

# JURISDICCIONALIZAR LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CRISIS ECONÓMICA EUROPEA. UN ANÁLISIS DE LAS JURISPRUDENCIAS CONSTITUCIONALES ITALIANA Y PORTUGUESA

*Dr. Bruno Brancati \**

**SUMARIO:** 1. Objetivo del trabajo y preguntas de investigación. 2. La selección de los casos jurisprudenciales. 3. Argumentos adversos a la jurisdiccionalización de los derechos sociales. 4. El control de proporcionalidad. 4.1. Una discutible exaltación de la sensibilidad del juez. 4.2. La carga de justificación y el juez “no omnisciente”. 5. La limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. 6. Conclusiones.

## **1. Objetivo del trabajo y preguntas de investigación.**

El presente trabajo tiene como objeto analizar algunas decisiones relacionadas con los derechos sociales, emitidas por la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional Portugués en los años de la profunda crisis económica que ha afectado a Europa. El objetivo es verificar si los jueces constitucionales en cuestión han hecho uso de técnica “adaptadas” para hacer frente a los desafíos de la crisis y si ocupándose de cuestiones de alto nivel político (como las

cuestiones relacionadas con la repartición de recursos, asignación de fondos públicos) hayan corrido el riesgo de comprometer la propia naturaleza jurisdiccional. Después de haber citado algunas razones que llevaron a centrar el análisis en las dos jurisdicciones constitucionales *supra* mencionadas (sección 2), y después de haber retomado algunos argumentos clásicos utilizados para contestar la jurisdiccionalización de los derechos sociales (sección 3), se presentarán las dos técnicas individualizadas, es decir, el control de proporcionalidad (sección 4) y la limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad (sección 5). Por último, se presentarán las conclusiones (párr. 6).

## **2. La selección de los casos jurisprudenciales.**

En primer término, es necesario explicar las razones de la selección del caso portugués y el caso italiano. En efectos, son muchísimos los casos jurisprudenciales “generados” en el contexto de la crisis económica europea que despiertan un gran

\* *Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Obtuvo un contrato como investigador en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Italia (SSSUP) y actualmente se desempeña como investigador en la Universidad de Pisa, Italia. Además, es colaborador en la Especialidad en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos que organiza anualmente la Universidad de Pisa.*

\*\* *La traducción del presente artículo del italiano al español fue realizada por Haideer Miranda Bonilla.*

interés. Como se ha señalado «la crisis ha dado una ulterior aceleración al proceso de “jurisdiccionalización” de los conflictos políticos y demandas sociales, esto en acto desde hace tiempo...».<sup>1</sup> Sin embargo, puede tener sentido para llevar a cabo un estudio sobre la jurisprudencia constitucional, italiana y portuguesa. La constituciones italiana y la portuguesa se proyectan hacia una ambiciosa protección de los derechos sociales. Algunos autores han afirmado que en el ámbito de los 28 países de la Unión Europea, el catálogo de los derechos sociales contenidos en la Constitución Portuguesa es de resaltar por su extensión y detalle.<sup>2</sup> La forma de Estado Social en Portugal adquiere un significado del todo peculiar. GOMES CANOTILHO incluso habla de una “versión específica” del Estado Social. El Estado Social<sup>3</sup> se concibe como un componente constitutivo de la dimensión

democrática.<sup>4</sup> Además, en la Constitución Portuguesa los derechos sociales son verdaderos y propios derechos subjetivos, no principios o directrices. La Constitución exige la creación de las instituciones de *welfare* necesarias para la implementación de los derechos sociales, trazando los principios fundamentales y las líneas fundamentales de la organización interna.<sup>5</sup> En virtud de que se encuentran previstos en la Constitución, los derechos sociales, se benefician de la protección otorgada por el sistema de justicia constitucional portugués.<sup>6</sup>

También el contenido social de la Constitución italiana es muy ambicioso. El catálogo de derechos sociales se destaca por su amplitud y originalidad,<sup>7</sup> y su relevancia «no es según aquello reservado a las libertades civiles y los derechos políticos».<sup>8</sup>

- 
- 1 A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione, Relazione conclusiva per l'Italia delle V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale su La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale, Lecce 14-15 settembre 2012* in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 5.
  - 2 Ver M. B. VIEIRA – F. C. DA SILVA, *Getting rights right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal*, in *ICON 2013*, vol. 11, n. 4, 898. La Costituzione portoghese dedica ben 29 articoli ai diritti sociali. Si rammenta che nella Costituzione portoghese il catalogo di diritti fondamentali è suddiviso in due grandi categorie, corrispondenti alla distinzione tradizionale tra diritti civili e politici e diritti economici e sociali (vedi M. CANOTILHO, T. VIOLANTE, R. LANCEIRO, *Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis*, *World Congress of Constitutional Law 2014 – Constitutional Challenge: Global and Local – Workshop 4: Social rights an the challenges of economic crisis*, disponibile su <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-canotilho,%20violante%20&%20lanceiro.pdf>, 4). Questi ultimi autori precisano che, nonostante il diverso regime di protezione, «there is no constitutional hierarchy of rights» (IVI, 5).
  - 3 Ver J. J. GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese* (a cura di R. Orrù), Giappichelli, Torino, 2006, 49. L'art. 2 indica come obiettivo dello Stato di diritto democratico “la realizzazione della democrazia economica, sociale e culturale”. In base all'art. 9.d, uno dei compiti fondamentali dello Stato è “promuovere il benessere e la qualità della vita del popolo e l'eguaglianza reale tra i cittadini, così come l'effettività dei diritti economici, sociali, culturali e ambientali, mediante la trasformazione e la modernizzazione delle strutture economiche e sociali”. La democrazia sociale (che comprende pure gli aspetti economico e culturale) sarebbe la versione specifica dello Stato sociale portoghese.
  - 4 Infatti, la democrazia portoghese è costituita di due componenti fondamentali, fortemente compenetrata tra di loro: la democrazia politica e la democrazia sociale Vedi *ibidem*.
  - 5 Ver M. B. VIEIRA – EIRA HDA SILVA, *Getting rights right*, cit., 902.
  - 6 *Entre ellas entra también la inconstitucional por omisión. Vedi ibidem*.
  - 7 Ver C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 361.
  - 8 M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 91.

Estos son derechos fundamentales,<sup>9</sup> que tienen plena dignidad constitucional, en cuanto están estrechamente vinculados con la formación de la persona humana,<sup>10</sup> y contribuyen además «a la actuación de los principios supremos de democracia, pluralismo y de participación».<sup>11</sup> Además, como ha reconocido también la *Corte Costituzionale*, los derechos sociales deben ser clasificados como derechos inviolables.<sup>12</sup> Por estas características, se afirmó que «eventuales deficiencias desde el punto de vista financiero no pueden invocarse como justificación legítima para eximir al Estado a otorgar prestaciones impuestas por la Constitución».<sup>13</sup>

Si los textos de la Constitución italiana y de la portuguesa tienen en común la ambición de proteger y tutelar con decisión los derechos sociales, entonces puede ser interesante observar qué tipo de respuestas han dado a la crisis las respectivas jurisdicciones constitucionales. Por lo tanto, el análisis se centrará en la jurisprudencia constitucional de los relativos ordenamientos.

