

Primeras reflexiones generales sobre las sentencias de inconstitucionalidad referidas a la ley de medios

First reflections on the rulings of unconstitutionality regarding de Media Law

*Martín Risso Ferrand**
Universidad Católica del Uruguay

RESUMEN: El autor procede a un análisis de las primeras sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Suprema Corte de Justicia respecto a la ley 19.307 y realiza un estudio respecto a las novedades (compatibles o no) que implican respecto a la jurisprudencia general de la Corte (con prescindencia de su incidencia en la ley). Se detectan así avances importantes en cuanto al concepto de “razones de interés general”, principio de proporcionalidad, relacionamiento de la Constitución con el Derecho Internacional, la posibilidad de considerar opiniones de jurisdicciones internacionales, etc. También se constata que, a veces en mayoría y en alguna ocasión por unanimidad, la Corte continúa con algunos criterios históricos que pueden ser altamente cuestionables.

ABSTRACT: The author proceeds to an analysis of the first judgments of unconstitutionality issued by the Supreme Court, regarding law No. 19.307 and performs a study of the novelties (shareable or not) involving the Court’s general jurisprudence (regardless

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. Investigador ANII. Contacto: MRISSEO@ucu.edu.uy

of it's impact on the law). Significant progress was also detected on the concept of "reasons of general interest", the principle of proportionality, the relationship of the Constitution with the International Law, the possibility of considering opinions of international jurisdictions, etc. It is also found that, sometimes by majority vote and on occasion unanimously, the Court continues with some historical criteria that can be highly questionable.

PALABRAS CLAVE: Inconstitucionalidad de las leyes; rol del juez constitucional; razones de interés general

KEYWORDS: Unconstitutionality of laws; role of the constitutional court; reasons of general interest.

I. INTRODUCCIÓN

Se han dictado las primeras sentencias relativas a las pretensiones de inconstitucionalidad promovidas contra la ley 19.307, habitualmente llamada “ley de medios”. En cada demanda, y según quien es el actor, se cuestionan distintos artículos de dicha ley que se consideran inconstitucionales. Si bien quedan aún muchos expedientes en que la Corte deberá pronunciarse y que puede haber otras disposiciones cuestionadas o, eventualmente, declaradas inconstitucionales, parece que ya se está en condiciones de comenzar el análisis de estos pronunciamientos. Puede aparecer, además, algún cambio de jurisprudencia (téngase presente que en muchos puntos la Corte se pronuncia por tres votos a dos, por lo que cualquier cambio de integración de la Corte puede afectar la decisión).

Por supuesto que en los casos resueltos con autoridad de cosa juzgada los eventuales cambios jurisprudenciales no afectarán la situación de quienes ya obtuvieron sentencia.

Estas sentencias pueden ser analizadas al menos con tres perspectivas: a) una con carácter general, detectando aquellos aspectos que van más allá de la ley de medios y que implican cambios o ajustes trascendentes en la jurisprudencia general de la Corte y en sus criterios históricos; b) otra para determinar la incidencia concreta en la ley de medios y la evidente necesidad de que se introduzcan modificaciones en ella para ajustarla a los criterios derivados de las sentencias; y c) por último, con una perspectiva política, para referir al principio de separación de poderes, rol de la Corte y del Poder Judicial en general y relacionamiento entre el Poder Judicial y los poderes políticos.

De las tres perspectivas, sólo se utilizará en este trabajo la primera, dejando la segunda para otro artículo separado y postergando la tercera para más adelante, para tener un período de análisis y reflexión mayor.

El estudio se realizará sobre las sentencias de la Suprema Corte de Justicia No. 79 de 5 de abril de 2016 (redactada por el Dr. Felipe Hounie) y 87 de 11 de abril de 2016 (redactada por la Dra. Elena Martínez).

Una precisión necesaria refiere a los objetivos y extensión del presente trabajo. En esta parte general no se podrá analizar en profundidad cada uno de los puntos que se mencionarán, sino que se señalará cada uno, con las referencias y remisiones que sean necesarias, procurando el análisis crítico de los criterios de la Corte. Esta autolimitación responde a que muchos de los puntos a considerar refieren a temas centrales del Derecho Constitucional por lo que si se analizará cada uno en detalle este trabajo se transformaría en un libro sumamente extenso lo que no coincidiría con el objetivo perseguido.

Para el análisis se dividirá la exposición distinguiendo aquellos aspectos que se considera que significan buenas noticias respecto a la jurisprudencia general de la Corte en materia de inconstitucionalidad, de otros que, siendo nuevos o meras reiteraciones de criterios anteriores, no podrían entenderse como avances en la materia.

II

BUENAS NOTICIAS

A) LAS “RAZONES DE INTERÉS GENERAL”

Desde 1830 en nuestras Constituciones ha regido el principio de legalidad en lo que a la limitación de los derechos constitucionales refiere. Pero desde 1934, además de la garantía formal (necesidad de ley), para que la limitación pueda ser válida, se agregaron requisitos materiales¹ con los cuales debe cumplir el legislador. La referencia más reiterada es la exigencia de que las leyes respondan a “razones de interés general”, pero también aparecen otros: orden público, salud pública, utilidad pública, seguridad, etc. Siempre se entendió que las razones de interés general constituían el concepto más amplio (el género), mientras que las restantes están comprendidas dentro de aquellas (serían especies dentro del género). Asimismo, siempre se consideró que la ausencia de “razones de interés general” implica un vicio de inconstitucionalidad que conduce a la inaplicabilidad de la disposición legal. En algunos casos, aunque no en muchos, la Corte dictó sentencia de inconstitucionalidad respecto de disposiciones que no cumplían con la exigencia de haber sido dictadas conforme “razones de interés general”.

¹ SCJ, sentencia 79/2016 p. 40, se toma la distinción doctrinal entre garantías formales y materiales.

En los años 40 del siglo XX, Justino Jiménez de Aréchaga realizó los primeros aportes en cuando al alcance de la compleja noción de razones de interés general² y la doctrina posterior se mantuvo dentro de este esquema analizando esta noción a la luz del principio de razonabilidad, lo que hacía que la aplicación de esta exigencia constitucional fuera muy difícil. Recién el siglo XXI se postuló una segunda visión más acorde a los tiempos que corren³.

Al mismo tiempo debe recordarse que esta noción es utilizada por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) lo que ha llevado a pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señalando las dificultades que presenta esta expresión, sus riesgos (puede ser utilizada no como garantía de los derechos humanos sino como mera excusa política para su restricción) y señalando cuales son las interpretaciones correctas y las incorrectas de esta noción⁴. Lamentablemente nuestro sistema político no siguió las pautas de la Corte IDH y, frecuentemente, utilizó esta noción como sinónimo de interés de la mayoría (en perjuicio de las minorías) lo que es algo claramente opuesto a nuestra Constitución y a la CADH⁵.

La auspiciosa novedad de la sentencia 79/2016, es que toma el concepto moderno de “razones de interés general”, lo que es una excelente noticia para futuras acciones contra leyes que limiten derechos humanos.

¿Cuáles serían los puntos de partida para el análisis del significado de la expresión “razones de interés general” que utiliza nuestra Carta? Pues parece claro que en pleno siglo XXI, con el aporte e incidencia del Derecho Comparado y, en especial, de la jurisprudencia internacional, el estudio de esta noción tiene bases claras:

- a) En el marco Constitucional uruguayo sólo pueden ser limitados por ley aquellos derechos respecto a los cuales exista una habilitación constitucional expresa en este sentido. Si no existe dicha autorización, la propia noción de Constitución rígida, impedirá que el legislador limite el derecho pues esto implicaría una modificación de la Carta por un acto inferior y sin cumplir con los procedimientos del artículo 331⁶. Se volverá sobre esto más adelante.

² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Edición Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, p. 215 y ss.

³ RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, tomo I, reimpresión 2015, FCU, Montevideo, p. 486/501 y, en especial, del mismo autor *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición ampliada y actualizada, FCU, Montevideo 2011, p. 110/136.

⁴ Corte Idh, Opinión Consultiva 6/86. Riso, Martín, *Derecho ... cit.*, p. 495 y ss.

⁵ RISSO FERRAND, Martín, *Algunas ... cit.*, p. 119 y ss.

⁶ RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas... cit.* p. 59 y ss.

- b) La noción de “derecho preexistente” sugerida por Jiménez de Aréchaga en los años cuarenta y utilizada por la doctrina posterior, se aproxima a la noción moderna de “contenido esencial” del derecho, o sea, la expresión del núcleo de máxima abstracción del derecho y que, por eso, es ilimitable y no puede ser afectado. La desnaturalización del derecho, por afectación del contenido esencial, es inconstitucional.⁷
- c) El principio de reserva legal, en tanto garantía de los derechos humanos, resulta básico para la defensa de dichos derechos.
- d) Las razones de interés general, en ningún caso, pueden ser consideradas como excusas para la desprotección de algunos derechos, ni como guía para la protección de intereses mayoritarios. Por el contrario, la única acepción válida, es reconocer que son una garantía de todos los derechos humanos.
- e) Asimismo, de ninguna manera, puede aceptarse que los derechos humanos estén subordinados o sometidos a las razones de interés general y menos a un “interés general” a secas. La solución de principio es la protección (el principio de protección tiene rango constitucional en el artículo 7 y ss. de la Carta y convencional en los artículos 1 y 2 de la CADH), y la limitación es la excepción. Es cierto que dentro del ámbito preciso de la excepción ésta prima sobre el principio, pero esto es lo que pasa siempre que analizamos una excepción respecto al principio general. La solución de principio es la protección y son las “razones de interés general” las que están subordinadas a los derechos humanos.⁸

Aclarado lo anterior, la noción de razones de interés general debe ser construida de la siguiente forma:

- a) En primer lugar, deben respetarse los principios generales del Derecho Constitucional y del DIDH, en la medida que las razones de interés general no pueden conducir a destruir los grandes principios (libertad, igualdad, protección de los derechos, protección de las minorías, etc.), pues esto desnaturalizaría el sistema establecido constitucionalmente.
- b) En segundo lugar, este concepto debe construirse a partir de la Carta y del DIDH, lo que implica que cada derecho humano en juego deberá ser conside-

⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución ... cit.*, tomo p. 219 y ss. Riso, Martín, *Algunas ... cit.*, p 60 y ss.

⁸ RISSO, Martín, *Algunas ... cit.*, p. 101/110.

rado y debidamente ponderado a estos efectos. Esto es, la noción de razones de interés general se debe construir a partir de la consideración de todos los derechos humanos contenidos en la Constitución y en el DIDH. El objetivo final es la defensa y efectividad de todo el sistema de derechos humanos, sin excluir a ningún derecho.

- c) La Suprema Corte ha distinguido con razón el estudio de estas razones del análisis de la conveniencia u oportunidad de la ley, que queda fuera del control de constitucionalidad.⁹ También ha recurrido la Corte a la noción de razonabilidad a estos efectos¹⁰.
- d) El fin perseguido por el legislador con la limitación del derecho, además de existir, debe ser compatible con la Constitución. No alcanza con que las mayorías legislativas lo compartan, sino que debe ser compatible con la Carta.
- e) El principio de razonabilidad, pero muy especialmente el principio de proporcionalidad, resulta básico para la determinación de si se cumple o no con la exigencia constitucional de que la limitación responda a razones de interés general.¹¹

Respecto al fundamento constitucional del principio de proporcionalidad a estos efectos, se ha dicho¹²:

El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad, como ya se señaló, responden al común propósito de controlar el ejercicio de la potestad legislativa a la hora de limitar o restringir derechos humanos, y ambos tienen un origen jurisprudencial. En el caso de la proporcionalidad el principio fue subdividido en tres componentes o pasos (idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto) lo que facilita enormemente su conceptualización. El principio de razonabilidad resulta más vago, oponiéndose a lo arbitrario y reclamando la existencia de motivos y fines justificables a la hora de la regulación de los derechos humanos. Ambas nociones tienen puntos de contacto y diferencias.

Lo anterior ha llevado a que en muchos casos se ha procedido a realizar un análisis conjunto de ambas nociones y muchas veces una se subsume en la otra desapareciendo las diferencias. U otras veces se utiliza una de las expresiones en un sentido amplio comprendiendo ambos conceptos.

⁹ LJU 13.033. Y sentencias SCJ: 12/81, 69/82, 404/85, 237/87, 234/95, etc.

¹⁰ LJU 13033. Sentencias SCJ: 42/93 y 234/95.

¹¹ Al respecto: RISSO FERRAND, Martín. *Algunas ... cit.* p.134 y ss.

¹² RISSO FERRAND, Martín, *Algunas ... cit.*, pp. 134 y ss.

Estos dos principios, o ambos fusionados, han tenido un extraordinario desarrollo en el mundo occidental, y hoy es sencillo encontrar que los mismos son utilizados para analizar la regularidad de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Todos estos deben ser razonables (no arbitrarios) y no ser desproporcionados.

Sin analizar similitudes y diferencias parece claro que, mediante la utilización de ambos instrumentos, podemos concluir sin mayores dificultades que las leyes que limitan o regulan los derechos humanos (o en general todo acto jurídico), deben presentar ciertas características y cuando éstas faltan ingresaremos en el campo de la inconstitucionalidad. A saber:

Las leyes que limitan, restringen o simplemente reglamentan derechos humanos deben ser “razonables”, por oposición a arbitrarias. Esto deriva de la propia noción de Estado de Derecho sin dificultad alguna y no se requiere de previsiones expresas de interdicción de la arbitrariedad como ocurre en la Constitución española. Las leyes no pueden responder a caprichos, sino que deben tener una finalidad, y ésta debe ser razonable y racional en términos constitucionales. Debe procurar los fines explícita o implícitamente definidos por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una ley arbitraria, caprichosa, que no responda a ningún propósito o cuyo fin sea contrario a las normas superiores o simplemente resulte manifestamente injusta, no puede ser considerada ajustada a la Constitución y deberá ser declarada inconstitucional por violar o exceder el parámetro de la razonabilidad.

