

CUESTIONES DE VALIDEZ Y DE APLICABILIDAD DE LAS LEYES EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA¹

Óscar Sarlo²

Sumario: 1. Introducción 2. La cuestión teórica. 2.1. Cuestiones de existencia. 2.2. Cuestiones de validez. 2.3. Cuestiones de vigencia. 2.4. Cuestiones de eficacia. 2.5. Cuestiones de justificación. 2.6. Cuestiones de aplicabilidad. 2.7. Conclusiones teóricas. 3. ¿Cuál es la mejor reconstrucción de la solución uruguaya? 3.1. Planteamiento del problema epistemológico. 3.2. La cuestión de la constitucionalidad en la teoría. 3.3. Los textos de la Constitución uruguaya. 3.4. La práctica institucional en Uruguay. 3.5. La ideología constitucional uruguaya. 4. Conclusión.

Recibido: febrero 2016.

Aceptado: mayo 2016.

Resumen: En la teoría y en algunas constituciones modernas se distingue claramente entre el control de constitucionalidad y el control de aplicabilidad. Esta distinción conceptual se justifica plenamente por las implicancias políticas y jurídicas que caracterizan a uno y otro sistema.

Por consiguiente, resulta interesante plantearnos cuál es el diseño institucional recibido por nuestro constituyente.

En nuestra ponencia sostenemos que existen buenas razones para interpretar que nuestra constitución consagra un sistema de control de aplicabilidad, no obstante lo cual la semántica doctrinaria y judicial ha ido instalando la idea de que contamos con un sistema de control de constitucionalidad de las leyes. Tendencia que parece acentuarse en los últimos fallos jurisprudenciales.

Palabras clave: inconstitucionalidad - aplicabilidad - control de constitucionalidad - teoría del derecho - constitución uruguaya

Abstract: In both, legal theory and some modern constitutions, it clearly distinguishes between declaration of unconstitutionality and of inapplicability of laws. This conceptual distinction is fully justified by the political and legal implications that characterize the two systems.

Therefore, it is interesting to ask ourselves what is the institutional design received by Uruguayan constituent.

In our paper we argue that there are good reasons to interpret our Constitution consecrates an applicability control system, notwithstanding which the doctrinal and judicial semantics has installed the idea that we have a system of judicial review of laws. This trend seems to become more pronounced in recent court rulings.

¹ Este trabajo consiste en una reelaboración de la exposición presentada en el V Simposio Anual de la Sociedad de Análisis Jurídico dedicado al tema «Constitucionalidad», desarrollado el día 24 de setiembre de 2015, en la Facultad de Derecho, UdelaR.

² Trabajo desarrollado bajo el régimen de Dedicación Total (CSIC). Investigador Nivel II (ANII).

Keywords: unconstitutionality - inapplicability - Judicial Review - Legal Theory, Uruguayan Constitution.

I. Introducción

Este trabajo es un eslabón más de mi programa de investigación³ y se concreta a una crítica de la interpretación que nuestra dogmática constitucionalista ha hecho del control de constitucionalidad en nuestra constitución.

Expuesto brevemente, mi programa de investigación parte del supuesto que existe un conocimiento científico del derecho, para lo cual es preciso (a) adoptar un uso riguroso del lenguaje, (b) utilizar la teoría disponible en la construcción de las interpretaciones dogmáticas (c) respetar los hechos, sin deformarlos o desconocerlos.

Si encaramos el conocimiento del fenómeno jurídico con esas exigencias mínimas, por cierto que no llegaremos a soluciones objetivas y definitivas, ya que ninguna ciencia puede pretender eso; más aún, en las ciencias sociales aceptamos ampliamente la idea de que las teorías son esquemas interpretativos que compiten en función de criterios racionales, esto es, controlables intersubjetivamente.

Por consiguiente, cuando realizamos construcciones dogmáticas, que son interpretaciones sobre el derecho positivo de un país, podemos partir de dos perspectivas. (a) Según la dogmática clásica, que razona a partir de principios (en el mejor de los casos) o de opciones interesadas, para desde allí desarrollar sus ideas; si esto se hace coherentemente, resultará un sistema armonioso, pero que muchas veces se desajustará con la realidad; si no se procede coherentemente, el resultado ni siquiera será armonioso. (b) Según una dogmática racional y analítica, en cuyo caso se adoptarán las conclusiones de la teoría jurídica disponible, y se procurará la mejor interpretación posible de los hechos. Aquí los hechos son tanto las decisiones políticas como las prácticas institucionales relevantes.

