



Darío Burstin | Serrana Delgado Manteiga |  
Leandro Francolino | José Gómez Leiza |  
Guzmán Rodríguez | Oscar Sarlo

# LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA ¿RÍGIDA O FLEXIBLE?

UN ESTUDIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL  
CONTEMPORÁNEA APLICADO AL CASO URUGUAYO

Montevideo  
2009



Facultad de Derecho

## Índice

Introducción.....	7
CAPÍTULO I	
<b>Teoría clásica de la rigidez constitucional.....</b>	<b>9</b>
Origen de la clasificación.....	9
Replanteo analítico de la clasificación .....	16
Indicadores contextuales de rigidez .....	18
Criticas dirigidas a la clasificación.....	20
La clasificación en la dogmática uruguaya.....	24
Realidad constitucional: ‘e pur si muove’.....	31
CAPÍTULO II	
<b>Revisión de los supuestos teóricos de la rigidez constitucional .....</b>	<b>43</b>
Nuevas perspectivas teóricas.....	43
Importancia filosófico-política de la rigidez constitucional.....	43
El replanteamiento de Habermas.....	44
Un nuevo análisis de la dinámica constitucional.....	49
Fundamento último de la normatividad constitucional: regla de reconocimiento y constitución.....	54
Las propuestas para remediar la circularidad: de la norma .....	57
hipotética fundamental a la regla de reconocimiento .....	57
La Constitución: comprendiendo una práctica compleja.....	71
Planteamiento de la regla de reconocimiento en la doctrina uruguaya: la posición de Cassinelli Muñoz.....	75
¿Cuáles son entonces las normas constitucionales válidas? .....	75
Conclusiones.....	77
Replanteamiento de la interpretación constitucional.....	78
Vaivenes en torno a un mismo texto .....	90

Distintos enfoques de la interpretación jurídica.....	95
Clases o tipos de interpretación.....	98
Significado: ¿literalidad o uso?.....	100
La intención en la interpretación.....	107
El significado institucional .....	112
Problemática de la interpretación constitucional.....	113
Tesis de la interpretación radical .....	120
Rigidez constitucional y control de constitucionalidad .....	124
El control de la constitucionalidad de la ley en Europa: el control concentrado.....	128
El control mixto.....	136
La conexión entre rigidez y control de constitucionalidad: la tesis de Kelsen.....	137
El control de constitucionalidad en el Uruguay.....	139
CAPÍTULO III	
<b>Conclusiones teóricas acerca de la rigidez constitucional .</b>	142
Recapitulación .....	142
Conclusiones.....	143
CAPÍTULO IV	
<b>Conclusiones acerca de la [supuesta] rigidez de la Constitución uruguaya.....</b>	146
El problema de la rigidez constitucional en la doctrina uruguaya ....	146
El problema de la rigidez constitucional y el control de onstitucionalidad en uruguay.....	146
En cuanto al diseño institucional.....	146
En cuanto a la doctrina judicial dominante.....	147
Bibliografía.....	149

## Introducción

La presente indagación refiere a un aspecto específico de teoría de las constituciones: su carácter rígido o flexible.

La temática de la rigidez o flexibilidad alude de alguna manera a su temporalidad, lo cual se muestra en las múltiples formas en las cuales las constituciones cambian.

A su vez, el cambio constitucional (como el de cualquier disposición o norma jurídica) tiene que ver con su creación y con su extinción. Por consiguiente, podemos decir que la cuestión de la rigidez o flexibilidad de las constituciones refiere -en última instancia- al *aspecto dinámico de los sistemas jurídicos*.

Sin embargo, el tema de la rigidez se ha planteado específicamente respecto de las constituciones, y a ese campo nos hemos de ceñir.

La motivación por esta cuestión radicó en la percepción de que la clásica conceptualización de la rigidez constitucional no resulta adecuada para comprender los fenómenos que muestra el constitucionalismo contemporáneo.

Por ello se explica que, si bien nuestro abordaje partió de la dogmática constitucional, pronto advertimos la insuficiencia de nuestras herramientas teóricas, y fue preciso acudir al moderno constitucionalismo y -más aún- hundirnos en los supuestos epistemológicos, filosóficos y teóricos que ofician de marco.

El esfuerzo no fue menor; nos encontramos con un panorama removedor, inquietante y difícil. Pero el esfuerzo se hizo y -creemos- rindió frutos tangibles al permitirnos comprender mejor fenómenos de la más acuciante actualidad e interés.

Nuestra investigación recorre un camino bien simple:

- a. En el primer capítulo, reconstruimos la teoría de la rigidez constitucional, sobre la base de la famosa clasificación de Bryce. Ello se completa con los desarrollos dentro de la dogmática clásica, su recepción en la dogmática uruguaya, y los hechos que ponen en crisis esta noción. De todo ello resulta la necesidad de revisar la teoría clásica en busca de nuevas herramientas para abordar el problema.
- b. En el segundo capítulo, emprendemos una profunda y extensa revisión de las principales categorías que han de servirnos para comprender mejor el problema de la rigidez constitucional. Así nos preguntamos por la significación filosófica de la rigidez, su vinculación con las nociones de dinámica jurídica, norma, fundamento último de la normatividad constitucional, interpretación constitucional, y la vinculación de todo ello con el control de constitucionalidad. Al cabo de esta revisión de fundamentos, creemos haber hallado las claves que permiten entender mejor el problema y la posibilidad de dar respuestas más racionales a la perplejidad que plantea una dinámica velada e incontrolada de la constitución.
- c. En los capítulos finales, extraemos algunas consecuencias relevantes acerca de nuestro tema, tanto en lo teórico como en su aplicación al caso uruguayo.

## CAPÍTULO I

### Teoría clásica de la rigidez constitucional

#### Origen de la clasificación

#### Exposición original de la clasificación

La clasificación fue propuesta originalmente en una serie de conferencias dictadas en el año 1884 por James Bryce, un destacado jurista e historiador escocés que desempeñó importantes funciones oficiales para la Corona británica, incluyendo la embajada ante los Estados Unidos entre los años 1907 y 1913. Bryce publicó sus ensayos en el año 1901 como parte de una recopilación titulada *Studies in History and Jurisprudence*, y en 1905 los reeditó en una obra más específica llamada simplemente *Constitutions*.

Bryce postula su nueva clasificación como una evolución de la más tradicional distinción entre constituciones escritas y no escritas. Aquella distinción, si bien parece captar algunas diferencias relevantes, no es clara, dice<sup>1</sup>, porque junto a cada constitución escrita “*hay y debe haber*” algún elemento de uso no escrito, en tanto todas las constituciones no escritas siempre se complementan con algún estatuto y documento escrito. Tampoco sería comprensiva una clasificación que, atendiendo a la existencia o no de una creación consciente y deliberada de normas constitucionales, distinguiera entre constituciones “*consuetudinarias y estatutarias*”, puesto que en los países que se podrían calificar dentro del primer grupo frecuentemente se aprueban normas estatutarias que desplazan y se superponen a las antiguas costumbres, en tanto que “*las constituciones estatutarias son desarrolladas por la interpretación, adaptadas mediante decisiones y expandidas y contraídas por la costum-*

1 Bryce, James. *Constitutions*. Danvers, Massachusetts: General Books, 2009, p. 3. Todas las citas textuales de esta obra son traducciones del original en inglés.

bre, de modo que luego de cierto tiempo el texto ya no despliega todos sus efectos”<sup>2</sup>.

Por estas razones, Bryce decide proponer un criterio clasificatorio nuevo que sintetice de mejor manera ciertas características de las constituciones que intuitivamente parecen relevantes, pero que sólo a grandes trazos parecen definirse con la distinción entre constituciones no escritas-consuetudinarias y escritas-estatutarias. Ese nuevo criterio no atiende a la forma u origen de las normas constitucionales, sino a *“la relación que cada Constitución tiene con las leyes ordinarias de su estado, y con la autoridad ordinaria que aprueba esas leyes”*. Así, las constituciones flexibles *“proceden de las mismas autoridades que dictan la ley ordinaria, y pueden ser promulgadas y derogadas de la misma forma que la ley ordinaria”*, de modo que *“a menudo es difícil saber si una ley en particular es o no parte de la Constitución”*. Una constitución rígida, por oposición, *“se encuentra por encima de las leyes del país que regula. El instrumento (o instrumentos) en el que tal Constitución es personificada procede de una fuente diferente de aquella de la cual surgen las otras leyes, se deroga de una manera diferente, ejerce una fuerza superior. Cuando una cualquiera de sus previsiones colide con una ley superior, ella prevalece, y la ley ordinaria debe cederle paso”*.

Bryce no trata su clasificación como meramente anecdótica o circunstancial. Para él, existe una relación estrecha entre la idiosincrasia de un pueblo y la rigidez o flexibilidad de su constitución, y no duda en sustentar esta visión con múltiples y eruditas referencias a constituciones de estados modernos y de la antigüedad. Así, las constituciones flexibles, contrariamente a lo que la intuición podría indicar, se asocian a pueblos conservadores que valoran sus tradiciones, como el Reino Unido o la antigua Roma; es decir, a naciones que no son propensas a cambiarlas: *“El solo hecho de que el derecho de hacer cambios profundos haya existido desde antiguo y no haya sido abusado, predispone a una asamblea a ser cautelosa y moderada en el uso de ese derecho. Aquellos que siempre han gozado de poder son los menos propensos a abusarlo”*. Por esta razón, las cons-

2 Bryce, op.cit., p. 4

tituciones flexibles no son en general inestables, sino “elásticas”; se las puede cambiar fácil y rápidamente para superar dificultades momentáneas, pero el apego a la tradición tenderá a devolverlas a su forma original. Cuando ocurren eventos que podrían marcar un viraje definitivo en las antiguas tradiciones (ya sea que se pretenda defender las antiguas tradiciones o consolidar los cambios), o cuando es necesario organizar comunidades que no tienen una tradición a la cual apegarse, es que surge eventualmente la necesidad de adoptar una constitución rígida.

### Caracteres de las constituciones rígidas

Las constituciones rígidas presentan dos caracteres definitivos. Por un lado, está su “estabilidad”. La rigidez garantiza que los cambios sólo podrán conseguirse tras un largo proceso de discusión, que deberá asegurar un cierto nivel de consenso. También permite darle tiempo a las instituciones políticas para asentarse, de modo tal que la nación pueda aprender a manejarlas eficazmente, además de dotarlas eventualmente del respeto derivado de la antigüedad. Pero Bryce también reconoce el peligro que implica esa rigidez si es llevada al extremo, haciendo analogía con un puente que, construido con materiales de poca elasticidad, puede permanecer incólume por mucho tiempo, sólo para desplomarse de golpe y sin previo aviso cuando las presiones sobrepasan un cierto umbral. Un puente más flexible, en cambio, puede resultar a la postre más resistente, del mismo modo que una constitución flexible puede contener mejor ciertas presiones sociales que de otro modo derivarían en revoluciones o guerras civiles. *“La adaptabilidad es el mérito, y la inseguridad el defecto, de las constituciones flexibles, por lo que la contracara que corresponde a la durabilidad de las constituciones rígidas es su menor capacidad para responder a los cambios en las condiciones económicas, sociales y políticas”*<sup>3</sup>.

La otra característica es la “definitividad”. Ya que la constitución rígida es, por definición, un límite al accionar legislativo, se hace preciso identificar con precisión qué disposiciones la confor-

3 Bryce, op. cit., p. 41.

man y cuales no, ya sea que estas consten en un documento o en varios. Esto no significa, advierte Bryce<sup>4</sup>, que un ciudadano de un país gobernado bajo una constitución rígida pueda conocer toda la materia constitucional simplemente leyendo los documentos normativos: *“ninguna ley ha sido jamás escrita de un modo tal que pueda anticipar todos los casos que pueden surgir”*. Algunas omisiones serán graves, y sólo encontrarán resolución con futuras enmiendas constitucionales. Otras, de menor gravedad, serán suplementadas mediante leyes y actos administrativos. Pero hay también una tercera categoría de oscuridades que no deriva de omisiones del constituyente, sino de *“aquellos términos cuyo sentido es dudoso. [...] debe notarse que tanto la legislación como los usos, llenando los espacios vacíos en la Constitución, y la interpretación explicando su aplicación a una serie de casos nuevos a medida que van surgiendo puntos no expresamente cubiertos por sus palabras, expanden y desarrollan una Constitución, y luego de un intervalo prolongado pueden hacerla diferente de lo que parecía ser a quienes la vieron en su infancia. Los estatutos, usos y explicaciones mencionadas vendrán a convertirse en una especie de marco consistente con ella, y que poseerá prácticamente su misma autoridad”*. Si bien Bryce aclara que estos usos y leyes no se confunden con la Constitución en sí misma (en términos más actuales podríamos decir que estas *normas* constitucionales no se confunden con las *disposiciones* constitucionales), lo cierto es que representan, de hecho, *“parásitos flexibles creciendo sobre un tronco rígido”*.

