos-Leyes no pueden afectar a aquellos artículos del Capítulo III que aparecen definidos como <<derechos>>.

## 5. Excepción a las Prohibiciones Materiales

La *Medida Provisória* no puede tratar de las materias prohibidas en el párrafo 1 del artículo 62 de la Constitución brasileña. Así, por fuerza de la Constitución el Gobierno no puede tratar de las materias reservadas a la ley parlamentaria.

Pero, el párrafo 2 del artículo 62, dispone que la *Medida Provisória* podrá regular el orden tributario nacional:

*“La Medida Provisória que implique institución o aumento de impuestos, excepto los previstos en los artículos 153, I, II, IV y 154, II (todos de la Constitución) sólo producirán efectos en el ejercicio financiero siguiente, desde que la Medida Provisória sea convertida en ley”.*

---

<sup>436</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 164-165

Por excepción, la *Medida Provisória* podrá regular el sistema tributario nacional. La diferencia está en que los efectos de la *Medida Provisória* podrá ser inmediato o en el siguiente ejercicio financiero.

El Gobierno tiene habilitada su potestad legislativa en el párrafo 1º del artículo 153 de la Constitución que le faculta a regular las alícuotas de impuestos constantes de los apartados I, II, IV y V. Todo ello, con la observación a las condiciones y a los límites establecidos en la ley.

Respecto a los principios generales al poder de tributar, tanto el Gobierno de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, están limitados por la garantía constitucional del artículo 150.

Por ello, las personas públicas citadas en el artículo 150 no pueden exigir o aumentar un tributo sin ley previa que establezca las condiciones.

Para MERLIN CLÈVE<sup>437</sup>, por el principio de legalidad, se exige la ley formal o acto con fuerza de ley. Así, sólo se reclamará la ley formal (ordinaria o complementaria) en situaciones especiales definidas de forma implícita o explícitamente en la Constitución brasileña. Lo que se puede sostener en el caso de materia tributaria es que el tributo envuelve un importante derecho individual (la propiedad), de fácil expropiación.

---

<sup>437</sup> Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 194-195. Mizabel de Abreu Machado Derzi, Paulo de Barros Carvalho e Roque Antonio Carrazza, demuestran la idoneidad de las *Medidas Provisórias* para la institución o aumento de tributos. Paulo de Barros Carvalho piensa que esa forma normativa no puede crear tributos, establecer límites adicionales de incidencia en cargas ya existentes o aumentarlos. Hay la incompatibilidad entre la vigencia inmediata, característica propia de la *Medida Provisória* que se contradice con el principio de anterioridad (Constitución, artículo 150, III, b)

Añade el autor, que a través del tributo, un instrumento mediante el cual el Estado está autorizado a invadir la esfera patrimonial del contribuyente, vulnerando un derecho fundamental, solo la ley formal está habilitada constitucionalmente para regularlo, según el artículo 68 párrafo 1º, II de la Constitución brasileña.

Sin embargo, la impropiedad de la *Medida Provisória* para tratar de tributos no deriva del principio de legalidad, sino de la prohibición de afectar los derechos individuales.

Por tanto, los tributos recogidos en el artículo 153, I, II, IV y V (impuesto sobre la importación de productos extranjeros, impuestos sobre la exportación, para el exterior, de productos nacionales o nacionalizados, impuestos sobre productos industrializados e impuesto sobre operaciones de crédito, cambio y seguro o relativos a títulos o valores mobiliarios) no obedecen al principio de anterioridad tributaria. Lo que conllevaran al Constituyente a permitir al Gobierno su regulación<sup>438</sup> y dentro de los límites de la ley y sin cualquier control por parte del Legislativo. La regulación de tales tributos a cargo del Gobierno, va a tener vigencia inmediata a través de la *Medida Provisória*.

Esta excepción que posibilita al Gobierno regular por *Medida Provisória* ciertos tributos en los límites de la ley, va a convertir la norma excepcional en reglamento del Ejecutivo. El artículo 84, IV de la Constitución brasileña dispone el reglamento como instrumento del

---

<sup>438</sup> “¿Cuál la razón de se utilizar las *Medidas Provisórias* cuando el Presidente de la República puede alterar las alícuotas sin la participación del Legislativo? Ninguna. Bien al contrario, el Ejecutivo estaría a exigir que el Congreso se manifieste sobre materia que no está obligado constitucionalmente a deliberar (aunque tácitamente), vulnerando el principio de separación de poderes. CHIESA, Clélio. Op. Cit. pág. 86.

Gobierno para hacer cumplir la ley. Hay un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación del reglamento ejecutivo<sup>439</sup>.

La posibilidad que la Constitución determina al Gobierno se puede interpretar que el Parlamento no es imprescindible, ya que la *Medida Provisória* puede muy bien encargarse de crear tributos y al mismo tiempo regularlos.

CHIESA<sup>440</sup> advierte que la provisionalidad del instrumento excepcional del Gobierno es incompatible con la seguridad jurídica. La necesidad de la existencia de ley parlamentaria resulta incompatible con la disposición del párrafo 2º del artículo 62 de la Constitución brasileña y por eso se puede decir que hay una contradicción lo que resulta en su inconstitucionalidad.

La interpretación del artículo 62 párrafo 2º de la Constitución, nos lleva a decir que el Gobierno podrá editar la *Medida Provisória* para instituir impuestos extraordinarios en caso de potencial o en el caso de guerra externa.

---

<sup>439</sup> CHIESA, Clélio. Op. Cit. pág. 86.

<sup>440</sup> Clélio. Op. Cit. Pág. 85-87

## 6. La Vigencia de la *Medida Provisória*

El artículo 62 de la Constitución brasileña, dispone que las *Medidas Provisórias* perderán la eficacia desde su adopción si no fueren convertidas en ley en el plazo de sesenta días, a partir de su publicación. Idéntico al plazo en el derecho italiano como dicho anteriormente. En el ordenamiento español, el plazo es de treinta días, contados desde la publicación, por debate y votación parlamentaria. El plazo establecido por la Constitución brasileña puede dar nuevo concepto a los presupuestos habilitantes de necesidad y urgencia. El decurso del plazo sin la manifestación del Congreso Nacional, se va a operar la caducidad y la *Medida Provisória*<sup>441</sup>.

Por la propia naturaleza, la *Medida Provisória*, no tiene eficacia permanente y no está dirigida a la revocación definitiva del derecho anterior con ella incompatible. En este particular, se va a operar una suspensión del derecho anterior durante su vigencia provisional.

Se considera como revocación definitiva cuando la *Medida Provisória* sea convertida en ley. Sin embargo, las sucesivas

---

<sup>441</sup>La Constitución brasileña no prohíbe la reiteración de *Medidas Provisórias* que perdieron su eficacia, tampoco el Congreso la convalida o la rechaza. El silencio del Congreso tiene sido una posibilidad de novación de la excepcionalidad *ad aeternum* de forma irregular, ya que la MP es provisoria y tiene fuerza de Ley, pero no es Ley, dilata en el tiempo y en el espacio la situación de relevancia y urgencia a cada sesenta días en que es reeditada por el Gobierno.

reediciones van generar la inestabilidad de las relaciones jurídicas, tanto de la ley anterior cuanto de nueva norma contenida en la *Medida Provisória*. Cuestión polémica es cuanto las relaciones jurídicas nacidas bajo sus efectos. En cuanto vigente, las operaciones jurídicas tienen validez, pues dependen de la *Medida Provisória* que es su fundamento mismo de validez y eficacia<sup>442</sup>. Por lo contrario resultan inexistentes, las nuevas relaciones jurídicas derivadas de la *Medida Provisória* rechazada o caducada, pues, no despliega nuevos efectos.

Pero, si la *Medida Provisória* despliega efectos durante su corta vigencia, la Constitución brasileña, determinó en el artículo 62 párrafo 11º, que:

*“No editado el decreto legislativo a que se refiere el §3º hasta sesenta días tras el rechazo o pérdida de eficacia de la medida provisória, las relaciones jurídicas constituidas y derivadas de actos practicados durante su vigencia se conservarán por ella reguladas”.*

El párrafo citado, constituye una válvula de escape, contradictorio con la Constitución y con los principios en ella

---

<sup>442</sup>KELSEN, Hans. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Porrúa. Buenos Aires. Argentina. 1993. Pág. 264-273

recogidos. Principalmente, el principio de pluralidad política, la democracia, el Estado de Derecho y soberanía popular.

De tal manera, que el Gobierno puede insertar en el ordenamiento jurídico normas extrañas a la realidad o a las necesidades sociales.

En realidad, la eficacia de la *Medida Provisória* depende de la intervención del Congreso Nacional. El artículo 62 de la Constitución brasileña determina que el Presidente debe someterla de inmediato a aquél órgano parlamentario<sup>443</sup>.

El Congreso Nacional está habilitado por fuerza de la Constitución para rechazar o convertir en ley la *Medida Provisória*. Sólo la conversión en ley es que se puede considerar que la *Medida Provisória* tiene eficacia más allá de los sesenta días.

El párrafo 3º del artículo 62 de la Constitución brasileña condiciona la eficacia de la *Medida Provisória* por su conversión en ley:

*“Las Medidas Provisórias, salvo el dispuesto en los párrafos 11 y 12 perderán eficacia desde la edición, si no fueren convertidas en ley en el plazo de sesenta días, prorrogable en los términos del párrafo 7, una vez y por igual periodo, debiendo el Congreso Nacional disciplinar por decreto legislativo, las relaciones jurídicas de ellas derivadas”.*

---

<sup>443</sup> Respecto al Decreto-ley en España, “la intervención del Congreso es absolutamente necesaria para que el Decreto-ley pueda consolidar su vigencia más allá de los treinta días previstos en la Constitución. Se hace posible así la intervención de las minorías y el control de la actividad normativa de la mayoría”. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. (1). Op. Cit. Pág. 143.



La participación del Poder Legislativo en la potestad legislativa del Gobierno respecto a la *Medida Provisória*, va a limitarse al párrafo 3º del artículo 62.

Pero, tal límite no impide el enjuiciamiento de la *Medida Provisória* a la Suprema Corte de Justicia brasileña. Así, si la norma extraordinaria es convertida en ley y que va a vulnerar los derechos de las minorías; los límites se van a desplazar para el control jurisdiccional a cargo del Supremo Tribunal Federal que tiene la función de garantizar la aplicación de los derechos constitucionales<sup>444</sup>.

Todo ello, porque el Gobierno podrá tener una mayoría en el Congreso que le da apoyo, lo que va a resultar en la aprobación de la norma extraordinaria sin una mayor participación democrática, debiendo su configuración constitucional tener un carácter restrictivo, respecto a la *ley complementar*.

Una cuestión que no se lleva en consideración es el juicio previo por el Parlamento, respecto de los presupuestos de relevancia y urgencia de la *Medida Provisória*.

En tal momento, antes de su conversión en ley, el Congreso Nacional puede entender que la *Medida Provisória* cumple con los

---

<sup>444</sup> En efecto, el sometimiento a límites constitucionales específicos del Decreto-ley, provoca que sobre esta fuente del Derecho se sobrepongan dos tipos de controles: el control político del Congreso y el control jurisdiccional del TC. Este último no sólo se podrá requerir en relación con el contenido sustantivo del Decreto-ley (supuesto común a cualquier norma legal), sino también sobre los límites constitucionales específicos de esta forma normativa y que debe ser considerado por ello como un control jurisdiccional de índole *formal*. Es así como, frente a la capacidad ordinaria de control por parte del TC sobre las normas con rango legal, respecto del Decreto-ley (como también de los Decretos legislativos) la minoría parlamentaria, más limitada en sus posibilidades de intervención política, aumenta sus facultades de impugnación jurídica para aquellos supuestos en que se ha producido una vulneración por el Gobierno de los límites constitucionales que afectan específicamente a esa categoría normativa. De ello se infiere que la Constitución, si bien reduce por un lado las garantías formales del Decreto-ley respecto de la ley – en lo que respecta a su procedimiento de producción –; por otro lado incrementa esas mismas garantías a efectos de control jurisdiccional, equilibrando así la potencialidad garantizadora que debe corresponder a toda

requisitos de relevancia y urgencia. La manifestación positiva del Congreso Nacional, equivale a convalidación de la *Medida Provisoria*, lo que se puede plantear la cuestión de la reiteración de la misma. La consideración de que el juicio previo equivale a la convalidación, por ello, la *Medida Provisoria* se puede considerar válida como tal, dependiendo, apenas, de su conversión en ley por el Congreso.

## 7. El Control Parlamentario de la *Medida Provisoria*

### I. Introducción

El Congreso Nacional apreciará la *Medida Provisoria* en el plazo improrrogable de sesenta días. Depende de las dos Cámaras parlamentarias (Cámara de los Diputados y de los Senadores) para la conversión de la *Medida Provisoria* en ley.

Tal control parlamentario de las *Medidas Provisorias*, no se debe considerar desde el punto de vista procedimental, sino, desde el punto de vista de las garantías institucionales, como el principio de separación de poderes, garantizando el Legislativo como la fuente legítima de producción normativa, así como el respeto al juego entre mayoría y minoría, o al pluralismo.<sup>445</sup>

Aunque la *Medida Provisoria* sea un instrumento provisional de inserción de normas al ordenamiento jurídico por su carácter de

---

<sup>445</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Instituciones de Derecho Parlamentario, II.El Control de los Actos Parlamentarios.Txosten Eta Agiriak Bilduma. Colección Informes y Documentos. 1999. Pág. 326 Mismo con el control político que pasa el Decreto-ley, el Tribunal Constitucional lo controla de forma objetiva y procesal. Cuanto la forma de control *objetiva*, el TC, lo controla los presupuestos habilitadores y de los límites materiales en cuanto fuente de Derecho, que afecte sólo el Decreto-Ley. También puede ejercer un control formal cuanto a los procedimientos de producción del Decreto-Ley, cuanto a los vicios que pueden incurrir. Ya el control material por el Tribunal Constitucional, afecta el contenido mismo del Decreto-Ley, con relación a la congruencia con los principios constitucionales. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Derecho Constitucional (I)* op. Cit. Pág. 140.

relevancia y urgencia, el Poder Legislativo, debe tener un control más cuidadoso. Por ello, la norma provisoria, proviene del Gobierno antes del debate dotado de la pluralidad de ideas. El Congreso Nacional, controla la *Medida Provisória* formal y materialmente, ahora con las limitaciones impuestas en la *EC. n.º.32/2001*.

Esta es la última oportunidad que tiene el ciudadano de rechazar una norma inconstitucional: “no hay relevancia y urgencia, cuando hay otros medios previstos en ley y en la Constitución para regular determinados supuestos de hecho”.

La Enmienda Constitucional n.º 32/2001 limita los aspectos *formales y materiales* de la *Medida Provisória*. Se puede decir que el concepto de relevancia y urgencia fue sustancialmente alterado por la modificación del plazo de treinta en sesenta días y así, tales presupuestos ahora van a incidir en situaciones que no están prohibidas por el artículo 62 de la Constitución brasileña. La anterior redacción de la *Medida Provisória* disponía que:

*“Artículo 62. En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisórias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional, que, estando de receso, será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días.*

*§ único: Las medidas provisórias perderán eficacia, desde la aprobación, si no fueren convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso*

*Nacional disciplinar las relaciones jurídicas de ellas derivadas”.*

La participación del Congreso Nacional brasileño en la potestad legislativa del Gobierno sobre la *Medida Provisória*, es una garantía constitucional, por la cual se va a garantizar el procedimiento democrático que deriva del pluralismo y que está recogido en la Constitución brasileña en su artículo 1º V.

CARMONA CONTREREAS<sup>446</sup>, subraya que “...la exigencia de concurrencia parlamentaria constituye la condición *sine qua non* para restaurar la transitoria y excepcional ruptura de los principios de división de poderes y de soberanía parlamentaria...”

Por la redacción anterior, el Congreso Nacional debería reunirse en cinco días, aunque estuviera de vacaciones. Luego, su convocatoria extraordinaria tenía la facultad política de conocer la medida en treinta días. Esta participación del Congreso Nacional en la actividad legislativa del Gobierno era imprecisa, porque el texto Constitucional no mencionaba la forma de esta participación. Formalmente insuficiente, pero ya poseía un margen de apertura para el debate público de forma concreta<sup>447</sup>.

La Constitución mencionaba “someter la *Medida Provisória* al Congreso”. El párrafo único del artículo 62 determinaba el tiempo de eficacia de la *Medida Provisória* en el caso de falta de su conversión en ley. La competencia del Congreso para regular las relaciones

---

<sup>446</sup> A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. Pág. 230

jurídicas derivadas de las *Medidas Provisórias*, supondría que el mismo tenía la competencia para convertirlas en ley o denegarlas.

La convocatoria del Congreso de forma extraordinaria por estar de vacaciones, se interpretaba como presupuestos de urgencia y relevancia. Igualmente, la fuerza de ley de la *Medida Provisória* se verificaba hasta su apreciación por el Parlamento para su conversión definitiva en ley. Mientras que, por la ausencia de un control efectivo por el Congreso Nacional, la *Medida Provisória* desplegaba su fuerza de ley, vulnerando los derechos constituidos al tiempo de la ley anteriormente revocada.

La sumisión al Congreso Nacional deriva de diversos principios recogidos en la Constitución, principalmente el de separación de poderes, del Estado democrático, del principio de la reserva de ley y del juego de la mayoría y minoría parlamentaria<sup>448</sup>.

El control por el Congreso Nacional tiene sentido porque es compuesto por la pluralidad de representantes de la sociedad. Son portadores de derechos que la Constitución garantiza. Así, una norma que no sea debatida democráticamente en el Congreso Nacional no puede entrar en el ordenamiento jurídico. La falta de participación del Congreso Nacional en el control de la actividad legislativa del Gobierno vulnera el Estado de Derecho<sup>449</sup>, pudiendo el Gobierno alterar la propia Constitución o suprimir derechos de los ciudadanos.

---

<sup>447</sup> El análisis del Congreso Nacional es de cuño político. BERGMANN ÁVILA, H. op. Cit. pág. 97. En el mismo sentido, PITRUZZELLA, Giovanni. Op. Cit. pág. 249

<sup>448</sup> BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 46-56

<sup>449</sup> La validez de la producción normativa está condicionada a un procedimiento de decisión, por medio del cual el poder pueda ser ejercitado por los ciudadanos. "...el poder legislativo decide por medio de debate público y de argumentación con capacidad de generar consenso, vía discusión y votación, antes de la producción de efectos (artículos 44 y 59 – Constitución brasileña). BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 56

El ordenamiento jurídico brasileño, respecto al sistema de fuentes, requiere la inserción de normas con obediencia a los postulados del Estado democrático y de Derecho, de la forma federal de Estado, y también con obediencia a los principios de competencia, jerarquía y coherencia. El principio de la seguridad jurídica va a garantizar los derechos fundamentales. Ello porque, actúa el principio de constitucionalidad en todos los actos de los poderes públicos, los cuales deben estar sujetos al previo control normativo de constitucionalidad.

La nueva redacción dada por la Enmienda Constitucional n.º 32 así declara en el artículo 62 y el párrafo tercero que:

*“Art. 62: En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisórias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional.*

*§ 3º. Las Medidas Provisórias, salvo el dispuesto en los §§ 11 y 12 perderán eficacia, desde la edición, si no fueren convertidas en ley en el plazo de sesenta días, prorrogable, en los términos del § 7º, una vez por igual período, debiendo el Congreso Nacional, disciplinar, por decreto legislativo, las relaciones jurídicas de ellas derivadas”.*

Por medio de dicha enmienda se va a terminar con una equivocada interpretación<sup>450</sup> de los presupuestos constitucionales de relevancia y urgencia con base en las vacaciones de los miembros del Congreso Nacional. La nueva redacción del artículo 62 dada por la EC. 32, no más obliga al Congreso Nacional a reunirse en cinco días. Simplemente, por fuerza de la reforma del artículo 62, el Ejecutivo va a someter la *Medida Provisória* al Congreso Nacional, lo cual queda obligado por fuerza del dispuesto en dicho artículo.

Además de esta previsión formal para la garantía de la democracia y del principio de reserva de ley parlamentaria, respecto a la Constitución como principal fuente del Derecho,<sup>451</sup> la Enmienda Constitucional n.º 32, trajo un procedimiento parlamentario. Este procedimiento parlamentario sobre la norma del Gobierno se ve reforzada por el artículo 59 de la Constitución brasileña al decir que la *Medida Provisória* forma parte del procedimiento legislativo. La duda no se plantea sobre la competencia del Congreso Nacional para conocer la *Medida Provisória*, ni sobre su competencia para convertirla en ley o rechazarla, pues, el párrafo 8º del artículo 62, determina el procedimiento de control para el Congreso Nacional al disponer que:

---

<sup>450</sup> "...Lo constitucional, en cuanto expresión de un Derecho que es político, exigiría una actitud interpretativa especial que compensara ese rasgo especial que lo <<diferenciaría>> del resto del Derecho..." "...negar sentido político al Derecho vigente, como si por el solo hecho de ser vigente dejara de expresar opciones políticas, y afirmar a la vez la cualidad difícilmente jurídica de la Constitución por entrañar su interpretación y aplicación, riesgos de parcialidad política. La orientación claramente antidemocrática a que pueden conducir tales planteamientos, se compagina con su confrontación inevitable con la normatividad de la Constitución que, por esta vía, se puede reducir a mero documento programático. Por tanto, entender la interpretación constitucional como una interpretación distinta, y sometida a cánones distintos de otros sectores del ordenamiento, puede tener como consecuencia (no siempre pretendida) el aislamiento de la Constitución respecto de la aplicación de las normas no constitucionales..." BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. Luisa. Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico. Tecnos. Madrid. España. 1997. Pág. 41

<sup>451</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Fuentes del Derecho. I. Op. Cit. Pág. 95 ss; BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Op. Cit. Pág.171; KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Op. Cit. Pág. 205.



*"Las medidas provisórias tendrán su votación iniciada en la Cámara de los Diputados"*

Por el procedimiento parlamentario, la EC n.º 32 dispone la competencia del Congreso Nacional en el artículo 9º, bien como una doble fase:

*"§ 9º: Cabrá a la comisión mixta de Diputados y Senadores, examinar las medidas provisórias y sobre ellas emitir parecer, antes que sean apreciadas en sesión separada, por el plenario de cada una de las Casas del Congreso Nacional".*

El parecer de la comisión mixta de los Diputados va a versar sobre las cuestiones políticas en la *Medida Provisória*. Las cuales, una vez configurados van a la fase siguiente y de forma separada para una de las casas del Congreso Nacional<sup>452</sup>. Cuando entonces, serán

---

<sup>452</sup> El párrafo 2º del artículo 5º de la Resolución n.º 1/02 ordena que la Comisión Mixta se pronuncie sobre el mérito, aunque tal manifestación sea por el desacuerdo de la medida provisória respecto sus presupuestos constitucionales o con las normas presupuestarias y financieras. Sin embargo, el párrafo 3º de dicha Resolución, da posibilidades de presentar enmiendas para subsanar eventuales inconstitucionalidades o ilegalidades, inadecuación e incompatibilidades

conocidos después de superados los aspectos políticos planteados por la mayoría y la minoría parlamentaria.

La comisión mixta, a lo que parece no va a analizar sobre los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia. Pues, la existencia de deliberación de cada una de las casas del Congreso Nacional sobre el mérito de la *Medida Provisoria*, según la lectura del artículo 62, párrafo 5º, va a depender del juicio previo, si la *Medida Provisoria* cumple o no con los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia.

Por el juicio previo del Congreso Nacional, se puede entender que el Congreso podrá convalidar la *Medida Provisoria*, no obstante, no recogido en la Constitución, como un requisito de su validez en el ordenamiento jurídico y para su futura conversión en ley.

Por la superación del juicio previo, va a competir a la comisión mixta el análisis de las cuestiones políticas, en que va depender del juego de la mayoría y minoría políticas parlamentarias<sup>453</sup>.

El rechazo por el Congreso Nacional y la pérdida de eficacia de la *Medida Provisoria* por transcurso de plazo impiden que la misma pueda ser reiterada según el párrafo 10º del artículo 62:

---

financiera y presupuestarias. Distinto de la anterior Resolución n.º 1/1989 que exigía preliminarmente, la observación de los presupuestos de urgencia y relevancia. FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. Op. Cit. Pág. 114

<sup>453</sup> La actividad del Legislativo no es absolutamente libre, se circunscribe a las directrices, normas y principios aprobados por el constituyente. Por ello, el Congreso Nacional habrá de formular juicio político, pero también jurídico. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 212. En el mismo sentido opina BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 97; La STC 29/1982 en la que, se venía a configurar la convalidación como una actuación basada en un juicio preeminentemente político. Ignorar tal premisa nos conduce a una concepción absolutamente equivocada del entendimiento de dicha actuación en virtud del cual el Congreso se limitaría a comprobar la presencia de los presupuestos constitucionales. Esto porque, "... la convalidación se configura como un acto de naturaleza esencialmente política caracterizado por su alto grado de discrecionalidad y desarrollo a partir de la utilización de parámetros igualmente políticos orientados a valorar la oportunidad de la acción gubernamental, de su contenido..." CARMONA CONTRERAS, A. Mª. Op. Cit. Pág. 254.

*"Queda vedada la reiteración, en la misma sesión legislativa, de Medida Provisória que haya sido rechazada o que haya perdido su eficacia por decurso de plazo".*

Por fuerza de este párrafo, el Gobierno brasileño queda impedido de reiterar una *Medida Provisória* denegada por el Congreso Nacional o que la misma perdió su validez por la ausencia de conversión en ley en el plazo de sesenta días por el Congreso Nacional. Pues, una vez editada la *Medida Provisória*, el Congreso Nacional pasa a tener total control sobre ella, ya que es la propia Constitución la que determina un debate democrático sobre sus presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia.

Además, por efecto de la dilatación del plazo de *treinta a sesenta* días se va a dar una nueva configuración de los presupuestos habilitantes de la *Medida Provisória* y con la posibilidad de que tales presupuestos aún sean prorrogados por un período igual de sesenta días, en caso de ausencia de conversión en ley por el Congreso Nacional. Tal dilación temporal determinada en el párrafo 3º, supone un caso propio de reiteración implícita prohibido por el párrafo 10º del artículo 62.

Aunque, no siendo un caso típico de reiteración, sino de una prorrogación con previsión en el artículo 62, queda por definitivo prohibido la reiteración de *Medida Provisória*. Luego, el aumento del plazo de treinta días a sesenta días, más, la prorrogación de la *Medida Provisória* por plazo igual, se supone en principio, la existencia de los

presupuestos habilitantes, los cuales, podrán justificar una prórroga de su permanencia y también por la falta de tiempo para que el Congreso Nacional pueda proceder el cierre de la votación de la Medida. El párrafo 7 del artículo 62 así dispone:

*“§ 7º: Se prorrogará una única vez por igual periodo la vigencia de Medida Provisória que, en el plazo de sesenta días, contado de su publicación, no tuviere su votación cerrada en las dos Casas del Congreso Nacional”.*

De esta forma, parece que hay una contradicción en el párrafo 7º con el párrafo 3º del nuevo artículo 62 de la Constitución brasileña. Pienso pues, que la prórrogación caracteriza la ineficacia del Congreso Nacional y pone en riesgo el juego democrático de mayorías y minorías, bien como el control de constitucionalidad abstracto que tiene el Congreso sobre las *Medidas Provisórias*.

