

LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. ENTRE LA TRIVIALIDAD Y LA CENTRALIZACIÓN JUDICIAL

Virgílio Afonso DA SILVA*

RESUMEN: ¿Es la interpretación conforme a la Constitución una especie de interpretación constitucional, puesto que son las leyes las que se interpretan conforme a la Constitución? ¿Forzar al juez a que salve la ley de una inconstitucionalidad no producirá, contrario a lo que se piensa, mayor fricción entre el legislador y el juez constitucional? Con estas preguntas el autor analiza críticamente los dos fundamentos de la interpretación conforme a la Constitución, la unidad del ordenamiento jurídico y la presunción de constitucionalidad de la ley, para concluir que la institución jurídica analizada puede ser vista como producto de una doble trivialidad: lo que es bueno para Alemania es bueno para Brasil y el respeto al legislador es un lugar común, ya que lo que hace el juez constitucional es compatibilizar la ley con lo que el propio juez, y nadie más, cree que es constitucional. Concluye sosteniendo que la función que le queda a la interpretación conforme a la Constitución en Brasil es la de legitimar sutilmente la centralización de la tarea interpretativa de la Constitución y de todas las leyes en un solo tribunal, excluyéndose cualquier “desobediencia” interpretativa de los órganos judiciales.

ABSTRACT: Is the interpretation according to the Constitution a species of constitutional interpretation being that laws are interpreted according to the Constitution? To force the judge to save the law of an unconstitutionality will not produce, in opposition to which may be thought, greater friction between the legislator and the constitutional judge? With these questions the author critically analyzes both foundations of the interpretation according to the Constitution, the unit of the legal ordering and the presumption of constitutionality of the law, to conclude that analyzing legal institution can be seen as a result of a double triviality: what is good for Germany is good for Brazil and the respect to the legislator is a common place, since what makes the judge constitutional is to make compatible the law with which the own judge, and nobody more, thinks is constitutional. It concludes maintaining that the only function it has been left to the interpretation according to the Constitution in Brazil is the one to subtly legitimize the centralization of the interpretative task of the Constitution and all the laws in a single court, excluding itself any “interpretative disobedience” from the judicial organs.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Investigador de la Escuela de Derecho de São Paulo (FGV-EDESP). Agradezco a Marco Aurélio Sampaio por sus comentarios a las versiones embrionarias de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo reciente sobre interpretación constitucional, al hacer un breve comentario sobre la interpretación conforme a la Constitución, afirmé que era un hecho curioso que tal forma de interpretación se incluyera entre los llamados principios de interpretación constitucional, ya que cuando se habla de interpretación conforme a la Constitución, no se está hablando de interpretación constitucional, pues no es la Constitución la que debe ser interpretada en conformidad consigo misma sino con las *leyes infraconstitucionales*.¹ Por esto, en aquella oportunidad no profundicé en el análisis de este canon interpretativo, que es lo que pretendo hacer ahora en este trabajo. Por lo tanto, queda claro desde el principio que el presente artículo trata sobre interpretación de las leyes, y sólo indirectamente sobre interpretación constitucional.

Es obvio que esto no retira el objeto de estudio del campo del derecho constitucional por dos motivos principales: *a)* Aunque la interpretación conforme a la Constitución sea una interpretación de la ley, el parámetro es la Constitución; *b)* Al definir a la Constitución como parámetro para saber cómo debe interpretarse la ley, no se puede evitar de interpretar, aunque sea en forma mínima, a la propia Constitución.² Pero, repito, en la interpretación conforme a la Constitución, el objetivo principal no es interpretar a la propia Constitución sino a las leyes infraconstitucionales, razón por la cual no puede considerarse como un principio de interpretación constitucional.

Pero afirmar que la Constitución es el parámetro para la interpretación de la ley no significa mucho. En un trabajo acerca de la interpretación conforme a la Constitución, es preciso que se empiece por un concepto, por lo menos preliminar, de este canon de interpretación.

La doctrina brasileña no parece encarar como algo problemático el concepto de interpretación conforme a la Constitución. De forma general, cuando se habla de interpretación conforme a la Constitución, se quiere decir con esto que, cuando hay más de una interpretación posible para un dispositivo legal, se debe dar preferencia a aquélla que sea con-

¹ Cfr. Afonso da Silva, Virgílio, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", en *id.*, (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2004 (en prensa).

² Cfr., en este sentido, Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, p. 219.

forme a la Constitución. Las versiones de este entendimiento citadas más frecuentemente son dos: una jurisprudencial y otra doctrinaria.

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, el marco concerniente a la interpretación conforme a la Constitución es el voto del juez Moreira Alves en la Rep. 1417, de 1987: “[La] interpretación de la norma sujeta a control debe partir de una hipótesis de trabajo, la llamada presunción de constitucionalidad, de la cual se extrae que, entre dos entendimientos posibles del precepto impugnado, debe prevalecer el que sea conforme a la Constitución”.³

En el mismo sentido se expresa la también muy citada definición de Paulo Bonavides:

Una norma puede admitir varias interpretaciones. De éstas, algunas conducen al reconocimiento de la inconstitucionalidad, otras sin embargo consienten en tomarla por compatible con la Constitución. El intérprete, adoptando el método propuesto [la interpretación conforme a la Constitución], tiene que inclinarse por esta última salida o vía de solución. La norma, interpretada “conforme a la Constitución”, será por lo tanto considerada constitucional.⁴

Pueden encontrarse máximas semejantes en la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras en cantidad razonable. Aunque en el debate brasileño sea la producción alemana la que ejerce una influencia más considerable, el recurso a la interpretación conforme a la Constitución tiene una trayectoria también muy grande y frecuente en la Corte Federal suiza. En reiteradas decisiones, los jueces suizos resaltan: “[E]n el control abstracto de la constitucionalidad, la Corte Federal solamente debe declarar la nulidad de una disposición de derecho cantonal si no se presta a ninguna interpretación conforme a la Constitución”.⁵

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, la primera vez que se hizo uso expreso de la idea de interpretación conforme a la Constitución fue en 1953, en los siguientes términos: “[U]na ley no debe

³ *RTJ* 126, 48 (53).

⁴ Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 6a. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 474. *Cfr.*, en el mismo sentido, Ferreira Mendes, Filmar, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 268; Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 175; Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2a. ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 1099.

⁵ *BGE* 109 Ia, 273 (trad. libre). *Cfr.*, en el mismo sentido, entre otras decisiones, *BGE* 111 Ia, 23 (24) e *BGE* 122 I, 118 (20).

ser declarada nula si fuera posible interpretarla de forma compatible con la Constitución, pues se debe presuponer no solamente que una ley sea compatible con la Constitución sino también que esa presunción expresa el principio según el cual, en caso de duda, debe hacerse una interpretación conforme a la Constitución”.⁶

Sin embargo, tal vez sea un antiguo precedente de la Suprema Corte del Estado de Florida en Estados Unidos de América el que resume con mejor claridad lo que en Brasil ha sido escrito sobre la interpretación conforme a la Constitución: “[S]i la ley es razonablemente susceptible de dos interpretaciones, siendo que, según una de ellas, la ley sería considerada inconstitucional y, según la otra, válida, el deber de la Corte es adoptar aquella construcción que salve la ley de la inconstitucionalidad”.⁷

Pueden encontrarse otros ejemplos en las jurisdicciones de diversos países como Portugal,⁸ Italia,⁹ Austria,¹⁰ Colombia,¹¹ Chile y¹² Canadá,¹³ entre otros.