### La interpretación de las constituciones rígidas

El caso de la interpretación de las constituciones rígidas le merece a Bryce un apartado especial<sup>5</sup>. Particularmente le interesan aquellas situaciones en las cuales se hace necesario introducir modificaciones en la constitución, pero el expediente de la reforma constitucional resulta demasiado lento o dificultoso. Bryce observa que en estos casos el intérprete suele recurrir a la llamada “interpretación extensiva”, recurso que califica de “eufemismo”, y cuyo nom-

4 Bryce, op. cit., pp. 37-38

5 Bryce, op. cit., pp. 42 y ss.

bre propone sustituir por el de “evasión”. La “evasión” resulta menos perniciosa para la confianza pública que la violación abierta de la Constitución, ya que permite a las autoridades afirmar su respeto al texto constitucional mientras que con su conducta, justificada o no, *“lo estiran y lo tuercen”*.

Si Bryce hubiese podido tomar contacto con los desarrollos modernos en el análisis del lenguaje y su aplicación al estudio teórico de la interpretación que analizaremos en el apartado que dedicaremos a la interpretación de las constituciones, posiblemente no habría calificado de “eufemismo” a la interpretación extensiva, o al menos, no habría asumido tan ingenuamente que las palabras poseen un sentido natural y obvio. Sin embargo, su intuición fundamental de que las constituciones no sólo cambian mediante el ejercicio de los procesos de reforma previstos por ellas, sino que también lo hacen mediante la acción o inacción de las autoridades encargadas de su interpretación, es una idea que permanece plenamente vigente y que nos proponemos investigar a lo largo de este trabajo.

En efecto, Bryce reconoce que la facilidad que las autoridades tendrán para “evadir” la Constitución depende directamente de cuál sea el órgano que tiene la potestad de interpretarla. Aquí constata una diferencia patente entre los países de derecho consuetudinario y los de derecho romano. Mientras que en los primeros, ya en su época, se podía afirmar como un principio universal el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en manos del Poder Judicial, los de tradición romana en general no habían incorporado ningún control de este tipo (recordemos que el control concentrado, más característico de los países de tradición romanística, aparecería en la constitución austriaca recién unos quince años después de la publicación de *Constitutions*). En estos últimos, constataba Bryce, el poder legislativo suele ser árbitro de sus propias potestades ya que, para estas naciones, el control de constitucionalidad es una cuestión demasiado política como para dejar en manos de funcionarios no electos. Si bien observa que esto implica un debilitamiento considerable de la fuerza de una constitución rígida, no llega a dar lo que parecería ser el próximo paso natural en el razonamiento: afirmar

que, allí donde no hay un control de la constitucionalidad de las leyes, no puede existir una constitución propiamente *rígida*, salvo que la clasificación refiera a una cuestión algo más trivial, como por ejemplo, a la modificación de las disposiciones constitucionales, y no a la forma en la que se modifican sus normas. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Sin embargo, aún en países en los que se admite el control judicial de constitucionalidad, Bryce se sorprende de que los tribunales muchas veces permitan que las normas constitucionales sean “estiradas”, si es que la opinión pública se alinea férreamente detrás del Parlamento, ya que *“las Cortes son ellas mismas afectadas por esta opinión”*. Considerando la forma en que efectivamente se desenvuelven las sociedades, dice, *“tiene que haber algún espacio para la expansión o extensión en alguna parte de todo esquema de gobierno; y si la constitución es rígida, la flexibilidad debe ser suministrada por el pensamiento de los jueces (...) ¿Hay algún peligro en esto? (...) Por cierto. Tan sólo la opinión pública y la tradición establecida pueden prevenirlos. Pero en última instancia, todos los gobiernos libres descansan en la opinión pública y la tradición”*.

### Rigidez de la Constitución e institucionalidad política

Finalmente, Bryce observa que las constituciones flexibles tienen una mayor afinidad con gobiernos de estructura aristocrática, especialmente cuando son del tipo no estatutario. Por un lado, los vericuetos de los marcos normativos consuetudinarios requieren una formación más profunda que aquella a la que puede acceder la mayoría de la población, mientras que las constituciones rígidas y estatutarias pueden llegar a ser comprendidas con mayor facilidad por personas de educación media: *“A los no instruidos les gustan las cosas llanas, simples y directas”*. Pero, por otro lado, las constituciones flexibles gozan de mayor aprobación entre las clases aristocráticas porque permiten una mayor discreción a los gobernantes: *“Las aristocracias aprecian esta latitud. La aprecian porque es principalmente en miembros de su clase que estos cargos recaen, porque estas personas pueden actuar con libertad, realizar su voluntad, llevar adelante su visión sin temor de transgredir algún estatuto. Por otra*

*parte los miembros menos conspicuos de la clase alta tienen en todo caso pocas razones para temer algún daño de la amplia autoridad de los oficiales, porque su posición social y la influencia de sus conexiones familiares les protegen del tratamiento arbitrario. La masa de la gente no tiene ninguna de estas ventajas”*. Aquí, se encuentra, claro está, la génesis de las constituciones rígidas: *“[Las masas] tienen todo para ganar y nada que perder si pueden restringir [el poder] mediante las limitaciones fijas y definidas que congenian mejor con las constituciones rígidas que con las flexibles”*. Tanto es así, que las constituciones rígidas *“han llegado a ser consideradas como instituciones características de la democracia”*.

Sin embargo, en unos pasajes que parecen vigentes aún hoy, Bryce observa que la preferencia de las aristocracias por la flexibilidad constitucional y de las masas por la rigidez, había comenzado a invertirse en los años previos a la publicación de su libro, porque *“la multitud ya no teme más a los abusos de sus gobernantes. Ella misma es gobernante, acostumbrada a ser elogiada y adulada. Ya no siente la necesidad de la protección de las constituciones rígidas. Y en los Estados Unidos se molesta con las restricciones al accionar legislativo representado por las constitución federal o las estatales (según el caso), las que han rodeado a los derechos de propiedad y a los contratos de salvaguardas detestables, no sólo para el partido llamado Socialista, sino para reformistas de todo tipo”*. Tendencias similares habrían llevado a algunos ingleses que según Bryce calificaban entre *“los menos inclinados a confiar en la democracia”* a sugerir la necesidad de una constitución rígida para el Reino Unido, mientras que *“hace sólo un siglo [escribía hacia 1884] los revolucionarios eran los apóstoles, y los conservadores los enemigos, de las constituciones rígidas”* <sup>(6)</sup>.

6 Bryce, op. cit., p. 51



## Replanteo analítico de la clasificación

### Importancia científica

Como sabemos, la clasificación es una operación intelectual, generalmente asociada al proceso de teorización de cualquier objeto de estudio, y en particular, del derecho.

Para ello, el teórico procede a seleccionar uno o varios aspectos, criterio, eje o 'variable' relevante de su objeto, y a partir de su presencia o ausencia, va dividiendo su universo conceptual en clases lógicas.

La importancia de esta operación radica en dos cosas. En primer lugar, destaca una propiedad o variable relevante del problema. En segundo lugar, a partir de ella, permite manejar con mayor facilidad y precisión fenómenos muy complejos.

Entonces ¿cuál es el criterio de la clasificación?

En principio, la clasificación toma como criterio la forma o procedimiento de modificación de la constitución: si no tiene diferencias con el legislativo, es flexible, si tiene un procedimiento especial (más riguroso), es rígida. En otras palabras, una constitución flexible sería aquella en la cual no existe diferencia entre los actos legislativos y los actos constituyentes, mientras que, a partir de la introducción de diferencias, comenzaría una escala de rigidez que podría llegar a la prohibición de toda modificación de la constitución, con lo cual llegaríamos a la existencia de constituciones o cláusulas pétreas o eternas.

Sin embargo, ya en el siglo XX estaba muy difundida una distinción relevante, entre constitución en sentido formal y constitución viva o real, etc. Esta falta de análisis del término "constitución" será una de las claves del replanteamiento contemporáneo del problema.

## Indicadores formales de rigidez

Un punto que debe esclarecerse es el relativo a qué significa rigidez, o mejor dicho, cuáles son los criterios de rigidez, ¿rigidez de qué? Al respecto deben considerarse las siguientes características.

a) un primer criterio de rigidez estaría dado por el número de órganos que deben intervenir preceptivamente para el logro de la reforma constitucional. En este sentido es muy notoria la diferencia entre legislación y constitución en un estado de tipo federal, como los Estados Unidos, porque para la reforma constitucional se requiere la intervención aprobatoria de un porcentaje de las legislaciones estatales. Aún en el caso de estados unitarios, la rigidez puede surgir del hecho de que además del voto del parlamento se requiera, por ejemplo, la ratificación plebiscitaria.<sup>7</sup>

En los países de la Unión Europea, ninguno de ellos (ni siquiera los que han adoptado un sistema federal o similar) es necesario el consentimiento de los Estados miembros o regiones para reformar la Constitución. En el caso de la «Constitución» de la Unión Europea, sin embargo, las cosas son distintas: Esta «Constitución» es más rígida que la de los Estados Unidos, pues para reformar los Tratados fundacionales de la Unión se exige el consentimiento de todos los Estados miembros).

b) Un segundo criterio para evaluar la rigidez de la reformabilidad constitucional consiste en atender a las mayorías requeridas para operar la reforma. Algunas Constituciones requieren una supermayoría parlamentaria –así, en los Estados Unidos, Austria, Alemania, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Grecia y España. Bajo otras Constituciones, en cambio, basta una mayoría simple (Dinamarca, Irlanda y Suecia). Otras exigen una supermayoría del Parlamento, pero si el pueblo participa directamente a través de un referendun, basta entonces una mayoría simple del Parlamento (Francia, Italia)

7 Conforme Víctor Ferreres Comella, Una defensa de la rigidez constitucional, en Doxa n° 23 (2000), página 29 y siguientes.

c) Un tercer factor a considerar es si se exige o no la participación del pueblo. Ésta puede ser directa (a través de un referéndum) o indirecta (a través de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar la reforma). Ejemplos de ello pueden encontrarse en Dinamarca, Irlanda, Suecia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Grecia. En Austria y España, se exige la participación popular sólo para algunos supuestos.

d) Se ha señalado que “El problema de la rigidez constitucional no puede contemplarse desde el solo ángulo de la reforma constitucional. Hay también rigidez constitucional cuando las prescripciones legales-constitucionales están redactadas sin la flexibilidad necesaria que permita a las autoridades adaptar el texto constitucional a los cambios sociales sin necesidad de enmendarlo. Seguido muchos aspecto todos de desarrollo constitucional pueden dejarse a la regulación de la ley. Una constitución muy prolija y que pretenda regular todos los aspectos de la vida del estado corre el riesgo de convertirse rápidamente en instrumentos lento e inactual. Una constitución más bien breve, que contenga las normas fundamentales del estado, que permite una cierta discreción al cuerpo deliberante, puede ser un eficaz remedio a la inestabilidad política”<sup>(8)</sup>

### Indicadores contextuales de rigidez

Para Ferreres Comella, todos estos criterios jurídico-formales, deberían todavía situarse “en un contexto político, histórico y social más amplio” pues “el grado de rigidez efectiva de la Constitución dependerá de tal contexto”. Como indicadores relevantes de tal contexto menciona:

a) el sistema de partidos políticos. Cuanto más disciplinados sean los partidos, y cuanto más arraigada esté la cultura de la coalición (como ocurre en las llamadas «democracias consociativas»), tanto más fácil será satisfacer la exigencia de alcanzar una supermayoría parlamentaria. En Austria, por ejemplo, ha sido poco gravoso

8 Andueza Acuña, José Guillermo, *Los cambios constitucionales en América*, en: Andueza Acuña y otros, *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, página 13.