Además, para quienes separen las nociones de razonabilidad y proporcionalidad, la ley, además de razonable, deberá cumplir con el principio de proporcionalidad. En cambio, quienes analicen ambos principios en forma conjunta, concluirán que una ley que no cumple con los parámetros de proporcionalidad no puede ser razonable o, a la inversa, que no puede cumplir con la máxima de proporcionalidad una ley no razonable.

Sin perjuicio de la opción que se prefiera es evidente que, además de lo mencionado en el precedente literal “A”, la ley deberá ser evaluada en cuanto a su proporcionalidad en la restricción o afectación de uno o varios derechos, lo que implica el estudio de (a) su idoneidad para lograr el fin perseguido; (b) la necesidad de la restricción (sólo puede admitirse la limitación cuando no haya otro camino para cumplir con el fin o no haya una forma menos gravosa para el derecho intervenido); y (c) que cumpla con la ponderación en sentido estricto.

En el marco de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos humanos, no puede admitirse la regularidad jurídica de ningún acto que no cumpla con un juicio de razonabi-

lidad y de proporcionalidad en los términos indicados. No hay lugar ni puede ser admitido en un Estado de Derecho el actuar fuera o contra el Derecho y no puede admitirse el actuar irrazonable ni el desproporcionado.

A esta altura cabe preguntarse si estos dos principios pueden ser aceptados en nuestro marco constitucional y si se arriba a una respuesta afirmativa se deberá analizar si la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley no razonable o desproporcionada.

Creo que a las dos respuestas, ambas afirmativas, se llega sin mayores dificultades. Y no hay que innovar ya que los desarrollos jurisprudenciales extranjeros son enteramente trasladables a nuestro país.

El artículo 7 de la Constitución, refiriendo a la garantía sustancial más frecuente (razones de interés general), nos está indicando, hasta con el uso de la expresión “razones” que las leyes que limiten derechos humanos deben ser conformes la razón, razonables, y esta razonabilidad se orienta hacia la noción de interés general como garantía de todos los derechos humanos, como ya fue estudiado. Si no existe esta razonabilidad que exige el artículo 7, y otras disposiciones constitucionales, es evidente que la ley será inconstitucional.

En cuanto al principio de proporcionalidad, aparece como una consecuencia lógica de la aceptación anterior. No puede ser “razonable” (no puede estar fundado en “razones”) el ejercicio de la potestad legislativa cuando la ley: (a) no es idónea para lograr el fin perseguido y por lo tanto se sacrifica un derecho sin ningún sentido, sin que sirva para nada, sólo por capricho o error; (b) ni cuando no es necesaria la restricción, ya que siendo la solución de principio la protección del derecho sólo puede admitirse la limitación cuando no haya otra alternativa; y (c) ni cuando existe una desproporción en los intereses y valores en juego (imaginemos que a los efectos de evitar situaciones de violencia en la vía pública, que ocurren con más frecuencia en la noche, se prohíbe circular por las calles luego de la caída del sol: hay en el ejemplo una desproporción en el manejo de los valores seguridad y libertad ambulatoria).

Es a mi juicio evidente que los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, analizados en forma separada y acumulativa o ambos fusionados, tienen un incuestionable rango constitucional en Uruguay. Esta jerarquía constitucional fluye con claridad de la Constitución, de la misma forma que ocurre con todas, o casi todas, las constituciones democráticas contemporáneas. Se trata de dos principios aceptados sin dificultades por los órganos judiciales nacionales (en los Estados de Derecho obviamente) y por los jueces internacionales.

Hay un triple fundamento en Uruguay para la aceptación del rango constitucional de estos dos principios (razonabilidad y proporcionalidad): (i) serían ambos consecuencia lógica

e inevitable del Estado de Derecho que establece la Constitución nacional (no hay espacio constitucional para la arbitrariedad o el obrar desproporcionado, como se desprende del propio artículo 7); (ii) son garantías (de los derechos humanos en cuanto limita la actuación de los Poderes de gobierno) inherentes a la persona humana por lo que ingresan a la Carta por la vía del artículo 72; y (iii) también aparecen como principios derivados de la forma republicana de gobierno, en tanto son límites para el obrar de las mayorías que no pueden avasallar los derechos humanos de un sujeto o de las minorías (también con base en el artículo 72).

No puede haber dudas, en consecuencia, respecto a que la Suprema Corte de Justicia, sin ingresar en cuestiones de mérito o de valoración política, puede y debe analizar la razonabilidad de la ley limitadora de los derechos humanos y la existencia de una adecuada relación entre los medios utilizados por el legislador y los fines perseguidos por la ley (proporcionalidad). Y cuando la ley no cumpla con el parámetro de razonabilidad o con el juicio de proporcionalidad deberá declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal en juego, por violar principios de rango constitucional.

En definitiva, esta jurisprudencia, adoptando criterios modernos y protectores de los derechos humanos, es sin duda una excelente noticia. La forma de comprobar si se ha cumplido o no con las exigencias de “razones de interés general”, es con el principio de proporcionalidad.

B) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Íntimamente vinculado con lo expresado precedentemente (la verificación de la existencia de razones de interés general se hace, básicamente, a través del principio de proporcionalidad), la Corte, en la sentencia 79/2016, hace expresa mención a este principio y a sus tres componentes¹³. De esta forma ya no puede haber duda alguna en cuanto a la pertinencia de utilizar el principio de proporcionalidad a los efectos de verificar si una disposición legal cumple con las exigencias de haber sido dictada por “razones de interés general”, ni en cuanto al alcance y contenido de este principio. A los efectos de determinar si una norma cumple o no con este principio se deben analizar sucesivamente: (a) la idoneidad de la disposición para alcanzar el fin perseguido (que obviamente debe ser ajustado a la Constitución), (b) comprobada la idoneidad se debe pasar a comprobar la “necesariedad” de la limitación del derecho (esto es, si existe alguna otra forma de alcanzar el objetivo perseguido que no lesione el derecho humano en juego o lo lesione con menor intensidad) y (c) si se pudieron sortear los dos pasos anteriores, se pasa a la “ponderación en sentido estricto” que implica comparar

¹³ SCJ, sentencia 79/2016 p. 43 y ss.

y pesar los argumentos a favor y en contra de la limitación del derecho. Por supuesto que la ponderación no es libre, sino que existen reglas, pautas y criterios que deberán ser seguidos¹⁴.

También la Corte, siguiendo a Casal, recoge otros conceptos también postulados por la doctrina nacional, tales como la necesidad de que el fin sea lícito (conforme la Constitución), que no se afecte el contenido esencial de los derechos humanos, que no se desnaturalicen los principios generales de la Carta y del DIDH, que se cumplan con las exigencias razonables de una sociedad democrática, etc.¹⁵

En definitiva, nuevamente, y más allá de la ley de medios, la sentencia nos da auspiciosas novedades que se manifiestan con la aceptación por parte de la Corte de criterios básicos, más modernos, utilizados por las jurisdicciones constitucionales más prestigiosas y por las jurisdicciones internacionales. Esto debe conducir, necesariamente, a una mejor protección de los derechos humanos frente a las leyes.

C) APROXIMACIÓN ENTRE LOS ÓRDENES NACIONAL E INTERNACIONAL Y APROXIMACIÓN Y DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL CON LA CORTE IDH

En la sentencia 365, de octubre de 2009, calificada por algunos (por su Considerando final) como la sentencia referida a Derecho Constitucional más importante de la historia de la Corte¹⁶, se ha señalado:

[...] La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón: “El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)” en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo 1957, p. 604).

[...] En la misma dirección, Riso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos

¹⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos humanos*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda reimpresión, 2001. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho ... cit.*, p. 546 y ss.

¹⁵ RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías ... cit.*, p. 64 y ss.

¹⁶ Me remito a lo dicho en RISSO, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos*, N. 8, Edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2010, pp. 9/29.

integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Risso Ferrand, Martín: Derecho Constitucional, tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit. ps. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... al momento de dictarse la ley -y, más tarde, la sentencia- debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos [...]”.

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende del ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestio-

nada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (ob. cit. p. 126).

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso Barrios Altos, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso Almonacid Arellano y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso La Cantuta).

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N° 15848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.

En definitiva, es claro que la Suprema Corte de Justicia consideraba en 2009, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos resulta directamente aplicable en el ámbito interno con rango constitucional. El fundamento podrá encontrarse en el artículo 72 de la Constitución o en la más moderna noción del “bloque de los derechos humanos”. Ambos fundamentos son complementarios y conducen a las mismas consecuencias. Asimismo, la Corte da gran importancia a consideraciones internacionales, comprendiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH y jurisprudencia y derecho extranjero. Esta trascendencia, y hasta podría agregar la necesidad de recurrir a estos elementos, no implica, a juicio de la Corte, que los pronunciamientos internacionales sean obligatorios.

En la sentencia 79/2016, la Corte sigue esta línea. No considera obligatorios los pronunciamientos de la Corte IDH en su jurisprudencia general (en casos en que Uruguay no fue parte), pero sí los analiza en tanto opiniones especialmente relevantes que deben ser consideradas. En la especie, la Corte se detiene especialmente en la Opinión Consultiva 5 del año 1985 en lo relativo a la libertad de expresión de pensamiento.

D) LA “MAYORÍA” DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LA CARTA PUEDEN SER LIMITADOS POR LEY

La Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia N° 80, de 30 de abril de 2008, ha señalado que “[...] Además, y como lo ha recordado reiteradamente la Corporación, si bien el derecho al retiro adecuado está amparado constitucionalmente, el mismo, *como todo otro derecho individual, no es absoluto ni irrestricto y tolera las limitaciones que la Ley establezca por razones de interés general*” (el énfasis obviamente me pertenece). Otras veces la Corte ha señalado que todos los derechos son relativos (ninguno es absoluto) por lo que todos pueden ser limitados por ley, aunque ha agregado en alguna ocasión que el único derecho absoluto es el derecho a la vida.

También puede encontrarse en nuestro país, fuera de la jurisprudencia, alguna referencia ligera al tema que sostiene que todo derecho humano puede ser limitado por ley (dictada por razones de interés general), en afirmaciones de las que parece desprenderse que la solución de principio en la materia es la potestad legislativa de restringir derechos humanos cumpliendo con ciertas limitaciones materiales (que la ley sea dictada por razones de interés general es la exigencia que aparece con más frecuencia en la Constitución aunque no la única).

Pero en contra de lo anterior nuestra mejor doctrina constitucionalista ha sostenido algo distinto. Justino Jiménez de Aréchaga, analizando la Constitución de 1942, luego de descartar que la expresión “privado” de la segunda oración del artículo 7 pueda ser interpretada en su sentido textual sino que refiere a “limitación” y nunca a privación lisa y llana (a cuyos efectos aporta importantes estudios históricos para ver el sentido de la expresión)¹⁷, distingue en el artículo 7 dos tipos de derechos: (i) los *derechos reconocidos, preexistentes o anteriores* a la Carta (derecho a la vida, derecho al honor, derecho a la libertad, derecho al trabajo, derecho a la seguridad y derecho de propiedad) y (ii) los *derechos creados o consagrados* por la Constitución (derecho a ser protegidos en el goce de los derechos anteriores).

Y agregaba que sólo los derechos de la segunda categoría (derecho a ser protegido en el goce de los derechos preexistentes) podían ser objeto de limitación por ley¹⁸ y nunca los preexistentes. En el mismo sentido pueden mencionarse las opiniones doctrinales posteriores.¹⁹

Cassinelli, a su vez, distinguió claramente los casos en que los individuos son titulares, frente a la ley, de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Serán titulares de un derecho subjetivo cuando la ley no pueda limitar el derecho y el único comportamiento válido sea la

¹⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Ediciones Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, pág. 219.

¹⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo I, pág. 220 – 221.

¹⁹ También RISSO FERRAND, Martín, *Algunas ... cit.*, p. 59 y ss.

protección del derecho. Esto ocurre en los casos de los derechos preexistentes (o reconocidos) y en aquellos en que la Constitución consagra un derecho pero no habilita que sea limitado ni siquiera por ley.²⁰ Esto ocurre en varios casos: prohibición de la pena de muerte, recurso de hábeas corpus, el derecho a recibir la asistencia médica de la oración final del artículo 44, etc. Fuera de estos dos casos, cuando la Constitución expresamente habilita la limitación de un derecho, ésta podrá ser llevada a cabo. En estas últimas hipótesis estaremos frente a intereses legítimos eventualmente lesionados por la ley.

La determinación de cuando estamos en un caso de titularidad de un derecho subjetivo y cuando se lesiona un interés legítimo, es un problema de derecho positivo. Cuando la Constitución no habilita la limitación legal deberá considerarse que la restricción será inconstitucional: la ley no puede modificar lo establecido por la Carta. Cuando por excepción, la Constitución autorice la limitación, y sólo dentro del alcance preciso de la excepción, será viable la limitación.