Por lo que se puede interpretar del párrafo 7 del artículo 62 de la Constitución brasileña es que no se lleva en consideración que la prórrogación del plazo de caducidad de la *Medida Provisória* será posible legislar sobre derechos contrarios a la Constitución<sup>454</sup>. Por la

---

<sup>454</sup> Cuando se contempla el período entreguerras, tan fecundo para el constitucionalismo, se puede comprender hasta qué punto la lucha por los derechos fue también la lucha por la normatividad de la Constitución. La tensión frente al Estado vuelve de nuevo al primer plano del conflicto político ahora bajo la forma de intento de frenar al legislativo. El temor que la extensión del sufragio y la apertura de los procesos políticos provoca en los grupos dominantes se manifiesta en nuevas líneas de defensa teórica frente al poder legislativo: la garantía institucional es una muestra de la

prorrogación se va a permitir la permanencia de una norma inicialmente de carácter provisional y sin la manifestación del Poder Legislativo respecto de sus presupuestos. Lo que es formalmente contrario a las fuentes del Derecho, teniendo como base el principio de separación de los poderes del Estado, por haber una mayor participación del Gobierno en la producción normativa.

La prorrogación por autorización constitucional va a corroborar los intereses del Ejecutivo, lo que se puede concluir que la *EC n.32*, sin embargo, su relevancia limitativa y determinante para el procedimiento parlamentario, tiene brechas y que esconde los reales intereses a través del procedimiento.

Es inadmisibles el intercambio entre ley orgánica y *Medida Provisoria*, pues, la primera, de origen parlamentaria, considerándose la ley en su origen, la voluntad popular y democrática, mientras que, en el segundo, tiene fuerza o rango de ley, faltándole la legitimidad del proceso parlamentario, caracterizado por los principios de publicidad, transparencia y garantía de las minorías, lo que configura la *Medida Provisoria* como un acto gubernamental como fuente legal con una legitimidad democrática inferior a las normas legales parlamentarias, necesitando de los mecanismos de control jurídico o parlamentario.

---

voluntad de procurar la permanencia de pilares esenciales del orden establecido otorgando una especial condición jurídica a determinados institutos en ausencia de un auténtico derecho constitucional. Será, sin embargo, la tremenda agresión contra los derechos que suponen los fascismos lo que genere la desconfianza frente a las mayorías y, por tanto, el interés por encontrar nuevas fórmulas de protección de los derechos basadas en la normatividad de la Constitución, en el consenso y en el control del legislador para hacer posible el respeto a las minorías. La Constitución normativa asume esa desconfianza frente al legislador a través de técnicas tradicionales que adquieren un nuevo significado (como la reserva de ley) y de nuevas técnicas (como la garantía del contenido esencial). Sin embargo, también se constata progresivamente que el legislador no es sólo una amenaza potencial para los derechos sino también, como indica Peter Häberle, un agente fundamental para su realización a través de una política de derechos fundamentales. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. Op. Cit. pág. 94.

La doctrina española considera que tales mecanismos funcionan como un contrapunto a la capacidad normativa del Gobierno y se manifiestan como una inexorable prolongación del principio democrático también sobre el sistema de fuentes.

La *Medida Provisória* en la Constitución brasileña pertenece a un sistema de Gobierno que es el presidencialista, pero, con un carácter parlamentarista.<sup>455</sup> El planteamiento se circunda, en la competencia del Congreso Nacional en la labor normativa de desarrollo de los principios fundamentales<sup>456</sup> en la Constitución, a través de la *ley complementar* y por eso es más democrática debido a la pluralidad representativa y su carácter rígido para la aprobación.

De igual modo, el Ejecutivo representado en la persona del Presidente, elegido por voto directo y democrático, teniendo en cuenta que el presidencialismo tiene la preponderancia sobre el Congreso Nacional en el ámbito político y eso afecta el desarrollo normal de la Constitución, confundiendo la necesidad del desarrollo de los principios de contenido constitucional con los programas de Gobierno comprometidos con el electorado<sup>457</sup>.

Sin embargo la representatividad del Ejecutivo es democrática, pero, sus actos también deberán estar de acuerdo con el principio

---

<sup>455</sup> Los constituyentes brasileños, insertaron la *Medida Provisória*, con la intención de que la misma serviría al sistema parlamentario de Gobierno, a ser refrendado por ocasión del plebiscito de 1993. Todavía, se conserva el sistema presidencialista, pero, la *Medida Provisória* no fue expulsada de la Constitución, sólo, diferenciándose del antiguo Decreto-ley, que era más restringido y de acuerdo con el sistema dictatorial.

<sup>456</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales. Complutense de Madrid. 1983. Pág. 135-162

<sup>457</sup> La garantía de los derechos fundamentales frente al poder político se consigue en un primer momento exigiendo que la regulación de su ejercicio se realice por medio de leyes generales y abstractas iguales para todos, dictadas por un órgano representativo. En un segundo momento, se exige, además, el control de la constitucionalidad de dichas leyes generales reguladores de derechos por parte de un órgano diferente del legislador. De acuerdo con este planteamiento, un

democrático para la producción normativa. Y no es la *Medida Provisoria* la norma idónea representativa de la democracia, incluso con los controles o limitaciones ahora existentes.

Por ello, el desarrollo de los principios constitucionales de carácter fundamental, tornan resueltos y con más seguridad por el Congreso, a través de la *ley complementaria*, restando al Ejecutivo su aplicación en el ámbito administrativo a través de los reglamentos administrativos que la propia Constitución prevé, para *dar fiel ejecución de ley*, (artículo 84, IV CF) lo que da unidad y eficacia al ordenamiento jurídico.

Siendo así, confiere normatividad a la Constitución, considerándola como la fuente superior del ordenamiento jurídico y principalmente instaura la seguridad jurídica en las relaciones y refuerza la democracia y el Estado de Derecho.

De ahí resulta que no habrá poderes superiores a la ley, incluso en el sistema presidencialista, pues, aún siendo democrático, los actos del presidente deben ser en colaboración con el parlamento, no por su primacía o ausencia de responsabilidad, sino por el respeto a la Constitución y a las minorías. La relación racional y constitucional de los poderes en la esfera federativa es compensada por los Estados federados que también tienen sus parlamentos, ejecutivos y judiciales, dirigidos por las propias Constituciones de sus Estados.

De esta manera, el Ejecutivo tiene la labor de coordinación entre los Estados federados de forma política, lo que torna eficaz la

---

individuo que actúe de acuerdo con lo establecido por un ley declarada constitucional no podría estar vulnerando mis derechos. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. Op. Cit. pág. 101.

comunicación institucional, respecto a la implementación de programas políticos en el ámbito social.

De otro lado, la institución de mecanismos de control normativo de constitucionalidad preserva el significado del texto constitucional y la democracia, debido a la sumisión a las reglas del Derecho. Tal control debe pasar antes de todo de forma abstracta, pues el control concreto cabe a los tribunales por instancia de parte individual o colectiva de ámbito representativo, conforme dispone el artículo el artículo 103 de la Constitución.

Todos estos mecanismos, no necesitan una mayor participación ciudadana, ya que su participación en el acto electoral es lo que justifica los actos de los representantes mediante ley e impide la exclusión de las minorías<sup>458</sup> por acto del Ejecutivo, con normas con fuerza de ley, con los supuestos de *relevancia y urgencia*, que bien pueden caracterizar normas reglamentares debido el frecuente uso, sin embargo, el control parlamentario para la convalidación o conversión en ley<sup>459</sup>.

Y esto afecta a los derechos fundamentales de las minorías, ya que la vigencia de la *Medida Provisoria* vulnera las libertades ciudadanas, en el momento que desarticula los movimientos sociales en emancipación, sobre todo en los países en vías de desarrollo, también atentando contra la democracia y del pluralismo, pues, son valores superiores del ordenamiento jurídico.

Los actos arbitrarios del Gobierno y la omisión parlamentaria, ambos en desacuerdo con la Constitución, con la democracia y con el

---

<sup>458</sup>LOPEZ AGUILAR, J. Fernando. Minorías y Oposición en el Parlamento. Congreso de los Diputados.1991. pág. 103.137

<sup>459</sup>CARMONA CONTRERAS, Ana M<sup>a</sup>. op. cit. pág. 237-238



Estado de Derecho, (que garantizan la efectividad del ordenamiento jurídico y la preservación de los derechos fundamentales<sup>460</sup>), generan la inseguridad social, política y jurídica, motivando las manifestaciones populares de masa, no son justificadores de la democracia, tal estado de crisis social, sino rebelión por la insatisfacción con el Gobierno legitimado democráticamente, que no corresponde las expectativas ciudadanas.

Tales efectos sentidos por la sociedad se deben al sistema presidencialista de gobierno, debido su separación rígida del parlamento, que, al mismo tiempo es jefe del Estado y del Gobierno, contrapuesto al parlamentarismo clásico, justifica su existencia al editar actos con fuerza de ley en sociedades en desarrollo.

Puede que tal sistema verificable en sociedades desarrolladas como son los Estados Unidos, los *frenos y contrapesos* funcionan en nivel abstracto, distinto de la forma que funciona a ejemplo de Brasil, ya que la sociedad carece de la aplicación de los preceptos de la Constitución, puesto que los frenos y contrapesos tienen connotación del juego político.

Lo mismo pasa en sede jurisdiccional, se haciendo tabla rasa de la normatividad constitucional, su interpretación racional y el principio de pluralidad, que condicionan al Ejecutivo en la colaboración con el Legislativo, ya que las decisiones del primero son de carácter unipersonal, sin embargo, el poder que tiene depositado por los ciudadanos y de forma democrática<sup>461</sup>.

---

<sup>460</sup>Más allá de la proclamación de los derechos fundamentales, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. pág. 59

<sup>461</sup> La ley es así creación de la sociedad a través de sus representantes, voluntad de los propios ciudadanos, no la voluntad del aparato estatal. Al obedecer a la ley no obedecemos en rigor al

La *EC n.º 32 de 11/09/2001*, regula el artículo 62 de la Constitución brasileña, al prohibir el Gobierno editar *Medidas Provisórias* en los siguientes términos:

*“Artículo 62 §1º. Queda vedada la edición de Medidas Provisórias sobre materia:*

*I - relativa a:*

*a) nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos y derecho electoral;*

*b) derecho penal, procesal penal y procesal civil;*

*c) organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros;*

*d) planos plurianuales, directrices presupuestarias, presupuestos y créditos adicionales y suplementarios, salvo lo previsto en el artículo 167, §3º;*

*II - que objetive el detenimiento o secuestro de bienes, de ahorro popular o cualquier otro activo financiero;*

*III - reservada a ley complementar;*

---

Estado, al poder, sino a nosotros mismos; por ello, la libertad consiste en no obedecer más que a las leyes. La contraposición de ley y poder, que nace de la identificación de la primera con la voluntad de la sociedad de individuos libres y del segundo con el aparato del Estado monárquico..." "... Es ahí donde el propio concepto de ley se escinde para albergar en su propio seno la dualidad poder-derecho; y es ahí también donde puede sostenerse, como lo hace el propio *Kelsen*, aún en 1911, que el Parlamento no es un órgano del Estado, sino de la sociedad, y que la creación de derecho no es obra del Estado, sino proceso social". "... Asegurar la supremacía de la ley no significa, por tanto, asegurar la supremacía de la *voluntad* de un conjunto de individuos reunidos en asamblea, en sustitución de la antigua voluntad absoluta del Monarca. No se quiere sustituir un arbitrio por otro, ni se concibe el Estado constitucional como despotismo democrático o despotismo de la Asamblea en sustitución del despotismo monárquico. Por el contrario, el imperio de la ley aparece como sinónimo de soberanía de la razón, porque el mecanismo del Estado constitucional se configura de modo tal que el legislador sea el representante de la racionalidad. Por eso la ley no es fruto del poder, sino expresión del derecho, entendido éste al modo iusnaturalista, como derecho superior a la contingencia de las voluntades humanas. En la vieja contraposición de *voluntas* y *ratio*, la concepción liberal de la ley ve en ella una expresión de la *ratio*, no un simple fruto de la *voluntas*". OTTO, Ignacio de. op. cit. pág. 130-133

*IV - ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del Presidente de la República”.*

La limitación contenida en el párrafo 1º del artículo 62 de la Constitución brasileña, garantiza la ley como fuente del Derecho, en el sentido de que es elaborada por el Poder Legislativo. La Constitución brasileña garantiza el pluralismo y no hay razón para que el Ejecutivo actúe como legislador. A diferencia de lo que estatuye la Constitución brasileña, la Constitución española prohíbe en el artículo 86. 1 que el Decreto-ley:

*“... que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general”*

La Constitución brasileña garantiza la ley orgánica<sup>462</sup> denominada de “*Ley Complementar*”<sup>463</sup> para regular los derechos de

---

<sup>462</sup>SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. J José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Marcial Pons. 1999. Pág. 224-230

<sup>463</sup> Es instrumento normativo autónomo, establecido en el art. 59, II de la Constitución brasileña, que trata de materia específica del derecho positivo brasileño, requiriendo para su aprobación, quórum especial de mayoría absoluta de los votos de los miembros de cada una de las Casas de

ciudadanía e individuales. Por ciudadanía hay que entender los derechos fundamentales. Ciudadanía es un concepto que tiene variadas interpretaciones en nivel político sobre todo, lo que dificulta al intérprete constitucional hacer un concepto estricto de ella<sup>464</sup>. El Supremo Tribunal Federal, que es el órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes, desde la vigencia de la Constitución (1988) no precisó por sus decisiones, los límites de la *Medida Provisória*.

Con la presente *EC n.º 32 de 11/09/2001*, que da nueva configuración a la *Medida Provisória* en el artículo 62, los derechos fundamentales, de cierta forma están garantizados no sólo a través del término genérico *ciudadanía*, sino por la prohibición de editar *Medida Provisória* reservada a la *ley complementar*<sup>465</sup>. Se excluyó de la citada

---

que se compone el Congreso Nacional. La ley complementar es inferior jerárquicamente a la Constitución, no pudiendo ser utilizada como instrumento de reforma o enmienda constitucional. RIBEIRO BASTOS, Celso. Op. cit. Pág. 47-54

<sup>464</sup>VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Record. Rio de Janeiro. 1997. pág. 22-27. "...la *indeterminación* es un *dato esencial* de la actual cultura jurídica. Estamos ante un dato axiológico, primordial con una especial trascendencia de la que no se puede prescindir si se quiere obtener una imagen correcta de la realidad jurídica contemporánea en general, y de la constitucional, en particular. A través del recurso a conceptos genéricos e indeterminados, la Constitución no hace sino expresar el pluralismo que opera en la base del sistema que pretende regular, lo cual lleva a rechazar caracterizaciones cerradas y definidas de una vez por todas en el mismo momento constituyente. "...Planteando la cuestión de la indeterminación conceptual desde una perspectiva eminentemente dialéctica, la Constitución asegura una adecuada apertura del ordenamiento jurídico hacia la realidad en la que el mismo ha de operar". CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. Pág. 49-51. Los problemas que produce la intervención del ejecutivo en materia de derechos fundamentales son numerosos, sobre todo en esa faceta de Estado intervencionista que hoy está tan generalizada. Incluso en el campo de los llamados derechos sociales y económicos es necesaria la intervención del ejecutivo para crear las condiciones que los ciudadanos exigen en virtud de esos derechos, auténticos derechos que convierte a sus titulares en acreedores del Estado. El sistema de garantías, frente a todas las intervenciones abusivas y limitativas de las libertades, debe estar muy alerta en ese campo. "... hay que señalar aquellas situaciones donde la regulación de los derechos fundamentales queda, en su mayor extensión, reservada al ejecutivo, y ni siquiera a través de decisiones generales, sino de decisiones concretas y por tanto arbitrarias. Pero en este último supuesto salimos del campo de la sociedad democrática, y el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales son imposibles".

<sup>465</sup>PRIETO SANCHÍS, L. Prieto. Op. cit. pág. 167-183

*EC n.º32*, la prohibición de legislar sobre derechos individuales<sup>466</sup>, distinto de lo que determina el artículo 68 §1º, II de la Constitución brasileña, la prohibición de delegación legislativa sobre “derechos individuales”.

De todas maneras, aún depende de delimitaciones conceptuales, a diferencia de lo que hace la Constitución española, que especifica de forma clara los derechos que el Decreto-ley no puede tocar. Así, las diversas jurisprudencias del Supremo Tribunal Federal y entendimientos doctrinales, *a priori*, el concepto de *ciudadanía*<sup>467</sup> se relaciona a la capacidad política del ciudadano, ya que, tal término está comprendido con la *nacionalidad, derechos políticos, partidos políticos y derecho electoral*, comprendiendo al título primero de los Derechos Fundamentales en la Constitución brasileña.

La interpretación amplia del término *ciudadanía* resulta congruente con los postulados del artículo 1 de la Constitución, al albergar la democracia, el Estado de Derecho y el pluralismo, y así debe ser considerada agregada a los valores superiores al ordenamiento jurídico. Razón por la cual, se reserva a la ley orgánica la titularidad normativa, por ser ley parlamentaria de posición jerárquicamente superior a la ley ordinaria. Su expansión ilimitada y el supuesto del necesario quórum de la mayoría absoluta del Congreso Nacional para su aprobación y su *fuerza de ley*, vincula, sometiendo a

---

<sup>466</sup> PÉREZ-LUÑO, A. E. Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución. Tecnos. 1984. p. 311

<sup>467</sup> La Constitución Española reconoce el Derecho de Participación como Derecho Fundamental en el art. 23 a todos los ciudadanos españoles. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. op. cit. pág. 309.

los poderes del Estado y a la Administración pública y a los ciudadanos<sup>468</sup>.

La reserva de ley orgánica a ciertas materias es una reserva absoluta, tornándose un óbice para otro tipo normativo tratar de materias a ella reservadas, debiendo el Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad<sup>469</sup>. Determinada la fuente de ley, los efectos se introducen en el ordenamiento jurídico, sobre todo el principio de *jerarquía y competencia*. La Constitución normativa, explica la disociación entre forma constitucional y forma legal, así como la proliferación de tipos normativos y de relaciones de articulación entre las mismas, habrán de conducir a las siguientes consecuencias:

---

<sup>468</sup> La plena expansividad propia de la fuerza de ley corresponde entonces a la ley orgánica, o, para decirlo de otro modo, *de esta fuerza expansiva ilimitada dispone el legislador cuando aprueba una ley por mayoría absoluta*. La fuerza de ley existe, pero con la novedad de que sólo cabe producirla con una mayoría absoluta. OTTO, Ignacio de. Op. Cit. pág. 149-154

<sup>469</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. Op. cit. pág. 28-31. La fuerza activa de una norma jurídica indica la capacidad de innovación del ordenamiento por parte de una nueva norma. Así, si una norma tiene fuerza de ley será capaz de modificar todas las leyes y normas con fuerza de ley que sean contradictorias con la más reciente. De este modo, dos fuentes que tienen el mismo rango se derogan sucesivamente. La fuerza de ley implica que una norma de este carácter sólo puede ser modificada o derogada por otra ley. Es pues expresión del principio de temporalidad (art. 1.1.CC). Si se pone en relación en el principio de jerarquía, la fuerza activa de ley define la capacidad de ésta de imponerse a las normas reglamentarias anteriores. Una ley deroga un decreto legislativo que a su vez puede ser derogado por un ulterior decreto legislativo o otra ley ordinaria, puesto que se trata de normas con idéntica fuerza de ley. En cambio, una ley deroga un reglamento administrativo, pero un reglamento de este tipo no puede derogar una ley, porque ésta tiene superior rango, por lo que el reglamento no tiene fuerza suficiente para sustituir la ley. La fuerza describe, pues, la capacidad de modificación y de derogación de una determinada norma. Una norma puede modificar o sustituir todas aquellas precedentes que tengan la misma o inferior fuerza. La fuerza pasiva indica la capacidad de resistencia de una norma ante cambios que pretenden introducirse en el ordenamiento jurídico del que forma parte. Así, una norma con fuerza pasiva de ley no podrá ser modificada por un reglamento administrativo, pero no resistirá los preceptos de una ley que la contradigan. Como decíamos antes, según el ejemplo propuesto, una ley dispone de tal resistencia que impide ser modificada por un reglamento, lo que no sucedía respecto al decreto legislativo de igual rango. La fuerza pasiva describe entonces la resistibilidad de una norma ante la introducción de cambios normativos. Una norma resiste, sin consentir ninguna modificación, la introducción, en el ordenamiento jurídico, de otras normas posteriores de inferior rango, debiendo éstas no contradecir sus prescripciones. APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. Temas de Derecho Constitucional (1). CEDECS. 1998. pág. 595-596

a) *El establecimiento de límites materiales a la ley, en virtud de un criterio de competencia que le impide regular determinadas materias;*

b) *La disociación entre el aspecto activo y el pasivo de la fuerza de ley, y el sometimiento a distinto régimen jurídico de cada uno de ellos;*

c) *El sometimiento de determinadas fuentes, incluida la ley, a requisitos especiales, diversos o adicionales respecto de los previstos con carácter general para la fuente tipo.*

De esto resulta que no se puede someter una norma solamente al criterio de jerarquía o la forma de las normas, ya que el principio de competencia determina el ámbito normativo material. Para *BALAGUER CALLEJÓN*, esto significa una desformalización importante del ordenamiento jurídico que implica la exigencia de órganos específicos de control, como el Tribunal Constitucional, que permitan decidir sobre cuestiones de competencia en aquellos casos en que se plantean conflictos en relación con los límites materiales de las distintas fuentes del Derecho.

Según el mismo autor, el principio de *jerarquía* se limita a determinar la norma sobre producción jurídica (NSP), o sea: se puede conocer a través del principio de jerarquía que la norma superior produce la norma inferior, teniendo la Constitución como la principal fuente del ordenamiento jurídico. De la concepción *Kelseniana*, la jerarquía explica la validez de la norma inferior, depende de la validez

de la norma superior, permite explicar también la técnica de la competencia<sup>470</sup>.

---

<sup>470</sup> Derecho Constitucional. Vol. I. Tecnos. 2000. Pág. 90-91. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Op. cit. pág. 153-163, OTTO, *Ignacio de*, op. Cit. pág. 87-93, MERINO MERCHÁN, José Fernando. Lecciones de Derecho Constitucional. Tecnos. 1995. pág. 137. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. op. cit. pág. 45-50, con referencia a *Kelsen*, "la concepción iuspositivista de la unidad del Ordenamiento jurídico remite a lo que dijimos a propósito de las fuentes del Derecho: según el positivismo jurídico estas fuentes están jerárquicamente subordinadas y existe una única fuente de calificación, es decir, una sola autoridad que atribuya directa o indirectamente carácter jurídico a todo el conjunto de normas. BOBBIO, *Norberto*. El Positivismo Jurídico. Debate. Madrid. España. 1993. pág. 204



## II. La Convalidación de la *Medida Provisória*: “*El Juicio Previo*”

Convalidar un acto, no es lo mismo que hacer su conversión. La *Medida Provisória*, como acto de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo, la misma necesita ser convalidada por el Congreso Nacional para su validez<sup>471</sup> en el ordenamiento jurídico.

La convalidación de la *Medida Provisória* por el Congreso Nacional de acto del Poder Ejecutivo va a significar que la misma satisface con los requisitos constantes del artículo 62 de la Constitución brasileña. A partir de entonces, la norma pasa a tener existencia en conjunto con las demás normas que forman parte del ordenamiento jurídico.

---

<sup>471</sup> En efecto, el término <<convalidar>> significa en castellano <<dar validez>>. Es, jurídicamente, una técnica que sirve para subsanar actos afectados por vicios jurídicos, de forma que sin esa convalidación el acto sería en sí mismo ilegítimo; todo Decreto-ley supondría un ilícito jurídico que debe ser sanado mediante la intervención parlamentaria. Sin embargo, no es éste el sentido que tiene la institución en el ordenamiento español, porque, la producción de los Decretos-leyes se trata de una actividad constitucionalmente lícita por parte del Gobierno, sin que tenga que estar sometido a <<subsanción>> o <<convalidación>> alguna que le otorgue carácter de licitud. No nos encontramos en España ante un planteamiento anglosajón, de *Bill of indemnity* sobre una actividad esencialmente ilícita del Gobierno, sino ante una acción con rango de Ley, lícita, aunque provisional. Por ello, la acción de la llamada <<convalidación>> no supone ningún tipo de subsanción por la actividad parlamentaria, de nulidades o anulabilidades presentes por naturaleza en todo Decreto-ley, sino que simplemente da carácter definitivo a un acto en principio provisional, por lo que resulta más adecuado utilizar los términos <<ratificación>> (García de Enterría/T.R. Fernández) u <<homologación>>, porque, como ha señalado la S.T.C 6/1983, de 4 de febrero: <<Lo que el artículo 86.2 de la Constitución llama “convalidación” es más genéricamente una “homologación” respecto de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino.>> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 203-204

Los presupuestos constitucionales formales para que la norma gubernamental sea convalidada son:

- *Haber sido editada por el Presidente de la República;*
- *Haber cumplido con los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia;*
- *Haber cumplido los requisitos del párrafo 1º de artículo 62 de la Constitución, respecto a las siguientes prohibiciones de regulación sobre: nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos, derecho electoral, derecho penal, derecho procesal penal y procesal civil, organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros, planos plurianuales, directrices presupuestarias, presupuestos y créditos adicionales y suplementares, salvo el previsto en el artículo 167 §3º, que objetive la detención o secuestro de bienes, del ahorro popular o cualquier otro activo financiero, reservada a la ley complementaria, ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del Presidente de la República.*

A pesar de la fuerza de ley que contiene la *Medida Provisoria*, así que es editada por el Gobierno, la misma podrá ser derogada

expresa o tácitamente por el Congreso Nacional<sup>472</sup>, cuando le falta los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia<sup>473</sup> o cuando incide en las prohibiciones del artículo 62, párrafo 1º.

La Enmienda Constitucional nº. 32 que reforma el texto del artículo 62 respecto a la *Medida Provisória* no es claro respecto a la convalidación.

La referida enmienda al introducir el párrafo 5º en el artículo 62 de la Constitución brasileña, aunque no se refiera a la convalidación o derogación, implícitamente lo hace al decir:

*“La deliberación de cada una de las Casas del Congreso Nacional sobre el mérito de las Medidas Provisórias dependerá de juicio previo sobre el cumplimiento de sus presupuestos constitucionales”.*

Por tanto, por la derogación expresa o tácita se va a restablecer el *estatus quo* de las relaciones jurídicas anteriores de ella. Y bien así,

---

<sup>472</sup> MALTA MASSUDA, Janine. Constitucionalidade de Cláusulas em Medidas Provisórias. Jus Navigandi, Teresina. Brasil. A. 4, n. 45, set. 2000. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=181>. Acceso en: 19/09/2005

<sup>473</sup> jurisprudencia del Tribunal Supremo: "No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito." (ADI 1.717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/02/00) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (248 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF - Constituição

el Congreso Nacional deberá editar el decreto legislativo para regular las relaciones de ella derivadas durante su corta vigencia.

Esto porque, el artículo 62 párrafo 11 dispone que:

*“No editado el decreto legislativo referido en el párrafo 3° hasta sesenta días después de la denegación o pérdida de eficacia de la Medida Provisoria, las relaciones jurídicas constituidas y derivadas de actos practicados durante su vigencia se conservarán regidas por ella”.*

El juicio previo que la Constitución determina al Congreso Nacional es una garantía para el ordenamiento jurídico, respecto a su validez y eficacia. Por ello, se va a garantizar la supremacía de la Constitución como norma jerárquicamente superior que establece un sistema de repartición de competencias<sup>474</sup>, habiendo un mayor peso

---

<sup>474</sup> Las Constituciones normativas, y especialmente la española, incluyen, junto a las normas que forman parte de la Constitución material, en sentido Kelseniano, el reconocimiento de principios y valores constitucionales, de naturaleza abstracta, que condicionan la producción normativa y la aplicación del Derecho. Este contenido axiológico conlleva necesariamente una desformalización de las fuentes infraconstitucionales a favor de la norma constitucional. Hay que tener en cuenta que frente a la identificación entre ley y Derecho, propia de la doctrina tradicional de las fuentes, una teoría constitucional de las fuentes debe partir de la confluencia entre Derecho y Constitución. La Constitución no puede contener, obviamente, todo el Derecho, pero todo el Derecho del ordenamiento debe tender a la constitucionalidad de sus aspectos formales y materiales. La teoría constitucional no sitúa a la Constitución en el lugar de la ley, manteniendo las mismas estructuras. Antes bien, origina un cambio fundamental en la estructura del sistema de fuentes, dentro del cual, la Constitución, en cuanto expresión del consenso fundamental de los diversos sectores sociales, sirve de medida para la determinación de la validez del Derecho producido en los distintos ámbitos en que esos sectores ejercitan el poder público. La Constitución es en origen último del Derecho vigente en el ordenamiento, hasta donde el Derecho es Derecho (más allá no existe como tal). Es

en el Poder Legislativo, respecto a la producción normativa, por ser un órgano más democrático por su composición.