(hasta ahora) obtener el apoyo de 2/3 del Parlamento para reformar la Constitución, especialmente durante los periodos de «gran coalición» gubernamental. De hecho, a veces el Parlamento ha aprobado con rango constitucional normas sobre materias ordinarias que en principio deberían haberse aprobado a través de leyes ordinarias. La finalidad de esta elevación de rango ha sido inmunizar esas normas frente al control judicial<sup>(9)</sup>. En los Estados Unidos, en cambio, es más difícil obtener una mayoría de 2/3 del Congreso federal, pues los partidos políticos carecen de disciplina interna, y son raros los pactos estables entre ellos.

b) la historia del país. Así, la Constitución española no es tan rígida como la estadounidense desde un punto de vista formal (salvo cuando se trata de materias sujetas al proceso extraordinario previsto en el artículo 168), y la existencia de partidos políticos disciplinados es un factor que facilita el proceso de reforma. Sin embargo, en España la idea de reformar la Constitución es una especie de «tabú». La razón es que la Constitución expresa, entre otras cosas, un compromiso o consenso entre las principales fuerzas políticas a fin de zanjar de manera pacífica ciertas querellas que en el pasado dividieron a los españoles de forma trágica. La Constitución se elaboró con la memoria de la guerra civil. Dado este trasfondo, existe un interés estratégico entre los principales líderes y partidos para que la Constitución se «toque» lo menos posible. Esta actitud general beneficia a todas las cláusulas constitucionales, incluso a aquellas que no tienen nada que ver con los grandes pactos constituyentes<sup>(10)</sup>.

9 Acerca de esta práctica austríaca, véase Heinz Schäffer, «Austria: La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador», en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel, 1998), págs. 40-42.

10 La consecuencia de todo ello es que hasta ahora sólo se ha aprobado una reforma del texto constitucional (la reforma de 27 de agosto de 1992, que modificó el artículo 13.2), que fue necesaria para que España pudiera ratificar válidamente el Tratado de Maastricht de 1992. De hecho, el gobierno español intentó convencer al Tribunal Constitucional de que no era necesario reformar la Constitución. Véase la Declaración del Tribunal de 1 de julio de 1992.

c) También puede ocurrir que las tradiciones políticas del país sean «conservadoras», en el sentido de que la sociedad entienda que deben darse razones de mucho peso antes de proceder a una reforma constitucional. Esta actitud de cautela y de respeto por el pasado puede proteger fuertemente a una Constitución frente al cambio, aunque se trate de una Constitución flexible esta alta argumente ser bueno no lo demás se (o muy poco rígida) desde el punto de vista jurídico-formal. En definitiva, la rigidez *efectiva* de la Constitución depende del juego de las exigencias jurídico-formales, por un lado, y de las circunstancias políticas, históricas y sociales, por otro.

Tras este panorama general, pasemos ahora a examinar los problemas que plantea la rigidez desde un punto de vista normativo.

### Criticas dirigidas a la clasificación

#### En cuanto a su relevancia conceptual

La primera crítica a la clasificación la planteó K.C. Wheare, porque una clasificación que coloca a casi todas las constituciones del mundo como rígidas y sólo a una o a dos como flexibles, tiene poco significado; además, se presta a confusiones porque parecería que una constitución que establece un órgano y procedimientos especiales para su reforma, se alteraría menos que una que no lo hiciera. La afirmación anterior interpreta malamente lo que la original clasificación de las constituciones en rígidas y flexibles intentaba resaltar: la existencia o la ausencia de algunos requisitos formales en el proceso jurídico de reforma constitucional. <sup>(11)</sup> Wheare propuso resignificar la distinción para denotar si la constitución realmente se modifica o no con facilidad. <sup>12</sup>

11 Wheare, K.C. *Modern Constitutions*, Londres, Oxford Paperbacks Univ. Series, 1966, pp.16-17, apud. Jorge Carpizo, *La democracia y la clasificación de las constituciones. Una propuesta*, en: *Anuario Jurídico IX. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional 1981*, México, UNAM, 1982, pp. 352-353.

12 Wheare, *op.cit.*, pp. 22.

### En cuanto al conflicto entre rigidez y jerarquía<sup>13</sup>

Algunos autores se plantean si puede afirmarse que una constitución 'flexible' tiene supremacía respecto de la ley, porque si se ha definido la palabra Constitución a partir del criterio formal de la jerarquía (la Constitución es el conjunto de normas jurídicas superiores al resto de las normas, incluyendo las leyes) se preguntan si no es una contradicción hablar de "constituciones flexibles", es decir, de constituciones que pueden reformarse por el mismo procedimiento ordinario mediante el cual se aprueban las leyes?

Para Ignacio de Otto, por ejemplo, no hay contradicción porque se puede distinguir perfectamente entre jerarquía y rigidez. Las constituciones son, por definición, superiores a la ley. Sin embargo, las constituciones pueden ser flexibles o rígidas, según puedan o no reformarse siguiendo un procedimiento legislativo ordinario. No es un absurdo el caso de una Constitución que es superior a la ley, pero que puede reformarse por una norma posterior aprobada por el mismo procedimiento legislativo que se sigue para aprobar las leyes. No es un absurdo, dice de Otto, siempre que se exija para tener válidamente reformada la Constitución que la norma posterior que contradice la Constitución declare expresamente su voluntad de reforma."

Para explicar su tesis, Ignacio de Otto, Carrillo et. al, ponen un ejemplo: "Imaginemos que una Constitución flexible que declare en el artículo 10: "Queda abolida la pena de muerte". El Parlamento hace una ley que dispone en su artículo 20: "Quien sea considerado culpable de asesinato será castigado con la pena de muerte". El artículo 20 de la ley contradice el artículo 10 de la Constitución y, por tanto, es inválido por inconstitucional. Supongamos que el Parlamento, siguiendo el mismo procedimiento legislativo, aprueba una norma que declara en un único artículo: "Queda derogado el artículo 10 de la Constitución". Dado el carácter flexible de la Constitución, la norma (la "ley de reforma constitucional") es válida. La norma

13 Ver: Carrillo, Marc; Ferreres Comella, Víctor, *Teoría general de la Constitución*, Editorial (UOC) Universidad Oberta de Catalunya, La Universidad Virtual, 2002, pp. 82-83.

pretende reformar la Constitución, lo que puede hacer válidamente, ya que la constitución permite su reforma explícita por una norma posterior aprobada por el procedimiento legislativo ordinario.

Así la constitución que estamos imaginando es superior a la ley (la ley tiene que respetarla), pero es flexible (la constitución puede reformarse por ley ordinaria de revisión constitucional, siempre que ésta declare expresamente su voluntad reformadora). Una vez reformada la Constitución por el procedimiento legislativo ordinario, las leyes que antes habrían sido consideradas inválidas por contradecir la Constitución ahora se considerarían válidas por la sencilla razón de que ya no contradicen ninguna norma constitucional.

Ahora bien, alguien podría replicar a Ignacio de Otto argumentando que la exigencia de reforma explícita hace que el procedimiento de reforma constitucional se tenga que considerar especial con relación al procedimiento legislativo ordinario. En el procedimiento ordinario no rige la exigencia de reforma expresa: la ley posterior deroga la ley anterior a la que contradice aunque no haya declarado expresamente su voluntad de derogarla. Si sólo puede modificarse la Constitución de forma explícita, nos encontramos ante una especialidad procedimental. Existe así un procedimiento especial para reformar la Constitución y, en consecuencia, la Constitución debe considerarse rígida, no flexible. Por tanto, de Otto no ha mostrado que una Constitución pueda ser a la vez flexible y superior a la ley.”

### Claridad teórica

Otro punto discutido en torno a la clasificación que estudiamos, refiere a que no tendríamos una solución clara cuando la constitución no prevé un procedimiento especial para su reforma<sup>14</sup>. La mayoría de los autores considera que, en este caso, la constitución es flexible: lo que hace una constitución será rígida es la existencia de un procedimiento especial para su reforma; sin está previsto nin-

14 Tal el caso histórico de la Constitución de Carlo-Alberto de 1849 en Italia (conocido como ‘Estatuto Albertino’) y la Constitución española de 1876. Es también el caso del período pre-constitucional de la República Oriental del Uruguay (1825-1830), porque la autoridad máxima era la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa.

gún procedimiento especial, se entiende que la constitución puede reformarse por el procedimiento legislativo ordinario, con lo que la constitución es flexible. Sin embargo, es posible vibrantemente inverso, como el del profesor italiano Alessandro Pace. Quien asume que la rigidez es un elemento “natural” de toda constitución escrita, lo cual significaría que si la constitución no dice nada, debe entenderse que no puede reformarse por el procedimiento legislativo ordinario. Es una constitución sólo modificable por el procedimiento legislativo ordinario si así lo disponen expresamente la misma constitución. La consecuencia que la atención que no prevé un procedimiento especial de reforma es inmodificable. Para Pace la previsión en muchas constituciones de un procedimiento especial de reforma no es el fundamento de su rigidez. Más bien, si se compara las constituciones inmodificables con las que son modificables por un procedimiento especial, la previsión de este último procedimiento constituye un “debilitamiento” de la rigidez. Otra cosa, dice Pace, es que sea aconsejable la previsión de un procedimiento reforma, ya que la constitución inmodificable es frágil, al no poderse adecuar a los cambios sociales. No obstante, que el procedimiento especial de reforma sirva para garantizar la rigidez constitucional no quiere decir que sea su fundamento.

El punto se ha prestado a discusión. Para la tesis dominante una constitución que no prevea su reforma sería flexible. Sin embargo, que no preveía su reforma, la idea era hacerla irreformable. De la misma idea es el constitucionalista italiano Alessandro Pace, para quien el silencio de la Constitución debe ser interpretado en el sentido de que la Constitución no puede ser modificada en absoluto (rigidez máxima), o de que sólo puede serlo a través de un procedimiento análogo al que se siguió en su día para su aprobación. En ningún caso se trataría de una Constitución flexible.<sup>15</sup>

15 Sobre este debate, puede verse: Pace, Alessandro; Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, «Cuadernos y Debates» número 58.

## La clasificación en la dogmática uruguaya

### Introducción

En nuestra dogmática constitucionalista, resulta habitual a la hora de presentar la clasificación de las constituciones, la referencia a las categorías de rígidas y flexibles. De la compulsión de la misma, resulta claro que existe un consenso bastante extendido en cuanto a que nuestra Carta, se inscribe dentro de las Constituciones rígidas.

Examinemos entonces la presentación de las categorías de Constitución rígida y flexible que realizan los constitucionalistas uruguayos y las consecuencias que consideran que a su juicio se derivan de la misma.

### La recepción inicial de la clasificación

La clasificación de Bryce fue recibida tempranamente en nuestro país, siendo ya manejada por Juan Andrés Ramírez en su ensayo “El Derecho Constitucional en la Universidad”, del año 1906<sup>16</sup>, si bien recién hacia la década de 1950, luego de la edición española de algunos de sus ensayos bajo el título de “Constituciones rígidas y flexibles”, su obra se difundirá de manera más amplia entre los juristas hispanoparlantes.

Otro gran constitucionalista de la época, Justino E. Jiménez de Aréchaga, también mostró una recepción temprana y entusiasta de Bryce en nuestro medio (<sup>17</sup>)

Por otra parte, dado que la amplia voluntad reformista que imperaba en nuestro país desde el último cuarto del siglo XIX, se veía obstaculizada por la extrema rigidez de la constitución de 1830, la obra de Bryce estuvo presente con frecuencia en los debates pú-

16 Ramírez, Juan Andrés. *El Derecho Constitucional en la Universidad*, Montevideo: Editorial El Siglo Ilustrado, 1906. Ramírez confiesa en el capítulo “Transformación incesante de las Constituciones” que la obra de Bryce es la que inspira su ensayo, qué, cabe recordar, fue presentado por el constitucionalista uruguayo para obtener la cátedra vacante tras la muerte de Justino Jiménez de Aréchaga.

17 Jiménez de Aréchaga, Justino E., *Sobre Inaplicabilidad de Leyes Inconstitucionales*, Montevideo, Editorial El Siglo Ilustrado, 1915.

blicos, y en especial en la Convención Nacional Constituyente de 1916-1917.

### La clasificación en las décadas del '40 y el '50

Justino Jiménez de Aréchaga, el tercero de los Aréchaga en la cátedra de Derecho Constitucional de nuestra Facultad de Derecho, fue quien acometió el primer estudio completo y detallado de nuestro ordenamiento constitucional.

Respecto del tema que nos ocupa, Aréchaga nos previene que no cabe calificar como constituciones flexibles a las constituciones no escritas. Señala que la rigidez deriva del grado de dificultad de revisión del texto constitucional, y que dicho grado aumenta o disminuye en la medida que se dificulta o facilita la posibilidad de poner en movimiento los procedimientos de reforma de la Constitución. Para este autor, es posible hablar de grados de rigidez, pero no de grados de flexibilidad. Una constitución sólo es flexible en la medida que su procedimiento de reforma es idéntico al procedimiento de sanción de las leyes, sin que quepan grados intermedios.

No se pronuncia por ninguno de ambos sistemas, simplemente enumera algunas ventajas y desventajas de cada uno de ellos<sup>18</sup>.

