

FD-UY/2009
R: 1003
A: 46976

ingr 06/6

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

LA LEY URUGUAY

LEGISLACION, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

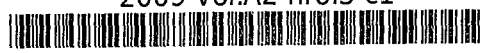
AÑO II • Nº 3 • MARZO 2009

DIRECTOR
HECTOR GROS ESPIELL

SECRETARIA DE REDACCION
MARGARITA BRITO DEL PINO

La Ley Uruguay :

2009 Vol.A2 nro.3 c1



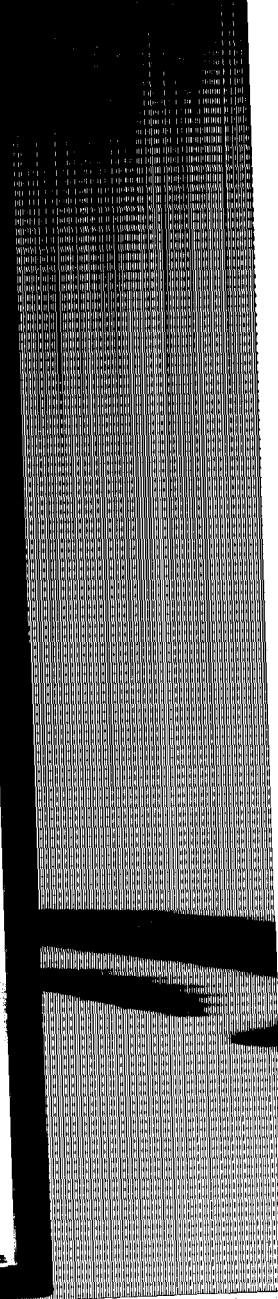
FD-UY/LU232009C1

San José 1102 (Esq. Paraguay)
Montevideo / Uruguay
Tel: 900 3548 / 908 5032 / 908 0984

LA LEY URUGUAY

COPIA 1

10
11
73
778



En torno a algunos temas de interpretación constitucional

POR HÉCTOR GROS ESPIELL

I.

La lectura en los números 1 y 3 de la Revista "La Ley Uruguay", de dos excelentes estudios de Lesley Van Rompaey (1) y de Leonardo Guzmán (2), me ha provocado algunas reflexiones sobre lo que debe ser la interpretación jurídica constitucional y de su sentido y límites en el Estado Democrático de Derecho, es decir en un Estado que, como el uruguayo, por ejemplo, ha adoptado la "forma" de Gobierno democrática republicana de la Constitución (art. 82).

No es éste un estudio integral, ni siquiera medianamente completo, del tema de la interpretación constitucional en el Uruguay, sino tan sólo una reflexión sobre ciertos puntos concretos y específicos de un asunto mucho más amplio y vasto.

II.

La interpretación de la Constitución, si bien comparte elementos y métodos generales comunes a toda interpretación jurídica, posee caracteres propios que la distinguen e individualizan (3).

(1) Van Rompaey, Lesley, "Justicia y Sociedad", La Ley Uruguay, Año I, N° 1, Montevideo, Octubre 2008, págs. 1-4

(2) Leonardo Guzmán, "Creación del Intérprete y Certeza Jurídica", La Ley Uruguay, Año I, N° 3, Montevideo, Diciembre 2008, págs. 239 - 242.

(3) Jorge Carpizo y Héctor Fix Zamudio, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en "La Interpretación constitucional", UNAM, III, México, 1975, págs. 15 y 21; Carmelo Carbone, "L'Interpretazione delle norme costituzionali", Cedam, Padova, 1951, págs. 10 - 12; Franco Pierandrei, "L'Interpretazione delle norme costituzionali in Italia", en "Scritti di diritto costituzionale", Vol. II, Torino, 1964; Segundo V. Linares Quintana, "Tratado de Interpretación Constitucional", Abeledo - Perrot, Buenos Aires, Capítulo I y II, Págs. 41 - 100; Rodolfo Luis Vigo, Interpretación Constitucional, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.

Y esto es así por la naturaleza peculiar que la Constitución tiene en cuanto cúspide jerárquica del sistema normativo estatal, al que limita, condiciona y determina.

Los métodos de interpretación constitucional no pueden ser exactamente iguales, e invariables para todos los sistemas políticos, incluso cuando se trata de regímenes organizativos de un Estado Democrático de Derecho.

Cada sistema constitucional tiene peculiaridades a las que hay que atender. Por ejemplo, no pueden ser idénticos los procedimientos interpretativos a emplear en una Constitución escrita, que en una basada, en parte, en la costumbre, ni frente a una Constitución escrita rígida, que en una flexible, ni en una rígida en la que el Parlamento, si bien por procedimientos y mayorías especiales puede reformar la Constitución o en una en que las modificaciones pueden nacer y perfeccionarse en una Asamblea Constituyente, de aquellas en las que toda reforma o enmienda requiera para su adopción final del pronunciamiento plebiscitario del Cuerpo Electoral.

