

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL URUGUAY.  
COORDINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SEPARACIÓN  
DE PODERES Y SOMETIMIENTO DE TODA  
LA NORMATIVA A LA CONSTITUCIÓN

Leslie VAN ROMPAEY\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Constitución rígida*. III. *Independencia del órgano de control respecto del órgano controlado*. IV. *Derecho de los particulares a reclamar e impulsar el control de constitucionalidad*. V. *Facultades decisorias del órgano de control*. VI. *Sometimiento de toda la actividad estatal al control de constitucionalidad*.

I. INTRODUCCIÓN

Expresa Sagüés<sup>1</sup> que no existen criterios uniformes en el derecho comparado acerca del mejor régimen de control de constitucionalidad. No obstante, el referido autor señala que la edificación de un sistema pleno y completo de control de constitucionalidad demanda cinco requisitos fundamentales: 1) una Constitución total o parcialmente rígida, 2) un órgano de control independiente del controlado, 3) que los particulares tengan la posibilidad de impugnar por sí mismos a la norma o acto inconstitucional, 4) que el órgano de control posea facultades decisorias, y 5) el sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad.

Y precisamente, es la articulación de este último requisito o principio, según el cual las leyes deben ajustarse a la Constitución y estar sometidas a un control de constitucionalidad, lo que ha generado resistencias al momento de coordinar el mismo con el principio de separación de poderes.

\* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay.

<sup>1</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Astrea, 2001, pp. 431 y 432.

En el presente trabajo, se examinará —a grandes rasgos— si el sistema de control de constitucionalidad vigente en Uruguay cumple con las exigencias mencionadas precedentemente, y se hará referencia especial a la forma en la que se han pretendido coordinar los principios de sometimiento de toda la normativa estatal a la Constitución y el principio de separación de poderes.

## II. CONSTITUCIÓN RÍGIDA

Esta primera condición no requiere muchos comentarios. Como explica Riccardo Guastini,<sup>2</sup> una Constitución es rígida si, y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes).

Así, enseña Alberto Ramón Real<sup>3</sup> que el sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes presupone la existencia de constituciones escritas y rígidas, inmodificables por el procedimiento de sanción reforma y derogación de las leyes comunes y ordinarias, como consecuencia de la distinción del poder constituyente, que sanciona las primeras y los poderes constituidos que dictan las segundas y no pueden alterar las primeras.

En efecto, si la Constitución fuera flexible, sería imposible que una ley ordinaria pudiera ser inconstitucional, pues todas las leyes comunes, al tener jerarquía “constitucional” derogarían las prescripciones anteriores y se “constitucionalizaría” automáticamente.

El componente liminar para que pueda configurarse el engranaje de control de constitucionalidad es entonces la existencia (esto es la vigencia real) de uno o más tramos rígidos en la Constitución. Dichos sectores (o la totalidad de la Constitución) no modificables por el procedimiento legislativo ordinario, tienen supremacía constitucional y justifican, en principio, invalidar al derecho infraconstitucional que se les oponga.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, colección Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 155.

<sup>3</sup> Real, Alberto Ramón, “Cortes constitucionales y control de constitucionalidad de las leyes en América Latina”, *Revista Jurídica “La Justicia Uruguaya”*, t. 72, p. 2.

<sup>4</sup> Sagüés, Nestor, *op. cit.*, nota 1, p. 432.

La Constitución uruguaya, al igual que la mayoría de las Constituciones contemporáneas prevé procedimientos para su reforma distintos a los previstos para la elaboración de la ley ordinaria. En efecto, el artículo 331 de la CN prevé la posibilidad de reforma, total o parcial, por cuatro procedimientos diversos, pudiendo utilizarse cualquiera de ellos para cualquier reforma.

La nota central de los procedimientos de reforma vigentes está dada por la participación necesaria e ineludible en los mismos del cuerpo electoral a través del plebiscito de ratificación. sin la aprobación del cuerpo electoral no puede haber reforma constitucional en el actual marco constitucional.<sup>5</sup>

Sin perjuicio de los referidos procedimientos de reforma, resulta altamente discutible que admitan ser reformados aquellos principios básicos inmutables en el constitucionalismo uruguayo (“derechos, deberes y garantías inherentes a la persona humana y derivados de la forma republicana de gobierno”) que han sido positivizados en la propia Constitución (artículos 7 y 72 de la CN).<sup>6</sup>

### III. INDEPENDENCIA DEL ÓRGANO DE CONTROL RESPECTO DEL ÓRGANO CONTROLADO

Una condición para que el mecanismo de control de constitucionalidad opere plenamente, consiste en que el ente de control sea distinto del ente sometido a revisión. Como bien señala Loewenstein<sup>7</sup> “... el Parlamento que ha emitido la ley es el menos apropiado para convertirse en defensor de la Constitución. Los conejos no son, generalmente los guardianes más seguros del jardín...”.