Por su parte, Alberto Ramón Real examina la clasificación al estudiar la existencia de un Poder Constituyente. Para este autor, el hecho de que exista una constitución rígida, implica que deben establecerse mecanismos de defensa de la Constitución frente al legislador ordinario, para asegurar el reestablecimiento del orden jurídico en caso de que la norma subordinada (Ley ordinaria) ataque lo establecido por la norma superior (Constitución)<sup>19</sup>.

18 Jiménez de Aréchaga, Justino E.: “*Teoría del Gobierno*”, T. II, FCU, Montevideo, págs. 126 y 127.

19 REAL, Alberto Ramón: “*Derecho Constitucional*”, T. I, Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, 1967, págs. 103 y 104.

## La clasificación en los contemporáneos.

### a. *Cassinelli Muñoz*

Señala que: “la existencia de procedimientos especiales destinados a reformar la Constitución, es decir, la existencia de diferencias formales, de procedimiento, entre los actos constitucionales y los actos legislativos, se acostumbra recordar diciendo que la Constitución uruguaya es rígida. Cuando se dice que una constitución es rígida se quiere decir simplemente eso: que los procedimientos para reformarla difieren de los procedimientos para dictar las leyes ordinarias: los actos constitucionales se diferencian formalmente de los actos legislativos.

Si se dicta una ley que establece una norma contradictoria con lo que dice la Constitución, la Constitución no resulta derogada porque la ley no puede modificar lo que dice la Constitución, en eso consiste la rigidez de la Constitución, que es simplemente el hecho de que la Constitución tenga mayor valor y fuerza que las leyes. La Constitución uruguaya desde 1830 siempre fue rígida, siempre se necesitaron procedimientos especiales para su reforma.”<sup>(20)</sup>

### b. *Pérez Pérez*<sup>(21)</sup>

Es el autor que más atención ha prestado a la distinción. Conceptualiza la distinción, diciendo que la misma radica en determinar si la Constitución ha de ocupar, en la escala normativa la misma posición que la legislación ordinaria o si se destacará de ella por su rango formal. Recuerda que hay países como el Reino Unido, Irlanda o Israel, donde no existe una distinción formal ni jerárquica entre las leyes de contenido constitucional y las demás leyes.

Transcribe un pasaje de la obra de Bryce <sup>(22)</sup>, y señala que este autor pensó también en otras denominaciones para la distinción.

20 Cassinelli Muñoz, Horacio: “Derecho Público”, FCU, Montevideo, 2009, pág. 51.

21 Pérez Pérez, Alberto: “Derecho Constitucional Uruguayo”, T. I, Universidad, Montevideo, 1993, págs. 78 y siguientes.

22 La edición de la obra de James Bryce “Constituciones flexibles y constituciones rígidas” citada por Pérez Pérez corresponde a la traducción al español hecha

Así, relata que pensó en llamarlas “cambiantes y estáticas” y “fluidas, sólidas y cristalizadas” pero prefirió denotar la distinción con los términos rígidas y flexibles.

También señala que, dentro de las Constituciones rígidas, puede observarse distintos grados de rigidez. Desde el momento en que aparece una diferencia, por mínima que sea, con las leyes ordinarias, estaremos en presencia de una Constitución rígida, pero según la mayor o menor complicación del procedimiento de reforma constitucional, ella será más o menos rígida. Una Constitución extremadamente rígida, era nuestra Carta de 1830, la cual exigía la concurrencia de tres legislaturas sucesivas (una que declarara que la reforma era de interés nacional, otra que aprobase o propusiese la reforma y una tercera que la ratificase).

Pérez Pérez enumera dos elementos que distinguen a las normas Constitucionales de las legales, en los sistemas jurídicos donde rige una Constitución rígida.

Un aspecto orgánico, que menta que deben intervenir órganos distintos a los que son competentes para el dictado de las leyes ordinarias. Ejemplos de estos órganos, son una asamblea especialmente elegida a tales efectos o la intervención del cuerpo electoral.

Un aspecto formal, que tiene que ver con que el procedimiento de reforma sea distinto al de elaboración de la ley ordinaria. Aún cuando el órgano pueda ser el mismo que el encargado de dictar las leyes ordinarias, si existe un procedimiento especial para reformar la Carta (exigencia que también puede acumularse con la intervención de otros órganos)-.

La consecuencia de esto es que las normas constitucionales, en los países donde rige una constitución rígida, tienen un rango jerárquico superior al de la ley ordinaria. Por lo tanto, las leyes que resulten contrarias a la Constitución pueden ser reputadas leyes inconstitucionales.

por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952. Refiere en la nota al pie de que la obra fue publicada originariamente con el nombre de “Flexible and Rigid Constitutions” en *Studies in History and Jurisprudence*, I, Oxford, 1901; véase Pérez Pérez, Alberto, ob.cit, pág. 66.

Concluye el autor, que si bien en nuestro país, hasta la Constitución de 1830 las leyes podían regular materia constitucional y no se distinguían de las demás leyes, desde la Constitución de 1830, la nuestra ha sido una Constitución rígida.

*c. José Korzeniak*

Luego de ubicar el origen de la clasificación, citando a Bryce, a quien refiere como el autor que sistematizó la clasificación, Korzeniak también define a las constituciones rígidas como aquellas que prevén, para su reforma, un procedimiento distinto al de la elaboración de las leyes ordinarias. Señala que nuestra Constitución es una constitución rígida porque prevé un mecanismo especial para su reforma.<sup>23</sup>

*d. Martín Risso Ferrand*

Define del mismo modo a las categorías, y también concluye que nuestra Constitución es una constitución rígida. Este autor hace referencia a que la mayoría de las Constituciones en el mundo de hoy son constituciones rígidas. Como ejemplo de constituciones flexibles, cita las leyes materialmente constitucionales, que rigieron en nuestro país entre 1825 y 1828, puesto que podían ser derogadas por otras normas con rango de ley. Otro ejemplo que maneja es el de Inglaterra, donde la parte escrita de la Constitución inglesa, está contenida en leyes ordinarias, por lo que las mismas podrían ser reformadas por otras leyes. Finalmente refiere a la categoría de las constituciones semi rígidas manejada en nuestro país por Cagnoni y Esteva Gallicchio, cuyas opiniones citamos seguidamente.<sup>24</sup>

*e. José A. Cagnoni*

Cagnoni distingue entre constituciones rígidas y flexibles, al igual que los demás autores, pero introduce una tercera categoría: las semirígidas. Para Cagnoni, es preciso aludir a constituciones

23 Korzeniak, José: “Primer Curso de Derecho Público”, FCU, Montevideo, 2006, págs. 60 a 63; véase también, pág. 91.

24 Risso Ferrand, Martín, “Derecho Constitucional”, FCU, Montevideo, 2005, págs. 36 a 38.

rígidas en cuanto debe ajustarse su reforma a las exigencias indicadas – órgano y procedimiento – o al menos a procedimientos especiales, pero una vez promulgadas, devienen en semirígidas. Las razones por las que ello sucede, es que es posible que el legislador sancione normas contrarias a la Constitución, y, en la medida que, en nuestro derecho la Administración esta obligada a aplicar la Ley y sobre todo, que los jueces no pueden desaplicar normas que resulten contrarias a la Constitución, concluye que la ley formal puede provocar reformas indirectas en la Constitución. En esos casos, la rigidez predicada formalmente queda quebrada, por lo que puede hablarse de constituciones semirígidas.

Afirma el autor que la rigidez como tal, sólo aparece con claridad, cuando el sistema de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos obedece a los “principios kelsenianos”, por lo cual, la ley declarada inconstitucional resulta expulsada del sistema jurídico, resplandeciendo entonces la soberanía de la Constitución. El hecho de que nuestro sistema sólo habilite a desaplicar la norma inconstitucional para el caso concreto conduce al autor a concluir de que nuestra constitución puede clasificarse como semirígida.<sup>(25)</sup>

*f. Esteva Gallicchio*

El prof. Esteva comparte también la categoría de constituciones semi-rígidas, pero vinculándola no sólo a la falta de control de constitucionalidad, sino también con la existencia de disposiciones en la constitución que autorizan su modificación por disposiciones de rango inferior, como es el caso de los arts. 79 inc. 1º, 88 inc. 3º, 174 inc. 3º y 269.<sup>(26)</sup>

25 Cagnoni, José Aníbal: “El Derecho Constitucional Uruguayo”, Montevideo, 2006, págs. 28 y 29. Véase también pág. 33. Como veremos más adelante, esta posición se funda en la tesis sustentada por Hans Kelsen en 1928, que vincula rigidez constitucional con el control de constitucionalidad.

26 Ver: Esteva Gallicchio, E., Lecciones de Derecho Constitucional 1º, t. I, Edit. RUDCP, 1992, p. 32; Ídem, El consenso político como fundamento de un decreto inconstitucional, en Rev. Uruguay de Derecho Constitucional y Político, t.III, nº 13-14, (1986) p.61.

## Conclusiones sobre la clasificación en la dogmática uruguaya

La revisión de la doctrina de nuestra cátedra de derecho constitucional nos permite extraer algunas conclusiones interesantes para la investigación que nos propusimos:

- a. la clasificación fue recibida casi simultáneamente a su presentación en Europa, lo cual habla de una notable actualidad científica de los iniciadores de los estudios constitucionales en el Uruguay.
- b. desde su recepción, fue utilizada sistemática, generalizada e invariablemente para catalogar a nuestro régimen constitucional como rígido.
- c. sólo en los últimos tiempos, aparecen algunas grietas en esa convicción sustentada por más de un siglo.
- d. salvo algunas excepciones que mostramos, no encontramos en nuestros constitucionalistas ni una crítica ni una revisión de la clasificación ni menos de sus supuestos epistemológicos y teóricos.

## Realidad constitucional: 'e pur si muove'

### Introducción

Hemos visto la configuración de la clasificación, y sus connotaciones en la doctrina tradicional.

También hemos podido observar que mientras que en la doctrina extranjera se empieza a cuestionar esta clasificación, en la doctrina nacional se reitera una y otra vez sin mayor cuestionamiento.

Como siempre, quienes mandan sobre la teoría son los hechos: en materia científica, si los la teoría no da cuenta satisfactoriamente de los hechos, entonces peor para la teoría, que deberá ser reformulada en algún sentido.

Lo que hace colapsar a la teoría formal de la rigidez de las constituciones es la constatación -una y otra vez- de modificaciones

-a veces muy significativas- de las normas constitucionales, sin que su rigidez sea puesta en cuestión.

Para apreciar esto, nada mejor que mencionar algunos casos muy relevantes que muestran lo que queremos decir.

## Mutaciones en el procedimiento legislativo

El caso quizás más notable y claro de mutación constitucional sea el operado sobre el procedimiento legislativo.

En efecto, el artículo 216 inc. 2° de la constitución dispone que:

“No se incluirá ni en los presupuestos ni en las leyes de Rendición de Cuentas, disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato de Gobierno ni aquellas que no refieran exclusivamente a su interpretación o ejecución”.

A partir de ese texto claro, y de los antecedentes (que datan de la Constitución de 1934), esta disposición ha sido interpretada unánimemente por nuestras cátedras de Derecho Constitucional<sup>27</sup> y Derecho Financiero<sup>28</sup> como consagrando el principio de 'especia-

27 Ver: Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, Montevideo, Medina, t. VII, p. 183; Cassinelli Muñoz, Horacio, Opinión Consultiva acerca de art. 216 inc. 2° de la Constitución, en RDJA, t.66, pp. 36-39; Real, Alberto Ramón, Instrumentos jurídicos e institucionales, en: Uruguay: una política de desarrollo, Cuaderno n° 17, Facultad de Derecho y CC.SS., 1966, pp. 139-199, también publicado en: LJU, abril 1965; Esteva Gallicchio, Eduardo, Una errónea e innecesaria interpretación del inciso 2° del artículo 216 de la Constitución, en RDJA, t. 72 (1972), p. 69; Ídem, Nuevamente sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia respecto de la inclusión en las leyes presupuestarias o de rendición de cuentas de disposiciones comprendidas en las prohibiciones establecidas en el inciso 2° del artículo 216 de la Constitución, en: Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, t.VII, n°39 (1990), pp. 299 y ss., E. Markwald, C.A., Inconstitucionalidad de normas extrapresupuestales incorporadas a las leyes de rendición de cuentas, en Anuario de Derecho Administrativo, Montevideo, FCU, 1990, pp. 254-256; Moreira Piegas, Roberto, Una aproximación en la interpretación del contenido de las normas constitucionales referentes a la Hacienda Pública, en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, t.VII, n° 41, (1991) p. 449 y ss.; Korzeniak, José: "Primer Curso de Derecho Público", FCU, Montevideo, 2006, p. 152.

