



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Risso Ferrand, Martín

HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA REALIDAD EN URUGUAY

Estudios Constitucionales, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 239-283

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82031373005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA REALIDAD EN URUGUAY*

TOWARDS A NEW CONSTITUTIONAL INTERPRETATION.

THE REALITY IN URUGUAY

MARTÍN RISSO FERRAND**

Universidad Católica del Uruguay

mrисso@ucu.edu.uy

RESUMEN: Partiendo de la tradición uruguaya de realizar una hermenéutica constitucional exclusivamente jurídica (método, contexto y finalidad), se procura la confrontación de dicha práctica con otras perspectivas más modernas, de lo que surge la clara necesidad de proceder a una actualización del método tradicional. Luego de establecer algunas bases para dicha actualización, se procura destacar ciertas patologías en la interpretación constitucional uruguaya y visualizar aspectos relevantes excluidos del análisis históricamente.

ABSTRACT: Based on the Uruguayan tradition of performing a constitutional interpretation that is exclusively legal (method, context and purpose), it looks for a confrontation of said practice with other more modern perspectives, from where emerges the clear need for an update of the traditional method. After establishing some basis for this update, it seeks to highlight certain pathologies in the Uruguayan constitutional interpretation and display relevant aspects of the analysis that were historically excluded.

PALABRAS CLAVE: Interpretación constitucional, Constitución, Originalismo y no originalismo.

KEY WORDS: Constitutional interpretation, Constitution, Originalism.

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de la hermenéutica constitucional ha sido objeto a lo largo del tiempo de innumerables trabajos y teorías. Pero en general estos desarrollos apuntan en Uruguay al estudio de cuál es el método jurídico apropiado para dicha interpretación y a cómo debe realizarse esta actividad desde el punto de vista estrictamente jurídico.

* Trabajo recibido el 10 de diciembre de 2013 y aprobado el 7 de mayo de 2014.

** Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Titular de Derecho Constitucional en grado y maestría en dicha institución.

Lo anterior no debe extrañar, ya que salvo por un trabajo del profesor de Derecho Constitucional Juan Andrés RAMÍREZ, a principios del siglo XX¹, ha predominado ampliamente la creencia de que la interpretación constitucional debe separarse de los elementos políticos, sociológicos y de los cambios sociales. Así planteada la cuestión, el enfoque tradicional fue la determinación (y ajustes) de lo que se denomina a veces como “método lógico sistemático teleológico de interpretación constitucional”, que pretende “desentrañar” el texto constitucional con métodos jurídicos (se analizaba el texto, el contexto y la finalidad) y prescindiendo de otros desarrollos².

Pero es evidente que la interpretación constitucional no es exclusivamente jurídica, sino que se ve influenciada por la realidad política y social y por las propias concepciones del intérprete y de la sociedad. Ante esto, la hermenéutica utilizada en Uruguay aparece como anticuada e incompleta, lo que lleva a que sea urgente comenzar un replanteo de la cuestión. De esta forma, se utilizará el siguiente plan de trabajo:

En primer lugar se procurará determinar si es posible y correcto considerar la política, entre otros elementos, en la interpretación constitucional.

Luego deberá analizarse una cuestión íntimamente vinculada a la anterior, pero en general no tratada en Uruguay, como es la disputa entre el “originalismo” y el “no originalismo”, considerando algunas alternativas modernas como el “originalismo viviente” y un concepto que aparece como claramente vinculado: la interpretación como “concretización”.

En tercer término corresponderá avanzar en la actualización del método de interpretación constitucional tradicional en Uruguay, señalando los principales aspectos que deben revisarse o incorporarse y en los que no parece que pueda haber disputas.

Por último, se analizará cómo se está realizando la interpretación constitucional en la realidad política y general uruguaya, procurando detectar algunas patologías y cómo inciden en la cuestión elementos no considerados históricamente en Uruguay.

Una precisión antes de comenzar, que se me podrá decir que es evidente, pero que no viene mal destacar, refiere a que en este trabajo no procuraré analizar la

¹ RAMÍREZ (1906), pp. 10 y ss.

² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1992), pp. 130 y ss. (en especial, señala este autor que no niega las transformaciones de las estructuras sociales, pero sí que adquieran autoridad antes de ser recibidas por el Derecho: p. 134). GROS ESPIELL (1989), pp. 11 y ss. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1969), pp. 34/38. CASSINELLI MUÑOZ (1957), pp. 125 y 126. KORZENIAK (1986), pp. 5 y ss. CASSINELLI MUÑOZ (1994), pp. 500 y ss. ESTEVA GALLICCHIO (1982), pp. 10 y ss.

problemática de la hermenéutica jurídica en general, ni realizaré consideraciones propias de la teoría general del Derecho o de la Filosofía del Derecho, sino que intentaré, modestamente, ver cómo es en la realidad el fenómeno completo de interpretación constitucional.

II. ¿ES POSIBLE Y CORRECTO CONSIDERAR LA POLÍTICA, ENTRE OTROS ELEMENTOS, EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

Si nos vamos a Estados Unidos la respuesta sería, sin duda, afirmativa. Basta recordar que en los años sesenta muchas eran las opiniones que consideraban que los jueces se habían dedicado a imponer sus visiones liberales de la Constitución, de la sociedad y del Estado y habían, en cierta forma, reescrito la Carta Fundamental. Richard NIXON fue uno de los que reaccionó en aquellos tiempos y se fijó como objetivo el de ir al *strict constructionists*³. Esta expresión se debía entender como lo opuesto a la llamada “Corte Warren”⁴. Esta Corte, en la visión de los republicanos y sectores conservadores, había impuesto su ideología liberal en la interpretación de la Constitución, desnaturalizando su sentido original. La propuesta conservadora era volver a las ideas y principios originales que inspiraron la Constitución de 1787 y sus enmiendas.

Pero luego cambiaron las mayorías de la Corte Suprema y se dio el fenómeno inverso y algunos autores han señalado que la Corte fue tomada por asalto por los conservadores⁵. Esta perspectiva conservadora, que se asocia con la interpretación del texto según lo que entendieron sus redactores, cuenta con muchos defensores. Por ejemplo el juez de la Corte Suprema, Antonin SCALIA⁶, ha sido uno de los principales impulsores de que los jueces deben limitarse a sí mismos y respetar el original significado de la Constitución.

Se aprecia entonces cómo elementos no jurídicos en sentido estricto se vinculan con la interpretación constitucional, definiendo dos posiciones básicas y enfrentadas: originalistas y no originalistas⁷, desarrollándose dentro de esta última

³ LIU, KARLAN y SCHROEDER (2010), pp. 47 y ss.

⁴ Para referir al período en que Earl WARREN presidió la Corte Suprema de los Estados Unidos, entre los años 1953 y 1969.

⁵ CHEMERINSKY (2010), pp. 10 y ss.

⁶ Designado como juez de la Corte Suprema en el año 1986.

⁷ Y no han faltado quienes criticaron todas las variantes como: WOODS y GUTZMAN (2008). Y también se han cuestionado todas estas teorías, como WILKINSON (2012).

postura la noción de *living constitution*, que reconoce la evolución que necesariamente tiene la interpretación. La primera implica el apego al texto de la Carta o a la intención de sus autores, mientras que en la segunda se permite la evolución de la interpretación por hechos o consideraciones posteriores.

Tanto una como otra variante (originalismo vs. no originalismo) tienen un trasfondo político o ideológico. Propugnar por el significado histórico de la Constitución tiene consecuencias incuestionablemente conservadoras (lo que a veces puede ser sabio y otras veces inaceptable), mientras que la posición opuesta da pie para adaptaciones del texto (estas adaptaciones pueden ser extraordinariamente positivas, como lo fueron los célebres fallos de la Corte Suprema de USA en “Brown v. Board of Education”, de 1954 y 1955⁸, o muy negativas, como las interpretaciones recientes que admitieron las detenciones en Guantánamo o permitieron la interceptación de las comunicaciones) y no tiene consecuencias conservadoras.

En Uruguay estos aspectos han sido ignorados por los juristas en el último siglo y nuestros operadores jurídicos se han mantenido dentro del “sueño” y esperanza de lograr una interpretación de la Constitución que sea jurídicamente pura, que prescinda de otras cuestiones. Todo sin perjuicio del lejano aporte de Juan Andrés RAMÍREZ ya citado, de un importante trabajo del 2010 sobre si la Constitución uruguaya es rígida o flexible⁹ y de alguna otra opinión del mismo año.¹⁰

Lo anterior ¿es correcto o implica que la interpretación constitucional es sólo parcial? En mi opinión, ya adelantada en su momento¹¹, lo anterior no es correcto y la hermenéutica constitucional en Uruguay ha prescindido de elementos muy valiosos y que son, además, ineludibles.

Pero, además, no creo que sea cierto que se aplique un método interpretativo exclusivamente jurídico. Por el contrario, las consideraciones políticas, las nuevas perspectivas de la sociedad, etc., ingresan aunque bajo el disfraz de la argumentación jurídica. Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, el principal impulsor del método que se utiliza en el Uruguay, señalaba la necesidad de respeto al texto¹², pero por ejemplo, al analizar luego las medidas prontas de seguridad que puede adoptar el Poder Ejecutivo en casos de conmoción interior o ataque exterior grave e “impre-

⁸ Me remito a RISSO (2010 a), pp. 171-191. SULLIVAN y GUNTHER (2004), p. 676. STONE, SEIDMAN, SUNSTEIN, TUSHNET y KARLAN (2005), pp. 473-488.

⁹ BURSTIN, DELGADO MANTEIGA, FRANCOLINO, GÓMEZ, RODRÍGUEZ y SARLO (2010).

¹⁰ Siguiente nota al pie.

¹¹ RISSO (2011 a), pp. 91 y ss.

¹² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1992), pp. 134 y ss., y (1983), pp. 136 y ss.

visto” (artículo 168 numeral 17 de la Constitución), con valoraciones políticas y con el fin de que el Ejecutivo no pueda ejercer abusivamente estos poderes de excepción, decía que donde dice “imprevisto” debe entenderse “imprevisible”.¹³ O sea, se apartaba del texto.

Veamos un ejemplo que luego retomaré. A principios de 2013, al analizar las consecuencias de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso GELMAN, tanto el sistema político como la ciudadanía se dividieron en cierta forma entre: (a) Los que pretendían la incondicional aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el sometimiento pleno a la sentencia GELMAN de la Corte IDH y a la jurisprudencia general de la Corte Interamericana, aun la dictada en casos en que Uruguay no fue parte. Y (b) Quienes asumieron una cierta cautela en la aplicación de la CADH, incluso postulando una suerte de preeminencia de la Constitución sobre la Convención, rechazando la aplicación de la jurisprudencia general de la Corte IDH y relativizando la obligatoriedad de la sentencia GELMAN (ésta no podría ir contra ciertos principios internos). En ambos posicionamientos, consciente o inconscientemente, había ideas políticas, ideológicas o dogmáticas que influyeron decididamente en las respectivas conclusiones (no debe perderse de vista que, salvo algunas excepciones, cada posicionamiento interpretativo coincidía con la posición del partido político al que estaba vinculado el intérprete). Y si alguna duda queda respecto a que los posicionamientos fueron ideológicos o políticos y no jurídicos, adviértase que a finales del mismo año 2013, cuando el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de ley regulatoria de los “servicios de comunicación audiovisual”, en cierta forma los posicionamientos se invirtieron y quienes antes defendían la aplicación de la CADH y pronunciamientos de la Corte IDH, luego eludían el artículo 13 de la Convención y los claros lineamientos derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH que chocaban con muchas disposiciones del proyecto. A la inversa, quienes a principios de 2013 eran reticentes en la plena aplicación de la CADH y no consideraban relevantes las interpretaciones generales que de la Convención hace la Corte IDH, luego, a finales de 2013, coincidieron con la plena aplicación de la CADH y con los lineamientos de la Corte IDH.

Ante esta realidad, ¿qué corresponde hacer? ¿Prescindir de la realidad, de una realidad evidente, o analizarla? ¿Decir que no son interpretaciones válidas? Me parece evidente que pretender prescindir de los factores políticos, ideológicos, morales, éticos, históricos, de los valores dominantes en una sociedad, etc., es absurdo,

¹³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1998), pp. 107 y ss.

pues implica prescindir de la realidad. La realidad no se puede nulificar. ¿No será mejor enfrentar el tema, analizarlo críticamente y ver sus causas y consecuencias?

Entiendo que es imprescindible incorporar los elementos políticos e ideológicos, entre otros aspectos, en la interpretación constitucional. A veces para rechazarlos decididamente, otras veces para aceptarlos y otras sólo para conocerlos y poder comprender las interpretaciones que se realizan. Lo que no se puede hacer es no considerarlos.

III. ORIGINALISMO VS. “NO ORIGINALISMO”

CHEMERINSKY¹⁴ señala tres características que hacen especial a la interpretación constitucional: (a) muchos problemas y soluciones no están expresamente establecidos en la Constitución; (b) es frecuente que las disposiciones constitucionales estén establecidas en forma abierta y no precisa y (c) usualmente la interpretación constitucional refiere a temas muy sensibles, como la determinación de si el Gobierno tiene justificación suficiente para disponer algo. Pese a estas dificultades es evidente que la Constitución debe ser interpretada.