Este es el caso de la Constitución uruguayo (art. 331), circunstancia que condiciona necesariamente y disminuye la importancia del empleo de determinados métodos interpretativos, en especial en lo que se refiere a la utilización de los trabajos preparatorios en el seno de las Cámaras parlamentarias o en los debates de una Constituyente (4).

(4) Justino Jiménez de Aréchaga ha fundado brillantemente este criterio en un magistral estudio sobre la interpretación constitucional ("Naturaleza Jurídica del Banco de Previsión Social y Régimen Presupuestal que le es Aplicable", Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 68, N° 2, Octubre de 1969, pág. 34 - 38). En ese trabajo, que puede ser considerado como la exposición general del pensamiento del autor sobre la interpretación constitucional, se dice respecto del punto concreto al que nos hemos referido: "Si la respetuosa sumisión al texto se impone siempre que se trata de interpretar una Constitu-

HÉCTOR GROS ESPIELL

III.

La normatividad de la Constitución, es decir su aplicabilidad directa aunque no exista reglamentación legislativa, es un elemento esencial que debe tenerse en cuenta en la interpretación de la Constitución.

En el Uruguay esta normatividad —prácticamente general-total y no sólo en lo relativo a la ciudadanía y a la organización de los Poderes del Gobierno— fue algo siempre admitido desde 1830, confirmado luego rotundamente con el artículo 332 de la Constitución actual. Fue algo que la individualizó, sin que fuera el único caso, en el panorama institucional del siglo XIX y en el de los comienzos del XX.

Esta normatividad directa —y sin perjuicio de la necesaria consideración del caso de las normas programáticas, como las que existen en nuestra Constitución, (por ejemplo, arts. 40, 43, 44, 45, 46, 49, 55 y 57)— exige una interpretación de la Constitución acorde con ello, interpretación que no puede depender, en términos generales, de la existencia o inexistencia de la ley reglamentaria, ni estar condicionada por definiciones o criterios legales (5).

escrita, ello resulta tanto más necesario en el caso de las Constituciones que extraen su autoridad no del voto de una Asamblea Constituyente o de un Parlamento, sino del pronunciamiento popular a través de un plebiscito o de un referéndum de ratificación.

Obsérvese, que, en este último caso, el constituyente, la autoridad que da nacimiento al texto constitucional no es el órgano parlamentario o el grupo de ciudadanos que han tomado a su cargo la redacción del proyecto, sino el Cuerpo Electoral todo, la ciudadanía misma que, en función constituyente, consagra la autonomía del texto por medio de su voto".

(5) Justino Jiménez de Aréchaga, "La Constitución Nacional", Tomo I, Editorial Medina, 1946, págs. 114 - 117, ha dicho con razón: "Me parece evidente que no. Reglas obligatorias sobre interpretación no pueden contenerse nunca en una norma de categoría inferior a aquella que deba ser interpretada. Admitir que el legislador, por vía de ley ordinaria, puede imponer normas para la inteligencia de los textos constitucionales, es admitir que por un camino oblicuo el legislador puede llegar incluso a la modificación de las disposiciones constitucionales por medio de leyes ordinarias. Pero sería exagerado decir que las reglas del Título preliminar no deban ser estimadas por el intérprete. Su autoridad derivará, para él, no del hecho de estar incorporadas al Código Civil, sino de su propio contenido lógico o de su valor científico".

IV.

En el Estado Democrático de Derecho los principios y los criterios interpretativos no pueden ser los mismos a emplear en un Estado autoritario o totalitario, en un régimen de facto, en una tiranía o en una dictadura o en un sistema político ilegítimo nacido de la violación de la Constitución, que los principios y criterios que se han de utilizar en un Estado Democrático de Derecho, que vive bajo una Constitución que asegura la división, equilibrio y coordinación de los Poderes del Gobierno, determina sus competencias respectivas y está dirigido a lograr el control político y jurisdiccional del poder (6).

Esto es así porque, en el primer caso, la interpretación se basa y está dirigida a hacer efectivo el ejercicio del poder incontrolado e irresponsable, carente de límites y condicionamientos, a anular la libertad y a asegurar el cumplimiento de los mandatos del que ilegítima e inconstitucionalmente ejerce el poder.

En los sistemas constitucionales democráticos, en el Estado Democrático de Derecho, como es el caso del Uruguay, en cambio, toda interpretación ha de estar necesariamente dirigida a asegurar la vigencia y efectividad de los principios, valores y objetivos constitucionales. Es decir, a defender la Libertad, a impedir que ningún órgano actúe fuera del ámbito de sus competencias, a respetar la jerarquía de las normas jurídicas que forman la integralidad del sistema institucional y a hacer posible el funcionamiento armónico de los Poderes del Gobierno, tomando siempre en consideración que el origen y la fuente de la Soberanía es la Nación y que esta soberanía se ejerce directamente por el Cuerpo Electoral, en los casos constitucionalmente determinados, e indirectamente por los Poderes representativos en la forma establecida por la Constitución (arts. 4 y 82).

Toda interpretación jurídica (7) tiene por objeto esclarecer, desentrañar, si es preciso, el verdade-

(6) Héctor Gros Espiell, "El Control del Poder y la Democracia. Una Reflexión Uruguaya", en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, 375 - 395.