28 Ver: Valdés Costa, Ramón, Finanzas – Presupuesto, Montevideo, CED, 1951, p. 106; Peirano Facio, Juan Carlos, Deuda Pública y Presupuesto, Montevideo, CED, 1962, p. 88; Sarlo, Oscar, Presupuesto, Justicia y contralor, Montevideo, FCU,



lidad presupuestal; prohibiendo que por el procedimiento presupuestal se aprueben disposiciones extrapresupuestales.

Sin embargo, a pesar de algunas excepciones<sup>29</sup>, la Suprema Corte de Justicia ha convalidado constantemente esta práctica<sup>30</sup>, declarando que:

*“lo que el precepto prohíbe no es que en la ley de Presupuesto -ley tanto en sentido formal, como en sentido material- se inscriban otras normas de distinta sustancia: sino que se les dé carácter general o definitivo, proyectándolas hacia el futuro, a las normas específicamente de contenido presupuestal; a las que definen una gestión política de gobierno, y a las que han previsto la interpretación del acto técnico que todo Presupuesto entraña”*

Como fundamento de fondo, de dudosa constitucionalidad, la Corte invoca “una práctica constante en la materia presupuestal y en leyes de rendición de cuentas incorpora en los textos legales pertinentes (...) normas que tienen contenido distinto al estrictamente presupuestal”.<sup>31</sup>

Quiere decir que la práctica constante del sistema político legislativo, más la convalidación jurisdiccional del órgano encargado de controlar la regularidad constitucional de las leyes, ha operado una significativa modificación del proceso legislativo, porque es evidente que el valor de los plazos y los silencios del procedimiento presupuestal son significativamente diferentes a los del procedimiento legislativo ordinario.

## Delegación de atribuciones parlamentarias en materia tributaria

### a. Fijación de alícuotas por parte del Poder Ejecutivo.

1992, p. 104, entre otros.

29 Ver sentencias números 38/1964, 38/1966; además, cabe consignar que a fines de la década de os '90, aparecieron algunas discordias en la Corte, integrada con el Dr. Hugo Malherbe, que abrieron una tenue brecha en la constante jurisprudencia.

30 Ver Sentencias números 163/1962, 138/1967, 28/1968, 80/1968, 90/1968, 122/1969, 144/1969, 87/1970, 87/1972, 90/1990, entre muchas otras.

31 Ver, inter alia, Sentencia n° 64/1990, de 25-7-1990.

En este punto, vemos que la Corte ha realizado una interpretación permisiva y legitimante de la vulneración del principio de legalidad en materia tributaria consagrado, básicamente, en los artículos 10 y 85 numeral 4°.

En nuestro derecho, es conteste la dogmática en cuanto a que la ley debe establecer todos los aspectos relativos a la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria (presupuesto, base de cálculo, exoneraciones, alícuotas) así como los relativos a la responsabilidad tributaria, a la tipificación de infracciones, imposición de sanciones y establecimiento de limitaciones a los derechos y garantías individuales.

La delegación de las funciones legislativas está completamente prohibida por la Constitución<sup>32</sup> Empero, es posible advertir, desde larga data, que ciertas competencias, atribuidas por la Constitución al legislador en forma privativa, han venido siendo delegadas en el Poder Ejecutivo, lo que ha sido legitimado por la jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia.

Parece bastante claro de acuerdo a los desarrollos de nuestra doctrina en materia de principio de legalidad, que sólo la ley puede fijar las alícuotas aplicables, sin embargo, se ha facultado por ley al Poder Ejecutivo a fijar las alícuotas de impuestos.

Por ejemplo, en materia de recargos a la importación, se ha habilitado al Poder Ejecutivo a fijar alícuotas que van desde el 0% al 300%.

Dicha delegación ha sido considerada constitucional por la Suprema Corte de Justicia por una Sentencia del 29.03.1967, en un caso en que se cuestionaba las delegaciones que, en el Poder Ejecutivo, hacía la Ley de reforma cambiaria y monetaria No. 12.670.<sup>33</sup> A partir de esa sentencia, la jurisprudencia de la Corte ha venido reafirmando esa tesitura, pese a algún pronunciamiento aislado en

32 Peirano Facio, Juan Carlos: “Los principios de legalidad y de igualdad en materia tributaria a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia”, Anuario de Derecho Tributario, T. 1, Instituto de Finanzas Públicas, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, FCU, 1988, págs. 15 y siguientes.

33 LJU, T. 58, Caso No. 6850.

sentido contrario<sup>34</sup>. En definitiva, no se considera que la delegación en el Poder Ejecutivo de la fijación de alícuotas vulnere el principio de legalidad.

La delegación en la fijación de alícuotas, como dice Valdés Costa implicó una transgresión en la aplicación del principio de legalidad que comenzó con la Ley 12.670 pero que se adquirió gravedad por su generalización y permanencia a partir del gobierno de facto de 1973 y reiterada por los sucesivos gobiernos de la post-dictadura<sup>35</sup>.

b. Designación de agentes de retención y percepción

Otro ejemplo dentro de la temática tributaria, relativo a la flexibilización de las atribuciones parlamentarias legislativas, los constituye la designación de agentes de retención y percepción aún de responsables tributarios en general.

A efectos de facilitar la recaudación, se ha extendido la práctica de que las leyes deleguen en el Poder Ejecutivo la facultad de designar responsables de impuestos. A vía de ejemplo el artículo 70 de la Ley No. 16.134 facultó al Poder Ejecutivo para designar agentes de retención y de percepción de todos los tributos recaudados por la Dirección General Impositiva. Por su parte, la reciente ley de reforma tributaria No. 18.083 en su artículo 8, al regular el impuesto a la renta de las personas físicas, faculta al Poder Ejecutivo a designar agentes de retención y percepción, responsables por obligaciones tributarias de terceros y responsables sustitutos de ese impuesto (art. 8 del Título 7 del T.O. 1996).

Siguiendo en este punto los estudios de Blanco<sup>36</sup>, podemos decir que resulta claro que no puede una disposición administrativa designar a un sujeto como sujeto pasivo de una obligación tributaria (sea en calidad de contribuyente o de responsable).

34 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 449/1987 del 2.10.1987, Revista Tributaria No. 81, pág. 503.

35 Valdés Costa, Ramón; Valdés de Blengio, Nelly y Sayagués Areco, Eduardo: "Código Tributario, anotado y comentado", FCU, Montevideo 2002, pág. 145.

36 Blanco, Andrés: "Los agentes de retención y percepción en el derecho uruguayo", Revista Tributaria No. 166, especialmente págs. 15 a 23.

Los artículos 10 y 85 de la Constitución, que confieren a la Asamblea General la potestad tributaria nacional son fundamentos suficientes para descartar que pueda, por sola decisión de la Administración y sin respaldo de la ley erigir a sujetos en deudores de una obligación de pago al Fisco.

El problema se plantea con al delegación de la ley a la administración para la designación de responsables.

A juicio del autor, la Constitución no habilita a la Asamblea General a derivar a otros órganos competencias que le son propias, como si lo hace con otros órganos, por ejemplo faculta al Poder Ejecutivo a delegar atribuciones (art. 168 num. 24) o a los Intendentes Municipales (art. 278). Las competencias atribuidas por la Constitución a un cierto órgano del Estado, sólo pueden delegarse si y solo si la Constitución lo autoriza a texto expreso, cosa que no sucede con las atribuidas a la Asamblea General.

En consecuencia, todas las normas que han delegado en el Poder Ejecutivo la designación de responsables violentan la constitución. La competencia para designar responsables tributarios debe hacerse por medio de una ley en sentido formal y material.

Sin perjuicio de lo expuesto, la práctica nos revela como se ha venido afirmando la delegación en el Poder Ejecutivo de la designación de responsables, cosa criticada casi unánimemente por nuestra dogmática tributaria.

Delegación de atribuciones parlamentarias en materia de contralor de la administración

El año 2003 se creó la figura del Comisionado Parlamentario con el cometido principal de "asesorar al Poder Legislativo en su función de control del cumplimiento de la normativa constitucional, legal o reglamentaria vigente, y de los convenios internacionales ratificados por la República, referidos a la situación de las personas privadas de libertad en virtud de proceso judicial. Igualmente le competará la supervisión de la actividad de los organismos encar-

gados de la administración de los establecimientos carcelarios y de la reinserción social del recluso o liberado” 37

Evidentemente existía un alto consenso para crear esta figura institucional, más allá de las dudas que existían acerca de la posibilidad de creación por vía legislativa, en una constitución rígida en cuanto a los órganos que componen el Poder Legislativo. En especial, si tomamos en cuenta su particular estatuto de independencia y autonomía.

Renuncia a facultades de contralor en materia de asociación con privados

A partir de la década de los '90 comienza un proceso de reforma del Estado uruguayo, en sintonía con las directivas del denominado “consenso de Washington”. Esto implicó unas nuevas modalidades de actuación del Estado en la economía, en especial, una modalidad que era casi desconocida anteriormente: la actuación a través de empresas privadas.

En la década de los '60, este tipo de intervenciones tenían lugar sólo por motivos de emergencia económica, y no como política de gestión normal<sup>(38)</sup>.

Con la reforma constitucional de 1967, esta modalidad aparece prevista expresamente, al agregarse dos incisos al art. 188. Allí se habla de que el Estado podrá “participar en actividades” privadas.

Sin embargo, la utilización de esta herramienta no ha seguido una línea coherente, y por consiguiente, se han generado dudas importantes en la doctrina.

Aquí sólo interesa examinar lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del art. 188:

“El Estado podrá, asimismo, participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por

37 El Comisionado Parlamentario fue creado por Ley n° 17.684.

38 El primer caso de esta modalidad habría sido la expropiación de un conjunto económico de cuatro empresas comercializadoras de lanas por Ley 13.469 de 27-1-1966; cfr. Delpiazzo, Carlos, Actividad empresarial del Estado, en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, t.VII, n° 39, (1990) p. 231.

aportes obreros, cooperativos o capitales privados, cuando concurra para ello el libre consentimiento de la empresa y bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes.

La ley, por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, autorizará en cada caso esa participación, asegurando la intervención del Estado en la dirección de la empresa. Sus representantes se regirán por las mismas normas que los Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.”

A los efectos de la hipótesis que intentamos corroborar, importa destacar que del texto se desprende sin duda que se requerirá que la ley autorice “en cada caso” esa participación.

Sin embargo, una práctica constante del parlamento comenzó autorizando genéricamente a cada empresa estatal a actuar bajo forma de empresa privada (solas o en asociación), sin requerir en cada caso la autorización parlamentaria. Y finalmente se legisló autorizando genéricamente a todas las empresas estatales a actuar bajo forma privada, sin otra intervención parlamentaria.

La clara mutación constitucional se produjo a través de la reinterpretación del término “Estado” y de la expresión “en cada caso”, que fueron adquiriendo nuevo significado para habilitar finalmente la aceptación -no sin resistencias- del nuevo régimen de actuación estatal en la economía.

En efecto, quienes entienden que el término “Estado” está utilizado en sentido estricto (Estado Central), y por lo tanto el art. 188 no se refiere a las empresas estatales, sostienen que la ley puede autorizar las participaciones de manera genérica, sin la cortapisa del “en cada caso”, que sólo regiría para el Estado Central<sup>(39)</sup>. Esta parece ser, también, la opinión de Cassinelli Muñoz. En la legislación es el criterio que se ha seguido en algunos casos<sup>(40)</sup>.

39 Cfr. Cajarville, Juan Pablo, Empresas privadas con participación del Estado, en Rev. De Derecho Público, n° 26, 2004, pp. 9 y ss.; Risso Ferrand, La participación estatal en empresas privadas en la constitución uruguaya, en Rev. De Derecho Público, n° 26, 2004, pp. 17 y ss. Aunque con algunas salvedades, es también la opinión de Cassinelli Muñoz, H., Derecho Público, Montevideo, 1999, p. 308.

40 Por ejemplo: Ley 17243, dispuso en su art. 20: “Autorízase a la Administración

Por el contrario, otros profesores -aún aceptando que el término “Estado” está utilizado en sentido estricto (al igual que en el caso anterior)- entienden que en tal caso el parlamento no puede autorizar (ni genéricamente, ni en cada caso) la participación de empresa estatales en empresas privadas <sup>(41)</sup>.