A pesar de la simplicidad de la idea en que se basa la interpretación conforme a la Constitución, no pueden ignorarse algunos problemas rela-

⁶ *BVerfGE* 2, 266 (282) —traducción libre—.

⁷ *Boyton v. State*, So. 2D 536, 546 (1953) —traducción libre—. En la Suprema Corte de los Estados Unidos de América también hay varias decisiones en este sentido, pero ninguna se aproxima tan bien a los términos usados en la discusión brasileña como la decisión del estado de Florida.

⁸ *Cfr.*, recientemente, las sentencias 327/99 y 466/00 del Tribunal Constitucional portugués.

⁹ *Cfr.*, por ejemplo, las sentencias 138/1998 (*Giurisprudenza Costituzionale* 43, 1076) y 139/1998 (*Giurisprudenza Costituzionale* 43, 1092), de la Corte Constitucional italiana. En esta última se puede leer: “el principio de la superioridad de la Constitución... veda a los jueces, ante la existencia de varias interpretaciones posibles, adoptar la que vuelva la disposición legal contraria a la Constitución y les impone elegir la solución interpretativa constitucionalmente conforme” (p. 1096). *Cfr.*, sobre el tema, Amoroso, Giovanni, “L’interpretazione ‘adeguata’ nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità”, *Il Foro Italiano*, núm. 121, t. V, 1998, pp. 89-115.

¹⁰ *Cfr.*, por ejemplo, Slg. 11.576/1987. Sobre el tema, *cfr.* Handstanger, Meinrad, “Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?”, *ÖJZ*, núm. 53, 1998, pp. 169-174.

¹¹ *Cfr.*, por ejemplo, las sentencias C-496/94 y C-109/95.

¹² *Cfr.* Rol 309/2000: “De acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, entre los varios sentidos posibles de una regla de derecho, el intérprete ha de estar por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales”. *Cfr.*, sobre el asunto, Ribera Neumann, Teodoro, “El tribunal constitucional y su aporte al desarrollo del derecho”, *Estudios Públicos*, 34, 1989, pp. 196-228.

¹³ *Cfr.*, por ejemplo, *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific* (1977) 2 SCR 1054; *Friends of Oldman River Society v. Canada* (1992) 1 SCR 3. En la jurisprudencia canadiense, la interpretación conforme a la Constitución se llama *reading down*.

cionados con ella. La interpretación de las leyes y el control de constitucionalidad ejercidos por el Poder Judicial significan siempre un punto de fricción entre este poder y el Legislativo. Y aunque la doctrina jurídica brasileña suele minimizar esta fricción al aceptar como no-problemática la legitimidad del Poder Judicial para controlar los actos del Legislativo, es fácil darse cuenta que un canon interpretativo que fuerce al juez a intentar salvar una ley de la inconstitucionalidad tiende a volver aún mayor esta posibilidad de fricción.¹⁴ Al análisis de éste y otros problemas relacionados con la interpretación conforme a la Constitución están dedicados los próximos tópicos de este artículo, con base en la siguiente estructura:

El tópico siguiente (tópico 2) está dedicado al análisis de los argumentos que la doctrina suele utilizar para fundamentar la interpretación conforme a la Constitución, especialmente la unidad del ordenamiento jurídico (2.1) y la presunción de constitucionalidad de las leyes (2.2). El tópico 3 cuestiona la importancia de la interpretación conforme a la Constitución y sirve de introducción a la parte siguiente, dedicada a la jurisprudencia del Supremo Tribunal federal (tópicos 4 y 5). En la conclusión (tópico 6), además de retomar algunos resultados obtenidos a lo largo del artículo, propongo una hipótesis sobre la función que podrá tener la interpretación conforme a la Constitución en vista de la actual legislación sobre control de constitucionalidad.

II. FUNDAMENTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

En algunos trabajos recientes he intentando demostrar que muchos de los conceptos que una gran parte de la doctrina constitucional brasileña acepta como pacíficos y sedimentados son, en verdad, extremadamente problemáticos.¹⁵ El caso de la interpretación conforme a la Constitución no es diferente.

¹⁴ Es frecuente, no obstante, que se entienda justamente lo contrario, esto es, que la interpretación conforme a la Constitución disminuye la fricción entre el legislador y el juez, y fomenta, por otro lado, el respeto a la separación de poderes. *Cfr.*, sobre esto, el tópico 5, abajo.

¹⁵ *Cfr.*, sobre esto, especialmente Afonso da Silva, Virgílio, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico* (en prensa); Afonso da Silva, Virgílio, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, núm. 1, 2003, pp.

De cierta forma, los argumentos utilizados para justificar el recurso a la interpretación conforme a la Constitución se usan de manera indiscriminada y sin grandes explicaciones, como si su simple mención sin mayores consideraciones fuera suficiente para fundamentar el uso de una figura tan problemática como la de la interpretación conforme a la Constitución. Además, nunca se va más allá de lo que se expone didácticamente en los manuales universitarios alemanes. Pero los argumentos usados para fundamentar la interpretación conforme a la Constitución exigen, en mi opinión, un estudio un poco más detenido. En primer lugar porque, como fue dicho, la mera mención de uno u otro *topos* no es necesariamente suficiente para fundamentar la necesidad de una interpretación conforme a la Constitución; en segundo lugar, porque la “importación” de conceptos y argumentos puede exigir adecuarse a las diferencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos; por último, porque esta “importación” de conceptos y argumentos suele hacerse de forma aislada y unilateral, dejándose de lado toda la historia que puedan tener y, principalmente, todas las controversias que puedan haber surgido durante su evolución. En este sentido, los próximos tópicos están dedicados al análisis de estos argumentos, a saber: 1) La unidad del ordenamiento jurídico y 2) La presunción de constitucionalidad de las leyes. Un último argumento —el respeto a la obra del legislador—, será analizado en la parte final de este artículo.¹⁶

1. *La unidad del ordenamiento jurídico*

Quien ve el ordenamiento jurídico como una pirámide en cuya cumbre se encuentra la Constitución, la mención a la unidad del ordenamiento como fundamento de la interpretación conforme a la Constitución se encara como algo auto-explicativo.¹⁷ Así es que Gilmar Ferreira Mendes entiende que la unidad del ordenamiento jurídico otorga validez a la in-

607-630, y Afonso da Silva, Virgílio, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, núm. 798, 2002, pp. 23-50.

¹⁶ *Cfr.* tópico 5.

¹⁷ *Cfr.*, por ejemplo, Santos Sicca, Gerson dos, “La interpretación conforme a la Constitución —*Verfassungskonforme Auslegung*— en el derecho brasileño”, *RIL*, núm. 143, 1999, p. 20: “El principio en estudio [la interpretación conforme a la Constitución] tiene por base la Constitución como norma superior del ordenamiento, estando toda la actividad hermenéutica vinculada a lo dispuesto en el texto mayor del ordenamiento jurídico”.

terpretación conforme a la Constitución pues “[la]s leyes y las normas secundarias deben interpretarse obligatoriamente en consonancia con la Constitución”.¹⁸ Deben abordarse dos puntos íntimamente relacionados en este paso.

El primero reside en la no-identificación entre la fundamentación dada por Gilmar Ferreira Mendes, entre otros, y el procedimiento de interpretación conforme a la Constitución, pues “tener la Constitución como parámetro interpretativo” —que es en el fondo lo que se quiere decir con unidad del ordenamiento jurídico— y “dar prioridad a la interpretación que mantiene la constitucionalidad de la ley” son ideas bastante diferentes.