Da la impresión que la Corte ha corregido su posición histórica, aproximándose a la posición ampliamente mayoritaria en doctrina, al expresar en la sentencia 79/2016 que la “mayoría” de los derechos constitucionales pueden ser limitados.²¹

E) INTERPRETACIÓN “CONFORME”

Esta forma o tipo de interpretación, requiere de dos puntos de partida claros. Por un lado, como enseñaba Cassinelli Muñoz en sus clases, existe un principio que él denominaba de “aplicación integral del ordenamiento jurídico”. Esto significa que el orden jurídico no se aplica por pedazos ni por categorías, sino que todas las normas jurídicas, sean de la jerarquía o fuente que sean, deben utilizarse si son aplicables al caso a resolver.

En segundo lugar, es necesario completar lo anterior recordando a Kelsen cuando decía que el ordenamiento jurídico es un sistema de normas generales e individuales, entrelazadas entre sí, de acuerdo al principio de que el derecho regula su creación²². Pero, además, cada ordenamiento no es un mero conjunto de normas, sino que, siendo una unidad normativa, se rige por determinados principios que permiten, entre otras cosas, superar eventuales desajustes o contradicciones entre las disposiciones. A estos efectos, se recurre frecuentemente a los principios de jerarquía, temporalidad, competencia y “preferencia de normas”. La

²⁰ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “El interés legítimo ...”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. En homenaje a Enrique Sayagués Laso*, Madrid, 1969, tomo III, p. 283 y ss. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional”, en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, N° 13, Montevideo, 1990, pág. 194 y ss.

²¹ Sentencia 79/2016 p. 38.

²² KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, edit. Universitaria, México, 1949, p. 137 y ss.

directriz de preferencia de normas, sólo aplicable a los derechos humanos, conduce a que en los casos de diversa regulación de un derecho humano o de una garantía, se debe preferir y aplicar la disposición que mayor alcance y protección reconozca al derecho humano en juego, sin que resulten aplicables los principios de jerarquía normativa o la primacía de la fuente nacional o internacional.²³

Al hablar de ordenamiento jurídico no puede entenderse ahora que las normas internacionales referidas a los derechos humanos no integran el orden nacional o que responden a órdenes diversos y sin conexión entre ellos. Por el contrario, luego de un largo proceso de desarrollo²⁴, se ha llegado a admitir en toda Latinoamérica, la existencia de un bloque normativo compuesto por los derechos humanos y sus garantías comprendidos en la Constitución, los comprendidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los derechos implícitos en ambos órdenes (aún no reconocidos con texto expreso). Este bloque se rige por la referida directriz de preferencia de normas a los efectos de superar cualquier desajuste normativo en la regulación de un derecho o garantía. Tanto la regulación constitucional (conforme el artículo 72 de la Carta) como la internacional (artículo 29 de la CADH), son regulaciones de estándares mínimos. Esto es, contienen una enumeración mínima de derechos humanos y garantías y niveles mínimos de protección. Esto significa que ningún derecho humano constitucional o internacional puede ser excluido, ni se podrá hacer descender la protección sobre ellos por debajo de los niveles mínimos de protección. Pero, al contrario, sí podrán agregarse derechos o elevarse la protección de dichos derechos.

Lo anterior nos pone de manifiesto que cuando hablamos de la tradicional “interpretación de la ley conforme la Constitución”, en nuestros tiempos, deberíamos ampliar la expresión para hablar de interpretación conforme la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (o más sencillo: conforme al bloque²⁵ -algunos le agregan la calificación de “constitucional” o de “constitucionalidad”- de los derechos humanos).

Es difícil señalar en dónde comenzó el desarrollo de la noción de “interpretación conforme” en el derecho comparado. Se encuentran sentencias antiguas en este sentido en la jurisprudencia de USA, en la jurisprudencia europea y, en la actualidad, en todos los Estados

²³ SAGÜÉS, Néstor, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional e internacional”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año XLII, segunda época, N. 36, Buenos Aires, 1998, p. 6 y ss. Al respecto me remito a lo dicho (y bibliografía citada) en RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías ... cit.*, p. 33 y ss. y RISSO, Martín, *Derecho Constitucional... cit.*, pp. 46/52.

²⁴ Me remito a RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas... cit.* pp. 22/34 y pp. 43/58 y ss.

²⁵ Por ejemplo, el considerando final de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009.

de Derecho contemporáneos. A tal punto se ha llegado que la “interpretación conforme” se ha transformado en uno de los paradigmas del Derecho Constitucional de nuestros días²⁶.

La interpretación conforme se basa, necesariamente, en la noción de presunción de constitucionalidad. Fernández Segado, siguiendo a García de Enterría, señala que “esta presunción implica:

- una confianza en el legislador acerca de su observación y correcta interpretación de los principios constitucionales;
- la imposibilidad de declarar inconstitucional una norma legal salvo en el caso de que exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; y
- la presunción de que, entre varias interpretaciones posibles y razonables de una ley, el legislador ha querido inclinarse por la que posibilita el mantenimiento de la norma dentro de los límites constitucionales²⁷.

Esta presunción se vincula con el principio de conservación de la norma, que procura lograr la compatibilización dentro del ordenamiento jurídico, salvaguardando hasta donde sea posible la voluntad del legislador.

El anterior es un criterio interpretativo aceptado habitualmente en el derecho comparado²⁸

²⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Procesal Constitucional*, edit. CECOCH, Santiago de Chile, 2009, p. 101 y ss.

²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema político español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 80 y ss.

²⁸ Al respecto: BIDART CAMPOS, Germán, J., “Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Edit. Temis, Bogotá, 1997. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción constitucional en España”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Edit. Dykinson, Madrid, 1997, pág. 665 y ss. GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Edit. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001, pág. 170 y ss., señala que: En la jurisprudencia italiana, la interpretación conforme la Constitución de las leyes presenta algunas aspectos que deben ser destacados: Así aparecen decisiones “interpretativas” en sentido estricto. Se habla de “sentencias interpretativas” para referirse a toda decisión de la Corte que no versa directamente sobre una disposición legislativa, sino, en lugar de ello, sobre una –una sola– de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto, sobre una de sus posibles interpretaciones. Las hay de dos tipos principales: las decisiones que “rechazan” la duda de legitimidad constitucional, declarándola infundada (lo que no equivale a declarar que la norma sea, sin más, conforme con la Constitución), y las que aceptan la duda de legitimidad constitucional, declarándola fundada, cuyo efecto es la anulación de la norma de que se trata. a) *Sentencias interpretativas de rechazo*. Frente a una disposición legislativa que admite dos interpretaciones, de las cuales la primera resulta en una norma inconstitucional, mientras la segunda da lugar a una norma conforme con la Constitución; la Corte Constitucional declara que la duda de legitimidad constitucional no está fundada a *condición de que* la disposición en cuestión sea interpretada en el segundo modo, o sea, en el sentido de expresar una norma conforme con la Constitución (el primer ejemplo de decisión de este tipo está en Corte Constitucional 3/1956). De este modo, la validez de la disposición es conservada (es lo que la Corte llama el “principio de conservación de los actos normativos”: Corte Constitucional 152/1982, 292/1984). Pero, al mismo tiempo, la Corte prohíbe (aunque implícitamente) que la disposición en cuestión sea interpretada de modo que contradiga a la Constitución, ya que tal interpretación sería anulada por la Corte. b) *Sentencias interpretativas de aceptación (o sea, de anulación)*. Sucede frecuentemente que, frente a una disposición legislativa que –como en el caso anterior– admite dos interpretaciones alternativas, una conforme y otra disconforme con la Constitución, la interpretación normalmente aceptada por los jueces comunes (y, de manera especial, por la Corte de Casación) sea la segunda, aquella de la cual resulta una norma inconstitucional (la interpretación dominante es lo que la Corte Constitucional llama el “derecho viviente”). En estos casos, la Corte declara que la cuestión de legitimidad constitucional es fundada y que la disposición de que se trata es inconstitucional. Y sin embargo, la Corte no anula la disposición en cuanto tal –es decir, independientemente del modo en el que es interpretada- sino solamente

y por nuestra jurisprudencia²⁹, y no significa otra cosa que aceptar que cuando una ley sea pasible de más de una interpretación razonable (que no fuerce ni modifique el texto a interpretar) y una de ellas implique una contradicción con la Constitución, no corresponde la declaración de inconstitucionalidad, sino que debe prescindirse de esa posible interpretación optando por la que permite la compatibilización de la ley con la Constitución³⁰.

El razonamiento es sencillo. Presumimos que el legislador conoce la regulación constitucional y la internacional en materia de derechos humanos; presumimos que el propósito del legislador es el de cumplir con las normas constitucionales e internacionales; y así concluimos en que frente a varias interpretaciones de una disposición legal, y si alguna o algunas de ellas conducen a considerar la disposición como inconstitucional o inconveniente, y cuando existen otras alternativas interpretativas razonables, hay que presumir que éstas son las deseadas por el legislador y tomar estas posibilidades, descartando aquellas que conducirían a considerar inconstitucional el precepto.

una de sus interpretaciones, diciendo que la disposición es inconstitucional en cuanto que sea interpretada de modo inconstitucional, o bien, en la parte en la que expresa una norma inconstitucional (el primer ejemplo está en Corte Constitucional 52/1956). Decisiones “manipuladoras”. Se llaman “manipuladoras” (o también “normativas”) aquellas sentencias de aceptación en las cuales la Corte Constitucional no se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de las normas que le son sometidas, sino además –comportándose como un legislador– modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución. Existen dos tipos fundamentales de sentencias manipuladoras: Sentencias “aditivas”. Las sentencias que suelen llamarse “aditivas” son aquellas en las cuales la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, en la parte en que no expresa cierta norma (que debería expresar para ser conforme con la Constitución). Tales sentencias son a menudo el resultado de la aplicación del principio de igualdad. Por ejemplo, una disposición legislativa atribuye un derecho de seguridad social a una clase de sujetos S1 y no a otra clase S2. Según la Corte Constitucional, sin embargo, las dos clases de sujetos, S1 y S2, son iguales y, por lo tanto, debe ser tratadas del mismo modo. Así, por consiguiente, la disposición de que se trata es inconstitucional porque viola el principio de igualdad. Algunos sostienen que, en rigor, tal decisión no es una decisión de anulación. En realidad, lo que la Corte hace es más bien agregar una nueva norma al ordenamiento: la norma que confiere el mismo derecho subjetivo también a los sujetos S2. Es precisamente por esta razón que se habla de sentencias “aditivas”. Los otros opinan, por el contrario, que en casos similares, la Corte no declara la ilegitimidad constitucional de la norma de que se trata (la norma que confiere un derecho a los sujetos S1), sino de otra norma, no expresa, extraída del texto mediante el argumento *a contrario*: la norma que niega el mismo derecho a los sujetos S2. Sentencias “sustitutivas”. Se llaman “sustitutivas” aquellas sentencias en que la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, en la parte en la que expresa cierta norma en lugar de otra: una norma distinta que debería expresar para ser conforme con la Constitución. Por ejemplo, una disposición confiere cierto poder a cierto órgano estatal O1, mientras que, según la Constitución (como es interpretada por la Corte), tal poder debería ser conferido a un órgano distinto O2. Por consecuencia, la disposición es inconstitucional y, por lo tanto, debería ser anulada.

²⁹ Por ejemplo, sentencias de la Suprema corte de Justicia 211/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, 234/95. Esta última publicada en “LJU” caso N° 13.033.

³⁰ Incluso en sistemas en los que antes de arribarse a un pronunciamiento de inconstitucionalidad el tribunal debe empeñar su esfuerzo interpretativo para conciliar y armonizar con la Constitución a la norma aparente o presuntamente inconstitucional se da testimonio de que la fuerza normativa es empleada por el tribunal en su interpretación armonizante y conciliadora, en la medida en que efectúa interpretación “de” la Constitución, e interpretación “desde” la Constitución hacia abajo, hacia la norma inferior respecto de la cual declara que no está en colisión con la Constitución. Realmente parece ser así, porque si es cierto que la fuerza normativa sirve para descalificar transgresiones, su rol fundamental radica en procurar que no haya transgresiones, en que la Constitución se acate, se cumpla, y alimente afirmativa y positivamente a todo el mundo jurídico-político. Sería otra modalidad de presumir la constitucionalidad hasta donde fuera posible elastizar la interpretación; ello no es como un cerrojo para eludir el control descalificador, sino más bien como una válvula para dar ingreso al juicio que apodamos *juicio positivo de constitucionalidad* (BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 388 y 389).

Algunas precisiones deben realizarse en este punto. A saber:

Muchas veces la noción de “presunción de constitucionalidad” ha sido utilizada en forma extremista y, con base en ella, se han agregado requisitos extremos que no surgen del derecho positivo, para que la inconstitucionalidad pueda ser declarada. Se exige que la inconstitucionalidad, para poder superar la presunción, sea grotesca, clara, evidente, que no deje lugar a dudas, etc. Con esta visión extremista y en aras de proteger a la ley, se hace casi imposible la declaración de inconstitucionalidad que queda reservada sólo para casos escandalosos y evidentes. Por supuesto que esta estrategia, muchas veces usada por los tribunales, tiende a proteger la ley, pero en la misma medida deja al derecho humano lesionado sin la protección judicial.³¹ Estas visiones extremistas son inaceptables y deben ser superadas.