Y advierte Sagüés<sup>8</sup> que para que funcione un auténtico proceso de control de constitucionalidad, el órgano de control no sólo tiene que re-

<sup>5</sup> Risso Ferrand, Martín, *Derecho constitucional*, FCU, t. 1, 2005, pp. 112-127; Korzeniak, José, *Primer curso de derecho público, derecho constitucional*, FCU, 2001, pp. 96-119.

<sup>6</sup> Véase sobre el punto Korzeniak, *op. cit.*, nota anterior, pp. 95 y 96; Risso Ferrand, *op. cit.*, nota anterior, pp. 104 y 105; Cajarville, “Reflexiones sobre los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya”, *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, p. 162; Real, Alberto Ramón, *op. cit.*, nota 3, pp. 39 y 40.

<sup>7</sup> Citado por Sagüés, *op. cit.*, nota 1, p. 434.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 434 y 435.

sultar distinto del órgano controlado, sino que además debe ser autónomo de éste, y no depender de él.

Si hay subordinación es absolutamente ingenuo pensar que estando sujeto el controlante al controlado pueda ejercer uno sobre otro función de control.

Los mecanismos de designación y de remoción de los integrantes de los órganos de control constitucional, son decisivos para evaluar el grado real de autonomía de esos organismos.

En el Uruguay el proceso de designación y ascensos de los jueces, en los que el Poder Ejecutivo no tiene ingerencia alguna fortalecen la necesaria independencia con que el magistrado debe realizar el control de constitucionalidad.

El autor citado<sup>9</sup> critica la clasificación entre órganos políticos y judiciales, pues estima que si un órgano judicial puede vigilar la constitucionalidad de las normas, está desarrollando una notoria actividad “política” (en el sentido de tarea de gobierno, de poder moderador o poder control de los demás poderes) y en consecuencia, todos los órganos que realizan el control pueden ser catalogados en tal sentido como políticos.<sup>10</sup> Sugiere, por ende, distinguir entre órganos judiciales y no judiciales, según su pertenencia o ajenidad al Poder Judicial.

Los órganos judiciales encargados de tutelar la supremacía constitucional pueden ser comunes (sistema —difuso— norteamericano) o puede conferirse la referida competencia al máximo órgano del Poder Judicial (sistema —concentrado— SCJ en Uruguay).<sup>11</sup> En ambos casos se trata de órganos propiamente judiciales, que comparten sus tareas forenses ordinarias con la misión de asegurar la supremacía constitucional.

Señala Sagüés que el cuestionamiento fundamental al Poder Judicial como órgano facultado para controlar las constitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento (y por ende para invalidarlas, sea para un caso concreto, sea *erga omnes*), estriba en su presunta falta de legitimidad democrática.

Se argumenta que mientras que el Parlamento tiene origen comicial y sus miembros pueden no ser reelectos por el cuerpo electoral, los jueces no son designados por el electorado y tampoco pueden resultar removidos por

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>10</sup> *Cfr.* Riso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 148.

<sup>11</sup> Sagüés, *op. cit.*, nota 1, p. 444; Korzeniak, *op. cit.*, nota 5, p. 130.

éste. En suma, un órgano muy representativo (como el Parlamento) estaría vigilado por otro menos representativo (como el Poder Judicial) y esto no parecería empalmar con un esquema legitimario democrático.<sup>12</sup>

Criticando la referida argumentación, sostiene Sagüés<sup>13</sup> en primer término que si la Constitución (democrática) programa una judicatura constitucional mediante un procedimiento concreto de selección y nombramiento, es obvio que tal sistema tiene origen democrático, y por provenir de una Constitución democrática, posee una cuota significativa de legitimidad democrática.<sup>14</sup>

Expresa en segundo término<sup>15</sup> que la legitimación democrática deriva no solamente de elecciones, sino también de otras pautas democráticas de selección. Una versión más afinada y madura de la democracia contemporánea exige, por ejemplo, la implementación de regímenes de reclutamiento de jueces que satisfagan los principios democráticos de igualdad de oportunidades y de selección por la idoneidad. En tal sentido, el nombramiento de jueces mediante etapas previas de formación y especialización, y concursos, conlleva una alta dosis de legitimidad democrática a los así nombrados.

Sostiene, asimismo, en tercer lugar, que la legitimidad democrática de la judicatura constitucional tampoco consiste exclusivamente en un problema de origen democrático, sino también (y mucho) de comportamiento democrático de sus cuadros. Esa conducta democrática obliga a los jueces contralores de la supremacía constitucional a dictar sus fallos como custodios de la Constitución democrática que les toca tutelar, frente a las infracciones que pueden cometer los otros órganos del Estado, y con sentido de bien común, que no siempre coincide con la voluntad de la mayoría del momento.<sup>16</sup>

Por último, expresa que el régimen democrático no siempre tiene que manifestarse en formas puras o absolutas, cuando éstas perjudican la funcionalidad del sistema político. Así, grandes y vitales sectores de la administración estatal democrática (por ejemplo, el servicio diplomático, las fuerzas armadas, el ministerio público y fiscal) se encuentran reserva-

<sup>12</sup> Sagüés, nota 1, p. 454.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 455.