SAGÜÉS comienza su libro sobre interpretación constitucional señalando la interminable gama de tendencias y vicios de las interpretaciones: gramaticalistas, historicistas, finalistas, originalistas y no originalistas, conservadora o progresista, e incluso las interpretaciones tramposas.¹⁵

En las últimas décadas, especialmente en los Estados Unidos, se ha dado un fuerte debate entre el originalismo (o interpretivismo) y el no originalismo (o no interpretivismo). El primero implica que los jueces deben resolver los casos ateniéndose a las disposiciones establecidas en el texto o claramente implícitas en la Constitución escrita. La otra posición va más allá de las referencias anteriores y la interpretación puede basarse en disposiciones que no aparecen dentro del texto constitucional.

Pero no hay una única categoría que refleje el originalismo, sino que, como señala CHEMERINSKY, aparecen distintas posiciones: unos prefieren fundamentalmente el respeto al texto escrito y otros apuntan a la intención de sus redactores. En los últimos años, el juez SCALIA se ha focalizado en el significado original de las disposiciones constitucionales, entendiendo que este significado debe buscarse en las prácticas históricas y pensamientos del tiempo de creación de la disposición

¹⁴ CHEMERINSKY (2006), pp. 15 y ss.

¹⁵ SAGÜÉS (2006), pp. 1 y 2.

y no en la visión de los redactores. Considera SCALIA que la Constitución es fija y no cambia.¹⁶ E incluso aparecen originalismos estrictos y otros moderados, lo que genera puntos de acercamiento entre las dos posiciones enfrentadas.

También dentro de la *Constitución viviente* hay diversas variantes. Algunos, como se verá más adelante, consideran que el texto es un límite a la evolución interpretativa, pero otros aceptan soluciones que implican directamente la mutación constitucional.

Para aproximarnos ahora a la *Constitución viviente* es oportuno recurrir a un autor contemporáneo que nos da un buen concepto. David A. STRAUSS¹⁷ define la *constitución viviente* como una Constitución que se desarrolla, que va cambiando con el tiempo, se adapta a las nuevas circunstancias sin necesidad de ser formalmente modificada¹⁸.

Luego de recordar que la Constitución de USA es de 1787 (sin perjuicio de sus enmiendas), que desde entonces el mundo cambió en todo sentido y luego de destacar que esta noción se desarrolla dentro del *common law*, que justamente permite el cambio con el sistema de precedentes obligatorios, recurre a un ejemplo clásico: la segunda enmienda constitucional del año 1791. Esta disposición consagra el derecho a tener armas para la defensa propia, pero lo hizo en una época en que existía una sociedad rural, con armas primitivas y en que la gente y sus armas se movilizaban poco. Era una sociedad homogénea y pequeña. Pero no se puede saber si los Padres Fundadores estarían dispuestos a permitir las armas en la actualidad, con una sociedad inmensa y no homogénea, con servicios de seguridad razonablemente efectivos y con armas extraordinariamente peligrosas. ¿Cómo se encara la interpretación de la enmienda segunda? ¿Con un enfoque originalista o no originalista?

Acá aparece la preocupación de JEFFERSON cuando decía que “*The earth belongs ... to the living*”. Y agregaba que una generación no puede obligar a la otra¹⁹.

La enmienda 14, cuando fue adoptada, no fue pensada para prohibir la segregación racial en las escuelas, como decidió luego la Corte Warren. La enmienda 8 prohíbe los castigos crueles e inusuales y cuando se estableció no se consideraba a la pena de muerte como comprendida en dicha prohibición. ¿Hay que mantener

¹⁶ SCALIA (1998).

¹⁷ STRAUSS (2010).

¹⁸ Adviértase la proximidad de la noción con la “mutación constitucional”, lo que no será analizado en este trabajo.

¹⁹ Carta dirigida a Samuel Kerkeval, citada por SUNSTEIN (2009), p. 2.

el criterio original en nuestros días? Se precisa una respuesta consistente y similar para ambos casos.

La realidad demuestra, sin margen de dudas o discusión posible, que la interpretación constitucional va cambiando, por lo que se pregunta STRAUSS²⁰ cómo sobrevive el originalismo ante una realidad que destruye sus postulados en forma tan evidente. Este autor da tres razones: (a) Primero, pues se supone naturalmente que la interpretación constitucional debe ser consistente con el texto. Rutinariamente, cuando se interpreta la Constitución se piensa en qué pensaron los autores y cómo entendieron sus palabras. Esto puede ser útil al interpretar la carta de un sujeto o la orden de un funcionario: ¿pero lo es para interpretar la Constitución? (b) La segunda razón es que el originalismo no es actualmente una forma de interpretación constitucional, sino una retórica *trope* (*rhetorical trope*). La gente defiende una posición atribuyéndola a los fundadores, pero sin demostrarlo. (c) La tercera razón radica en que el originalismo no tiene un competidor, pues la noción de *living constitution* es infinitamente flexible e indeterminada.²¹

Efectivamente, las debilidades de la noción de la *constitución viviente* son claras y serias: es un concepto muy vago y puede dudarse de su condición democrática. Lo primero es evidente, en tanto ocasiona enormes dudas en cuanto a cuál es la interpretación correcta de una norma. Y lo segundo también es cierto, ya que, en cierta forma, se alteran las soluciones por sujetos que no gozan de legitimidad democrática.

De todas formas, los argumentos anteriores no deben ser exagerados. No es cierto que el originalismo proporcione certeza y la Constitución viviente propor-

²⁰ STRAUSS (2010), pp. 29 y 30.

²¹ Para STRAUSS (2010), pp. 36 y ss., en general, hay dos formas de concebir el derecho: (i) Algunos consideran la ley esencialmente como una orden de un jefe, un dictador o un gobernante democrático (esta persona tiene derecho de prohibir algo por varios motivos; la ley es en definitiva un acto autoritativo y si uno quiere saber qué es la ley debe ver qué hizo el soberano, las palabras que el soberano ha usado. El originalismo responde a esta visión y la Constitución es ley, pues fue dispuesta por *We the people*). (ii) Pero hay otra perspectiva, la del *common law*, que aparece como un gran competidor a la teoría del jefe. La autoridad de la ley no viene de una entidad con ese derecho, derecho a decidir, democrático o no democrático, sino que viene, en cambio, de la evolución de la ley generalmente aceptada por las sucesivas generaciones. Las reglas se desarrollan. En este esquema no puede saberse cuál es la ley analizando un simple acto autoritativo. El contenido de la ley lo determina la evolución de la disposición. Los contemporáneos inciden en la cuestión, pero continuando ese proceso evolutivo.

¿Cuál es la postura del intérprete en el *common law*? La primera postura que debe adoptar el intérprete es la *humildad* y la segunda la de un *cauteloso empirismo*. La humildad se materializa en el poder de la razón humana. Es una mala idea tratar de resolver algo por uno mismo. Hay que buscar ayuda en la sabiduría colectiva. En la gente que ha resuelto casos iguales, similares problemas, etc. Y la práctica es básica: ver cómo ha funcionado. O sea, más justificaciones prácticas que teóricas. Es el sentido común basado en la experiencia.

cione lo contrario. La tendencia originalista puede llevar a complejas discusiones jurídicas que quiten toda certeza a una disposición (se le atribuyen distintos significados o consecuencias), de la misma forma que dentro de la Constitución viviente se encuentran acuerdos que dan a ciertas interpretaciones un grado muy alto de previsibilidad. Y tampoco puede catalogarse totalmente de antidemocrática la Constitución viviente, ya que ésta responde a construcciones colectivas en que participan los tres poderes de gobierno, la sociedad a través de distintas formas (individualmente o a través de grupos) y el debate es abierto y público. La novedad interpretativa no se impone, sino que debe convencer.

Pero, además, corresponde evitar ficciones. Desde 1934 sólo es posible la reforma constitucional en Uruguay si media un referéndum constitucional constitutivo (la Carta lo llama plebiscito). Pero sin perjuicio de elogiar un sistema que impide los acuerdos políticos a puertas cerradas, que da transparencia a la reforma constitucional y obliga a intentar explicar y convencer al cuerpo electoral, no puede decirse, luego de aprobar por el voto popular una Constitución de más de trescientos artículos, que el pueblo ha decidido o ha hablado sobre puntos concretos y específicos. Sí sobre la duración del mandato presidencial, sobre el número de cámaras legislativas, pero no en disposiciones concretas que todos sabemos que eran desconocidas para el grueso de los votantes.

Agrega STRAUSS que la *constitución viviente* no es igual al escepticismo de JEFFERSON. La constitución viviente implica que ésta se adapta y cambia. La gente no está irrevocablemente obligada por las decisiones del pasado. Pero la Constitución escrita es tan importante como la viviente, sus precedentes y tradiciones. Deben confrontarse las interpretaciones nuevas con la Constitución escrita. Si se puede superar con éxito esta confrontación de la nueva interpretación con la Constitución escrita, en ese caso, y sólo en ese caso, se podrá postular como válida la interpretación.²²

Pero hay que hacer, todavía, una distinción básica. Cuando la Constitución dice que el mandato del Presidente dura determinado número de años, no

²² Y no se olvide el problema de la “mutación constitucional”. Estas mutaciones, entendidas como cambios constitucionales que no siguen el proceso de reforma formal, han sido aceptadas como un dato de la realidad y han sido reconocidas por la mayoría de los constitucionalistas. Estas mutaciones pueden aparecer como formas extremas de la Constitución viviente, ya que la evolución conduce al cambio del texto mismo. Pero también téngase presente que no siempre es fácil determinar (ni habrá unanimidades) si cierta interpretación implica una mutación o es el desarrollo de algo implícito en el texto. El tema de las mutaciones, siempre aceptadas como dato de la realidad (negarlas sólo es posible si se reduce el análisis a un esquema jurídico del tipo de la teoría kelseniana y se prescinde de la necesidad de vincular la conducta humana con la norma, como se verá más adelante), no podrá ser analizado en este trabajo y sólo lo dejo mencionado.

podemos interpretar algo distinto. Acá estamos frente a disposiciones (reglas) constitucionales que impiden la evolución de la interpretación, ya que el texto es de tal claridad que no admite variantes interpretativas²³. Pero otras veces el texto permite la evolución y su aceptación dependerá, en primer lugar, de que pueda demostrarse su compatibilidad con el texto constitucional.

El originalismo se basa entonces en dos puntos fuertes: (a) la indeterminación de la noción del *living constitution*: ¿cómo se controla al juez en sus decisiones?, ¿cómo puede preverse cuál será la decisión que se adoptará? y (b) la defensa del *judicial restraint* y la condena del activismo judicial: se espera que los funcionarios no electos sean muy cautelosos en el ejercicio del poder que les fue confiado. El primero refiere a los valores de seguridad y certeza jurídica y el segundo tiene un fuerte contenido ideológico. En efecto, la Constitución busca un adecuado equilibrio entre el poder de decisión de los órganos representativos mayoritarios y los poderes de contralor contramayoritarios. Este equilibrio es muy difícil de lograr y si la balanza se inclina en favor de los órganos de decisión representativa podremos tener un sistema muy democrático, pero poco garantista de las minorías frente a las mayorías. Por el contrario, si la situación fuera la inversa, tendríamos un sistema muy garantista y menos democrático²⁴. La Constitución busca el equilibrio y los argumentos a favor del *judicial restraint* son básicamente políticos o ideológicos (como también lo serían los argumentos en favor del activismo judicial); no surgen del texto de la Constitución.

Pero se agregan otros argumentos: (a) por un lado, la natural interpretación de un texto jurídico se ve limitada por el texto y la intención de su autor; (b) se considera que el no originalismo es la excusa del activismo o hiperactivismo judicial (se considera que la autorrestricción y la moderación son virtudes necesarias en los jueces) y los poderes limitados constituyen una de las claves de la sociedad democrática; y (c) la limitación judicial es la que mejor se compadecería con los estándares democráticos. Salvo, quizás, el primer argumento, los otros son políticos, ideológicos o dogmáticos.

De todas formas, volviendo al problema central del originalismo (no concuerda con la realidad), debe reconocerse que esto es muy grave. Por ejemplo, el propio SCALIA, aceptando que el actual poder de que dispone el gobierno federal

²³ De todas formas, SAGÜÉS (2006), p. 2, recuerda el caso de Oliverio CROMWELL, que reparando en que el “instrumento de gobierno” establecía la duración de los períodos de sesiones de parlamento en “meses”, interpretó que eran meses lunares, más breves que los solares, y cerró las sesiones del parlamento antes de tiempo.

²⁴ RISSO (2012), pp. 393-414.

era impensado en el siglo XVIII y posiblemente si los constituyentes hubieran previsto esta realidad no habrían aprobado la Constitución, acepta que el cambio se fue produciendo y hoy no puede ser negado (no puede negarse la realidad). Este autor se ve en la necesidad de aceptar la realidad que no coincide con su teoría. El originalismo aparece como una opción teórica, pero choca con la realidad y esto hace que se deba recurrir a reconocimientos de la realidad que implican un apartamiento de la teoría. Y esto aparece como una clara inconsistencia.