### 3. Argumentos adversos a la jurisdiccionalización de los derechos sociales.

Al respecto, antes de iniciar el análisis jurisprudencial, es oportuno hacer algunas premisas generales sobre la “jurisdiccionalización de los derechos sociales”. Como es notorio en la doctrina son frecuentes algunos argumentos que se han convertido en “clásicos” que son utilizados para criticar la jurisdiccionalización de los derechos sociales y en general de las cuestiones relacionadas con la repartición de fondos o de de asignación de recursos. Esta orientación de pensamiento es, por así decirlo, transversal, ya que es verificable en diversos ordenamientos y en diversos momentos históricos. Se puede señalar al menos cuatro de estos argumentos:

- a) legitimación democrática: la Asamblea Legislativa, en la que se expresa la representación democrática, constituye la institución en la que se puede expresar el mayor número de voces posibles, y

9 «né più né meno che i diritti di libertà». Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 154. Vedi anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 364-366.

10 Ver C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 362. L'A. ricorda che il fondamento dei diritti sociali, «anziché essere circoscritto al solo art. 3 cpv., è stato esteso anche al principio di eguaglianza formale (art. 3, 1° comma) ed al principio dei diritti inviolabili della persona e della dignità umana (art. 2) [...]» (ivi, 360).

11 Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 155.

12 Ver IVI, 155-156.

13 Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 156. Continua l'A.: «Se mancano le risorse, anziché rinunciare a quelle prestazioni lo Stato deve impegnarsi a reperire il necessario, attraverso le molteplici modalità contemplate dall'ordinamento». In verità, bisogna ricordare che la giurisprudenza costituzionale italiana ha dovuto fare i conti con le esigenze di bilancio, particolarmente stringenti in fasi economiche sfavorevoli, ed in non poche occasioni ha salvaguardato le scelte legislative, riconoscendo che spetta principalmente al legislatore il compito di valutare e soddisfare quelle esigenze.

esto es muy importante cuando se trata de cuestiones de relacionadas con la repartición de fondos;

- b) *policentricity*: algunos temas requieren la comprensión de un gran número de variables interrelacionadas, especialmente con el fin de prever las posibles consecuencias verosímiles de cualquier cambio en la política; la asignación de recursos a nivel nacional es una actividad *policentric* en el más alto grado;
- c) *expertise*: el *welfare state* se ha desarrollado gracias a una tasa considerable de *expertise*; en particular, desde el momento en que vienen en juego cuestiones relacionadas con la asignación de fondos, es necesario un elevado grado de *expertise* económica-financiera; los jueces (en particular, los jueces constitucionales), aunque no están dotados de una tal *expertise* en medida igual a los órganos políticos (o, mejor, a algunos órganos políticos), sin embargo, están llamados controlar las evaluaciones fundadas sobre la *expertise*;
- d) flexibilidad: Gobierno y el Parlamento pueden reaccionar a la información o a desarrollos inesperados, adoptando medidas para buscar soluciones; en sus lugar, los jueces no pueden asumir la iniciativa cuando quieran sino que

puedan tomar decisiones sólo a petición (*ne procedat iudex ex officio*).<sup>14</sup>

A la luz de los argumentos presentados en contra la jurisdiccionalización de los derechos sociales, se tratará de analizar la jurisprudencia seleccionada, con el fin de comprobar si los jueces constitucionales cuentan con instrumentos adecuados para hacer frente, en tiempos de crisis, a las cuestiones relativas a los derechos sociales.

#### 4. El control de proporcionalidad.

##### 4.1 Una discutible exaltación de la sensibilidad del juez.

Una técnica que utilizan los jueces frecuentemente en ocasión de la crisis económica es el control de proporcionalidad. A veces, este tipo de control ha sido utilizado en modo tal de resaltar al sentido de justicia/injusticia, medida/exceso, proporción/desproporción que tiene el juez. En estos casos por lo tanto el criterio inspirador del proceso es difícil de controlar, siendo determinante una especie de “intuición” del juez. Esto se puede notar en algunas decisiones portuguesas. En el *acórdão* n. 396/2011 el Tribunal Constitucional Portugués tuvo que pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de algunas disposiciones contenidas en la ley de presupuesto del 2011.<sup>15</sup> Una de estas normas redujo el monto de los salarios de los empleados públicos dependientes.<sup>16</sup> El

<sup>14</sup> Con riferimento agli argomenti avversi alla giurisdizionalizzazione dei diritti sociali, vedi J. KING, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 5-6.

<sup>15</sup> L. n. 55-A/2010 del 21 dicembre.

<sup>16</sup> La riduzione, che si sarebbe avuta a partire dal 1° gennaio seguente, riguardava soltanto gli stipendi a partire da 1.500€ al mese e variava da 3.5% a 10%, in dipendenza dall'ammontare dello stipendio.

Tribunal consideró que la medida no sería inconstitucional: en tal sentido, con la finalidad de justificar la decisión, el Tribunal sostuvo que la medida debe considerarse temporal.<sup>17</sup> El Tribunal negó la existencia de un derecho fundamental a la no reducción de los salarios y dijo que a pesar que las expectativas de los ciudadanos son importantes, es necesario evaluar las razones que apoyan la medida.<sup>18</sup> Por último, el Tribunal analiza un problema que parece muy delicado.<sup>19</sup> Éste hace referencia al principio de igualdad ante los encargos públicos, un “principio estructural de la constitución fiscal”, el cual conlleva que «os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas sejam equitativamente distribuídos por todos os cidadãos; todos os cidadãos deverão contribuir de igual forma para os encargos públicos à medida da sua capacidade contributiva».<sup>20</sup> Para el Tribunal, invocar tal principio en lo que respecta los medios de

consolidación financiera «é o mesmo que sustentar que, por exigência do princípio da igualdade, a correção dos desequilíbrios orçamentais tem necessariamente que ser levada a cabo por via tributária, pelo aumento da carga fiscal, em detrimento de medidas de redução remuneratória».<sup>21</sup> Si el legislador decide adoptar una medida tributaria para poner remedio a los problemas financieros, el peso de una medida de este tipo debería ser distribuida equitativamente entre todos (trabajadores del sector público y sector privado). Sin embargo, no se precluye al legislador la elección de otro “medio” diferente para lograr ese fin: ese podría recurrir a una medida que incida sobre el aspecto del gasto (disminuyéndolo). Así, una medida de este tipo es la reducción de los salarios públicos. El Tribunal no tiene que controlar la elección entre las dos configuraciones posibles (aumentar los ingresos, recortar los gastos)<sup>22</sup>. Además el Tribunal afirma<sup>23</sup> que

17 Questa parte della decisione ha una grande importanza. I parlamentari che avevano adito il Tribunale consideravano la misura come definitiva. Il Tribunale, invece, cerca di dimostrare che essa debba considerarsi come temporanea. È possibile prevedere ragionevolmente che l'esito del giudizio sarebbe stato differente se il Tribunale avesse dovuto valutare una riduzione stipendiale definitiva.