Debido al carácter político del Congreso Nacional, el juicio previo tiene una naturaleza de fuerte característica política, y no solo si la *Medida Provisória* cumple con sus requisitos formales de legalidad y de constitucionalidad, respecto a su validez en el ordenamiento jurídico y al principio de seguridad jurídica<sup>475</sup>.

Así, el Congreso Nacional, por el juicio previo, va a analizar los presupuestos habilitantes y también incide en las prohibiciones recogidas en el párrafo 1º del artículo 62 de la Constitución brasileña. Por ello, el Congreso convalida o deniega la *Medida Provisória*.

Esta actuación del Congreso es de carácter fiscalizador o de auténtico control<sup>476</sup> de los actos del Gobierno. Y que posteriormente va a pasar para la fase legislativa que mediante ley va a convertir en definitiva la *Medida Provisória*<sup>477</sup>.

En el caso de denegación, la norma será expulsada del ordenamiento jurídico como si nunca existiera. Por ello, está obligado el Congreso a editar el decreto legislativo, para regular las relaciones jurídicas producidas al tiempo de vigencia de la *Medida Provisória*.

---

la fuente conformadora del ordenamiento. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. Op. Cit. Pág. 54

<sup>475</sup> el mismo entendimiento se hace con referencia al Decreto-ley español. CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. Pág. 254-255. Añade la autora, que el régimen parlamentario ha sido modificado, aunque con la permanencia del potencial inquisitivo frente al Gobierno que ha quedado francamente diluida como consecuencia de la presencia de una mayoría parlamentaria convenientemente disciplinada que apoya el Ejecutivo. Por tanto, el control se va a manifestar como una especie de contradicción en términos en la que viene a confundirse el sujeto controlante con el controlador, remitiéndonos a un supuesto de autocontrol.

<sup>476</sup> CARMONA CONTRERAS, A. M<sup>a</sup>. Op. Cit. Pág. 253

<sup>477</sup> Convalidado el Decreto-ley por el Congreso, el Presidente de la Cámara ofrece la oportunidad de tramitar seguidamente la norma recién convalidada como proyecto de ley, pudiendo en consecuencia y a diferencia de la simple convalidación, introducir las enmiendas y modificaciones que ambas Cámaras consideren convenientes sobre dicha norma. Ello significa que la tramitación

En el Derecho constitucional español, la convalidación está recogida en el artículo 86.2 de siguiente forma:

*“Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario”.*

Por ello, el control que ejerce el Parlamento español es de naturaleza política y no de control de constitucionalidad. Este estará a cargo del Tribunal Constitucional español. Tampoco se admite la enmienda al Decreto-ley, siendo el mismo, convalidado o derogado mediante debate y votación de totalidad<sup>478</sup>.

SANTOLAYA MACHETTI<sup>479</sup>, afirma que por el apartado 2 del artículo 86 de la Constitución española, todo Decreto-ley debe ser convalidado por manifestación expresa del Congreso. Para él, la convalidación parece revestirse de un carácter imperativo, necesario, y no meramente alternativo al de su tramitación como ley.

---

del 86.3 se plasma como auténtica actividad legislativa, de la que resultará una Ley formal de las Cortes. TUR AUSINA, Rosario. Op. cit. pág. 140

<sup>478</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Derecho Constitucional. Vol 1. Op. Cit. Pág. 146

La posibilidad de tramitar el Decreto-ley español como proyecto de ley está recogido en el apartado 3 del artículo 86 por el siguiente texto:

*“Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia”*

En España, el Decreto-ley se plantea una doble vía: la etapa de convalidación, donde se analiza los presupuestos habilitantes recogidos en el artículo 86.1 de la Constitución española y la posibilidad de tramitar el Decreto-ley como proyecto de ley.

Según el autor, la convalidación es imperiosa para la tramitación del Decreto-ley como ley parlamentaria. Lo que va a impedir la decadencia de la norma gubernamental. Siendo así, la convalidación es considerada como una característica ventajosa, donde las Cortes en España no actúan bajo la presión temporal, que la rápida decadencia de las normas gubernamentales, provocan en los ordenamientos italiano y brasileño<sup>480</sup>.

A propósito, de este carácter alternativo, el autor afirma que el artículo 86, presenta dos supuestos teóricos netamente diferenciados, dos procedimientos de intervención distintos (Segura Guimard), y

---

<sup>479</sup> Pablo. Op. Cit. Pág. 200

aunque éste es el efecto provocado por la interpretación reglamentaria y jurisprudencia constitucional, no deja, sin embargo de provocar problemas a la hora de determinar la naturaleza y efectos de las dos vías.

A este efecto, uno de los problemas que plantea esta interpretación, como ha puesto de manifiesto la doctrina (Cruz Villalón, Jiménez Campo, Santaolalla), es que el artículo 86.3 resulta absolutamente superfluo, innecesario, ya que el legislador puede intervenir convirtiendo en ley un Decreto-ley ya convalidado en cualquier momento; es una posibilidad siempre presente, sin límites temporales, sin necesidad, por tanto, de sujetarse al estricto plazo de treinta días marcado por el artículo 86.3 de la Constitución española, en virtud de la iniciativa legislativa que le compete según el artículo 87 de la Constitución española<sup>481</sup>.

Para BALAGUER CALLEJÓN<sup>482</sup>, la convalidación del Decreto-ley español, no implica una sanación de los vicios en que hubiera podido incurrir, respecto de los límites constitucionales a que está sometido esta fuente (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5). Un Decreto-ley que carezca de presupuesto habilitante, o que afecte a algunas de las materias excluidas, mantendrá esos vicios pese a que sea convalidado por el Congreso.

La convalidación es una exigencia para que el Parlamento exprese su acuerdo a una norma proveniente de un órgano que no tiene como principal función la producción normativa<sup>483</sup>.

---

<sup>480</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 201; TUR AUSINA, Rosario. Op. Cit. Pág. 140

<sup>481</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 202

<sup>482</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. Derecho Constitucional. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 146.

<sup>483</sup> La naturaleza política del control que el Congreso ejercita no se ve alterada por el hecho de que la valoración negativa que pueda conducir le a la derogación del Decreto-ley se basa en la posible



Tanto en el Derecho español, como en el brasileño, el Parlamento puede rechazar la norma en vez de convalidarla. En el caso brasileño, el párrafo 5º del artículo 62, determina la vinculación del Congreso al juicio previo, por el cual, se va a analizar si la norma cumple con sus presupuestos habilitantes, y si la misma, no incide en las prohibiciones contenidas en el párrafo 1º del artículo citado, para la posterior deliberación del mérito de la *Medida Provisória*.

Pienso pues, que una vez convalidada la *Medida Provisória*, el Congreso puede deliberar sobre ella. Lo que ciertamente podrá proponer enmiendas a la medida, de acuerdo con la interpretación del párrafo 12 del artículo 62 que faculta la alteración del texto original. Distinto, de lo que ocurre en el Decreto-ley español, en que no se admite enmiendas en la fase de convalidación<sup>484</sup>.

En realidad no es lo que ocurre. Por ejemplo, la *Medida Provisória*, el Congreso no se manifiesta en el juicio previo como manda el párrafo 5º del artículo 62, momento por el cual, se debería hacer la convalidación de la norma gubernamental, pero, no lo hace.

Por tanto, no habiendo un previo juicio sobre la *Medida Provisória*, la interpretación que se concluye del párrafo 5º del artículo 62, es que va a impedir la deliberación por el Congreso sobre el mérito de la norma gubernamental, ya que en la misma le va faltar el acto convalidatorio<sup>485</sup>.

---

inconstitucionalidad de esta fuente por vulnerar los límites establecidos en la Constitución. El Congreso carece de competencias para determinar la inconstitucionalidad (o la constitucionalidad) del Decreto-ley, de tal modo que son jurídicamente irrelevantes, a efectos de caracterizar el control que realiza, las motivaciones en que se pueda basar su rechazo de esta norma. Como lo son también aquellas en que se basa su convalidación. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. Op. Cit. pág. 146.

<sup>484</sup> DE OTTO, Ignacio. Op. Cit. Pág. 203

<sup>485</sup> La convalidación del Decreto-ley es absolutamente necesaria para que éste no pierda su vigencia. La mera inactividad del Congreso no es suficiente, ya que el artículo 86.2 CE exige su

Sin embargo, dicho párrafo no es claro respecto a la “convalidación” como presupuesto de conversión de la *Medida Provisória* en ley, por el procedimiento del juicio previo. Todo indica que la actividad parlamentaria es de confirmación de una norma proveniente del Gobierno, cuya validez es un presupuesto de la seguridad jurídica de las relaciones derivadas de la *Medida Provisória*.

La sobrecarga legislativa en el Congreso Nacional, lleva a decir que el mismo no cumplirá los plazos establecidos constitucionalmente de hacerse un análisis de los presupuestos constitucionales de la *Medida Provisória* y de las prohibiciones contenidas en el párrafo 1 del artículo 62.

Por ello, el Gobierno podrá adoptar *Medidas Provisórias* para regular otras *Medidas Provisórias* que aún están en el Parlamento<sup>486</sup>.

A propósito, el Parlamento brasileño, contrariando las disposiciones constitucionales que configuran la *Medida Provisória*, tampoco lleva a debate la norma excepcional con el fin de hacer su conversión en ley. Esto no es compatible con el Estado democrático y de Derecho. Por ello, se va a configurar la omisión legislativa en el campo de la producción normativa originaria y del control político a través del juego de la mayoría y minorías parlamentarias.

---

pronunciamiento expreso. La convalidación es así un acto que termina con la provisionalidad formal del Decreto-ley y permite concluir el proceso normativo de esta fuente del Derecho. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. 1. Op. Cit. pág. 145-146

<sup>486</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo: "Já se firmou a jurisprudência desta Corte (assim, nas ADIMCs 1.204, 1.370 e 1.636) no sentido de que, quando Medida Provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso nacional é revogada por outra, fica suspensa a eficácia da que foi objeto de revogação até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a Medida Provisória revogadora, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomará os seus efeitos a Medida Provisória revogada pelo período que ainda lhe restava para vigorar." (ADI 1.665-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 08/05/98) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (248 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF - Constituição

Al aceptar la norma excepcional e inconstitucional sin el juicio previo por el Congreso, por el cual se debería hacer su convalidación o denegación, se puede considerar que la norma aún no existe en el ordenamiento, aunque despliegue efectos con fuerza de ley. Razón por la cual, resulta indispensable la intervención parlamentaria para el acto de convalidación o derogación. Los efectos de la decisión parlamentaria que no convierte en ley la *Medida Provisória*, van a depender, si la misma fue o no convalidada a través del juicio previo. Por ello, si no hubo un juicio previo que convalida o que rechaza la norma gubernamental, la misma aún no existe. Por tanto, no se puede convertir en ley o incluso denegar una norma que aún no existe<sup>487</sup>.

Para todos los efectos, convalidada la *Medida Provisória* y enseguida operada su decadencia sin que sea convertida en ley por el Parlamento, se puede considerar que la norma gubernamental existió y desplegó sus efectos en su corto espacio de tiempo previsto en la Constitución.

La caducidad de la *Medida Provisória* se justifica por la falta de su conversión en ley. Pero, para que se opere el proceso de conversión en ley, es fundamental antes, el procedimiento de convalidación a través del juicio previo por el Congreso Nacional, recogido en el párrafo 5º del artículo 62 de la Constitución brasileña.

No es menos cierto decir que, incluso, para que se opere la caducidad del plazo de la *Medida Provisória*, es necesario que la misma sea convalidada por el juicio previo. Sin el cual, la norma gubernamental no existe, luego, no existirá caducidad alguna.

---

<sup>487</sup> DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág. 103

La convalidación de la *Medida Provisória* por el Congreso Nacional, va a incidir en las relaciones jurídicas que se van constituyendo desde el momento de su publicación, dándoles validez y eficacia. Por ello se suspende de forma provisional la eficacia de la norma anterior.

La cuestión que se plantea es si la falta de la convalidación va a implicar en la conversión de la norma excepcional. Todo indica que influye negativamente, de modo que, en realidad, la *Medida Provisória* casi nunca es convertida en ley.

Aunque la falta de conversión en ley de la *Medida Provisória* por el Parlamento, el Gobierno la va a reiterar. Por la reiteración aunque prohibida por la Constitución, el Gobierno va a convalidar ciertas disposiciones normativas de la *Medida Provisória* anteriormente caducada por el decurso de plazo, por la falta de su conversión en ley por el Congreso Nacional a su tiempo<sup>488</sup>.

Se puede plantear que, la *Medida Provisória* no sea convertida en ley, puesto que la misma no fue anteriormente convalidada por el juicio previo. Luego, no se puede hablar de conversión o incluso de derogación, porque la norma no existe.<sup>489</sup>

---

<sup>488</sup> MALTA MASSUDA, Janine. Op. Cit. Pág. 1-5; GRECO, Marco Aurélio. Medidas Provisórias. RT. São Paulo. Brasil. 1991. Pág. 48

<sup>489</sup> El Supremo Tribunal Federal, a su vez, lamentablemente, compartilla una posición con el Congreso Nacional, por la cual, no se admite la reiteración de la *Medida Provisória* en la hipótesis de expreso rechazo de la misma por el Congreso Nacional. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 216.

Esto significa que se prohíbe la reiteración cuando hay una manifestación expresa que rechaza la *Medida Provisória* por el Congreso Nacional. Normalmente, el Congreso Nacional no se manifiesta ni en el momento del juicio previo (párrafo 5º - artículo 62) y menos aún, en el momento de conversión en ley. Sí no hay convalidación de la norma gubernamental, tampoco habrá la conversión. Así, la misma será convalidada por el Gobierno en el momento de reiteración, que de acuerdo con la interpretación del STF, será posible la reiteración porque no hubo un rechazo expreso por el Parlamento.

De acuerdo con este razonamiento, no existe razón para que el Gobierno para reitere la *Medida Provisória* y de igual forma su convalidación debido a su inexistencia en el ordenamiento jurídico, por la ausencia del procedimiento del juicio previo como determina la Constitución brasileña.

Todo ello, en contradicción al recogido en el párrafo 10 del artículo 62 de la Constitución brasileña que prohíbe la reiteración de la norma por la siguiente disposición:

*“Se veda la reiteración, en la misma sesión legislativa, de la Medida Provisória que haya sido denegada o que haya perdido su eficacia por caducidad del plazo”*

La convalidación que determina el párrafo 5º del artículo 62, es una obligación para el Congreso Nacional que tiene el monopolio de la producción normativa originaria en razón del principio de separación de poderes.

La ausencia de manifestación del Congreso por el juicio previo, así como determina la Constitución brasileña, el mismo no se hace responsable con la democracia, por la cual, el mismo está vinculado con el pueblo, a través de la representación parlamentaria directa y democrática.

La omisión que se verifica por parte del Congreso Nacional, respecto a la convalidación de la *Medida Provisória*, va a implicar en la ausencia de conversión en ley de la misma por el propio órgano parlamentario. Por ello, se va a violar a la Constitución, considerada la norma que da validez y eficacia a todas las normas jerárquicamente inferiores en el ordenamiento jurídico<sup>490</sup>.

La infracción por el Gobierno al párrafo 10 del artículo 62 de la Constitución brasileña, es justificada por la ausencia de manifestación parlamentaria por el juicio previo, por el cual la *Medida Provisória* debería ser convalidada. Por ello, se va a permitir la transferencia del acto convalidatorio típicamente parlamentario, para la esfera gubernamental, que va a convalidar la *Medida Provisória* caducada (para no decir inexistente) a través de la reiteración de la misma y de forma sucesiva<sup>491</sup>.

---

<sup>490</sup> El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea puede ser Derecho. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Op. Cit. Pág. 205

<sup>491</sup> El Supremo Tribunal Federal entiende por diversas manifestaciones admitiendo la reiteración con la cláusula convalidatoria. Pero tal entendimiento era antes de la Enmienda constitucional n.º32/2001 que ahora prohíbe la reiteración por el párrafo 10 del artículo 62 de la Constitución. Mismo con la prohibición, el Gobierno sigue reeditando y convalidando la medida anterior supuestamente caducada. Algunas de las decisiones del STF: "*Medida Provisória* con fuerza de ley. Constitucionalidad del dispositivo que preserva la eficacia de la Medida anterior, regularmente reeditada antes del agotamiento del respectivo plazo de validez (ADI 1.711 – SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.09.2000); "No pierde eficacia la *medida provisória*, con fuerza de ley, no apreciada por el Congreso Nacional, pero, reeditada, por medio de nueva *medida provisória*, dentro de su plazo de validez de treinta días" 8RE-247038/MG, Min. Moreira Alves, DJ 03.03.2000); "No pierde eficacia la *medida provisória*, con fuerza de ley, no apreciada por el Congreso Nacional, pero reeditada, por medio de otro acto de la misma especie, dentro de su plazo de validez de treinta días. Precedentes del STF: ADI 1.617-MS, Min. Octavio Gallotti; ADI 1.610-DF, Min. S. Sanches; ADI 1.647-PA, Min. C. Velloso" (lex 250/47); *Medida Provisória* 560, de 26.07.1994, sucesivamente reeditada, en el plazo, y no rechazada por el Congreso Nacional: eficacia de ley (ADI 1.727/PB, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03.09.1999).

La convalidación a través de la reiteración de la *Medida Provisoria* por el Gobierno, se puede decir que es forzosa y unilateral. En la convalidación de la *Medida Provisoria*, como determina el párrafo 5º del artículo 62, el Congreso va a ejercer un poder de control de los actos de Gobierno. Principalmente, cuando se trata de un control en la forma presidencialista de Gobierno, que por si solo ya basta, debido a la falta de responsabilidad política ante al Parlamento, sino, al pueblo que eligió por voto directo el Presidente.

Por tanto, es inaceptable que la convalidación de la *Medida Provisoria* sea ejercida por el propio Gobierno que la produce. Lo que sería una usurpación de la competencia legislativa del Congreso Nacional, lo que vulnera el principio democrático como forma de Gobierno.

En verdad, no se puede convertir en ley lo que aún no es, por la falta del acto convalidatorio. La convalidación torna válida la *Medida Provisoria* que aún no tiene validez y también aquella que perdió su validez por caducidad.

Tal anomalía que se verifica en el procedimiento de la *Medida Provisoria*, va a configurar el arbitrio del Gobierno. La concentración de poderes en la esfera normativa gubernamental va a limitar de forma arbitraria las libertades ciudadanas y sufragar los demás derechos recogidos en la Constitución.

La convalidación o derogación de la *Medida Provisoria* por el juicio previo parlamentario da la seguridad jurídica y favorece su conversión en ley. Pues, el Congreso Nacional al convalidar la *Medida Provisoria* va a responsabilizarse por sus efectos en el ordenamiento jurídico, estando, por tanto, obligado a hacer su conversión en ley, su

rechazo, o mismo, transformar el procedimiento de conversión en proyecto de ley parlamentaria.

Por tal interpretación, se deduce que el control de constitucionalidad sobre los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia de la *Medida Provisória* a través del juicio previo del Congreso Nacional, como determina el párrafo 5º del artículo 62 de la Constitución brasileña, esconde reales intereses del Ejecutivo, no autorizado por la sociedad democrática, ni por su minoría parlamentaria y bien así, contrario a los objetivos y fundamentos, por los cuales se asienta constitucionalmente el Estado brasileño.

¿Qué valor tiene el juicio previo positivo por el cual se convalida la *Medida Provisória*, si la misma podrá ser convalidada también por el Gobierno en futura reiteración?

El Gobierno utiliza la reiteración de la *Medida Provisória* conteniendo la cláusula de convalidación de la medida anteriormente caducada. Así, se va a impedir la vigencia de la legislación anterior incompatible con la *Medida Provisória*. Por ello, se va a convalidar los actos practicados con base en una norma provisoria<sup>492</sup> no convalidada por el Congreso Nacional, sino por el Gobierno.

En tales casos analizados, la *Medida Provisória* está siendo utilizada no como instrumento de urgencia, sino como un instrumento del diálogo entre fuerzas políticas con el propósito de apoyar políticas

---

<sup>492</sup> En sesión del 26.04.00, se ha juzgado por la Corte Suprema el Recurso Extraordinario nº. 254.818/PR contra decisión del Tribunal Regional Federal de la 4ª. Región. Por la decisión recurrida se declaró extinta la pena por el pago de la deuda con el amparo del artículo 7º párrafo 7º de la *Medida Provisória* nº. 1.571/1997 (dispositivo que suspendía la aplicación de la norma penal prevista en el apartado "d" del artículo 95 de la ley nº. 8.212/1991 para aquellos que comprobasen la parcelación de deuda derivada de la denegación previdenciaria, y en consecuencia, después de la regularización de la deuda, se declaró la extinción de la punibilidad del hecho) que no fue reproducido en sus reediciones posteriores, pero tuvo los actos practicados al amparo de su



de Gobierno prometidas en campaña electoral. En general los grandes beneficiados son los propios políticos dentro de este diálogo institucional apoyados por la legislación electoral que nos es precisa respecto a la fidelidad partidista<sup>493</sup>.

El procedimiento del juicio previo recogido en el párrafo 5º del artículo 62 de la Constitución brasileña es una garantía más para la democracia. Por ello, la actividad parlamentaria es típica de control de los actos de Gobierno<sup>494</sup>, lo que es fundamental para asegurar la separación de funciones establecidas constitucionalmente a los poderes del Estado, a la hora de hacer la conversión de la *Medida Provisória* en ley.

Por ello, la Constitución brasileña va a determinar al Congreso Nacional el control obligatorio de la norma gubernamental:

*“En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar Medidas Provisórias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional”.*

---

contenido convalidado por la Ley nº. 9.639/1991, que convirtió la *Medida Provisória*. MALTA MASSUDA, Janine. Op. Cit. Pág. 3-5

<sup>493</sup> Se plantea si el control parlamentario en Brasil es político o jurídico. El control político va a prevalecer sobre el control jurídico, quedando éste, para un según plano. Lo ideal sería un análisis de la norma gubernamental con el artículo 62 de la Constitución brasileña. Así, superadas cuestiones formales, el parlamento estaría libre para un juicio político. Lamentablemente, pero, el Congreso Nacional, tiene dejado a segundo plano el ejercicio del control jurídico de las providencias normativas de urgencia. La consecuencia es la inconstitucionalidad de *Medidas Provisórias* convertidas en ley. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 212-213

Por la falta de convalidación, se va a impedir que la *Medida Provisória* sea convertida en ley por el Parlamento. Por otro lado, el acto de conversión en ley por el Parlamento no va a convalidar la *Medida Provisória* y sus efectos producidos a su tiempo de vigencia, ya que, a la falta de convalidación, no se puede hablar de conversión de norma aún no existente<sup>495</sup>.

La potestad legislativa del Gobierno debe ser controlada por el Parlamento. La Constitución brasileña, respecto a la *Medida Provisória*, abre la oportunidad para el Parlamento proponer proyecto de ley y que va a alterar el texto original de la norma gubernamental.

Por ello, el Parlamento democrático va a garantizar los derechos fundamentales en la Constitución. La omisión parlamentaria, va a caracterizar la reforma constitucional por el Gobierno, sin las características típicas de una reforma agravada.

Para que se produzca la reforma de la Constitución brasileña, el artículo 60 dispone el siguiente:

---

<sup>494</sup> PITRUZZELLA, Giovanni. Op. cit. pág 7

<sup>495</sup> La doctrina española plantea que unos de los problemas más difíciles de resolver en relación con la <<convalidación>> es determinar la naturaleza de la intervención parlamentaria; en concreto, si nos encontramos ante un acto de control o una actividad legislativa. Una parte de la doctrina pronuncia de forma clara por el carácter de <<control>> de la actividad gubernativa que supone la convalidación, y ello tanto por tratarse de un acto unicameral, por la imposibilidad de enmiendas, es decir, de auténtica discusión parlamentaria, por su publicación formal como acuerdo, y, sobre todo, porque, si consideramos la convalidación como una Ley, dejarían de tener sentido los límites constitucionales del 86.1, que evidentemente no son para las Leyes, o, mejor dicho, sólo actuarían sobre los Decretos no convalidados y hasta que se produzca esa <<sanación>> o <<convalidación>> en sentido técnico, que actuaría así como un *bill of indemnity* de la acción de Gobierno (Jiménez Campo). La mayoría de la doctrina se ha inclinado, sin embargo, por una naturaleza mixta de la acción parlamentaria: es acto de control y no legislativo porque no se trata de una Ley, ni desde el punto de vista formal ni desde el punto de vista material, pero al mismo tiempo tiene efectos legislativos en cuanto que otorga a normas provisionales una permanencia en el ordenamiento jurídico, y son controlables como <<actos con fuerza de ley>>, por lo que gozan de una doble naturaleza (Astarloa). SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 208

*La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta:*

*I – de un tercio, en el mínimo, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal;*

*II – del Presidente de la República;*

*III – de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose, cada una de ellas, por la mayoría relativa de sus miembros;*

*Párrafo 1º. La Constitución no podrá ser enmendada en la vigencia de intervención federal, de estado de defensa o de estado de sitio.*

*Párrafo 2º. La propuesta será discutida y votada en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, considerándose aprobada se obtuviere, en ambos, tres quintos de los votos de los respectivos miembros.*

*Párrafo 3º. La enmienda a la Constitución será promulgada por las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, con el respectivo número de orden.*

*Párrafo 4º. No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:*

*I – la forma federativa de Estado;*

*II – el voto directo, secreto, universal y periódico;*

*III – la separación de los Poderes;*

*IV – los derechos y garantías individuales.*

*Párrafo 5º. La materia constante de propuesta de enmienda denegada o habida por perjudicada no puede ser objeto de nueva propuesta en misma sesión legislativa.*

La falta de observación de los requisitos para la producción de la *Medida Provisória*, la actividad gubernamental va a violar el artículo 60 citado. Por ello, se va a reformar la Constitución forzosamente y de forma unilateral. El poder de reiterar la *Medida Provisória*, en contra de lo que determina el párrafo 10 del artículo 62, ya se puede considerar como una reforma específica, pero, que afecta a la Constitución y a los Derechos fundamentales<sup>496</sup>.

Por ello, medidas que regulan el sistema tributario podrá afectar a los Estados federados, respecto al principio de autonomía y de igualdad de los entes federados.

Desgraciadamente, la doctrina constitucional en Brasil no trata del sistema de fuentes del Derecho. Sin embargo, de forma histórica, el Supremo Tribunal Federal de Brasil reconoció una jerarquización de las normas constitucionales, admitiendo, en consecuencia, que en la propia Constitución, pueden existir normas inconstitucionales<sup>497</sup>. Por ello, la Enmienda, se puede considerar como la que va a afectar a la constitucionalidad de las normas y por consiguiente, a las normas producidas por el Parlamento.

Esto porque, hay decenas de enmiendas a la Constitución desde su promulgación en octubre de 1988.