<sup>14</sup> Bianchi, *El control de constitucionalidad*, Ábaco, 1992, p. 105.

<sup>15</sup> Sagüés, *op. cit.* nota 1, p. 456.

<sup>16</sup> *Idem*.

dos con frecuencia a profesionales de distintas áreas, cuyo nombramiento también a menudo, no se realiza por medio de elecciones.<sup>17</sup>

En suma, coincidiendo con Sagüés,<sup>18</sup> estimo que el control de constitucionalidad mediante la judicatura constitucional de origen no comicial tiene —bajo ciertas condiciones— legitimación dentro de un esquema democrático racional realista y operativo.

A su vez, la legitimación de los órganos constitucionales radica en la aceptabilidad social de decisiones razonables y racionalmente fundadas mediante una convincente argumentación jurídica realizada en términos asequibles por los destinatarios del servicio y la opinión pública.

El problema estriba entonces en dejar el control de constitucionalidad en el Poder Judicial o sea en un órgano común de él; o en uno especializado, como una sala de la Corte Suprema; en ella toda; o en un Tribunal Supremo Constitucional situado en la órbita del Poder Judicial, o fuera del Poder Judicial (una especie de “cuarto poder”, los tribunales constitucionales —aunque tengan “fisonomía judicial”— ubicados en una esfera ajena al Poder Judicial).

Señala Sagüés que cada una de estas posibilidades tiene sus ventajas y sus inconvenientes. La inserción del órgano de control dentro del Poder Judicial ha robustecido casi siempre el papel político institucional de la judicatura, ya que le autoriza a actuar como poder-moderador (de los otros órganos del Estado), y esa potencialización judicial contribuye, naturalmente, a afianzar el principio de equilibrio (que es un presupuesto del de división) de los poderes.

Por otra parte, el autor citado sostiene que el funcionamiento de un tribunal constitucional ajeno al Poder Judicial, aparte de restar considerable peso institucional a este último (que entonces decae en gran medida como “poder”) acarrea también dudas en cuanto a la independencia real de aquel organismo: los mecanismos de selección de sus integrantes deberían, al respecto, erigir a ese ente extrapoder sin injerencia de los poderes Ejecutivos y Legislativo que debe controlar (cosa que pocas veces ocurre en el derecho constitucional contemporáneo).

Pereira Menaut<sup>19</sup> señala que los tribunales constitucionales no parecen ser espectacularmente más eficaces que las cortes ordinarias como lími-

<sup>17</sup> *Cfr.* Bianchi, *op. cit.*, nota 14, p. 105.

<sup>18</sup> Sagüés, *op. cit.*, nota 1, p. 454.

<sup>19</sup> Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Colex, 1997, pp. 311, 312 y 314.

tes del poder ni garantes de libertad. Y expresa el referido autor que tal como las concibió Kelsen, son sólo defensores mecánicos de la Constitución, que tienen la misión de contrastar la constitucionalidad de las leyes por medio de operaciones axiológicamente neutras, juicios solamente jurídico-positivos. Su compromiso —expresa el referido autor— es con la vigente Constitución, no con el derecho ni la justicia (salvo que la Constitución los reconozca).

Existe, claro está, la alternativa de admitir un doble control de constitucionalidad: el del Poder Judicial (control reparador, para los casos litigiosos concretos) y el de un Tribunal de Garantías constitucionales, como órgano extrapoder (por ejemplo, para las acciones “puras” declarativas de inconstitucionalidad y para el control preventivo). Expresa Sagüés que esta doble vía, si bien es más atractiva, provoca en su momento difíciles problemas de deslinde de competencias entre los dos cuerpos de control. Cada uno de esos mecanismos, pues, tiene sus soles y sus bemoles; ninguno es perfecto, aunque todos son perfectibles.<sup>20</sup>

Enseña Fix-Zamudio, que el sistema concentrado de control de constitucionalidad surgió a partir de la Revolución francesa, pues en esa época:

... los jueces considerados como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas no estaban facultados para desaplicar las propias disposiciones que se consideraban contrarias a los preceptos de carácter constitucional (lo que les estaba prohibido de manera expresa), y así se desvirtuó el principio jurídico de la supremacía de la Constitución política como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, y se le confirió un simple valor político que debía tutelarse por instrumentos y órganos también de naturaleza política.

Por lo contrario en la carta fundamental de los EE. UU. de 1787, y con precedentes en las legislaciones de las colonias inglesas en América, se impuso el principio contrario desarrollado después por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por el cual los jueces de todas categorías poseen no sólo la atribución, sino también la obligación de desaplicar, en los procesos concretos de los cuales conocen, las disposiciones legales que consideran contrarias a la Constitución federal.<sup>21</sup>

En Uruguay se ha seguido el modelo revolucionario norteamericano del siglo XVIII, cuna del constitucionalismo contemporáneo, basado en

<sup>20</sup> Véase Sagüés, *op. cit.*, nota 1, pp. 493-495; además, Bianchi *op. cit.*, nota 14, p. 106.