Y todavía, dentro de esta controversia con infinitas variables y argumentos, aparecen algunas nociones intermedias sumamente interesantes como la del “originalismo viviente”. Uno de sus defensores, BALKIN²⁵, ha desarrollado un método que denomina “texto y principios”, que requiere fidelidad al texto, pero al mismo tiempo permite ciertas construcciones. Este autor parte de que la Constitución aparece como un marco (*framework*), como un plan básico de políticas, y cada generación se va moviendo dentro de él buscando la mejor adecuación a sus necesidades y valores. El sistema funciona en la medida en que unos ciudadanos tratan de persuadir a los otros sobre la interpretación adecuada; claro que esto no es fácil de lograr.

BALKIN distingue la interpretación en dos niveles o momentos: (a) La interpretación como “acertamiento” (una suerte de interpretación abstracta) y (b) la interpretación como “construcción” (una interpretación concreta para un caso determinado)²⁶. Y da algunos ejemplos. Si debemos resolver un caso en que está en juego la “libertad de expresión”, hay que definir primero el sentido constitucional del texto (por ejemplo ¿a qué se refiere?, ¿sólo a la expresión escrita u oral o también a la pintura, la música, etc.?). En este momento estamos en el acertamiento, en la tarea de comprender los términos constitucionales, su texto (incluyendo el contexto y la finalidad). (b) Pero luego, en la etapa de construcción, ya no se trata de determinar el significado de la Constitución, sino de saber cómo se aplica, cómo se instrumentaliza para casos concretos. Y en esta segunda etapa ingresan muchos tipos de argumentos que exceden los estrictamente jurídicos, como serían los históricos, consecuencias, precedentes, ideas políticas o sociales, etc. O sea, en la primera actividad el posicionamiento sería originalista, pero en la segunda hay espacio para la evolución.

²⁵ BALKIN (2011), pp. 12 y ss.

²⁶ Otros autores utilizan la misma noción bajo la denominación de “nuevo constitucionalismo”. BENNET y SOLUM (2011).

En esta segunda etapa, para este autor, debe distinguirse según el tipo de disposiciones que se precise interpretar. A veces, la Constitución tiene reglas muy precisas (como la ya mencionada que establece cuántos años dura el mandato del Presidente y de los legisladores) respecto a las que poco espacio hay para la segunda etapa de interpretación como construcción. Pero otras veces aparecen disposiciones que contienen principios o lo que el autor denomina estándares, y es en estos casos donde opera la construcción para llegar a la solución de un caso concreto. Lo que hay, en definitiva, es la admisión de que toda Constitución –en realidad toda buena Constitución– establece reglas que limitan mucho la discrecionalidad del intérprete, dejando a éste sin margen de construcción, pero otras veces reconoce una mayor discrecionalidad con normas que constituyen principios. Adviértase la inevitable distinción entre principios y reglas²⁷.

Para BALKIN, su método debería llamarse “texto, reglas, estándares y principios”²⁸, pero lo considera muy largo por lo que postula el ya mencionado de “texto y principios”. Y corresponde insistir, pese a ser obvio, que la solución dependerá, en definitiva, de la capacidad de persuadir en cuanto a cuál es la interpretación correcta.

La polémica es clara y no está terminada: (a) El originalismo tiene a su favor la promesa de previsibilidad, de certeza y la limitación de los poderes de los jueces (sin exagerar en esto). Pero tiene en contra la realidad, una realidad tan fuerte que hace necesario que los propios originalistas deban apartarse de su teoría en muchos casos para reconocer una realidad que ya no pueden discutir ni cuestionar. El originalismo tiende a una interpretación conservadora (que puede ser buena o mala según el caso) y a mantener ciertas opciones políticas e ideológicas que vienen del pasado. (b) La noción de la Constitución viviente, en cambio, permite el desarrollo constitucional, la adaptación del texto a las nuevas realidades y necesidades (siempre, para algunos autores, teniendo el respeto al texto como límite²⁹), pero tiene el problema de la indeterminación. (c) La realidad nos muestra que a veces el intérprete opta por perspectivas originalistas y otras veces por visiones no originalistas, y este cambio suele responder a concepciones o ideas políticas, ideológicas, culturales, filosóficas, etc., que no puede dudarse que inciden, y mucho, en la interpretación constitucional.

²⁷ Me remito a RISSO (2011), pp. 34 y ss.

²⁸ El Dr. Diego GAMARRA, en su excelente tesis final para obtener el título de profesor adscripto de derecho constitucional, aún inédita, arribó a conclusiones muy parecidas, aunque sin recurrir a estas fuentes doctrinales.

²⁹ Me remito a lo dicho en la nota 23.

La pregunta ahora es la siguiente: ¿Esta discusión es estrictamente jurídica o es política? ¿Qué es lo que está en juego en este debate? Por más que se vista con ropaje y terminología jurídica este problema, en el fondo, hay una discusión política, ideológica, dogmática o similar: ¿Estamos dispuestos a aceptar los cambios sabiendo que a veces son buenos y a veces son malos? ¿Estamos dispuestos a rechazar los cambios sabiendo que el rechazo puede ser a veces malo y a veces bueno? La realidad es que los originalistas a veces recurren y aceptan el cambio y la evolución, pero también los no originalistas a veces recurren al significado original de la norma, al texto constitucional.

En mi opinión, más allá de las justificaciones que invoquemos, en los hechos, en la interpretación concreta que procura resolver casos (que normalmente, cuando de la Constitución se trata, no interesa sólo a los sujetos involucrados, sino que tiene una gran trascendencia), la opción es, consciente o inconscientemente, política.³⁰

Veamos dos casos: (a) una ley que establece acciones afirmativas, en favor de afrodescendientes, para el ingreso a la función pública y (b) una ley que, en un período de gran commoción social (por ejemplo por haber sufrido un ataque de grupos terroristas internacionales), establezca la pérdida de ciertas garantías y la concentración de poder en el Poder Ejecutivo a los efectos de preservar la paz.

Si hiciéramos una interpretación originalista respecto al parco artículo 8 de la Constitución uruguaya³¹ deberíamos concluir que la primera de las leyes es inconstitucional. Con un enfoque evolutivo, en cambio, viendo la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Comparado, la evolución y cambio de las concepciones sociales contemporáneas, concluiríamos, posiblemente, en la constitucionalidad de la ley. Esta discusión se dio en Uruguay en los últimos tiempos, pero sin el ropaje jurídico propio del originalismo y del no originalismo. Por el contrario, quienes criticaban la ley se basaban en una concepción de la igualdad más próxima a la igualdad formal del siglo XIX y primera mitad del XX; se ponía el énfasis más en los derechos individuales o de primera generación. Y quienes defendían la iniciativa se basaban en otro concepto de igualdad, que contemplaba la formal y también la material. Ambas posiciones concentradas sobre un parco artículo 8 de la Carta (que convengamos que no permite por sí mismo, con base en su texto, solucionar el problema) y en el artículo

³⁰ En el sentido de política constitucional y no como político-partidaria.

³¹ “*Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes*”.

72³², que es una norma muy amplia y da margen para ambas posiciones. Lo que hay en la discusión, en realidad, es la existencia de visiones políticas, filosóficas o culturales diferentes y encontradas. La opción por una u otra solución no deriva de un análisis exclusivamente jurídico (no nos engañemos). La argumentación podrá darse en términos jurídicos, pero no es tal.

Cuando fui citado por la Comisión de Constitución de la Cámara de Representantes a dar mi opinión sobre el proyecto que luego se transformó en la Ley Nº 19.19.122 de 2009 (acciones afirmativas), sin perjuicio de formular algunas críticas y señalar aspectos que entendía que eran inconstitucionales, afirmé que en general la ley era ajustada a nuestra Constitución. O sea, razoné próximo a un esquema evolucionista, utilizando el Derecho Internacional, el Derecho Comparado, las opiniones y culturas contemporáneas, con una visión histórica y social que me llevó a la conclusión de que ciertas patologías sociales no cambian por sí solas y precisan del impulso de la ley.

Pero vamos al otro caso: la ley dictada en períodos de temor o commoción social que limita las garantías de ciertos derechos humanos (por ejemplo, la inviolabilidad de las comunicaciones), en medio de una concentración de poder en el Ejecutivo con el argumento de que la seguridad pública exige esos sacrificios. Aquí el enfoque originalista nos llevaría a considerar inconstitucional la ley. Con un enfoque evolucionista, quizás, la conclusión sería otra. Por mi parte, ¿qué respondería ante esto? Señalaría la inconstitucionalidad de la ley en la medida en que (a) choca con disposiciones expresas de la Constitución (sólo podría aceptarse si se acepta la mutación de las disposiciones), y (b) según enseña la historia, ciertas decisiones no pueden tomarse en momentos en que las mentes y los ánimos no están en su mejor momento y, cuando esto ocurre, lo mejor es, en general, mantener las soluciones tradicionales que sabemos que han servido. Podríamos agregar argumentos mitológicos como la imagen de Ulises y la isla de las sirenas.³³

O sea, en mi opinión, la respuesta para la primera ley sería propia de una reflexión evolucionista, pero en la segunda llegaría a una respuesta propia del originalismo. ¿Cómo opto por una u otra? Mediante un razonamiento no jurídico sino político. Pero claro, como siempre pasa, la solución deberá convencer, deberá demostrarse que es compatible con el texto de la Constitución.

³² “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

³³ Me remito al prólogo de RISSO (2011 b).

La cuestión ya mencionada en cuanto al valor de la Convención Americana, la fuerza de los criterios interpretativos generales de la Corte Interamericana o la obligatoriedad de sus sentencias, puede ser objeto de muchos argumentos jurídicos, pero en la sustancia la cuestión la definirá la confianza del intérprete en el sistema interamericano de derechos humanos, en sus órganos y en sus criterios. Y no siempre es así, ya que algunos dirán una cosa respecto a la sentencia GELMAN de la Corte IDH y otra distinta respecto al proyecto de ley regulatorio de los servicios de comunicación audiovisual, evidenciando una clara inconsistencia.

Como ya me ha pasado antes, debo reconocer que lo anterior no es algo que deje tranquilo al intérprete. Parece demasiado vago, variable e imprevisible. Pero así funcionan las cosas en la realidad y no veo que vayan a cambiar. Prefiero, como ya anuncié, moverme en este trabajo sobre la realidad de la interpretación constitucional y no sobre su teoría.

IV. INTERPRETACIÓN COMO CONCRETIZACIÓN

En este punto es útil recordar a Konrad HESSE,³⁴ quien luego de definir el cometido caracterizante de la Constitución, la unidad política y el orden jurídico³⁵, destaca que las constituciones no son más que letra muerta si no se incorporan a la conducta humana. La Constitución requiere que sea “realizada”, que se transforme en un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica. Esto no puede darse por supuesto, sino que tiene que existir en la realidad. La fuerza normativa de la Constitución se encuentra condicionada por la posibilidad de realización de los contenidos de la Constitución.

La interpretación constitucional, en sentido estricto, se plantea para HESSE cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente (donde no hay dudas, no se interpreta) y su importancia deriva del carácter abierto y amplio de las constitu-

³⁴ HESSE (2011), pp. 37 y ss.

³⁵ Para este autor, la unidad política que debe ser constantemente perseguida y conseguida es una unidad de actuación posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto y, llegado el caso, mediante la coerción: es una unidad de tipo funcional. La unidad no significa coincidencia general o eliminación de diferencias. Dicha unidad no resulta imaginable sin la presencia de conflictos en la humana convivencia. Los conflictos evitan la rigidez, el inmovilismo y el estancamiento. La Constitución es el orden fundamental que fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Es un plan estructural básico. Pero la Constitución puede querer no someter a normas jurídicas un determinado tema o hacerlo bajo determinadas condiciones.

ciones. Los problemas de interpretación constitucional son más frecuentes que en otras ramas.³⁶ El cometido de la interpretación es hallar el resultado correcto constitucionalmente a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídica y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.

Para este autor³⁷ la teoría tradicional de la interpretación es insuficiente en la medida en que:

[...] persigue, por lo común, revelar la voluntad (objetiva) de la norma o la voluntad (subjetiva) del legislador mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así como, finalmente, del sentido y finalidad (la ratio y el telos) de la norma. A continuación, el contenido de la norma así obtenido –es decir, hecha abstracción del problema concreto que se trata de decidir– es subsumido en forma de conclusión silogística al supuesto vital de cuya normación se trata, que queda así resuelto. Según dicha teoría existiría interpretación, e incluso interpretación constitucional, por principio, en la simple ejecución de una voluntad preexistente (objetiva o subjetiva) que puede ser alcanzada con certidumbre objetiva a través de esos métodos y con independencia del problema a resolver [...].

El objetivo de la interpretación sólo relativamente puede consistir en el descubrimiento de una “voluntad”, objetiva o subjetiva, preexistente en la Constitución. Dejando aparte lo discutible de los fundamentos de dicha tesis (que en último término se apoya en el dogma de la voluntad [...] que, por sí solo, no se basta ya para una comprensión de la Constitución moderna), como punto de partida implica un encubrimiento de la situación auténtica. Pues en los supuestos en los que la Constitución no contiene un criterio inequívoco, lo que equivale a decir en todos los supuestos de interpretación constitucional, propiamente ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión, habiéndose limitado a proporcionar una serie más o menos numerosa, pero incompleta, de puntos de apoyo de aquélla. Allí donde no se ha querido nada de modo inequívoco, resulta imposible descubrir una voluntad auténtica sino todo lo más una voluntad supuesta o ficticia. [...]