La forma rígida de modificarse la Constitución brasileña va dando pasos a la flexibilidad de reforma. Lo que va a justificar la

---

<sup>496</sup> La Constitución española sólo podrá reformarse mediante un procedimiento específico, de carácter agravado, más dificultoso que el procedimiento legislativo ordinario. La ley, pues, no puede modificar la Constitución. Pero, además, los preceptos constitucionales, no sólo no pueden ser alterados, sino tampoco contradichos, o ignorados, por la acción u omisión de los poderes públicos. La Constitución tiene un valor de Derecho más fuerte, en el sentido de que esos poderes no podrán válidamente contravenir sus disposiciones; si así lo hicieran, su actualización sería inconstitucional, y susceptible por tanto, de la correspondiente sanción, que puede llegar a la declaración de nulidad. LÓPEZ GUERRA, Luis. Derecho Constitucional. Vol. 1. Op. cit. Pág. 28

<sup>497</sup> DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Op. cit. pág. 207

introducción de normas en el ordenamiento jurídico con el carácter de “relevante y urgente” debido a las constantes modificaciones constitucionales<sup>498</sup>.

Por consiguiente, la Constitución brasileña convive con normas inconstitucionales y que va a desplegar su fuerza normativa al ordenamiento jurídico, a pesar de la posibilidad de plantearse cuestiones de inconstitucionalidad<sup>499</sup>.

La convalidación de la *Medida Provisória* a través de su reiteración, impide el enjuiciamiento de la misma y del cuestionamiento de las relaciones jurídicas que de ella derivan.

La posibilidad de reiterar la *Medida Provisória*, incluso con la infracción del párrafo 10 del artículo 62 de la Constitución brasileña, lo que va a caracterizar su inconstitucionalidad, tiene la finalidad de imponer y preservar sus efectos jurídicos, independientemente de que

---

<sup>498</sup> Lo peligroso para la fuerza normativa de la Constitución es que presenta la tendencia para la frecuente revisión constitucional bajo alegación de supuesta y presente necesidad política. Cada reforma constitucional expresa la idea de que, efectiva o aparentemente, se atribuye mayor valor a las exigencias de índole fáctica a la orden normativa vigente. HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Traducido del título original: *Die normative Kraft der Verfassung* por FERREIRA MENDES, Gilmar. Fabris Editor. Porto Alegre. Brasil. 1991. Pág. 22

<sup>499</sup> La fiscalización de constitucionalidad, en Brasil, en relación al momento en que se opera, es eminentemente sucesivo (*a posteriori* o represivo). O sea, no admitiendo la fiscalización preventiva como en otros países, la provocación de la jurisdicción concentrada, entre nosotros, ocurrirá después de la promulgación y publicación del texto normativo combatido. “... Sin embargo, parece ser legítimo la posibilidad de una fiscalización jurisdiccional preventiva, las materias prohibidas en el párrafo 4º del artículo 60 que trata de la Enmienda a la Constitución...” “...El derecho constitucional positivo brasileño, a lo largo de su evolución histórica, jamás autorizó – como la nueva Constitución promulgada en 1988 también no lo admite – el sistema de control jurisdiccional preventivo de constitucionalidad, en abstracto....”. Por tanto, sólo después de la promulgación y publicación, en el Derecho brasileño constituyen objeto de la fiscalización abstracta de la constitucionalidad: las Enmiendas Constitucionales; los actos normativos formalmente legislativos (leyes complementares, leyes ordinarias, leyes delegadas, *medidas provisórias*, decretos legislativos y resoluciones); los actos normativos dotados de cierta autonomía (por tanto, no reglamentares o derivados de ley) y los tratados internacionales, desde que integrados al ordenamiento jurídico actual. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. op. cit. pág. 133 y 137

si en la misma, cumpla los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia<sup>500</sup>.

---

<sup>500</sup> Si hay pérdida de eficacia ab initio de las *medidas provisórias* no convertidas en ley, además de la reaplicación de la legislación anterior con ellas incompatible, bien así la observación indeclinable de la irretroactividad prejudicial a los derechos, es de se indagar sobre la constitucionalidad de las denominadas cláusulas de convalidación que figuran, en regla, en los textos de las *Medidas Provisórias* reeditadas. ¿Cómo convalidar lo que no existe, lo que es nulo, lo que ha dejado de existir en el mundo jurídico por expresa determinación constitucional? La impropiedad absoluta de la convalidación, en tales casos, resulta de la inexistencia de su objeto. No hay como convalidar el inexistente. En verdad, el Gobierno, por la cláusula de convalidación, pretende mantener operantes los efectos, ahora sin eficacia, lo que manifiesta contrariedad al texto constitucional. DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos de las Medidas Provisórias. op. cit. pág. 103

### III. La Conversión de la *Medida Provisória* en ley y el Poder de Enmienda por el Congreso Nacional

Los estudios sobre el juicio previo en el capítulo anterior, requiere una interpretación respecto a hacerse la convalidación de la *Medida Provisória*.

Por ello, la Enmienda Constitucional n.º 32/2001 de 11 de septiembre, introdujo una modificación fundamental que va a llevar a la validez de la norma gubernamental en su plazo de vigencia. Lo que se puede verificar como el rescate de la competencia del control de normas por el Parlamento brasileño con el apoyo en el párrafo 10º del artículo 62 de la Constitución que prohíbe la reiteración de la norma gubernamental.

Además, estas modificaciones el Congreso Nacional brasileño, va a tener el poder de hacer alteraciones en el texto de la *Medida Provisória*, configurando así, un poder legislativo suplementario.

Por tanto, las sucesivas reediciones de *Medidas Provisórias* por el Gobierno y contrarias a la Constitución tienen días contados. La habilitación conferida por la Constitución al Congreso Nacional para convalidar la *Medida Provisória*, va a depender de si la misma cumple con sus presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia y si en la misma, respeta las materias excluidas de la acción del Gobierno.

Por ello, en comparación con el Decreto-ley español<sup>501</sup>, el procedimiento de su conversión resultará superfluo, ya que el legislador puede intervenir convirtiendo en ley un Decreto-ley ya convalidado en cualquier momento; es una posibilidad siempre presente, sin límites temporales, sin necesidad, por tanto, de sujetarse al estricto plazo de treinta días marcado por el artículo 86.3 de la Constitución española, en virtud de la iniciativa legislativa que le compete según el artículo 87 de dicha Constitución.

Por tanto, si la Constitución española, en la opinión de TUR AUSINA<sup>502</sup>, permite a las Cámaras poner en práctica en cualquier momento su capacidad legisladora, ¿qué sentido cabe pues otorgar a la previsión constitucional del párrafo tercero?

En conclusión, la *Medida Provisoria* puede sujetarse a esta doble vía de forma alternativa sin que se observe el plazo de sesenta días y más aún, sin la necesidad de prórroga automática, conforme establece el artículo 62 párrafo 7 de la Constitución brasileña, cuando el Congreso se convence de que no es necesaria la conversión en ley y la rechaza. Ello porque, el párrafo 5º de la Constitución brasileña, determina el juicio previo sobre los presupuestos constitucionales, conforme al cual vinviene entender la convalidación; y el párrafo 3º del mismo artículo determina la conversión en ley.

Por tanto, la eficacia de la *Medida Provisoria* no depende de si está en poder del Congreso como manda el artículo 62, sino de si el Congreso ha convalidado la norma gubernamental. La eficacia va a

---

<sup>501</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. 201-202

<sup>502</sup> Rosario. El control parlamentario de los Decretos-leyes. Op. cit. pág. 109. El autor citando CRUZ VILLALÓN, que el procedimiento recogido en el artículo 86.3 de la CE tiene como función para los supuestos en los que no haya precedido la convalidación parlamentaria del Decreto-ley del Ejecutivo.



depender del acto del juicio previo del párrafo 5º del artículo 62 (convalidación) y que va a tener vigencia incluso durante la prorrogación de la *Medida Provisória* que es automática de acuerdo con el párrafo 7º del artículo 62.

El acto convalidatorio por el juicio previo, va a generar la posibilidad para el Congreso Nacional decidir sobre la conversión en ley durante la prórroga. Luego, el Congreso puede decidir sobre la conversión en ley durante el primer plazo de sesenta días, o bien, decidir durante el plazo de la prórroga, teniendo en cuenta que la *Medida Provisória* haya sido convalidada. Todo ello, teniendo en cuenta que aún se mantienen los presupuestos de urgencia y relevancia, sin los cuales, la norma gubernamental deja de existir como norma de carácter excepcional.

De acuerdo con esto, concluimos que se va a impedir la reiteración de la *Medida Provisória* por el Gobierno, por actuación parlamentaria, según el procedimiento establecido en el artículo 62 y sus párrafos.

Hasta entonces, las reediciones producidas por el Gobierno, se dieron bajo el silencio del Parlamento, tal vez, más por conveniencia política que por obediencia a la Constitución brasileña<sup>503</sup>.

Por ello, se suspendió la eficacia de la norma anterior incompatible con la *Medida Provisória* que insertó normas jurídicas en el ordenamiento jurídico sin que se observase los requisitos constitucionales y sin un mínimo de control parlamentario.

---

<sup>503</sup> “...Un decreto legge non può sospendere o modificare norme costituzionali e la legge di conversione non può sanare il vizio derivante dalla violazione di tale limite perché non vi è il tempo necessario per approvare una legge formalmente costituzionale”. PITRUZZELLA, G. Op. Cit. Pág. 224

Las decisiones del Supremo Tribunal Federal, fueron fundamentales para eximir de responsabilidades el Congreso Nacional, con la consecuente transferencia de la actividad legislativa de aquél para el Gobierno. Esto se puede verificar a tenor de decisiones favorables a la reiteración de la norma gubernamental, pero, con una apertura para el planteamiento de cuestión de constitucionalidad<sup>504</sup>.

Tras la Enmienda Constitucional n.º32/2001, el Parlamento brasileño, podrá convalidar la *Medida Provisória*, lo que será de inmediato, un impedimento para la reiteración de la misma por el Gobierno.

La reiteración producida por el Gobierno, se va a justificar por el poder de convalidar la norma anterior por la falta de convalidación por el Congreso Nacional<sup>505</sup>.

---

<sup>504</sup>Jurisprudencia del Tribunal Supremo: "No caso de reedição da Medida Provisória, ou no caso de sua conversão em lei, poderá o autor da ação direta pedir a extensão da ação a Medida Provisória reeditada ou a lei de conversão, para que a inconstitucionalidade argüida venha a ser apreciada pelo STF, inclusive no que toca a liminar pleiteada." (ADI 1.125-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31/03/95) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (249 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF – Constituição

<sup>505</sup> la falta de conversión en ley de un decreto-ley en el plazo constitucionalmente establecido no implica el agotamiento de toda posibilidad de intervención del Gobierno en la materia en cuestión, en tanto en cuanto subsista la situación extraordinaria de necesidad y urgencia que justifica en la Constitución italiana el recurso a aquel instrumento normativo. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. La Reiteración de los Decretos-leyes en Italia. Revista de Estudios Políticos. CEPC. Madrid. España. 1998. nº 99. Pág. 261. El autor cita en su obra que: "en el caso específico de la reiteración de los decretos-leyes, sin embargo, se ha sugerido que podría considerarse cumplido el presupuesto de la extraordinaria necesidad y urgencia por causa de la misma lentitud de los trabajos parlamentarios, que hace imposible la incorporación al ordenamiento de la normativa en el momento necesario. En este sentido, parece pronunciarse Marguerita Raveraira: <<Il Giurisprudenza Costituzionale, I, 1982, pág. 49. Sin embargo, esta interpretación no es correcta. La aparición de un decreto-ley no se puede justificar únicamente con base a la lentitud de los trabajos parlamentarios. La extraordinaria necesidad y urgencia ha de venir referida a la materia regulada por el decreto-ley. Esto es, la intervención legislativa se hace necesaria, de forma excepcional, en términos comparativamente más rápidos que los empleados por el resto de cuestiones. Cuando la crónica lentitud de los trabajos parlamentarios desemboca en una situación en la que prácticamente cualquier materia precisa de atención más rápida que la que se le puede dispensar desde las Cámaras, el motivo pierde dicho carácter de excepcionalidad constitucionalmente exigido, de forma que lo único verdaderamente urgente es afrontar las reformas que permitan aligerar las labores parlamentares. Cfr. VITTORIO DI CIULO: *Questioni in tema di decreti-legge*. Parte Prima. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970, pág. 234

Superados entonces, los estudios sobre el juicio previo, que se puede entender como actos de convalidación de la *Medida Provisória* o su derogación del ordenamiento jurídico, resta finalmente, los estudios sobre la conversión en ley de la norma gubernamental.

Así, en la actual forma democrática de Gobierno en Brasil, no se admite el silencio del Congreso Nacional, para que la *Medida Provisória* sea definitivamente válida en el ordenamiento jurídico.

Esto se justifica porque el Gobierno puede reiterar *Medidas Provisórias* en contra de lo que determina el artículo 62 párrafo 10 de la Constitución brasileña. Porque el Parlamento no convirtió la misma en ley en el plazo establecido.

La acción del Gobierno siempre fue en el sentido de hacer válida su norma a través de la reiteración convalidando la anterior derogada por la caducidad<sup>506</sup>.

El Parlamento brasileño tiene una ardua tarea que es hacer la conversión en ley de la *Medida Provisória*, puesto que, de lo contrario, el Gobierno podrá reiterarla.

Pero, también el Congreso podrá rechazarla lo que impediría el Gobierno hacer la reiteración con la intención de convalidar las disposiciones de la norma denegada.

Así, por fuerza de la Constitución el Congreso Nacional tiene mecanismos que retiran de la potestad gubernamental la capacidad de reiterar una norma que vulnera los derechos y la Constitución.

---

<sup>506</sup> En el caso de la convalidación, [...] no se ejercita subsanación de vicios alguna, pues la actividad del Gobierno es perfectamente lícita y legitimada, constitucional y democráticamente. No existe actuación viciada sino que la norma, desde el primer momento, ha entrado a formar parte del ordenamiento con validez – aunque de forma provisional –, rasgo que requiere una perfecta ubicación para el posterior significado convalidatorio. Puesto que el pronunciamiento del Congreso no procede a subsanar nulidades o anulabilidades, parece más adecuado entender el término como <<ratificación>> TUR AUSINA, Rosario. Op. Cit. Pág. 114.

La conversión de la *Medida Provisoria* en ley, será posible su comparación en parte con el Decreto-ley en España.

La obligatoriedad de hacerse la conversión de la norma proveniente del Gobierno va a impedir la caducidad. Pero, la caducidad de la norma va a depender de si sus efectos provisionales fueron eficaces ante la situación regulada por extraordinaria necesidad.

Por ello, la validez de la *Medida Provisoria*, incluso cuando ha transcurrido su plazo, va a depender de la convalidación producida en el momento del juicio previo por el Congreso Nacional.

En el Derecho constitucional español, la decadencia de la norma no obliga a la reiteración, una vez que la misma haya sido convalidada. Por ello, el Decreto-ley pertenece al ordenamiento jurídico y despliega sus efectos de fuerza de ley con arreglo en la Constitución española<sup>507</sup>.

---

<sup>507</sup> En el sistema español, por la convalidación, el Decreto-ley sin dejar de ser tal – esto es, sin convertirse en ley -, pierde el carácter provisional con que aparece, en principio, caracterizado en el texto constitucional. La convalidación de un decreto-ley permite la prolongación en el tiempo de la regulación contenida en el mismo, a la espera, en su caso, de una eventual conversión en ley. De esta forma, una vez convalidado, se hace innecesaria su reiteración. “...la reiteración de un decreto-ley en el ordenamiento español, no se produjo con la intención de eludir ningún plazo constitucionalmente establecido, sino que, por el contrario, lo que se pretende es extender la vigencia de la regulación contenida en el anterior más allá del término por él mismo previsto en un primer momento, ante la persistencia de las circunstancias de extraordinarias y urgente necesidad. Se ha de tener en cuenta que los decretos-leyes reiterados habían sido previamente convalidados, por lo que perdieron entonces su condición de norma de carácter provisional. Así pues, la provisionalidad que se pretende evitar con la aparición de un nuevo decreto-ley no es la que afecta al instrumento normativo en sí mismo considerado, por razón de las disposiciones constitucionales que lo regulan, sino la de las medidas por él aportadas, que fueron concebidas en su momento por el Gobierno como actuaciones de carácter temporal. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 274 y 275. El autor hace citación del RD-L 23/1982, de 29 de diciembre, por el que se prorroga la vigencia del RD-L de 15 de enero, de creación del Fondo Especial de Protección al Desempleo (BOE núm 314, de 31 de diciembre), RD-L 25/1982, de 29 de diciembre, por el que se prorroga la vigencia del RD-L, de 04 de diciembre de 1981, sobre medidas excepcionales para aprovechamiento de los recursos hidráulicos (BOE núm. 314, de 31 de diciembre), o el RD-L 14/1980, de 10 de octubre de 1980, por el que se prorroga el plazo establecido por el RD-L 10/1979, de 16 de junio, sobre arrendamientos rústicos (BOE núm. 249, de 10 de octubre de 1980)

Lo mismo se puede aplicar a la *Medida Provisoria*. Por tanto, la conversión en ley va a depender de si los presupuestos de relevancia y urgencia aún permanecen, lo que también va a justificar el poder de enmienda por el Parlamento o su rechazo<sup>508</sup>.

El procedimiento para la conversión en ley de la *Medida Provisoria* ha sido un gran obstáculo para el Gobierno. Si la norma gubernamental es convertida en ley, significa que el Gobierno cuenta con una mayoría política que le da apoyo.

Pero, hay que tener en cuenta, que no es la mayoría parlamentaria lo que va a justificar la existencia de la *Medida Provisoria*. Por ello, los derechos de las minorías deben ser controlados por el Congreso Nacional para que no sean vulnerado por la norma gubernamental<sup>509</sup>.

La falta de una mayoría en el Congreso Nacional, ha llevado al Gobierno a la reiteración de la *Medida Provisoria*. No sólo la reiteración, sino el hábito legislativo a través de la norma excepcional que ha generado reiteraciones de varias de las normas producidas en el ámbito gubernamental.

La reforma política es fundamental para que las decisiones sean democráticas y para la estabilización de las instituciones.

---

<sup>508</sup> Sin los requisitos de relevancia y urgencia no existe *Medida Provisoria*. También, la convalidación por el Congreso Nacional, no sana los vicios por la falta de cumplimiento con los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia y bien así, la conversión en ley, ya que la manifestación del Congreso Nacional es de cuño político. BERGMANN ÁVILA, H. op. Cit. Pág. 97

<sup>509</sup> Sobre el Decreto-ley en España, respecto al principio democrático, no se reduce el control parlamentario del Decreto-ley a la simple mayoría, olvidando que el citado principio y el control que las Cámaras efectúan del Gobierno tienen una segunda dimensión – el control <<en>> el Parlamento –, cuya virtualidad se encuentra en los derechos de las minorías parlamentarias a debatir y criticar la norma – en la convalidación – y a ejercer además, y en el caso de la tramitación como ley, su derecho de enmienda y discusión sobre un primer DL convalidado que, no obstante, aunque aceptado en sus líneas generales, puede ser modificado para mejorar su contenido. TUR AUSINA, Rosario. Op. Cit. Pág. 143.

Así, el proceso de conversión en ley que la Constitución recoge en el artículo 62, va a depender del respaldo político por parte de una mayoría parlamentaria y en caso de la falta de ese apoyo, la conversión de la *Medida Provisoria* en ley podrá haber alteraciones en su texto original como forma de repudio por el Parlamento.

Eso es distinto, en las relaciones entre Gobierno y Parlamento en España. Como el Decreto-ley en España no admite enmiendas, el mismo, deberá obedecer fielmente a la Constitución para que el Gobierno no sea censurado por moción parlamentaria, lo que resultaría en la deposición del Gobierno de sus funciones.

Por ello, los párrafos 2 y 3 del artículo 86 (convalidación y conversión) según SANTOLAYA MACCHETTI<sup>510</sup>, se convierten en preceptos de utilización cumulativa. El autor español, cita a Montero y García Morillo, los cuales afirman que el control parlamentario sobre los Decretos-leyes se bifurca en dos vertientes complementarias: la primera, obligada, consiste en la determinación de si han existido las circunstancias habilitantes del 86.1; la segunda, contingente, la decisión de tramitarlo como proyecto de ley.

Desde la óptica del presidencialismo brasileño, la única alternativa para hacer frente a la abusiva potestad legislativa del Gobierno, en el caso de discordancia política, es el rechazo de la

---

<sup>510</sup> op. Cit. Pág. 200-201. El autor añade que tal interpretación del carácter cumulativo de la doble vía del Decreto-ley español, tiene una interpretación que es sancionada por la práctica parlamentaria y ha sido recogida en el artículo 151 del Reglamento del Congreso, en virtud del cual sólo una vez convalidado un Decreto-ley se pronunciará el Congreso sobre su tramitación o no como ley, es decir, que no puede haber tramitación sin previa convalidación, lo que ciertamente presenta algún aspecto ventajoso, como por ejemplo el que las Cortes no actúan bajo la presión temporal que la rápida decadencia de las normas gubernamentales provoca en el ordenamiento italiano.

norma o la enmienda parlamentaria, lo que podrá resultar en crisis política.

Sin embargo, la conversión en ley de la *Medida Provisória* va a depender del proyecto de ley parlamentaria, momento en el cual, el Congreso puede modificar el texto de la norma gubernamental.

Hay alguna opinión que sostiene que en razón de la urgencia, el Congreso podrá decidir por la ratificación directa de la *Medida Provisória*. Por ello, no habrá enmienda a la norma gubernamental por proyecto de ley. Lo que va a impedir una posterior manifestación del Gobierno. Sólo, en el caso de proyecto de conversión en que se va a alterar la *Medida Provisória*, momento en el cual, el Gobierno podría sancionar y en el caso contrario, rechazarla a través del veto<sup>511</sup>.

Por tanto, tal entendimiento por el Congreso Nacional, el acto de ratificación se va a equiparar a la ley, pero, sin que se cumpla el procedimiento de la producción de la misma. O sea, se va a transformar la *Medida Provisória* en ley para que no incida sobre ella un proyecto de ley que será posteriormente sometido al Gobierno a sanción o veto<sup>512</sup>.

---

<sup>511</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 219.

<sup>512</sup> La Resolución 1-89CN, del Congreso Nacional contempla la práctica condenada por Raul Machado Horta. Actualmente, en los términos de la normativa referida, (i) aprobado el proyecto de ley de conversión será el mismo enviado a sanción del Presidente de la República (artículo 7, párrafo 2). Pero, siendo la *medida provisória* aprobada sin alteración de mérito, (ii) su texto será encaminado en autógrafos al Presidente de la República para publicación como ley (artículo 18). Es evidente que la norma del reglamento del Congreso Nacional no es capaz de fundamentarse en el poder que le confiere la ley fundamental al Presidente. Incluso las providencias de urgencia, aprobadas sin alteración de mérito, habrían de ser sancionadas por el Gobierno, siendo posible, incluso el veto. Mediante la primera hipótesis, (sanción) se obligaría aún al Gobierno promulgar y providenciar la respectiva publicación en el Diario Oficial. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 220. El autor cita HADDAD VIANNA, R. Raimundo. Inconstitucionalidade das leis de conversão de medidas provisórias promulgadas pelo presidente do Senado Federal e sem sanção pelo Presidente da República. Lex – Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais 30/07, el cual concluye: "...El Congreso Nacional, después de aprobar algunas de estas *medidas provisórias*, las ha convertido en ley, adoptando, todavía, procedimiento no sólo autorizado por la Constitución, sino atentatorio a su propio texto (...)". "El

Por ello, se nota que la *Medida Provisoria* es típica del Gobierno parlamentario, por el cual, no se admite la alteración del Decreto-ley, como el español. En el caso español, el proyecto de ley de conversión no puede alterar el Decreto-ley, en razón de que la norma pertenece a la potestad legislativa del Gobierno.

Sin embargo, incluso con la prohibición de enmiendas en el Decreto-ley español, por si solo, el proyecto de ley de conversión del Decreto-ley puede generar los siguientes efectos, según TUR AUSINA<sup>513</sup>: a) Cambio en la naturaleza de la norma y b) la eliminación del Decreto-ley.

Mediante el primer, señala la autora, la conversión en ley del Decreto-ley, va a alterar la naturaleza de la norma originaria, que es una ley y no un Decreto-ley, posición compartida por el Tribunal Constitucional español. Por ello, la configuración como ley va tener como consecuencia que no se limitará a las materias recogidas en el artículo 86.1 CE. Por tanto, las Cámaras podrán regular materias de competencia de la norma, que excluyó el Gobierno cuando elaboró la norma en su primer momento.

Por último, la doctrina es unánime sobre la eliminación del Decreto-ley, cuando el mismo es transformado en ley por las Cortes Generales, con base en un singular tránsito de fuentes, en opinión

---

hecho de las *medidas provisórias*, haber o no sufrido alteraciones por el Congreso, es irrelevante para la obligatoriedad de análisis final, por el Gobierno, del proyecto de ley, por el cual, se convirtieron”.

<sup>513</sup> Op. Cit. Pág. 152-153. El Tribunal Constitucional español se pronuncia específicamente en esta cuestión en la Sentencia emitida a propósito del caso Rumasa (111/1983, de 2 de diciembre): no se trata, nos dice, <<del fenómeno general de la sustitución de una norma por otra mediante la fórmula derogatoria que tiene su reconocimiento general en el art. 2.2. del Código Civil. El fenómeno es el singular del art. 86.3.: en un procedimiento legislativo que tiene su origen en un Decreto-ley se culmina con una Ley que sustituye (...) al Decreto-ley>>



balizada por BALAGUER CALLEJÓN y DE OTTO y que no produce la derogación pura y simple.

Por tanto, la *Medida Provisória*, aún cuando se observe los postulados democráticos, podrá perder su configuración como norma de urgencia, respecto a la posibilidad que el párrafo 12 del artículo 62 de la Constitución brasileña, da al Congreso Nacional el poder de enmienda.

El poder de enmienda que se confiere al Congreso Nacional tiene apoyo no sólo en la democracia o en la forma presidencialista de Gobierno, como forma de control de los actos de Gobierno. Por ello, el párrafo 7º del artículo 62, faculta la prórroga de la *Medida Provisória* en los siguientes términos:

*“Se prorrogará una única vez por igual período la vigencia de la medida provisória que, en el plazo de sesenta días, contados de su publicación, no tuviere su votación cerrada en las dos Cámaras del Congreso Nacional”.*

Así, por la acumulación de los plazos, la *Medida Provisória* va a tener la vigencia de ciento veinte días. Lo que es un plazo razonable para el Congreso enmendar la norma gubernamental para insertar materias de su propia competencia.

Por tanto, debido a la posibilidad de prorrogación automática por fuerza constitucional, la *Medida Provisoria* va a perder su característica de norma de urgencia. Y, al ser enmendada en proyecto de ley parlamentaria, las normas tomarán la forma de ley y que podrá no contener la finalidad de regular los supuestos de urgencia y relevancia, respecto al debate democrático que es la esencia del Parlamento.

Así, por el procedimiento parlamentario no se va a verificar la conversión de la *Medida Provisoria* en ley, sino su ratificación, como si fuera un acto convalidatorio. Lo que es contrario al artículo 62, párrafo 3º que impone obligatoriamente el acto de conversión en ley para que la misma sea eficaz.

En síntesis, la sustitución del proyecto de ley de conversión de la *Medida Provisoria* en ley, por el acto de ratificación, va a transformar la norma en ley, lo que es contrario a los principios democráticos que deben estar presentes en el Congreso Nacional como órgano legislativo y también lo es contrario a la Constitución.

BALAGUER CALLEJÓN<sup>514</sup>, sostiene que los límites establecidos para el Decreto-ley español dejan de ser válidos desde el momento en que el mismo se convierte en ley y con el carácter retroactivo. Es lo mismo que si hubiera habido una ley o como si no hubiera habido Decreto-ley.