En segundo término, no debe perderse de vista que no siempre la interpretación conforme (la que permite lograr la compatibilización de la ley con la Carta) es posible. En efecto, muchas veces el texto normativo es muy claro, no deja dudas y, en definitiva, no hay lugar para la interpretación conforme. Otras veces, aunque el texto no sea del todo claro, la voluntad del legislador en contra de la Constitución es incuestionable y no puede ser cuestionada. En estos casos, la interpretación conforme no será posible y, advertida la contradicción de la ley con la regulación constitucional o internacional, deberá procederse a la invalidación de la norma legal por los mecanismos apropiados.³²

La interpretación conforme tiene una certeza y una dificultad. La certeza es que permite la conservación de la norma inferior debidamente armonizada con la norma superior. La dificultad radica en que alguien, luego de rechazada la declaración de inconstitucionalidad por existir otra alternativa interpretativa que permite compatibilizar ambas normas, pretenda igualmente utilizar la interpretación de la disposición legal que conduciría a su inconstitucionalidad.

Para superar la dificultad mencionada existen dos soluciones lógicas y un camino inaceptable. Las soluciones razonables son utilizadas en Alemania, en donde el Tribunal Constitucional³³, frente a estos casos ha optado a veces por declarar la inconstitucionalidad

³¹ Al respecto: RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías ... cit.*, p. 168. También pueden citarse, aunque no las comparto, opiniones minoritarias que tienden a negar, en todos sus términos y no solo en sus aplicaciones extremistas, tanto la presunción de constitucionalidad de las leyes como la presunción de legalidad de los actos administrativos; por ejemplo, GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

³² En lo que refiere a la declaración de inconstitucionalidad se debe proceder conforme el artículo 256 y ss. de la Constitución. En lo que refiere a casos de contradicción de la ley con la CADH (u otras normas internacionales), estamos ante una hipótesis no prevista en nuestra Carta. Sin ingresar en el análisis del tema, entiendo que, conforme lo dispuesto en el artículo 239 numeral 1º, y para evitar una afectación de la estructura constitucional, para el contralor de convencionalidad debe seguirse el mismo camino que para la declaración de inconstitucionalidad.

³³ El Tribunal Constitucional Federal en el marco de una “interpretación conforme con la Constitución” de una norma del derecho ordinario aclara para sí que determinadas interpretaciones posibles de esa norma no son compatibles con la Ley fundamental, en tal caso ningún otro tribunal podrá considerar constitucionales estas posibles interpretaciones.

de una entre varias interpretaciones posibles de una norma legal, aunque en otros casos, en forma positiva, ha afirmado cuál es la interpretación de un precepto legal que considera constitucional³⁴. Cualquiera de los dos caminos es aceptable: a) uno permite evitar que se utilicen interpretaciones legislativas que resultan contrarias a la Constitución y b) el otro, marca cuál es la interpretación que debe utilizarse por ser ajustada a la Carta.

En Uruguay, la interpretación conforme ha sido aceptada y utilizada desde temprano por nuestra jurisprudencia, pero con dos problemas. En algunas ocasiones la Corte utiliza esta interpretación como forma de zafar de la cuestión y evitar declarar la inconstitucionalidad. Pero en muchísimos casos (quizás todos en los que se utiliza la interpretación conforme) la Corte se limitaba a señalar que existía más de una interpretación, y sin referir a ellas ni a si alguna o algunas de ellas tornaba la disposición legal inconstitucional, se limitaba a rechazar la demanda. En estos casos el demandante quedaba sin protección adecuada de sus derechos ya que, además de ver rechazada su demanda, se exponía a que en el futuro cualquiera interpretara la disposición en cualquier sentido, incluso aquellos que llevarían a considerarla inconstitucional.

El problema es serio y en el pasado señalé³⁵ que:

Me permito señalar que sin perjuicio de que no existe norma expresa que habilite estas soluciones, no veo inconveniente en que nuestra jurisprudencia, por aplicación de los principios generales, la utilice. Y en este sentido corresponde señalar dos posibilidades:

Que la propia Suprema Corte de Justicia, al resolver una petición de declaración de inconstitucionalidad (por cualquier vía), la rechace, pero indicando expresamente, como fundamento de la sentencia, cuál es la interpretación correcta de la ley. A veces puede extraerse esto de las sentencias, pero en algunos casos la Corte simplemente dice que hay más de una interpretación posible, sin que resulte claro al intérprete cuál es la interpretación correcta o al menos cuál es la que no debe utilizarse.

Pero teniendo en cuenta que la competencia concentrada en la Suprema Corte de Justicia, que es de excepción y por ende de interpretación estricta, se refiere exclusivamente a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, la declaración de cuál es la interpreta-

Ver SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional alemán*, Edit. FJA, 2009, pág. 4 y ss. En España, Antonio TORRES DEL MORAL describe las diversas modalidades de la interpretación constitucional que efectúa el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y cita entre ellas: los llamamientos a los poderes públicos para que actúen, hasta a veces con tintes de reproches; la invitación a la autoridad para que cambie una norma o para que la reforme; la suspensión de algunas expresiones inconstitucionales en un precepto, el que queda redactado de nuevo con eliminación de ellas; la indicación al legislador de que debe incluir ciertas garantías en una ley para que ésta sea constitucional (Citado por BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho ... cit.*, pág. 393).

³⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho ... cit.*, pág. 392.

³⁵ RISSO, MARTÍN, *Derecho Constitucional ... cit.*, 269/270.

ción correcta (por ser ajustada a la Carta) o indebida (entre otras posibles) por conducir a la inconstitucionalidad del precepto legal, puede ser peticionada ante el Juez competente conforme el artículo 11 del Código General del Proceso.

En la sentencia 79/2016, hay al menos tres momentos en que resulta, con una cierta claridad, que la Corte no se limita a rechazar la inconstitucionalidad por considerar que existe más de una interpretación, sino que surge del pronunciamiento cuál sería la interpretación constitucionalmente correcta y cuál la constitucionalmente incorrecta. Esto ocurre claramente respecto a los artículos 115 (conforme la sentencia la televisión satelital deberá recibir el mismo trato que otros titulares de televisión para abonados), 117 (los costos del deber de transportar -por ejemplo, todos los vinculados a la subida al satélite y otros- no serán de cargo del titular de los servicios de televisión para abonados) y la ley de medios no se aplica a señales producidas en el extranjero (p. 73 y ss. de la sentencia).

Nuevamente parece que nos encontramos ante un nuevo avance jurisprudencial en la línea de las jurisdicciones extranjeras más prestigiosas. Sólo corresponde, entonces, alentar a continuar este camino e, incluso, a solicitar mayor precisión de las sentencias en este punto. Ya sea señalando cuál es la interpretación adecuada a la Carta y por lo tanto la que debe usarse o, al contrario, señalando cuáles son las interpretaciones que no deben ser utilizadas.

F) AMPLIACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La Suprema Corte de Justicia ha manejado, en general, una noción de derecho propiedad más propia del derecho civil, distinguiendo el derecho de propiedad, por ejemplo, de los derechos de crédito. Por su parte la Corte IDH y la jurisprudencia europea (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) han manejado conceptos más amplios.

El artículo 21 de la Convención refiere al derecho a la propiedad privada, y sobre el mismo ha dicho la Corte Interamericana ⁽³⁶⁾ que esta norma establece “a) que [toda] persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; b) que tales uso y goce se pueden subordinar por mandato de una ley al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización ⁽³⁷⁾. También la Corte ha señalado que ingresa dentro de su competencia valorar si existió afectación o interferencias de alguna manera sobre el derecho legítimo al “uso y goce” de los bienes. Pero debe tenerse presente que:

³⁶ Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú.

³⁷ Este concepto es reiterado en otras sentencias, por ejemplo, en Comunidad Mayagna vs. Nicaragua”.

Los “bienes” son definidos por la Corte Interamericana como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales y los incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.^{(38) (39)}

Y para determinar si el denunciante fue privado de sus bienes, la Corte no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada. “... Para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley.”

También el Tribunal Europeo⁽⁴⁰⁾ ha analizado la proporcionalidad de la injerencia, señalando que debe existir una proporción razonable entre el fin perseguido y los medios empleados. Pero aclara el Tribunal que sin el pago de una suma que tenga una relación razonable con el valor del bien, una privación de propiedad constituye un ataque excesivo al derecho a la propiedad.

En la sentencia 79/2016, la mayoría de la Corte adopta una posición más amplia de derecho de propiedad, y llega a hablar de expropiación de derechos y de la necesidad del pago de una justa y previa compensación⁴¹. La Ministra Elena Martínez, entiende que no puede hablarse expropiación ya que no hay afectación del derecho de propiedad. Dice la Ministra que “no comprende de qué manera podría considerarse a la actora propietaria de los derechos de emisión exclusiva de eventos”⁴².

En realidad, lo que tenemos en pugna es la noción en cierta forma civilista del derecho de propiedad (visión históricamente sostenida por la Corte y en la sentencia en estudio por la Dra. Martínez) y, por otro lado, la posición más amplia de la Corte IDH que puede sintetizarse diciendo que queda comprendido en el derecho de propiedad todo aquello susceptible de tener un valor económico.

El criterio de la Corte IDH es más propio de la interpretación expansiva que corresponde realizar en materia de derechos humanos y el otro criterio es más propio del derecho civil.

³⁸ Entre otras sentencias: Comunidad Mayagna vs. Nicaragua.

³⁹ En Cinco pensionistas vs. Perú se remarca que queda comprendido como bien un derecho de valor patrimonial. También refiere a la imposibilidad de interpretación restrictiva (artículo 29 B).

⁴⁰ Sentencia de 23 de noviembre de 2000, en el caso Ex Rey de Grecia y Otros contra Grecia.

⁴¹ SCJ sentencia 79/2016, p. 55 y ss.

⁴² SCJ sentencia 79/2016, p. 57 y 58.

Ante dos interpretaciones en cuanto al alcance de un derecho, debemos aplicar la “directriz de preferencia de interpretaciones” eligiendo la posición más favorable al derecho humano que, en este caso, coincide con la de la Corte IDH.

En la sentencia la tesis tradicional de la Suprema Corte es la defendida por la Dra. Martínez, mientras que la interpretación contraria parece ser a la que se han, al menos, aproximado los otros Ministros.

G) CONCLUSIONES

En definitiva, es claro que en la sentencia aparecen novedades interesantes y auspiciosas para la jurisprudencia futura de la Corte y, especialmente, para la defensa de los derechos humanos.



NOTICIAS NO AUSPICIOSAS

1. ENFOQUE GENERAL DE LA CORTE FRENTE A LOS CASOS EN QUE SE SOLICITA LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY

En la sentencia 79/2016, los Ministros Jorge Larrioux, Elena Martínez y Felipe Hounie⁴³, siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte, señalan:

- a) El análisis de las eventuales inconstitucionalidades de una disposición legal, debe hacerse partiendo de dos premisas: (i) la presunción de constitucionalidad de la ley y (ii) que el contralor del acierto o desacierto legislativo no corresponde a la Corte y está fuera del control de constitucionalidad.
- b) A continuación, agregan que la presunción de regularidad constitucional de la ley se mantiene hasta que se pruebe lo contrario. También, como ha hecho muchas veces la Corte, cita la opinión de Véscovi cuando decía “la constitucionalidad de la ley es el principio y la ilegitimidad la excepción”.
- c) Todavía señalan que la incompatibilidad de la ley con la Carta debe ser manifiesta ya que no se debe declarar la inconstitucionalidad si el acto puede ser coordinado con la Carta con una interpretación razonable.

⁴³ SCJ, sentencia 79/2016, p. 13 y ss.

- d) El Poder Judicial administra justicia, pero no gobierna el país y, de lo contrario, puede caerse en el “gobierno de los jueces”, lo que constituye una arbitrariedad grave.
- e) El Juez no debe interferir con la labor de otras autoridades, sino que debe actuar con moderación y mesura (self restraint) a la hora de pronunciarse en casos de inconstitucionalidad.

Estas consideraciones, que corresponde reiterar que representa la posición de la Suprema Corte de Justicia desde hace muchos años, presenta algunos problemas: en primer lugar, por lo que omite (que genera un desbalance en el enfoque) y también por algunas cosas que dice.

En primer término, corresponde destacar que, si se toman como premisas o puntos de partida para el análisis de los casos de inconstitucionalidad los anteriormente mencionados, se están dejando fuera aspectos de extraordinaria relevancia. Por ejemplo, el Juez, y en este caso la Suprema Corte, tiene como principal rol la defensa y tutela de los derechos de los sujetos (personas físicas o jurídicas) frente a las leyes inconstitucionales. Este rol de tutela de los derechos humanos se vincula con la noción de “guardián de la Constitución”⁴⁴. Incluso parecería que lo que se señala en la sentencia como premisas o puntos de partida, en realidad, son criterios o instrumentos para cumplir con el rol principal de defensa de la Constitución y de los derechos humanos.

El 20 de mayo de 2016, en el marco del Seminario sobre enseñanza del Derecho organizado por la Fundación Konrad Adenauer, en la sesión realizada en la ciudad de Karlsruhe, en la sede del Tribunal Constitucional Federal alemán, se preguntó a una de las juezas cuál era la causa del inmenso prestigio de la Corte Constitucional. Pero la pregunta no refería al prestigio internacional, jurisprudencial y académico del Tribunal, sino concretamente al prestigio y confianza que le dispensa la población alemana, muy por encima de otras autoridades e incluso del Poder Judicial. La jueza Sibylle Kessel-Wulf, señaló tres razones básicas: i) la imagen de austeridad que desde hace décadas transmite el Tribunal; ii) la transparencia constante de su gestión; y iii) especialmente, la actuación histórica del Tribunal le ha demostrado a la población que la Corte Constitucional cumple a cabalidad y sin dudas con su rol principal de proteger los derechos de los habitantes y de ser

⁴⁴ Y no volvamos a las discusiones históricas en cuanto a quien debe ser el guardián, si el juez o el poder político, pues esta discusión la ganó KELSEN hace décadas (KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? edit. Tecnos, Madrid, 1999 y edición original de 1931. SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1983). También RISSO, Martín, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia vs. aristocracia con toga”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2012, pág. 393/414.

el guardián de la Constitución. Incluso señaló que existe un dicho en Alemania, cuando fracasan todas las gestiones por evitar una situación de violación de los derechos de un sujeto por parte de autoridades públicas, cuando no hay más alternativas, se dice “me voy a Karlsruhe” como una referencia al lugar donde sí se defenderán sus derechos.