(7) Segundo V. Linares Quintana, "Tratado de Interpretación Constitucional", Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 35 - 100; Eduardo J. Couture, "Interpreta-

ro, correcto y legítimo s
hacer posible su adecua

La aplicación de una n
supone necesariamente

La interpretación no s
sino que es ineludible.
requerido sólo cuando la
o de difícil o imposible c
la norma es preciso ent
nizarla con el texto int
ubicándola en el marco
y objetivos constitucion

La idea de lo que es l
la veracidad jurídica y
poder estatal, de su nat
no son iguales en siste
contradictorios, fundad
inconciliables.

De aquí la pertinenc
cedentemente al respe
cuestiones que genera l
constitucional.

V.

La interpretación qu
jurisdiccional, de la jur
sentencias emanadas d
la función jurisdiccio
creadora de Derecho.

Es la consecuencia d
los magistrados, ejerci
turalmente libre, en ct
pensar de seres huma
conciencia" (art. 1 de la
Derechos Humanos).

Pero esta libertad inte
misma del actuar del i
juez, no es una libertad
nada, por los imperativ
jerárquico sistema norm
y valores que resultan d

Si el intérprete preter
tada y discrecionalme
quiere que diga y no lo

ción e Integración de las L
la Escuela Nacional de Ju
1949, N° 43.

ro, correcto y legítimo sentido de la norma, para hacer posible su adecuada aplicación.

La aplicación de una norma constitucional presupone necesariamente su interpretación.

La interpretación no sólo es siempre necesaria, sino que es ineludible. No es un procedimiento requerido sólo cuando la disposición es poco clara o de difícil o imposible comprensión. Para aplicar la norma es preciso entenderla, situarla y armonizarla con el texto integral de la Constitución, ubicándola en el marco de los principios, valores y objetivos constitucionales.

La idea de lo que es la legitimidad normativa, la veracidad jurídica y el concepto mismo del poder estatal, de su naturaleza y de sus límites, no son iguales en sistemas políticos opuestos y contradictorios, fundados en principios y valores inconciliables.

De aquí la pertinencia de lo afirmado precedentemente al respecto, en relación con las cuestiones que genera la interpretación jurídico-constitucional.

V.

La interpretación que resulta de la actividad jurisdiccional, de la jurisprudencia, fruto de las sentencias emanadas de los órganos que ejercen la función jurisdiccional es, en cierto sentido, creadora de Derecho.

Es la consecuencia del actuar intelectual de los magistrados, ejercicio intelectual que es naturalmente libre, en cuanto es el resultado del pensar de seres humanos dotados "de razón y conciencia" (art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Pero esta libertad intelectual, que está en la raíz misma del actuar del intérprete, en el caso del juez, no es una libertad ilimitada. Está condicionada, por los imperativos constitucionales, por el jerárquico sistema normativo y por los principios y valores que resultan de la Constitución.

Si el intérprete pretendiera hacer decir, ilimitada y discrecionalmente, a la norma lo que él quiere que diga y no lo que la norma dice o que

ción e Integración de las Leyes Procesales", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, T. XI, México, 1949, N° 43.

él cree que jurídicamente dice, todo el sistema constitucional quedaría subvertido.

Esto se ha visto claramente desde que Montesquieu lo expresó en el siglo XVIII (8).

Es cierto que Montesquieu dijo asimismo que "el juez era la boca que pronunciaba la letra de la ley", pero no es menos cierto que jamás afirmó que aplicar el Derecho fuera algo automático y mecánico, encomendado a un mecanismo de precisión sin vida. Como dijo Carlos Ruiz del Castillo, hay que determinar el campo de acción del juez, diferenciando lo general de lo particular, la Ley que le está sustraída y la interpretación que le está encomendada, la norma y el caso" (9).

La interpretación y aplicación de la norma por la sentencia no es una operación automática y mecánica.

Es el fruto de un obrar razonado de la inteligencia humana, inteligencia que es, en principio libre. Pero ello no quiere decir que la sentencia resulte de una creación sin límites ni condiciones del Derecho. Está condicionado y limitada por el Derecho vigente. Y es en base a esto y a la libertad intelectual, que se interpreta y se aplica el Derecho.

Es cierto que no puede negarse que, en cierta forma, la jurisprudencia crea. Derecho, ni puede ponerse en duda la libertad intelectual del juez al interpretar la norma. Pero esto no puede significar aceptar que el juez pueda ser un legislador.

La expresión de Montesquieu antes citada de que el Juez es la boca de la ley, no es incorrecta, si se comprende que no es la boca mecánica y automática que emite un sonido emanado de una cosa sin vida. Es por el contrario, la boca de un juez, es decir de un ser humano, dotado de razón y conciencia, que vive temporal y espacialmente, que se sitúa en un espacio y en un tiempo determinados y que se expresa, no como resultado

(8) Montesquieu, "L'Esprit des Lois", Libro XI, Capítulo VI en donde dice: "Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire; car le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance exécutrice, le juge pourroit avoir la force d'un oppresseur".