Para este autor, las reglas tradicionales de interpretación sólo ofrecen una explicación parcial acerca del modo y manera como se construye la interpretación constitucional. Y agrega que la interpretación constitucional es “concretización”³⁸:

³⁶ HESSE (2011), pp. 57 y ss.

³⁷ HESSE (2011), pp. 59 y ss.

³⁸ HESSE (2011), pp. 65 y ss.

[...] tiene un carácter creativo: el contenido de la norma sólo queda completo con su interpretación [...]. La concretización presupone la “comprensión” del contenido de la norma a concretizar³⁹. La cual no cabe desvincular ni de la “precomprensión” del intérprete ni del problema concreto a resolver [...].

El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *precomprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la “cosa” [...].

Para HESSE, salvo en un enfoque exclusivamente conceptual, no es posible separar la interpretación constitucional del problema concreto a resolver. No existiría interpretación constitucional desvinculada de los casos concretos y más adelante señala:

Si la Constitución, como se ha podido ver, no contiene un sistema cerrado y unitario (ya sea éste lógico-axiomático o de jerarquía de valores) y si la interpretación de sus normas no puede ser simple ejecución de algo preeexistente, la misma necesariamente hará necesario un procedimiento de concretización que responda a esta situación: a través de una actuación tópica orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma), habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la “inventio”, sean sometidos al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (topoi).⁴⁰ Siempre que estos puntos de vista contengan premisas objetivamente adecuadas y fecundas aportarán consecuencias que lleven a la solución del problema o que, al menos, cooperen con ello. [...]]⁴¹

No queda a la discreción del intérprete la elección de los puntos de vista. Por una parte, el intérprete sólo puede utilizar en la labor de concretización aquellos puntos de vista que se encuentren relacionados con el problema (con esto se excluye los topoi extraños a la cuestión), y además, los topoi deben surgir o ser compatibles con el programa normativo que establece la Constitución. La Carta juega un rol importante en esta elección, ya que se encontrarán márgenes para

³⁹ HESSE (2011), pp. 63 y ss.

⁴⁰ Teniendo presente la primera precisión realizada en el subtítulo correspondiente, y a los solos efectos –sin duda limitados– de este trabajo, podemos entender como tópica al método de encontrar los lugares, *topoi* o *loci*, en que están los argumentos con los que uno puede extenderse hablando con autoridad de un objeto en disputa o del objeto de la argumentación (el almacén de los argumentos). El tópico es, entre otras cosas, algo que admite el adversario o los oyentes y a partir del cual puede llevar agua a su molino.

⁴¹ HESSE (2011), p. 65.

la elección de fines y medios que deberán ser respetados, así como vallas que no podrán superarse (de nada vale cuestionar la prohibición de la censura previa, pues ella surge del artículo 29 de la Constitución y del artículo 13 de la CADH). De ahí que el método tópico sólo pueda jugar un papel limitado en el marco de la interpretación constitucional.

V. ACTUALIZACIÓN DEL MÉTODO LÓGICO SISTEMÁTICO TELEOLÓGICO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En forma muy resumida, para cumplir con el plan de este trabajo, corresponde retomar la idea de que el método lógico sistemático teleológico, utilizado tradicionalmente en Uruguay para la interpretación constitucional, debe ser completado con elementos que le faltan. Veamos.

A) Derecho Internacional de los derechos humanos, el bloque de los derechos humanos y el control de convencionalidad

El primero de todos los complementos es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, aceptando que éste y las normas constitucionales referidas a derechos humanos conforman una unidad normativa, un bloque⁴², deben agregarse los principios interpretativos propios de esta materia. Por ejemplo, el principio de preferencia de normas que postula que cuando un derecho o garantía son regulados en forma diversa por más de una disposición (sea constitucional o internacional), el intérprete debe optar por la disposición que mejor protege y garantiza el derecho en juego (no importa acá el principio de jerarquía normativa ni si se prefiere la norma de fuente constitucional o la de fuente internacional). El orden normativo en materia de derechos humanos es un orden de estándares y siempre hay que optar por el superior.

También el principio de preferencia de interpretaciones es básico, ya que entre varias interpretaciones razonables de una disposición el intérprete deberá preferir aquella que mejor potencie el derecho, que le dé mayor amplitud, que lo proteja de mejor forma. Y en este punto adquiere una capital importancia la jurisprudencia de la Corte IDH, así como de la propia Comisión.

⁴² La compatibilización de esta noción con la Constitución uruguaya, sus antecedentes, su origen, la doctrina extranjera en que se apoya, así como la sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia uruguaya que la menciona, fue analizada, por ejemplo, en RISSO (2010 b). También en RISSO (2011 a), pp. 56-66.

En este sentido, aparece la coexistencia del control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. Con esta última expresión se hace referencia desde hace algunos años a una tarea que deriva inexorablemente del sistema interamericano de derechos humanos y que consiste en el deber de todas las autoridades públicas (ejecutivas, legislativas y judiciales, municipales, etc.) de realizar, en el ejercicio de sus funciones, el control de compatibilidad con la Convención (y sus instrumentos complementarios) sobre actos, proyectos e incluso para poder determinar cuáles son las medidas o acciones a adoptar.

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este análisis no sólo debe comprender la tarea de confrontar los actos internos o soluciones proyectadas con la Convención Americana, sino que también debe repararse, en forma obligatoria, en los criterios jurisprudenciales establecidos por la propia Corte Interamericana. Frente a este control de convencionalidad que propicia el máximo órgano interamericano, caben tres respuestas lógicas:

A) La primera, inaceptable, sería la negación de este control tanto considerando la Convención o la Convención y la jurisprudencia. Pero esto no sería admisible en la medida en que así como el control de constitucionalidad de los actos inferiores está implícito en las Constituciones, similar conclusión impone el sistema interamericano de derechos humanos respecto al control de convencionalidad.

B) La segunda, la propiciada por la propia Corte Interamericana, conduce a la obligatoriedad de realizar siempre un control de convencionalidad que incluya los criterios del tribunal interamericano. Esta posición fue rechazada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia 20/2013 (entendió que había excepciones a la obligatoriedad y esto, a su vez, fue fuertemente criticado desde el Ejecutivo y desde las mayorías legislativas).

C) La tercera consiste en reconocer: (a) la necesidad de confrontar el derecho interno con la Convención y (b) la necesidad de conocer los pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericana, aunque no serían obligatorios por sí mismos. Esta posición, a mi juicio y con base en la directriz de preferencia de interpretaciones, permite llegar por un camino distinto a la respuesta "B". En efecto, la interpretación de una disposición de la Convención realizada por la Corte Interamericana debe ser considerada como razonable y posible. Por tal razón, salvo cuando se logre una interpretación más protectora para el derecho, habrá que estar a lo establecido por el órgano internacional. Esta posición, en parte, en lo que refiere a la importancia de la jurisprudencia internacional, fue aceptada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia 365/2009.

En definitiva, para la interpretación y solución de casos de derechos humanos, es imprescindible ver cuáles son los criterios de la Corte IDH en el tema en análisis (sin perjuicio de otros pronunciamientos jurisprudenciales que pueden utilizarse).

Si alguien pretende mantener el método tradicional de interpretación sin agregar lo anterior, es incuestionable que tal pretensión no podrá ser aceptada. Asimismo, se aprecia la magnitud y profundidad de los cambios o ajustes a introducir en el método tradicional.

B) Distintos tipos de disposiciones

Todavía debe repararse en la problemática de las “reglas” y de los “principios”⁴³. Y reconociendo que el derecho contemporáneo está compuesto por reglas y por principios, y comprobando que las normas legislativas son en general reglas, mientras que las normas constitucionales reguladoras de los derechos humanos son normalmente principios, debe profundizarse en la cuestión.

Corresponde detenerse en este punto y recordar con DÍEZ-PICAZO que las *reglas* responden a la idea tradicional de norma jurídica, esto es, un enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Frente a estas reglas se aplica, aunque no sin pocas dificultades, la *técnica de la subsunción*, conforme la cual cuando un hecho encaja dentro del supuesto de hecho previsto, se le debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma (si una persona robó un bien de otro individuo, le corresponderá determinada sanción)⁴⁴.

Pero distinto es cuando nos enfrentamos a una norma de principio caracterizada por no tener un supuesto de hecho o por tener un supuesto de hecho abierto. Y esto es lo que ocurre habitualmente con los derechos humanos, que aparecen como normas de principio, sin un supuesto de hecho definido o con un supuesto de hecho abierto, y por lo tanto, deben ser objeto de una interpretación expansiva, amplia, procurando dar al principio el mayor alcance y la mayor efectividad posible, cubriendo todas las situaciones, aun las no reguladas. Los ejemplos del principio de libertad o el principio de igualdad, entre otros muchos, son ilustrativos: no es fácil decir en qué consisten o hasta dónde llegan, pues no tienen un supuesto de hecho preciso. Por el contrario, estos principios tienden a extenderse, a crecer, a impregnar e influir en todo el ordenamiento jurídico. Son utilizados para cubrir

⁴³ RISSO (2011 b), pp. 34 y ss.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO (2005), pp. 44 y ss.

todos los eventuales vacíos normativos e incluso tienen consecuencias interpretativas al analizar las normas de excepción. Conducen al intérprete.

Pero profundicemos más en la diferenciación entre reglas y principios. Como dice ZAGREBELSKY:

[...] sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. [...] Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. [...] Así pues –por lo que aquí interesa–, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. [...] Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. [...] La “aplicación” de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” ante ésta de conformidad con ellos⁴⁵.

O como señala ALEXY, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los “principios” son normas que ordenan que algo sea hecho en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...] son mandatos de optimización”⁴⁶. Las reglas, en cambio, son normas que sólo pueden cumplirse o no cumplirse.

Corresponde aún insistir en que, como el Tribunal Constitucional federal alemán ha señalado con precisión, también las normas sobre derechos humanos, además de su contenido normativo propio, aparecen como normas de principios (y

⁴⁵ ZAGREBELSKY (2007), pp. 109 y ss.

⁴⁶ ALEXY (2001), pp. 86 y ss.

ha referido concretamente a la familia y al matrimonio, entre otros, como valores superiores del orden constitucional)⁴⁷. Y es lógico que así sea considerando que estas normas no hacen más que recoger y proteger nada menos que los valores superiores de la comunidad (nacional e internacional) jurídicamente organizada: los derechos humanos.

Esta condición de las normas que regulan los derechos humanos, en general, como normas de principio, conduce a inevitables casos de colisión de derechos⁴⁸. Esto es, cada derecho humano parte de una noción básica, de un contenido esencial que es incluso previo a la enunciación jurídica, un contenido mínimo que es lo que lo hace reconocible en la terminología utilizada por el Tribunal Constitucional español⁴⁹. Si todos los derechos humanos, que constituyen una unidad y aparecen como irrenunciables, imprescriptibles, etc., son objeto de una interpretación expansiva, necesariamente en algún momento se producirán colisiones entre ellos. Y estas colisiones no podrán ser solucionadas por la técnica de la subsunción, ya que el caso en análisis podrá encuadrar en varios supuestos de hecho abiertos correspondientes a distintos derechos. Ejemplos típicos y antiguos aparecen vinculados a los conflictos entre la libertad de prensa, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por otro, que no pueden ser solucionados mediante la tradicional *subsunción* y se debe pasar a la “*armonización*” o “*ponderación*”. El uso de las técnicas de subsunción, por ejemplo, con la primera parte del artículo 29 de la Constitución⁵⁰ puede conducir a resultados absurdos y puede implicar, en la mayoría de los casos, desconocer otras normas como las que regulan el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

C) Otros criterios y postulados

Además, no deben olvidarse las dos etapas del proceso interpretativo: a) la de acertamiento o interpretación abstracta para entender el significado del texto

⁴⁷ Me remito a RISSO (2006), pp. 265-285.

⁴⁸ NOGUEIRA (2007), pp. 70 y ss., considera que sólo pueden aparecer conflictos aparentes entre derechos derivados de una inadecuada e insuficiente delimitación de los derechos. Antes había definido el límite de un derecho como la frontera entre lo que algo es y lo que no es. De todas formas, me da la impresión de que las diferencias son más bien de lenguaje, ya que la armonización en casos de conflicto conduce a soluciones similares.

⁴⁹ RISSO (2006), pp. 489-491.

⁵⁰ “*Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de censura previa; [...]*”.

(comprensión que sigue a la precomprensión), y (b) la de construcción o concretización o interpretación para el caso concreto.

Retomemos el ejemplo anterior, cuando se produce la colisión entre la libertad de prensa y el derecho al honor (un medio dice que un político relevante es drogadicto). ¿Este caso lo soluciona directamente la Constitución? No. En la etapa del acertamiento la Carta nos dará criterios generales sobre el concepto de cada derecho en juego desde el punto de vista teórico, pero nada nos dirá del caso concreto. Será luego, en la construcción o concretización, cuando recurriendo a distintos puntos de vista (se repare en la trascendencia pública de la persona afectada por la libertad de prensa, se valore la importancia de la noticia en una sociedad democrática, se ensayen distintas formas posibles de armonización, etc.) se podrá lograr una solución fundada y controlable al caso a resolver. La solución del caso no está previamente establecida, sino que debe construirse.