No deja de ser curioso que la jurisprudencia histórica de la Suprema Corte, y ahora el pronunciamiento en mayoría, no mencione siquiera, dentro de las premisas o puntos de partida, al que es el principal rol de la Corte en estos procesos: la defensa de los derechos de los distintos sujetos que accionan frente a ella y la condición de ser el guardián de la Carta. Al partir de referencias que, todas ellas, conducen a un repliegue de la Corte y a una flexibilización de su rol central, el punto de partida está totalmente desbalanceado a favor de la ley, a favor del Legislativo y en contra de la persona eventualmente lesionada en sus derechos constitucionales.⁴⁵

Y no debe caerse en falsas oposiciones ni extremismos. Reafirmar el rol de la Suprema Corte como guardián de los derechos de la gente y de la propia Constitución, no implica en lo más mínimo caer en el “gobierno de los jueces” ni en ninguna forma de activismo judicial. Significa simplemente cumplir con el rol constitucional. Además, el Juez violaría tanto la Carta por excederse en sus funciones como por retraerse inconstitucionalmente (se puede violar la Constitución por actuar en más o en menos), y ambas cosas son graves e inconstitucionales. Tan grave es un gobierno de los jueces como un gobierno político sin límites por falta de actuación de los jueces. Entre ambos extremos es que debe buscarse la solución correcta.

Por supuesto que cuando se habla del rol del Juez como protector de los derechos humanos y guardián de la Constitución, no se está postulando un Juez parcial a favor del derecho en juego y contrario a la ley. Por el contrario, el Juez será siempre imparcial, pero aceptando que su rol es la protección de los derechos constitucionales de los individuos vulnerados por leyes inconstitucionales.

El sistema de contralores contramayoritarios, a cargo de órganos jurisdiccionales está claramente recogido en nuestra Constitución (en lo que interesa a este trabajo basta con ver el artículo 85 apartado final y lo dispuesto en los artículos 256 y ss. de la Constitución) y, ante el dato de nuestro Derecho Constitucional positivo, nadie puede actuar en contrario.

Es cierto que históricamente, casi desde el nacimiento del Estado de Derecho, dos grandes modelos se presentaron. Por un lado, el modelo francés clásico o francés revolucio-

⁴⁵ De la lectura de la discordia del Dr. Jorge CHEDIÁK, para advertirse una posición claramente diferente a la de la mayoría.

nario, que fue el más prestigioso en Europa, se basaba en rol central del Parlamento⁴⁶, la primacía de la ley⁴⁷ y la desconfianza respecto a los jueces con un principio de separación de poderes rígido⁴⁸. Y, por otro lado, el modelo estadounidense, que se caracterizó por la aceptación de los contralores judiciales contramayoritarios y la posibilidad de que leyes inconstitucionales no sean aplicadas por los jueces en el caso concreto que deben resolver (con un principio de separación de poderes dinámico concebido como un sistema de frenos y contrapesos)⁴⁹.

Esto es importante: nuestro Derecho Constitucional siempre siguió el modelo de USA y, desde 1934, con textos expresos (artículos 256 y ss de la Carta).

⁴⁶ La formulación teórica más clara de la soberanía popular, basada en la noción de “contrato social”, fue formulada por ROUSSEAU (*El contrato social*, edit. Aguilar, Buenos Aires, 1965, p.66) en el sentido de que cada sujeto pone su poder bajo la suprema dirección de la “voluntad general” que se transforma en soberana. Cada ciudadano es titular de una cuota parte de la soberanía, por lo que es claro que en esta concepción el poder supremo debe emanar, necesariamente, del Parlamento por ser el órgano representativo por excelencia.

⁴⁷ Se asocia así (i) la ley como expresión de la voluntad general (expresamente establecido en el artículo 6 de la Declaración de Derechos Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789: “la ley es la expresión de la voluntad general”) y (ii) el Parlamento como encargado lógico de establecer las leyes y expresar la referida voluntad general. Esta concepción preferente de la ley y del Parlamento se mantuvo casi inalterada hasta la reforma constitucional de 1958 en la que con la “zona de reserva reglamentaria” se amplió significativamente el rol e importancia de la rama ejecutiva.

⁴⁸ Otra característica del sistema francés puede expresarse en dos ideas o una con dos consecuencias: rigidez en la concepción y aplicación del principio de separación de poderes y rol absolutamente secundario del Juez. MONTESQUIEU (Charles DE SECONDANT, BARÓN DE LA BRÈDE Y DE MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, Oxford University Press, México, 1999, pág. 108) con su claro objetivo de alejar los peligros de los excesos del hombre con poder (que tiende a abusar del mismo), si bien diferencia en tres centros de poder (a los que llama Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), comienza refiriéndose al último como “poder ejecutivo en los asuntos del derecho civil” aunque después utilizará la denominación que se mantiene hasta nuestros días. Pero luego, una vez definidos los tres poderes y después de realizar su célebre afirmación de que todo estará perdido si el mismo hombre, la misma corporación o la misma asamblea del pueblo ejerce los tres poderes, atribuye al Judicial un rol claramente inferior a los otros. Así señala que el poder de juzgar es casi nulo e invisible y que el poder judicial no debe recaer en una clase o profesión sino en personas salidas del pueblo y que ejerzan la función jurisdiccional en forma periódica (por poco tiempo) y no permanente. Algunos autores han destacado que en la Europa del siglo XVIII y siglo XIX el rol de *tirano* era desempeñado por el rey secundado por los jueces por él designados, mientras que el rol del *libertador* lo asumió, normalmente, el Parlamento. A la inversa, en las colonias inglesas en América el opresor era fundamentalmente el Parlamento inglés y los jueces tuvieron un destacado papel en lo previo al proceso revolucionario. Esto explica en cierta forma la desconfianza europea al rol de la rama judicial y, en general, la aceptación de la misma en las colonias de América del Norte.

⁴⁹ El judicial review, sin perjuicio de algunos antecedentes (incluso en la propia Corte Suprema), nace en el caso *Marbury v. Madison*, cuando el Juez MARSHALL se formuló tres preguntas para resolver el caso: (i) ¿el demandante tiene derecho a la comisión que pretende? (ii) si tiene derecho y ese derecho ha sido violado: ¿la ley permite que obtenga remedio para su situación? Y (iii) si tiene derecho a obtener un remedio a su situación: ¿es el “mandamus” el medio adecuado? Sobre la primera interrogante concluyó la Corte que el peticionante tenía derecho a acceder a su cargo de juez de paz y que la Administración no podía negarse a culminar el procedimiento. De esta forma la Corte criticó lo actuado por la Administración Jefferson. Sobre la segunda cuestión, consideró la Corte que es la esencia de las libertades civiles que las personas tengan y obtengan un remedio para las lesiones a sus derechos (si la Constitución o la ley federal impone un deber a la rama ejecutiva, la judicial puede obligar a cumplir con el mismo). En cuanto a la tercera cuestión, la Corte concluyó que existía una contradicción entre el Acta Judicial de 1789 (que atribuía competencia a la Corte en el caso) y la Constitución y afirmó que ante esto la Corte debía aplicar la “ley superior de la tierra” que es la Constitución. En el plano jurídico, lo trascendente de esta sentencia, es que, en el “caso concreto” se reafirma la primacía de la sentencia sobre la rama ejecutiva (que puede ser obligada a actuar conforme a derecho) y sobre la legislativa en la medida que (reitero que en el caso concreto) pueden no ser aplicadas las disposiciones legislativas que el Juez considere inconstitucionales. El Juez MARSHALL y la sentencia en “*Marbury v. Madison*” han recibido desde 1803 hasta nuestros días desde elogios desmedidos hasta críticas sumamente fuertes.

Fernández Segado⁵⁰, refiriendo a la noción de “gobierno de los jueces” y lo que se ha denominado el “efecto parálisis”, señala un elemento de notable influencia en Francia y fuera de dicho país, que está marcado por la edición en 1921 de la obra “El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos”, del famoso jurista Edouard Lambert. Este autor criticó fuertemente el sistema estadounidense destacando: (i) que el sistema de contralor de la regularidad constitucional de las leyes se transformó en un instrumento de vigilancia del poder judicial sobre la rama ejecutiva y legislativa, desnaturalizando, a juicio de este autor, su versión original; y (ii) que la Suprema Corte ha desempeñado un rol criticable y criticado frente a la legislación social. A partir de estas consideraciones se desarrolló lo que se ha dado en llamar el “mito del gobierno de los jueces” y que se usa para referir a situaciones patológicas en las relaciones del poder judicial con los restantes poderes. La expresión “gobierno de los jueces” (asociada luego con la noción poco precisa de “activismo judicial”) ha sido utilizada invariablemente para criticar supuestos excesos de los jueces que, excediéndose en sus competencias jurisdiccionales, incursionan en temas políticos. Es interesante ver como este concepto mítico (pues su contenido no responde exclusivamente a consideraciones racionales) se utiliza a veces para criticar a los jueces que actuarían como freno frente a los avances sociales (como fue la crítica de Lambert) y otras veces exactamente para lo contrario, para criticar los excesos de ciertos jueces que ante una invocada pasividad o inoperancia de los poderes políticos, se habrían atribuido competencias de las que carecerían (en general se basaría esto último en la defensa de los derechos humanos). En los Estados Unidos, en el siglo XX, el caso *Lochner*⁵¹ sería buen ejemplo de la crítica a la Corte por constituir un freno a la legislación social, mientras que “*Brown v. Board of Education*”⁵² sería buen ejemplo de lo contrario. Se ha destacado, como consecuencia de estos aspectos míticos de la noción “gobierno de los jueces”, lo que se ha tildado de un “efecto parálisis” o autorrestricción judicial que se ha dejado sentir en muchos momentos clave⁵³. Por este camino se llegará a múltiples excesos interpretativos y afirmaciones hoy muy difíciles de sostener como que los jueces no “crean” derecho o que los jueces no deben tener márgenes muy amplios de decisión para los distintos casos que lleguen a su conocimiento.

⁵⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Fétichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des juges. Tres ideas fuerza para el rechazo de la constitucionalidad de las leyes en Francia”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 19, setiembre de 2007, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 58 y ss.

⁵¹ BERNSTEIN David E., (2004), “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en *Constitutional Law Stories*, Editor Michael C. Dorf, Foundation Press, New York, p. 325.

⁵² SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West. (2004), p. 641. En este caso la Corte Suprema terminó con el criterio de “iguales pero separados” que permitía transporte, escuelas, etc. para blancos y afrodescendientes.

⁵³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Fétichisme de la loi ... cit.*, p. 46

Pero incluso debe todavía repararse en que Lambert⁵⁴ no creía en el principio de separación de poderes, lo consideraba imposible pues, según él, a la larga un poder iba a primar sobre los otros y este autor prefería dar la primacía directamente al Legislativo. Siendo incompatible esta visión con nuestra Constitución las expresiones de Lambert y sus seguidores deben analizarse con la máxima cautela. Y lo mismo pasa con la discusión de los Estados Unidos, que llega a nuestros días, reposa en la carencia de elementos constitucionales para resolver la cuestión. Y así puede recordarse el famoso debate a mediados del siglo XX entre el juez Learned Hand y el profesor Herbert Wechsler⁵⁵. Lo que existía en la base de este debate era una cuestión de legitimidad. Para Hand, en tanto a su juicio el poder de control de las leyes (*judicial review*) no es una lógica deducción de la Constitución, es necesario que el juez sea sumamente cauto en el ejercicio de este poder. En cambio, para Wechsler, el *judicial review* encuentra claro anclaje en la Constitución, por lo que la Corte no tiene forma de escapar a su obligación competencial (el deber de ejercer la competencia no puede ser atenuado ni eludido). También estas referencias deben manejarse con mucha cautela, ya que nuestra Constitución contiene normas expresas referidas al control de constitucionalidad por lo que no puede admitirse vacilación alguna.

2. EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Cuando el actual Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos John Roberts asumió, señaló que los jueces son como los “umpires” (jueces de baseball) y que ellos no hacen las reglas, sino que las aplican⁵⁶. El rol del umpire y del Juez es el de asegurar que todos jueguen bajo las mismas reglas. Agregó Roberts que como un modesto umpire su rol es aplicar la norma y decretar “balls” y “strikes”⁵⁷. Estas referencias parecen caminar en una línea incompatible con la llamada en USA jurisprudencia estructural, en que la Corte no se limita, en sentido estricto, a aplicar las normas preexistentes.

Este juez, parecido al umpire, ha sido el modelo más aceptado en nuestro país.

Pero también Elena Kagan, al asumir en la misma Corte (USA) en 2010, utilizó la imagen de los umpire, pero señaló que esta metáfora puede hacer pensar a la gente en que la

⁵⁴ LAMBERT, Edouard *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Edit. Tecnos, Madrid, 2010, p. 15/25.