(9) La Doctrina de Montesquieu. Valor Actual, Madrid, 1948, pág. 17.

HÉCTOR GROS ESPIELL

de un silogismo cerrado, inflexible e invariable, sino como consecuencia del proceso humano del pensar, fundado en la razón y la conciencia, en el marco del Derecho y de la lógica.

La acción del juez, además, al implicar el poder de "de decir y pronunciar el Derecho", incluso cuando no hay una norma legal expresamente aplicable al caso, se amplía y se libera. Este principio, declarado por el artículo 15 del Código Civil Oriental, análogo al artículo 4 del Código Civil francés, proclama un criterio general que se proyecta en la totalidad del sistema jurídico nacional caracterizando a la función jurisdiccional al permitirle "decir el Derecho", incluso cuando se da un silencio del "sistema normativo".

Las páginas que al respecto, sosteniendo este criterio, han escrito F. Gény, R. Carré de Malberg y Ch. Eisemann (10), tienen siempre un relevante valor.

VI.

Escrito lo que antecede fijemos la atención, específicamente, sobre la interpretación constitucional.

La importancia de esta interpretación resulta de que ella no se reduce, en sus efectos, sólo a la interpretación del texto constitucional, sino que se proyecta en la interpretación de todo el sistema jurídico nacional.

Si la Constitución es, finalmente, como dijo magistralmente Charles Evans Hughes, lo que los jueces dicen que es (11), es fácil comprender que este decir judicial determina, en cierta forma, el sentido y la aplicación de la totalidad del Derecho interno.

Sobre la interpretación de la Constitución uruguaya y los métodos a emplear la doctrina nacional, naturalmente, no ha estado ausente (12).

(10) François Gény, "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", París; R. Carré de Malberg, "Contribution à la Théorie générale de l'Etat", Chap I. 1, 2a. Edición española del Fondo de Cultura Económica, México, 1998, con Prefacio de Héctor Gros Espiell, párrafos 234, 235 y 236, págs. 638-643; Ch. Eisemann, "L'Esprit de Lois et la séparation des pouvoirs", Mélanges Carré de Malberg, Recueil Sirey, París, 1933, págs. 180 - 181.

(11) Charles Evans Hughes, "La Suprema Corte de los Estados Unidos", Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pág. 7.

(12) Una enumeración comentada de los criterios de Carlos de Castro, Carlos María Ramírez, Justino Jiménez

No es del caso ahora hacer un recuento de lo dicho en el pasado (13) y de lo sostenido hoy (14).

Pero lo que no puede dejarse de rememorar ahora son las páginas dedicadas al tema por Justino Jiménez de Aréchaga (15), que continúan siendo hoy muy valiosas pautas de conocimiento y de consideración ineludible.

VII.

Es preciso para reconsiderar ahora el tema, afirmar y precisar preliminarmente algunos conceptos determinantes.

La interpretación constitucional auténtica sólo puede resultar de un pronunciamiento jurídico emanado de la misma fuente de la que nació la norma interpretada y en la que la norma interpretativa tenga igual jerarquía que la que posee la norma constitucional interpretada (16).

En el caso de la interpretación constitucional, la interpretación auténtica tiene que ser la consecuencia de la existencia de una norma

de Aréchaga, Juan Andrés Ramírez, Justino E. Jiménez de Aréchaga, Juan Carlos Gómez Haedo y Luis Arcos Ferrand, se encuentra en Héctor Gros Espiell, *Universidad y Derecho Constitucional*, Montevideo, 1988.

(13) Los casos antes citados, fueron analizados también en Héctor Gros Espiell, "El problema del método en el Derecho Constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año X, N° 3, 1959, Montevideo.

(14) Por ejemplo: Rubén Correa Freitas, "Derecho Constitucional Contemporáneo", Tomo I, 3ª. Edición, F.C.U., Montevideo, 2007, págs. 18 - 21; José Korseniak, "Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional", F.C.U. Montevideo, 2001, págs. 65 - 74; Alberto Ramón Real, "Derecho Constitucional", Montevideo, 1969; Horacio Cassinelli Muñoz, "Ciudadanía y Enseñanza Superior", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 61, pág. 92; José Aníbal Cagnoni, "La Reforma del Agua", *Revista de Derecho Público*, N° 27, Montevideo, 2005; Martín Riso Ferrand, "Derecho Constitucional", 2ª Edición, F.C.U., Tomo I, Montevideo, 2000 y, en especial: Eduardo G. Esteva Gallicchio, "La Interpretación Constitucional según la Doctrina Uruguaya", en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Tomo V, México, 2008.

(15) Justino Jiménez de Aréchaga, "La Constitución Nacional", Tomo I, págs. 7 - 11 y 100 - 124, Editorial Medina, Montevideo, 1946.