<sup>21</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Memorias del Colegio Nacional, 1997*, México, 1998.

las nociones de soberanía nacional, gobierno republicano, representativo, delegado del pueblo, con poderes separados, limitados en una Constitución rígida, que incluye un Poder Judicial encargado de decir el derecho en los casos controvertidos. El Poder Judicial es independiente y su rango de institucional es equivalente al de los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo) y, por tanto, es soberano en su esfera, en el sentido de que sus fallos no son pasibles de revisión por otro Poder.<sup>22</sup>

Y señala Risso Ferrand que en Uruguay (y en diversos Estados) la práctica ha demostrado la posibilidad real de que exista una jurisdicción constitucional, sin transformar al órgano competente en un nuevo centro de decisión política, pudiendo éste actuar dentro del marco jurídico y sin entrar en el análisis de razones de conveniencia u oportunidad.<sup>23</sup>

El control judicial de constitucionalidad que rige en Uruguay es “concentrado” (por oposición al difuso), pues el artículo 257 de la CN establece que a la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia.<sup>24</sup>

El control “concentrado” que rige en Uruguay, no impide que si un juez o un tribunal ante el cual se tramita un procedimiento judicial, advierte que una ley (o un decreto legislativo departamental con fuerza de ley en su jurisdicción) que estima aplicable al caso, según su opinión es contraria a la Constitución, en tal hipótesis puede solicitar “de oficio”, es decir, sin que ningún interesado se lo haya planteado, a la Suprema Corte de Justicia, que se pronuncie sobre del tema.

Como lo explica Risso Ferrand,<sup>25</sup> la vía de oficio prevista en el inciso 2o. del ordinal 2o. del artículo 258 de la CN no es un camino consultivo que los jueces deben seguir cuando tienen dudas en cuanto a la constitucionalidad de la norma, sino que la vía procede cuando el juez o tribunal considera que existe un vicio de inconstitucionalidad. Por esta razón la Corte ha rechazado los envíos meramente consultivos, exigiendo una fundamentación del juez o tribunal en cuanto a la inconstitucionalidad cuya declaración solicita

Tal posibilidad habilita al menos a todos los magistrados a abstenerse de aplicar las leyes (o decretos legislativos departamentales) que consi-

<sup>22</sup> Real, Alberto Ramón, *op. cit.*, nota 3, t. 72, p. 2.

<sup>23</sup> Risso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 142.

<sup>24</sup> Véase Vescovi, “El proceso de inconstitucionalidad de la ley”, *Curso de derecho procesal*, FCU, 1989, t. V, p. 320.

<sup>25</sup> Risso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 167.



deran violatorias de la Constitución, y, en consecuencia, se suspenden preceptivamente los procedimientos en espera de la resolución del máximo órgano judicial sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado.<sup>26</sup>

Entonces, el sistema “concentrado” que rige en Uruguay, (por expreso mandato del artículo 257 de la CN) no impide que los jueces realicen un examen sobre la constitucionalidad de las leyes que estiman aplicables al caso, sino que, por el contrario, todos los jueces deben realizar el referido control y pueden *prima facie* abstenerse de aplicar la disposición legal cuestionada, suspendiendo los procedimientos hasta tanto se pronuncie la Suprema Corte de Justicia.

En consecuencia, el fundamento de este sistema concentrado, aun cuando atribuye competencia exclusiva al máximo órgano del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de una ley, es el mismo que el del sistema de control difuso (asentado en la doctrina de Hamilton y Marshall),<sup>27</sup> pues parte de la base de cualquier juez, al poseer la facultad nata de interpretar la leyes, está en condiciones de no aplicar (al menos hasta que la Corte se pronuncie en sentido contrario) aquella que no se alinea detrás de la Constitución.

Expresa Real que el sistema de control concentrado procura una más rápida certeza del derecho, a través de la unidad de jurisprudencia, pues en el sistema difuso también prevalece finalmente la opinión de los órganos supremos, a través de sus pronunciamientos finales, mediante los recursos.<sup>28</sup>

Todo ello es consecuente con las enseñanzas de Real, conforme a las cuales la determinación de las normas válidas aplicables a los casos juzgados, de acuerdo con los principios de jerarquía normativa y preeminencia de las disposiciones superiores sobre las inferiores es inherente a la función del Poder Judicial en régimen de separación de poderes.

Y sostiene Real<sup>29</sup> que la expresada función técnico jurídica del Poder Judicial no afecta ni invade la competencia político legislativa, sino que la ciñe al marco de su legitimidad constitucional.

En efecto, el requerimiento de “más jueces que legisladores” formulado por Alexy no representa un llamamiento a prescindir de la tarea legis-

<sup>26</sup> Korzeniak, *op. cit.*, nota 5, p. 147.

<sup>27</sup> Véase Pritchett, Herman, *La Constitución americana*, pp. 191 y 192.

<sup>28</sup> Sagüés, *op. cit.*, nota 1; *id.*, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, 1998, p. 223.