Por tanto, la fórmula presentada por el Congreso para convertirse en ley la *Medida Provisoria* va a generar la inseguridad jurídica, por no saberse si la norma está o no vigente en el

---

<sup>514</sup> Derecho Constitucional. Vol 1. Op. Cit. Pág. 147

ordenamiento jurídico, ya que el procedimiento de conversión le falta los requisitos de producción legal<sup>515</sup>.

Todo ello, para impedir que el Gobierno pueda vetar el proyecto de ley de conversión, por el cual, se supone que el Congreso pudo enmendarlo<sup>516</sup>. Y para no hacerlo, el Congreso Nacional va a ratificar, transformando en ley la *Medida Provisória*, antes mismo de un procedimiento legal.

Así, el Congreso Nacional va a impedir la etapa de sanción o veto del Gobierno conforme los criterios de la producción legislativa ordinaria. De otro lado, también será contradictorio el acto de sanción del Gobierno al proyecto de conversión en ley de la *Medida Provisória*, cuando ya no es la misma en su origen editada por el propio Gobierno.

---

<sup>515</sup> Las leyes se someten al proceso legislativo disciplinado en la Constitución Federal y que se conviene estar de acuerdo que, al Presidente de la República, en la forma del artículo 84 IV, de la Constitución brasileña, compete sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes. De otro ángulo, el Congreso Nacional, con la sanción del Presidente de la República, dispondrá sobre todas las materias de competencia de la Unión, salvo las hipótesis de competencia exclusiva del Congreso, o de competencia privativa de del Senado y de la Cámara (art. 48 CF). En los términos del artículo 66 de la Constitución brasileña, una vez concluida la votación será enviado proyecto de ley al Presidente de la República que, de acuerdo, lo sancionará. El párrafo 7º del mismo artículo determina que el Presidente del Senado promulgará, apenas, las leyes que, en el plazo de cuarenta y ocho horas no fueren antes promulgadas por el Presidente de la República. Los datos normativos indicados son suficientes para poner en duda la orientación del Congreso Nacional Brasileño. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 219.

<sup>516</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Op. Cit. Pág. 221, cita ZAGREBELSKY, Gustavo (Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto. Torino. Utet, 1993. VI. I pág. 183) que entiende que el íter de conversión es drásticamente simplificado en los casos en que el Gobierno decide colocar la "cuestión de confianza" sobre el artículo que contiene la fórmula de la conversión en ley. Por ello, la providencia del Gobierno tiene dos finalidades: a) eliminar la posibilidad de enmiendas y b) acelerar el procedimiento de discusión para alcanzar el voto sobre la conversión dentro de los sesenta días previstos por la Constitución. Zagrebelsky cita la jurisprudencia italiana que distingue las siguientes situaciones: 1) enmiendas supresoras (que eliminan totalmente disposiciones del decreto convertido); 2) enmiendas sustitutivas (que cambian totalmente el sentido y el objeto de la disposición sustituida); 3) enmiendas modificativas (que inciden sobre una disposición del decreto convertido sin alterarles de modo total el objeto o el sentido); 4) enmiendas aditivas (que introducen disposiciones totalmente nuevas en relación al contenido ordinario del decreto).

Su conversión en ley es tan sólo un acto procedimental, respecto a la forma democrática para que la misma pueda tener validez y eficacia más allá de su plazo previsto en la Constitución que es de sesenta días.

Si el párrafo 12 del artículo 62 admite la enmienda a la *Medida Provisória*, tal poder va a referirse a las materias de competencia del Congreso Nacional<sup>517</sup>.

Si pasada la fase del juicio previo en que se va a convalidar la *Medida Provisória*, puede que en la fase de conversión en ley no exista más los presupuestos habilitantes, momento por el cual, el Congreso podrá rechazar la norma o presentar proyecto de ley ordinaria o *complementar* y que no se puede decir que es de conversión, por la suposición de que la *Medida Provisória* perdió su validez por la falta de su conversión en ley o del rechazo por el propio Parlamento.

Mediante tal posibilidad, se va a impedir la reiteración de la norma por el Gobierno, por la falta de los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia, y también porque el Congreso va a estar tratando de materia de su ámbito de competencia legislativa.

Dentro de esta competencia parlamentaria, mediante la cual el Congreso va a regular por ley, materias ya disciplinada en *Medida Provisória* caducada, tiene el deber de regular las relaciones jurídicas vigentes al tiempo de la norma gubernamental.

Sin duda, será una condición que va a impedir el Gobierno reiterar la norma caducada, ya que el Congreso va a disciplinar como determina la Constitución brasileña en el párrafo 3º del artículo 62:

*“Las medidas provisórias, salvo el dispuesto en los párrafos 11 y 12 perderán eficacia desde su edición, si no fueren convertidas en ley en el plazo de sesenta días, prorrogables, en los términos del párrafo 7, una vez por igual período, debiendo el Congreso Nacional disciplinar por decreto legislativo, las relaciones jurídicas de ellas derivadas”.*

Para BERGMANN ÁVILA<sup>518</sup>, la doctrina hace análisis de la ley de conversión de dos formas: en cuanto a la relación entre la ley de conversión y el acto gubernamental, utilizando las figuras de la sustitución y transformación de un acto legislativo del Gobierno por uno del parlamento y en cuanto a los efectos de la ley de conversión, relativo a los efectos del acto gubernamental, que se refiere frecuentemente a la noción de convalidación y de novación.

El autor, hace la relación entre la ley de conversión y el acto gubernamental, cuando aquella restablecería la normal producción normativa venida del parlamento, sustituyendo un acto normativo del Gobierno por una ley en sentido formal. Por ello, la sustitución permitiría considerar el acto del Gobierno como emanado por el propio parlamento.

---

<sup>517</sup> CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 111

<sup>518</sup> Humberto. op. cit. p.114; Entendimiento idéntico tiene el TC español, al decir que tal naturaleza de conversión en ley es, como ha puesto de relieve, una auténtica novación (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ3), ya que de otro modo, carece de sentido una previsión específica para algo que pueden realizar las Cortes en cualquier momento. (*l. Otto*) Existe, así una continuidad esencial

Para el autor, sin embargo no se puede considerar el acto gubernamental como emanado por el propio Congreso Nacional, porque obedece a presupuestos habilitantes de competencia diversos. La participación del Congreso Nacional no supe los requisitos de existencia y de validez del acto gubernamental.

La *Medida Provisória* es un acto del Poder Ejecutivo, cuyos efectos duran sesenta días.<sup>519</sup> El acto gubernamental no convertido en ley, pierde su eficacia desde el momento de su producción. Respecto de los actos jurídicos practicados bajo su vigencia y también las relaciones de ella derivadas, no se pueden considerarlos nulos<sup>520</sup>.

Tal entendimiento tiene apoyo en la convalidación de la *Medida Provisória*. Así, la pérdida de vigencia por falta de conversión en ley, las relaciones jurídicas, producidas a su tiempo se consideran válidas, desde que la norma gubernamental sea convalidada por el Parlamento.

Por el capítulo anterior estudiado, la convalidación por el juicio previo ha de ser observado por el Congreso Nacional, pues así lo exige la Constitución brasileña, que lo recoge en el artículo 62:

---

entre el Decreto-ley y la ley en que se convierte, hasta el punto de que ambos configuran una sola norma, separada tan sólo por el periodo temporal de vigencia antes de la transformación.

<sup>519</sup> En el derecho español, la ley pasa a ser una continuidad del Decreto-ley convertido. La conversión opera la extinción y no la derogación. La extinción opera en cuanto a los límites establecidos en la Constitución y la conversión tiene carácter retroactivo al inicio de vigencia del Decreto-ley.

<sup>520</sup> La *Medida Provisória*, así, es norma jurídica, ley en sentido material, con vigencia inmediata, o sea, antes de ser examinada por el Congreso Nacional. Gana obligatoriedad por acto exclusivo del Poder Ejecutivo, hasta treinta días posteriores, si no hubiere manifestación del Parlamento” CERNICCHIARO, Luiz Vicente y otro. *Direito Penal na Constituição*. RT.São Paulo. Brasil. 1995. P. 49

*“En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar Medidas Provisorias, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional”.*

Tal obligación deriva del propio texto normativo de la Constitución para preservar las instituciones democráticas. Por ello, la *Medida Provisoria* pierde su validez en el ordenamiento, por la falta de participación del Congreso Nacional.

BERGMANN ÁVILA<sup>521</sup>, sostiene que la ausencia de manifestación del Congreso Nacional sirve también, como garantía contra los abusos del poder gubernamental. Lo que no es suficiente, teniendo en cuenta del poder que tiene el Gobierno del acto de reiteración de la *Medida Provisoria*. Por ello, el Gobierno va a convalidar las disposiciones de la medida anterior no convertida en ley, va a anular la propia garantía instituida.

---

<sup>521</sup> Humberto. Op. Cit. Pág. 78

#### IIV. La Reiteración de la *Medida Provisória*

La reiteración de la *Medida Provisória* está prohibida según en el párrafo 10 del artículo 62 de la Constitución.

Desgraciadamente, dicho precepto constitucional no es de todo completo, por permitir la reiteración para la siguiente sesión legislativa<sup>522</sup>. De una superflua interpretación del texto constitucional, se va a deducir que es posible la reiteración de acuerdo con el texto que así lo describe la norma fundamental:

*“Está vedada la reiteración, en la misma sesión legislativa, de medida provisória que haya sido rechazada o que haya perdido su eficacia por decurso de plazo”.*

Por ello, habrá una inconstitucionalidad aparente entre normas introducidas por la Enmienda Constitucional n.º 32/2001. Por un lado,

---

<sup>522</sup> FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. Op. Cit. Pág. 125-126



se prohíbe, pero, por otro la norma hace posible implícitamente la reiteración para la siguiente sesión.

La responsabilidad parlamentaria respecto al principio democrático obliga el Congreso Nacional a manifestarse sobre la *Medida Provisória*. Siendo una norma precaria para regular situaciones de urgencia y necesidad, la misma despliega efectos reales y el Congreso debe manifestarse ante la legislación gubernamental.

La Constitución establece el plazo de sesenta días decadenciales<sup>523</sup>. Luego, en dicho plazo, la omisión parlamentaria va a resultar en responsabilidades parlamentarias. Ello porque, si la reiteración es prohibida, la conversión de la *Medida Provisória* en ley resulta indispensable para que sus efectos se establezcan después de su plazo.

La omisión parlamentaria, respecto a la posibilidad de reiteración de la norma gubernamental, deriva del párrafo 10 del artículo 62 de la Constitución brasileña. Por ello, el Gobierno no va a depender de una mayoría para convertirla en ley. La propia reiteración se encarga de hacerlo.

Esta vía es inconstitucional por la existencia de contradicción en el propio texto constitucional que prohíbe y a la vez permite la reiteración de la *Medida Provisória* por el Gobierno.

---

<sup>523</sup> La propia naturaleza de las *medidas provisórias*, evidenciaba la imposibilidad de reiteración. Eran y continúan siendo excepcionales, efímeras, precarias, perdían la eficacia si no fuesen transformadas en ley en el plazo de treinta días (el autor se refiere el plazo antes de la entrada en vigor de la EC. n.º 32/2001). Añade el autor que la reiteración rechazada expresa o tácitamente constituía y continúa a constituir crimen de responsabilidad del Presidente de la República, por atentar contra el libre ejercicio del Poder Legislativo, con amparo en el artículo 85, II de la Constitución brasileña. CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 105-107

Por eso, la razón de la existencia del Parlamento y la obligatoriedad que deriva del artículo 62 de la Constitución brasileña, lo cual expresamente exige la conversión en ley de la *Medida Provisória* por el Congreso. Principalmente, en el acto convalidatorio, por lo cual se va a impedir que la norma gubernamental sea reiterada por el Gobierno.

Tal exigencia, es fundamental que va a distinguir la *Medida Provisória* del Decreto-ley del régimen dictatorial, por el cual, para su validez, bastaba el silencio de los parlamentarios<sup>524</sup>.

Aunque la norma gubernamental no sea convertida en ley, y siendo entonces convalidada, no habrá razones para que el Gobierno viole la Constitución brasileña con sucesivas reiteraciones<sup>525</sup>.

Otros mecanismos también van a impedir la reiteración de la *Medida Provisória*. Así, la denegación o el silencio del Congreso Nacional, la norma excepcional, así va a perder su validez y eficacia en el ordenamiento jurídico, como determina la Constitución brasileña.

---

<sup>524</sup> Parte de la doctrina condena la reiteración bajo el argumento de que la inactividad parlamentaria configura un rechazo tácito. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Op. Cit. Pág. 213. El autor cita los autores que se oponen a la reiteración de la *Medida Provisória* por el Gobierno: Roque Antonio Carrazza, Curso de Direito Constitucional Tributário. RT. São Paulo. 1981. Pág. 157-158; Tércio Sampaio Ferraz Junior. Interpretação e estudo da Constituição de 1988. Atlas. São Paulo. 1990. Pág. 93; Fábio Konder Comparato. Artigo in: Gazeta Mercantil. 21.04.1990. Ivo Dantas. Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. op. cit. Pág. 105; Fernando Lemme Weiss. Medidas Provisórias: reedição: responsabilidade do Executivo: recusa no procesamiento. Descumprimento, RDP 99/138; Fran Figueredo. As Medidas Provisórias no sistema jurídico constitucional brasileiro. RIL. Brasília. n.º 110, pág. 151. Abr/jun. 1991; Vânia Fernandes Diniz. Medidas Provisórias: sua especificidade precária e a infringência de direitos adquiridos. RIL. Brasília. N.º 136. Out/dez. 1997; pág. 226; Hugo de Brito Machado. Princípio de Legalidade tributária na Constituição de 1988. RDT. São Paulo. N.º 45, jul/set. 1988; José Souto Maior Borges. Limitaciones temporais da medida provisória: a anterioridade tributária. RDT. São Paulo. n.º 64, pág. 195. Humberto Bergmann Ávila. Op. Cit. P. 92-93; Dalton Luiz Dallazem. As Medidas Provisórias e as Relações jurídicas tributárias. ADV. N.º 23. Jun. 1995. Pág. 234; Antônio Celso di Munno Côrrea, Medidas provisórias, natureza, prorrogação, ato jurídico perfeito. RT CDCCP 11/301; e Sérgio de Andréa Ferreira, Medida Provisória: natureza jurídica. RTDP. São Paulo. n.º 1. 1993. Pág. 153

<sup>525</sup> En el momento en que el Ejecutivo hace la reiteración, está legislando sin autorización de carácter excepcional del artículo 62. Está estabilizando su actuación normativa no vinculada y con

Por ello, no puede el Gobierno, transcurrido el tiempo de vigencia de la norma, reiterar la misma que no tiene vigencia.

Aunque el párrafo 10 del artículo 62 de la Constitución brasileña deje espacio de interpretación para tal posibilidad, los presupuestos de relevancia y urgencia de la *Medida Provisória*, son indicadores suficientes para un análisis de su posibilidad.

También, la posibilidad de la prórroga automática con previsión en el párrafo 7º del artículo 62, conlleva a la interpretación de que los presupuestos de la norma gubernamental no existirán más, pasados el plazo de prorrogación.

El poder de convalidar, de convertir, de denegar o el silencio parlamentario, son suficientes para poner fin a la norma provisional.

La reiteración de la *Medida Provisória*, antes de ser un problema jurídico, es un problema de índole política.

Por ello, el Gobierno va a legislar en lugar del Congreso Nacional, que no va a tener tiempo para conocer de la norma gubernamental, sino plantear manifestaciones políticas institucionales y sociales.

Así, el fundamento jurídico de la reiteración de la *Medida Provisória* es la ausencia de su convalidación y que por efecto de la decadencia, pierde su validez en el ordenamiento jurídico. Lo que va a justificar el Gobierno a reiterar la norma para convalidar los dispositivos de la norma anterior derogada, sólo por cumplir la formalidad, la cual es de competencia del Congreso Nacional.

De acuerdo con el párrafo 10 del artículo 62, por el cual se va a permitir la reiteración de la *Medida Provisória* para la sesión parlamentaria siguiente. Por ello, el Gobierno va a perpetuar los presupuestos de relevancia y urgencia a través de su potestad legislativa.

Ausentes los presupuestos constitucionales, la reiteración de la *Medida Provisória* va a estar al margen de la Constitución y de la legalidad. Por ello, su base está en un hecho sometido a la voluntad del Gobierno<sup>526</sup>. Lo que va a caracterizar un acto arbitrario sin base constitucional. Lo que es suficiente para un posible control por parte del Supremo Tribunal Federal<sup>527</sup>.

La reiteración, va a impedir la vigencia de las normas en el ordenamiento jurídico y también la soberanía del pueblo en el Parlamento. Por ello y fuera de cualquier parámetro normativo, siendo cierto que el ciudadano puede obligarse a una norma extraña. Norma que vulnera el ordenamiento jurídico así como las relaciones jurídicas, violando derechos fundamentales en el artículo 5º en la Constitución brasileña, como la seguridad jurídica, el derecho de motivación o fundamento en ley de los actos administrativos, judiciales y legislativos.

---

<sup>526</sup> La consideración del Decreto-ley como acto puramente <<de hecho>> se deriva una consecuencia especialmente perniciosa para el propio sistema democrático: la incontrolabilidad de los Decretos-leyes por ninguna instancia judicial, incluida el Tribunal Constitucional. El Parlamento es, pues, el único <<juez>> de la corrección de esos <<hechos>>, y, por tanto, una actuación condescendiente de la mayoría parlamentaria hacia su Gobierno, hipótesis en absoluto de laboratorio, puede producir constantes vulneraciones de la Constitución. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Op. Cit. Pág. 32-33

<sup>527</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo: "No caso de reedição da Medida Provisória, ou no caso de sua conversão em lei, poderá o autor da ação direta pedir a extensão da ação a Medida Provisória reeditada ou a lei de conversão, para que a inconstitucionalidade argüida venha a ser apreciada pelo STF, inclusive no que toca a liminar pleiteada." (ADI 1.125-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31/03/95) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (249 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF - Constituição

La adopción de una *Medida Provisória* por el Gobierno, en caso de relevancia y urgencia supone una necesidad a primera vista, imperiosa, que no se puede contar con el Congreso Nacional en legislar una situación de hecho que requiere un reglamento rápido y eficaz.

La inserción de normas en el ordenamiento jurídico por *Medidas Provisórias* va a generar una sobrecarga en el Congreso Nacional, lo cual, debe manifestarse en el plazo provisional de la *Medida Provisória* de sesenta días (artículo 62 § 3º).

Por ello, el plazo va a resultar demasiado corto, cuando la *Medida Provisória* va a regular materias de competencia de la ley ordinaria o de la *ley complementar*. Tales instrumentos normativos, tienen su rito propio, cuyo procedimiento siendo democrático, no se requiere un plazo definitivo para la producción final de la norma jurídica.

La *Medida Provisória*, acaba por ser reiterada por el Gobierno y manteniendo su validez y eficacia sin ningún planteamiento de vicios por el Parlamento ni por la Corte Constitucional. La expresiva cantidad de normas y las reiteraciones van a configurar un abuso a los derechos y a la Constitución.

Constitucionalmente, el Gobierno no puede por medio de nueva *Medida Provisória*, convalidar las disposiciones constantes de *Medida Provisória* no convertida en ley<sup>528</sup>, ya que la Constitución establece tal competencia al Congreso Nacional. Lo que sería como mínimo inconstitucional.

---

<sup>528</sup> BERGMANN ÁVILA. op. cit. p.89

La ausencia de conversión en ley, según la disciplina constitucional inserta en el artículo 62, impone el deber del Congreso Nacional de disciplinar las relaciones de la *Medida Provisória* derivadas. Al Congreso Nacional le compete el ejercicio de la conversión en ley o la regulación de las relaciones con base en la *Medida Provisória* establecidas. Adoptada la *Medida Provisória* por El Gobierno, no podrá disponer sobre las normas por ella proscritas, lo que también excluye el poder de interrumpir el *iter* procesal, ya desencadenado por la sumisión de la norma al Congreso Nacional.

La anterior redacción del artículo 62 de la Constitución brasileña no preveía el supuesto de reiteración, así como no la vedaba.<sup>529</sup> Con la actual redacción dada por la *EC n.º 32/2001*, queda vedada la reiteración de *Medida Provisória*, para la misma sesión legislativa, que la tenga rechazada o que tenga perdido su eficacia por decurso de plazo (artículo 62 § 10 CF).

En verdad, el principio de separación de poderes antes de la reforma introducida pela *EC n.º 32*, se encontraba vulnerado, por la falta de normatividad constitucional sobre la reiteración de *Medidas*

---

<sup>529</sup> MERLIN CLÉVE. op. cit. p.118. "citando, *Raul Machado Hora*, que reconoce que la Constitución brasileña no vedó, expresamente, la reiteración de *Medida Provisória*, rechazada por el Congreso Nacional y considera que "dos fundamentos desaconsejan la representación de la *Medida Provisória*. El primer, de naturaleza política, presumiendo que la representación de las medidas provisionales no convertidas podrá adquirir la proyección de un conflicto entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, dado el carácter desafiador de la representación. El segundo fundamento es de naturaleza jurídica. La Constitución ofreció la solución que se debe adoptar en el caso de la falta de conversión en Ley de las *Medidas Provisórias*, imponiendo al Congreso Nacional el deber de disciplinar las relaciones jurídicas de ellas derivadas. Además las reservas que opongo a la amplitud con lo que la Constitución trató las medidas provisionales, admito, la posibilidad de representación, si, en el decurso del plazo de treinta días (ahora es de sesenta días - § 3º. Art. 62 CF) sin deliberación final del Congreso. La posibilidad de la representación, en este caso, se vincula a la admisibilidad de la *Medida Provisória*, en deliberación previa del Congreso Nacional, concluyendo por la atención a los presupuestos constitucionales de *relevancia* y *urgencia*. La *Medida Provisória* rechazada en deliberación final del Congreso Nacional no deberá ser representada. La representación queda por lo tanto, condicionada al juicio de admisibilidad

*Provisórias*, estaba, así, en el ámbito de la esfera de la arbitrariedad del Presidente de la República. Si la *Medida Provisória* ya constituye de antemano, la violación del Estado democrático y de Derecho, ¿qué consideración se debe tener de la reiteración del acto gubernamental?<sup>530</sup>

Por otro lado, si en determinadas situaciones excepcionalmente graves, el Congreso Nacional, se mantiene inerte y los presupuestos de edición se renuevan de manera autónoma, es inevitable la

---

favorable y a la ocurrencia de decurso del plazo de sesenta días sin deliberación final del Congreso Nacional”.

<sup>530</sup> La ley deja de ser garantía frente al Estado y se convierte en expediente de legitimación del poder político y en expresión de la voluntad estatal, pues en lugar de constituir una garantía contra el arbitrio, pasa a ser un instrumento para el ejercicio eficaz del poder. De la interpretación se desprende que la ley en el Estado moderno se transfigura, respecto a su eficacia, sobre todo en los Estados democráticos y de Derecho, que no tiene cabida el arbitrio, ya que en tal modelo, ya no es la ley que tiene el privilegio para combatirlo, sino, la propia sociedad civil organizada, con el derecho al sufragio libre y directo, las presiones sociales y la opinión pública, representadas democráticamente en el Estado. En que pese a la interpretación, en las democracias incipientes aún no consolidadas, la Constitución del Estado no es totalmente vivida, lo que torna impreciso la eficacia del ordenamiento jurídico y que pone en riesgo las funciones de los poderes estatales y por consiguiente, los derechos fundamentales como el derecho a la libertad y a la propiedad. Para que los derechos establecidos en la Constitución democrática de un Estado sean garantizados, el Derecho Constitucional, nos enseña que las Fuentes del Derecho son un reto a seguir, a partir del propio texto de la Constitución, cuya interpretación normativa, conlleva a la validez y a la eficacia de la ley según determina la Constitución. Eso impide que la ley vulnere derechos y libertades, no consentida en el Estado de Derecho, ya que los poderes constituidos de forma democrática, están sometidos al imperio de la propia ley, al Derecho, al ordenamiento jurídico y por último, a la Constitución. Una vez establecidos los derechos en la Constitución, la aplicación de ésta, requiere instrumentos normativos o de legislación con previsión en ella misma. Sea cual tipo de ley aplicable a regulación de ciertos derechos, hay que tener en cuenta el procedimiento de su elaboración constitucionalmente previsto, bien como, el derecho que deriva de la mayoría parlamentaria. A través de las Fuentes del Derecho y por un proceso de operación racional, se exige que los derechos contenidos en la Constitución sean aplicables por instrumentos normativos que la propia Constitución dispone. Como los derechos establecidos en una Constitución están en nivel de principios o preceptos constitucionales, el desarrollo de estos, depende de la forma de sociedad existente y su interacción con sus órganos de representación política hacia el pluralismo político, garantizado en la Constitución democrática. La estricta obediencia a la Constitución y al ordenamiento jurídico, hace de la ley un instrumento normativo y democrática, cuyos intereses son de una pluralidad de grupos sociales y no de una categoría privilegiada, cuyo fundamento de su validez y eficacia es la Constitución. La ley en su sentido abstracto y general es la expresión del poder y que se descentraliza a través de las instituciones públicas esparcidas en el territorio para ser aplicada a distintas situaciones de hecho, por medio nuevas normas, obedeciendo así los principios jerarquía y de competencia normativas, con objetivo de garantizar los derechos de libertad y de igualdad. Con esto se verifica la heterogeneidad de la ley, habiendo varios centros de producción, habiendo también una competitividad para su producción debido al juego de intereses generados entre los distintos grupos sociales. PEÑA FREIRE. Op. Cit. pág. 55-56

reiteración de la norma de urgencia. Retirar este instrumento del Presidente de la República, el Estado estaría en constante estado de necesidad, lo que resultaría en la inactividad del Estado o de la insuficiencia de los instrumentos puestos a la disposición del Ejecutivo para situaciones de urgencia.

La adopción de las *Medidas Provisórias*, en que pese la falta de funcionalidad de las instituciones políticas, democráticas, civiles y sociales, bien como el desconocimiento del ejercicio del Derecho por buena parte de los ciudadanos, pasa a ser una forma excepcional de legislar de forma ordinaria, alterando la naturaleza de las fuentes del Derecho, incluso las reediciones atrofian el tejido social, por no saber más que derechos son vulnerados.

De cualquier forma, ocurriendo el abuso del poder de legislar, sólo resta al ciudadano el control jurisdiccional del Poder Judicial<sup>531</sup> o del grupo de minorías en el parlamento a través del control constitucional por el Supremo Tribunal Federal.

El carácter provisional de la medida, suspende la eficacia de ley que por la *Medida Provisória* pasa a ser regulada, pero, no la revoca, incluso en caso de reiteración. Situación que genera la inestabilidad del ordenamiento jurídico que tiene como regulador el principio de seguridad jurídica. El Supremo Tribunal Federal, tiene admitido como válidas y eficaces las reiteraciones de *Medidas Provisórias*, aún no votadas por el Congreso Nacional, cuando tales reediciones hayan ocurrido dentro del plazo de treinta días de su vigencia. Hasta porque,

---

<sup>531</sup> A parte éste control, el ciudadano tiene dificultad de reparar sus derechos. A ejemplo, el despido de la empresa no está reglado en *Medida Provisória* que determina la privatización o fusión en otras.



el poder de editar *Medida Provisória*, subsiste, mientras no rechazada<sup>532</sup>.

Las decisiones del Supremo Tribunal Federal favorables a la reiteración de la *Medida Provisória*, van a generar inseguridad jurídica. Por ello, los derechos cuestionados en la norma gubernamental, según entendimiento de la Corte Suprema, quedan vacíos de contenido, por la nueva norma que convalida las disposiciones de la anterior que perdió su vigencia por transcurso de plazo. Aunque, la cuestión de constitucionalidad sea enjuiciada durante la vigencia de la *Medida Provisória*, la reiteración va a suponer la decadencia del plazo, lo que justifica la decisión de la Corte la carencia de objeto<sup>533</sup>.