El segundo punto es una consecuencia de esa no-identificación. Es fácil percibir que proceder de manera exactamente contraria a lo que propone la interpretación conforme a la Constitución, o sea, declarar la inconstitucionalidad de una ley, garantiza en la misma medida la unidad del ordenamiento. Esto es, el mismo raciocinio —tener la Constitución como parámetro de interpretación— es también la fundamentación de todo y cualquier control de constitucionalidad y, por consecuencia, de la posibilidad de declararse la inconstitucionalidad de una ley.

Por esto, no puede sostenerse que la idea de unidad del ordenamiento jurídico, en la forma defendida por Hesse, y, en Brasil, por Gilmar Mendes entre otros, pueda tener algún valor en la fundamentación de la interpretación conforme a la Constitución ya que, como fue visto, tenerla como presupuesto puede fundamentar acciones diametralmente opuestas.

2. *La presunción de constitucionalidad de las leyes*

Otro de los argumentos usados para fundamentar la necesidad de una interpretación conforme a la Constitución es la presunción de constitucionalidad de las leyes. En la decisión de la Rep. 1417 citada anteriormente, el juez Moreira Alves sostiene que en la interpretación de una disposición legal es necesario que se parta de la hipótesis de trabajo de que

¹⁸ Ferreira Mendes, Gilmar, “A declaração de nulidade da lei inconstitucional”, *Cadernos de Direito Tributário*, núm. 4, 1993, p. 14. *Cfr.*, en este sentido, entre otros, Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, núm. 81, p. 30; Häfelin, Ulrich y Haller, Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4a. ed., Zürich, Schulthess, 1998, núm. 127, p. 43.

toda ley es presumidamente constitucional.¹⁹ La exigencia de una interpretación conforme a la Constitución sería así una consecuencia natural de esta hipótesis de trabajo, ya que si hay al menos dos interpretaciones posibles para un dispositivo legal y sólo una de ellas garantiza su constitucionalidad, ésta es la que debe prevalecer, pues confirmaría la presunción de constitucionalidad de las leyes.

Aunque no sólo en Brasil²⁰ sino también en el exterior²¹ sea una idea bastante difundida, y tal vez por esto aceptada sin muchos cuestionamientos, me parece necesario que la presunción de constitucionalidad de las leyes sea examinada con un poco más de atención, pues esta idea, de la forma en que es tratada en las discusiones sobre la interpretación conforme a la Constitución, es por demás simplista para tener algún valor argumentativo. Además, el predominio que se le da a la constitucionalidad necesita una fundamentación un poco más sólida que la usual que se resume al mero respeto a la obra del legislador.²²

19 *RTJ* 126, 48 (53).

20 *Cfr.*, entre nosotros, Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição*, pp. 160 y ss.; Ferreira Mendes, Gilmar, *Jurisdição constitucional*, 270; Bonavides, Paulo, “A presunção de constitucionalidade das leis e interpretação conforme a constituição”, en *Teoria constitucional da democracia participativa*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 247 y ss. La presunción de constitucionalidad de las leyes está de tal forma sedimentada en el pensamiento jurídico brasileño que tenemos hasta alguien que, por lo menos en la visión del STF, se encarga de celar por ella: el abogado general de la Unión (*cfr.* *RTJ* 131, 958).

21 La doctrina brasileña suele presentar diversos ejemplos de recurso a la presunción de constitucionalidad en el exterior, especialmente en Estados Unidos de América y Alemania. Es importante destacar, no obstante, que en estos países, hay gran controversia respecto a esta idea, controversia que suele ignorarse en los ejemplos mencionados por autores brasileños. *Cfr.*, por todos, para el caso alemán, Kostas Chryssogonos, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, pp. 159 y ss.; y Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Manchen, Beck, t. III, núm. 1, 1988, parágrafo 73, p. 1306; y, para el caso estadounidense, Schauer, Frederick “Ashwander Revisited”, *Supreme Court Review*, 1995, pp. 71-98.

22 Y, como se verá posteriormente, hasta este respeto es dudoso, más todavía si se repara en el hecho de que tamaña deferencia a la obra legislativa suena hasta un poco irónica, principalmente cuando es practicada justamente en el acto del control de constitucionalidad, creado justamente en razón de la desconfianza en la obra del legislador. *Cfr.*, en este sentido, Betterman, Karl-August, *Die Verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*, Heidelberg, C. F. Müller, 1986, p. 24. Sobre la jurisdicción constitucional como señal de desconfianza en la obra del legislador, *cfr.* también Alexy, Robert, “Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en Aarnio, Aulis *et al.* (eds.), *Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik*, Lund, Juristförlaget, 1997, p. 33.

En relación al simplismo de la presunción de constitucionalidad conjugada con la interpretación conforme a la Constitución se acostumbra, cuando existen varias interpretaciones posibles para un determinado dispositivo legal —algunas que implican su inconstitucionalidad, otras, su constitucionalidad—, partir del presupuesto de que ésta es la única variable importante, o sea, de que lo que importa es sólo el hecho de que existen diversas posibilidades interpretativas. No se suele hacer ninguna consideración sobre otros posibles efectos de esas interpretaciones que no sean los relacionados al binomio constitucionalidad-inconstitucionalidad. Por lo que parece, bastaría una simple “chispa” de constitucionalidad para eliminar toda o cualquier duda, por más procedente que sea, acerca de la constitucionalidad de una ley, y todo y cualquier argumento, por más sólido que sea, sobre una posible inconstitucionalidad del dispositivo cuestionado.

De esta forma, aquéllos que aceptan lo que se ha escrito sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes y sobre la interpretación conforme a la Constitución y que sean mínimamente coherentes con los argumentos que suelen traerse a propósito, se darán cuenta rápidamente de que la idea de control de constitucionalidad y la interpretación conforme a la Constitución dejan de tener mucho sentido, pues será difícil no encontrar un argumento por simple que sea, que no sostenga la presunción de constitucionalidad de una ley y, consecuentemente, la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución.

Con esto no quiero sostener que el hecho de que el legislador haya decidido en este o aquel sentido, no deba ser llevado a consideración en el momento de la interpretación constitucional y del control de la constitucionalidad. Por el contrario, la decisión del legislador tiene entre otras cosas, un peso argumentativo fuerte, principalmente en casos complejos en los que las incertidumbres fácticas y normativas son grandes.²³ Pero ese peso extra que se le da a un argumento, por el simple hecho de haber sido la decisión del legislador democráticamente legitimado, es sólo parte de una argumentación más compleja. Éste es un punto importante. Por esta razón, aunque el legislador haya tomado una decisión x y aunque

23 En este sentido, *cfr.* Afonso da Silva, Virgílio, “Um complemento à teoria dos princípios: breves considerações sobre princípios formais e paridade”, en Vilhena Vieira, Óscar (org.), *Teoria constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2004 (en prensa) y Afonso da Silva, Virgílio, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 169.

haya argumentos a favor de su constitucionalidad, es posible que haya otras variables y argumentos que se inclinen a entender que esta decisión del legislador es inconstitucional. Si éstos últimos fueran más fuertes —y éste es un problema de ponderación— puede reverse la decisión del legislador, a pesar de la presunción de constitucionalidad y, especialmente, de la posibilidad de interpretación conforme a la Constitución.