<sup>29</sup> Real, Alberto Ramón, *op. cit.*, nota 3, p. 12.

lativa que sigue siendo fundamental en un Estado de derecho, sino una invitación al control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces.<sup>30</sup>

Y a su vez, cuando el referido autor reclama para el constitucionalismo contemporáneo “más Constitución que ley”, ello no significa que la primera convierta en superflua a la segunda, sino que sólo esta última carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la Constitución.<sup>31</sup>

Por otra parte, en lo que refiere a los reglamentos jurídicos, esto es, a aquellos actos de creación jurídica de la administración que ponen en vigor reglas generales de obligatoriedad general, se estima que cualquier juez puede desapplicarlos si los considera violatorios de la Constitución.

En tal sentido, sostiene Ignacio de Otto<sup>32</sup> que los jueces están habilitados en principio para hacer valer el principio de jerarquía normativa y, en consecuencia, para inaplicar o declarar nulas las normas que contradigan otras de rango superior; pero esta potestad, que se les reconoce sin limitación cuando se trata de normas de rango inferior a la ley y que lleva a que los jueces no apliquen los reglamentos ilegales, se les niega en cambio cuando se trata de la ley, frente a la cual no tienen otra potestad que la de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Así, señala Durán Martínez<sup>33</sup> que ante una contradicción entre una norma infravalente y otra supervalente prima la última y ha de aplicarse ésta, estando facultado cualquier juez a tales efectos, salvo que el derecho positivo prevea una solución distinta como ocurre con las leyes consideradas inconstitucionales.<sup>34</sup>

Por ende, puede sostenerse que en lo que refiere a las referidas disposiciones normativas existe un control “difuso” de constitucionalidad, pues

<sup>30</sup> Citado por Van Rompaey, L., “Hacia una jurisprudencia principalista”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica*, t. VI, 2004, p. 177.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1987, p. 144.

<sup>33</sup> Véase Durán Martínez, *Estudios de derecho administrativo*, 1999, p. 243.

<sup>34</sup> *Cfr.*, entre otros, Cassinelli Muñoz, H., “La defensa jurídica de la Constitución”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, segunda serie, núm. 2, 1986, pp. 17 y 21; Sayagués Laso, E., *Tratado de derecho administrativo*, 1974, t. 1, pp. 129, 130 y 443; Vescovi, E., *op. cit.*, nota 24, p. 322; Biasco, E., *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, 1996, p. 111; García de Entrerría, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, 1983, t. 1, p. 222; Guastini, R., *op. cit.*, nota 2, pp. 175 y 176).

cualquier juez puede desaplicar un reglamento de la administración si lo considera inconstitucional.

Pero, tal como lo señala Guastini,<sup>35</sup> todo juez aplica la Constitución cuando practica la interpretación conforme o adecuada a la ley. Y por otra parte, como señala el autor citado, los derechos subjetivos garantizados por la Constitución no son “derechos públicos” en el sentido de la doctrina alemana del siglo XIX, es decir, derechos “frente al Estado”; por el contrario, son derechos garantizados *erga omnes*, frente a cualquiera. Eso significa que las normas constitucionales son aplicables no sólo en las controversias que oponga un ciudadano frente a un poder público, sino también en las relaciones entre particulares, entre ciudadanos. Por consecuencia aun cuando la declaración de inconstitucionalidad de una ley sea competencia privativa de un órgano (en el Uruguay la Suprema Corte de Justicia), todos los jueces tienen el poder —y el deber— de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias sometidas a su resolución.

Y tal como enseñaba Couture,<sup>36</sup> el juez de la Constitución no es sino un juez que hace efectiva la ley en la justa medida en que al sistema de la Constitución corresponda. La sentencia no es un puro mecanismo de lógica jurídica, sino una valoración de los presupuestos constitucionales y legales con relación a la especie decidida.

La Constitución ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las leyes y del conjunto de las normas.<sup>37</sup>

El constitucionalismo moderno ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista humanista e ilustrado; el papel que antes desempeñaba el derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador.

Las cartas constitucionales se han convertido en documentos de positividad de la moral, lo que contribuye a reafirmar el papel del juez en la interpretación y aplicación del derecho.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Guastini, R., *op. cit.*, nota 2, p. 176.

<sup>36</sup> Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, 1948, t. 1, pp. 83 y 84.

<sup>37</sup> Van Rompaey, L., *op. cit.*, nota 30, p. 177.

<sup>38</sup> *Idem.*

#### IV. DERECHO DE LOS PARTICULARES A RECLAMAR E IMPULSAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si los particulares no tienen la posibilidad de impulsar o iniciar el mecanismo de control, no existe en tal caso un adecuado engranaje completo de control.<sup>39</sup>

En efecto, sostiene Real<sup>40</sup> que el control de constitucionalidad significa una garantía para los derechos humanos y las estructuras estatales que sólo cumple cabalmente sus fines si su iniciativa está a disposición de los gobernados y entidades autónomas.