⁵⁵ SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald (2004), *Constitutional Law* (New York, Foundation Press, New York, New York, Thomson West).

⁵⁶ Como recuerdan TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, vol. I, tercera edición, Foundation Press, New York, 2004, p. 300, cuando el Juez MARSHALL escribió Marbury hizo más que declarar qué dice la ley. El agregó que la ley está esperando que se la equie con remedios para la violación de los derechos conferidos legalmente. Como MARSHALL dijo “los derechos significan poco si su violación queda sin corregir y sancionar”.

⁵⁷ TRIBE, L. *American ... cit.*, p. 283.

labor del juez es meramente “robótica”, automática y agregó que, a diferencia del umpire, la función del juez no necesariamente es decretar “balls” y “strikes”⁵⁸

Las dudas que puede generar este tema se asocian necesariamente con el rol del juez. Aunque no debo incursionar en este tema (ajeno al objeto de este trabajo aunque relacionado), que por sí solo generaría muchos problemas, no se puede dejar de decir algunas palabras al respecto por su clara incidencia en el tema en análisis. Dejando el umpire y sustituyéndolo por un juez de fútbol, figura más conocida y manejable, debe señalarse que: (a) no puede pensarse que dicho juez se limita automáticamente a la aplicación de normas previas sino que por el contrario su rol es mucho más amplio (conduce el juego, valora la intencionalidad con que actúan los jugadores, administra el régimen de tarjetas amarillas y rojas procurando, además de la sanción concreta de una infracción, conducir el juego dentro de determinados cánones, influir en el comportamiento de los jugadores, etc.); y (b) no puede confundirse el árbitro de fútbol con un magistrado judicial, en especial si se trata de cortes supremas o constitucionales, ya que el rol de éstos, como defensores de los derechos de los individuos y en el marco del principio de separación de poderes, impide que puedan subsumirse en la simple categoría de juez de fútbol. El rol de Juez, además ha tenido un notable cambio y basta recordar el pasaje del Estado “legislativo” de Derecho al Estado “constitucional” de Derecho; en el primero el juez era un mero aplicador de reglas (la boca que pronunciaba la ley en un esquema en que básicamente se usaban las técnicas de la subsunción) pero en el segundo, junto con la ley (que no desaparece del escenario), se agrega la Constitución, los derechos humanos, las particularidades del caso concreto y se utilizan complejas técnicas de armonización y ponderación que han cambiado, definitivamente, el rol tradicional del juez e impiden, si es que alguna vez pudo justificarse, la comparación del magistrado judicial con un umpire o con un juez de fútbol.⁵⁹

La frontera entre la jurisdicción y la política no es tan clara como se expresa en la sentencia 79/2016, sino que incluye muchos aspectos problemáticos.

Estos riesgos y peligros son inevitables (es el margen de error de la función jurisdiccional y de cualquier actividad) y con ellos el Juez debe convivir⁶⁰. Como dijo el Juez Marshall en 1821 (Cohen v. Virginia):

Es muy cierto que este tribunal no asumirá jurisdicción si no debe; pero es igualmente cierto que debe ejercer jurisdicción cuando le corresponda hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del Legislativo, evitar una medida porque ella se acerca a los límites de la Constitución.

⁵⁸ TUSHNET, Mark, (2013) *In the balance. Law and politics on the ROBERTS court*, edit. W.W. Norton & Company, New York – London, Kindle edition, p. 41/ 47.

⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ediciones Trotta (2007).

⁶⁰ Con el riesgo de caer en el gobierno de los jueces y en sus no deseadas consecuencias.

Nosotros no podemos pasarla por alto porque es dudosa. Cualesquiera sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo, si es traído a nosotros. No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción que nos es conferida, que el de usurpar la que no nos es dada. Una u otra cosa constituiría traición a la Constitución. Pueden presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos; pero no podemos evitarlas. Todo lo que podemos hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar, y conscientemente cumplir con nuestro deber.

3. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

Otro concepto que ha sido problemático en la jurisprudencia de la Suprema Corte refiere a la presunción de constitucionalidad.

Este concepto no es claro ni único, sino que pueden encontrarse distintas variantes para definirlo. Al menos (sin duda que pueden existir más) he individualizado seis usos distintos de esta presunción a los que corresponde hacer mención en forma sintética. A saber:

- A) Una primera referencia a esta noción la encontramos en la primera mitad del siglo XX en la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso “Carolene Products”, cuando luego de distinguir entre dos tipos de derechos constitucionales (los que algunos autores llamaron preferidos y los otros), señaló la Corte que respecto a los derechos de segunda categoría existe una presunción de que los motivos justificantes de la limitación son ajustados a derecho. La presunción refiere a los motivos (hechos) en que se basa la limitación. No se trata de una presunción sobre temas jurídicos.

La “presunción de constitucionalidad”, que en este caso sólo rige para los derechos de segundo nivel y no para los preferidos, implica en realidad una simple distribución de la carga probatoria y nada más que esto. Incluso no se refiere a presunciones de tipo jurídico sino a presunciones de elementos no jurídicos. Por ejemplo, en Carolene se había prohibido la comercialización de un producto lácteo sin grasa por considerar el Congreso que el producto era malo para la salud y que lo que se publicitaba no coincidía con lo que se vendía. En la especie la Corte presumió la regularidad de la justificación de la limitación legal al derecho de comercio, hasta tanto el interesado no presentara prueba en contrario e hiciera caer la presunción.

- B) Una segunda noción de presunción de constitucionalidad aparece a la hora de interpretar leyes que pueden ser consideradas contrarias a la Carta con base en

una interpretación, pero no conforme a otras. Esta presunción, a la que ya he hecho referencia al analizar las buenas noticias, ha sido utilizada pacíficamente en todo el mundo occidental y, por supuesto, también en Uruguay⁶¹.

- C) Una tercera presunción de constitucionalidad, asociada a lo que se ha dado en llamar el principio de conservación de la norma, aparece en lo que se ha denominado “casos dudosos”. Así se ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad no corresponde si existe una duda razonable en cuanto a su contradicción con la Constitución⁶². Así formulada la presunción de constitucionalidad no presenta mayores problemas. El Tribunal competente no podrá declarar la inconstitucionalidad si tiene dudas razonables en cuanto a su constitucionalidad, de la misma forma que un juez no declara la nulidad de un contrato o de un testamento si tiene dudas sobre dicha nulidad. Hasta aquí no habría problemas con la presunción y podría aceptarse en esos términos.

Pero el problema es que este concepto de presunción de legitimidad ha dado lugar a razonamientos que podrían considerarse excesivos. Por ejemplo, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 43, de 26 de marzo de 2008, el Dr. Leslie Van Rompaey expresó, entre otras cosas, en su discordia que:

“[...]las leyes gozan del amparo de presumírselas ajustadas a la normativa constitucional siendo de excepción su ilegitimidad: presunción de la que sólo procede apartarse en caso de que quien la invoca demuestre, de manera fehaciente e indiscutible, que existe una real e inequívoca inconciliabilidad u oposición con textos o principios de la Carta” (cf. Sentencias Nos. 212/65, 64/67, 235/05, 266/86, 184/87, 42/93, 323/94, 114 y 900/95 entre otras, cf. Véscovi, “El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley”, págs. 130/131) [...] La declaración de inconstitucionalidad sólo debe pronunciarse cuando la incompatibilidad entre la norma atacada y las disposiciones y principios constitucionales que se alegan vulnerados resulte clara, ostensible, inequívoca, requisitos insoslayables que claramente no concurren en el caso. [...]”.

Sin perjuicio de volver sobre otros aspectos de la presunción de constitucionalidad que surgen de las transcripciones anteriores, debo señalar que no puedo compartir que para declarar la inconstitucionalidad se puede requerir que el vicio sea fehaciente, inequívoco, ostensible, etc. El grado de certeza que debe tener la Corte para declarar inconstitucional una ley es el mismo que un Juez debe tener para declarar la nulidad de un contrato. De lo contrario se estaría por la vía interpretativa modificando la Constitución. La Carta no dice en el artículo 256

⁶¹ Me remito a lo dicho en *Derecho Constitucional ... cit.*, tomo I, págs. 267 y ss.

⁶² RISSO, Martín *Derecho Constitucional ... cit.*, tomo I pág. 215.

que las leyes sólo se declaran inconstitucionales en casos de ostensible, inequívoca, indiscutible inconstitucionalidad, sino que con su silencio deja abierto el tema a los principios generales en la materia. Es más, si se carga la inconstitucionalidad con todos esos requisitos extraordinarios como condición para que prospere, las consecuencias serían dos: (i) sería inaceptable la declaración de inconstitucionalidad por mayoría de la Corte o contra el dictamen del Fiscal de Corte ya que habría que coincidir que en ese caso habría al menos una opinión en contra de la inconstitucionalidad por lo que cuestión sería discutida y por ende no inequívoca; y (ii) se aproximaría el vicio de inconstitucionalidad a los requisitos para que prospere una acción de amparo (ilegitimidad manifiesta) pese a que es evidente que la regulación de ambos institutos es diversa y no pueden equipararse por la vía interpretativa ya que esto implicaría modificar el ordenamiento mediante la hermenéutica. Además la exigencia de ilegitimidad manifiesta en el amparo responde a su estructura sumaria y no puede trasladarse esto a un proceso de inconstitucionalidad. Creo que ambas consecuencias no son aceptables.

Me adelanto a señalar que se me puede contestar que he malinterpretado la posición jurisprudencial y que en definitiva el requisito es el habitual en derecho en cuanto al grado de certeza que debe tener un tribunal para anular un acto público o privado. De ser así coincidiríamos en el tema, pero no creo que ésta sea la solución ya que el fragmento transcrito conduce a otra cosa: sólo se declara la inconstitucionalidad de una ley cuando el vicio jurídico sea claro, indiscutible, evidente, etc. Y esto no es, a mi juicio, lo que surge de la Constitución.

- A) Un cuarto concepto de presunción de constitucionalidad lo podemos encontrar en la propia jurisprudencia nacional, pero no referido a las justificaciones no jurídicas de la limitación de los derechos humanos, sino como base interpretativa: se presume que la interpretación de la ley conduce a la conclusión de que es constitucional salvo que se argumente y se demuestre lo contrario.

Así puede repararse en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 80, de 30 de abril de dos mil ocho, que ha señalado que

[...] el juzgamiento de la cuestión constitucional se hace partiendo de dos consideraciones: 1º) que, como se ha sostenido invariablemente, toda ley goza de la presunción de constitucionalidad mientras no se pruebe lo contrario (Sents. Nos. 212/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, etc.). Las Leyes y los Decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (arts. 256 y 260 de la Carta) se presumen ajustados a la Constitución: la constitucionalidad de los mismos es de principio y la ilegitimidad la excepción, incompatibilidad que debe

demostrar el interesado conforme a principios generales. 2º) que se juzga en el tipo de proceso no el mérito o el desacierto legislativo sino tan sólo si la ley es o no constitucionalmente válida (Sents. Nos. 12/81, 69/82, 404/85, 237/87, 184/88, 152/91, 86/93, 131/03, etc.) [...].

Esta presunción, referida no a elementos de prueba (hechos u omisiones) sino a argumentos jurídicos, resulta en cierta forma problemática. ¿Qué razón puede haber para sostener que una ley, en su contenido jurídico, es en principio ajustada a la Constitución y por ende que interpreta adecuadamente la Carta? Este tipo de argumentaciones puede conducir a trastocar los principios básicos del ordenamiento jurídico, ya que si presumo que los actos jurídicos son ajustados a derecho y exijo un esfuerzo supremo a la argumentación para destruir esa presunción, se está postergando la aplicación de la Constitución, o mejor (o peor), se está diciendo que cuando de leyes se trate sólo se protegerá la Carta y se asegurará su efectiva aplicación en casos excepcionales (la inconstitucionalidad, se dice, que es de excepción) de grosera e indiscutible inconstitucionalidad. Se vuelve así a lo señalado anteriormente en cuanto a dónde centramos la atención, en dónde está el centro de la cuestión. Si analizamos, en un esquema básicamente francés (y no compatible con nuestra Constitución), principalmente a la ley y reconocemos al Parlamento (Poder Legislativo) como el primer poder, es claro que será de recibo lo anterior. Pero si partimos de nuestra Constitución (bien distinta a la francesa) y de los puntos de partida que la Carta impone (principio de supremacía constitucional, principio de protección de los derechos humanos y atribución de competencia expresa a la Suprema Corte de Justicia en materia de inconstitucionalidad de las leyes) lo anterior es a mi juicio insostenible.

- B) Un quinto concepto de presunción de constitucionalidad, hasta donde sé nunca sostenido en el Uruguay es lo que podríamos llamar la “interpretación de la Constitución desde la ley”. La noción es tan clara como inaceptable. Aparece una ley groseramente inconstitucional (no hay forma de forzar la interpretación de la ley para encuadrarla en la Carta) y ante esto, desnaturalizando abiertamente el principio de supremacía constitucional, se va a la Constitución y se comienza a forzar la interpretación de la Constitución a los efectos de adaptarla a la ley. Esta variante de la presunción de constitucionalidad (aun cuando tiene puntos en común con las dos anteriores y teóricamente apunta a defender la voluntad legislativa) no puede ser aceptada ya que implica invertir el principio de jerarquía poniendo la Constitución al servicio de la ley y sometida a ésta. Estos fenómenos patéticos aparecen en casos en que políticamente se busca la reforma constitucio-

nal pero no se tienen los votos necesarios por lo que se recurre a una ley y a una perversa interpretación del ordenamiento jurídico.