18 In particolare, il Tribunale fa riferimento agli accordi presi con la Commissione ed il FMI.

19 « Pode questionar-se se, havendo necessidade de impor sacrifícios patrimoniais em tutela de um interesse público, que a todos diz respeito, não deveriam ser afectadas, por igual, as esferas da generalidade dos cidadãos, com idêntica capacidade contributiva» (punto 9 della motivazione). Questo è the most difficult problem, come dice JÚLIO GOMES, *Social Rights in Crisis in the Eurozone. Work Rights in Portugal*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (edited by), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Working Papers, Department of Law, 2014/05, 81.

20 Punto 9 della motivazione.

21 Ibidem.

22 Il Tribunale ricorda che la scelta tra misure di contrasto al deficit che fanno leva sulle entrate e misure che fanno leva sulla spesa è oggetto di un intenso dibattito politico ed economico. Anche se da un punto di vista numerico e quantitativo le due opzioni potrebbero equivalersi (maggiori entrate=minor spese), esse non sono affatto equivalenti dal punto di vista degli effetti collaterali concomitanti e dell'impatto sul sistema. « Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos». Questa affermazione del Tribunale è molto interessante. Esso chiarisce che non è suo compito stabilire quale scelta politica debba intraprendere il legislatore (soprattutto se le opzioni sono legittimate nell'ambito del dibattito pubblico, politico ed economico). Il Tribunale deve soltanto sindacare la ragionevolezza o arbitrarietà delle scelte del legislatore, verificando se esse “sovraccarichino” ingiustificatamente una categoria di cittadini.

23 A maggioranza: 9 voti contro 3.

son retribuidos a través de la fiscalidad no se encuentran en el mismo plano de todos los otros ciudadanos: a los primeros es posible pedir un sacrificio adicional.<sup>24</sup>

Sin embargo, sucesivamente el Tribunal portugués afirma que la diversidad de situaciones que se dan entre los trabajadores públicos y otros ciudadanos no puede conducir a un tratamiento “desproporcional”; esto se presenta en la sentencia no. 353/2012, en donde se analiza (entre otras cosas) una reducción de los salarios de los trabajadores del sector público. En virtud también de la consideración del hecho de que la misma categoría de sujetos ya

había sido objeto de medidas bastante duras, el juez constitucional considera que esta vez el sacrificio impuesto es excesivo. El Tribunal utiliza el principio de igualdad “proporcionalidad”,<sup>25</sup> en base a la cual también la disparidad en el tratamiento que se aplica a situaciones diferentes no puede ser desproporcionada (o excesiva).<sup>26</sup> Además, entre mayores son los sacrificios impuestos a los ciudadanos, mayor es la exigencia de equidad y justicia en la distribución de los mismos.

El concepto de “igualdad proporcional” viene utilizado además en la sentencia n. 187/2013,<sup>27</sup> relativa en una mayor reducción

---

24 «Há um esforço adicional em benefício de todos, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente aos servidores públicos» (punto 9 della motivazione). In realtà, il ragionamento del Tribunale potrebbe far sorgere alcune perplessità. Se è vero che ai lavoratori pubblici è possibile chiedere sacrifici aggiuntivi, perché una tale differenziazione non potrebbe applicarsi anche nell'ambito di misure di natura tributaria? Inoltre, l'idea stessa per cui i lavoratori del settore pubblico possono sopportare sacrifici aggiuntivi può essere giustificata, ma non è certo indiscutibile. Ciò dovrebbe indurre a una riflessione sulle difficoltà che possono nascere quando si utilizza il principio di eguaglianza nel campo dei diritti sociali. Come spiega Luciani, «la funzione riequilibratrice del principio si dispiega con logica consequenzialità quando le posizioni da comparare sono chiaramente individuate nei loro tratti distintivi (ovvero nei profili di similitudine). Subisce invece una torsione, quando si sviluppano impetuosamente le microdifferenziazioni, sicché i profili per ritenere distinte ovvero omogenee due o più situazioni si moltiplicano e si intrecciano all'infinito» (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 105). Da ciò, l'A. faceva derivare una conclusione: i diritti sociali «sembrano strumenti più efficaci del ricorso al principio di eguaglianza, nei confronti di tutti gli interventi legislativi di contenimento, se non di smantellamento, dello Stato sociale [...]» (IVI, 106).

25 «Nel suo giudizio, il TC ha preso in considerazione il principio di uguaglianza, omettendo di pronunciarsi in merito alle altre disposizioni costituzionali che, a parere dei ricorrenti, risultavano violate. Il giudice ha così applicato un parametro costituzionale fondamentale, presente in quasi tutti gli ordinamenti costituzionali, per affermare il principio di supremazia della costituzione» (T. ABBIATE, *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 149).

26 Come viene ricordato, sin dall'inizio della sua giurisprudenza sul principio di eguaglianza, il Tribunale portoghese associa tale principio all'idea della proibição do excesso (vedi P. MACHETE-M. T. VIOLANTE, *O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional*, cit., 73).

27 Per una ricostruzione della pronuncia, vedi G. COELHO, P. CARO DE SOUSA, “La morte dei mille tagli”. Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 139/2013, 3, 527 ss. La decisione tratta ha suscitato un'intensa discussione. Il concetto di uguaglianza proporzionale si ritrova, comunque, anche nella giurisprudenza successiva (vedi per esempio la decisione n. 574/2014). Tra le voci critiche sulla sentenza si annoverano Coelho e Caro de Sousa, che accusano il Tribunale di aver sconfinato in valutazioni di natura politica (G. COELHO, P. CARO DE SOUSA, “La morte dei mille tagli”, cit., 533). Questi autori parlano di “frintendimento sul significato del principio di eguaglianza” (ibidem).

de los salarios de los trabajadores públicos y del valor de las pensiones, establecidos en la ley de presupuesto del Estado del 2013.<sup>28</sup> Esta última es una expresión de una política de austeridad financiera particularmente marcada, adoptada como consecuencia de los “fracasos” de la política de austeridad implementada desde 2010.<sup>29</sup> La ley de presupuesto del 2013 intervino en manera considerable tanto en el aspecto de los ingresos como en el del gasto, golpeando en el primer caso, sea los trabajadores del sector público como a los del sector privado, y en el segundo caso, a los trabajadores públicos. En la decisión No. 187 de 2013 se evidencia que la proporcionalidad debe evaluarse sea en relación con las razones que justifican un determinado tratamiento, sea en relación con la “medida de la diferencia” entre los dos grupos de sujetos diferenciados. Como dice el mismo Tribunal, la distribución de las cargas públicas requiere una evaluación muy problemática y “multi-direccional”. El proceso llegar a ser bastante complejo y el grado de control más intenso; por lo tanto, la decisión es inevitablemente más cuestionable.<sup>30</sup> De hecho, en relación con este aspecto, se

verificaron divergencias a lo interno del mismo Tribunal.<sup>31</sup>

#### 4.2 La de justificación y el juez “no omnisciente”.

En las sentencias apenas consideradas, el uso del principio de proporcionalidad ha conducido a una exaltación de la particular sensibilidad del juez constitucional en la decisión de los casos. Esto ha hecho las decisiones discutibles y atacables. Se pueden individuar, sin embargo, otras decisiones, en el que el instrumento de la proporcionalidad no obliga al juez a hacer evaluaciones que deberían corresponder mayormente a los órganos políticos, aunque consintiendo un control de constitucionalidad eficaz. En particular, en dos decisiones, una portuguesa y una italiana, los jueces constitucionales subrayan la necesidad de que el legislador proporcione una justificación adecuada de sus escogencias. Esto es coherente con un paradigma de juez “no omnisciente”. En la sentencia no. 575 de 2014 del Tribunal portugués se analiza una contribución de sostenibilidad, que se aplicará a todas las