Además de esta posible complejidad de variables que suele ignorarse cuando se habla de interpretación conforme a la Constitución,²⁴ hay otro factor que reduce la importancia de una posible presunción de constitucionalidad de las leyes: la fragilidad de su fundamentación. Como fue mencionado anteriormente, el único argumento usado para fundamentar la presunción de constitucionalidad de las leyes conjuntamente con la interpretación conforme a la Constitución es el supuesto respeto a la obra del legislador y a la separación de poderes.²⁵ No solamente este respeto puede ser un mero pretexto para una “corrección legislativa” por parte del Poder Judicial, como se verá más adelante,²⁶ sino que también no suele ser fundamentado el por qué de este predominio sobre otras variables. Y, además de la deficiencia de la fundamentación, este predominio implica otro problema metodológico: si, como sostiene por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán y, entre nosotros, Gilmar Ferreira Mendes, la presunción de constitucionalidad y la interpretación conforme a la Constitución son un *deber* y, en este sentido, siempre prevalecen en relación a otras posibilidades, no estamos más delante de un argumento sino de una ventaja. Esto excluiría cualquier posibilidad de peso en la interpretación legal y constitucional, ya que peso y ventajas son mutuamente excluyentes.²⁷

Además, recurrir a la separación de poderes y a una prioridad legislativa del legislador es, en este punto, muy poco. Hay varias otras presunciones a las cuales se podría recurrir en el acto de interpretación de la

²⁴ Cfr., en el mismo sentido, Chryssogonos, Kostas, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, p. 161.

²⁵ Cfr., por ejemplo, Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 6a. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 476 y ss. Cfr. también Müller, Friedrich, *Juristische Methodik*, 6a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1995, p. 87. Sobre este tema, cfr. tópico 5, abajo.

²⁶ Cfr. tópico 5.

²⁷ Cfr., sobre este problema, Afonso da Silva, Virgílio, “Ponderación e inconmensurabilidad”, *Anales del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, III, 2004 (en prensa).

ley, todas inspiradas de alguna forma en la Constitución, que podrían militar justamente en sentido contrario, o sea, como argumento a favor de la inconstitucionalidad de una ley. La presunción *in dubio pro libertate*, para dar sólo un ejemplo, es una de ellas. Según una de las acepciones de esta presunción, en el caso de que haya más de una interpretación posible para una ley o dispositivo legal, y una de ellas garantice la libertad de los ciudadanos de forma más efectiva, es a esa interpretación que se deberá dar prioridad.²⁸ Puede ocurrir, no obstante, que una ley restrinja alguna libertad garantizada por la Constitución. Si seguimos la idea subyacente a la interpretación conforme a la Constitución y a la presunción de constitucionalidad, en el caso que haya una interpretación que vuelva constitucional la ley, ésta deberá tener prioridad. Pero es innegable que la libertad de los ciudadanos sería más efectiva si la ley fuese declarada inconstitucional.²⁹

Esto sólo refuerza el argumento de que la interpretación conforme a la Constitución y la presunción de constitucionalidad —y también de máximas como la *in dubio pro libertate*— se basan en premisas excesivamente simplistas y unilaterales para tener algún valor en casos difíciles. Y para los casos simples son simplemente superfluas o triviales.

A. Presunción y prueba

Cuando se presume algo, se establece como presupuesto que ese algo es verdadero. Así, cuando el artículo 1597, I del Código Civil prevé que los hijos nacidos al menos ciento ochenta días después de establecida la convivencia conyugal fueron presumidamente concebidos en la constancia del casamiento, se establece una presunción. Ese raciocinio, típico de las presunciones legales, no puede, sin embargo, ser transportado pura y

²⁸ No se debe confundir, como se ve, la máxima *in dubio pro libertate* con la máxima *in dubio pro reo*. Aunque pueda incluirse esta última en la intención de la primera, las dos no son idénticas, pues la primera es más amplia.

²⁹ *Cfr.*, sobre esta contraposición entre interpretación conforme a la Constitución y la máxima *in dubio pro libertate*, Chryssogonos, Kostas *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, p. 161. Para dar un ejemplo simple: si una ley que, con vistas a fomentar otro derecho fundamental, haya restringido la libertad de asociación pudiera ser interpretada de dos formas, una que mantenga su constitucionalidad y otra que la cuestione, el postulado de la interpretación conforme a la Constitución exigiría la primera interpretación, mientras que la máxima *in dubio pro libertate* exigiría la segunda, ya que, de esta forma, la libertad de asociación sería menos restringida y, en la duda, tendría la preferencia.

simplemente a la presunción de constitucionalidad. Pero exactamente eso es lo que suele hacerse cuando se escribe sobre presunción de constitucionalidad e interpretación conforme a la Constitución.

La idea tradicional de presunción —la llamada presunción *iuris tantum*— bajo la forma del ejemplo del artículo 1597, I, mencionado anteriormente, supone la posibilidad de prueba en contrario. Se puede probar por medio del examen de DNA, por ejemplo, que un hijo no fue concebido en la constancia del casamiento. Por otro lado, la idea de presunción de constitucionalidad no admite prueba en contrario, por el simple hecho de que constitucionalidad e inconstitucionalidad no se prueban. Esto es porque ser constitucional o ser inconstitucional no son propiedades inherentes a la ley. Al contrario de lo que el sentido común parece creer, el control de constitucionalidad no es una especie de búsqueda por un “código genético” inherente a la ley, ansioso por ser descubierto por los científicos del derecho.

De esta forma, cuando se dice que una ley no puede declararse inconstitucional a no ser que sea *fragante*, *incurable* o *comprobadamente* inconstitucional, está haciéndose una transposición equivocada de la idea de presunción fáctica a una presunción normativa, sin darse cuenta que este último tipo de presunción no puede confirmarse o negarse siguiendo el mismo modelo, ya que constitucionalidad e inconstitucionalidad no se prueban.³⁰

B. Presunción y tiempo

Es necesario hacer una última consideración sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes: esta presunción es el resultado de otra, según la cual, el legislador al elaborar una ley pretende hacerlo siempre respetando la Constitución. Con esto, se pierde gran parte de la esperada

³⁰ Solamente cuando la presunción de constitucionalidad se basa en variables fácticas sería posible pensar en comprobar la presunción. Esto porque es posible que la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de una ley dependa de la comprobación de la veracidad de la premisa. Si el legislador, por ejemplo, partiendo del presupuesto de que un determinado grupo de personas, debido a alguna hiposuficiencia, necesita beneficios no concedidos al resto de la población, la constitucionalidad de esa medida podrá depender de la comprobación de la existencia de esa hiposuficiencia. En este caso, se puede hablar de presunción de constitucionalidad con relación a los hechos, que podrán ser comprobados o no. Pero este tipo de presunción es completamente diferente de la presunción de constitucionalidad a la que la doctrina suele hacer referencia.

fuerza argumentativa de la presunción de constitucionalidad como fundamento de la interpretación conforme a la Constitución, ya que sólo es posible suponer que el legislador respete la Constitución en vigor, en el momento de la elaboración de la ley.³¹ Como consecuencia, la presunción de constitucionalidad sólo podría valer en el caso brasileño para las leyes elaboradas, como máximo, a partir del 5 de octubre de 1988, fecha de la promulgación de la Constitución brasileña. Si la ley en cuestión aparentemente contradijera el dispositivo que haya sido agregado a la Constitución por vía de enmienda, una presunción de constitucionalidad sólo podría existir si el dispositivo también fuera posterior a la enmienda referida. Por consiguiente, si la interpretación conforme a la Constitución es una consecuencia de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sólo podría ser aplicada a las leyes posteriores a 1988 o, en varios casos, solamente a leyes incluso más recientes.

III. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. ¿UNA TRIVIALIDAD?