En el mismo sentido enseña Sagüés<sup>41</sup> que sin llegar a admitir la tendencia que posibilita a cualquier particular a reclamar un pronunciamiento de inconstitucionalidad de la norma, acto u omisión, sin esgrimir un interés o derecho lesionado que lo agravió, la persona humana siempre debe tener el derecho a que se le aplique la norma que corresponda (esto es la norma constitucional y no la norma inválida). De ahí que si el derecho vigente impide al agraviado particular cuestionar la constitucionalidad de una norma, no existirá un adecuado control.

La Constitución uruguaya establece que cualquier particular puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad siempre que considere que la referida disposición legal lesiona un interés directo, personal y legítimo (o un derecho subjetivo) de su titularidad. Esto es, se requiere que el sujeto que promueve la inconstitucionalidad se considere agraviado por la disposición legal que impugna, no siendo de recibo la denominada acción popular.<sup>42</sup>

A esos efectos, se prevén para los particulares afectados en su interés directo, personal y legítimo la vía de excepción, y la vía de acción. Sin perjuicio de la vía de oficio referida precedentemente.

La vía de excepción confiere a la parte de un proceso judicial que se considere afectada por una norma legal reputada inconstitucional —y de aplicación ineludible al caso—, la posibilidad de solicitar antes de que se dicte sentencia, que se declare que esa ley es inaplicable por inconstitu-

<sup>39</sup> Sagüés, *op. cit.*, nota 1, p. 437.

<sup>40</sup> Real, Alberto Ramón, *op. cit.*, nota 3, p. 12.

<sup>41</sup> Sagüés, *op. cit.*, nota 1, p. 437.

<sup>42</sup> Véase Vescovi, *op. cit.*, nota 24, p. 323.

cionalidad. Planteada la solicitud de inconstitucionalidad el procedimiento se suspende hasta que la Corte la resuelva.<sup>43</sup>

La vía de acción implica que la cuestión no se plantea en un proceso en trámite, sino directamente ante la Suprema Corte de Justicia.

Todo aquel que se considere lesionado en su interés legítimo personal y directo, por una disposición legislativa, puede en cualquier momento solicitar de la Suprema Corte de Justicia que la ley o decreto legislativo departamental de que se trate sea declarado inconstitucional y se decida, por tanto, que las disposiciones afectadas por la inconstitucionalidad no serán aplicables al caso concreto respecto del cual se presente la solicitud. Para que esto tenga sentido, es necesario indicar en la demanda de inconstitucionalidad, cuál es el caso concreto que la motiva. Si, más adelante, el mismo caso concreto resultara ventilado en un procedimiento judicial, la parte beneficiada con el pronunciamiento, invocaría la sentencia de la Suprema Corte dictada al resolver sobre la solicitud presentada por vía de acción.<sup>44</sup>

Y tal como se dijera precedentemente, la Constitución uruguaya prevé también la vía de oficio, conforme a la cual, si ninguna de las partes de un procedimiento judicial se ha considerado perjudicada por la aplicación de una ley, pero el juez que estudia el asunto advierte (antes de dictar sentencia) que hay una ley que resultaría aplicable al caso y que él considera inconstitucional, el magistrado puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de oficio, es decir, sin que nadie se lo pida. Y solicitada de oficio, también se suspende el procedimiento y se llevan los autos a la Suprema Corte de Justicia.<sup>45</sup>

## V. FACULTADES DECISORIAS DEL ÓRGANO DE CONTROL

Otro componente significativo para generar una buena estructura de control de constitucionalidad consiste en que el órgano de control pueda

<sup>43</sup> Véase Cassinelli Muñoz, *Derecho público*, t. 2, p. 89; Korzeniak, *op. cit.*, nota 5, p. 148; Risso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 166; Correa Freitas, *Derecho constitucional contemporáneo*, FCU, 1993, t. I, p. 138; Vescovi, *op. cit.*, nota 24, pp. 320 y 323; Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1996, t. 1, pp. 356 y 357.

<sup>44</sup> Véase Cassinelli Muñoz, *op. cit.*, nota 43, p. 90; Correa Freitas, *op. cit.*, nota 43, p. 138; Korzeniak, *op. cit.*, nota 5, pp. 147 y 148; Risso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 167; Bidart Campos, *op. cit.*, nota 43, pp. 356 y 357.

<sup>45</sup> Véase Cassinelli Muñoz, *op. cit.*, nota 43, p. 89; Korzeniak, *op. cit.*, nota 5, p. 147; Correa Freitas, *op. cit.*, nota 43, p. 138; Risso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 167; Vescovi, *op. cit.*, nota 24, p. 320.

decidir en definitiva sobre la conformidad (o no) de una norma con la Constitución, disponiendo lo pertinente con *imperium*.