---

28 Legge 66-B/2012, del 13 dicembre. Precisamente, il Tribunale ha rilevato l'incostituzionalità di quattro misure su nove: la sospensione parziale o totale del pagamento delle ferie ai lavoratori dell'amministrazione pubblica, l'estensione del taglio delle ferie ai lavoratori impegnati in attività di insegnamento o di ricerca, la sospensione del pagamento del 90% delle ferie e dei sussidi per i pensionati e il pagamento dei contributi previdenziali del 6% per coloro che ricevono l'indennità di disoccupazione e del 5% per coloro che ricevono l'indennità di malattia. Invece, non sono ritenute dal Tribunale incostituzionali le seguenti misure: riduzione delle retribuzioni superiori a 1.500 € per i dipendenti pubblici, riduzione del pagamento degli straordinari per dipendenti pubblici del 12,5% nella prima ora, e del 18,75% nelle successive ore o frazioni, contributo di solidarietà richiesto a tutti i pensionati che percepiscono una pensione di valore uguale o superiore a 1.350 €, modifiche al codice sulle imposte, soprattassa del 3,5% relativa all'imposta sui rendimenti richiesta a tutti i contribuenti il cui reddito supera il valore annuale del salario minimo di 485 €.

29 Ver A. MONTEIRO FERNANDES, L'austerità e l'“uguaglianza proporzionale”. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *Lavoro e diritto*, a. XXVII, n. 3, estate 2013, 345-346.

30 In particolare, alcuni giudici hanno elaborato una dichiarazione congiunta in cui hanno espresso la loro contrarietà al giudizio della maggioranza, a causa della indimostrabilità degli argomenti che lo sostenevano.

31 In particolare, alcuni giudici hanno elaborato una dichiarazione congiunta in cui hanno espresso la loro contrarietà al giudizio della maggioranza, a causa della indimostrabilità degli argomenti che lo sostenevano.

pensiones pagadas que le corresponden a los beneficiarios de los sistemas públicos de protección social.<sup>32</sup> Utilizando la herramienta de la proporcionalidad, el juez constitucional llega a una declaración de inconstitucionalidad, por violación del principio de *proteção de confiança*. Para comprender la estructura del razonamiento del juez, es necesario concentrarse en el párrafo 36:

*«Não pode ignorar-se, por outro lado, que o legislador, perante a intensidade da afectação das posições jurídicas dos particulares, tem um especial ónus de fundamentação. Não basta invocar genericamente um objetivo de sustentabilidade do sistema público de pensões. É necessário demonstrar que a medida de redução de pensões, com base na mera aplicação de uma taxa percentual sobre o valor mensal da pensão ou do somatório das pensões de cada titular, é do ponto de vista objetivo um meio idóneo e apto para a aproximação ao resultado pretendido e é ainda um meio necessário e exigível, por não existirem outros meios, em princípio, tão eficazes, que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afectadas».*

El Tribunal portugués es explícito al afirmar que pesa sobre el legislador una “obligación especial de motivación”, dada la intensidad con la que vienen afectadas las posiciones jurídicas del individuo. No es suficiente una invocación genérica del objetivo fijado (la sostenibilidad del sistema público de pensiones). Es necesario además demostrar que una medida de recorte de las pensiones como aquella bajo análisis constituye

objetivamente un medio adecuado en la perspectiva del resultado deseado, que sea idóneo para alcanzarlo, que sea estrictamente necesario (es decir que no existan otras medidas con el mismo grado de eficacia y al mismo tiempo menos onerosas para las personas afectadas). En conclusión, el Tribunal declara la inconstitucional de la medida: en comparación con el sacrificio impuesto a los pensionados, el interés a la sostenibilidad del sistema público de pensiones no puede ser considerado prevalente, en cuanto es perseguido a través una reducción del valor de las pensiones, sin una ponderación de otros factores que pueden mitigar el daño de las posiciones subjetivas de los pensionados y sin una justificación suficiente acerca la adecuación y la necesidad de la medida (par. 36).

La otra decisión que se quiere tener en cuenta en este contexto es la sentencia no. 70 de 2015 de la Corte *Costituzionale* Italiana, con la que se declaró la inconstitucionalidad del art. 24, inciso 25, decreto ley 201/2011 (denominado “Salva Italia”), en la parte en que para los años 2012 y 2013, limitaba la revaloración monetaria del tratamiento de las pensiones en un 100% exclusivamente a las pensiones con monto que ascendía hasta tres veces el tratamiento mínimo INPS. La Corte afirma que el legislador llama solo en manera genérica, para sostener su accionar, de las exigencias financieras; en efecto del diseño general no emerge la necesaria prevalencia de las exigencias financieras sobre los derechos objeto de ponderación, en que se realizan intervenciones particularmente incisivas. El derecho de los pensionistas a una prestación previdencial adecuada

<sup>32</sup> Il contributo ammontava al 2% per le pensioni fino a 2.000 €; andava dal 2% al 3,5% per le pensioni tra 2.000 € e 3.500 € (2% sul valore 2.000 € e il 5,5 % del resto fino a 3.500 €); ammontava al 3,5 % per i valori superiori a 3.500 €.

resulta irrazonablemente sacrificado en nombre de las necesidades financieras “no mostradas en detalle”.

La sentencia en cuestión ha suscitado gran polémica y por varias razones ha sido criticada por diversos autores. Uno de estas reside en el hecho que la Corte no habría tenido la necesidad de una motivación específica adicional. Por ejemplo, Andrea Morrone comenta la solicitud de una ulterior motivación en este modo: “como si la esperada reducción de los gastos (que asciende a 21 mil millones de euros en siete años como se ha mencionado) no constituya en sí un punto decisivo a los efectos de reducción de la deuda pública, en la dirección de un equilibrado de balance coherente con los compromisos europeos”.<sup>33</sup> La objeción de Morrone no parece del todo convincente. De hecho, no es suficiente el equilibrio de balance, y su inclusión dentro una maniobra financiera dirigida - bajo impulsos europeos - a reducir el gasto público para considerar aceptable el balance del legislador. A este respecto, es necesario recordar el enfoque conceptual de las relaciones entre las necesidades económicas - financieras y de los derechos (sobre todo sociales) en la Constitución.