- C) La última aproximación al concepto de presunción de constitucionalidad (al igual que a veces ha pasado con la presunción de legalidad del acto administrativo⁶³) aparece como un concepto confuso, oscuro, vacío de contenido y precisión. En realidad, en esta visión, la presunción no es más que una muletilla o lugar común que se utiliza para rechazar cuestionamientos serios a actos jurídicos (legales y administrativos). Esta oscura presunción se utiliza siempre en beneficio del acto inferior y en perjuicio del de mayor jerarquía. Es absolutamente inaceptable.

De las seis eventuales nociones de “presunción de constitucionalidad de las leyes”, creo que es claro que las dos primeras son plenamente compartibles y aceptables. De la misma forma las dos últimas son totalmente injustificables y su impropiedad es evidente.

La tercera, a mi juicio, puede aceptarse, pero sólo en caso de que se atribuya un alcance compatible con el artículo 256 y siguientes de la Constitución y se exija, para declarar la inconstitucionalidad de la ley, la misma certeza que tiene que tener un tribunal para dictar sentencia anulando un testamento. Si en cambio se exige una seguridad mayor, que no haya posibilidades de discutir seriamente el vicio de constitucionalidad, se estará: (i) haciendo decir a la Constitución algo que la Carta no dice, lo que implica una interpretación inconstitucional, (ii) aproximando erróneamente la inconstitucionalidad a la acción de amparo; (iii) limitando la inconstitucionalidad a los casos de inconstitucionalidad grosera; (iv) dejando sin la debida protección a la Constitución y a los derechos humanos; y (v) privilegiando a la ley frente a la Constitución, en un esquema próximo al francés pero incompatible con nuestro Derecho Constitucional.

La cuarta variante es posiblemente la más problemática. Afirmar que la legitimidad de la ley es el principio y la ilegitimidad es la excepción, constituye una afirmación que, sinceramente, me resulta incomprensible. Las leyes son constitucionales o inconstitucionales pero no veo cómo una hipótesis puede ser de principio y la restante de excepción. Además, puede decirse que el intérprete debe buscar la armonización del ordenamiento jurídico antes de anular o excluir un acto, pero hay diferencia entre decir esto (indudablemente razonable y que comprende la presunción analizada en segundo lugar) y sostener que hay una presun-

⁶³ Al respecto: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La presunción de legitimidad del acto administrativo: un mito innecesario y pernicioso”, en *Revista de Derecho*, N° 02, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.

ción de constitucionalidad que funciona no respecto a situaciones fácticas o no jurídicas (presunción de intención del legislador, presunción de paternidad, o presunción de pago o de inocencia) sino respecto a puntos de partida interpretativos. Creo, en definitiva, que esta noción de presunción de constitucionalidad responde a una concepción francesa que implica el primado de la ley o a visiones propias de quienes analizando el sistema de Estados Unidos consideran que el *judicial review* no surge de la Constitución y por ende postulan la autorrestricción (self restraint) de los jueces y que se de amplio campo a la decisión legislativa o, en general, a la decisión política. Ninguna de estas variantes puede aceptarse en el marco actual del Derecho Constitucional nacional.

Por último dos comentarios. En primer lugar, debe tenerse presente que el principio de separación de poderes establece un sistema de frenos y contrapesos entre los tres centros de autoridad y éste sólo funciona si cada centro cumple su función de freno y contrapeso. Si uno de los centros no ejerce su rol (como ocurre en Francia) o si uno se autolimita como pregonan en Estados Unidos quienes no reconocen el rango constitucional del *judicial review*, el principio se desnaturaliza y permite los abusos de quienes no tienen frenos o al menos no tienen frenos claros. En segundo lugar, y no menos importante, nada podrá encontrarse en la Constitución uruguaya que permita sostener la existencia de una presunción en los términos de la enunciada en cuarto lugar.

También debe recordarse el interesante aporte del Dr. Carlos Guariglia⁶⁴ que cuestiona la procedencia de esta presunción en todas sus variantes.

4. EL SELF RESTRAINT

Las nociones de activismo y autolimitación, si bien se entiende de qué se está hablando, son extraordinariamente complicadas a la hora de precisar su sentido y alcance. Es claro que con la primera se pretende referir a *excesos* de los jueces que actúan fuera de su competencia, pero no se define ni se puede definir con precisión cuándo se sale del ejercicio normal de la competencia judicial y se ingresa en el activismo. Por su parte la noción de autolimitación es más clara en tanto refiere a la conveniencia de que el juez tienda a retrotraerse, a autocensurarse en cuanto al alcance de su función. El motivo de la autolimitación es bastante claro y es el temor de caer en un exceso que no se puede definir con precisión.

En nuestro país, a su vez, parecería que los conceptos han sido estigmatizados. El “activismo” en general es considerado como algo malo, peligroso, que debe ser evitado a toda

⁶⁴ GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

costa⁶⁵. Mientras que la autolimitación se ve como algo bueno y recomendable, e incluso se asocia muchas veces la autorrestricción a la prudencia con lo que se la presenta como una virtud.

En definitiva, tenemos en nuestra Constitución una clara competencia judicial (de eso no puede dudarse), pero se considera erróneo el exceso y una virtud lo opuesto: la autolimitación.

Creo que ya se vislumbra un problema: si tenemos definida una competencia es tan malo e incorrecto ejercer la competencia en más como hacerlo en menos, ya que en ambos casos extremos se está actuando fuera de la competencia. Pero sobre esto volveré más adelante.

Cabe preguntarse ahora ¿el activismo es malo? O si se prefiere ¿el activismo es siempre malo? No hay que olvidar que los más memorables pronunciamientos judiciales de la historia, que hoy son aceptados sin vacilaciones, en su momento fueron o pudieron ser catalogados como activismo. Piénsese en el enriquecimiento sin causa entre concubinos, en la aceptación del daño moral, etc. O incluso recuérdese una de las sentencias más famosas de la historia, “Marbury v. Madison”, y seguramente habría que calificar a Marshall como activista en la medida que dedujo de la Constitución cosas que ésta no decía en forma expresa. O piénsese en la famosa sentencia de la Corte Warren en el caso Brown v. Board of Education⁶⁶ que significó un duro golpe a la discriminación racial finalizando con la inaceptable posición que pretendía respetar la igualdad con escuelas, comercios, transporte, etc. separados para una y otra raza. Es evidente que el activismo no es necesariamente malo en su sustancia⁶⁷.

O sea, si bien puede señalarse, como solución de principio, que todo órgano debe actuar dentro de su competencia y no excederse, también habrá que tener en cuenta que es muy difícil afirmar con pretensión de verdad universal qué es activismo o cuándo hay exceso. Lo que hoy puede ser considerado exceso o activismo mañana puede ser algo aceptado sin

⁶⁵ Me remito a discordias citadas en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 43 de 2008.

⁶⁶ Alan R. BREWER-CARÍAS (en “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pág. 74 y ss.) señala, bajo el título de “El activismo de los tribunales constitucionales y los valores y principios constitucionales”, que la misión de los tribunales no se limita a asegurar la supremacía del texto formal de la Constitución sino también de sus principios y valores escritos y no escritos pero que se infieren del texto y espíritu de la Carta. Elogia el rol activo que tuvo en muchos períodos históricos la Corte Suprema de USA, que fue más allá de las referencias textuales. Especialmente recuerda el caso Brown, en el que interpretando en forma amplia la Enmienda XIV de la Constitución (cláusula de *equal protection*), la Corte pudo dar un paso enorme en la lucha contra la discriminación racial y abandonar la vieja y triste jurisprudencia del caso Plessy v. Ferguson que había establecido la máxima de “iguales pero separados”.

⁶⁷ Incluso pueden mencionarse ejemplos fantásticos en la lucha contra la esclavitud antes, obviamente, de su abolición, como los que recuerda Reed AMAR AKHIL en *America's Constitution. A biography*. Edit Random House, New York, 2005, pág. 258 a 260.

vacilaciones y hasta resultar imposible siquiera concebir una solución distinta (imaginemos hoy Estados Unidos sin *judicial review*). Con esto se quiere decir que hay que tener cuidado cuando se critica el exceso o activismo de un tribunal pues la sentencia criticada puede ser solamente algo novedoso pero esto no significa actuar fuera de las competencias judiciales.

Asimismo, es un buen ejercicio para aclarar estos conceptos el análisis de la jurisprudencia europea (alemana, española o el propio Tribunal Europeo de los Derechos Humanos) o norteamericana o latinoamericana, para ver hasta dónde se llega en el control de constitucionalidad de los actos emanados del Legislativo y del Ejecutivo. Con este estudio se advertirá lo lejos que está nuestro país de los criterios de prestigiosos tribunales constitucionales e internacionales. Basta ver cómo se usa el principio de razonabilidad o el principio de proporcionalidad para comprobar lo anterior. La mayoría de los pronunciamientos de estos órganos serían considerados, conforme los criterios tradicionales en nuestro país, como casos de claro activismo judicial.

En definitiva, en principio ningún órgano debe excederse en el ejercicio de sus competencias, pero debe tenerse cuidado a la hora de determinar cuándo hay un exceso y cuándo algo novedoso que se realiza dentro de las competencias del órgano.

En el otro extremo no parece razonable ver la autolimitación como algo bueno o como una virtud. Esto podrá ser cierto en el esquema francés (que no es el uruguayo) o para quienes analizando la realidad estadounidense consideren que el “judicial review” no surge de la Constitución (es evidente que el control de la constitucionalidad de las leyes sí surge de nuestra Constitución). Un órgano judicial (o administrativo o legislativo) incumple con sus atribuciones tanto cuando se excede en el ejercicio de sus competencias como cuando se autolimita y termina no ejerciendo plenamente dichas competencias.

En este punto se abren dos posibilidades: (i) o entendemos autolimitación como un retroceso del Poder Judicial que deja de ejercer parte de sus funciones en casos concretos procurando respetar a los poderes políticos o para no caer en el (temible) “gobierno de los jueces”⁶⁸, con lo que estaremos más allá de la prudencia y se estaría cerrando los ojos a abusos de otros poderes; o (ii) entendemos prudencia en sus justos términos (buen juicio, cautela, etc.) pero ejerciendo plenamente las competencias que la Constitución asigna al Poder Judicial sin claudicaciones. Me parece claro que la segunda alternativa es la correcta.

⁶⁸ También se mencionó antes el *efecto parálisis* que este concepto mítico ha despertado. Muchas veces el poder político utiliza la vaga noción de “gobierno de los jueces” para lograr que los magistrados retrocedan y les dejen mayor espacio de acción o inacción a los políticos.

5. OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA

En forma explícita o implícita, está siempre presente en estas cuestiones la “objección democrática” con lo que se destaca que los jueces, a diferencia de los legisladores, no cuentan con plena legitimidad democrática pues no han sido electos por el cuerpo electoral.

Esta objeción es más efectista que real. En efecto, los legisladores han sido elegidos por el Cuerpo Electoral pero no debe olvidarse que también ese cuerpo electoral, en un acto de plebiscito, estableció que el producto legislativo sería controlado, en cuanto a su regularidad constitucional, por la Suprema Corte de Justicia. Por esta razón, y sin perjuicio de ser evidente que la Corte no se integra por elecciones, su legitimidad democrática está dada por el plebiscito en que se estableció esta competencia de la Corte. Al cumplir con sus funciones constitucionales, la Corte no hace más que cumplir con un mandato expresado a través de un plebiscito.

6. CONCLUSIONES SOBRE LAS PREMISAS APLICABLES EN EL TEMA Y EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

En mayoría la Corte está siguiendo una jurisprudencia de la Suprema Corte que tiene al menos veinte años. Esta jurisprudencia presenta problemas al recurrir a conceptos altamente polémicos como la presunción de constitucionalidad, la autorrestricción, referencias generales al “gobierno de los jueces”, etc. Se trata de conceptos complejos, muchas veces usados en forma extremista y no coincidente con las pautas constitucionales.

También está presente en esta argumentación, aunque en forma implícita, la objeción democrática, en el sentido de dar discrecionalidad a los poderes políticos sin reparar en el rol del Juez constitucional, conferido directamente por la Constitución, a los efectos de controlar a los poderes políticos (al legislador y al colegislador).

Y, fundamentalmente, parece seguir presente un problema importante en los puntos de partida. En lugar de partir del rol de defensor de los derechos humanos del accionante y de guardián de la Constitución, se parte de autorrestricciones que implican, necesariamente, el retroceso de la Corte como punto de partida. Incluso hay una confesión expresa de que sólo se declara la inconstitucionalidad en los casos claros y evidentes, razón por la cual los otros quedan sin protección.

Esta posición no me convence por las razones antedichas, pero téngase presente que para nada postulo un gobierno de los jueces ni ultra activismo. Únicamente se postula un sistema en que la Corte sea efectivamente el guardián de la Constitución y el protector de los

derechos constitucionales de los accionantes, sin avances inconstitucionales en sus funciones y sin retrocesos también inconstitucionales.

Para terminar, creo que se debe volver a leer a Marshall en *Cohens v. Virginia* (ya citado) y reitero una pregunta formulada hace algún tiempo⁶⁹:

Veamos algunas hipótesis problemáticas:

A) Asumiendo que el Juez siempre puede equivocarse y nunca puede tener certeza total del acierto de su sentencia, cabe preguntarse cuál es el error más grave: ¿(i) declarar la inconstitucionalidad de una ley que es constitucional o (ii) no declarar la inconstitucionalidad de una ley que sí es inconstitucional?