Pero además se han desarrollado, y se aceptan sin dudas, ciertos criterios o postulados de interpretación constitucional, de los cuales algunos están comprendidos en el método tradicional, otros quizás están implícitos y otros son novedosos. En la medida en que sólo se está haciendo una presentación del tema, parece oportuno recurrir (y remitir) a NOGUEIRA ALCALÁ⁵¹, quien partiendo de los postulados básicos de primacía y unidad constitucional señala, entre otros:

1. Los postulados de la máxima efectividad (que dan primacía a las soluciones que comprendiendo la historicidad de las soluciones constitucionales posibilitan la actualización normativa garantizando su permanencia y eficacia) y del efecto útil (ninguna disposición puede ser considerada inútil y a todas debe encontrarse su efecto útil y eficaz; ignorar una disposición o un vocablo implica violación de la Constitución).

2. Postulado de la concordancia práctica o armonización: no se debe sacrificar ningún derecho, principio o bien constitucional. No se dice con esto nada sustancial, sino que es algo que orienta al intérprete en una dirección clara. La Constitución es un todo orgánico y debe lograrse la debida correspondencia y armonía, excluyendo toda posibilidad de anular o privar de eficacia a parte de ese todo.

3. Postulado de la eficacia integradora. Esto significa que siendo uno de los objetivos centrales de la interpretación constitucional lograr la unidad política

⁵¹ NOGUEIRA (2010), pp. 85 y ss.

del Estado y de la sociedad, debe darse primacía a los criterios que favorezcan dicha unidad.

4. Postulado de corrección funcional, que refiere a que el intérprete respete y dé a cada órgano la función y las atribuciones que le corresponden, favoreciendo las alternativas que preserven y afiancen el régimen político constitucional.

5. Postulado de interpretación conforme la Constitución y conforme el Derecho Internacional. Este postulado, viejo en lo que refiere a la Constitución y nuevo en lo que refiere al Derecho Internacional, conduce a que entre varias interpretaciones posibles de una ley, se opte por aquella que resulta más armoniosa y coherente con el ordenamiento superior. Se basa en la presunción de constitucionalidad y de convencionalidad: si la ley puede ser interpretada de varias formas y alguna o algunas de ellas conducen a considerar inconstitucional o inconvenencial la disposición legal, debe presumirse que el legislador conoce la Constitución y el Derecho Internacional y que su propósito fue ajustarse a estas normas, de lo que deriva que se debe optar por la interpretación de la ley que sea ajustada a la Constitución y a la Convención.

6. Postulado de la primacía o prevalencia de los derechos humanos.

7. Postulado de racionalidad (la interpretación debe presentar consistencia conceptual normativa, argumentativa y en cuanto a las fuentes) y razonabilidad (la interpretación debe ser conforme la razón, debe presentar una adecuado equilibrio y debe ser admisible por la comunidad).

En lo que refiere a la racionalidad, NOGUEIRA destaca las exigencias de la racionalidad: a) claridad (argumentos comprensibles por la comunidad jurídica y política) y consistencia conceptual (se atribuye a los conceptos siempre iguales significados); b) consistencia normativa (para hechos análogos se debe usar los mismos argumentos y el apartamiento sólo es admisible en casos debidamente justificados); c) respeto a la regla de la lógica deductiva (las decisiones serán más racionales cuanto mayor sea el respeto de la lógica deductiva); d) consistencia argumentativa y coherencia (la decisión será más racional cuando mayor sea el respaldo en reglas, principios, valores o en premisas analíticas); e) consistencia con las fuentes del derecho vigente (se deben respetar los principios de jerarquía, competencia y preferencia); f) respeto del principio de razonabilidad (la solución debe ser justa, conforme a la razón, fundada en la ponderación y el sopesamiento).

8. Postulado o principio de proporcionalidad o la prohibición del exceso (análisis de la idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto). Este principio se desprende de la propia noción de Estado de Derecho: si nadie puede

actuar contra o fuera del derecho, es claro también que toda persona debe ejercer el poder que le fue confiado en forma proporcional, sin excesos ni abusos.

9. Postulado de prudencia (a veces llamada interpretación previsora y que refiere a que no debe perderse de vista las consecuencias de las decisiones). La Constitución no es un pacto suicida.

D) La Constitución invisible

Y todavía nos quedan los aspectos no derivados del texto constitucional, lo que algunos llaman constitución invisible⁵² o no escrita⁵³: las enseñanzas del pasado (la tradición, la jurisprudencia, las prácticas constitucionales), las convicciones, valores y opiniones de una sociedad en un momento determinado, el derecho internacional, el derecho comparado y las opiniones de la comunidad internacional a través de sentencias, declaraciones, etc.⁵⁴

Laurence TRIBE, refiriendo a la “constitución invisible”, utiliza la imagen del *iceberg* como forma de señalar que, sin perjuicio de la parte visible, la normativa, hay mucho fuera de la vista, sumergido en lo que denomina como el vasto y profundo océano de ideas, proposiciones, memorias recuperadas y experiencias imaginadas⁵⁵. La imagen del *iceberg* es interesante, ya que es útil para destacar que lo que podemos ver de la Constitución es muy poco y el resto debe ser encontrado. Pero no me convence del todo. Cuando un navegante ve a la distancia un *iceberg* no sabe exactamente qué hay debajo en cuanto a sus proporciones. Sabe que no se puede acercar, ya que la nave puede chocar con la inmensa parte sumergida y no visible del *iceberg*. Pero aun cuando no sepa sus dimensiones, sabe qué es lo que hay debajo: hielo, igual a la parte que puede ver. El intérprete, en cambio, no sabe qué hay en la parte no visible y deberá descubrir qué es (algo novedoso). El navegante debe alejarse del *iceberg*, pero el intérprete debe acercarse. Pero por otra lado, la imagen del *iceberg* vuelve a ser apropiada para señalar que no se puede llegar a lo normativo (a lo visible) sin pasar por lo sumergido (si el intérprete se pudiera apoyar directamente en la parte visible resbalaría sin remedio)⁵⁶.

⁵² TRIBE (2008).

⁵³ REED (2012).

⁵⁴ Sobre esto me remito a RISSO (2011 a), pp. 55-76 y 91-93.

⁵⁵ TRIBE (2008), pp. 2 y ss.

⁵⁶ RISSO (2011 a), pp. 51 y ss. y 103 y ss.

Todos estos conceptos y elementos juegan un rol relevante en la hermenéutica constitucional, fundamentalmente (aunque no en forma exclusiva) en la etapa de “construcción” y al realizar la actuación tópica.

E) Actuación tópica

En lo que refiere a la “actuación tópica” (la confrontación de puntos de vista relevantes y adecuados a la norma a interpretar y al caso por resolver, su valoración crítica a los efectos de buscar una decisión fundada, convincente y que pueda ser controlada) no genera mayores problemas en sí misma. Esta actuación es la que se hace normalmente en la interpretación jurídica tradicional (se confrontan opiniones doctrinales, jurisprudenciales, etc.). Lo que cambia es que el almacén de los argumentos aumenta. En la interpretación tradicional los puntos de vista eran básicamente jurídicos y provenían de la doctrina, jurisprudencia, principios generales de derecho y poco más. Pero ahora aparecen otros tipos de argumentos, especialmente en la parte de “construcción”: (a) a veces parecidos a los tradicionales como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, del Tribunal Europeo, valores, etc.; y (b) otros nuevos: históricos, políticos, filosóficos, morales, las valoraciones sociales, la realidad, etc.

F) Síntesis

En definitiva, el tradicional método lógico sistemático teleológico (texto, contexto y finalidad) fue y sigue siendo importante, en especial en la etapa de acertamiento o interpretación abstracta, pero debe ajustarse y completarse. Y como viene de sintetizarse, los cambios son extraordinariamente grandes.

VI. ALGUNAS CONSTATACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA REALIDAD URUGUAYA

Para aproximarnos a esta realidad debemos definir algunos criterios, pero estos pueden ser muy variados: (a) podríamos buscar interpretaciones conservadoras o liberales (en Latinoamérica sería mejor conservadoras e innovadoras); (b) interpretaciones de “derecha” y de “izquierda” (lo que genera un problema previo que es definir qué significa derecha e izquierda; y todavía la dificultad de que las interpretaciones varían y un mismo sujeto realiza interpretaciones que pueden considerarse de izquierda y de derecha, ya que las soluciones basadas en derechos humanos no siempre coinciden ni con la izquierda ni con la derecha); (c) interpretaciones compatibles con los postulados de la autorrestricción o activistas o

hiperactivistas (en realidad se trata de definir dos extremos, pero no es fácil, en la mayoría de los casos, decir en qué grupo debe colocarse cada interpretación concreta); (d) en un esquema, si se quiere más próximo a lo jurídico, podría distinguirse según el énfasis que en la interpretación se ponga en las distintas generaciones de derechos (podrá darse cierta preferencia o prestar más atención a los derechos individuales o a los derechos económicos, sociales y culturales o puede aparecer una interpretación comprensiva de las dos variables en un esquema equilibrado); (e) también podríamos, recurriendo a las enseñanzas de ZAGREBELSKY⁵⁷, acudir a las nociones de Estado legislativo de Derecho y Estado constitucional de Derecho, para ver, por ejemplo, qué se entiende por Constitución y por ley, qué rol cumplen o deben cumplir los jueces, qué papel juegan los derechos humanos en las decisiones, etc.

Pero las clasificaciones y criterios para el análisis del tema, por sí mismos, no tienen valor. Son básicamente instrumentales y tienen que servir para algo: deben ser útiles para explicar o comprender algo, para su sistematización o ser instrumentos idóneos para un estudio o análisis a realizar.

En primer lugar, se procurará contestar una pregunta: ¿Realmente importa en Uruguay lo que establece la Constitución o a la hora de interpretar la Carta, de legislar, de dictar actos administrativos y judiciales, pesan más otras cosas? Con esta interrogante, además de procurar ver la realidad nacional en materia de interpretación constitucional, se apunta a ver el grado de madurez, sinceridad y cultura constitucional. Si la realidad tiende a situarse en la parte segunda de la pregunta (si hay cosas que pesan más que la Constitución) deberemos concluir que la noción de Constitución y el propio Estado de Derecho presenta dificultades importantes. Se busca con esta interrogante, además, descartar interpretaciones tramposas o perversas de la Constitución, o directamente contrarias al principio de supremacía constitucional (que no tiene excepciones), que resultan incompatibles con la Constitución y con el propio Estado de Derecho. Corresponde destacar que los casos que se mencionarán se analizarán a los solos efectos de cumplir con estos propósitos y no se realizará un estudio en profundidad de cada uno de ellos.

Un segundo punto refiere a determinar cómo influye la vinculación política o ideológica del intérprete a la hora de interpretar la Constitución (¿es el partido político el que decide la interpretación constitucional que luego es acatada por sus miembros?, ¿se interpreta en clave de lealtades políticas o ideológicas?). En general, se intentará ver si esa vinculación importa mucho, poco o nada. Por

⁵⁷ ZAGREBELSKY (2008), pp. 748-760 y (2007).

supuesto que se encontrarán casos que encuadrarán en las tres hipótesis, pero es bueno comenzar a individualizar estos casos, abandonando la idea de la interpretación constitucional apolítica. Aquí la cuestión es, a diferencia de la primera pregunta, tratar de determinar cómo se realiza la interpretación constitucional y si las conclusiones son decisiones políticas o político-partidarias. La pregunta es parecida a la anterior salvo en que, a diferencia del caso anterior, que nos mostrará patologías no aceptables de la interpretación constitucional, ahora veremos algunos elementos que pueden o no ser compatibles con la Constitución.

Para finalizar, se procurará comenzar el análisis de la consistencia de la interpretación constitucional o si según el caso se usan los mismos argumentos interpretativos en distintos sentidos. Acá se intentará ir viendo los argumentos, puntos de vista y perspectivas que se usan en la hermenéutica constitucional y si su uso es consistente o si responde a oportunismos políticos.

Por supuesto que las tres cuestiones están vinculadas entre sí y casi son tres ítems dentro de un mismo problema.

El estudio se limitará al análisis al siglo XXI y a algunos casos de interpretación constitucional realizada por el Poder Legislativo y el Judicial. La selección de los casos es arbitraria: por un lado, se toman algunos por su trascendencia política o social, y otros por ser especialmente interesantes para el estudio que se desea realizar.