Como ha señalado Massimo Luciani, el equilibrio que debe alcanzarse entre las necesidades económicas-financieras y las necesidades sociales es un “equilibrio desigual”, porque los derechos sociales y las

necesidades económicas-financieras no se encuentran en el mismo plano: los primeros constituyen el fin, mientras que los segundos el medio.<sup>34</sup> Ciertamente, el hecho de que la eficiencia económica no sea nunca en sí y por sí el fin al interno del balance “no significa que ésta no pueda ser sacrificada más allá de un límite razonable [...] identificado [...] de la aplicación de principios comunes de proporcionalidad y no excesivo [...]”.<sup>35</sup> Estas palabras fueron escritas antes de la reforma constitucional aprobada con la l. cost. n. 1 del 2012, pero es razonable pensar que sean válidas todavía hoy en día. La conformación de las relaciones entre los derechos sociales y las necesidades económicas y financieras como una relación entre fines y medios pertenece al núcleo de los valores más profundos de la Constitución, que une directamente a la centralidad de la persona humana, al principio fundamental de igualdad y al principio de solidaridad.

Por lo tanto evocar simplemente la exigencia de balance no aparece en sí un argumento suficiente para justificar el sacrificio impuesto a los derechos de los pensionados.

Además, para entender la decisión No. 70/2015 es fundamental la comparación con el precedente establecido en la sentencia n. 316/2010. Al inicio del punto 9 del considerado en derecho, la Corte se expresó de esta manera: “Al considerar la supuesta ilegalidad de la puesta a cero del mecanismo equitativo para los tratamientos pensiones superiores a

33 A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, disponibile su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 maggio 2015, 13.

34 *Pertanto, per Luciani non si tratta neanche di «un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)»* (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., , 100).

35 IVI, 101.

ocho veces el mínimo del INPS para el año 2008 (art. 1, el párrafo 19 de la ya mencionada ley núm. 247 del 2007), esta Corte ha reconstruido la *ratio* de la norma censurada, que consiste en la necesidad de encontrar los recursos necesarios “para compensar la eliminación de la subida repentina a sesenta años vigente a partir del 1 de enero de 2008, de la edad mínima ya prevista para el acceso a una pensión de ancianidad en conformidad con el artículo 1, apartado 6, de la Ley 23 de agosto 2004, n. 243” con “el propósito declarado de contribuir al financiamiento de solidaridad de las intervenciones en materia de pensiones de ancianidad, adoptados simultáneamente con el art. 1, párrafos 1 y 2, de la misma Ley (sentencia. 316 del 2010)”. Tal vez, cuando la Corte se refiere a una identificación específica de las necesidades financieras, se refiere a algo similar. La pregunta que plantea, tal vez, es: “¿el bloque de estabilización de las pensiones se utiliza para qué finalidad? ¿Para lograr qué? “. O tal vez: “¿para garantizar cual derecho”. En efecto, si se comparte la opinión de que entre las necesidades financieras y los derechos hay una relación de medios-fines, el sacrificio de un derecho sólo puede estar justificado por la mayor protección de otro.

Además, en caso de hacer un control de proporcionalidad (según el *test* estructurado en tres pasos), y suponiendo que el objetivo legítimo se podría identificar con el mero respeto del objetivo del equilibrio de balance, la medida habría necesitado de todos modos una justificación adicional. De hecho, si se hubiera aplicado plenamente el *test* de

proporcionalidad, la Corte hubiera tenido que examinar si existieran medios menos restrictivos para el derecho sacrificado igualmente adecuado para lograr el propósito (por ejemplo, era posible preguntarse: - ¿es posible lograr de igual modo los mismos objetivos de balance sacrificando menos las pensiones?). Por último, en el caso que no se hubiera identificado un medio menos restrictivo, la Corte hubiera tenido que llevar a cabo la tercera etapa del test, en la que el juez decide si el sacrificio impuesto sobre el derecho resulta desproporcionado/excesivo. De las últimas decisiones consideradas, resulta evidente que los jueces constitucionales hayan utilizado una técnica muy incisiva para controlar las decisiones del legislador. Esta técnica, en manera aparentemente paradójica, inicia desde el presupuesto que el juez constitucional no es omnisciente, no tiene un marco cognostivo completo. A partir de este presupuesto se deduce que, en presencia de una compresión controlable de un derecho, el juez puede declarar la inconstitucionalidad, si dicha compresión no está suficientemente justificada por el legislador. Por lo tanto, se podría decir que, en presencia de cuestiones económicas-sociales complejas, respecto a las cuales hay un *déficit* cognitivo del juez, la compresión de un derecho, que en sí mismo no equivale a la inconstitucionalidad de una medida, representa un índice que grava la carga de demostrar que la compresión es constitucionalmente justificada sobre el sujeto que defiende la ley ante el juez constitucional.<sup>36</sup>

---

36 Sull'onere della prova nel controllo di proporzionalità si sofferma Barak, in A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 435-454. L'A. afferma che, nell'ambito del

## 5. La limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad.

La segunda técnica que será considerada es la de la limitación temporal de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. Se trata de una técnica particularmente útil para abordar cuestiones policéntricas, tales como los que surgen en el contexto de la crisis.

La Constitución portuguesa contempla el poder de modulación temporal de los efectos de las decisiones en el caso de control abstracto sucesivo. El art. 282 de

la Constitución establece, en el párrafo 1, que “la declaración de inconstitucionalidad [...] con eficacia general obligatoria produce efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional [...]”, y en el párrafo 4 indica “cuando lo exija la certeza del derecho, razones de equidad<sup>37</sup> o de interés público de excepcional importancia, que debe ser fundamentado, el Tribunal Constitucional podrá determinar los efectos de la inconstitucionalidad [...] con un alcance más limitado de lo previsto en el primer y segundo párrafo”.<sup>38</sup> El Tribunal ha utilizado este poder en la sentencia no.

viene de la pág. anterior.

*controllo di proporzionalità, l'onere di provare la limitazione del diritto grava sulla parte che asserisce l'esistenza di tale limitazione, mentre l'onere di provare che la limitazione è giustificata grava sulla parte che asserisce l'esistenza della giustificazione (IVI, 437-442). L'A., però, precisa anche che, in assenza di previsioni legislative esplicite, le regole relative al burden of persuasion sono basate sul case law: «the examination of this case law through a comparative perspective shows that no universal rule has been adopted in this context» (IVI, 443). Comunque, per Barak, una volta che è stata provata la limitazione di un diritto, non si può configurare una presunzione di costituzionalità in base alla quale l'onere di provare l'assenza di giustificazione grava sulla parte che asserisce l'esistenza della limitazione. Piuttosto, è la parte che asserisce l'esistenza della giustificazione che, a quel punto, deve provarla. Tale conclusione discende dal «central status of the protection of human rights within a constitutional democracy» (IVI, 446), ma anche dall'accesso agevolato dello stato ai dati su cui si può fondare la giustificazione: «the basic approach is that, during the second stage of the constitutional review – the stage relating to the justification for limiting the constitutional right – there is no point in distinguishing between the burden of persuasion and the burden of producing evidence. Both burdens lie with the same party – the one arguing that the limitation has been justified. This approach is based on the central status of human rights, as well as on the access advantage the state enjoys to the factual data that may justify the means chosen and on the state's special status as party to the legal proceedings within public law» (IVI, 447).*

37 «Tem-se em vista preocupações de estabilidade dos actos jurídicos e de confiança dos cidadãos e ponderações de justiça em face das circunstâncias mutáveis de vida social; são estritos interesses jurídicos que assim se prosseguem» (J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, *Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, Coimbra editora, 2001, 267).