Por ello, fueron varias las decisiones que deniegan los recursos de inconstitucionalidad debido a las sucesivas reiteraciones de la norma gubernamental.

Se presume que el fundamento de las decisiones del Supremo Tribunal, es que la reiteración va a suponer la presencia de los presupuestos habilitantes de relevancia y urgencia y también por la

---

<sup>532</sup> La Suprema Corte Constitucional en Brasil, se manifiesta en los siguientes procesos de constitucionalidad: Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADIn) n.º 295-DF, 1397-DF, 1516-RO, 1610-DF (Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 21.11.1997), 1135-DF, 1533. La posición del Ministro Marco Aurélio, es de que la ausencia de conversión en el plazo de treinta días causa la denegación de la medida provisória, se prohibiendo la reiteración. (ADInMc 1397, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.04.1997), RDA 210:299; ADIn 1614-MG, Rel. Originario Min. Marco Aurelio, Rel. Para el fallo Min. Nelson Jobim, j. 18.12.1998; ADIn 1660SE, Rel. Originario Min. Marco Aurelio, Rel. Para el fallo, Min. Nelson Jobim, j. 18.12.1998).

El Tribunal Supremo tiene decidido entendimiento diverso del manifestado por la doctrina. Por ello, se admite la reiteración de la Medida Provisória, de acuerdo con las siguientes decisiones: EMENTA: "Medida Provisória con fuerza de ley. Constitucionalidad de la disposición que preserva la eficacia de la Medida anterior, regularmente reiterada antes del término del respectivo plazo de validez" (ADI 1.711 – SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.09.200); La Medida Provisória, con fuerza de ley, no apreciada por el Congreso Nacional, no pierde su eficacia, desde que reiterada por el Gobierno dentro del plazo de vigencia de treinta días" (RE-247038/MG. Min. Moreira Alves, DJ 03.03.2000);

<sup>533</sup> La derogación posterior a la presentación del recurso, no le priva necesariamente de objeto, en tanto que << puede haber un interés legítimo en obtener una declaración general sobre la validez

falta de manifestación del Congreso, por el cual podrá resultar en la pérdida de validez de la norma gubernamental. Esto porque, conforme determina el párrafo 3º del artículo 62 de la Constitución brasileña, si la norma no es convertida en ley, la misma va a perder su validez y su eficacia en el ordenamiento jurídico<sup>534</sup>.

Pero, en tesis, debería ser así la actuación de la Suprema Corte en Brasil. Por ello, el Supremo Tribunal Federal ha decidido siendo favorable a la reiteración de la *Medida Provisória* por el Gobierno. Para ello, es fundamental que la *Medida Provisória* esté en vigencia. Esto significa que el Gobierno para reiterar una *Medida Provisória* va a ser necesario editar la siguiente dentro del plazo de la que está en vigencia<sup>535</sup>.

Nuestra conclusión, es que estarán en vigencia dos *Medidas Provisórias* disciplinando idénticas materias. A diferencia están en los plazos y que la nueva norma gubernamental tiene como finalidad, convalidar las disposiciones de la anterior.

La reiteración es peligrosa porque incluso con el rechazo del Congreso Nacional, el Gobierno puede reiterar insertando derechos en el orden jurídico contrarios a la sociedad, al Derecho y a la Constitución.

El control judicial de constitucionalidad de la *Medida Provisória* debe ser más riguroso, respecto al sistema presidencialista de

---

del Decreto-ley, así como la anulación de sus efectos. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho. II. Op. Cit. Pág. 84.

<sup>534</sup> La aparición del fenómeno de la reiteración de los decretos-leyes en España, con las características que posee el ordenamiento italiano, sólo tendría sentido en un caso: cuando aquéllos no fueran convalidados por el Congreso en el plazo de treinta días del artículo 86.2 CE, bien por inactividad por el Congreso, bien por pronunciamiento expreso del mismo en contra del decreto-ley. Entonces, éste quedaría derogado, de modo que, para prolongar de modo inmediato la ordenación jurídica que contuviera, sólo cabría la posibilidad de proceder a reiterarlo. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 277

Gobierno. Por ello, el artículo 5º XXXV de la Constitución brasileña, recoge el principio de unidad de jurisdicción. Por ello, los conflictos deben ser enjuiciados ante el Poder Judicial y no a otro Tribunal. Sobre todo, en temas de derechos fundamentales garantizados por la Constitución, que necesitan de intervención legislativa de quórum cualificado, lo que va a justificar un mayor control de constitucionalidad.

Sin embargo, la exigencia de la conversión en ley por el Congreso Nacional para que la *Medida Provisória* tenga una eficacia definitiva, la omisión del Congreso en este particular, dene considerarse que la norma ya no pertenece al ordenamiento jurídico<sup>536</sup>.

Así, la reiteración de la norma por el Gobierno va a suponer la continuidad de la presencia de los presupuestos habilitantes que le dieron origen.

Sin embargo, no es lo que ocurre en realidad. La reiteración de la *Medida Provisória* va a ser una forma habitual de sustituir los criterios parlamentarios por los del Gobierno, lo que va a configurar la producción normativa como de origen unipersonal y al margen del ordenamiento jurídico y de la Constitución.

La reiteración de la norma gubernamental impide el normal funcionamiento de las competencias del Congreso Nacional y paraliza el ordenamiento jurídico con la consecuente violación de la efectividad

---

<sup>535</sup>CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 108

<sup>536</sup> El autor cita la decisión RTJSTF (146): 708, 1993, ADIN N.º 293-DF: “el rechazo parlamentario de *medida provisória* o de su proyecto de conversión, además de la desconstitución *ex tunc* la eficacia jurídica, se opera otra relevante consecuencia de orden político-institucional, que consiste en la imposibilidad del Gobierno renovar el acto casi legislativo, de naturaleza cautelar”. BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 91 y 92

de las normas, en el momento de su aplicación por el Juez o por el Tribunal de Justicia<sup>537</sup>.

---

<sup>537</sup> En este sentido, cuando afirma que también ofende al principio de separación de poderes (artículo 2º de la Constitución brasileña). BERGMANN ÁVILA, Humberto. Op. Cit. Pág. 90

## V. Los Efectos del Acto Gubernamental

Si el acto gubernamental tuviere el carácter de novación, medio de extinción de obligación en derecho civil, lo que constituye una nueva obligación y definitiva. De acuerdo con esto, para algunos autores, acogen dos posiciones, la primera, que la ley sustituiría el *decreto-legge*, que no existiría más en el ordenamiento jurídico y para la segunda posición, que él continuaría inseparable con la ley. Tal posición no es aplicada en el sistema constitucional brasileño de cuño publicista, así como de la inconsistente participación de la sociedad para que tenga un carácter privado, la conversión de la *Medida Provisória* en ley.

Por ser un acto típico del Gobierno, la aceptación de este acto por el Congreso, lo que puede suponer acuerdo entre los dos poderes del Estado, pero este acuerdo, de característica privado impide las minorías manifestar su oposición en el régimen democrático, típico del constitucionalismo moderno. Por otro lado, partiendo del principio de separación de poderes, el acto de conversión de la *Medida Provisória* en ley por el Congreso, es típico de legislación concurrente del Gobierno<sup>538</sup>. La ley no sustituye la *Medida Provisória*, que apenas deja

---

<sup>538</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo: “O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que

de existir porque la ley pasa a tener vigencia desde su adopción. La ley de conversión atribuye apenas estabilidad a los efectos anteriormente Provisionales.

A través del control parlamentario, en respeto a la Constitución, como norma que da validez y eficacia al ordenamiento jurídico, bien como a los principios democráticos y del Derecho, sobre todo al juego entre mayorías y minorías parlamentarias, la *Medida Provisória* editada dentro de los supuestos de relevancia y urgencia y sus limitaciones impuestas por la *EC n.º 32/2001*, sin embargo, su carácter antidemocrático, puede desarrollar sus efectos, pero dentro de los parámetros que la Constitución establece.

No obstante, el procedimiento constitucional para que la norma excepcional pueda cumplir el proceso legislativo, el párrafo 11 del artículo 62 de la Constitución brasileña disciplina la competencia del Congreso Nacional para regular las situaciones jurídicas derivadas de las *Medidas Provisórias* de esta forma:

*“No editado el decreto legislativo referido en el § 3º hasta sesenta días tras el rechazo o la pérdida de eficacia de Medida Provisória, las relaciones jurídicas constituidas por actos practicados durante su vigencia se conservarán por ella regidas.”*

---

impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. (...) É inquestionável que as medidas provisórias traduzem, no plano da organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional. A emanção desses atos, pelo Presidente da República, configura momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos poderes.” (ADI 221-MC, voto do Min. Celso de Mello, DJ 22/10/93) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (249 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF - Constituição

La disposición en cuestión es contradictorio con la norma de la citada enmienda que prohíbe la reiteración. Pues, no se puede reiterar *Medida Provisória*, según el §10º artículo 62 que haya perdido su eficacia por el transcurso del plazo o que el Congreso Nacional la haya denegado. La interpretación conveniente al Gobierno que posiblemente podrá contar con la mayoría en el Congreso, es el silencio por parte de éste, no necesitando adoptar decretos legislativos para regular las situaciones constituidas al tiempo de la *Medida Provisória*.

Por tanto, si se regula las relaciones jurídicas derivadas de las *Medida Provisória*, ella misma, por fuerza del párrafo 11º del artículo 62 pasa a tener vigencia, después de caducada o rechazada por el Congreso. El Gobierno, tampoco necesitará reiterar *Medida Provisória*, ya que el citado párrafo, condiciona su validez aunque con la pérdida de su vigencia. Al mismo tiempo en que la *Medida Provisória* está formalmente fuera del mundo jurídico, sus efectos perduran, con la duda de la existencia de los supuestos de relevancia y urgencia y su carácter provisional.

A la sociedad, sólo le resta el control de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal por vía abstracta a través de la acción directa de inconstitucionalidad o incluso a través del control difuso por vía de los órganos jurisdiccionales, a instancia de parte o en futuras elecciones para que se elimine tal práctica a través de la representatividad legítima y democrática. La *Medida Provisória*, aún con las limitaciones impuestas por la *EC n.º 32/2001*, siempre será un instrumento al servicio de grupos dominantes en el Parlamento o en el Gobierno. La *Medida Provisória* genera un fuerte impacto en la

Constitución y en el ordenamiento jurídico brasileño. Sobre todo, respecto a los derechos fundamentales<sup>539</sup>. Ella puede regular normas de la Constitución. Lo que sería objeto de ley orgánica o de reforma constitucional, pasa a ser objeto de *Medida Provisória*. Están constitucionalizados los derechos fundamentales, (artículo 5º) sociales, (artículo 6º al 11º) del sistema tributario, (artículo 145 al 169 CF) y del orden económico financiero, (artículo 170 al 192) de forma detallista, justo, para dificultar las maniobras del Congreso Nacional a través de ley ordinaria.

En verdad, ahora es el Ejecutivo quien se utiliza del instrumento extraordinario de inserción de normas en el ordenamiento, sin atender el carácter normativo de la Constitución y la pluralidad que alberga, generando desigualdades debido a los privilegios que la norma excepcional puede ostentar.

---

<sup>539</sup>PRIETO SANCHÍS. Luís. Op. Cit. Pág. 111-114, PECES-BARBA, Gregorio. Op. Cit. Pág. 145,



## VI. La Enmienda Parlamentaria al Proyecto de Ley de Conversión de la *Medida Provisoria*

Además de los poderes de convalidar, convertir o denegar la *Medida Provisoria*, el Congreso Nacional tiene el poder de enmendar la norma gubernamental. Por ello, el párrafo 12 del artículo 62 así lo recoge:

*“Aprobado proyecto de ley de conversión alterando el texto original de la Medida Provisoria, ésta se mantendrá integralmente en vigor hasta que sea sancionado o vetado el proyecto”.*

El Congreso Nacional está habilitado para alterar el texto de la *Medida Provisoria*, a través de proyecto de ley<sup>540</sup>.

---

<sup>540</sup> FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. Op. Cit. Pág. 111

Esto significa decir que no se va alterar el texto de la *Medida Provisória*, sino del proyecto de ley en que la misma será convertida en ley<sup>541</sup>.

Tal poder de enmienda conferido al Congreso por la Constitución brasileña es en razón de la forma presidencialista de Gobierno. Antes de la enmienda constitucional n.º 32/2001, la *Medida Provisória* tenía una configuración parlamentaria. Ahora, el poder de enmienda conferido por dicha enmienda al Congreso Nacional, la norma gubernamental va a configurarse adecuada a la forma presidencialista de Gobierno. Todo ello, en razón del plebiscito de 1993, por el cual, el pueblo eligió la República presidencialista como modelo de Gobierno.

Por tanto, por tal característica que presenta la *Medida Provisória*, el Congreso Nacional va a ejercer un fuerte control, al punto de alterar el texto que le dio origen, independientemente de la disciplina contenida en la Resolución n.º 1/1989.

La Enmienda Constitucional n.º 32/2001, aunque posibilite la enmienda en el proyecto de ley de conversión de la *Medida Provisória*, lo que se concluye que desde del punto de vista estrictamente constitucional, los límites serían aquellos que, igualmente, vinculan el Congreso en su actividad legislativa ordinaria (artículo 166 párrafos 3º y 4º; y artículo 63, I y II de la Constitución brasileña)<sup>542</sup>.

---

<sup>541</sup> El artículo 4º de la Resolución n.º 1/1989, prevé expresamente la posibilidad de enmiendas al proyecto de conversión, desde que la propuesta sea presentada en los cinco días después de la publicación del acto gubernamental en el Diario Oficial de la Unión y que la enmienda al proyecto no contemple materia extraña a la tratada en la *Medida Provisória*. CHIESA, Clélio. Op. Cit. Pág. 111.

<sup>542</sup> Con el mismo pensamiento, MERLIN CLÈVE, Clèmerson. Actividad Legislativa do Poder Executivo. Op. Cit. Pág. 223; DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. Op. Cit. Pág. 82-84

Tal poder tiene un refuerzo en el artículo 59 de la Constitución brasileña, por el cual, se va a definir la *Medida Provisória* como un instrumento que hace parte del proceso legislativo. Por tanto, una razón más para una intervención del Congreso en el nivel legislativo, pese a la posibilidad de desconfiguración del instrumento de la potestad legislativa del Gobierno<sup>543</sup>.

En la forma parlamentaria de Gobierno en España, el Congreso de los Diputados no tiene el poder de enmendar el Decreto-ley. Esto se justifica por la mayor comunicación entre Gobierno y Cortes Generales y que dependen de la confianza en sus relaciones políticas. Por ello, el Decreto-ley español no puede ser alterado en su texto porque lo consideran una norma gubernamental y no parlamentaria.

El Parlamento español ejerce una función típica de control. La conversión del Decreto-ley en ley se hace a través de proyecto de ley de conversión. Por ello, es el único momento en que la doctrina afirma que el Parlamento español ejerce una función legislativa restringida a los límites del Decreto-ley.

---

<sup>543</sup> Recurso Extraordinario n.º 166.857-DF, rel. Min. Marco Aurélio: 1. “*Medida Provisória*. Eficacia. Ley de conversión. Modificaciones. Efectos. El hecho de que el Congreso Nacional en la apreciación de *medida provisória*, medir ciertos dispositivos no la perjudica, en el campo de la eficacia temporal, respecto a los actos que subsistieron. La disciplina de las relaciones jurídicas previstas en la parte final del párrafo único del artículo 62 de la Constitución brasileña (antes de la EC. n.º 32/2001) dice a respecto al rechazo total o parcial cuando autónoma la materia alcanzada. (...)” Voto Min. Marco Aurelio: “Se admite que esta se haga de forma parcial, si bien que, la eficacia se limita a la norma de la medida que no haya merecido el abrigo del Poder Legislativo, especialmente cuando es sujeta de separación sin perjuicio de la parte remaneciente. Lo que cabe en cada caso, es buscar la subsistencia de la disciplina inicialmente prevista y, constatado tal hecho, la separación proclamada por la Corte de origen se muestra impropia. (...) Lo que cumple en cada caso examinar es si el dispositivo aprobado por el Congreso se identifica con el tenor del precepto de la medida y, siendo positiva la conclusión, se debe proclamar la subsistencia de los efectos hasta entonces verificados y, por tanto, la continuidad de la regencia (...) Por fin, la enmienda no perjudica la vigencia de la *medida provisória* el hecho de que el Congreso Nacional, al examinarla procede a la introducción de modificaciones en algunos de los dispositivos en ella contenidos, esto cuanto a los que vengan subsistir bajo la nueva forma legislativa que es la ley de conversión...”

La *Resolución n.º 01* del Congreso Nacional, correctamente, veda la presentación de enmiendas versando materia extraña a la materia tratada en la *Medida Provisoria*, debiendo el presidente de la Comisión rechazarlas. También la *LC n.º 95, de 26 de febrero de 1998*, que dispone sobre elaboración, redacción, alteración y consolidación de las leyes y reglamenta el *art. 59, párrafo único*, de la Constitución brasileña, aplicable a las *Medidas Provisorias (art. 1º. Párrafo único)* especifica en el *art. 7º*, que:

*“Exceptuadas las codificaciones, cada ley tratará de un único objeto y, la Ley no podrá contener materia extraña al su objeto o a este no vinculada por afinidad, pertinencia o conexión”*

Sin duda, que la referida normativa, pone, todavía, de modo indirecto, límite al poder de enmienda. Disposición semejante a aquella de la *Resolución n.º 01* es encontrada, también en el artículo 96, bis, párrafo 8º, del Reglamento de la Cámara Española, según el cual:

*“El Presidente declarará la que no son inadmisibles enmiendas y artículos adicionales que no se refieran estrictamente a la materia del Decreto-Ley”*

En verdad, se aplica de forma estricta el principio de la congruencia que rige los actos parlamentares. Las enmiendas deben guardar relación de pertinencia con la materia tratada en la *Medida Provisória*.

Em 1993, El Tribunal Supremo de Brasil ha decidido favorable a la enmienda parlamentaria a la Medida Provisória. La decisión generó jurisprudencia y que tal vez sirvió de orientación para la introducción del poder de enmienda por la EC. n.º/32/2001<sup>544</sup>.

---

<sup>544</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo: "Medida Provisória. Lei de conversão. Alteração substancial. Prejudicialidade. A Medida Provisória nº 409, de 06/01/94, convertida na Lei nº 8.852, de 04/02/94, sofreu alteração substancial em seu conteúdo normativo, com repercussão imediata sobre o dispositivo impugnado (art. 4º, inciso I), ao qual se conferiu nova redação, com modificação de seu alcance normativo, a par das inovações introduzidas em normas conexas. Caso em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere a norma superveniente o efeito de tornar prejudicada, por falta de objeto, a ação direta instaurada com base na redação originária, não mais subsistente (ADI 383 e 691)." (ADI 991-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 09/09/94) file:///K:/STF%20-%20CF.htm (249 of 634)26/10/2005 11:53:19 STF - Constituição

## CAPÍTULO - IV

### 1. Conclusiones

I.- A lo largo de la presente investigación hemos intentado presentar una construcción dogmático-jurídica de la Potestad legislativa de excepción del Poder Ejecutivo en el ordenamiento constitucional brasileño y del tipo normativo a través del cual se ejerce dicha potestad: la *Medida Provisória*.

La reciente reforma constitucional del artículo 62 de la Constitución brasileña, donde se regula la *Medida Provisória*, ha introducido importantes novedades en su régimen jurídico y ha puesto de manifiesto que, más allá de los problemas formales, bajo la cuestión tratada en nuestro estudio subyace una cuestión de más hondo calado por lo que a la estructura constitucional brasileña se refiere.

En efecto, el estudio de los límites del ejercicio de la Potestad legislativa de urgencia del Ejecutivo, el análisis de los principios que articulan el sistema de fuentes brasileño, la posición que ocupa la *Medida Provisória* en el mismo, las relaciones internormativa que entre los diferentes tipos legales se da y la práctica política sobre el uso de

la *Medida Provisória* confluyen en una primera conclusión que recorre el sentido y el contenido de esta tesis doctoral, a saber, tras el debate doctrinal sobre las *Medidas Provisórias* como fuente del derecho se encuentra la cuestión del delicado equilibrio de poderes en el entramado institucional dibujado por la Constitución brasileña de 1988.

En este sentido, si el sistema de fuentes en cualquier ordenamiento constitucional refleja en su articulación el modelo de organización política en el que se inserta, en el caso brasileño, resulta evidente que la falta de madurez del sistema democrático también tiene su reflejo aquel sistema de fuentes. Así, si la regulación constitucional de la *Medida Provisória*, tal y como se recogía en el artículo 62 antes de su reforma, pudiera parecer suficiente, desde el punto de vista de la teoría constitucional, en cuanto a una recepción de un tipo normativo sometido a unos límites coherentes con el resto del sistema de fuentes y ajustada a la finalidad que a la misma se le atribuía, lo cierto es que ha resultado absolutamente inadecuada dada la práctica política que de dicho tipo normativo se ha hecho, debido a la vocación autoritaria del Poder Ejecutivo brasileño y que la Constitución de 1988 no ha terminado de suprimir.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, nos encontramos ante una regulación constitucional de la *Medida Provisória* que no ha tenido en cuenta el contexto político en la que se producía y que, al fin y a la postre, ha provocado una clara disfunción en el proceso de producción normativa que, como decimos, no es sino un reflejo de las insuficiencias del sistema de gobierno brasileño.

La Enmienda Constitucional 32/2001 por la que se modificó, entre otros, el artículo 62 de la Constitución brasileña ha supuesto una

indudable mejora técnica en la regulación de la *Medida Provisória* al intensificar los mecanismos de control parlamentario del ejercicio de la potestad legislativa de urgencia del Poder Ejecutivo y al recoger de forma expresa los límites materiales de la *Medida Provisória*, no obstante, subyace el problema de fondo al que nos hemos referido, esto es, está pendiente una profunda reforma de la estructura institucional y una clara definición de la forma de Gobierno en Brasil.

II.- En este sentido, nuestro trabajo ha partido de un análisis de la forma de gobierno brasileña y su proyección sobre el sistema de fuentes. El modelo presidencialista establecido en la Constitución de 1988, y confirmado en el referéndum nacional de 1993, se fundamenta sobre una estricta interpretación del principio de la división de poderes que, en buena lógica, se traduce en un reconocimiento formal de la Potestad legislativa del Ejecutivo, tanto delegada como de excepción, muy restrictiva. Sin embargo, al igual que ocurre en los sistemas parlamentarios la producción legislativa del Ejecutivo tiene una importancia capital, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Así, entendemos que desde la óptica de los procesos de producción normativa el presidencialismo brasileño presenta una clara tendencia hacia la “parlamentarización” que favorece el fortalecimiento del Poder Ejecutivo.

En concreto, si la proliferación de normas legales de origen gubernamental provoca una relajación de la rígida atribución de potestades operada a favor de cada uno de los poderes del Estado, no se consta un paralelo aumento de la capacidad de control político del parlamento sobre el órgano titular del Poder Ejecutivo. Así, si en los



sistemas parlamentarios la potestad legislativa de urgencia del gobierno se configura como un instrumento de colaboración entre este y el Parlamento, en el modelo presidencialista brasileño el ejercicio de aquella potestad supone un potencial peligro para el equilibrio entre los poderes que se concreta en los supuestos de un desmesurado uso de la capacidad legislativa reconocida al Poder Ejecutivo.

Y es este el caso que se consta en Brasil, donde una regulación constitucional de la *Medida Provisória* claramente importada de sistemas constitucionales parlamentarios es utilizada con la lógica de funcionamiento de un modelo presidencial que, por otra parte, siempre ha presentado una clara anómala tendencia al sobredimensionamiento del Poder Ejecutivo.

III.- También como presupuesto previo al desarrollo del núcleo central de nuestra investigación hemos tenido que contextualizar el régimen jurídico de la *Medida Provisória* en la forma de organización territorial del Estado Brasileño. En este sentido, estructura federal brasileña es un factor determinante a la hora de comprender la posición del tipo normativo de referencia en el sistema de fuentes, no tanto por lo que a su régimen jurídico se refiere sino más bien para comprender el uso político de la *Medida Provisória*.

El modelo federal brasileño es fruto de un proceso de descentralización impulsado desde la instancia estatal central, configurando un modelo fuertemente centralista en el que los Estados federados tienen un nivel de autonomía política relativamente bajo. Además, desde el punto de vista político, se constata una sobrerrepresentación en ambas Cámaras parlamentarias de aquellos

Estados miembros con menor densidad de población, que coinciden con los menos desarrollados y donde las elites políticas más conservadoras tienen mayor peso. Todas estas razones explican que la tensión entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento tenga también una dimensión territorial que, en determinadas circunstancias, se concreta en una inacción parlamentaria en el desarrollo legislativo en materia social que se suple con la acción normativa del Ejecutivo por la vía de urgencia vulnerando, no obstante, los límites inherentes al ejercicio de la potestad legislativa de urgencia y, por tanto, vulnerando las normas constitucionales sobre la producción jurídica. Además de lo expuesto, el desarrollo legislativo por la vía de urgencia a cargo del Ejecutivo se viene produciendo relativizando la distribución de competencias entre el Estado Federal y los Estados miembros de la Federación en la medida en que la, hasta ahora, falta de concreción expresa de los límites materiales de la *Medida Provisória* hacían que decisiones que afectan a las competencias de los Estados miembros y que por el procedimiento legislativo ordinario hubieran sido debatidas con la participación de la Cámara de representación territorial, fueran reguladas a través de *Medidas Provisórias* en cuyo procedimiento de producción dicha participación es menos intensa.

IV.- En última instancia, desde un planteamiento dogmático constitucional, lo que resulta esencial es valorar y evaluar el alcance del valor normativo de la Constitución brasileña. Formalmente la propia Constitución reconoce su valor normativo y, efectivamente, el desarrollo doctrinal habido en torno a la Norma Fundamental de 1988 asumen como punto de partida incuestionable su valor normativo. En

tal sentido, la Constitución es la norma fundamental y fundante del resto del ordenamiento y de ella se deriva la validez del resto de normas jurídicas. Es más, el principio del pluralismo aparece como uno de los valores esenciales del orden constitucional ampliándose el contenido del principio democrático con una dimensión constitucional que completa su tradicional comprensión liberal. Asimismo, la acción de los poderes públicos se ve orientada por los principios y valores constitucionales, concretados en derechos fundamentales. Desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, la exigencia de la *ley complementar* para el desarrollo de dichos derechos, expresa la proyección del pluralismo en dicho sistema de fuentes.

Desde nuestro punto de vista, lo expuesto en el seno de un sistema de gobierno presidencialista requiere una comprensión de la reserva de ley en sentido estricto y, consecuentemente, una interpretación restrictiva de la potestad legislativa de urgencia del Ejecutivo.

Como ya hemos señalado, no ha sido este el caso y el ejercicio de dicha potestad ha sido un elemento que ha debilitado el valor normativo de la Constitución. A título de ejemplo, aun cuando el artículo 62 de la Constitución, en su antigua redacción, no indicara expresamente cuales eran las materias vetadas a la *Medida Provisoria*, una lectura normativa del texto constitucional hubiera bastado para determinar que dichos límites materiales se encontraban implícitos en la propia Constitución – la reserva de ley complementar de los derechos fundamentales o la reserva de ley establecida en el artículo 135 de la Constitución en materia tributaria constituían ya límites materiales de la *Medida Provisoria*-. La conclusión es, por

tanto, que más que hablar de un pleno valor normativo de la Constitución, en el caso brasileño, se constata un potencial normativo de la Norma Fundamental no siempre satisfecho.