Aproximación al tema

En el siglo XXI, Uruguay ha aprobado y ratificado el Estatuto de Roma (Ley N° 17.510, de junio de 2002) y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (Ley N° 17.338, de mayo de 2001, aprobó el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Ley N° 17.914, de octubre de 2005, aprobó la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Ley N° 17.483, de mayo de 2002, aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño; Ley N° 17.559, de septiembre de 2002, aprobó el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, prostitución infantil y participación de los niños en pornografía; Ley N° 18.418, de noviembre de 2008, aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Ley N° 18.420, de noviembre de 2008, aprobó la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la ONU, etc.). También se ha legislado sobre habeas data (Ley N° 18.331, de 11/8/2008), acceso a la información pública (Ley N° 18.381, de 17/10/2008), acciones afirmativas (Ley N° 19.122, de 21/8/2009), uniones concubinarias (Ley N° 18.246, de

27/12/2007), etc. A su vez, se abordaron y se legisló sobre temas polémicos como el matrimonio entre personas de similar sexo (Ley N° 19.075, de 3/5/2013). En todos estos casos las leyes contaron con votos de todos los partidos políticos. Y esto puede hacer pensar que en nuestro país hay conciencia cierta del rol actual de los derechos humanos en tanto centro del orden jurídico. En otras palabras, y más allá de matices, concordancias o divergencias, estos temas se trataron de forma que las posiciones político-partidarias no incidieran mayormente. O si se prefiere, con aciertos y errores, se legisló procurando la mejor protección de los derechos humanos.

¿Podríamos decir que en estos casos no pesó en demasía la filiación partidaria de los funcionarios actuantes? ¿Podríamos decir que la interpretación fue consistente? ¿Podríamos decir que importó lo que prevé la Constitución a la hora de legislar? Parece que las tres interrogantes merecen una respuesta afirmativa⁵⁸, pero no estoy seguro de que ésta sea la regla.

¿Realmente importa en Uruguay lo que establece la Constitución o pesan más otras cosas?

Comenzando con la primera cuestión (si realmente importa en Uruguay lo que establece la Constitución o a la hora de interpretar la Carta, de legislar, de dictar actos administrativos y judiciales, pesan más otras cosas), podemos encontrar varias leyes que no parecen ser muy auspiciosas.

A) Anestesistas

En el año 2010 hizo crisis una situación que se venía presentando en los últimos tiempos. Los hospitales públicos tenían cada vez más problemas para contar con los servicios de anestesistas, lo que obligaba a posponer intervenciones quirúrgicas o enviar pacientes para que sean intervenidos en el sistema privado de salud (con los costos que esto genera). Las razones eran claras: (i) bajo número de médicos titulados como anestesistas y (ii) mejores salarios en el sector privado. Los hospitales públicos tenían problemas evidentes.

Con el voto de legisladores de todos los partidos (y al mismo tiempo con el voto en contra de legisladores de todos los partidos que advirtieron la inconstitucionalidad de la solución) se aprobó la Ley N° 18.711, de 22 de diciembre de 2010, que dispuso:

⁵⁸ Pese a algunas vacilaciones y retrocesos en lo que al acceso a la información pública refiere.

Artículo 1º.- Declarase en estado de emergencia sanitaria la asistencia anestésico-quirúrgica de la población usuaria de los servicios de salud del sector público, en todo el territorio nacional.

Artículo 2º.- El Ministerio de Salud Pública queda facultado para convocar al personal integrante del cuerpo médico y auxiliares de la medicina que considerare necesario para atender la emergencia sanitaria que se declara, quienes deberán cumplir funciones en los establecimientos públicos de asistencia por hasta un 20% (veinte por ciento) de las horas que realizan en las Instituciones de Asistencia Médica Colectiva. Aquellos abonarán las horas efectivamente trabajadas en idénticas condiciones que a su personal del escalafón y grado que correspondiera.

Artículo 3º.- El personal convocado no podrá negarse a prestar su colaboración, salvo razones de fuerza mayor debidamente justificadas, las que serán evaluadas por el Ministerio de Salud Pública en el término de 5 (cinco) días. En el caso que las razones alegadas no constituyan fuerza mayor a juicio de dicha Secretaría de Estado, se deberán remitir los antecedentes a la Comisión de Salud Pública a efectos de lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley Nº 9.202, de 12 de enero de 1934.

Artículo 4º.- El estado de emergencia sanitaria a que hace referencia el artículo 1º de esta ley regirá desde su promulgación y por el término de 120 (ciento veinte) días. La presente ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo.

La referencia del artículo 3 al artículo 26 de la Ley Nº 9.202 implica el ejercicio de poderes disciplinarios sobre los médicos.

Esta ley presenta una clara contradicción con el artículo 6 de la CADH (prohibición de la esclavitud y servidumbre), que en su apartado 2 prohíbe justamente el trabajo forzoso u obligatorio. Me adelanto a señalar que la excepción del literal “c” del numeral 3 de este artículo 6 no guarda relación con el caso en estudio, ya que el peligro o calamidad refiere a otro tipo de eventos.

En este caso, además de chocar con el artículo 6 de la CADH, la ley no puede sortear un análisis conforme el principio de proporcionalidad. Si bien podría pensarse en un primer momento que el primer paso (idoneidad para alcanzar el fin perseguido) es cumplido, con mayor detenimiento se advierte que no es así, ya que el medio utilizado está expresamente vedado por la CADH. De todas formas, aunque no se compartiera lo anterior, se aprecia que no puede la ley sortear la exigencia de “necesidad”, pues es evidente que hay otros medios para alcanzar el fin perseguido sin afectar el derecho de los anestesistas. Claro, y este es el problema de fondo, los medios alternativos serían más onerosos para el Estado.

¿Por qué motivos no importó a la mayoría legislativa el problema jurídico de inconvencionalidad de la ley? No puedo saberlo con exactitud, pero da la impresión de que frente a una opinión pública que había sido receptiva de una suerte de *demonización* de los anestesistas promovida desde el gobierno y sindicatos (serían personas egoístas e insensibles que anteponen sus intereses económicos antes que la salud de la gente) y frente a la exigencia de atención médica de personas que componen los sectores sociales más necesitados de la población (por eso son atendidas en hospitales públicos), de nada importó la Convención y el fin justificó los medios. O con una triste frase usada hace poco en Uruguay: lo político primó sobre lo jurídico.

B) Personas a la intemperie

Pero no fue este el único caso en que la “urgencia” fue más importante que la Constitución o la CADH. En la ciudad de Montevideo existe un grupo reducido y variable de personas que viven en “situación de calle”, sea en plazas, parques, etc. Este fenómeno que lamentablemente existe en todas las sociedades medianamente grandes, genera, entre otros, el problema de las noches de frío (que puede llegar en su sensación térmica a algún grado bajo cero). En algún caso excepcional (no es lo común) alguna persona falleció mientras estaba a la intemperie.

Desde siempre han existido reparticiones estatales y servicios privados que procuran combatir esta situación con refugios para estas personas, abrigo, alimentos, etc. Desde hace décadas hay refugios suficientes para todos quienes viven en la calle, pero el problema es que hay un porcentaje, muy bajo, de estas personas que se niegan a concurrir a un refugio.

En el año 2011 falleció una persona mientras dormía a la intemperie y esto condujo al dictado de la Ley Nº 18.787, de 27 de julio de 2011, que, con votos de legisladores de todos los partidos, dispuso:

Artículo único.- Las personas de cualquier edad, que se encuentren en situación de intemperie completa, con riesgo de graves enfermedades o incluso con riesgo de muerte, podrán ser llevadas a refugios u otros lugares donde puedan ser adecuadamente asistidas, aun sin que presten su consentimiento, siempre que un médico acredite por escrito la existencia de alguno de los riesgos indicados en la presente disposición y sin que ello implique la privación correccional de su libertad.

El Poder Ejecutivo reglamentará lo dispuesto en el inciso primero encomendando a los Ministerios de Desarrollo Social, de Salud Pública y del Interior –sin perjuicio de la participación de los organismos nacionales e interdepartamentales con competencia en la materia– que coordinen el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.

El procedimiento establecido en la ley, sin participación alguna del Poder Judicial, y pese a la absurda declaración de que la pérdida de la libertad no implica “privación correccional de su libertad”, es claramente inconstitucional (se los conduce al refugio en contra de su voluntad). Veamos la lógica legislativa: (a) la negativa a ir a un refugio pone en peligro la vida o la salud del individuo, y (b) por eso se puede imponer el arresto “no correccional”. O sea, para proteger teóricamente la vida del individuo, se pasa por arriba de su libertad básica en varias manifestaciones: libertad física, circulatoria, a tomar sus propias decisiones, etc.

Si el caso se pone en perspectiva (en una actuación tópica) se aprecia la inconsistencia del fundamento implícito de la ley. Pensemos en otros casos en que personas mayores de edad y capaces toman decisiones que pueden afectar su vida adelantando el momento de la muerte: (a) enfermo terminal que rechaza los tratamientos médicos y decide no impedir el avance de la enfermedad para evitar efectos colaterales; (b) alcohólico con cirrosis avanzada que se niega a abandonar la bebida; (c) gran fumador con su capacidad respiratoria seriamente comprometida que se niega a dejar de fumar; (d) sujeto que rechaza un tratamiento médico invocando sus convicciones religiosas. En todos estos casos la decisión del individuo adelanta inevitablemente su muerte y a veces en condiciones terribles. En el caso del sujeto en situación de calle, su decisión no necesariamente adelanta su muerte (es más, la gran mayoría sobrevive). En los casos en que la decisión de la persona lo lleva a la muerte el Estado no interviene, pero sí lo hace con las personas en situación de calle. ¿Y el principio de igualdad? ¿Y el principio de libertad? ¿Y las normas constitucionales que dicen taxativamente cuándo un sujeto puede ser privado de su libertad? ¿Y la intervención y garantía judicial? Y lo peor de todo, para proteger a las personas que menos tienen, que casi no gozan de derechos, les quitan los pocos que todavía mantienen.

Nada de esto se discutió en el trámite legislativo, salvo aisladas opiniones. Nuevamente el sentimiento de proteger a los más desprotegidos (en una actitud arrogante de las autoridades que, considerándose más sabias que los gobernados, les imponen las soluciones que ellos entienden mejores aunque la gente no quiera) y posiblemente el deseo de evitar el costo político si muere alguien de frío primaron sobre la Constitución. Y nuevamente con votos a favor de todos los partidos primó la decisión política sobre la Constitución⁵⁹.

⁵⁹ Todavía luego, haciendo gala de una inconsistencia poco creíble, se criminalizó la situación de calle con la Ley N° 19.120, de 20/8/2013.

C) Impuesto a los vehículos de transporte

El caso más escandaloso fue el de la ley que unificó el impuesto a los vehículos de transporte (vulgarmente conocido como “patente de rodados”). Para entender el caso debe sintetizarse brevemente la regulación constitucional en la materia. La Constitución uruguaya establece un Estado unitario con una doble descentralización territorial: en unidades que denomina departamentos (gobernadas por un Intendente y una Junta Departamental que ejercen el ejecutivo y el legislativo departamental) y en unidades menores que se denominan municipios. El artículo 297 de la Constitución asegura ciertos recursos económicos a los departamentos y entre ellos están los impuestos sobre los vehículos de transporte. Esto es, cada departamento establece y recauda su propio tributo y suele haber diferencias importantes en las tasas a aplicar entre cada gobierno departamental. Normalmente, los contribuyentes tratan de pagar menos impuestos, por lo que registran sus vehículos en los departamentos que tienen los impuestos más bajos. Durante décadas esta situación llevó a lo que se conoce como “guerra de las patentes”, en la que los contribuyentes tratan de pagar lo menos posible y los gobiernos departamentales los “persiguen” para que tributen en su departamento.

La Ley Nº 18.860, de 23 de diciembre de 2011, “solucionó” la guerra de patentes. Lo hizo de la siguiente forma: (a) pese a que la Constitución dice que la patente es departamental y, por lo tanto, puede haber tantos impuestos como departamentos, la ley dice que la patente es única y se aplica en todo el territorio nacional; (b) la Constitución dice que la iniciativa para el establecimiento del impuesto la tiene cada Intendente en su Departamento; la ley dice que la iniciativa la tiene el Ministerio de Economía y Finanzas (gobierno nacional) y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (dependencia de la Presidencia de la República); y (c) la Constitución dice que el órgano constitucionalmente competente para aprobar la patente es cada Junta Departamental, pero la ley dice que la aprobación corresponde al Congreso de Intendentes (órgano de coordinación sin ninguna potestad tributaria).

Esta es, posiblemente, la inconstitucionalidad más grosera de la historia del Uruguay. Se violan directamente reglas constitucionales clarísimas. Y se hace con conciencia de lo que se está haciendo, ya que no existe ningún argumento que pueda esgrimirse para defender la constitucionalidad de la ley.

En este caso, y en forma notoria, las necesidades políticas o lo que se considera “conveniente” es más importante que la Constitución. Y nuevamente con votos de todos los partidos.

D) Pluna

La situación de las Primeras Líneas Uruguayas de Navegación Aérea (Pluna) fue un caso muy discutido desde el 2012. La situación, en síntesis, fue la siguiente:

1. El jueves 5 de julio de 2012, Pluna S.A. anunció públicamente que dejaba de volar por tiempo indeterminado, enviando a la mayor parte de su personal al seguro de desempleo. Pocos días después, Pluna S.A. solicitó su propio concurso. Por Decreto N° 1262, de 11 de julio de 2012, el Juez Letrado de Primera Instancia de Concursos de Primer Turno admitió la gestión de concurso voluntario promovida, decretándose la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso. Asimismo, se designó a la Asociación Uruguaya de Peritos como Síndico y se convocó a la Junta de Acreedores.