Un tercer grupo de juristas, entienden que el término “Estado” se utiliza en sentido amplio, y abarca tanto al Estado Central como a las entidades descentralizadas, y por lo tanto, se requiere para éstos, autorización legislativa “en cada caso” de asociación. Es la postura defendida, entre otros, por Cagnoni, la cual es muy interesante porque a partir de ahí llega a la conclusión de que se trata de una práctica legislativa absolutamente inconstitucional, pero que debido a las limitaciones del sistema de control de constitucionalidad, difícilmente podrá ser atacada judicialmente, con lo cual, concluye que estaríamos asistiendo a una modificación ilegítima de la constitución, que justificaría hablar de que nuestra constitución es semi-rígida. <sup>42</sup>

La práctica legislativa -y la interpretación de la constitución que ella supone- ha impuesto el criterio según el cual el art. 188 utiliza la expresión “Estado” en sentido amplio (lo cual implica que también los EA y SD pueden participar de empresas privadas) pero agregando que la expresión “en cada caso” refiere a “cada entidad descentralizada”, lo cual legitimaría las autorizaciones genéricas para uno, varios<sup>(43)</sup> o todos los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados<sup>(44)</sup>.

---

Nacional de Puertos a participar, conforme lo establecido en el inciso tercero del artículo 188 de la Constitución de la República, en sociedad con capitales privados, en la administración, construcción, conservación y explotación de una terminal de contenedores en el Puerto de Montevideo”.

41 Silva Sencio, Las empresas públicas en Uruguay, en Estudios de Derecho Administrativo, t.1, Montevideo, Facultad de Derecho, 1979; Biasco, Las participaciones estatales en la constitución uruguaya. Inexistencia de las “Sociedades de Economía Mixta”, AEU, Montevideo, 2000.

42 Cagnoni, El artículo 188 incisos tercero y cuarto de la Constitución, en Rev. De Derecho Público, n° 26, 2004, pp. 25 y ss.

43 Por ejemplo, la Ley 16713, de 1995, que autorizó al BPS, al BHU y al BROU.

44 Es el caso del art. 271 de la Ley 16.462 de 1994, que autoriza genéricamente a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados a constituir empresas privadas

## Creación de ministerios por decreto

Otra mutación ostensible de texto constitucional aceptada pacíficamente, aunque no fue objeto de revisión jurisdiccional, fue la creación del Ministerio de Turismo por medio del Dec. 189/986 de 2-4-1986, cuando la misma exigía el dictado de una ley. <sup>(45)</sup>

En efecto, conforme el art. 174 se requería “ley dictada por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada una de las Cámaras” para definir los Ministerios de Estado.

Sin perjuicio de ello, en dicho Decreto, si bien se reconoce implícitamente la exigencia constitucional, en el Considerando respectivo se invoca como fundamento “que existe consenso político en crearlo por acto administrativo”, emanado “del Acuerdo suscrito por todos los Partidos Políticos con representación parlamentaria con fecha 1° de abril de 1986”.

Aquí no es una “constante práctica” parlamentaria, sino el “consenso político” también asociado a la representación parlamentaria, que justifica el apartamiento de las disposiciones constitucionales.

## En materia presupuestal

La reforma constitucional de 1967 dispuso -como una de las grandes innovaciones que fundamentaron la campaña reformista- la introducción de la técnica de la presupuestación por programas para la confección de los presupuestos del Estado.

No obstante los textos categóricos, nunca se ha cumplido sustancialmente con la técnica del “Presupuesto por programa”, utilizándose todavía hoy “el típico presupuesto tradicional con todas sus restricciones, que utiliza denominaciones de presupuesto por programa de acuerdo a lo requerido por las normas constituciona-

---

para prestar servicios de consultoría, y el caso de los artículos 7 y 8 de la Ley 17292 de 2001.

45 Ver: Esteva Gallicchio, E., El consenso político como fundamento de un decreto inconstitucional, en Rev. Uruguay de Derecho Constitucional y Político, t.III, n° 13-14, (1986) p.61.

les”, lo cual “no puede ocultar la escasa o casi nula utilización efectiva de las técnicas programáticas”<sup>(46)</sup>.

### En materia de deuda externa

El artículo 85 ordinal 6° de la Constitución dispone que “A la Asamblea General compete (...) Autorizar, a iniciativa del Poder Ejecutivo, la Deuda Pública Nacional, consolidarla, designar sus garantías y reglamentar el crédito público, requiriéndose, en los tres primeros casos, la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.”

La Ley 15.851 en su Artículo 145 dispuso que “Los convenios o contratos que el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados celebren con gobiernos extranjeros requieren la aprobación de la Asamblea General.”, pero sin embargo, dispuso que “No requieren ratificación legislativa los convenios o contratos que el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados celebren con organismos internacionales de los que el país forme parte.”

No cabe duda que esto significó una gran flexibilización de la práctica constitucional, para adecuarla a la realidad de los organismos internacionales, desconocidos en la época en que se diseñó nuestro derecho parlamentario.

46 Cfr. Umansky, Isaac, Planificar y presupuestar en Uruguay. Los avatares de un presupuesto quinquenal, Cepal, Serie Gestión Pública, Santiago de Chile, enero 2006, p. 25.

## CAPÍTULO II

### Revisión de los supuestos teóricos de la rigidez constitucional

#### Nuevas perspectivas teóricas

Como hemos visto, la cuestión de la rigidez estuvo vinculada con la obligatoriedad de la constitución.

Sin embargo, la doctrina tradicional no logra explicar satisfactoriamente la supuesta rigidez de las constituciones que prevén procedimientos especiales para su reforma, y los cambios que de hecho acontecen en las prácticas constitucionales.

Por otro lado, el problema de la rigidez está precisando de ampliar la fundamentación: ¿por qué es preciso o es valiosa la estabilidad constitucional?

Esto nos llevará a plantearnos antes que nada una revisión de los fundamentos filosóficos de la rigidez constitucional, aunque ello nos lleve a utilizar otras denominaciones.

Una nueva praxis introducida por la experiencia de la constitucional review y los tribunales constitucionales europeos.

Todo ello debería llevar a reconsiderar la cuestión de la rigidez sobre nuevas bases.

#### Importancia filosófico-política de la rigidez constitucional

##### La visión clásica

La cuestión de la rigidez o flexibilidad de la constitución tiene importantes implicancias filosófico-políticas.

Víctor Ferreres Comella se pregunta “¿Por qué debe ser rígida la Constitución?” y su respuesta es “relativamente sencilla con res-

pecto a aquella parte de la misma que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado. En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la Constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener establecida una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cuál es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país”<sup>47</sup>

Otra explicación resulta de la teoría de Habermas acerca de la legitimidad de los órdenes jurídicos.

### El replanteamiento de Habermas

En su monumental obra sobre la justificación del derecho en las sociedades contemporáneas<sup>(48)</sup>, Habermas culmina el propósito de establecer la conexión teórica entre ética discursiva, el derecho y la democracia. El problema que se había planteado Habermas era el siguiente: ¿cómo es posible la legitimación del derecho en sociedades donde ya no cabe la posibilidad de acudir a fundamentaciones metafísicas, ni a meras referencias semánticas de una constitución positiva?

En el medioevo la situación estaba clara: el príncipe obtenía su legitimidad del hecho de someterse al derecho sacro, y por tanto indisponible para la voluntad y los intereses terrenales. Pero en el derecho moderno, ello ya no es posible y por tanto es preciso hallar un nuevo fundamento de legitimidad para el orden jurídico.<sup>(49)</sup>

47 Sigue en esto el argumento de Stephen Holmes, «Precommitment and the paradox of democracy», incluido en Jon Elster y Rune Slagstad (editores), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), pág. 195.

48 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.

49 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, p. 572.

En las sociedades modernas –dice Habermas- cada vez puede cumplirse menos con estas dos condiciones, lo cual permite explicar la positivación del derecho como una reacción ante los cambios operados. A medida que las imágenes religiosas del mundo se disuelven en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado y las tradiciones de derecho consuetudinario quedarán absorbidas por el derecho de especialistas, que hacen un *usus modernus* de él, queda rota la estructura trimembre del sistema jurídico<sup>(50)</sup>. El derecho se reduce a una sola dimensión y sólo ocupa ya el lugar que hasta entonces había ocupado el derecho del príncipe. El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación al derecho sacro y se torna soberano. A él le compete la tarea de llenar por su propia fuerza mediante una producción política de normas el vacío que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. Finalmente todo derecho habrá de tener su fuente en la voluntad soberana del legislador político. Producción, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, regulado y controlado políticamente; y lo siguen siendo, aún después de diferenciarse institucionalmente mediante la constitución de los tres poderes del estado.<sup>(51)</sup>

De ahí entonces el problema: ¿puede un derecho político, que es susceptible de cambiarse a voluntad, irradiar todavía ese tipo de autoridad que irradiaba antaño el derecho sacro? ¿conserva todavía el derecho positivo un carácter obligatorio, es decir, el carácter de un “deber-ser”, cuando ya no puede recibir su autoridad de un derecho previo y superior, como sucedía antaño con el derecho del príncipe en un sistema jurídico tradicional? por esta vía desaparece el momento de no instrumentalidad, de no-instrumentalizabilidad, o de incondicionalidad –como la denomina Habermas- que proveía el derecho sacro o el derecho natural.

Respondiendo al problema, Habermas dice: “si damos por sentado que las sociedades modernas no pueden renunciar al derecho (ni con el seudónimo de derecho puede sustituirlo por otro

50 Esto es: legislación, administración, jurisdicción, como expresión de las funciones de producción, ejecución y aplicación del derecho.

51 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, p. 573.

equivalente funcional, es decir, por una práctica de tipo completamente distinto) la positivación del derecho plantea un problema, e incluso ya por razones conceptuales. Pues el derecho sacro desencantado -y a un derecho consuetudinario vaciado, que ha perdido su sustancia- hay que buscarle un equivalente que permita el derecho positivo mantener un momento de incondicionalidad. Y en efecto, al equivalente empezó presentándose en el mundo moderno en forma de “derecho natural racional”, el cual no sólo fue importante para la filosofía del derecho, sino que, en lo que ha aspectos de dogmática jurídica se refiere, tuvo una importancia directa para las grandes codificaciones y para el desarrollo del derecho por parte de los jueces.”<sup>(52)</sup>

Pero a juicio de Habermas “el derecho natural racional clásico no sólo se abandonó por razones filosóficas; la situación que ese derecho trataba interpretar se hizo tan compleja que le resultó inabarcable. Muy pronto quedó claro que la dinámica de una sociedad integrada a través de mercados ya no podía quedar apresada el concepto normativo del derecho, ni mucho menos podía detenerse en el marco de un sistema jurídico proyectado a priori. Toda tentativa de deducir de principio supremo, de una vez por todas, los fundamentos del derecho privado de derecho público, tenía que fracasar ante la complejidad de la sociedad y de la historia.”<sup>(53)</sup>

Luego de descartar múltiples opciones, Habermas concluye:

“a lo que apunto con estas consideraciones es a la idea de un estado de derecho con división de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Esa idea no representaría otra cosa que un estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional. Y sin embargo, esa idea no se limita a oponerse tácitamente abre paréntesis como un impotente deber-ser) a una realidad que tampoco se corresponde con ella. Ante bien, la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo, constituye (tras el hundimiento del derecho natural racional) la única dimen-

52 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, p. 577.

53 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, p. 580.

sión que queda en que puede asegurarse el derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques y manipulaciones contingente.”

“Sólo teniendo presente este entrelazamiento de procedimiento jurídicos y de argumentaciones que sea autorregular a sí mismas (para el caso de fundamentación de normas) y de adecuación (para el caso de aplicación de normas), se explica esa excitante ambivalencia de la pretensión de validez con que el derecho positivo se presenta. La validez jurídica garantizada por un ser las instancias competentes quienes toman las decisiones ha de distinguirse de la validez social del derecho efectivamente aceptado o impuesto. Pero en el complejo sentido que tiene la validez jurídica misma exprésase otra ambivalencia que el derecho moderno debe a su doble base de validez, a una validez que descansa en el principio de positivitas John, por un lado, y en el principio de fundamentación, por otro. En la pretensión de validez de las normas morales, cuando se consideran éstas en la perspectiva de un constructivismo como el de Rawls, conforme al cual las normas morales, a la vez que se las construye, se las descubre, predomina el lado cognitivo, es decir, las normas morales se presentan con una pretensión de validez análoga a la pretensión de validez “verdad”. En la pretensión de validez del derecho positivo se añade la contingencia que el establecerlas positivamente implica, y la facticidad que la amenaza de sanción representa. Pese a ello la positividad de la norma jurídica generadas conforme a las correspondiente procedimientos y susceptible de imponerse coercitivamente, se haya acompañada y recubierta de una pretensión de legitimidad. El modo de validez del derecho remite a la sumisión (que políticamente se espera) frente a la decisión y la coacción, a la vez que a la expectativa moral de reconocimiento racionalmente motivado de una pretensión de validez normativa, que, llegado el caso, puede ser desempeñada, puede ser resuelta mediante argumentación. En los casos límite que representan la resistencia legítima y la desobediencia civil muéstrase que tales argumentaciones son capaces de hacer añicos incluso la propia forma jurídica en la que están institucionalizadas.”