La reforma del artículo 62 supone, ciertamente, un avance en la limitación del uso de la potestad legislativa de urgencia del Ejecutivo que, sin duda, ha servido para una adecuada articulación del sistema de fuentes (a pesar de que como hemos señalado a lo largo del trabajo todavía existen importantes disfunciones en su régimen jurídico). Desde este punto de vista, podemos afirmar que la Enmienda Constitucional 32/2001 ha supuesto un importante paso para la plena asunción del valor normativo de la Constitución, al menos en lo que se refiere a la regulación de los procesos de producción normativa.

Sin embargo, como venimos señalando el problema que plantea la *Medida Provisória* no se circunscribe sólo a una regulación constitucional técnicamente más acabada. La cuestión trasciende al ámbito estrictamente jurídico y nos coloca ante la realidad socio-política brasileña. Desde este punto de vista, el divorcio entre la situación de hecho y el orden constitucional es evidente. En cualquier caso, la normalización y normativización de las reglas constitucionales sobre la producción jurídica supone un paso decisivo para la plena normalidad y normatividad constitucional.

V.- Tras lo dicho, se explica que nuestro planteamiento dogmático sobre la *Medida Provisória* parte de una comprensión restrictiva de la Potestad legislativa de excepción del Poder Ejecutivo para el caso de Brasil. En este sentido, hemos entendido la Enmienda Constitucional n.º 32/2001 como un hito fundamental no sólo por lo que se refiere al

concreto régimen de la *Medida Provisória* sino, y sobre todo, en la articulación de un sistema de fuentes coherente con el resto de la estructura constitucional del Estado Brasileño.

No nos parece exagerado afirmar, por tanto, que con dicha Enmienda Constitucional se hace factible el desarrollo en el Derecho Constitucional brasileño de una doctrina de las fuentes del Derecho acorde con la asunción del valor normativo de la Constitución. Del ámbito establecido, a partir de esta reforma constitucional, para la potestad legislativa de urgencia del Ejecutivo y de los límites a ella fijada podremos establecer una comprensión más ajustada del resto de las fuentes del Derecho brasileño.

Y, a mayor abundamiento, una ajustada regulación constitucional de la *Medida Provisória* deberá redundar en una más fluida relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y deberá introducir en el sistema de fuentes la lógica inherente a la normatividad constitucional en el sentido de fijar una vinculación más estrecha entre el principio del pluralismo y los procesos de producción normativa; en concreto y por lo que la *Medida Provisória* se refiere, tal vinculación se realiza a través de un mayor control parlamentario de la potestad legislativa de urgencia del Ejecutivo y por una limitación de su ámbito material que debería dar más preponderancia a la ley parlamentaria que, como venimos diciendo, presenta un sentido constitucional vinculado a la materialización de la democracia constitucional.

VI.- Por lo que respecta al régimen jurídico de la *Medida Provisória* hemos de señalar que la competencia para su expedición es atribuida al Presidente de la República. La decisión política, por tanto, de

incorporar una *Medida Provisória* en el ordenamiento jurídico es tomada individualmente por el Presidente y, en ningún caso, representa una decisión colegiadamente adoptada por el gobierno. Quedan, asimismo, excluidos del ejercicio de la potestad legislativa de urgencia, en el ámbito de sus competencias, los gobernadores de los Estados miembros. En este sentido, queremos destacar que en el caso brasileño, el constituyente quiso fijar una relación directa entre la potestad legislativa de urgencia y el órgano de la Presidencia de la República y no tanto entre tal potestad y los titulares del poder ejecutivo en cada uno de los ámbitos territoriales del ejercicio del poder. Esta previsión, desde nuestro punto de vista, viene a romper la finalidad del reconocimiento de aquella potestad en los actuales órdenes constitucionales en tanto que la *Medida Provisória* es incorporada al ordenamiento como instrumento político para favorecer la posición de preeminencia del Presidente de la República y no con el objeto, propio de la potestad legislativa de urgencia, favorecer una respuesta normativa en aquellos supuestos en que la acción gubernamental haya de concretarse de forma rápida por la concurrencia de supuestos de relevancia y urgencia. Por otra parte, tal restricción para los poderes ejecutivos de los Estados miembros ha de relacionarse con la tendencia centralista que, como ya hemos señalado, caracteriza al federalismo brasileño.

En consecuencia, nos encontramos ante un dato más que corrobora nuestra hipótesis de que la *Medida Provisória*, hasta la Enmienda Constitucional 32/2001, fue incorporada al ordenamiento constitucional brasileño al margen de los principios estructurales del ordenamiento, sin atender a su coherencia con el resto de tipos

normativos que configurar el sistema de fuentes, siguiendo, por tanto, una lógica política contraria, por lo demás, al propio espíritu de la Constitución de 1988 en cuanto que con ella se quería poner fin a una secular situación de predominio presidencial – un cesarismo presidencial por utilizar el término más utilizado en la doctrina constitucional brasileña-.

Efectivamente, y siguiendo el paralelismo entre forma de gobierno y sistema de fuentes, si a partir de 1988 la ruptura del equilibrio entre los poderes del Estado a favor del Jefe del Estado resultaba una anomalía del sistema de gobierno, una regulación poco restrictiva de la potestad legislativa de urgencia y un uso abusivo de la misma constituyen una anomalía en el sistema de fuentes.

Tras la reforma constitucional de 2001, aun cuando la nueva redacción del artículo 62 no reconoce expresamente la capacidad de expedir *Medidas Provisórias* a los Gobernadores, ha desaparecido la prohibición en tal sentido, lo que ha propiciado un desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo Federal reconociendo a los Estados miembros la capacidad para dictar *Medidas Provisórias*<sup>545</sup>. En cualquier caso, el argumento del Tribunal Supremo Federal giró en torno al principio de simetría estando, entendemos, su decisión más relacionada con la estructura territorial del Estado y, más concretamente, con el equilibrio entre la estructura federal central y la de los Estados miembros que con la coherencia del sistema de fuentes. No obstante, el resultado final incide en la nueva configuración de la potestad legislativa de urgencia del ejecutivo tras la reforma del artículo 62 ya que, además de fijare en ella un régimen

jurídico más restrictivo, con esta construcción jurisprudencial se rompe con la tradicional relación que vinculaba en exclusiva a la *Medida Provisória* con el Presidente de la República.

VII.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la *Medida Provisória*, se ha constata intensa polémica doctrinal que, entendemos, también refleja el carácter anómalo que este tipo normativo ha tenido en el sistema de fuentes brasileño y por la concepción en sentido estricto que en el sistema presidencialista brasileño tiene el concepto de reserva de ley.

Así, las posiciones doctrinales han ido desde la defensa de la *Medida Provisória* como un acto administrativo con fuerza de ley, pasando por sus consideración como proyectos de ley con fuerza de ley hasta su consideración como normas de naturaleza legal. Desde nuestro punto de vista, este debate tiene un tanto de artificial y en él está más presente la idea de limitar el poder del Presidente de la República, o ampliarlo, que un análisis desde la perspectiva de la dogmática jurídica.

Al respecto, entendemos que el artículo 59 de la Constitución brasileña no deja lugar a dudas sobre el carácter de las *Medidas Provisórias* como normas legales al reconocerlas como integradas en el proceso legislativo. De esta forma, el ordenamiento constitucional brasileño acoge una participación del ejecutivo en el proceso de producción legislativa propia del parlamentarismo introduciendo un tipo normativo de carácter excepcional y transitorio de origen gubernamental, sometido a un control parlamentario y a una posible conversión en ley por parte del Parlamento.

---

<sup>545</sup> En este sentido ADI nº 425, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 19/12/2003).



Esto es, en el proceso de producción de las *Medidas Provisórias*, al menos en teoría, se requiere una lógica de colaboración de poderes que resulta ajena al sistema presidencialista, sobre todo, por lo que se refiere a la falta de relación fiduciaria entre el Presidente de la República y el Parlamento y por la falta de mecanismo de exigencia de responsabilidad política del ejecutivo por parte del Ejecutivo.

VIII.- Lo expuesto anteriormente va a tener una relevancia sustancial en el análisis de la tramitación de las *Medidas Provisórias* en sede Parlamentaria. Efectivamente, el artículo 62 de la Constitución brasileña determina que las *Medidas Provisórias* deberán someterse de inmediato al Congreso Nacional y ser convertidas en ley en el plazo de 60 días, en caso contrario la *Medida Provisória* pierde su vigencia. En la anterior redacción del artículo 62 se preveía que en caso de que las Cámaras no estuvieran reunidas serían convocadas extraordinariamente en el plazo de cinco días desde que el Presidente de la República dictase la *Medida Provisória*. Obviamente, y desde la lógica del sistema presidencialista, la exclusión de tal previsión no comporta que el tratamiento de la *Medida Provisória* en sede parlamentaria haya perdido el carácter de urgencia que se deriva de la propia naturaleza excepcional de la *Medida Provisória*. Antes al contrario, eleva la responsabilidad política de los sujetos habilitados a realizar una convocatoria extraordinaria del Congreso Nacional (entre los que se encuentra el propio Presidente de la República). En este caso, la relevancia del tema se ve intensificada por la práctica política en Brasil donde no han faltado ejemplos en que un acuerdo entre el presidente y los órganos de dirección de las Cámaras han pospuesto

el debate parlamentario de la *Medida Provisoria* al objeto de prolongar fraudulentamente el periodo de vigencia de la misma. Por tanto, desde nuestro punto de vista, la falta de convocatoria del Congreso Nacional a fin de seguir el procedimiento previsto en el artículo 62 podría dar origen a la responsabilidad política de los agentes políticos correspondientes.

IX.- No obstante, también en este tema se pone de manifiesto que la nueva regulación constitucional del artículo 62 aproxima más el sentido de la *Medida Provisoria* al que los Decretos Ley tienen en los sistemas parlamentarios que a la tradicional interpretación de la potestad legislativa de urgencia del ejecutivo en los sistemas presidencialistas. En efecto, el propio concepto de relevancia y urgencia que habilita la puesta en marcha de esta potestad, queda relativizado, a la vista de su tramitación parlamentaria, y expresa más un juicio político del Poder Ejecutivo que una situación objetivamente urgente, extraordinaria y excepcional. Junto a la falta de previsión constitucional de un plazo fijo para la convocatoria del Congreso Nacional en caso de no estar reunido, la reforma del artículo 62 también prevé que el computo de los sesenta días de vigencia de la *Medida Provisoria* desde su publicación para ser convertida en Ley se interrumpirá en los periodos de vacaciones parlamentarias; es decir, aunque de forma menos marcada que en el sistema parlamentario, la permanencia de normas jurídicas de rango legal y de origen gubernamental en el ordenamiento, incorporadas al mismo por razones de urgencia y sin la intervención del Parlamento y sin su control inmediato, se torna menos traumático para el sistema al punto

de no entenderse imprescindible la convocatoria extraordinaria del Congreso Nacional. A mayor abundamiento, también la reforma del artículo 62 ha introducido una prórroga de la vigencia de la *Medida Provisoria* por otros sesenta días en el caso de que la misma no hubiera sido convertida en ley en los primeros sesenta días. Nuevamente, el concepto de urgencia que se maneja como hecho habilitante de la *Medida Provisoria* queda relativizado y, desde nuestro punto de vista, más próximo al que se da en los sistemas parlamentarios.

En cualquier caso, en este punto concreto no puede desconocerse la práctica anterior a 2001 del Presidente de la República de volver a dictar una misma *Medida Provisoria* trascurrido el plazo de sesenta días sin que se hubiera convertido en ley. Por esta vía, obviamente, la *Medida Provisoria* podía permanecer en el ordenamiento de manera prácticamente indefinida en un evidente fraude de Constitución. Así, aunque tal práctica ha quedado expresamente prohibida en la nueva redacción del artículo 62, también se ha valorado el escaso margen de tiempo dado para que la *Medida Provisoria* sea convertida en ley, sobre todo, en supuestos en que su contenido pueda requerir un consenso político que se plasme en su definitiva incorporación al ordenamiento sin que los objetivos perseguidos por el Presidente de la República queden desnatularizados por las enmiendas presentadas a dicha *Medida Provisoria* en la fase de la conversión.

X.- Conectamos, así, otro elemento desarrollado en nuestro trabajo y que hace referencia a aquellos elementos del régimen jurídico de la

*Medida Provisória* que la siguen cualificando como un tipo normativo incorporado a un sistema presidencialista.

En este sentido, y al contrario de lo que ocurre con el Decreto Ley en España, la *Medida Provisória* tiene un tiempo de vigencia de 60 días, prorrogable por otro 60 como ya se ha indicado, transcurrido el cual o bien se incorpora definitivamente al ordenamiento en forma de ley o bien abandona este de forma definitiva. Así, la potestad legislativa de urgencia del ejecutivo se confirma como más restringida en cuanto a su alcance en el modelo brasileño y, a pesar de su consideración como parte del proceso legislativo, a la estricta interpretación del principio de la división de poderes le resulta teóricamente inadmisibles un ordenamiento jurídico conformado por normas legales producidas en pie de igualdad por el Ejecutivo y el Legislativo.

En este mismo orden de cosas, al ser la fase de conversión el paso lógico a seguir una vez dictada una *Medida Provisória*, la modificación del texto a través de enmiendas se convierte en un mecanismo de control sobre la producción legislativa del Ejecutivo. Al respecto, no obstante, hemos de recordar que el Presidente de la República tiene el derecho de veto sobre las leyes parlamentarias por lo que podría darse el caso de que una *Medida Provisória* convertida en ley con una serie de enmiendas que la alejen de los objetivos por los que dictada la primera podría encontrar el veto presidencial en el momento correspondiente.

Por otra parte, se plantea el problema de la vigencia del contenido de la *Medida Provisória* enmendada entre la aprobación del Proyecto de ley correspondiente y definitiva tramitación y publicación del mismo. En este caso, la propia Constitución ha previsto que estará en vigor el

proyecto de ley de conversión o, dicho de otro modo, la *Medida Provisória* enmendada. Con tal previsión se cubre una situación transitoria en la que el Congreso Nacional ya habría manifestado su voluntad legislativa y la definitiva entrada en vigor de tal voluntad en forma de Ley.

XI.- En relación con los límites circunstanciales de las *Medidas Provisórias*, la Constitución brasileña establece una regulación en términos muy similares a la contenida en la Constitución española respecto de los Decretos Ley. Así, el Presidente de la República está habilitado para ejercer su potestad legislativa de urgencia a través de las *Medidas Provisórias* cuando se den los supuestos de relevancia y urgencia.

Y, al igual que en el derecho constitucional español, la interpretación de ambos términos condicionará el peso de este tipo normativo en el sistema de fuentes. Nuevamente, la referencia al sistema de gobierno resulta imprescindible a la hora de fijar el alcance constitucional de los términos relevancia y urgencia como hechos habilitantes de la *Medida Provisória*. Así, desde la óptica del presidencialismo, la potestad legislativa de urgencia del ejecutivo es interpretada y comprendida en términos restrictivo por lo que, a su vez, la constatación de que concurren circunstancias relevantes y urgentes que justifiquen la *Medida Provisória* también tendrá una lectura más limitada. En consecuencia, la mayoría de doctrina utiliza como parámetro para medir la relevancia (el carácter extraordinario) de una situación el hecho de que resulte lo suficientemente importante como para excepcionar el principio de la división de poderes en su lectura

presidencialista. En resumen, será el principio de la división de poderes el referente para apreciar la relevancia como supuesto de hecho habilitador de la *Medida Provisória*.

Desde nuestro punto de vista, esta interpretación resulta tan insuficiente como poco pertinente desde la lógica del sistema de fuentes. En concreto, aun cuando nos encontremos en un sistema presidencialista la recepción constitucional de la potestad legislativa de urgencia hace que esta no puede ser entendida como una ruptura de la distribución de competencias entre los poderes del Estado. Bien es verdad que el sistema presidencialista requiere que aquella potestad esté sometida a más límites y más estrictos que en los sistemas parlamentarios pero, insistimos, su ejercicio dentro de esos límites no puede ser considerado como una quiebra del sistema. Por tanto, o se asume que la potestad legislativa del Ejecutivo es una competencia del mismo y que para su desarrollo a él le corresponde valorar políticamente los supuestos de relevancia o sencillamente sería más coherente suprimir del sistema de fuente a la *Medida Provisória*.

Ciertamente, en el modelo presidencialista el Parlamento no ejerce funciones de exigencia de responsabilidad política como en el modelo parlamentario pero ello no significa que no existan mecanismos de control de este sobre aquel. Y, precisamente, la *Medida Provisória* nos ofrece un ejemplo de este control: Como hemos desarrollado en nuestra investigación las *Medidas Provisórias* antes de ser sometidas a debate en cada una de las Cámaras del Congreso Nacional son examinadas en una comisión mixta de Diputados y Senadores al objeto de emitir su parecer sobre las mismas. Entendemos que tal fase procedimental, introducida también en la reforma constitucional de

2001, sólo tiene sentido si el análisis que realiza tal Comisión Mixta recae sobre el acomodo de la *Medida Provisória* a los límites constitucionales, también a los circunstanciales. Es decir, en este momento un órgano parlamentario emite un juicio de naturaleza política sobre la concurrencia del hecho habilitante de la *Medida Provisória*. Desde este momento, pues, no debería existir problema para asumir que la relevancia es un requisito evaluado políticamente por el Presidente de la República, con un control político del Congreso Nacional y, por supuesto, con un posible control de constitucionalidad llevado a cabo por el Tribunal Supremo Federal si en tal valoración por parte del Ejecutivo se incurriera en un abuso, en términos similares a como se ha manifestado el Tribunal Constitucional español sobre el control constitucional del ejercicio de la potestad legislativa de urgencia en España.

En términos similares nos manifestamos en relación con el requisito de la urgencia. La doctrina brasileña en este punto se ha manifestado de forma más restrictiva, si cabe. En efecto, la urgencia ha sido entendida como aquella situación en la que fuera necesaria una regulación normativa que no pudiera esperar a ser regulada mediante el procedimiento legislativo ordinario. Es más, dado que el Presidente de la República puede solicitar el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de proyecto de ley propuesto a iniciativa suya, la doctrina ha llegado a fijar que el plazo en que una situación no puede a ser regulada por ley parlamentaria, concurriendo por tanto el supuesto habilitante de la urgencia, coincide con los aproximadamente con los 100 días en los que es posible aprobar una ley parlamentaria por la vía de urgencia.

Tal interpretación, asumida por alguna declaración jurisprudencial, nos parece tan inadecuada como extremadamente difícil de aplicar en la práctica. Efectivamente, si la propia Constitución reconoce la iniciativa legislativa del Presidente de la República junto a su potestad legislativa de urgencia, los tipos normativos que procedan de uno u otro procedimiento juegan un diferente papel en el sistema de fuentes y cada uno de ellos tiene una distinta finalidad. La asunción de la interpretación antes señalada implicaría, en la práctica, dejar un margen prácticamente inexistente a la *Medida Provisória*.

En todo caso, tampoco podemos desconocer que la *Medida Provisória* – y antes el Decreto Ley del régimen militar precedente- ha sido utilizada de manera abusiva por el Presidente de la República como instrumento político que asegurara un predominio espurio sobre el resto de los poderes del Estado. Sin embargo, entendemos que la forma más eficaz de limitar el ejercicio de la potestad legislativa de urgencia no es la de establecer unos límites circunstanciales tan estrictos que la hagan impracticable, tal y como demuestra la práctica constitucional en España y tal y como demuestra la propia práctica política brasileña en la que con una regulación constitucional muy similar a la actualmente contenida en el artículo 62 no se impidió el abuso en el uso de la *Medida Provisória* (y antes del Decreto Ley).

XII.- En esta misma argumental, entendemos que más efectiva resulta la ampliación de los límites materiales de la *Medida Provisória* prevista en la reforma constitucional de 2001. Así, a partir de la Enmienda Constitucional 32/2001, el artículo 62 recoge un amplio catálogo de materias cuya regulación no puede realizarse mediante *Medida*



*Provisória*. A grandes rasgos, dichas materias vienen a coincidir con las que no pueden ser objeto de delegación legislativa a favor del Presidente de la República.

Una comparación entre los límites materiales de la *Medida Provisória* y el Decreto Ley en España nos indica que los previstos en la Constitución brasileña resultan aparentemente más amplios. Así, queda vedada a la *Medida Provisória* la regulación de los derechos de los ciudadanos, la nacionalidad, el derecho electoral, el derecho penal, el derecho procesal penal y civil, la organización del Poder judicial y del Ministerio Fiscal, las decisiones sobre expropiación de bienes o secuestro de activos financieros, las normas generales de ordenación de la economía y del sistema financiero y las materias reservadas a la ley complementar. Se trata, como decimos de un amplio catálogo que, en buena parte de las ocasiones, resulta reiterativo en relación con el resto del texto constitucional.

Desde nuestro punto de vista, la inclusión de este amplio catálogo se explica por el uso abusivo de la *Medida Provisória* hasta el año 2001 y con el objeto de explicitar lo que de una lectura integral de la Constitución ya se desprendía. Pero la falta de mención expresa a los límites materiales de la *Medida Provisória* en la antigua redacción del artículo 62 fue interpretada como una ausencia total de límites por parte del Presidente de la República, dando lugar a los abusos ya mencionados.

Por otra parte, la aparente exhaustividad del nuevo artículo 62 sobre este punto, no debe ocultar las lagunas que dicha regulación encierra. A tal fin, el ordenamiento constitucional español nos ofrece un parámetro comparativo de gran valor. En primer lugar, siendo Brasil un

Estado Federal no deja de llamar la atención que no exista una referencia expresa al régimen general de los Estados miembros para excluirlo del ámbito material de la *Medida Provisória*, tal y como ocurre en el artículo 86 de la Constitución española respecto de las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, tampoco se hace referencia en el artículo 62 de la Constitución Brasileña al régimen general de los órganos constitucionales, exclusión especialmente llamativa si se tiene en cuenta la estricta plasmación del principio de la división de poderes en el resto del texto constitucional.

Evidentemente, desde una interpretación integral de la Constitución, ambas materias están excluidas del ámbito material de la *Medida Provisória*. Sin reiterar aquí toda la argumentación jurídica baste recordar que la Constitución brasileña contiene una cláusula de intangibilidad a favor de la forma federal del Estado, la separación de poderes, los derechos fundamentales y sus garantías y el sufragio directo, universal, secreto y periódico. Estas materias, entendemos constituyen también un límite material a la *Medida Provisória*. No obstante, habida cuenta de la práctica política anterior sobre el uso de la *Medida Provisória* no habría estado de más haber hecho mención expresa de las mismas en el actual artículo 62 de la Constitución.

Nuevamente, constatamos que el problema del régimen jurídico de la *Medida Provisória* no es tanto una cuestión de una mayor concreción técnica del mismo en el texto constitucional sino de la apreciación del auténtico grado de normatividad que se reconoce a la Constitución en su conjunto. En cualquier caso, una regulación constitucional más concreta que duda cabe que coadyuva, al menos, a que la medida del

incumplimiento de la norma constitucional por parte de los poderes públicos sea más clara.

XIII.- Dentro aun de los límites materiales de la *Medida Provisória*, hemos de destacar que tampoco pueden ser reguladas mediante la misma aquellas materias ya disciplinadas en un proyecto de ley que esté pendiente aún de sanción o veto por parte del Presidente de la República. En este caso, más que de un límite estrictamente material nos encontraríamos ante una limitación de carácter procedimental. Aun cuando, sistemáticamente la Constitución ha introducido esta previsión junto con los límites materiales, lo determinante no es la materia objeto de regulación por la *Medida Provisória* sino el momento procedimental en el que se encuentra una materia, que puede estar dentro del ámbito material de la *Medida Provisória*, regulada por otro tipo normativo.

En este caso, el objetivo claro de la previsión constitucional es claro: evitar una práctica fraudulenta consistente en que una norma cuya entrada en vigor depende del Presidente de la República se vea retrasada en tal trámite a fin de que el mismo regule esa materia, posiblemente en sentido contrario, a través de la *Medida Provisória*. Obviamente, este límite está estrechamente relacionado con el carácter presidencial de la forma de gobierno brasileña y la necesaria concordancia con el mismo del sistema de fuentes y del régimen jurídico de cada uno de los tipos normativos que lo integran.

También en este punto hemos de recordar el juicio previo que realiza la comisión mixta de diputados y senadores señalando que será objeto de dicho análisis tanto del respeto de los límites materiales de la

*Medida Provisória* como del cumplimiento de este último límite que hemos definido como procesal. Sin embargo, es evidente que el sentido del pronunciamiento de dicha comisión va ser bien distinto.

En el segundo caso, obviamente la constatación por parte de la Comisión de que la *Medida Provisória* regula una materia ya tratada en un proyecto de ley pendiente de sanción o veto presidencial bastaría para interrumpir el proceso de conversión en ley por infracción constitucional de la *Medida Provisória* examinada. Más problemático resulta el caso de una posible vulneración del ámbito material de la *Medida Provisória* ya que el juicio de la Comisión, entendemos es de naturaleza política y formal por lo que a la constatación de la no existencia de proyectos de ley concurrentes; sin embargo la determinación de si la *Medida Provisória* ha violado su ámbito material es de carácter técnico-jurídico. De esta forma, si asumimos que la Comisión mixta está habilitada a rechazar la tramitación de una *Medida Provisória* por incumplimiento de su ámbito material, estaríamos asumiendo que dicha comisión, insistimos de naturaleza política, lleva a cabo un control previo de constitucionalidad. La conclusión no puede ser otra que sea cual sea el argumento dado por la comisión mixta para informar en un sentido o en otro la *Medida Provisória* (vulneración de los límites circunstanciales o de los límites materiales) su informe constituye una toma de posición política frente a un acto del Ejecutivo que pretende alcanzar la forma de ley parlamentaria.

En este mismo orden de cosas queremos señalar, igualmente, los problemas que plantea este procedimiento en relación con el límite material a la *Medida Provisória* dado por las materias reservadas a ley

complementar. Efectivamente, en los supuestos en que una *Medida Provisória* regulara una materia reservada a la Ley complementar podría darse el caso de que la Comisión mixta primero y cada una de las Cámaras después convirtiera dicha *Medida Provisória* en Ley. De esta forma, se estaría vulnerando, obviamente, la reserva de ley complementar en una concurrencia de voluntades políticas del Ejecutivo y del legislativo claramente inconstitucional.

XIV.- En cuanto a la relación de la *Medida Provisória* con el resto de tipos normativos del ordenamiento brasileño queremos recordar que como norma legal que es, se le reconoce el rango, fuerza y valor de ley. Por tanto, en su relación con el resto de normas de rango infralegal y en caso de conflicto jugaría el principio de jerarquía.

Más problemática resulta su relación con las leyes parlamentarias ordinarias. Efectivamente, en el sistema español entendemos que el posible conflicto entre un Decreto Ley y una ley ordinaria se resuelve mediante el criterio cronológico. Sin embargo, tal solución no parece la más adecuada para resolver la relación entre la *Medida Provisória* y la ley ordinaria. Y ello en razón al carácter más marcadamente transitorio que tiene la *Medida Provisória* respecto del Decreto Ley español. Así, como ya se ha indicado, si la *Medida Provisória* no es convertida en ley en el plazo establecido, sencillamente abandona el ordenamiento jurídico. No parece acertado, pues, reconocer una capacidad derogatoria a un tipo normativo llamado a desaparecer en un plazo máximo de 90 días sobre una ley que nace con vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico. Por otra parte, en caso de no ser convertida en ley, y reconocida la posibilidad de aplicar el

criterio cronológico, la *Medida Provisória* habría derogado una norma que no sería sustituida por otra que regulara la misma materia.