Además de todos los problemas ya analizados a lo largo de los tópicos anteriores, entiendo oportuno antes de pasar a la segunda etapa del objeto de análisis —la práctica jurisprudencial de la interpretación conforme a la Constitución— poner en cuestión un último punto que, de cierta forma, precede a todos los otros: ¿la interpretación conforme a la Constitución agrega algo a la discusión sobre interpretación de las leyes y control de constitucionalidad en el caso brasileño?

A no ser que las definiciones usualmente utilizadas estén incompletas o equivocadas, es posible decir que la interpretación conforme a la Cons-

³¹ *Cfr.*, en este sentido, especialmente Skouris, Wassilios, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973, p. 98, que demuestra, en este paso, la contradicción entre la fundamentación del Tribunal Constitucional alemán para la interpretación conforme a la Constitución a partir de la presunción de constitucionalidad y el hecho de que, la mayoría de las veces, el tribunal recurre a este tipo de interpretación en casos de leyes anteriores a la Constitución de 1949. *Cfr.* también Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 218 y Bogs, Harald, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1966, p. 22. La misma contradicción es también verificada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. *Cfr.*, en este sentido, Scheef, Robert W. “Temporal Dynamics in Statutory Interpretation: Courts, Congress, and the Canon of Constitutional Avoidance”, *University of Pittsburgh Law Review*, núm. 64, 2003, pp. 529-587.

titución no tiene gran significado, por lo menos para el sistema jurídico brasileño.³² Y la razón es simple.

En todos los procesos de control abstracto de constitucionalidad en que se decida por la constitucionalidad de un dispositivo legal, estaremos, de acuerdo a las definiciones expuestas en el tópico 1, delante de una interpretación conforme a la Constitución. Este hecho queda bastante claro en el caso de las acciones directas de inconstitucionalidad (ADI), la acción de control de constitucionalidad por excelencia. Siempre que alguna parte legítima propone una ADI, necesariamente argumentará por la inconstitucionalidad de un determinado dispositivo legal. Si el Supremo Tribunal Federal entiende que el referido dispositivo no es inconstitucional, automáticamente habrá hecho una interpretación conforme a la Constitución por lo menos en los términos de las definiciones usuales de este canon interpretativo, visto que frente a dos posibilidades de interpretación del dispositivo, habrá elegido una que mantiene su constitucionalidad y habrá rechazado la otra aducida como incompatible con la Constitución por quien proponga la acción. No se puede escapar de este modelo pues siempre existirá la interpretación del STF, favorable a la constitucionalidad y la interpretación de quien proponga la acción, favorable a la inconstitucionalidad. Al elegir la interpretación favorable, el STF habrá practicado la interpretación conforme a la Constitución en los términos expuestos tradicionalmente por la doctrina y por la jurisprudencia. En este sentido y sobre la trivialidad de la interpretación conforme a la Constitución, vale lo que Jorge Miranda afirma al respecto: “Todo tribunal y, en general, todo operador del derecho interpreta conforme a la Constitución. Esto quiere decir: acoge, entre varios sentidos *a priori* configurables de la norma infraconstitucional, aquél que le sea conforme o más conforme; y, en el límite, por un principio de economía jurídica, buscan un sentido que... evite la inconstitucionalidad de la ley”.³³

Pero si la interpretación conforme a la Constitución es tan trivial y si no agrega nada a la práctica básica y corriente del control de constitucio-

³² Salvo si hubiera un “significado escondido”, que no sea ninguno de aquéllos comúnmente mencionados por la doctrina y la jurisprudencia brasileñas. *Cfr.*, en este sentido, la parte final de este artículo.

³³ Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, t. VI, p. 73. En el mismo sentido, *cfr.* Bryde, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden, Nomos, 1982, p. 411.

nalidad, ¿por qué hay, especialmente en los últimos tiempos, tanta discusión al respecto?

Veo tres respuestas posibles a esta pregunta. No son tres respuestas que se excluyen. Al contrario, es posible que las tres se complementen en la explicación del problema. La primera de ellas, bastante simple, se resume en el deslumbramiento ante aquello que parece ser novedad y, principalmente, ante aquello que es hecho por juristas de otros países, que sería “la doctrina más moderna”. Ya me manifesté anteriormente sobre este fenómeno, en los siguientes términos: “No es difícil darse cuenta que la doctrina jurídica recibe de forma muchas veces poco ponderada las teorías desarrolladas en el exterior. Y, en este escenario, la doctrina alemana parece gozar de una posición privilegiada ya que, por razones desconocidas, *todo* lo que se produce en literatura jurídica germánica parece ser encarado como revestido de un aura de cientificismo y verdad indiscutibles”.³⁴

No sería exagerado decir que, en el área jurídica, cada vez más valdría el axioma “lo que es bueno para Alemania, es bueno para Brasil”. Pero más allá de ese mero deslumbramiento, es posible que la interpretación conforme a la Constitución venga ganando cada vez más impulso por otras dos razones íntimamente unidas. Al análisis de la primera está dedicado el tópico 5, mientras que la segunda será abordada en la conclusión de este artículo (tópico 6). Antes, sin embargo, caben algunas consideraciones sobre la práctica de la interpretación conforme a la Constitución en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

IV. EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

La discusión acerca de la interpretación conforme a la Constitución sigue el mismo parámetro de otras discusiones relativas a modelos de interpretación y control de constitucionalidad desarrollados en otros países y acogidos en Brasil. Hay una enorme distancia entre aquello que la doctrina expone, aquello que la jurisprudencia sostiene aplicar y aquello que

³⁴ Afonso da Silva, Virgílio, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico” (en prensa).

la jurisprudencia de hecho aplica.³⁵ Todo lo que la doctrina brasileña expone y que fue analizado en la primera parte de este artículo, esto es, el concepto de interpretación conforme a la Constitución y su fundamentación, no fue todavía asimilado por el Supremo Tribunal Federal, aunque mencione la interpretación conforme a la Constitución en un sinnúmero de juzgados. Estos juzgados, no obstante, raramente hacen uso de la interpretación conforme a la Constitución de la forma como pretende la doctrina. Con base en lo que de hecho ocurre, es posible diferenciar dos tipos de actuación del STF en relación a la interpretación conforme a la Constitución que serán analizados a continuación.

1. *Interpretación conforme a la Constitución y nulidad parcial sin modificación de texto*

En la jurisprudencia y en la literatura jurídica alemanas, que sirven de fuente para la discusión brasileña sobre interpretación conforme a la Constitución, suele hacerse una diferenciación, aunque no de manera uniforme y libre de controversias, entre interpretación conforme a la Constitución por un lado y nulidad parcial sin modificación de texto, por otro.³⁶ No es el momento de hacer un análisis profundo del problema pero algunas consideraciones son imprescindibles.³⁷

El STF, la mayoría de las veces, se refiere a una “interpretación conforme a la Constitución sin reducción de texto”.³⁸ La redundancia —o confusión— es evidente, pues parece claro que si es mera interpretación (conforme a la Constitución), la redacción del texto no podrá modificarse. La diferencia primordial entre interpretación conforme a la Constitución y declaración de nulidad parcial sin modificación de texto consiste en el hecho de que la primera, al pretender dar un significado al texto legal que sea compatible con la Constitución, se ubica en el ámbito de la

³⁵ El mismo fenómeno ocurre, a mi entender, en el campo de la regla de la proporcionalidad. *Cfr.*, en este sentido, Silva, Virgílio Afonso da, “O proporcional e o razoável”, *RT*, núm. 798, 2002, pp. 23-50.

³⁶ La doctrina y la jurisprudencia han preferido la expresión “sin *reducción* de texto”.