“La idea de estado de derecho a la que he tratado de dar una lectura articulada en términos de teoría del discurso, aunque apunta un poco alto, no por eso resulta delirante, sino que brota del suelo mismo de la realidad jurídica. Para convencerse de ello basta tener presente que se ideas el único criterio de que disponemos para medir la autonomía del sistema jurídico. Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos habérsela que otra cosa podría significar eso de autonomía del derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí solo para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizando la producción legislativa y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y el juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto del derecho la política, una racionalidad procedimental de tipo moral. No puede haber autonomía del derecho sin democracia realiza.”<sup>54</sup>

Conclusión: la paradoja de la indisponibilidad/disponibilidad.

Las opiniones reseñadas nos muestran en toda su complejidad la paradoja filosófica que encierra el problema de la rigidez constitucional.

Por un lado, la constitución debe ofrecer un marco institucional (procedimental) suficientemente indisponible, incondicional que garantice la imparcialidad de las argumentaciones (fundamentaciones) que se produzcan al interior del sistema, como para servir efectivamente para generar legitimidad moral al mismo, sin cuya legitimidad quedaría expuesto el Estado a las contingencias de la política.

Por otro lado, vemos que “si la Constitución es de difícil reforma, existe el riesgo de que, con el transcurso del tiempo, se produzca un divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Esta discrepancia puede producirse en un doble sentido. Puede ocurrir que la mayoría actual no considere «correcto» alguno de los derechos registrados en la Constitución. Y puede suceder también que la mayoría estime insuficiente

54 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, p. 586-587.

el catálogo de derechos, por no incluir algún derecho «nuevo» que reputa fundamental.” (Ferrerres).

Es en el marco de semejante paradoja que los tribunales constitucionales encuentran la legitimación de su función interpretativa, como veremos más adelante.

## Un nuevo análisis de la dinámica constitucional

### Planteamiento de asunto

Como sostiene un moderno constitucionalista, “una constitución por muy bien redactada que esté, por muy decisivas que sean sus disposiciones, por muy completa que sea su normativa, siempre tendrá omisiones, normas oscuras o asuntos fundamentales no resueltos. Porque la constitución tenga estas falsas la marcha normal del estado no puede detenerse. Las lagunas o puntos oscuros no pueden servir de excusa para la parálisis de las instituciones. El estado tiene diariamente que decidir y tiene que actuar dentro del marco que le señale la constitución, aún cuando las limitaciones a su actuación sean imprecisas y vagas. Además, con el transcurso del tiempo se van creando nuevas situaciones que no encajan dentro de los supuestos constitucionales y que exigen un tratamiento adecuado.” Y agrega todavía que “el desarrollo crea tensiones. Un desarrollo acelerado de ciertas áreas suele producir desajustes en aquellas áreas que se resisten al cambio. Esto desajustes pueden provocar una situación conflictiva que si no se conjura a tiempo puede degenerar en una crisis social o política. El estado tiene que arbitrar fórmulas para componer los intereses cuya contradicción genera tensiones. Cuando la constitución carece de flexibilidad para adaptarse al proceso de cambio o cuando sus disposiciones son incompletas, o no han previsto la situación conflictiva, se abren en el proceso político tres posibilidades: la revolución, la reforma constitucional y la interpretación de la constitución de acuerdo con las necesidades del momento histórico.”

No debemos olvidar que “todo derecho aspira a estabilizar situaciones sociales, económicas o políticas, lo que le da al derecho



un carácter conservador. Por el contrario, la sociedad, a la que el derecho está llamado a regular, se halla en permanente cambio.”<sup>(55)</sup>

### Estática y dinámica de los sistemas jurídicos

De ahí que -contrariamente a la concepción clásica- la teoría moderna señala que los sistemas jurídicos son dinámicos, con lo cual quiere significar que están sujetos a permanentes cambios a través del tiempo <sup>(56)</sup>. Se ha observado que *“los órdenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo: están en proceso continuo (...) si el orden jurídico es un continuado proceso de creación, entonces, el orden jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que es solamente el cuadro de las transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas. (...) El orden jurídico no es, pues, más que el conjunto de procedimientos jurídicos de creación. (...) Ahora bien, si los actos jurídicos constituyen un proceso continuo de creación y si toda creación (...) es una modificación, a consecuencia de la modificación que implica, entonces, los actos jurídicos constituyen un flujo constante de variaciones jurídicas...”* <sup>(57)</sup>

Mientras que para la concepción clásica ese derecho dado consagraba el ideal de completitud, precisión y coherencia que el iluminismo adjudicaba al orden jurídico, resulta ahora evidente que tal supuesto nunca existió en los hechos, y parece claro que ni siquiera cabe esperar que se alcance algún día.

En efecto, si bien podemos aceptar que las grandes codificaciones significaron un avance notable frente a la dispersión y superposición de normas de diferentes épocas y fuentes, es indiscutible que ello no implica disponer de un sistema cerrado de soluciones, y ello por varios motivos.

55 Andueza Acuña, José Guillermo, Los cambios constitucionales en América, en: Andueza Acuña y otros, Los cambios constitucionales, México, UNAM, 1977, página 14.

56 Mendonca, Exploraciones normativas, México, Fontamara, 1995, p. 33

57 Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del derecho, México, Themis, 1996, p. 232-233

En primer lugar, porque esos códigos están formulados en un lenguaje ordinario, que no escapa a la vaguedad, ambigüedad y textura abierta que caracteriza a tales lenguajes.

En segundo lugar, porque la visión histórica del legislador es incapaz de prever las contingencias del devenir futuro. Además, los supuestos éticos y políticos de toda obra legislativa no son estáticos sino que van cambiando, y con ellos también las exigencias en la aplicación del derecho.

Por consiguiente, sería absurdo pretender que unas normas creadas históricamente, permanecieran como justificación suficiente para el uso de la coacción en el futuro; por el contrario, es claro que los operadores futuros tienen algo que aportar en la aplicación del derecho para evitar esas anomalías.

En lugar de la concepción del derecho como mandatos que vienen del pasado, se abre camino la idea de que el derecho es un sistema social, porque es capaz de generar una interpretación unitaria a través del tiempo, a pesar de su permanente cambio.

Si para la concepción clásica el derecho era visto como algo dado, las concepciones contemporáneas, en cambio, lo observan como un permanente devenir, en continua (auto)recreación, en función de la actividad de un aplicador que es, al mismo tiempo, (re) constructor del mismo. <sup>(58)</sup> Para la concepción contemporánea, en cambio, el derecho es visto como un fenómeno en permanente proceso de producción, (auto)reproducción y (auto)reconstrucción. En otras palabras, el derecho no es algo “dado” acabadamente <sup>(59)</sup>

### Modalidades del cambio constitucional

La noción de reforma constitucional va precedida de la idea de discrepancia, a la que no escapa ni su terminología: los americanos usan la palabra *enmienda*; los franceses emplean el término *revisión* en su título, mientras que en su articulado se habla de *cam-biar o reformar*; los alemanes usan el verbo *ändern* que significa

58 Un planteamiento similar, en Aguiló Regla, 2000:193.

59 García Amado, 1994; y 2004:220

*cambiar, modificar, reformar*, y su supuesta sinonimia llega al extremo de hablar de *alteración, adición, novación*.

La doctrina exhibe una frondosa terminología: se habla de *poder constituyente instituido* (Georges Burdeau); de *poder hacedor de la Constitución, y de poder legislativo* (Felipe Tena Ramírez); de *poder constituyente permanente*; la palabra *constituyente*, para la doctrina alemana, se torna en la frase *poder modificador o reformador de la Constitución* (*Verfassungsänderung*) como aparece en Carl Schmitt y en Horts Ehmke, entre otros. Los italianos le dan el sentido de *poder revisor* (Constantino Mortati y Paolo Barile). Empero, lo que parece ser una rencilla terminológica de poca monta, encierra y oculta particulares posiciones en torno a la naturaleza y limitaciones del órgano que tiene a su cargo la reforma constitucional. (El poder reformador de la constitución)

Hay quienes opinan -es el caso de Ulises Schmill- que los términos adicionar y reformar son sinónimos. Éste entendemos que esto sea así de manera general; empero, la constitución hace la diferenciación de una manera explícita, y esto tiene la razón de ser, pues la simple reforma, consiste en modificar o suprimir en el texto constitucional, lo que se distingue, sobre todo por sus implicaciones, de la labor de adicionarla. <sup>(60)</sup>

Más allá de estas vías formales, importa destacar que hace ya muchos años, el gran constitucionalista italiano Biscaretti di Ruffia señalaba que:

“Importa subrayar como, frecuentemente, aún no variando la letra escrita de la Constitución, puede variarse la Constitución, puede modificarse sensiblemente la situación jurídica configurada por la misma en el sentido de que las leyes ordinarias (en el ámbito de validez que se les deja), las costumbres (en cuanto idóneas para actuar en materia constitucional), y las sentencias de la magistratura (sobre todo en los Estados anglosajones) y las reglas de corrección constitucional, pueden transformar sustancialmente, en la realidad de la vida constitucional cuanto se ha afirmado en grandes líneas por las mismas normas constitucionales.”

60 Valadés, Diego, la constitución reformada, México, UNAM, 19 87, p. 15.

(...) “A tal característica de las constituciones escritas – de prestarse a variaciones notables en los institutos que regulan, sin mudar la propia letra escrita – se le ha atribuido especialmente (Luigi Rossi) la calificación de elasticidad ...”

(...) “La Constitución de los Estados Unidos de 1787 (caracterizada por la clara precisión de sus artículos y por el eficiente control de constitucionalidad actuado por la magistratura federal) parecería inmodificable, excepto por el complejo procedimiento establecido por sus enmiendas...” (...)

“En cambio, la reciente doctrina del derecho público norteamericano es unánime en subrayar cómo la Constitución aparece ahora notablemente transformada respecto de su modelo de Filadelfia y esto no sólo por obra de diversas leyes ordinarias (que actuando en los espacios vacíos dejados a su disposición han regulado en modos totalmente nuevos varios sectores del ordenamiento federal: por ejemplo, sus diferentes órganos judiciales, con sus respectivas competencias) sino también, y especialmente a través de las sentencias de la magistratura ( tanto que se repite aún hoy que “*the Constitution is what the judges say it is*”) y por los más diversos *usages* (o convenciones constitucionales: que en parte entran en la costumbre y en parte en nuestras normas de corrección constitucional, como aquellos que han renovado radicalmente el procedimiento electivo del presidente y del vicepresidente de los Estados Unidos, haciéndolo, de hecho, directo, en lugar de serlo de segundo grado; con el mismo resultado práctico, conseguido, mucho más tarde, en orden a la elección indirecta de los senadores, convertida formalmente en directa en virtud de la enmienda XVII de 1913).” <sup>(61)</sup>

61 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: “Derecho Constitucional”, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, Madrid, 1973, págs. 284 a 286.

## Fundamento último de la normatividad constitucional: regla de reconocimiento y constitución

### Planteamiento

Encontrar una explicación satisfactoria sobre la *validez* de las normas constitucionales ha sido por largo tiempo una de las grandes fuentes de perplejidad en la Teoría del Derecho, perplejidad de la cual la dogmática Constitucional tampoco ha podido escapar<sup>62</sup>. Hans Kelsen, por medio de la “norma hipotética fundamental”, y H.L.A. Hart por medio de la idea de una “regla de reconocimiento”, realizaron aportes teóricos de sumo valor a tan problemática cuestión; pero a pesar de la indubitable influencia de ambos enfoques, aún hoy persisten significativas interrogantes en torno a la validez de la Constitución que son arduas de zanjar.

Nuestro objetivo, es realizar una mirada sinóptica a algunos de los problemas derivados de la validez de las normas constitucionales, ya que de la crítica a las diferentes soluciones que se han ofrecido, surgen conclusiones trascendentes para la idea de que nuestra Constitución es una Constitución *rígida*.

La principal concepción que se intentará desacreditar, es aquella según la cual la Constitución es una *norma básica o fundante*. Se intentará desacreditarla, ya que conforme el marco teórico de referencia, la Constitución no es la norma básica, porque no es (ni podría ser) la norma que permite *identificar* cual es el derecho válido en Uruguay o en cualquier otro sistema jurídico. Si bien esta idea ya ha sido explorada por Kelsen y Hart -entre otros-, nuestro objetivo es dar un paso más en esta línea de investigación y mostrar que: *existe un condicionamiento de la Constitución proveniente de la regla de reconocimiento, que hace insostenible la idea de que nuestra Constitución solo sufre modificaciones si se siguen los procedimientos previstos en ella para su modificación*.