Algunos ejemplos podrán permitirnos comprender esto.

Es posible que en un derecho positivo determinado, los jueces tengan prohibido condenar a prisión a alguien sin las garantías de un juicio previo (entendido esto con al menos doble instancia). Sin embargo, ese mismo derecho dispone que los jueces sí podrán disponer la prisión preventiva mientras dure el proceso, sin disponer un límite razonable para ese proceso.

¿Cómo se debería interpretar esa situación? Para la dogmática clásica, apegada –casi– como único hecho relevante a las palabras del legislador, el derecho estaría acorde a los principios dogmáticos, aunque quizás consigne que existen prácticas perturbadoras derivadas de la demora de los procedimientos...

Una mirada rigurosa, en cambio, diría que por razones explicables sociológicamente, ese país ha consagrado un régimen de condena mediante juicio sumario, sin todas las garantías que demandan los principios dogmáticos. Es que tal estado de cosas, no es una mera facticidad irrelevante para el derecho: existen innumerables sentencias judiciales

³ Dicho programa lo vengo desarrollando en el marco del régimen de Dedicación Total financiado por la CSIC (UdelaR), y consiste en una crítica de la dogmática jurídica en Uruguay, y una propuesta de criterios teóricos y metodológicos para desarrollar una dogmática más racional.

que avalan la legitimidad de tal régimen. Y toda la doctrina está conteste en reconocerle validez, aún cuando lo crea inconveniente o injusto.

A mi modo de ver, la alternativa es clara: los intérpretes del derecho positivo deberían tomar en cuenta los hechos e interpretarlos conforme elaboraciones claras y coherentes de la teoría respectiva. En el ejemplo mencionado, no es posible desvirtuar la teoría con un simple juego semántico. No basta decir que el encarcelamiento como «*prisión preventiva*» no cae bajo el concepto de «*pena*» por ese solo hecho. Si vemos que alguien ha estado en prisión preventiva por 6, 7 u 8 años, se llame como se llame, es una condena sin las garantías del debido proceso.

En este trabajo, trataré de aplicar este criterio de análisis al problema del control de constitucionalidad de las leyes en Uruguay, pues me parece que la doctrina hasta ahora ha dado más relevancia a sus deseos que a la teoría y a la realidad.

Pasemos ahora al objeto del presente trabajo: el régimen de la inconstitucionalidad en nuestra Constitución.

2. La cuestión teórica

Es claro que las normas jurídicas pueden ser juzgadas desde diversos puntos de vista.

2.1. Planteo

En efecto, podemos distinguir en ellas problemas de validez, problemas de justificación, problemas de vigencia, problemas de eficacia, y también problemas de aplicabilidad, pues son teóricamente independientes.

2.2. Cuestiones de existencia

Para algunos teóricos, existencia y validez son equivalentes (por ejemplo: Kelsen), mientras para otros cabe distinguirlas (por ejemplo U. Schmill).

Cuando se distinguen ambos conceptos, la existencia se concreta en el acaecimiento de los hechos que denotan la producción normativa (reunión, redacción, votación, publicación, etc.). Al final existirá un evento dotado de cierta materialidad que puede ser identificado o reconocido históricamente, y luego podrá ser susceptible de interpretación como norma. La existencia del acto normativo (que de eso se trata), como fenómeno histórico, no puede ser eliminado: una vez producido y demostrado, ya nunca podrá ser eliminado del mundo.

2.3. Cuestiones de validez

La validez o invalidez, en cambio, sería el resultado de un juicio de adecuación entre N1 (norma autorizante: la constitución, por ejemplo) y N2 (norma producida invocando o suponiendo N1). N2 será válida cuando haya sido dictada conforme al procedimiento establecido en N1 (la constitución, por ej.). La validez de una ley puede resultar afectada desde su nacimiento cuando se la anula (efecto retroactivo) o sólo para el futuro cuando se la deroga (efecto para el futuro).

2.4. Cuestiones de vigencia

Cuestión diferente es la vigencia o efectividad. Puede suceder que esa ley válida nunca anulada ni derogada, carezca –por razones culturales, políticas o morales– de efectos prácticos. Aquí hay que establecer una gradación, cuyos límites son siempre borrosos. Puede ser que se trate meramente de falta de efectividad, la cual puede deberse ya sea a la falta de supuestos de aplicación o porque existe un generalizado desinterés en aplicarla. Hasta allí, la situación podría calificarse de mera falta de vigencia.