³⁷ Para una mayor profundidad, *cfr.* Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht*, núm. 434-435, pp. 297 y 298. *Cfr.* también Seetzen, Uwe, “Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung”, *NJW*, 1976, pp. 1999 y ss. En portugués, *cfr.* Sobre todo Ferreira Mendes, Gilmar, *Jurisdição constitucional*, pp. 274 y ss.

³⁸ *Cfr.*, para decisión reciente, *RTJ*, núm. 181, p. 54.

interpretación de la ley mientras que, la nulidad parcial sin modificación de texto se ubica en el ámbito de la *aplicación*, pues pretende excluir algunos casos específicos de la aplicación de la ley. ¿Hay alguna diferencia entre ambas? Hay dos, una relacionada a un problema de competencia, otra, a una cuestión metodológica.

La primera —relativa a la competencia— se explica por el hecho de que, especialmente en un sistema concentrado como el alemán, los jueces en general no tienen competencia para declarar la nulidad de una ley, pues esta es una competencia exclusiva del tribunal constitucional. Por eso, aunque los jueces puedan hacer interpretación conforme a la Constitución no pueden declarar la nulidad parcial, con o sin modificación del texto de la ley.³⁹ Cabe preguntar si esta distinción vale para el sistema mixto de control de constitucionalidad existente en Brasil. Este es un tema no explorado todavía y aquí no hay espacio para desarrollos mayores. Incluso así, me parece que a los jueces y tribunales brasileños, en el ejercicio de control incidental de constitucionalidad, tampoco les cabe decidir por la nulidad total o parcial, con o sin modificación del texto de una ley. La competencia para declaración de la nulidad de una ley, en total o en parte es, también en el sistema brasileño, exclusiva del Supremo Tribunal Federal. Lo que los otros juzgados pueden hacer es simplemente dejar de aplicar una ley a un caso concreto en el caso que entiendan que sea inconstitucional.

Pero, aunque esta distinción relativa a la competencia sea procedente y que, por lo menos en este aspecto, interpretación conforme a la Constitución y declaración de nulidad parcial sin modificación de texto sean categorías diferentes, permanece la pregunta sobre esa distinción en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, ya que sin duda tiene competencia para utilizar ambas. Aquí se inserta la distinción metodológica citada anteriormente.

En ambas categorías —interpretación conforme a la Constitución y declaración parcial de nulidad sin modificación de texto— hay innegablemente una similitud: el texto de la ley no sufre alteraciones. Pero esto es muy poco para justificar la equiparación o la confusión de ambas, como suele hacer el STF.

³⁹ Cfr. Schlaich, Klaus y Koriath, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 297, n. 435.

La primera diferencia metodológica reside en el hecho de que la interpretación conforme a la Constitución es una técnica de interpretación, mientras que la declaración de nulidad parcial sin modificación del texto de la ley es el *resultado* de un control de constitucionalidad.⁴⁰ Sería posible indagar si este no es exactamente el resultado de aquélla.⁴¹ Creo que no. Aquí se inserta una segunda diferencia metodológica.

La interpretación conforme a la Constitución, en la forma en la cual la define la doctrina, no tiene como resultado excluir casos o destinatarios de la aplicación de la norma, mientras que este es el resultado por excelencia de la declaración de nulidad parcial sin modificación de texto. Eso significa que la declaración de nulidad no pretende salvar la ley cambiando su significado sino excluyendo su aplicación para determinados casos o determinados destinatarios. La ADI 1521-MC puede servir como un buen ejemplo de esta diferencia.⁴²

La enmienda constitucional núm. 12 a la Constitución del estado de Río Grande del Sur, en su artículo 1o., párrafo 5o., vedaba la nominación para cargos en comisión de cónyuge y parientes consanguíneos hasta segundo grado, del gobernador, jueces de tribunal de justicia o de apelación, diputados del Estado, entre otros, en los ámbitos definidos en sus seis incisos. El objetivo claro del dispositivo era impedir el llamado nepotismo en la esfera pública. La enmienda en abstracto no es incompatible con la Constitución, pero la aplicación de ese dispositivo a casos de personas que hubiesen sido anteriormente aprobadas en concurso lo sería. Ante esto, Octavio Gallotti, juez del STF, propuso una declaración de nulidad parcial sin cambio en el texto del dispositivo —pero llamó ese procedimiento de interpretación conforme a la Constitución—. ⁴³ Como resultado, el dispositivo permanecería intacto, su significado —unívoco, puede decirse— también, pero su aplicación a determinados casos —ser-

⁴⁰ Sobre este problema metodológico, *cf.* Prüm, Hans Paul, *Verfassung und Methodik*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, p. 104.

⁴¹ La misma relación hace Coelho, Inocêncio Mártires, “Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, mediante interpretação conforme: um caso exemplar na jurisprudência do STF”, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, núm. 23, 1998, pp. 169-188.

⁴² El uso de la ADI 1521 (RTJ 173, 424), más específicamente de las opiniones expresadas en los votos de los jueces Octavio Gallotti (pp. 439 y 440) y Néri da Silveira (pp. 441 y 442), sirve aquí con propósitos solamente esclarecedores porque la decisión final no acató las propuestas de estos jueces en el punto aquí narrado.

⁴³ RTJ, 173, 424 (440). *Cfr.*, en el mismo sentido, RTJ, 167, 376 (385, 393, 395 y *passim*).

vidores que han concursado, aunque dentro del soporte fáctico de la norma— sería excluida.

Con esto queda clara una tercera diferencia metodológica: la interpretación conforme a la Constitución tiene como objetivo evitar, en abstracto, la inconstitucionalidad de una norma. Ya la nulidad parcial sin modificación de texto no se refiere a la definición del contenido de la norma en abstracto, sino a su aplicación en concreto.

Finalmente, una última diferencia relacionada a la fundamentación de ambas. Según lo que la doctrina suele afirmar, la interpretación conforme a la Constitución es una consecuencia —cuestionable, como se vio y se verá— de la presunción de constitucionalidad de las leyes y del respeto a la obra del legislador. Sería difícil suponer que esta diferencia pudiese fundamentar también una declaración de nulidad, aunque parcial, de esta misma obra.

2. *Mero esclarecimiento de significado*

El otro grupo de decisiones se caracteriza por el recurso superfluo a la interpretación conforme a la Constitución. En el caso de la ADI 234, por ejemplo, el STF decidió que la mención a “autorización legislativa”, constante en el artículo 69 de la Constitución del estado de Río de Janeiro⁴⁴ significaba “autorización por medio de ley formal específica” y que tal ley sólo sería exigible cuando la alienación de las acciones implicara la pérdida del control accionario de la sociedad. En los demás casos, la alienación no dependería de ley.⁴⁵

¿Qué hizo el STF al decidir de este modo? El tribunal definió el significado de la expresión “autorización legislativa” y el alcance de la exigencia de ley para los casos de alienación de acciones de las sociedades de economía mixta. Apenas delimitó el significado de esa exigencia.⁴⁶ El STF, al definir ese significado, afirma en varios pasajes que procedió a

44 Constitución del Estado de Río de Janeiro, artículo 69: “Las acciones de sociedades de economía mixta pertenecientes al Estado no podrán ser alienadas, a cualquier título, sin autorización legislativa”.

45 *RTJ*, 167, 363 (se refiere a la cuestión de orden —ADI 234-QO— pero reproduce el contenido de la decisión principal).