2. El 17 de julio de 2012, esto es, cinco días después de admitido el concurso de Pluna S.A., se aprobó la Ley N° 18.931 (sólo con votos de legisladores del gobierno) que modificó las reglas del concurso, en claro perjuicio para la mayoría de los acreedores.

3. Las consecuencias de esta ley fueron:

A) Se “quitó” de la masa activa de la liquidación sus bienes más valiosos (aviones que podrían situarse conforme la propia ley en más de US\$ 100.000.000). Los acreedores de todos los tipos, salvo los beneficiados en el artículo 1 de la Ley N° 18.931, fueron perjudicados.

B) Con lo anterior se benefició al Estado, a Pluna Ente Autónomo (accionista de Pluna S.A.) y a los bancos que financiaron la compra de los aviones. Pero se perjudicó obviamente a los restantes acreedores modificándose la ley de concursos.

C) En suma, los acreedores tenían una expectativa de cobro sobre una masa de más de cien millones de dólares, pero dichos activos se “sustrajeron” de la masa.

La inconstitucionalidad era clarísima (violación del derecho de propiedad, certeza jurídica, separación de poderes, etc.) y como era de esperar (nadie se vio sorprendido) fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, por sentencia N° 528 de 7 de noviembre de 2013. Insólitamente, el Ministro de Economía y Finanzas dijo, luego de la sentencia, que nadie le había avisado que la ley era inconstitucional.

Nuevamente se aprecia cómo la decisión política no repara ni se preocupa por la Constitución ni por la Convención.

E) Otros casos

La Cámara de Representantes aprobó en 2013 un proyecto de ley (por un voto) que regula la comercialización de marihuana. Al analizarse el proyecto en la Cámara de Senadores se advirtió, por parte de los legisladores del gobierno, que dos artículos son inconstitucionales (uno invade la competencia del ente autónomo rector de la enseñanza pública y el otro desconoce la prohibición constitucional expresa del artículo 229). Pero sin perjuicio de reconocer las inconstitucionalidades, en la medida en que si se corrige el proyecto debería volver a la primera Cámara y no es claro que se reúnan nuevamente los votos necesarios para su aprobación, la bancada de gobierno ha decidido aprobar igualmente el proyecto con dos artículos inconstitucionales, pese a ser plenamente conscientes de las inconstitucionalidades⁶⁰.

En los casos anteriores se podría al menos invocar la existencia de un problema que requería solución urgente (lo que no justifica, de todas formas, la inconstitucionalidad). Pero en este caso se trata de un proyecto fuertemente rechazado por la mayoría de la ciudadanía (según las encuestas de opinión más serias) y rechazado por la comunidad internacional. O sea, ¿cuál es la razón de aprobar conscientemente dos disposiciones inconstitucionales? Me resulta incomprensible.

Hay más ejemplos en este sentido y todos conducen a una conclusión que hubiera sido impensada en Uruguay hace muy pocos años. La Constitución, en la mirada de algunos gobernantes, ha dejado de tener el rol de garantía básica y ha pasado a ser una norma que se aplica cuando se puede y si conviene al Gobierno.

No creo, de todas formas, que esta novedad sea incorregible, ya que la tradición nacional de respeto a la Constitución ha sido extensa. Y es de esperar que los gobernantes, y la población en general, adviertan lo grave y absurdo de la situación y vuelvan las mejores tradiciones uruguayas de respeto a la Constitución.

De todas formas, no nos enfrentamos en estos casos a criterios interpretativos que puedan ser relevantes o aceptables en la hermenéutica constitucional. Por el contrario, nos encontramos con claras violaciones de la Constitución que no pueden ser justificadas. El inaceptable concepto de que “lo político prima sobre lo jurídico” no tiene cabida en el ordenamiento jurídico uruguayo⁶¹.

⁶⁰ También se encuentra en estudio de la Cámara de Representantes un proyecto con inconstitucionalidades evidentes (“inmuebles abandonados”), en estudio del Senado un proyecto regulatorio de los medios de comunicación audiovisual con serios problemas, etc.

⁶¹ Con este criterio, quienes dieron el golpe de Estado de junio de 1973 podrían justificar sus acciones.

Detectar estos casos sirve para dos cosas: (a) asumir un problema muy grave que enfrenta la sociedad uruguaya que pone en tela de juicio tradicionales valores y principios y (b) destacar que las violaciones de la Constitución nunca pueden ser criterios válidos o relevantes para la interpretación constitucional.

*Cómo influye la vinculación política o ideológica del intérprete
a la hora de interpretar la Constitución*

Este punto si bien es relevante, y por eso fue escogido, tendrá escaso tratamiento en este trabajo. En Uruguay se aprecia una lógica tendencia de los operadores políticos y de los ciudadanos con algún grado de interés en temas políticos a coincidir con las opiniones (o interpretaciones constitucionales, en su caso) de sus propios partidos, dirigentes principales o de confianza. Esto, que parece ser lógico (y que debe responder a causas tales como la confianza, simpatía, adhesión ideológica, etc.), no impide, de todas formas, que existan frecuentes y sanos apartamientos.

En temas políticamente relevantes y polémicos, como todo lo vinculado al caso GELMAN v. Uruguay y a la sentencia de la Corte IDH, en general se apreció una cierta tendencia a razonar en términos coincidentes con el partido a que se pertenece o adhiere, o bien por afinidades ideológicas. Fue claro que en general los partidarios del gobierno se inclinaron claramente por la aplicación de la CADH, por la obligatoriedad total de la sentencia de la Corte Interamericana y por el deber de seguir los criterios de la Corte IDH establecidos en la jurisprudencia general de la Corte. En contra de esto, los partidarios de los partidos de oposición se pararon en el campo opuesto y ambos bandos intercambiaron argumentos políticos, jurídicos, históricos, etc.

La excepción fue dada por un legislador del Gobierno, el representante Víctor Semproni, que votó en contra de un proyecto, por lo que se movilizaron los procedimientos partidarios internos de juzgamiento de la conducta política del legislador. En algún otro caso un partido procedió a declarar la obligatoriedad del voto de sus legisladores en un sentido definido (por ejemplo, en la ley que despenalizó parcialmente el aborto), pero no es ésta la conducta habitual.

En leyes trascendentales como la 19.122 (acciones afirmativas) los legisladores actuaron con independencia y con el evidente propósito de lograr la mejor solución.

Hasta acá podemos encontrar un funcionamiento lógico y saludable de los operadores políticos y de la ciudadanía en general. Pero de todas formas se aprecia que esta adhesión partidaria o ideológica es muy rígida o poco reflexiva. Como ya señalé al comenzar este trabajo, a principios de 2013 el Gobierno se constituyó en claro defensor de la CADH y del cumplimiento estricto de la sentencia de la

Corte IDH en el caso GELMAN (actitud compartida por sus seguidores), pero a finales del 2013, cuando el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de ley regulatoria de los “servicios de comunicación audiovisual”, se optó por eludir el artículo 13 de la Convención y los claros lineamientos derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH que chocan con muchas disposiciones del proyecto. En otras palabras, o la adhesión política o ideológica es muy fuerte o el posicionamiento interpretativo no es lo suficientemente maduro o profundo. De otra forma no se explica cómo puede darse esta situación y que en el mismo año se utilicen los mismos argumentos en sentido contrario.

Por último, en lo que refiere al Poder Judicial, no se encuentra ningún elemento de juicio que permita hacer pensar en que la interpretación judicial de la Constitución esté influenciada por la vinculación o adhesiones políticas de los magistrados. En el acierto o en el error, parece que la independencia de los jueces funciona bien.

Elementos no jurídicos en sentido estricto y consistencia de la argumentación

Durante décadas la Suprema Corte de Justicia, al pronunciarse en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, hizo caudal de ciertos argumentos: (a) la necesidad de evitar caer en el “gobierno de los jueces” (que se presentaba como un concepto muy vago, pero sí negativo); (b) una noción de presunción de constitucionalidad tan extrema que sólo cedía en casos de inconstitucionalidad evidente o grosera; (c) la noción de autorrestricción, considerada como virtud incuestionable de los jueces; y (d) en general se destacaba el rol prudente del juez y la obligación de no invadir el espacio legislativo. Estos conceptos se utilizaban, genéricamente, como si fueran verdades incuestionables y conducían a que la Corte eludiera muchos pronunciamientos comprometidos dando cancha libre a la ley.

Estos argumentos no eran ni son de tipo jurídico en sentido estricto, sino políticos, ideológicos o dogmáticos. En efecto, estas consideraciones no surgen de la Constitución, que establece los poderes representativos mayoritarios y quienes deben ejercer los controles contra mayoritarios en un plano de igualdad, de lo que surge que tanto derecho tiene el Legislativo de legislar como el Judicial de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que se someten a su consideración: en ambos casos dentro de los límites constitucionales. Los argumentos históricos de la Suprema Corte responden a otras razones ajenas al texto constitucional y son utilizados como si su validez y pertinencia fuera evidente; que no lo es. Para saber si son válidos y comparables deberán ser sometidos a un análisis tópico

que permita construir la solución para cada caso concreto. No vale la referencia genérica, sino que hay que demostrar que no se declara una inconstitucionalidad, en un caso concreto, por invadir la competencia legislativa. Seguramente si se hiciera lo anterior, muchos de los usos extremistas de estos argumentos serían abandonados. Es incuestionable que todo repliegue del Poder Judicial en el ejercicio de sus competencias constitucionales es tan inconstitucional como lo sería todo exceso que lo llevara a invadir la competencia del Legislativo.

En el 2013 la Corte ha dictado cinco sentencias declarando la inconstitucionalidad de leyes del Gobierno en ejercicio y sobre temas trascendentales: (a) ley interpretativa de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado; (b) ley que estableció el Impuesto a la Concentración de Inmuebles Rurales; (c) ley que dispuso la realización de cursos de capacitación sin proporcionar los fondos necesarios; (d) ley interpretativa sobre la forma de determinación de la remuneración de los jueces y (e) la ley que modificó las reglas en el proceso judicial de liquidación de Pluna.

Resultaría apresurado hacer un juicio sobre si en estas sentencias se han cambiado los criterios anteriores. Parece que algo se ha modificado y que hay una actitud distinta de la Corte, más decidida en la defensa de la Constitución y de los derechos de los ciudadanos. Pero para emitir conclusiones sobre esto será necesario esperar más sentencias. Todo sin perjuicio de saludar tan importantes cambios.

Dentro de la jurisprudencia en materia de amparo existió una tendencia a (a) rechazar los planteos por considerar que no existía *ilegitimidad manifiesta* en el caso planteado⁶², utilizando criterios tan exigentes para valorar este requisito que, salvo en contados casos, el amparo no procedía; (b) aplicar en forma excesivamente rigurosa y restrictiva otros requisitos legales, rechazando los amparos por tal razón; y (c) evitar el análisis constitucional y de derechos humanos, rechazando las demandas por entender que el competente para resolver el caso era una autoridad política o administrativa (con lo que el juez eludía el tema y no ingresaba en la problemática de la lesión de un derecho humano). Obviamente, si bien los motivos de los rechazos se presentaban como argumentos jurídicos, no eran tales, sino que ponían en evidencia la actitud hostil de los jueces frente a los amparos en los primeros tiempos. Los amparos eran abordados con preconceptos no jurídicos que llevaban normalmente al rechazo de las acciones. Pero esto fue y está cambiando.

⁶² La ley de amparo exige, para que proceda esta acción sumaria, entre otros requisitos, que exista una “ilegitimidad manifiesta” y si esta característica no está presente, se debe recurrir al proceso ordinario.

En materia de acciones de amparo médico (en que normalmente se solicita al Estado el suministro de medicamentos que no están al alcance del paciente) se aprecia una clara evolución desde el año 2007. En primera instancia, de pronunciamientos básicamente negativos (con base en argumentos no jurídicos en sentido estricto, pues eludían la aplicación de una norma de gran claridad como es la oración final del artículo 44 de la Constitución⁶³; o sea, se eludía y no se aplicaba el texto constitucional), se ha ido consolidando una jurisprudencia prometedora y protectora de los derechos humanos (se aplica directamente la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con respuestas adecuadas). Dentro de los Tribunales de Apelaciones aparecen sentencias excelentes, como la sentencia de 2 de diciembre de 2009 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, y se aprecia el inicio de un proceso similar al de primera instancia.

¿Qué es lo que viene pasando en materia de amparos y en especial amparos médicos? Las normas constitucionales e internacionales son las mismas, pero ahora los jueces se sienten más cómodos a la hora de aplicar directamente la Constitución y las normas internacionales; comprenden la imposibilidad lógica de limitarse a los preceptos legales (el Estado legislativo de Derecho y el correspondiente juez legal no tienen base en nuestra Constitución); y asumen los jueces un rol mucho más activo en la defensa de los derechos humanos, arbitrando las soluciones necesarias para evitar su violación. El cambio, se aprecia con claridad, no es estrictamente jurídico, sino prejurídico (precomprensión y comprensión): cambió el concepto que se tiene de la Constitución, de su aplicación directa, del rol de los jueces y se comprende con mayor facilidad las nuevas concepciones jurídicas que son las que mejor se adaptan al texto constitucional.