Pero podría ser que alguien demandara el cumplimiento de algunas disposiciones, y frente a ello resultase que los jueces –interpretando un cambio de parecer en la moral o en la política de la sociedad– deniegan el uso de la fuerza legítima para obligar o para sancionar a los violadores. Ejemplos: la penalización del abandono colectivo de tareas por los funcionarios públicos (C.Penal art. 165), la penalización del aborto voluntario (C.Penal, art. 325), la prohibición de abandonar la casa paterna para las hijas menores de 30 años sin autorización del padre (C.Civil, art. 280-2º, antes de la L. 16.719 de 1995), la presencia preceptiva del juez en la audiencia de testigos bajo el viejo CPC, etc. Todas estas conductas que han sido prohibidas por el derecho escrito, han caído en un desuso calificado que las vuelven «prácticamente» inválidas, porque los jueces han validado sistemáticamente ese incumplimiento, cualesquiera argumentos, siendo imposible que un juez llegue a forzar su aplicación o castigar su incumplimiento. Aquí habría operado lo que Kelsen denomina «desuetudo», esto es, una costumbre institucionalmente relevante, que priva de validez a una norma originariamente válida.

2.5. Cuestiones de eficacia

Aquí la cuestión que se quiere evaluar es si el cumplimiento de la norma permite alcanzar los objetivos perseguidos con su sanción.

En efecto, muchas veces una norma es cumplida generalmente, y sin embargo los resultados no son los esperados, porque quizás no fue bien diseñada o no se estudiaron las causalidades sociales adecuadamente. Aquí se trata de un juicio eminentemente político o en todo caso académico: está fuera del control de los jueces.

2.6. Cuestiones de justificación

Justificar algo quiere decir tanto como postular o demostrar que es acorde con normas morales.

Desde Kant suele aceptarse que la justificación consiste en demostrar la aceptabilidad de una norma por un auditorio universal. La universalidad de la argumentación es la garantía de imparcialidad en el conocimiento moral. Rawls sería el paradigma contemporáneo en esta materia. Aquellos principios normativos que aceptase un auditorio (o asamblea) debatiendo bajo un velo de ignorancia (de sus intereses particulares) serían los únicos justificados moralmente.

2.7. Cuestiones de aplicabilidad

Asunto diferente es la «aplicabilidad» de una norma (una ley en este caso), que se distingue nítidamente cuando se faculta al Poder Judicial a ejercer el «control de aplica-

bilidad» de las leyes. Cuando se establece un control de este tipo, se pone a disposiciones de los particulares una instancia jurisdiccional para que –examinadas las circunstancias del caso– pudiera entenderse que la norma cuestionada debe dejarse de lado, sin afectar su validez.

Prueba de que tal mecanismo es perfectamente diferenciable del control de constitucionalidad lo proporciona el derecho constitucional chileno, donde vemos que a partir de la reforma constitucional de 2005, por la cual se consagran los dos accionamientos, por inaplicabilidad (con efectos para el caso) y de anulación de leyes inconstitucionales (con efecto «*erga omnes*»), confiándose ambas al Tribunal Constitucional.

2.8. Conclusiones teóricas

En suma, una dogmática racional, acorde a los desarrollos de la teoría analítica del derecho, debería partir de esas distinciones teóricas, rigurosamente elaboradas, simplemente porque responden a hechos diferentes, que requieren conceptualizaciones y regulaciones distintas.⁴

Alguien podría aducir: pero es que ni el constituyente ni el legislador conocieron esas distinciones y por consiguiente, no podemos atribuirle esas sutilezas.

Es cierto, pero, aunque así fuera, las distinciones siguen existiendo y es preciso tenerlas presentes. Para ello el intérprete deberá manejarse con mayor creatividad, pues deberá postular soluciones (hipótesis interpretativas) para casos que el constituyente no ha distinguido analíticamente; luego, la experiencia podrá corroborar o desestimar tales hipótesis. Para eso, deberá contemplar el sentido armónico de la constitución, sus principios aceptados, y la coherencia de las elaboraciones teóricas.

3. ¿Cuál es la mejor reconstrucción de la solución uruguaya?