Por tanto, entendemos que de la lógica del sistema de fuentes podríamos deducir la asunción implícita del principio de prevalencia en el ordenamiento constitucional brasileño, de manera que, en caso de conflicto entre una *Medida Provisória* y una ley ordinaria, la primera desplazaría a la segunda, por cuanto es posterior a esta, forma parte del procedimiento legislativo y sobre la misma existe una razonable expectativa de convertirse en ley, resultando de aplicación la regulación de la *Medida Provisória* en tanto no quedara concluido el procedimiento en sede parlamentaria para su conversión en ley. Obviamente, una vez convertida en ley el conflicto subsistiría, pero esta vez entre dos leyes ordinarias, siendo de aplicación, ahora sí, el criterio cronológico.

XV.- En definitiva, y como conclusión de cierre, queremos insistir en el carácter “anómalo” de la *Medida Provisória* en el sistema de fuentes brasileño, interpretado este desde una óptica coherente con el sistema presidencialista de este país. Sin embargo, desde la asunción que en dicho sistema, tanto de hecho como de derecho, se constata una cierta confluencia con el sistema parlamentario entendemos que la *Medida Provisória* puede tener un papel relevante en la integración del ordenamiento jurídico.

Obviamente, su régimen jurídico no podrá ser nunca plenamente equivalente al que tienen los Decretos Ley en los sistemas parlamentarios. Pero la regulación en el derecho comparado sí puede ofrecer claves especialmente válidas para una correcta comprensión

de la posición constitucional de la *Medida Provisória* y ofrecer algunas soluciones a problemas que son propios del sistema brasileño. Por ejemplo, la clara delimitación de la figura de la convalidación y de la conversión y la asunción de la primera en el sistema constitucional brasileño podría aportar una vía para resolver parte de dichos problemas. En cualquier caso, insistimos también en la idea de que previo a un tratamiento dogmático de la *Medida Provisória*, o de cualquier otro tipo normativo, se impone un análisis del alcance del principio de normatividad constitucional en Brasil y de las posibles razones que explican algunas disfunciones en su plena aplicación, cuestión esta que trasciende con mucho un estudio estrictamente jurídico.

## 2. Bibliografía Consultada

1. ADI 1.610-DF, Min. S. Sanches; ADI 1.647-PA, Min. C. Velloso” (lex 250/47);
2. ADI 1.711 – SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.09.2000);
3. ADI 1.727/PB, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03.09.1999.
4. ADIN N.º 293-DF
5. AFONSO DA SILVA, J. O Sistema Constitucional do Brasil in: Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Coordinadores: GARCÍA BELAUNDE, D. FERNÁNDEZ SEGADO, F. HERNÁNDEZ VALLE, R. DYKINSON. Madrid. 1992.
6. \_\_\_\_\_, J. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros. São Paulo. Brasil 1996.
7. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. RT. São Paulo Brasil. 1976.
8. Agencia Reuters de Brasília: *Líder do Governo na Câmara é contra existência de MP*. <http://br.news.yahoo.com/040310/5iqlp.htm1> Qua, 10 Mar – 18h25
9. ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España. 1989.



10. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional. Vol. 1. Tecnos. Madrid. España. 1996
11. ALVAREZ GARCIA, Vicente. El Concepto de Necesidad en Derecho Público. Civitas. Madrid. España. 1996
12. ALVES CANUTO, E. M<sup>a</sup>. y FARIAS VLACH, V. R. A Desapropriação como forma de preservar a Função Social da Propriedade e ordenar a ocupação do espaço urbano brasileiro. <http://www.igeo.uerj.br/VICBG-2004/Eixo1/e1%20268.htm>. Extraído de internet en 21/07/2005
13. ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *Medida Provisória: Natureza Jurídica*. RTDP. São Paulo. Brasil. n.º 1. 1993
14. ANESCLAR, Luiz Eduardo. El Estado de Derecho, Constitución y Democracia: "Garantía frente a la globalización. Artículo publicado en el congreso sobre Pluriculturalismo y Globalización. Producción del conocimiento para la construcción de la ciudadanía en Latinoamérica. IX Seminario de la APEC. Barcelona. España. Mayo/2004
15. APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. Temas de Derecho Constitucional (1) CEDECS. Barcelona. España. 1998
16. ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributario Brasileiro*. RT. São Paulo. Brasil. 1968
17. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Vol. I. Tecnos. Madrid. España. 1999

18. \_\_\_\_\_, Francisco. Instituciones de Derecho Parlamentario, II. El Control de los Actos Parlamentarios. Txosten Eta Agiriak Bilduma. Colección Informes y Documentos. 1999. Pág. 326.
19. \_\_\_\_\_, Francisco. Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. CEDECS. Barcelona. España. 2001.
20. \_\_\_\_\_, Francisco. Fuentes del Derecho. I y II Principios del Ordenamiento Constitucional. Tecnos. Madrid. España. 1991. Pág. 100.
21. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Níveis e Técnicas Internacionais e Internas de Realização dos Direitos na Europa. Uma Perspectiva Constitucional [a publicar por la Fundação Boiteux. UFSC. Florianópolis. Brasil] Traducción por ANESCLAR, Luiz Eduardo, del título original: Niveles y Técnicas Internacionales e Internas de realización de los Derechos en Europa: Una Perspectiva Constitucional.  
<http://www.ugr.es/%7Eredce/ReDCE1/Niveles%20y%20tecnicas.htm>
22. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico. Tecnos. Madrid. España. 1997. pág.131-133.
23. BANDEIRA DE MELLO, C. A. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. RDP. São Paulo. Brasil. 1990. n.º 95
24. BARBOSA MIRAGEM, Bruno N. Aspectos da Alteração de Medida Provisória pelo Parlamento e sua Conversão em Lei.  
[www.neofito.com.br/artigos/art01/const53.htm](http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const53.htm) 05/04/2004
25. BARBOSA RAMOS, Paulo Roberto. O Controle Concentrado de Constitucionalidade das Leis no Brasil. IBDC. São Paulo. Brasil. 2000

26. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva. São Paulo. Brasil. 1996
27. BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. de. *Derechos fundamentales y libertades públicas*. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2003
28. BERGMANN ÁVILA, Humberto, *Medida Provisória na Constituição de 1988*. SAFE. Porto Alegre. Brasil. 1997
29. BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid. España. 1987.
30. BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Giappichelli. Torino. Italia. 1994
31. \_\_\_\_\_, Norberto. *El Positivismo Jurídico*. Debate. Madrid. España. 1993
32. \_\_\_\_\_, Norberto. *Estado, Govêrno e Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra. São Paulo. Brasil. 2000
33. \_\_\_\_\_, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Debate. Madrid. España. 1991.
34. BOIX PALOP, Andrés. *Las Convalidaciones Legislativas*. Iustel. Madrid. España. 2004
35. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. São Paulo. Brasil. 1997
36. \_\_\_\_\_, Paulo. *Teoria do Estado*. Malheiros. São Paulo. Brasil. 1999

37. BRITO MACHADO, Hugo de. Princípio de Legalidade Tributária na Constituição de 1988. RDT. São Paulo. Brasil. n.º 45, jul/set. 1988.
38. \_\_\_\_\_, Hugo de. Principios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988. RT. São Paulo. Brasil. 1982
39. CABO MARTÍN, Carlo de. Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español. REP nº. 9. CEC. Madrid. España. 1979
40. CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Vol. II. Lisboa. Portugal. 1972.
41. CALDAS AULETE. Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. Delta. Rio de Janeiro. Brasil. 1958
42. CÁMARA VILLAR, Gregorio. Derecho Constitucional. Vol. II. Tecnos. Madrid. España. 1999.
43. CANARIS, Claus-Wilhelm. pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciencia do Direito. Calouste Gulbenkian.. Lisboa. Portugal. 1989
44. CARBONELL, Miguel. Derechos sociales y derechos de las minorías. UNAM. México. 2000
45. CARMONA CONTRERAS, A.M. La Configuración Constitucional del Decreto-ley. CEPC. Madrid. España. 1997
46. CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. RT. São Paulo. Brasil. 1981

47. CARRION, Eduardo. Neoliberalismo e Reforma Constitucional. Artigo publicado en: Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho. Organização: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de e Ramos, Alexandre. Edibej. Curitiba. 1998.
48. CERNICCHIARO, Luiz Vicente y otro. Direito Penal na Constituição. RT. São Paulo. Brasil. 1995
49. CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias. Regime Jurídico-Constitucional. Juruá. Curitiba. Brasil. 2003
50. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo. Brasil. Saraiva. 2003. Pág. 309.
51. DALLAZEM, Dalton Luiz. As Medidas Provisórias e as Relações Jurídicas Tributárias. ADV. Porto Alegre. Brasil. n.º 23. Jun. 1995
52. DANTAS, Ivo. Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias. Brasilia Jurídica. Brasilia. DF. Brasil. 1997
53. \_\_\_\_\_, Ivo. O Valor da Constituição. Renovar. Rio de Janeiro. Brasil. 2001
54. DÍAZ, Elías. Estado Social y sociedad democrática. Taurus. Madrid. España. 1986
55. DíEZ-PICAZO, Luis M<sup>a</sup>. Concepto de Ley y Tipos de Leyes. En: El Parlamento y sus Transformaciones Actuales. Madrid. España. 1990
56. DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Vol. III. Bocard. Paris. 1930

57. DUVERGER, M. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Ariel. Barcelona. España. 1980
58. ESTÉVES ARAUJO. J. A. La Constitución Como Proceso y la Desobediencia Civil. Trotta. Madrid. España. 1994.
59. EYMARD LOGUERCIO, José. Formas de solução dos conflitos coletivos do trabalho: Arbitragem? In: Globalización, neoliberalismo e o mundo do trabalho. L. DE A. JUNIOR. Edmundo y Ramos, Alexandre. Edibej. Curitiba. Brasil. 1998. Pág.197-198.
60. FERNANDES DINIZ, Vânia. Medidas Provisórias: Sua Especificidade Precária e a Infringência de Direitos Adquiridos. RIL. Brasília. Brasil. n.º 136. Out/dez. 1997
61. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más Débil. Trotta. Madrid. España. 1997
62. FERRANDO BADÍA, Juan. El Estado Unitario, El Federal y el Estado Regional. Tecnos. Madrid. España. 1978
63. FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. Brasil. São Paulo. Saraiva. 1992
64. FIGUEIREDO, Fran. RIL. Brasília. Brasil. n.º 110, pág. 151. Abr/jun. 1991.
65. FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. Comentários à Emenda Constitucional n.º 32, de 11.09.2001. <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0049.htm> septiembre/2002

66. FREIXES SANJUAN, TERESA. La Legislación Delegada. REDC. Madrid. España. 1990. Año 10, nº. 28
67. FREJDA SKLAROWSKY, Leon. Medidas Provisórias. RT. São Paulo. Brasil. 1991, FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. *Medidas Provisórias*. <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=126&rv=Direito> 02/04/2004
68. \_\_\_\_\_, Leon. Medidas Provisórias. Instrumento de Governabilidade. NDJ. São Paulo. Brasil. 2003
69. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental. I.E.A. Madrid. España. 1971
70. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Legislación Delegada. Potestad Reglamentaria y Control Judicial. Tecnos. Madrid. España. 1981
71. \_\_\_\_\_, E. Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Taurus. Nº. 113. Madrid. España. 1972
72. GARCÍA MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. Asunción. El Procedimiento Legislativo. Publicaciones Congreso de los Diputados. Serie IV. Monografías n.º 10. Madrid. España. 1987
73. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. La Iniciativa Legislativa del Gobierno. CEPC. Madrid. España. 2000
74. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid. España Alianza. 1987
75. \_\_\_\_\_, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Alianza. Madrid. España. 1977

76. GARRORENA MORALES, Angel. El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho. Tecnos. Madrid. España. 1984
77. GENRO, Tarso. Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no Direito. En: Globalização, neoliberalismo e o Mundo do Trabalho. LIMA DE ARRUDA JUNIOR, Edmundo. EDIBEJ. Curitiba. Brasil. 1998
78. GOMES CANOTILHO, J. Joaquim. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra Editora. Portugal. 2001
79. \_\_\_\_\_, J. J. Direito Constitucional. Almedina. Coimbra. Portugal. 1995.
80. GÓMEZ PUENTE, Marcos. La Inactividad del Legislador: Una Realidad Susceptible de Control. McGraw-Hill. Madrid. España. 1997
81. GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. Do Processo Legislativo. São Paulo. Brasil. Saraiva. 3a. ed. 1995
82. GONZALEZ CASANOVA, J. A. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Vicens Vives. Barcelona. España. 1994
83. GRECO, Marco Aurélio. Medidas Provisórias. RT. São Paulo. Brasil. 1991
84. HÄBERLE, Peter. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Traducción: BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Dykinson. Madrid. España. 2003



85. \_\_\_\_\_, Peter. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Traducción: MIKUNDA, Emilio. Tecnos. Madrid. España. 2002
86. \_\_\_\_\_, Peter. Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura. Tecnos. Madrid. España. 2000
87. \_\_\_\_\_, Peter. El Estado Constitucional. UNAM. Ciudad de México. México. 2001
88. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción del original *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts un des demokratischen Rechtsstaats* por JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Trotta. Madrid. España. 1998
89. \_\_\_\_\_, Jürgen. Facticidad y validez. Traducción: JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Trotta. Madrid. España. 1998
90. \_\_\_\_\_, Jürgen. La inclusión del otro. Paidós. Barcelona. España. 1999
91. HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1961.
92. HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Traducido del título original: *Die normative Kraft der Verfassung* por FERREIRA MENDES, Gilmar. Fabris Editor. Porto Alegre. Brasil. 1991
93. HUERTA CARBONELL, Alejandro. Iniciativa legislativa no gubernamental en España. Congreso de los Diputados. Madrid. España. 1998

94. <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2001/05/29/eco822.html?ap>, La Medida Provisória n.º 131/03, regula los transgénicos, libera el plantío, el comercio de zafra de soja transgénica.
95. KRIELE, M. Introducción a la Teoría del Estado. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1980
96. ITALIA, Vittorio. *Interpretazione sistematica delle norme e dei valori*. Giuffrè. Milano. Italia. 1992
97. JACQUES, Paulino, Curso de Direito Constitucional. Forense. Rio de Janeiro. Brasil. 1983
98. JESCH, Dietrich. Ley y Administración. Estudio de la Evolución del Principio de Legalidad. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. España. 1978
99. KELSEN, Hans. Teoría del Ordenamiento Jurídico. Porrúa. 1993
100. \_\_\_\_\_, Hans. Teoría Pura del Derecho. Porrúa. México. 1993
101. KONDER COMPARATO, Fábio. Artigo. Gazeta Mercantil. 21.04.1990.
102. LEMME WEISS, Fernando. Medidas Provisórias. RDP. Brasil. s.a. n.º 99
103. LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. Instituições Políticas Democráticas. O Segredo da Legitimidade. Zahar. Rio de Janeiro. Brasil. 1997
104. LINDE PANIAGUA, Enrique. Linde Editores. Madrid. España. 1990

105. LOCKE, John. Ensayo Sobre el Gobierno Civil. Traducción del inglés por Amando Lazaro Ros. *Two treatises in civil government* 1960. Aguilar. Madrid. España. 1ª. ed. 1979
106. LOPEZ AGUILAR, J. Fernando. Minorías y Oposición en el Parlamento. Congreso de los Diputados. Madrid. España. 1991
107. LÓPEZ GONZALEZ, José Ignacio. El Principio General de Proporcionalidad en Derecho Administrativo. Instituto García Oviedo. Sevilla. España. 1988.
108. LÓPEZ GUERRA, Luis. Derecho Constitucional. Vol. 1. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2003
109. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Análisis del Contenido Esencial de los Derechos fundamentales. Comares. Granada. España. 1996
110. LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel. Barcelona. España. 1986.
111. LUCAS VERDÚ, Pablo. El Sentimiento Constitucional. Reus. Madrid. España. 1985
112. LUPION GARCIA, Ricardo. Medida Provisória: Impossibilidade da Reedição. Direito & Justiça. Porto Alegre. Brasil. 1997
113. MALTA MASSUDA, Janine. Constitucionalidade de Cláusulas en Medidas Provisórias. Jus Navigandi, Teresina. Brasil. A. 4, n. 45, set. 2000. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=181>. Acceso en: 19/09/2005
114. MARTÍNEZ CUEVAS, M<sup>a</sup>. Dolores. La Suspensión Individual de Derechos y Libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: un

- instrumento de defensa de la Constitución de 1978. Comares. Granada. España. 2002.
115. MEDINA GUERREIRO, Manuel. La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales. McGraw-Hill. Madrid. España. 1996
116. MERINO MERCHÁN, José Fernando. Lecciones de Derecho Constitucional. Tecnos. Madrid. España. 1995
117. MERKL, A. *Il duplice voto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi.* Giuffrè, Milano. Italia. 1987.
118. MERLIN CLÈVE, Clèmerson. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo. Brasil. 1995.
119. \_\_\_\_\_, Clèmerson. Atividade Legislativa do Poder Executivo. Revista dos Tribunais. São Paulo. Brasil. 2000
120. \_\_\_\_\_, Clèmerson. Medidas Provisórias. Max Limonad. São Paulo. Brasil. 1999
121. MERRIAN, Charles E. Que é democracia? São Paulo. Brasil. Assunção. sd. Hall, Jerome, Democracia e Direito. Rio de Janeiro. Brasil. Zahar. S.d.
122. MIRANDA SOARES, Márcia y LOURENÇO, Luiz Cláudio. A Representação dos Estados na Federação Brasileira. Rev. Bras. Ci. Soc. out/2004, vol. 19, n.º 56, pág. 113-119, disponible en la World Wilde Web: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092004000300008&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092004000300008&lng=pt&nrm=iso)>. ISSN 0102-6909

123. MONTILLA MARTOS, José Antonio. Las Leyes Singulares en el Ordenamiento Constitucional Español. Civitas. Madrid. España. 1994
124. MORAES, Filomeno. Executivo e Legislativo no Brasil Pós-Constituinte. São Paulo. Brasil. Perspec. [on line]. Out/dez. 2001, vol. 15, n.º 4 [citado 07 Junho 2005], p. 47. Disponible en la Web:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-8392001000400006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-8392001000400006&lng=pt&nrm=iso) . ISSN 0102-8839
125. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. La Reiteración de los Decretos-leyes en Italia. Revista de Estudios Políticos. CEPC. Madrid. España. 1998. nº 99.
126. NUNES DA SILVA JUNIOR, Walter. Aspectos Polêmicos da Medida Provisória. Pág web <http://w3.www.jfrn.gov.br/docs.doutrina113.doc> 01/06/2004
127. OLIVEIRA, João Paulo de. Medidas Provisórias na Emenda Constitucional 32. [http://www.datavenia.net/artigos/Direito\\_Constitucional/MEDIDAS-PROVISORIAS-na...](http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Constitucional/MEDIDAS-PROVISORIAS-na...) septiembre/2002
128. OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Teoria Geral do Federalismo. UCMG. Belo Horizonte. Brasil.1982.
129. OLIVEIRA TAVARES, Geovani de. O Direito fundamental de resistencia do Movimento dos Sem-Terra. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Coordenador: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Librería do Advogado. Porto Alegre. Brasil. 1997
130. OTTO, Ignacio de. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Ariel. Barcelona. España. 1988

131. PARDO FALCÓN, Javier. La Justicia Constitucional como Factor de Impulso Democrático en Iberoamérica. Ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional – Sevilla – 3 al 5 de diciembre de 2003.
132. PECES-BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales. Complutense. Madrid. España. 1983
133. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Trota. Madrid. España. 1997
134. PEREIRA MENAUT, A. C. Lecciones de Teoría Constitucional. Colex. Madrid. España. 1997
135. PÉREZ FRANCESCH, Juan Luís. El Gobierno. Tecnos. Madrid. España. 1993. Pág
136. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Barcelona. España. Marcial Pons. 2002
137. \_\_\_\_\_, Javier. El Gobierno. Tecnos. Madrid. España. 1993
138. PÉREZ TREMPS, Pablo. La Interpretación de los Derechos Fundamentales. En: Estudios de Derecho Constitucional. Coordinador: LÓPEZ LUIS, Guerra. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2001
139. PÉREZ-LUÑO, A. E. Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución. Tecnos. Madrid. España. 1984

140. PETRAS, J. y Veltmeyer, H. Brasil de Cardoso. A Desapropriação do País. Traducción del original: "Cardoso's Brazil" por CLASEN, Jaime. Vozes. Petrópolis. Brasil. 2001.
141. PITRUZZELLA, Giovanni, *La Legge di Conversione del Decreto Legge*. Cedam. Padova. Italia. 1989
142. PIZZORUSSO, A. *Ripensando i controlli sui decreti legge alla luce ell'esperienza recente. In: I decreti-leggi non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta nel Giorno 11 novembre 1994*. Giuffrè. Milano. 1996
143. \_\_\_\_\_, A. Atti Legislativi del Governo e Rapporti fra i Poteri: Aspetti Comparatistici. Cuaderno Costituzionale. A. XVI. n. 1. Aprile. 1996.
144. Precedentes del STF: ADI 1.617-MS, Min. Octavio Gallotti;
145. PRIETO SANCHÍS, L. Prieto. Estudios Sobre Derechos Fundamentales. Debate. Madrid. España. 1990
146. RE-247038/MG, Min. Moreira Alves, DJ 03.03.2000)
147. Recurso Extraordinario n.º 166.857-DF
148. Recurso Extraordinario n.º. 254.818/PR
149. RIBAS VIEIRA, José. Temas de Constitucionalismo e Democracia. Renovar. Rio de Janeiro. Brasil. 2003.
150. RIBEIRO BASTOS, Celso. Lei Complementar. Teoria e Comentarios. IBDC. São Paulo. Brasil. 1999

151. \_\_\_\_\_, Celso. Uma Solução Definitiva para as Medidas Provisórias. página web: <http://www.ibdc.com.br/artigoseestudos>
152. RTJSTF (146): 708, 1993,
153. RTJSTF (146):707, 1993. ADIN nº 293- DF.
154. RUBIO LLORENTE, F. La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución). CEC. Madrid. España 1993.
155. RUGGERI, A. *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*. Giuffrè. Milano. Italia. 1977
156. RUIZ-HUERTA CARBONELL, Alejandro. Iniciativa Legislativa no Gubernamental en España. Congreso de los Diputados. Madrid. España. 1998
157. SALDANHA SOUZA JÚNIOR, Cezar. O Tribunal Constitucional Como Poder. Uma nova Teoria da Divisão dos Poderes. Memória Jurídica. São Paulo. Brasil. 2002
158. SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio. Interpretação e Estudo da Constituição de 1988. Atlas. São Paulo. Brasil. 1990
159. SÁNCHEZ MORÓN, M. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. Tecnos. Madrid. España. 1994
160. SANT'ANA PEDRA, A. Possibilidade de Edição de Medidas Provisórias por los Municípios. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3761> 02/04/2004



161. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. El Régimen Constitucional de los Decretos-Leyes. Tecnos. Madrid. España. 1988
162. SEABRA FAGUNDES, M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Saraiva. São Paulo. Brasil. 1984
163. SERRANO, José Luis. Validez y vigencia. Trota. Madrid. España. 1999
164. SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional. Forense. Rio de Janeiro. Brasil. 1983
165. \_\_\_\_\_, C. R. O Congresso e as Delegações Legislativas. Rio de Janeiro. Brasil. Forense. 1986
166. SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. Forense. Rio de Janeiro. Brasil. 1992.
167. SMEND. Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. CEC. Madrid. España. 1968
168. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. J José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Marcial Pons. Barcelona. España. 1999
169. SOUSA SANTOS, Boaventura de. Pela Mão de Alice. O Social e o Político na pós-modernidade. Cortez. São Paulo. Brasil. 1999
170. SOUTO MAIOR BORGES, José. Limitaciones Temporais da Medida Provisória: A Anterioridade Tributária. RDT. São Paulo. Brasil.
171. STARCK, Christian. El Concepto de Ley en la Constitución Alemana. Madrid. España. Centro de Estudios Constitucionales. 1979.

172. STC 111/1983, de 2 de diciembre.
173. THEML CARAM, Danilo. Decreto-lei e Medida Provisória: evolução: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2934>. Mayo/2004.
174. TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. Malheiros. São Paulo. Brasil. 1997.
175. TOCQUEVILLE, Alexis. La Democracia en América. Vol. 1. Aguilar Mayor. Madrid. España. 1989.
176. TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de y otros. *Constitución de la República Federativa de Brasil*. Saraiva. São Paulo. Brasil. 2003.
177. TORRES DEL MORAL, Antonio. Principios de Derecho Constitucional Español. UCM. Madrid. España. 1992
178. TOURAINE, Alain. O Que é a Democracia. Traducción del original: *Qu'est-ce que la démocratie?* Por FREITAS TEIXEIRA, Guilherme João de. Vozes. Petrópolis. Brasil. 1996.
179. TUR AUSINA, Rosario. El Control parlamentario de los Decretos-Leyes. CEPC. Madrid. España. 2002
180. VERGOTTINI, Giuseppe de. Derecho Constitucional Comparado. Espasa. Madrid. España. 1985
181. VIEIRA, Liszt. Cidadania e Globalização. Record. Rio de Janeiro. Brasil. 1997

182. VILLACORTA MANCEBO. Luis. Reserva de Ley y Constitución. Dykinson. Madrid. España. 1994
183. WOLKMER, Antonio Carlos. El Humanismo en la tradición de la cultura jurídica latinoamericana.
184. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Vol. I. Torino. Utet, 1993
185. Associação Médida Brasileira. Manifesto da Frente Brasileira contra a MP 232.
186. [http://www.amb.org.br/inst\\_noticias\\_amb\\_template.php3?pagina=not\\_050215\\_04](http://www.amb.org.br/inst_noticias_amb_template.php3?pagina=not_050215_04). Marzo/2005;
187. Ato contra MP 232 debe reunir 400 entidades – Edição 193 – Fev/05. [http://empresas.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg\\_article\\_print/1.3916,910372-2920-1,...](http://empresas.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg_article_print/1.3916,910372-2920-1,...) marzo/2005;
188. Representantes dos empresários do Rio defende MP 232. [http://empresas.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg\\_article\\_print/1.3916,910346-2920-1,...](http://empresas.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg_article_print/1.3916,910346-2920-1,...) marzo/2005;
189. Frente dos Advogados avalia rejeição da MP 232. [http://www.mp.232.com.br/n/Frente\\_dos\\_Advogados\\_avalia\\_rejeição\\_MP232.htm](http://www.mp.232.com.br/n/Frente_dos_Advogados_avalia_rejeição_MP232.htm) Marzo/2005;
190. OAB-SP e CIESP Firmam parceria para combater MP 232. [http://www.mp232.com.br/n/OAB-SP\\_e\\_Ciesp\\_firmam\\_parceria\\_para\\_combater\\_MP232.htm](http://www.mp232.com.br/n/OAB-SP_e_Ciesp_firmam_parceria_para_combater_MP232.htm) marzo/2005;
191. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. Busato diz na Câmara que MP 232 é prejudicial e aniquiladora. <http://www.oab.org.br/noticias.asp?id=3719> fev/2005;

192. Íntegra da manifestação da OAB contra MP 232 levada à Câmara.  
<http://www.oab.org.br/noticiaPrint.asp?id=3716> fev/2005;
193. OAB: MP é contrabando jurídico e atentado à Constituição.  
<http://www.oab.org.br/noticiaPrint.asp?id=3715>; fev/2005.
194. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. OAB entrega hoje à Câmara estudo sobre implicações da MP 232.  
<http://www.oab.org.br/noticias.asp?id=3714> fev/2005.
195. Frente Brasileira Contra a MP 232/04. Convocação.  
[http://mp232.com.br/INFORMES/a\\_voz\\_da\\_nacao\\_eoando.htm](http://mp232.com.br/INFORMES/a_voz_da_nacao_eoando.htm). mar/2005.