En lo que refiere a la investigación de las violaciones de los derechos humanos acaecidas durante la dictadura (1973-1985) se aprecian dos grandes concepciones jurisprudenciales. En este caso los posicionamientos no son políticos, pero sí son dogmáticos y no surgen con claridad de la Carta. La mayoría de la Suprema Corte de Justicia y algunos jueces penales han optado por una posición restrictiva en cuanto a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH. Concretamente, dicen que cuando el cumplimiento de la sentencia implica violación de los principios básicos de nuestra Constitución, no debe cumplirse con la sentencia (era la concepción de la Corte Suprema argentina en el caso CANTOS, luego abandonada en el caso BULACIO, en que aceptó la plena obligatoriedad de las sentencias

⁶³ “El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”.

y criterios generales de la Corte IDH). Otros jueces, por el contrario, parten de la plena obligatoriedad de la sentencia de la Corte Interamericana y no admiten las restricciones anteriores.

¿Hay una disputa jurídica? Sin duda que sí la hay y son claras las baterías de argumentos que se han desplegado desde cada bando. Pero hay más. La sentencia de la Corte IDH dictada en el caso GELMAN es la primera sentencia de la Corte Interamericana contra Uruguay y se está pagando el precio de enfrentar la primera o primeras sentencias de la Corte IDH (choque cultural que siempre se produce con las primeras sentencias internacionales). El fenómeno, desde el punto de vista jurídico, es clarísimo: (a) en 1985 Uruguay aceptó soberanamente (conforme la Constitución y con el voto unánime de las dos cámaras legislativas) la jurisdicción de la Corte y de la Comisión Interamericana para los casos en que se agotaron los recursos internos, por lo que es evidente que la sentencia internacional prima sobre los actos internos incluyendo los jurisdiccionales; (b) el propio artículo 68 de la Convención establece la obligación de cumplir con las sentencias sin ninguna excepción y Uruguay no hizo reserva alguna (sí hizo el Estado una reserva, pero en otro tema); y (c) es la solución de principio: las sentencias son obligatorias y deben cumplirse aun cuando no gusten, se consideren erróneas, disparatadas, etc.

Pero pese a lo anterior hay otras consideraciones prejurídicas que están incidiendo en el tema. En una perspectiva histórica, es casi inaceptable pensar en un pronunciamiento de un tribunal internacional por sobre la Suprema Corte de Justicia. Desde el punto de vista nacional, y apoyados en conceptos anticuados de soberanía, puede llegar a sostenerse una defensa final del Estado soberano contra lo que considera inaceptable. Incluso, podría hasta caber una perspectiva dentro de un esquema de confrontación entre órganos nacionales e internacionales. Y también ingresa la cuestión de en quién confía más el intérprete: ¿en los órganos jurisdiccionales internacionales o en los nacionales? Pero todas estas perspectivas, previas a la interpretación de los textos (Constitución y CADH), deben ser confrontadas con los textos normativos. Y los textos vigentes, especialmente la Convención Americana ratificada por Uruguay y el artículo 27 de la Convención de Viena, dicen algo distinto, contradicen las consideraciones prejurídicas mencionadas y conducen al intérprete claramente a la plena aplicación de la CADH y al reconocimiento de la obligatoriedad de las sentencias y criterios de la Corte IDH.

VII. CONCLUSIONES

Como se adelantó desde el inicio del trabajo, con su título, no se buscó hacer otra cosa que una aproximación a algunos elementos, criterios o postulados

interpretativos que no fueron en general utilizados por la doctrina uruguaya a la hora de la interpretación constitucional.

De este trabajo, en mi opinión, se puede advertir:

1. La hermenéutica constitucional uruguaya ha sido en general parcial y debe ser completada con una multiplicidad de elementos: (a) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el bloque de los derechos humanos y el control de convencionalidad; (b) diversos criterios, distinciones y postulados interpretativos no utilizados en nuestra doctrina y jurisprudencia; (c) con las resultancias de la aceptación de una Constitución invisible; (d) reparando en las distintas categorías de disposiciones constitucionales y advirtiendo sus consecuencias; y (e) con el reconocimiento de la necesidad de una actuación tópica con argumentos mucho más variados que los que se manejaban en el pasado.

2. En segundo lugar, se advierte la existencia en los últimos años de un proceso político difícil de explicar, pero que se manifiesta en una tendencia a entender que en casos que se consideran urgentes o importantes las soluciones pueden ser inconstitucionales. Esta tendencia, claramente contraria a la historia y tradiciones uruguayas, es sumamente peligrosa y debe ser decididamente combatida. No hay espacio en nuestro derecho para las normas inconstitucionales. De todas formas, insisto, pienso que después de cinco sentencias de inconstitucionalidad (posiblemente se sumen otras) en un año (2013) se va a poder reaccionar respecto a esta tendencia y retornar a la tradición de pleno respeto a la Constitución que ha caracterizado al Uruguay.

3. En una primera aproximación se pudo ver que la vinculación entre la interpretación constitucional y la posición partidaria o de los principales líderes es muy variable. El Poder Judicial se mantiene en general al margen de estas vinculaciones y en el Poder Legislativo sólo en casos muy especiales se impone la disciplina partidaria. En líneas generales, hay espacio para la disidencia política en materia de interpretación constitucional aunque muchas veces haya coincidencias.

4. También puede empezarse a ver cómo ciertas argumentaciones, tradicionalmente consideradas jurídicas en sentido estricto e incuestionables, no surgen del texto constitucional ni del método tradicional de interpretación, y no deben ser reconocidas como válidas, sino que deben ser sometidas a un análisis profundo para determinar su validación o abandono y para lograr interpretaciones consistentes, razonables y controlables.

5. Por último, corresponde insistir en que este trabajo es una primera aproximación a un tema mucho más amplio, en general ignorado por el constitucionalismo uruguayo, y queda mucho por hacer.

Lo más importante sin duda es (a) reconocer la necesidad de completar y renovar la hermenéutica constitucional tradicional; (b) advertir y combatir una tendencia patológica contraria a los principios básicos del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y (c) comenzar a enfrentar problemas de insuficiencia, falta de consistencia, desactualización y falta de previsibilidad en algunas interpretaciones constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2001): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BALKIN, Jack M. (2011): *Living originalism* (Kindle edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England).
- BENNET, Robert W. and SOLUM, Lawrence B. (2011): *Constitutional originalism. A debate* (Kindle, Cornell University Press).
- BURSTIN, Darío; DELGADO MANTEIGA, Serrana; FRANCOLINO, Leandro; GÓMEZ LEIZA, José; RODRÍGUEZ, Guzmán y SARLO, Óscar (2010): *La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible?* (Montevideo, Edit. Facultad de Derecho, Udelar).
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio (1957): “La apelación ante la Asamblea General”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Montevideo, tomo 55, pp. 125-141).
- _____ (1994): “Sobre autorizaciones para explotar el servicio de televisión para abonados”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* (Montevideo, tomo X, Nº 59, pp. 500-516).
- CHEMERINSKY, Erwin (2006): *Constitutional Law, Principles and policies* (New York, Aspen Publishers).
- _____ (2010): *The conservative assault on the constitution* (New York, Edit. Simon & Schuster, New York, London, Toronto, Sydney).
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2005): *Sistema de Derechos Fundamentales* (Madrid, Edición Thomson-Civitas).
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo (1982): *Derecho Constitucional*, 2º tomo VI (Montevideo, Edit. Udelar).
- GROS ESPIELL, Héctor (1989): *Universidad y Derecho Constitucional* (Montevideo, Edit. Presidencia de la República, ONSC).
- HESSE, Konrad (2011): *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid, Edit. Democracia y Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (1992): *La Constitución Nacional* (Montevideo, Edición Cámara de Senadores), tomo I.
- ____ (1969): “Naturaleza Jurídica del Banco de Previsión Social”, en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración* (tomo 68, pp. 34/38).
- ____ (1998): *La Constitución nacional* (Montevideo, Edit. Cámara de Senadores), tomo III.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (1983): *Teoría de Gobierno* (Montevideo, Edit. Fundación de Cultura Universitaria), tomo II.
- KORZENIAK, José (1986): *Derecho Constitucional. Parte General* (Montevideo, Editorial Universidad).
- LIU, Goodwin, KARLAN, Pamela S. y SCHROEDER, Christopher (2010): *Keeping faith with the constitution* (New York, Edit. Oxford University Press).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones* (Santiago de Chile, Edit. Librotecnia).
- ____ (2007): *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales, tomo I* (Santiago de Chile, Edit. Librotecnia).
- OCHS, Daniel (2009): “Una encrucijada jurídica y bioética superada por un encorable fallo de amparo sanitario”, en *Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay* (Año 2009, Nº 6), pp. 283/294.
- RAMÍREZ, Juan Andrés (1906): *El Derecho Constitucional en la Universidad* (Montevideo, Edit. Imp. El Siglo Ilustrado).
- REED AMAR, Akhil (2012): *America's unwritten constitution* (New York, Edit. Basic Books).
- RISSE FERRAND, Martín (2006): *Derecho Constitucional tomo I* (Montevideo, Edit. Fundación de Cultura Universitaria).
- ____ (2011 a): ¿Qué es la Constitución? (Montevideo, Edit. Universidad Católica del Uruguay).
- ____ (2011 b): *Algunas garantías básicas de los derechos humanos* (Montevideo, Edit. Fundación de Cultura Universitaria).
- ____ (2010 a): “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de justicia del Uruguay”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* (Año 2010, Nº 05), pp. 171/191.
- ____ (2010 b): “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay* (Año 2010, Nº 8, Año 2010), pp. 301/322.

- _____ (2012): “¿Quién tiene la última palabra en temas de Derechos Humanos? Democracia vs. aristocracia con toga”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Bogotá, Edit. Fundación Konrad Adenauer), pp. 393-414.
- RODRÍGUEZ, Alicia (2009): “El alcance del Derecho Fundamental a vivir una vida digna”, en *Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay* (Año 2009, Nº 6), pp. 297-306.
- SAGÜÉS, Néstor (2006): *La interpretación judicial de la Constitución* (Buenos Aires, Edit. LexisNexis).
- SCALIA, Antonin (1998): *A matter of interpretation. Federal Courts and the law (With commentary by Amy Gutmann, Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin)* (New Jersey, Edit. Princeton University Press).
- STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V. y KARLAN, Pamela S. (2005): *Constitutional law* (New York, Edit. Aspen Publishers).
- STRAUSS, David A. (2010): *The living constitution* (New York, Oxford University Press).
- SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald (2004): *Constitutional Law* (New York, Foundation Press, New York, Thomson West).
- SUNSTEIN, Cass R. (2009): *A Constitution of many minds* (New York, Princeton University Press).
- TRIBE, Laurence (2008): *The invisible constitution* (New York, Oxford University Press).
- WILKINSON, J. Harvie (2012): *Cosmic constitutional theory, Inalienable Rights Series* (New York, Oxford University Press).
- WOODS, Thomas E. y GUTZMAN, Kevin R.C. (2008): *Who killed the constitution. The fate of American Liberty from World War I to George W. Bush* (New York, Edit. Crown Forum).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): “Jueces constitucionales”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional* (Madrid, Edit. Dykinson), pp. 748-760.
- _____ (2007): *El derecho dúctil* (Madrid, Ediciones Trotta).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución uruguaya

Artículo 8º.- Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

Artículo 29.- Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Leyes uruguayas

Ley N° 19.122 sobre acciones afirmativas, 21 de agosto de 2009.

Ley N° 18.711, sobre emergencia sanitaria, 22 de diciembre de 2010.

Ley N° 18.787, sobre personas en situación de calle, 27 de julio de 2011.

Ley N° 18.860, sobre unificación del impuesto a los automotores, de 23 de diciembre de 2011.

Ley N° 18.931, sobre liquidación de Pluna, de 17 de julio de 2012.

Jurisprudencia citada

“*Goncalvez y Otra C/ Poder Legislativo*” (2013): Suprema Corte de Justicia, 15 de abril de 2013 (acción de inconstitucionalidad), disponible en: bjn.poderjudicial.gub.uy, IUE 1-48/2012.

“*A.A. Denuncia*” (2013): Suprema Corte de Justicia, 13 de marzo de 2013 (excepción de inconstitucionalidad Ley N° 18.831), disponible en: bjn.poderjudicial.gub.uy, IUE 2-28914/2009.

“*Poder Judicial C/ Poder Legislativo y Otro*” (2013): Suprema Corte de Justicia, 29 de julio de 2013 (acción de inconstitucionalidad Ley N° 18.834), disponible en: bjn.poderjudicial.gub.uy, IUE 1/21/2012.

“*Brause y Otros C/ Estado*” (2013), Suprema Corte de Justicia, 19 de agosto de 2013 (acción de inconstitucionalidad Ley N° 18.738), disponible en: bjn.poderjudicial.gub.uy, IUE 1-29/2012.

“*Pluna S.A. Concurso*” (2013). Suprema Corte de Justicia 7 de noviembre de 2013 (excepción de inconstitucionalidad Ley N° 18.931), disponible en: bjn.poderjudicial.gub.uy, IUE 2-27763/2012.