3.1. Planteamiento del problema epistemológico

En la cuestión del control de constitucionalidad, nuestros textos constitucionales exhiben una clara indefinición, ya que las expresiones utilizadas podrían llevar a pensar que se consagra un sistema de control de constitucionalidad «*imperfecto*» o «*débil*» o que en realidad no se consagra tal control de constitucionalidad, sino un mero control de aplicabilidad «*perfecto*».

¿Cómo decidir una cuestión de este tipo?

La epistemología nos provee de criterios para elegir la mejor teoría, esto es, el mejor «*esquema interpretativo*» para este fenómeno en nuestro país. La mejor explicación teórica para un problema cualquiera sería aquella que coordine mejor con la teoría disponible y con los hechos. No es necesario que todo encaje perfectamente, pero será preferible aquella interpretación que abarque armónicamente la mayor parte de los hechos. Además,

⁴ Para que no se piense que mi propuesta teórica es algo absolutamente esotérico, diría que es muy similar a la intención que guió a Sánchez Fontans cuando en 1953 reinterpretó todas las situaciones subjetivas del derecho privado uruguayo en términos de capacidad y legitimación, introduciendo una distinción más sutil que nadie se había animado a «*ver*» en nuestro derecho positivo, pero que resultaba imposible desconocer porque denotaba diferencias relevantes entre una y otra situación. Ver: Sánchez Fontans, José, «*Capacidad y legitimación en derecho contractual*», apartado de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, año IV, n. 2, 1953, 69 p.

sería deseable que fuera una solución aplicable en la práctica, que no genere nuevos problemas, que no sea contradictoria con otros saberes, etc.

La hipótesis que he de sostener es que la mejor interpretación de la solución uruguaya consiste en caracterizarla como control de aplicabilidad y no control o defensa de la constitucionalidad.

Las razones para esto provienen de la teoría, de los textos, de la práctica institucional y de la ideología constitucional.

3.2. La cuestión de la constitucionalidad en la teoría

En el plano teórico podemos partir de Kelsen, que fue quien de manera original y muy completa teorizó sobre el problema. Para éste⁵, «*Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes*». Dado que conocía perfectamente la resistencia política para someterse al control de constitucionalidad, explicaba que «*si el Derecho de los Estados modernos, que presenta cantidad de instituciones destinadas a asegurar la legalidad de la ejecución, no toma, por el contrario, sino medidas muy restringidas para asegurar la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de los reglamentos, esto obedece a motivos políticos*». Y estos motivos no dejan de tener influencia en la formación de la doctrina, la cual debería ser la primera en proporcionar explicaciones sobre la posibilidad y la necesidad de semejantes garantías. De esta manera, concluía que «*...si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del Tribunal Constitucional sea directamente anulado en su sentencia, en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales –éste es precisamente el caso principal–, fuerza anulatoria*».

De manera que la única garantía efectiva de la superioridad de la constitución consiste en institucionalizar un control de tipo jurisdiccional con poder de anular las leyes inconstitucionales con carácter general.

3.3. Los textos de la Constitución uruguaya

La Constitución uruguaya dedica el Capítulo IX de la Sección XV a regular esta materia.

En el primer artículo dispone que «*Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes*» (art. 256). De acuerdo con esta disposición, podría pensarse legítimamente que se va a consagrar un régimen de control de constitucionalidad, esto es, un régimen para la defensa de la constitución, como preveía Kelsen.

La segunda disposición relevante es la que regula los requisitos de legitimación activa: «*podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo*» (art. 258). Aquí ya la primera hipótesis entra en crisis, porque resulta claro que

⁵ Kelsen, Hans, «*La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)*», en: «*Ius et Veritas*» núm. 9, Lima, junio de 1994, pp. 17-43. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión de Domingo García Belaunde.

la supuesta defensa de la constitución sólo podría prosperar si coincide con un interés estrictamente individual («*directo, personal y legítimo*»).

Un tercer indicador textual resulta de la misma disposición antes citada: «*La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse...*» (art. 258, primer párrafo). De manera que aquí aparece junto a la declaración el efecto típico: la inaplicabilidad. Adviértase que esta disposición parece consagrar –sin contradicción alguna– el sistema de control de inaplicabilidad en lugar del de constitucionalidad.

Más adelante, se reitera la fórmula que vincula «*declaración de inconstitucionalidad*» e «*inaplicabilidad*» como contenidos únicos del control (art. 258, segundo párrafo).

Pero, si algún ingrediente más faltase para decidirnos por la interpretación como control de aplicación, véase este refuerzo definitivo y concluyente: «*El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso...* » (art. 259).