38 Sulla modulazione degli effetti delle sentenze vedi J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., 265-272, G. VAGLI, *L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo*, Edizioni ETS, Pisa, 2001, 169-171. Per una ricostruzione delle riflessioni dottrinali sul potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni, vedi C. G. PICÓ, *Portogallo*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), dicembre 2014, 60-61. Da questa ricostruzione si evince che la dottrina portoghese ha affrontato il problema della politicità connessa all'esercizio di un tale potere. Per alcuni, il Tribunale sarebbe indotto ad operare valutazioni politiche (in particolare, a causa della clausola dell'interesse pubblico di eccezionale rilievo). Per altri, la valutazione non perderebbe il carattere giurisdizionale, anche in virtù della garanzia costituita dall'obbligo di motivazione specifica. Con riferimento all'interpretazione del concetto di interesse pubblico di eccezionale rilievo, dinanzi all'alternativa tra qualcosa di non molto distante dalla ragion di Stato, dominato da elementi politici, e qualcosa di riconducibile a “valores jurídicos”, Miranda propende per quest'ultima soluzione, per essere maggiormente in linea con i dettami del principio di costituzionalità (J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., 267). Si riportano, però, anche le considerazioni di Gomes Canotilho e Moreira: «O n.º 4 é uma norma de relevante significado, pois, ao permitir ao TC manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abre-se a possibilidade de

continúa pág. siguiente.

353/2012. A pesar de haber determinado la inconstitucional por violación del principio de igualdad proporcional, el Tribunal modula los efectos temporales de la decisión, haciendo uso de la cláusula del interés público excepcional previsto en el art. 282, párrafo 4 de la Constitución. En el párrafo 6 de la sentencia, el Tribunal revela la razón urgente que lo empuja a diferir los efectos de la decisión: ello reside en los préstamos acordados con la *Troika*. Evidentemente, se trata de una cuestión policéntrica; por lo tanto, existe el problema de las “consecuencias” de las propias decisiones: si la declaración de inconstitucionalidad operara a partir de la entrada en vigor de la norma, se podrían verificar algunas consecuencias bastantes negativas para Portugal.<sup>39</sup> Por lo tanto, el Tribunal (adoptando una “ética

de responsabilidad”<sup>40</sup>) se preocupó de las posibles futuras consecuencias de su decisión y ha difirido los efectos de ésta última.<sup>41</sup> La decisión no se adoptó con el consenso unánime de los jueces. El juez Carlos Pamplona de Oliveira resalta la falta de demostración de la preclusión de medidas alternativas.<sup>42</sup> Éste evidencia la insuficiencia del Gobierno, el cual «no había presentado razones a favor de la no inconstitucionalidad de las normas controversiales, ni invocó razones excepcionales de interés público a favor de la limitación de los efectos de un eventual y – considerados los precedentes – plausible declaración de inconstitucionalidad».<sup>43</sup> No habiendo el gobierno satisfecho esa carga argumentativa, el Tribunal no pudo establecer subsistente las razones de excepcional interés público, con

viene de la pág. anterior.

*este órgão constitucional exercer poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos objetivos constitucionalmente fixados (segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo) (J.J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, Art. 282, Constituição da República Portuguesa Anotada, II edição revista e ampliada, II vol., Coimbra editora, Coimbra, 1985, 544). Per quanto concerne la frequenza dell'uso del potere in esame, ricorda Fasone che «The Court has not used this clause consistently over time, very often from 1989 to 1995; never from 1996 to 2005, and on average once a year since 2006, ranging from 700 to 900 judgments per year». (C. FASONE, Constitutional Courts facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective, EUI Working Papers, MWP 2014/25, disponibile su [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33859/MWP\\_WP\\_2014\\_25.pdf](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33859/MWP_WP_2014_25.pdf), 12).*

39 Il Portogallo avrebbe potuto non raggiungere gli obiettivi di bilancio che condizionano la persistenza del finanziamento esterno; se si fosse bloccato il programma di finanziamento, il Portogallo si sarebbe ritrovato in una gravissima condizione economico-finanziaria.

40 Occorre ricordare, però, che non tutti i giudici del Tribunale sembrano aver condiviso l'opzione fatta a favore di un'etica della responsabilità. Il giudice Catarina Sarmento e Castro, per esempio, sembra optare, piuttosto, per un'etica dell'intenzione, sostenendo, nella sua opinione dissenziente, che «non si deve incolpare qualsivoglia dichiarazione di incostituzionalità dell'inadempimento degli obiettivi che una qualsiasi opzione normativa incostituzionale mirasse a raggiungere, nel caso di specie la riduzione del disavanzo statale. La frustrazione di questi obiettivi non è imputabile al Tribunale costituzionale bensì ad altri organi costituzionali, i quali, prima di optare per una certa soluzione normativa, dovrebbero preoccuparsi di verificare se questa rispetti o meno la Costituzione» (vedi C. G. PICÓ, Portogallo, in P. PASSAGLIA (a cura di), Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), dicembre 2014, 67).

41 Il differimento nel futuro degli effetti della decisione rappresenta una novità molto importante, in quanto, precedentemente, si era ritenuto non ammissibile (vedi M. RUOTOLO, La dimensione temporale dell'invalidità della legge, Cedam, Padova, 2000, 327).

42 Anche il giudice Catarina Sarmento e Castro evidenzia che non era stata dimostrata l'impossibilità di approntare tempestivamente misure alternative per garantire il raggiungimento degli obiettivi di bilancio.

43 Vedi C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 68.

el fin de limitar los efectos de la decisión.<sup>44</sup> Tales observaciones ofrecen algunas ideas interesantes. Primero que todo, no es posible pretender que el Tribunal tenga un marco cognoscitivo tan completo y detallado que le permita predecir la operatividad (o menos) de las medidas alternativas.<sup>45</sup> Por lo tanto, si el Gobierno no invoca y explica las razones a favor de la limitación de los efectos temporales de la decisión de inconstitucionalidad, no es posible tampoco pretender que el juez constitucional las reconozca autónomamente. Pero en ausencia de una adecuada demostración por parte del Gobierno, no se puede considerar precluso al juez, en presencia de una previsión constitucional que permite la limitación temporal, una elección de tipo precautoria, cuando el juez mismo (no la certeza de un “daño”, pero) un “peligro” de relevancia constitucional. La existencia de una previsión constitucional como el art. 282, párrafo 4 de la Constitución portuguesa, que “responsabiliza” el juez en relación a un excepcional interés público, autoriza a llegar a ésta conclusión.