(16) Justino Jiménez de Aréchaga, "La Constitución Nacional", Tomo III, pág. 79, Editorial Medina, Montevideo, 1946. Este criterio no es unánime. Por ejemplo el afirmado por Kelsen es radicalmente distinto.

constitucional nacida cedimientos que para de la Constitución, ést

Pero además de este es la interpretación a la que en el Uruguay n Justicia al ejercer su c la constitucionalida de las leyes o de los departamentales con ción (arts. 256 y 260) e esta interpretación c llamarse también auté refiere al caso concret entre las partes del ca según se mantenga o s de la Corte al fallar e concretos.

La Constitución pre la posibilidad de una de la Constitución, e 20 (17). Esta interpre generalidad de la ley p ser declarada incons Corte de Justicia, ya q según dice expresam perjuicio de la facul Suprema Corte de Ju artículos 256 - 261".

VIII.

No puede reflexion: constitucional, así co pretación jurídica, sin tiempo en sus efectos decir el análisis de si e sólo las ideas, los con realidades existentes e ma nació o si, en cam las realidades supervi que son las ideas, los c tes en el momento qu considerando además tes en el sentido de la transcurso del tiempo

(17) Justino Jiménez de cional", Tomo III, págs. 77 un minucioso estudio d y de sus interpretacione base a la que debe ser en

constitucional nacida de uno de los cuatro procedimientos que para la reforma total o parcial de la Constitución, ésta prevé (art. 331).

Pero además de este concepto estricto de lo que es la interpretación auténtica, pero "sui generis", la que en el Uruguay realiza la Suprema Corte de Justicia al ejercer su competencia de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes o de los decretos de los Gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (arts. 256 y 260) es también auténtica. Pero esta interpretación constitucional, que podría llamarse también auténtica, no es general. Sólo se refiere al caso concreto (art. 259). Sólo se impone entre las partes del caso, y además puede variar según se mantenga o se cambie la jurisprudencia de la Corte al fallar en el futuro en otros casos concretos.

La Constitución prevé además, expresamente, la posibilidad de una interpretación legislativa de la Constitución, en su artículo 86, numeral 20 (17). Esta interpretación es general, posee la generalidad de la ley pero no es auténtica y puede ser declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, ya que esta competencia existe, según dice expresamente la Constitución, "sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con los artículos 256 - 261".

VIII.

No puede reflexionarse sobre la interpretación constitucional, así como respecto de toda interpretación jurídica, sin tener en cuenta el tema del tiempo en sus efectos sobre la hermenéutica. Es decir el análisis de si el intérprete debe considerar sólo las ideas, los conceptos, las acepciones y las realidades existentes en el momento en que la norma nació o si, en cambio, es imposible descartar las realidades supervinientes o en nacimiento y lo que son las ideas, los criterios, los valores existentes en el momento que la norma es interpretada considerando además los cambios supervinientes en el sentido de las palabras, ocurridos en el transcurso del tiempo.

(17) Justino Jiménez de Aréchaga, "La Constitución Nacional", Tomo III, págs. 77-80, Editorial Medina, cit., hace un minucioso estudio de la historia de esta disposición y de sus interpretaciones, dando la fórmula correcta en base a la que debe ser entendida.

Es ésta una cuestión que lleva, si se le da una respuesta positiva, a la admisión de lo que se ha llamado "interpretación evolutiva" y a veces, asimismo, "progresiva" (18).

Yo siempre he sido partidario de ella. Sin borrar el pasado como elemento referente de comparación, es preciso considerar y tener en cuenta, dentro de los límites de la razonabilidad, los hechos, las ideas, los valores, las conductas humanas, las variaciones terminológicas, y la realidad total existente en el momento en que la norma es interpretada.

En el año 2004 estudié detenidamente el tema (19). Sigo hoy pensando igual. Dije entonces:

"¿Por qué? Porque el Derecho vigente no puede, no debe, ser interpretado, necesariamente y siempre, según lo que se pensaba cuando la norma se sancionó. El respeto por el cambio social, el respeto por lo que el cambio significa y significará en una sociedad abierta, tolerante y democrática, impone que el Derecho se interprete y se aplique, dándole a las palabras, los términos y los conceptos que el Derecho emplea, su significación y su sentido en el momento en que la interpretación se realiza.

Es absurdo estimar que una norma pensada y elaborada, por ejemplo, en el siglo XIX, deba ser interpretada, de manera necesaria y absoluta, usando las ideas que entonces reinaban, dejando de lado las ideas y las realidades, los criterios, los valores y el sentido que hoy tienen esas palabras, esos términos y esos conceptos.

Naturalmente, esta labor tiene que ser una tarea hecha con racionalidad y con equilibrio; no puede estar basada en el repudio o el apartamiento apriorístico; debe ser innovadora, pero no ciegamente negadora; debe tener en cuenta lo actual, sin despreciar la crítica; debe cuidarse de presumir ciegamente el mañana incierto; debe distinguir lo

(18) Eduardo J. Couture, "Estudio Preliminar, Vocabulario Jurídico", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1960, Capítulo 18, (Evolución de significados en el tiempo, págs. 42 - 45)

(19) Héctor Gros Espiell, "La interpretación Evolutiva del Derecho, Relaciones", N° 243, Montevideo, Agosto de 2004, reproducido e incluido en Héctor Gros Espiell, Circunstancias, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 2005, pág. 209 - 214.