46 En este sentido, además de haber hecho una simple interpretación del contenido de una expresión contenida en un dispositivo legal, excluyó también la exigencia de ley de ciertos casos, declarando la exigencia, por consiguiente, parcialmente nula.

una interpretación conforme a la Constitución. Lo curioso es notar, no obstante, que el tribunal en ningún momento usó la Constitución como parámetro. La única referencia legal, en sentido amplio, fue a la ley 8031/90 que en gran medida sirvió de parámetro para la interpretación del artículo 69 de la Constitución de Río de Janeiro. No se puede decir, por lo tanto, que el STF hizo una interpretación conforme a la Constitución en ninguno de los sentidos que ese concepto pueda tener.⁴⁷

V. EL RESPETO AL LEGISLADOR, LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL DOGMA DE LA LEGISLACIÓN NEGATIVA

Cuando el Poder Judicial recurre a la interpretación conforme a la Constitución, intenta darle al dispositivo legal cuestionado, bajo el pretexto de respetar al legislador y evitar la declaración de nulidad, una interpretación que sea compatible con la Constitución. Lo que ocurre es que el respeto al legislador es un mero lugar común. En verdad, el tribunal da *su* interpretación al dispositivo para compatibilizarlo con aquello que *el propio tribunal*, y nadie más, cree que es constitucional. Y esta es exactamente, en el ámbito del control de constitucionalidad, la tarea del tribunal: interpretar un dispositivo cuestionado y verificar si es compatible con la interpretación que el mismo tribunal hace de la Constitución. Entonces, ¿por qué razón el tribunal recurre a la figura de la interpretación conforme a la Constitución?

El STF reiteradamente afirma que no es papel del Poder Judicial ser lo que el tribunal llama “legislador positivo” o sea, no es su papel suplir omisiones o corregir fallas en la legislación. Su función, especialmente en el control de constitucionalidad, es la de legislador negativo, lo que

⁴⁷ Cfr. también el caso del *RE* 241. 292 (RTJ 178, 919). En el voto del relator, Ilmar Galvão, vencedor en la parte que aquí interesa, sólo hace mención a la interpretación que él entiende correcta a uno de los dispositivos cuestionados (artículo 5o. de la Ley 4964/89, del Estado de Bahía) y ni siquiera al menos hace mención a la interpretación conforme a la Constitución (p. 926). En la decisión final se lee, sin embargo: “en lo que toca al artículo 5o. de la Ley núm. 4964/89, prestó [el Tribunal] interpretación conforme a la Constitución, en los términos del voto del Señor Juez-Relator” (pp. 920 y 951). Lo que era sólo la interpretación de un dispositivo legal se volvió interpretación conforme a la Constitución, con base sólo, según parece, en la lectura que el juez Nelson Jobim hizo del voto del relator (p. 941), pero no, como consta en la sentencia, con base en el propio voto del relator. Saber si se trata o no de interpretación conforme a la Constitución es importantísimo, como se verá al final de este artículo.

significa decir que el tribunal puede, como máximo, negar la constitucionalidad de la obra legislativa, pero nunca producir algo en su lugar o corregirla.⁴⁸ Con rarísimas posiciones divergentes, ésta es la regla en el STF.⁴⁹

Ante este escenario, la idea de interpretación conforme a la Constitución puede desempeñar un papel importantísimo que es el de posibilitar que el STF se mantenga fiel, al menos aparentemente, a su dogma de la legislación negativa, y, al mismo tiempo, *corrija* o *extienda* la obra del legislador cuando lo entienda necesario.⁵⁰

Esto porque, al contrario de lo que la doctrina y la jurisprudencia insisten en negar, la interpretación conforme a la Constitución implica, exceptuándose casos más banales, una posibilidad de alteración en el sentido de la ley, principalmente cuando se intenta ir más allá de lo que el propio texto dispone.⁵¹ Está claro que, de cierta forma, siempre que un juez interpreta un dispositivo legal, estará atribuyendo un significado a la ley,⁵² un sentido que puede no ser el sentido que la mayoría parlamenta-

⁴⁸ *Cfr.*, por ejemplo, más allá de la propia decisión en la Rep. 1417 —RTJ 126, 48 (68 s.)—, también RTJ 143, 57 (59); 146, 461 (465); 153, 765 (768); 161, 739 (745); 175, 1137 (1139); 177, 657 (663); 178, 22 (23, 29 s.).

⁴⁹ *Cfr.*, por ejemplo, RTJ 177, 657 (662), voto del juez Marco Aurélio Mello, que encara “con mucha reserva esta premisa según la cual el Supremo Tribunal Federal... no puede adoptar una postura que termine por implicar la normatividad positiva”. En la doctrina, *cfr.*, por todos, Streck, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pp. 444, 451 y ss.

⁵⁰ *Cfr.* la discusión en el RE 241.292, en que el juez Moreira Alves expresa su opinión de que la interpretación —conforme a la Constitución, en los términos del voto del juez Nelson Jobim— modificaría el sentido de la ley (RTJ 178, 919 [942]). La interpretación propuesta fue, sin embargo, aceptada por el tribunal.

⁵¹ No ignoro, obviamente, las constantes advertencias, principalmente por parte de la doctrina, de que el Poder Judicial, al hacer una interpretación conforme a la Constitución, no puede ir más allá de lo que el texto de la ley permite (*cfr.*, en este sentido, Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, pp. 473 y ss.; Ferreira Mendes, Gilmar, *Jurisdição constitucional*, pp. 224 y ss.). El problema “texto como límite de la interpretación” es demasiado complejo para ser tratado aquí sólo de paso. Es preciso tener en mente, no obstante, que de la misma forma que es el juez quien decide lo que es y lo que no es conforme a la Constitución, cabe también al mismo juez decidir cuáles son los límites interpretativos que impone el texto legal. *Cfr.*, sobre el problema, Streck, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, pp. 451 y ss. Para una discusión actualizada sobre el problema del “texto como límite de la interpretación”; *cfr.*, por todos, Klatt, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

⁵² Por esto, no me parece que sea procedente la sugerencia de Lenio Luiz Streck de que la interpretación conforme a la Constitución debería ser llamada, “si quisiéramos mantenernos fieles al origen del instituto”, “atribución de sentido conforme a la Constitución” (*cfr.* Streck, Lenio Luiz,

ria imaginaba al aprobar la ley. Esto en sí mismo no es problemático —a no ser para aquéllos que piensan que interpretar la ley es intentar encontrar la voluntad del legislador—. Lo problemático es intentar esconder este hecho recurriendo a una supuesta interpretación conforme a la Constitución.

VI. CONCLUSIÓN

Como conclusión, retomo dos argumentos desarrollados a lo largo del artículo con la intención de reforzarlos y evitar entendimientos equivocados, y finalmente, intento responder a la pregunta sobre lo que queda de la interpretación conforme a la Constitución si se parte del presupuesto de que las críticas aquí hechas son procedentes.