La decisión del Tribunal de limitar los efectos temporales de la decisión parece, entonces admisible, pero no corresponde a la situación

ideal deseable. Habría sido preferible que el Gobierno hubiera introducido en el proceso datos y argumentos para demostrar la subsistencia de un excepcional interés público, consintiendo al juez de cumplir una valoración basada en un cuadro cognoscitivo articulado y preciso. En este modo, la decisión del Tribunal hubiera sido más vinculada, controlable y transparente; se hubiera respetado mayormente el carácter jurisdiccional del órgano de justicia constitucional. Además es necesario resaltar que de acuerdo con a la explícita disposición de la Constitución portuguesa, el interés público de excepcional importancia debe estar motivado (o justificado)<sup>46</sup>. Se confirma la tesis según la cual la contribución cognitiva de los órganos políticos en sede del proceso de constitucionalidad sobre cuestiones locativas es fundamental.

En fin, se señala que la sentencia n. 353/2012 ha representado una discontinuidad en la experiencia portuguesa de justicia constitucional, en tanto con anterioridad, no se había nuncia diferido los efectos de la decisión a un momento posterior a la fecha de publicación oficial de la misma.<sup>47</sup> El Tribunal consideró esta última como un límite infranqueable.<sup>48</sup> Tal operación fue criticada:

<sup>44</sup> *Si potrebbe dire che il giudice Pamplona de Oliveira addossi sul Governo una sorta di “onere della prova” dell’eccezionale interesse pubblico.*

<sup>45</sup> *A tal riguardo, si può richiamare quanto affermato nel capitolo precedente circa la non onniscienza del giudice costituzionale ed i suoi deficit strutturali nel campo delle scelte allocative.*

<sup>46</sup> *Come nota Vagli, dalla literalità della disposizione si evincerebbe che solo l’interesse pubblico debba essere motivato (G. VAGLI, L’evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo, cit., 170). Però, osserva Miranda: «de resto, fundamentação tem sempre de existir, seja em nome da segurança jurídica, seja em nome de interesse público de excepcional relevo» (J. MIRANDA, Manual de direito constitucional, cit., 267).*

<sup>47</sup> *Vedi supra.*

<sup>48</sup> *Sul punto vedi G. VAGLI, L’evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo, cit., 170, J. MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, cit., 270, e J. J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, Art. 282, cit., 544-545. Vedi anche C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 62. Quest’A. riporta anche un caso in cui, proprio per l’esistenza di un tale “divieto”, venne trovato un escamotage: la sentenza n. 866/1996 venne pubblicata con più di cinque mesi di ritardo, per evitare il vuoto normativo che altrimenti si sarebbe creato.*

en particular, se afirmó que sería inaceptable que la norma declarada inconstitucional continúe a producir sus efectos también en un período sucesivo a la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.<sup>49</sup>

Una decisión italiana muy importante en la que se hizo uso de la técnica de la limitación de los efectos temporales es la sentencia n. 10 del 2015. Se trata de una sentencia “histórica”, en la que la Corte realiza una serie de consideraciones sobre el fundamento y los límites del poder de modular los efectos de caducidad en una sentencia estimativa.<sup>50</sup> En esta decisión el juez constitucional italiano fue llamado a pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la c.d. “*robin tax*”.<sup>51</sup> La Corte acreditó una violación de los artículos 3 y 53 de la Constitución, sin

embargo, consideró es necesario intervenir sobre los efectos temporales de la sentencia, ya que si la inconstitucionalidad operaría *ex tunc* se producirían graves consecuencias desde el punto de vista del respeto de los principios del art. 81 Const. (equilibrio presupuestario). Además, la preocupación de la Corte no está simplemente representada por las consecuencias sobre el presupuesto, sino también de los posibles efectos que crean fuertes desigualdades, considerados a la luz del valor de la “solidaridad política, económica y social” prevista en los artículos 2 y 3 Const. Como se puede ver, incluso en este caso, el juez constitucional se encuentra frente a una cuestión policéntrica. Sin embargo, la operación llevada a cabo por la Corte es cuestionable, en tanto la modulación de los efectos temporales de

---

49 *In particolare, essa è stata criticata sia dai giudici Carlos Pamplona de Oliveira, José da Cunha Barbosa e Catarina Sarmiento e Castro, sia dalla dottrina (sulla quale vedi C. G. PICÓ, Portogallo, cit., 68-69, che cita Miranda e Blanco de Moraes). Per Sousa Pinheiro, «tratou-se de uma decisão inédita de discutível compatibilidade com a Constituição [...] Declarar inconstitucional a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e Natal e prolongar no tempo os efeitos da citada norma, significou estender a inconstitucionalidade» (A. SOUSA PINHEIRO, A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013), in Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014, disponibile su <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/961/641>, 179). L'A. ricorda che «a aplicação do art. 282, n. 4, nesta decisão abriu o debate doutrinário sobre a existência de um acto com a natureza de mutação constitucional» (ivi, 181). Di mutação constitucional parla Blanco de Moraes, il quale non contesta la possibilità astratta del differimento degli effetti nel futuro, ma l'ammissibilità giuridica nell'ordinamento portoghese, dove è stata realizzata non con «um ato de emenda da Lei fundamental pelo Parlamento, mas antes de uma simples decisão do Tribunal constitucional, a qual nem sequer fundamentou a opção tomada» (C. BLANCO DE MORAIS, As mutações constitucionais, cit., 59).*

50 *Si sarebbe di fronte ad «un unicum nella giurisprudenza costituzionale in materia. Perché se è corretto affermare che esempi di pronunce di accoglimento (anche totalmente irretroattive) non sono mancati in passato, così come, si potrebbe aggiungere, casi di applicazione della tecnica decisionale de qua proprio per ovviare al problema degli effetti finanziari causati da sentenze d'incostituzionalità, va rilevato, viceversa, che mai prima d'ora la Corte costituzionale aveva avvertito l'esigenza o semplicemente colto l'opportunità di soffermarsi sul fondamento e sui limiti del potere in concreto esercitato nel modulare gli effetti caducatori determinati da una pronuncia di accoglimento sui rapporti tuttora pendenti» (R. PINARDI, La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), fasc. 1, 20 aprile 2015, 222).*

51 *Si tratta di un prelievo aggiuntivo, qualificato come addizionale, ma in realtà considerabile quale maggiorazione dell'IRES (art. 75 del testo unico dell'imposta sui redditi), gravante su imprese appartenenti a certi settori (quali la commercializzazione di benzine, petroli, gas e oli lubrificanti), che abbiano conseguito ricavi superiori ad un certo ammontare nel periodo di imposta precedente.*

la decisión no es admisible con base en el derecho procesal constitucional vigente en Italia.<sup>52</sup> Si el sistema di justicia constitucional tiene carácter jurisdiccional, entonces la existencia de un derecho procesal que regule y vincule el juicio es fundamental para la legitimación del juez.<sup>53</sup> En el caso de la sentencia n. 10 del 2015, la Corte ponderó la ley procesal sobre los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad con el principio constitucional del art. 81 Cost., de hecho, desaplicó la regla anterior, sustrayéndose a su carácter obligatorio.<sup>54</sup>