HÉCTOR GROS ESPIELL

permanente de lo cambiante, lo esencial de lo relativo y lo evolutivo de lo rupturista, considerando lo actual, en sus raíces con el pasado y lo actual como embrión del mañana".

Pero más allá de esta fineza terminológica, creo que todos entendemos que al hablar de interpretación evolutiva y dinámica queremos decir interpretación que tenga necesariamente en cuenta el cambio y la evolución producida en el Derecho y considera esos cambios y esa evolución al interpretar la norma en función de su aplicación hoy".

En el Derecho Constitucional este criterio, sin duda mayoritario hoy, ha sido encarado fundamentalmente por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana. Los estudios de Roscoe Pound, de O.W. Holmes y de E. S. Corwin⁽²⁰⁾ han marcado un camino que la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha ignorado.

En su magnífico libro "La Constitución Norteamericana y su actual significado", publicado a fines de la segunda década del siglo XX, Corwin decía: "Como documento la Constitución proviene de la generación de 1787; como ley deriva su fuerza y efecto de la presente generación de ciudadanos americanos, y de ahí que debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales, con la mira de afrontar los problemas del presente".

En Europa, no pueden dejar de recordarse los aportes al respecto de Santi Romano de F. Pierandrei, N. Bobbio⁽²¹⁾ y R. Lucas Verdú⁽²²⁾.

Y en nuestra América lo que han dicho a este respecto Jorge Carpizo, Germán Bidart Campos y Segundo V. Linares Quintana entre otros muchos.

Son éstos algunos ejemplos de una tendencia interpretativa en materia constitucional hoy predominante, y que en el Uruguay no puede ni debe desconocerse. Por el contrario, hay que recogerla y aplicarla. Yo mismo la he utilizado al interpretar el concepto de familia en el artículo 40 de la Constitución, modificando una opinión que había dado

(20) La referencia concreta a sus obras puede encontrarse en S. V. Linares Quintana, Op. Cit.

(21) Santi Romano, "Interpretazione Evolutiva in Frammenti di un Dizionario Giuridico", Giuffrè, Milano, 1947; Franco Pierandrei, op. cit.

(22) Pablo Lucas Verdú, "La Interpretación Constitucional", Salamanca, 1960.

en 1955, para adaptar el concepto a una realidad superviniente.

Como muy bien recuerda Carpizo, "Hay que tener en cuenta las situaciones sociales, económicas y políticas que existen en el momento de la interpretación" (23).

IX.

La interpretación de la Constitución, referida en especial a la determinación jurisdiccional de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, está unida al concepto de legitimidad (24), tanto de la legitimidad de origen, es decir, a la correcta juridicidad del proceso de su nacimiento, sanción y promulgación, como de la legitimidad de su contenido, que sólo es tal si ha respetado la letra y el espíritu de la Constitución, en cuanto texto supremo destinado a regir una sociedad viva, evolutiva y cambiante a la que debe aplicarse un Derecho justo.

La relación entre los conceptos de inconstitucionalidad e ilegitimidad, que puede tener un sentido y una trascendencia jurídico-política general sobre la concepción y la naturaleza del sistema jurídico, posee también un sentido concreto y específico, que debe ser tenido en cuenta por el intérprete, en lo que se refiere a la eventual inconstitucionalidad de la ley.

Una ley violatoria de la Constitución es una ley constitucionalmente ilegítima (25) y la Suprema Corte de Justicia, en el Uruguay, en el caso de que declare que una ley es inconstitucional, está declarando, con efecto en el caso concreto y con respecto a las partes, que esa ley carece de legitimidad constitucional.

X.

La Constitución uruguaya, desde 1918, por una decisión tomada luego de un interesante debate en la Convención Nacional Constituyente, no contiene un preámbulo. Ello nos permite no

(23) Jorge Carpizo, op. cit., págs. 45 y 48 y "La Interpretación constitucional en México", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, México, 1971.

(24) Philip Bobbit, "Constitutional Interpretation", Blackwell, Oxford, UK, Cambridge Massachusetts, USA, 1991, The Problem of Legitimacy, pág. 6.

(25) Enrico Redenti, "Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale", Giuffrè, Milano, 1957, Capítulo I, párrafos 13, 14 y 15, págs. 15 - 17.

analizar ahora, resp. Constitucional, la inte del Preámbulo como e de la parte específic Constitución (26).

La inexistencia de u Constitución de 1918, saria interpretación te cional uruguayo, en a propósitos y objetivos análisis total y sistem

Y esto pudo ser así 1918 y 1934 y luego co a partir de la de 1942, título mantenido sin que remite para la i Constitución, a falta c a "los principios gene

Se trata de un mand que obliga al intérpre aplicación constituc

XI.