1. Cuando menciono en el tópico 2.2 que la interpretación conforme a la Constitución es un criterio interpretativo excesivamente simplista, no pretendo con esto refutarlo con base en la crítica de que no resuelve definitivamente los problemas que se propone resolver. Ningún *topos*, ninguna máxima, ningún criterio interpretativo es suficiente, por sí solo, para resolver de forma definitiva los problemas complejos de la interpretación jurídica. Todos ellos tienden a funcionar como mera idea regulativa que

Jurisdição constitucional e hermenêutica, p. 450). A mi forma de ver, hay tres equívocos aquí. El primero, más simple y menos importante, atañe a la necesidad discutible de mantenerse fiel a algo y, más allá de eso, de que la fidelidad deba ser al instituto tal como es pensado en Alemania, que no es, al contrario de lo que afirma Streck, su país de origen. Pero lo más importante se refiere a la distinción entre “interpretación” y “atribución de sentido”. Para justificar su tesis, Streck recurre a la denominación en alemán de la interpretación conforme a la Constitución, *verfassungskonforme Auslegung*, para afirmar que, en alemán, *Auslegung* tiene un significado de *descubrimiento* de significado, que no sería compatible con la interpretación jurídica, que siempre implica *producción de sentido*. Esta es, a mi forma de ver, una tesis equivocada. Ante todo, porque la palabra *Auslegung*, en alemán, a pesar de un uso particular que pueda tener en la obra de uno u otro autor, se emplea, en el lenguaje jurídico, como mero sinónimo de *Interpretation*. La única diferencia entre ambas palabras es etimológica. *Verfassungskonforme Auslegung* sería, por consiguiente, sinónimo de *Verfassungskonforme Interpretation*. Y, en español (como en portugués), hay sólo una traducción para ambas, que es *interpretación*. Finalmente, más allá de este mero problema terminológico alemán, la tesis de Streck se revela equivocada si la comparamos con las ideas del mismo Streck. En todo momento, el autor insiste en subrayar que todo proceso interpretativo es un proceso productivo, que la *interpretación es siempre producción y atribución de significados* (*cfr.*, por ejemplo, p. 445). Si esto es correcto —y pienso también que lo es— ¿qué razón habría para cambiar la denominación de *interpretación*, conforme a la Constitución, a *atribución de sentido*, conforme a la Constitución? Si toda interpretación *siempre* es atribución de sentido, la propuesta parece ser superflua.

sólo apunta a una dirección para ser seguida. La falla de la interpretación conforme a la Constitución reside justamente en el hecho de no poder desempeñar ni siquiera esta función, puesto que apunta a una dirección completamente equivocada que se basa en el deber de intentar *salvar* toda y cualquier ley que, aunque mínimamente, posea alguna chispa de constitucionalidad. En este sentido, el *topos* “interpretación conforme a la Constitución” es, en mi opinión, equivocado.

2. Es necesario también alejar el riesgo de una posible confusión que, quizás, alguna de las críticas formuladas podrían causar. Cuando afirmo que el juez, al supuestamente proceder a una interpretación conforme a la Constitución, está moldeando la ley según parámetros que pueden no coincidir con los parámetros imaginados por el legislador, no pretendo con eso condenar ese proceder, y esto por el simple hecho de que esa es una implicación natural de todo control de constitucionalidad y de toda aplicación de la ley por los órganos judiciales. Lo que pretendí destacar fue justamente la desavenencia entre lo que la doctrina predica —respecto al legislador y a la separación de poderes— y los efectos que la interpretación conforme a la Constitución puede tener, y que son justamente los de corregir o extender aquello que la ley dispone.

¿Y qué es lo que queda de la interpretación conforme a la Constitución? ¿Desempeña alguna función en el modelo brasileño de control de constitucionalidad? Sí, pero ninguno de los que la doctrina suele identificar. La interpretación conforme a la Constitución desempeña una función de legitimación sutil de la centralización de la tarea interpretativa —no sólo de la Constitución sino de todas las leyes— en las manos del Supremo Tribunal Federal. El párrafo único del artículo 28 de la ley 9868/99 prescribe que las declaraciones de constitucionalidad, *inclusive la interpretación conforme a la Constitución*, tiene eficacia contra todos, y efecto vinculante en relación a los órganos del Poder Judicial y a la administración pública federal, estadual y municipal. ¿Cuáles son las consecuencias de este dispositivo? Son mucho mayores de lo que se suele creer.

Basta que el Supremo Tribunal Federal dé el nombre de interpretación conforme a la Constitución a cualquier aclaración de significado de un término de determinado dispositivo legal, en la forma que ya vimos,⁵³

53 Cfr. los comentarios acerca de la decisión en la ADI 234, en el tópico 4.2 de este artículo.

para que cualquier interpretación divergente, *aunque sea también en el sentido de mantener la constitucionalidad de una ley*, se vuelva imposible. Con esto, el Supremo Tribunal Federal no solamente desempeña su función de guardián de la Constitución de forma cada vez más centralizada, sino también pasa a tener la posibilidad casi ilimitada de excluir cualquier “desobediencia” interpretativa por parte de casi todos los órganos judiciales que, hasta al presente, siempre tuvieron en el sistema brasileño gran libertad para interpretar la Constitución. Para esto, la interpretación conforme a la Constitución calza como un guante.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AFONSO DA SILVA, José, *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.
- , *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- , “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, en SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2004.
- , “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, núm. 798, 2002.
- , “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, núm. 1, 2003.
- , “Um complemento à teoria dos princípios: breves considerações sobre princípios formais e paridade”, en VILHENA VIEIRA, Óscar (ed.), *Teoria constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2004.
- ALEXY, Robert, “Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en AARNIO, Aulus et al. (eds.), *Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997*, Lund, Juristförlaget, 1997.
- AMOROSO, Giovanni, “L’interpretazione ‘adeguatrice’ nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità”, *Il Foro Italiano*, t. V, núm. 121, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo, Saraiva, 1996.

- BETTERMANN, Karl-August, *Verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren*, Heidelberg, C. F. Müller, 1986.
- BOGS, Harald, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1966.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 6a. ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- , “A presunção de constitucionalidade das leis e interpretação conforme a Constituição”, en BONAVIDES, Paulo, *Teoria da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, São Paulo, Malheiros, 2001.
- BRYDE, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1982.
- CHRYSSOGONOS, Kostas, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normkontrolle*, Berlin, Duncker y Humblot, 1987.
- COELHO, Inocêncio Mártires, “Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, mediante interpretação conforme: um caso exemplar na jurisprudência do STF”, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, núm. 23, 1998.
- FERREIRA MENDES, Filmar, “A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã”, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, 4, 1993.
- , *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2a. ed., Coimbra, Almedina, 1998.
- GUSY, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Duncker y Humblot, 1985.
- HÄFELIN, Ulrich y HALLER, Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4. Aufl. Zürich, Schulthess, 1998 (1. Aufl. 1984).
- HANDSTANGER, Meinrad, “Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?”, *Österreichische Juristenzeitung*, núm. 53, 1998.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1993.
- KLATT, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze: Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

- MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, t. VI: *Inconstitucionalidade e garantia da constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 6. Aufl., Berlin, Duncker y Humblot, 1995 (1. Aufl., 1971).
- PRÜMM, Hans Paul, *Verfassung und Methodik: Beiträge zur verfassungskonformen Auslegung, Lückenergänzung und Gesetzeskorrektur unter besonderer Berücksichtigung des vierten Änderungsgesetzes zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Berlin, Duncker y Humblot, 1977.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “El tribunal constitucional y su aporte al desarrollo del derecho”, *Estudios Públicos*, 34, 1989.
- SANTOS SICCA, Gerson dos, “A interpretação conforme a constituição —*Verfassungskonforme Auslegung*— no direito brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 143, 1999.
- SCHAUER, Frederick, “Ashwander Revisited”, *Supreme Court Review*, 1995.
- SCHEEF, Robert W., “Temporal Dynamics in Statutory Interpretation: Courts, Congress, and the Canon of Constitutional Avoidance”, *University of Pittsburgh Law Review*, núm. 64, 2003.
- SCHLAICH, Klaus y KORIOTH, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5. Aufl., München, C. H. Beck, 2001 (1. Aufl. 1985).
- SEETZEN, Uwe, “Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung”. *NJW*, 1976.
- SKOURIS, Wassilios, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlin, Duncker y Humblot, 1973.
- STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III-1, Allgemeine Lehre der Grundrechte, München, C. H. Beck, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