Si bien no puedo saber que piensa el lector frente a la interrogante anterior, tiendo a pensar que en nuestro país, considerando el entorno cultural sintéticamente referido y, especialmente, los criterios desarrollados por la Suprema Corte de Justicia, se consideraría por parte de la mayoría que el error más grave es la hipótesis individualizada con “i” y por lo tanto es preferible el error señalado con “ii”.

Es evidente que, de ser cierto lo anterior, a dicha conclusión se arriba poniendo el acento (el centro del estudio) en la ley, pensando en el respeto del Poder Legislativo (que ha legislado) y del Poder Ejecutivo (que es colegislador), etc.

B) Pero planteemos la misma situación formulando la interrogante de otra forma. Asumiendo la posibilidad de error: ¿es menos grave (i) dejar de proteger un derecho humano que merecía ser protegido o (ii) proteger un derecho humano que no merecía protección (o que la necesidad de protección era aparente)?

Si bien la pregunta es la misma y sólo modifiqué la forma de enunciar la misma, puedo suponer que el lector contestaría a esta segunda interrogante que el error menos grave es el de la hipótesis “ii” y el más grave “i”. Esto es bastante sencillo y basta pensar en la máxima de que es preferible un culpable en libertad que un inocente en prisión.

De todas formas, insisto, sólo cambié la forma de enunciar la interrogante, pero fácilmente podrá imaginarse un caso de lesión de derechos humanos por una ley y ver que la pregunta se puede hacer de las dos formas. La segunda conduce a la protección del derecho como mejor opción, como más importante o como error preferible. Mientras la primera podría conducir a la respuesta contraria.

⁶⁹ RISSO, M., *Algunas ... cit.*, p. 164 y ss.

C) *Y todavía pensemos en una tercera interrogante, partiendo del principio de supremacía constitucional (en Uruguay basado en la legitimidad democrática insuperable que tiene la Constitución en tanto emanación directa de la ciudadanía y no obra de sus representantes) y pensemos si será más grave (i) no proteger la Constitución frente a una ley inconstitucional (que se seguirá aplicando) o (ii) proteger demasiado la Carta declarando la inconstitucionalidad de una ley que no es contraria a derecho.*

Partiendo de la supremacía constitucional es claro que el error menos grave es el de la hipótesis “ii”. Es preferible sobreproteger la Constitución cuando no precisa ser protegida que dejarla de proteger cuando sí lo precisa.

Nuevamente estamos formulando la misma interrogante en forma distinta. La respuesta en este caso coincidirá con la del literal “B”, aunque puede pensarse en que no es la misma que la que muchos uruguayos darían a la formulación letra “A”.

Si es correcta mi apreciación en cuanto a cuáles serían, en general, las respuestas que recibirían estas interrogantes, debe entenderse que la conclusión es absurda ya que no es admisible que la respuesta no sea la misma frente a tres preguntas que son idénticas sin perjuicio de las diferencias en su enunciado.

En mi opinión las tres respuestas tienen que ser idénticas y la respuesta debe ser la que se dio en las opciones “B” y “C” (o sea, a favor de la Constitución y los derechos humanos y no a favor de la ley). A continuación deberíamos preguntarnos cómo es que llegamos a esta situación tan atípica de diferentes respuestas para la misma pregunta. Y creo que la explicación que se encuentra es doble: (a) por una parte la opción “A” pone el acento en la ley (la ley es el centro de la cuestión), lo que implica una sobrevaloración de la ley, con una marcada influencia francesa (así visualizado el tema lo que importa es la ley, emanación del Parlamento, y esto es lo que debe ser protegido; el drama no es que haya un derecho humano lesionado sino que el peligro es no afectar lo resuelto por el legislador cuando pueda terminar siendo conforme a derecho); y (ii) así como el método de estudio condiciona el objeto de estudio, también la forma en que se plantean los casos o cuestiones condiciona el análisis posterior. La opción “A”, con una fuerte influencia francesa, plantea mal la cuestión, mientras que las otras dos, ajustadas a la Constitución uruguaya, lo hacen en forma correcta. No debe llamar la atención que en las dos últimas se llegue a respuestas compatibles con la Constitución mientras que la primera, a veces, lleva a respuestas contradictorias.

El enfoque correcto de la cuestión, partiendo de la supremacía constitucional, de la legitimidad democrática de la Constitución y de que los derechos humanos (conforme la Carta)

son invocables también frente a la ley, nos permite llegar a respuestas correctas. Si el enfoque se centra en la ley el intérprete se orientará por un camino que no coincide con la Constitución nacional.

El problema puede sintetizarse con algunas preguntas. ¿Cuál es el objetivo principal que nos impone nuestra Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? ¿Proteger la Constitución de los actos inferiores? La respuesta es afirmativa. ¿Proteger los derechos humanos de actos infraconstitucionales que los lesionen? También la respuesta es afirmativa. ¿O defender la ley para que no sea desaplicada? Esta última pregunta, dentro del marco constitucional uruguayo, no tiene una respuesta expresable en un monosílabo sino que se precisa alguna aclaración: la ley, en tanto emanación indirecta del cuerpo electoral, goza de un especial papel y debe ser aplicada y debe velarse por su observancia, salvo cuando se impute a la ley ser inconstitucional o lesiva de los derechos humanos, en cuyo caso priman las respuestas a las dos primeras interrogantes.

IV.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

En la sentencia 79/2016, la Corte vuelve a asumir criterios muy estrictos en materia de legitimación activa, por lo que rechaza varias cuestiones por esta causa sin pronunciarse sobre el fondo. Por supuesto que la acción de inconstitucionalidad no es un accionamiento popular que pueda promover cualquier persona, pero se debe ser cuidadoso a la hora de ver si se cumple con los requisitos constitucionales.

El artículo 258 de la Carta establece que la pretensión de inconstitucionalidad podrá ser planteada por el titular de un interés legítimo, personal y directo. Esto planteó un problema con los casos de inconstitucionalidad en que se lesione un derecho subjetivo -hipótesis no mencionada en la disposición constitucional- lo que mereció al menos dos respuestas doctrinales⁷⁰.

Las nociones técnicas de derecho subjetivo e interés legítimo son razonablemente precisas por lo que no es necesario referir a ellas en este momento, pero sí es importante tener presente la trascendencia de la cuestión desde el punto de vista sustancial: un criterio muy severo en materia de legitimación activa puede dejar sin protección a un derecho o a

⁷⁰ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Interés legítimo ...* cit. p. 283. Riso, Martín, *Derecho Constitucional ...* cit., p. 199 y ss.

un interés legítimo, o dejar sin protección a la Constitución frente a una ley inválida. Este es un problema frecuente en el derecho comparado y que fácilmente puede colidir con el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, o en general las garantías procesales.

En otras palabras, la determinación de si un sujeto tiene legitimación activa a los efectos de promover la declaración de inconstitucionalidad, se encuentra en tensión con otros valores y derechos constitucionales. Esto conduce a la “prudencia” a los efectos de determinar si hay o no legitimación y a que, en caso de duda, se resuelva siempre a favor del sujeto, reconociendo la legitimación activa.

La Suprema Corte ha sido históricamente muy estricta en el análisis de la legitimación activa y han quedado por el camino casos en que la legitimación era bastante clara. Para citar un caso reciente y en el que incuestionablemente había legitimación activa, puede recordarse la impugnación de la ley que estableció la patente única. La ley N° 18.860, de 23 de diciembre de 2011, “solucionó” la guerra de patentes, pero 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 lo 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).

Algunos sujetos se presentaron solicitando la declaración de inconstitucionalidad de esta ley, que los obligaba a abonar un tributo dispuesto por un órgano que carece de potestad tributaria, pero la Corte rechazó el planteo por entender que las personas físicas carecen de legitimación activa para cuestionar la ley y que sólo la pueden cuestionar los Gobiernos Departamentales ya que el legislador invadió sus competencias⁷¹.

No parece que pueda aceptarse esta posición, un individuo se ve obligado por una ley a abonar un tributo establecido por un órgano notoriamente incompetente, y es evidente que tiene legitimación para reclamar que se lo releve de dicha obligación

⁷¹ SCJ. Sentencia SCJ No. 568, de 25 de noviembre de 2013, redactada por el Dr. Ricardo PÉREZ MANRIQUE y con la discordia del Dr. Julio César CHALAR.

claramente ilegítima. El rechazo de la demanda por falta de legitimación activa, tiene por consecuencia que los actores deberán pagar un tributo establecido conforme una ley incuestionablemente inválida. Se trata de un exceso en la consideración de la legitimación pasiva.

En la sentencia 79/2016 hay varias impugnaciones rechazadas por falta de legitimación activa (a veces en votación dividida). En algunos casos la resolución es compartible, pero en otros no. Veamos sólo uno de los últimos casos. En un segundo trabajo, sobre la incidencia de esta jurisprudencia en la ley de medios, se analizarán estos casos.

V.

CONCLUSIONES

Del análisis realizado, y reiterando que aún faltan varios pronunciamientos sobre la ley de medios, parecen extraerse, por un lado, muy buenas noticias en lo que refiere a la interpretación de la Constitución y la defensa de los derechos humanos frente a la ley (y en general frente a cualquier acto).

La aproximación a un concepto más moderno de “razones de interés general” implica reconocer que a) existe un contenido esencial de los derechos humanos que no puede ser desconocido ni limitado; b) no todos los derechos constitucionales pueden ser limitados por ley (dice la Corte) sino sólo aquellos respecto a los que la posibilidad de limitación esté expresamente habilitada por la Constitución (agrego yo); c) se repara claramente en el fin perseguido por el legislador y en la necesidad de que sea ajustado a la Constitución; d) se buscan las “razones de interés general” en la propia Constitución; e) las herramientas idóneas para verificar si existen dichas razones, que justificarían la limitación, son básicamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad (en especial el último que es el más desarrollado en las sentencias), y f) se utiliza con precisión el principio de proporcionalidad, señalando cada uno de sus componentes.

Pero de todas formas subsisten problemas que provienen de criterios largamente sostenidos por la Suprema Corte de Justicia. En los argumentos de la mayoría se sigue la línea anterior que implica una clara retracción de la Corte al analizar la inconstitucionalidad de un precepto legal y a no declarar la inconstitucionalidad salvo en casos excepcionales y muy claros. De la misma forma se persiste en el uso de criterios muy estrictos en materia de legitimación activa, que dejan a muchos sujetos sin protección judicial adecuada.

De todas formas, en líneas generales, el balance es positivo. Las novedades son auspiciosas y compatibles, aunque resta una revisión de otros conceptos históricos que no parecen coincidir con nuestra Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos humanos*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda reimpresión, 2001.
- AMAR AKHIL, Reed, *America's Constitution. A biography*, Edit Random House, New York, 2005.
- BERNSTEIN David E., "The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State", en *Constitutional Law Stories*, Editor Michael C. Dorf, Foundation Press, New York, 2004.
- BIDART CAMPOS, Germán, J., "Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales", en *Inconstitucionalidad por omisión*, Edit, Temis, Bogotá, 1997.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN, "Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "El interés legítimo en la Constitución uruguaya de 1967", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. En homenaje a Enrique Sayagués Laso*, tomo III, CEPC, Madrid, 1969.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional", en *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, N° 13, Montevideo, 1990.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La presunción de legitimidad del acto administrativo: un mito innecesario y pernicioso", en *Revista de Derecho*, N° 02, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Fétichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des judges. Tres ideas fuerza para el rechazo de la constitucionalidad de las leyes en Francia", en *Teoría y realidad constitucional*, N° 19, setiembre de 2007, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces.
- _____, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La jurisdicción constitucional en España", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Edit. Dykinson, Madrid, 1997.

- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema político español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992.
- GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Edit. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001.
- JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Edición Cámara de Senadores, Montevideo, 1992.
- KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? edit. Tecnos, Madrid, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, edit. Universitaria, México, 1949.
- LAMBERT, Edouard *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Edit. Tecnos, Madrid, 2010.
- MONTESQUIEU (Charles DE SECONDANT, BARÓN DE LA BRÈDE Y DE MONTESQUIEU), *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, Oxford University Press, México, 1999.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Procesal Constitucional*, edit. CECOCH, Santiago de Chile, 2009.
- RISSE FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición ampliada y actualizada, FCU, Montevideo 2011.
- RISSE FERRAND, MARTÍN, *Derecho Constitucional*, tomo I, reimpresión 2015, FCU, Montevideo.
- RISSE, Martín, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia vs. aristocracia con toga”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2012, pág. 393/414.
- RISSE, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos*, N. 8, Edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2010, pp. 9/29.
- ROUSSEAU, JJ. *El contrato social*, edit. Aguilar, Buenos Aires, 1965.
- SAGÜÉS, Néstor, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional e internacional”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año XLII, segunda época, N. 36, Buenos Aires, 1998.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1983.
- SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional alemán*, Edit. Fundación Konrad Adenauer, 2009.

SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004.

TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, vol. I, tercera edición, Foundation Press, New York, 2004.

TUSHNET, Mark, *In the balance. Law and politics on the ROBERTS court*, edit. W.W. Norton & Company, New York – London, Kindle edition, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ediciones Trotta, 2007.

Para citar este artículo: Martín Riso Ferrand, “Primeras reflexiones generales sobre las sentencias de inconstitucionalidad referidas a la ley de medios”, *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp. 141-187

Recibido: 20/06/2016

Revisado: 22/6/16

Aceptado: 29/6/16