Aunque no se trate pretación constituci evocar aquí el tema d constitucionalidad d se encuentra consta jurisprudencia y por caso de Uruguay, en l relativo al análisis d inconstitucionalidad

Este criterio aplica camente universal, p consideraciones y apr se desarrolló origina cia de la jurisprudenci Estados Unidos (27). E do, en general, a esta ("que en el caso en que susceptible de dos inn de las cuales la haría

(26) Eduardo Esteva, ción del Uruguay", en Ar Tajadura González, "Pr Iberoamérica", Madrid, 2

(27) Segundo V. Linares Quintana, Presunción de C públicos, págs. 583 - 603

analizar ahora, respecto de nuestro Derecho Constitucional, la interesante cuestión del valor del Preámbulo como elemento de interpretación de la parte específicamente normativa de la Constitución (26).

La inexistencia de un Preámbulo, a partir de la Constitución de 1918, no impidió nunca la necesaria interpretación teleológica del texto constitucional uruguayo, en aplicación de los principios, propósitos y objetivos de la Carta, extraídos de su análisis total y sistemática.

Y esto pudo ser así bajo las Constituciones de 1918 y 1934 y luego con un fundamento expreso, a partir de la de 1942, con la inclusión de un artículo mantenido sin cambio hasta hoy (art. 332) que remite para la ineludible aplicación de la Constitución, a falta de ley, entre otros criterios, a "los principios generales de derecho".

Se trata de un mandato constitucional expreso que obliga al intérprete, cuyo actuar supone la aplicación constitucional.

XI.

Aunque no se trate de una cuestión de interpretación constitucional, no puede dejarse de evocar aquí el tema de la llamada presunción de constitucionalidad de la ley, ya que este criterio se encuentra constantemente invocado por la jurisprudencia y por la doctrina, incluso en el caso de Uruguay, en la consideración del asunto relativo al análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley.

Este criterio aplicado hoy con carácter prácticamente universal, pero con diferentes matices y consideraciones y apreciaciones diversas, nació y se desarrolló originariamente como consecuencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (27). Esta jurisprudencia ha llevado, en general, a esta Corte Suprema a considerar "que en el caso en que una ley es razonablemente susceptible de dos interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra

válida, es su deber adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad" (28).

Todo esto merece hoy un reexamen y una reflexión, para evitar el empleo del cómodo abuso de la invocación de la "presunción de constitucionalidad, para eludir el pleno y racional ejercicio de las competencias del órgano constitucional de control jurisdiccional de las leyes, para asegurar el respeto y la aplicación correcta de la Constitución, sus principios y sus valores y objetivos.

Yo confieso que mucho me preocupa la forma muchas veces apriorística e irreflexiva en que se invoca esta presunción, como excusa para justificar el no análisis profundo y exhaustivo de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley y como manera de rehuir el ejercicio pleno del control jurisdiccional.

No niego, a priori, la posibilidad de tener en cuenta esta presunción - a pesar de que no tiene una base normativa expresa en el sistema jurídico uruguayo - que está unida, en un régimen constitucional democrático, al respeto jurídico recíproco que se deben los poderes del Gobierno y a la consideración del actuar del Poder Legislativo al legislar en ejercicio de sus competencias constitucionales. Pero esto debe equilibrarse en el aseguramiento de la plena y total vigencia de la Constitución, de la efectividad del control jurisdiccional y de un actuar que afirme y aplique, sin temores ni reticencias, la superioridad jerárquica de la Constitución, de sus principios y sus consecuencias.

Creo que no hay que inflar ni aceptar ciegamente el "mito" de la presunción de inconstitucionalidad de las leyes, lo que sería "innecesario y pernicioso" (29), ni utilizar esta presunción como "una muletilla o lugar común para rechazar cuestionamientos serios a actos jurídicos (legales o administrativos) (30).

(28) Charles Evans Hughes, *op. cit.*, págs. 51 - 52.

(29) Con respecto a la presunción de legalidad de los actos administrativos y a la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, véase Augusto Durán Martínez, "La Presunción de Legitimidad del acto administrativo: un mito innecesario y pernicioso", *Revista de Derecho O2*, Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.

(30) Martín Riso Ferrand, "Algunas Garantías Básicas de los Derechos Humanos", F.C.U, Montevideo, 2008, pág. 163.

(26) Eduardo Esteva, "El Preámbulo de la Constitución del Uruguay", en Antonio Torres del Monte y Javier Tajadura González, "Preámbulos Constitucionales en Iberoamérica", Madrid, 2001, págs. 391 - 407.

(27) Segundo V. Linares Quintana, *op. cit.*, Capítulo XXIII, Presunción de Constitucionalidad de los actos públicos, págs. 583 - 605.

La laicidad e

Hay que partir del reconocimiento de que se trataría de una presunción "iuris tantum", que cede ante la prueba de la incompatibilidad entre la ley y la Constitución. Hay que tener en cuenta a toda la Constitución, a la integralidad de su texto y, repetimos, a sus principios fundamentales, a los valores y a los objetivos constitucionales.

La duda del intérprete respecto de la compatibilidad entre la norma superior y la inferior, duda que permite superar el obstáculo que resulta de la presunción de constitucionalidad, debe ser razonable (31). Y el concepto de razonabilidad reposa en el sentido, en la "razón" de ser, de lo que la norma constitucional significa en su texto y en el sistema constitucional en su conjunto y de la obligación jurisdiccional de asegurar la efectividad real del control a cargo, en el caso del Uruguay, de la Suprema Corte de Justicia.