La cuestión de los efectos temporales se presenta en la sentencia n. 178 del 2015

(relacionada con el bloque de la contratación colectiva en el sector público), en el que el Tribunal reconoce una inconstitucionalidad sobrevenida.<sup>55</sup> Este tipo de decisión parece aceptable, ya que no hace una división entre el momento en que se verifica la inconstitucionalidad y los efectos de la misma. Sin embargo, incluso la sentencia en cuestión presenta motivos de perplejidad, en particular en lo que se refiere a la identificación del *dies a quo*.<sup>56</sup> Como se ha señalado, la motivación de la Corte en este punto es un poco deficiente. En este sentido, se temía la posibilidad de que el dispositivo de ilegitimidad constitucional sobrevenida ocultara en realidad, otra

52 Si rinvia alle considerazioni di Romboli, per il quale «a fronte di una disposizione legislativa che stabilisce inequivocabilmente che la norma dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale, la Corte costituzionale non procede ad una, seppur ardita, interpretazione della medesima, bensì ad una sostanziale disapplicazione della stessa in ragione dell'esito di un bilanciamento tra principi costituzionali e regole processuali, costituzionalmente necessario allo scopo di contemperare tutti i principi e diritti in gioco e per un risultato sostanziale che eviti di determinare una ancora maggiore situazione di incostituzionalità» (R. ROMBOLI, L' "obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 6 aprile 2015, 14). Per Bin, la Corte si è attribuita «una facoltà che non è prevista – almeno non espressamente – dalla legislazione»; la Corte si è attribuita «un potere che il legislatore non le ha assegnato, compiendo un bilanciamento i cui termini il legislatore non ha fissato» (R. BIN, Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 aprile 2015, 2; 3). L'A. afferma che la Corte, nel fare ciò, "usa" in maniera piuttosto ardita la sua giurisprudenza anteriore.

53 «Il richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali sta a significare tutela di un valore assai importante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità cioè di "individuare standard di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale» (R. ROMBOLI, L'obbligo per il giudice, cit., 3).

54 Vedi IVI, 21.

55 Con questa decisione, si afferma che una norma diviene incostituzionale non dal momento della sua entrata in vigore, ma a partire da un momento successivo.

56 Pinardi manifesta una perplessità nei confronti delle pronunce di incostituzionalità "a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione". In questi casi, per l'A, il ragionamento del giudice «si sostanzia, a rigor di logica, in un discutibile giudizio di natura prognostica. Dato che la decorrenza del vizio viene fissata in un momento inevitabilmente successivo rispetto a quello in cui il vulnus è stato accertato, se è vero che siffatto momento non può non coincidere con la data in cui la sentenza viene deliberata. Del resto, se ben si considera, è la stessa claudicante sintassi che caratterizza l'odierno dispositivo a denunciare il problema de quo. Perché la Corte utilizza un participio passato ("sopravvenuta") per censurare un vizio che inizierà a manifestarsi, stando a quanto dichiarato, solo a partire da un momento successivo [...], di modo che, volendo prendere sul serio siffatta delimitazione temporale, si imporrebbe, piuttosto, l'adozione di un dispositivo di rigetto» (R. PINARDI, La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità, Giuffrè, Milano, 1993, 66).

decisión de inconstitucionalidad diferida “con la diferencia, en última análisis, de no aclarar, en esta hipótesis, el motivo (*id est*: la ponderación de intereses) que la lleva a manipular los efectos en el tiempo de su decisión [...]”.<sup>57</sup>

## 6. Conclusiones.

Como ya se ha mencionado al principio del estudio, el caso italiano y portugués fueron seleccionados para verificar cómo dos jurisdicciones constitucionales que deberían ser particularmente sensibles hacia los derechos sociales, han respondido a los desafíos de la crisis económica. El análisis muestra que los jueces constitucionales a veces han protegido los derechos sociales, declarando inconstitucionales ciertas medidas legislativas, sin embargo, en otras oportunidades han salvaguardado la medida legislativa que afectaban ciertos derechos. Por lo tanto, los dos jueces han logrado poner una cierta “barrera” a la política de austeridad, sin subvertir la política de austeridad; ellos, más bien, han golpeado algunas decisiones políticas consideradas particularmente más “agresivas” en relación a los derechos sociales.<sup>58</sup>

En el análisis hecho, se individualizarán dos herramientas utilizadas por los jueces constitucionales para afrontar las cuestiones relacionadas con la crisis: el control de

proporcionalidad y la modulación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Se trata de instrumentos eficaces, que sin embargo, pueden presentar un riesgo de comprometer la jurisdiccionalidad del juez constitucional. El primero puede ser utilizado en modo tal de exaltar la sensibilidad y la intuición del juez. En este modo, el razonamiento judicial conteniendo en la motivación se muestra carente de rigor y se vuelve poco controlable. Se perfila el riesgo de que el juez constitucional, escondiéndose detrás de una aparente aplicación de la Constitución, invada el campo de elección del legislador, sustituyendo a éste las opciones políticas. Sin embargo, existen maneras de utilizar el control de proporcionalidad que alejan este riesgo, en cuanto presuponen el déficit estructural del juez y la particular competencia del legislador en cuestiones relacionadas con la asignación de fondos. Esto se refiere a la técnica mediante la cual el juez carga sobre el sujeto que defiende la ley el peso de la carga de justificarla y entonces presentar argumentos y pruebas convincentes, en ausencia de estos ésta será declarada inconstitucional.

La técnica de modulación temporal de los efectos no presenta el riesgo de invasión de la esfera legislativa: más bien, es una expresión de un cierto respeto en relación de esta, ya que los efectos de la ley son

<sup>57</sup> R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 settembre 2015, cit., 3.

<sup>58</sup> *Vedi quanto sostenuto da Dani in riferimento al Tribunale costituzionale portoghese: «Il controllo delle corti costituzionali sui piani di aggiustamento macroeconomico può avere l'effetto di diluire nel tempo l'attuazione di misure di cambiamento strutturale, di attutirne l'impatto sui diritti sociali, evitando ad esempio l'accanimento sui settori sociali più vulnerabili, e di promuovere un maggior coinvolgimento delle parti sociali nella fase di elaborazione ed attuazione»* (M. DANI, *Misure di aggiustamento macroeconomico e tribunale costituzionale portoghese: il limitato potenziale contro-egemonico della dottrina dei controlimiti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2014, 133).

en parte salvaguardados, a pesar de su inconstitucionalidad. El riesgo que se corre, en este caso, es el de “disponer” de manera arbitraria del carácter vinculante de los principios constitucionales, que pueden verse comprometidos si el juez utiliza la técnica anterior fuera de un marco riguroso de garantías. Las garantías principales que se pueden individuar son dos: la previsión del

poder de modulación temporal de los efectos dentro del derecho procesal constitucional y una motivación rigurosa y abierta a la contribución justificativa de los sujetos participantes en el proceso (en particular, de la persona que defiende la ley), que apoye la adopción de la técnica de modulación de los efectos.