Para que nazca un completo sistema de control de constitucionalidad no basta que los órganos de control sean independientes de los órganos controlados; es necesario, asimismo, que aquéllos puedan sentenciar con vigor jurídico el juicio de inconstitucionalidad.<sup>46</sup>

En Uruguay, al igual que en la generalidad de los sistemas de control modernos, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad (o constitucionalidad) es decisoria (aun cuando sólo produce efectos en el caso concreto en el que se haya pronunciado). Por tanto, no se trata de un simple dictamen o de una declaración consultiva, que debe ser compartida, ratificado o confirmada por otro órgano, sino que el pronunciamiento del órgano de control tiene efectos vinculantes y obligatorios para el resto de los poderes del Estado.

Y claro está, que al igual que en la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad modernos, se trata de un control reparador o “a posteriori”, por oposición al control preventivo o “a priori” que rige en la Constitución francesa de 1958 conforme a la cual un Consejo Constitucional posee facultades para examinar la constitucionalidad de las leyes, —en realidad de los proyectos de ley— antes de que sean promulgadas.

Señala Guastini<sup>47</sup> que esta modalidad si bien teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor, en realidad, el referido sistema de control a priori, no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.

Quienes propician el control preventivo y se muestran renuentes a la posibilidad de que se desaplique un acto legislativo después de su entrada en vigor, se basan fundamentalmente en el principio de separación de poderes.

El razonamiento es sencillo: cualquier órgano —que no sea el propio legislador— que disponga la inaplicabilidad de una ley vigente (aun siendo ésta constitucional) estaría invadiendo la esfera de competencias naturales del Poder Legislativo .

<sup>46</sup> Sagüés, *op. cit.*, nota 1, p. 436.

<sup>47</sup> Guastini, R., *op. cit.*, nota 2, p. 156.

Estimamos que el referido razonamiento parte de una inadecuada concepción sobre el principio de separación de poderes<sup>48</sup> y desconoce además el principio de supremacía constitucional.

## VI. SOMETIMIENTO DE TODA LA ACTIVIDAD ESTATAL AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Un programa pleno y completo de control de constitucionalidad debe cubrir al conjunto de las normas infraconstitucionales. Toda norma por cierto tiene que estar sometida a la Constitución, como cualquier tipo de acto u omisión proveniente de la autoridad pública.<sup>49</sup>

Del Estado liberal decimonónico que confería supremacía absoluta a la ley se pasa a el Estado constitucional, que limita el ejercicio del poder, aun del Legislativo.<sup>50</sup>

El núcleo del constitucionalismo moderno consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaces de imponerse frente a cualquier otra norma, y, sobre todo, con un contenido preceptivo amplio de valores, principios y derechos fundamentales.<sup>51</sup>

Uno de los rasgos que mejor definen al Estado constitucional de derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución.<sup>52</sup>

Si un sector del ordenamiento jurídico en vigor o de la actividad estatal no puede ser enjuiciado constitucionalmente, no se tipifica en la nación del caso un régimen completo de control de constitucionalidad.<sup>53</sup>

Ahora bien, tal como se viene de expresar, el referido planteamiento ha generado desde larga data diversas resistencias inspiradas en el sistema francés, en la exacerbación de la ley como expresión de la voluntad

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>49</sup> Véase García de Entrerría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Civitas, t. 1, pp. 87, ss. y 131 y ss.; asimismo, Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, 1998, p. VII-5.

<sup>50</sup> Van Rompaey, L., *op. cit.*, nota 30, p. 175.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 175 y 176.

<sup>53</sup> Véase Sagüés, *op. cit.*, nota 1, p. 437.

general, y en una inadecuada concepción del principio de separación de poderes.

En efecto, en el sistema francés, el objeto de control es un acto jurídico legislativo o reglamentario no perfecto (luego de perfeccionado el acto no cabe contralor alguno), y en caso de ser declarado inconstitucional, el efecto del pronunciamiento es la imposibilidad de promulgación o aplicación.<sup>54</sup>

El control reparador o a posteriori imperante en la mayoría de los sistemas modernos se funda esencialmente en la supremacía de la Constitución sobre la ley, principio ínsito en el propio concepto de Constitución rígida. Desde esta perspectiva, aparece obvio que una ley pueda desaplicarse si se contradice con una norma jerárquicamente superior.

Ahora bien, la Constitución uruguaya partiendo de la premisa de que en aplicación del principio de separación de poderes, sólo al Poder legislativo le compete producir y derogar normas con efectos generales y abstractas, a los efectos de no entrar en colisión con el referido principio (así entendido) y siguiendo el sistema norteamericano, prevé que el fallo que decide la inconstitucionalidad de una norma circunscribe esa decisión para el caso sentenciado, sin obligar a otros tribunales y sin incluso atar al mismo tribunal (Suprema Corte de Justicia) para otro caso similar. La norma inconstitucional, pues, no es aquí derogada: solamente queda inaplicada en la litis concreta.<sup>55</sup>

Enseña Real<sup>56</sup> que el Poder Judicial ejerce su función natural al determinar las normas vigentes y válidas aplicables al caso y descartar tanto las leyes derogadas como las inválidas por contrariar lo dispuesto por las normas superiores, constitucionales que los poderes constituidos no pueden alterar. Y explica el referido autor que al ejercer su específica función jurisdiccional el Poder Judicial no invade la competencia de otros poderes, en especial del Legislativo, cuya legítima discreción política queda intacta, pero sujeta a los límites jurídicos dentro de los cuales existe.