Como en la consideración de toda la temática relativa a la interpretación constitucional, no puede dejarse de tener en cuenta la cuestión del carácter democrático o no del régimen político.

En un sistema surgido del arrasamiento de la legitimidad constitucional, con un Poder Legislativo clausurado y sustituido por órganos de pseudo tipo parlamentario integrados por el Poder de facto y con un Poder Ejecutivo ilegítimo, nacido de la violación de la Constitución, y si algo queda de ella, en precaria vigencia, por ejemplo con un Poder Judicial sometido y dócil a la dictadura — como en el caso del Uruguay entre 1973 y 1985 —, no sólo no existe una presunción de constitucionalidad de lo que se llamaron incorrectamente leyes, sino que, al contrario, la presunción debe ser de su inconstitucionalidad, en cuanto provienen del hacer normativo de autoridades ilegítimas.

Lo contrario, en cambio, pero dentro de límites razonables, ha de ocurrir en gobiernos constitucionalmente legítimos, actuantes dentro del marco constitucional, con división de los Poderes de Gobierno, todos ellos con competencias atribuidas por la Constitución, que se deben respeto recíproco, en base al reconocimiento absoluto de la superioridad jerárquica determinante de la Constitución sobre todas las restantes normas jurídicas, incluidas naturalmente las legislativas.

(31) Walter F. Dodd, "The doctrine of reasonable doubt", St. Paul, Minnesota, 1949.

La invocación de la presunción de constitucionalidad no puede ni debe ser un obstáculo para el ejercicio correcto del control jurisdiccional de la ley, ni la aceptación ciega de que para poder declarar inconstitucional una ley no basta con una simple duda, sino que ha de ser una "duda razonable". Esto obliga a evaluar el concepto de razonabilidad, no con un criterio cerrado y restrictivo, sino con la aceptación de la necesidad de una razón abierta y comprensiva, integrada en la idea de lo que es el Estado de Derecho, del necesario control del poder y las exigencias de la realidad condicionante.

Se ha reconocido, incluso por los que la reconocen y defienden que esta doctrina de la presunción de la constitucionalidad de la ley, tan reiteradamente invocada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de la Corte Suprema de la Argentina (32) y también de la del Uruguay (33), no es absoluta, debe ser matizada, diferenciando distintas situaciones. La jurisprudencia estadounidense, en varios casos, ha revertido la presunción para transformarla en una presunción de invalidez, cuando está en juego la defensa de la libertad (34).

Todo esto demuestra la relatividad de esta presunción, que no debe ser nunca considerada como la expresión de un criterio absoluto, como un fácil expediente para excluir o disminuir la eficacia del control jurisdiccional, sino tan sólo como una fórmula fundada en la necesidad de emplear un razonamiento cuidadoso para analizar las consecuencias de la "duda razonable" sobre la constitucionalidad de una ley.

La norma legal es o no es constitucional. Ninguna presunción de constitucionalidad puede transformar una ley inconstitucional en una norma constitucional.

Y es por todo ello que pensamos que este tema de la presunción de constitucionalidad de la ley debe ser considerado y tenido en cuenta al tratar la cuestión de la interpretación constitucional.

(32) Linares Quintana, op. cit. pág. 587-603

(33) Ruben Correa Freitas, op. cit.

(34) Edward S. Corwin, "La Constitución Norteamericana y su actual significado", Buenos Aires, 1942, edición original en inglés, de 1942 (The Constitution and What it means today). Cito la edición en inglés de Atheneum, New York, 1964); Frederik A. Ogg and Ray P. Orman, "Introduction to American Government", New York, pág. 490.

1) El texto constitucional es el artículo 5°, que dispuso que los cultos religiosos son libres en el Estado no sostiene religión alguna. La Iglesia Católica el domicilio que hayan sido total o parcialmente con fondos del Erario Nacional, sólo las capillas destinadas a hospitales, cárceles u otros edificios públicos. Declara, asimismo, que los impuestos a los templos de las diversas religiones no proviene de la Constitución, sino que es una importante reforma que se eliminó el vocablo "arbitrios" y la palabra "templos"; de esa reforma impositiva no quedaba nada que entró en vigencia la ley que se proyectaba haciéndose el artículo sustituyó al 52° que estaba así redactado: "La Iglesia Católica Apostólica Romana pasó a un Estado no confesional absoluta entre el Estado".

2) Después de haberse establecido el carácter previo, descrito en el artículo 5°, algunas diferencias relacionadas con el texto constitucional traeríamos a colación: la maquieta, pero la realidad algunas diferencias de por el principio. Es valioso el sistema institucional que esa palabra ni sus derivaciones en la Constitución (a diferencia de su artículo primero de la República). "Laicidad" la Lengua, es "el que no es religioso" y "laicismo" es la independencia del honor.

(1) JIMÉNEZ de ARECHAGA, "La Constitución Nacional", ed. del Senado.