De acuerdo con esta clara directiva, la Suprema Corte no podría realizar argumentos generales en torno a la constitucionalidad de la ley, sino que debería limitarse «*exclusivamente al caso concreto*», demostrando que la ley es inaplicable al caso, por las particularidades del caso concreto, sin pronunciarse genéricamente para otros casos. Esto es, ni más ni menos, que la famosa equidad o «*justicia del caso*».

De allí que como inmediatamente, el constituyente agregue, por si alguna falta hiciera, que dicho fallo «*sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado*», esto es, respecto de las partes y circunstancias alcanzadas por el fallo.

3.4. La práctica institucional en Uruguay

En este rubro, baste señalar que existen numerosas leyes que han sido declaradas ocasionalmente inaplicables por inconstitucionales, y que han permanecido válidas y vigentes para otros casos. El Parlamento se ha reservado la facultad de decidir discrecionalmente el aceptar o no la declaración de inconstitucionalidad pronunciada en un caso concreto: en algunos casos ha procedido a ajustar la ley declarada inconstitucional, y en otros –los más– las ha dejado sin modificar.

De manera que la práctica institucional revela que para la concepción dominante en nuestro sistema político se mantiene la idea de que lo único que consagra la Constitución es un control de aplicabilidad, y no un juzgamiento abstracto de la ley.

3.5. La ideología constitucional uruguaya

Finalmente, nuestra interpretación condice con la intención de quienes concibieron el diseño constitucional. Desde el primer intento (fracasado) en 1918 hasta su consagración en 1934, la idea del control por la Suprema Corte estuvo motivado por el establecimiento de un mecanismo de garantía de los derechos individuales, y muy especialmente, del derecho de propiedad, ante los avances del estatismo batllista.⁶ La manera en que se diseñó el instituto, con sus restricciones para accionar («*interés directo, personal y legí-*

⁶ Véase más ampliamente: Sarlo, Ó.: «*Derechos, Deberes y Garantías implícitos en la Constitución Uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho*», en: Cristina Vázquez (comp.) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo*, Montevideo, FCU, 2011, pp. 1069-1099.

timo»), la radicación en un órgano judicial, y el modo de justificación del fallo que «*se referirá exclusivamente al caso*», hablan a las claras de que se trata sólo de una instancia de control de aplicabilidad, que no desobedece ni anula la norma, sino que evalúa si para el caso no existen razones para dejarla de lado, sin afectarla. Es lo que podríamos decir, un fallo de equidad, donde puede resolverse conforme a las circunstancias del caso, sin pronunciarse por una justificación general de las premisas.

No desconozco que tal no ha sido la interpretación de la dogmática constitucionalista; es más, advierto que en los últimos tiempos, la Suprema Corte de Justicia viene intentando desarrollar por vía interpretativa un control de constitucionalidad, lo cual se aprecia en que argumenta con carácter general, asumiendo un juzgamiento de la ley cuestionada, más allá del caso. No tengo mayores reparos a un control de constitucionalidad efectivo, pero el problema está en el diseño constitucional: tal control no debería tener un proceso individualista ni estar en manos del Poder Judicial, como se desprende de la teoría kelseniana y se confirma en la experiencia europea.

4. Conclusión

A mi modo de ver, la dogmática constitucional uruguaya no ha reparado debidamente en la inconsistencia semántica que expresa el texto constitucional al regular la declaración de inconstitucionalidad, reflejo, sin duda, de las tensiones políticas que existieron en torno a la consagración de este mecanismo de garantía.

Esto ha derivado, con la evolución cultural que suponen los más de 80 años de vigencia de la cuestión de constitucionalidad, en un avance interpretativo de la Suprema Corte de Justicia queriendo ver en los textos constitucionales la consagración de un verdadero control de constitucionalidad, sin pasar por una discusión pública y razonada de la conveniencia y condiciones de tal solución.

Personalmente creo que deberíamos ir hacia formas más fuertes de control de constitucionalidad, pero ello requiere un cambio radical del diseño institucional, empezando por la institucionalización de un órgano independiente, tanto del Poder Judicial, como del Parlamento, que suele denominarse tribunal o corte constitucional.

Mientras tanto, una interpretación de la constitución, teóricamente fundada, sólo puede concluir que nuestro diseño constitucional ha consagrado un recurso de inaplicabilidad de las leyes, con efectos limitados al caso en que se plantea.