El efecto concreto del fallo que declarara la inconstitucionalidad, supone que la ley aunque se le haya declarado inconstitucional sigue vigente y que, por tanto, se seguirá aplicando a todo aquel que no hubiese ob-

<sup>54</sup> Véase Risso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 156; Guastini, R., *op. cit.*, nota 2, p. 156.

<sup>55</sup> El artículo 259 de la Constitución uruguaya establece que “El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”.

<sup>56</sup> Real, Alberto Ramón, *op. cit.*, nota 3, p. 2.



tenido a su favor una sentencia que declare dicha inconstitucionalidad.<sup>57</sup> En el sistema uruguayo entonces, la norma inconstitucional únicamente puede ser abolida por quien la dictó: el Poder Judicial se limita a no efectivizarla exclusivamente en el caso sentenciado.

En suma, los jueces pueden (y deben) hacer valer la Constitución en detrimento de la ley. En el Estado constitucional el juez está vinculado a la ley, pero también a la Constitución. Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la Constitución) significa que éste sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de constitucionalidad de la ley. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella una interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella.

En este segundo supuesto, los jueces en los sistemas del *judicial review*, “desplazan” la ley y resuelven el caso aplicando directamente la Constitución; en los sistemas del control concentrado, como el nuestro, los jueces no pueden desplazar la ley, sino que están obligados a plantear la cuestión al Tribunal Constitucional, en nuestro país la Suprema Corte de Justicia que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley.

Si la inconstitucionalidad se planteó por vía de excepción, o de oficio, el fallo de la Corte que acoge la pretensión y declara la inconstitucionalidad, vinculará solamente a las partes (y al juez de la causa) y en el proceso concreto en que se formuló el planteo. La Corte se limita a pronunciarse exclusivamente sobre la regularidad constitucional de la disposición normativa impugnada (como cuestión prejudicial para el juez o el tribunal actuante) careciendo de jurisdicción para emitir opinión sobre el mérito del asunto en cual se planteó la inconstitucionalidad, pues ello lesionaría la independencia del órgano jurisdiccional interviniente, el que deberá resolver según su criterio, el asunto sometido a su jurisdicción ordinaria, ateniéndose al pronunciamiento de la Corte sobre la inconstitucionalidad.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Véase Korzeniak, *op. cit.*, nota 5, p. 147.

<sup>58</sup> Véase Vescovi, *op. cit.*, nota 24, p. 326; Cassinelli Muñoz, *op. cit.*, nota 43, p. 93; Risso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 180.

Si la inconstitucionalidad se planteó por vía de acción, el pronunciamiento de la Corte impedirá la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, respecto de la persona que consiguió dicha declaración.<sup>59</sup>

Sostiene Korzeniak<sup>60</sup> que la solución de la Constitución uruguaya (efectos circunscriptos a la controversia decidida) refleja que en ese delicado y no siempre bien coordinado equilibrio entre el principio de la separación de poderes y el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley, el Constituyente uruguayo se ha inclinado en este tema por atender con más énfasis al principio de separación de poderes.

Por último, quiero destacar que concuerdo con Calamandrei<sup>61</sup> en la necesidad de propiciar o excitar la sensibilidad constitucional de la magistratura. La Constitución con sus disposiciones programáticas no se dirige solamente al legislador para que a la larga transforme en leyes ordinarias aquel programa, sino que se dirige directamente también a los jueces, para que, mediante las aplicaciones de los principios generales y la interpretación evolutiva, hagan entrar inmediatamente en sus sentencias sin aguardar la obra del legislador el respeto a las nuevas exigencias sociales que la Constitución revela y consagra. La distinción tan discutida entre normas preceptivas y normas programáticas, que desgraciadamente ha servido y sirve para bloquear en sus disposiciones esenciales la actuación legislativa de la Constitución no debe ser considerada por los jueces como un obstáculo que les impida tomar en cuenta, en su jurisprudencia, las normas tendenciales que, aunque no traducidas todavía a leyes pueden servir ya de principios orientadores de la práctica judicial.

Aun cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias, pueden ponerse en directo coloquio con ella y escuchar sus sugerencias, pueden traducirlas, día a día, a la realidad de las relaciones humanas. Esto no quiere decir desobediencia al principio de legalidad: inspirarse con la Constitución para introducir en las viejas fórmulas un espíritu nuevo, he ahí precisamente el verdadero legalismo democrático en que debe jactarse la magistratura, autónoma y libre de inspirarse valerosamente.

<sup>59</sup> Véase Vescovi, *op. cit.*, nota 24, p. 326; Risso Ferrand, *op. cit.*, nota 5, p. 180.

<sup>60</sup> Korzeniak, *op. cit.*, nota 5, p. 147.

<sup>61</sup> Calamandrei, *Proceso y democracia*, pp. 80-83.