Reconsideración de la idea de la Constitución como norma básica

62 Véase sobre el concepto de validez lo expuesto en el numeral 11.2 y en la nota 41. Hay que modificar esta referencia interna.

Podemos decir que determinada norma es *válida* en el sistema jurídico X sí y solo sí *pertenece* al sistema jurídico X<sup>63</sup>. Decir que una norma constitucional es *válida*, es decir que *pertenece* al sistema, que *existe* en ese sistema (Nino 2001:140). Aseverar que las normas constitucionales en Uruguay son parte de nuestro sistema jurídico parece una obviedad que no necesita ser justificada. Sin embargo, la justificación es bastante compleja.

La dogmática constitucionalista considera a las normas constitucionales no solamente como válidas (como pertenecientes al sistema), sino también como últimas, es decir, como suministradoras del criterio supremo para determinar qué es y qué no es derecho en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, pocas veces se reflexiona sobre el hecho de que una norma no puede ser a la misma vez válida y última<sup>64</sup>.

Generalmente, se explica que la pertenencia de una norma a un sistema jurídico está determinada por una concatenación entre normas. Por ejemplo: decimos que una ley es válida (pertenecer al sistema) en tanto haya sido dictada de acuerdo al *procedimiento* previsto por otras normas *superiores* válidas (en general, normas constitucionales)<sup>65</sup>. Entonces, el objetivo primario al expresar que un decreto es válido, o que una ley es válida, es aseverar que *pertenecen* a un determinado sistema jurídico, y para poder decir pertenecen a tal sistema jurídico, hacemos referencia a *otra* norma superior que también debe ser válida (perteneciente a ese sistema jurídico).

63 En el discurso jurídico -tanto de la dogmática como de la teoría del derecho- el término validez responde a diferentes usos, señalándose como los más importantes a los siguientes: (1) validez como obligatoriedad o fuerza obligatoria de las normas, (2) validez como vigencia o efectividad de las normas y, (3) validez como pertenencia de la norma a un sistema (Bulygin 1981:85 y Nino 2001:132 y sigs.).

Como surge del texto, en este capítulo se usará el término *validez* como indicador de la *pertenencia* de una norma -en especial de las normas constitucionales- al sistema jurídico que se trate.

64 Excepción hecha de Cassinelli Muñoz, cuya tesis se presenta aquí en el numeral 12.6.

65 Véase la nota 41, en especial la referencia a Kelsen y a Raz.

Sin embargo, cuando en la construcción de una “cadena de validez” arribamos a la Constitución, parece que hemos llegado al final. Si bien constantemente hablamos en el discurso jurídico de la Constitución como válida y nos referimos a ella como “la norma fundamental” y “la base de nuestro sistema jurídico”, ¿cómo se justifica tal validez? Para poder justificar la validez de la Constitución según el razonamiento que se planteó, debería existir una norma supra constitucional que le otorgue validez a la Constitución.

Imaginemos que debemos justificar la validez del artículo 72 de la Constitución. Recordemos que para justificar la validez de un decreto nos remitíamos a una norma superior válida, y lo mismo para evaluar la validez de una ley, de un contrato, de una sentencia, etc. Si queremos aseverar que el artículo 72 de la Constitución es válido siguiendo el razonamiento que se venía utilizando, tenemos que ser capaces de identificar una norma supra constitucional que le otorgue validez. Sí, en cambio, estamos dispuestos a admitir que una norma constitucional es válida aún cuando no exista una norma superior que justifique esa aserción, entonces habremos abandonado el razonamiento que estábamos utilizando.

La idea de las “cadena de validez” es suficiente para explicar la pertenencia al sistema de las *normas derivadas* (aquellas cuya producción está autorizada por otras superiores), pero no de las *normas no derivadas*, en especial de las normas constitucionales (Nino 2001:113 y sigs.).

Si la forma de justificar la validez de una norma es referirse a una norma superior, pero al llegar a la Constitución nos conformamos con aceptar su validez sin más, parece que hemos caído presos de una circularidad fatal. La dogmática constitucionalista no ha sido ajena a este tipo de circularidad. Sin desmerecer a uno de los constitucionalistas más importantes de España, como es el caso de García de Enterría, es clara la circularidad de su justificación acerca de la validez de la Constitución Española: “[...] nuestra Constitución es explícita en reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo [...] Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo, como impone deducir del artículo 9.1: «los ciu-

dadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.»<sup>66</sup>

Como dicen Atienza y Ruiz Manero, lo que García de Enterría no parece percibir, es que “el problema de la identificación de las normas supremas de un determinado sistema jurídico es un problema irresoluble intrasistemáticamente: cualquier intento en este sentido lleva, bien a un razonamiento circular (la Constitución es obligatoria porque así lo dice la propia Constitución o porque lo dice una norma que a su vez es obligatoria de acuerdo a la Constitución), bien al vacío (se afirma la obligatoriedad de la Constitución sin proporcionar fundamento alguno para ello; la Constitución se afirma como obligatoria porque sí) <sup>(67)</sup>

### **Las propuestas para remediar la circularidad: de la norma hipotética fundamental a la regla de reconocimiento**

Una de las creaciones más influyentes de la Teoría Pura del Derecho fue la noción de una norma fundamental, conocida como la “norma hipotética fundamental”. La Constitución es válida para Kelsen, solamente en la medida que supongamos una norma que indica que *debe hacerse lo que la Constitución dice*. La norma hipotética fundamental es esa norma. La norma fundamental es la “norma *hipotética* fundamental” porque ante todo es una hipótesis del teórico, es un supuesto para poder encontrar la significación normativa del orden jurídico.

Con la idea de una norma hipotética fundamental, la Teoría Pura del Derecho se desprendía de la idea de cierto iusnaturalismo de determinar la validez de las normas según su correspondencia con un determinado código moral. La norma hipotética fundamental planteada por Kelsen es moralmente adiáfora, no hay referencia a código moral alguno<sup>68</sup> porque solo cumple una función cognos-

66 García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas: Madrid. 1988. p. 61 y 63 citado por Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel Derecho, 1996. p. 145.

67 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. op.cit. p. 146.

68 Kelsen, Hans. «On the basic norm.» California Law Review (1959). p. 107-111.

citiva. Uno de los postulados más importantes de la Teoría Pura del Derecho es el de que una norma constitucional es válida aún cuando no coincida con determinado código moral. Esta pretensión de Kelsen -que hoy puede sonar tan modesta- constituye lo más parecido a una revolución que ha tenido la teoría del derecho continental en siglos.

Por otro lado, la “norma hipotética fundamental” parecía resolver otro problema, uno que se generaba en la propia Teoría Pura del Derecho. Kelsen había desarrollado la idea de una cadena de validez, pero al llegar a la Constitución parecía que la Constitución no podía ser en si misma válida porque no había norma superior que justificara su validez. Kelsen entendía que para escapar de esta circularidad, debía haber una norma que actuara como condición lógico-trascendental presupuesta en cualquier investigación jurídica.

La norma hipotética fundamental, como norma presupuesta por el teórico del Derecho otorgaba de esta forma validez a la cúspide del sistema y rompía el círculo de auto-referencialidad que se generaba alrededor de la cadena de validez. Kelsen lo expresaba de esta forma: “La unidad del orden reside en el hecho de que la creación -y por consecuencia la validez- de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.”<sup>69</sup>

La idea de una norma hipotética que no ha sido *puesta* pero que debe ser *supuesta* por el teórico ha tenido varios detractores. Uno de los puntos más débiles de la tesis Kelseniana es la arbitrariedad de postular una norma que no existe, pero que debe igualmente suponerse para comprender. Alf Ross, sin dejar de reconocer que son pocos los teóricos que “conscientemente o inconscientemente, no deben algo a Kelsen”<sup>70</sup>, expresó que “Al hacer de la validez una re-

69 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2006. p. 118.

70 Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 4a edición. Traducido por Genaro R Carrío. Buenos Aires: Eudeba, 1977. p. 66.

lación internormativa (la validez de una norma deriva de la validez de otra) Kelsen ha clausurado, desde el comienzo, toda posibilidad de que su teoría se ocupe de la médula del problema de la vigencia del derecho, que no es otro que el de la relación entre el contenido normativo ideal y la realidad social.”<sup>71</sup>

H.L.A. Hart también se encargó de criticar la idea de una norma hipotética fundamental. Hart acepta la idea de validez y plantea la existencia de una “regla de reconocimiento” en todo sistema jurídico que permite identificar la validez de las normas de una comunidad dada y la jerarquía entre ellas sin necesidad de referirse a una norma cuya existencia no es demostrable pero debe suponerse, en tanto en Hart la regla de reconocimiento no es un supuesto del teórico sino un aspecto de la realidad”<sup>72</sup>.

La regla de reconocimiento ha sido uno de los aspectos más difundidos de la obra hartiana, con una influencia que claramente ha superado los confines del Derecho anglosajón. Esto se debe no solamente a la originalidad de las ideas planteadas por Hart, sino también a que la regla de reconocimiento no pretendió ofrecer solamente una explicación restringida al Derecho anglosajón. Para Hart, todo sistema jurídico tiene *una* regla de reconocimiento, contenga o no dicho sistema una Constitución.

Según Hart, la existencia de una regla de reconocimiento determina el paso del mundo pre-jurídico al mundo jurídico. En el mundo pre-jurídico pueden existir reglas, pero ellas están afectadas de varios inconvenientes. Uno de los problemas más acuciantes es el de la *identificación* de las reglas y de su jerarquía. En un mundo pre jurídico pueden existir disputas sobre cuales son las reglas de la comunidad y que jerarquía hay entre ellas. La regla de reconocimiento es una regla que surge para *disminuir* dicha incertidumbre y permite *identificar* a ciertas reglas como el Derecho válido de una comunidad, así como también determinar su jerarquía. La regla de reconocimiento es por tanto una regla útil para *identificar*, y de ahí

71 Ross, Alf. op. cit. p. 69.

72 Para una comparación esquemática entre la Norma Hipotética Fundamental y la Regla de Reconocimiento, ver Guibourg, 1981:101 a 103.

su nombre, ya que permite *reconocer* cual es el Derecho de una comunidad.

La diferencia fundamental con la norma hipotética fundamental es que la regla de reconocimiento no es un mero supuesto, sino que ha sido puesta. La regla de reconocimiento es un hecho social, una práctica jurídica no siempre concordante, pero lo suficientemente uniforme sobre cual es el Derecho válido de una comunidad y la jerarquía entre sus normas. La regla de reconocimiento permite resolver el problema de la validez de la Constitución, pero sin necesidad de caer en ningún tipo de idealismo. La Constitución es válida sí y solo sí los integrantes de la comunidad jurídica la identifica como tal. La regla de reconocimiento no es un supuesto arbitrario desconectado de la realidad sino una práctica social, un hecho social. Como lo expresa Hart: “la regla de reconocimiento solo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.”<sup>73</sup>

La regla de reconocimiento permite explicar la aserción de que ciertas normas constitucionales son *válidas*, porque la regla de reconocimiento actúa como una regla última, como el criterio final para determinar cuales son las normas válidas del sistema, cual es el Derecho de una comunidad. El problema en el Derecho Constitucional surge porque la dogmática constitucionalista no menciona una justificación de la validez de las normas constitucionales basada en dicha regla de reconocimiento y termina así muchas veces inconscientemente predicando una contradicción. Si no se hace referencia a una regla de reconocimiento que permita aseverar la validez de la Constitución, se termina adjudicándole a la Constitución dos características contradictorias: la de contener normas válidas y la de ser última.

La Constitución no puede ser válida y última a la misma vez. Si se acepta que la Constitución pertenece a nuestro sistema jurí-

73 Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007. p. 137.

dico porque así lo indica una regla de reconocimiento, entonces la Constitución no puede ser última, en el sentido de ser el criterio final para determinar cual es el Derecho en nuestra comunidad. Si la Constitución fuera el criterio último para determinar cual es el Derecho en nuestra comunidad, ella misma sería la regla de reconocimiento y por tanto no podría ser válida.

Para poder explicar por qué la Constitución no puede ser la regla de reconocimiento de nuestro ordenamiento jurídico debemos explicar por qué la regla de reconocimiento no puede ser válida. Si se logra demostrar que ninguna regla de reconocimiento puede ser válida, entonces se habrá dado un paso importante; se podrá al menos demostrar que no puede adjudicarse a la Constitución dos características en forma concomitante: la de ser válida y la de ser última.

Una regla última es una regla que indica cuales son los requisitos que todas las normas deben cumplir para poder ser considerada como perteneciente al sistema jurídico, pero no es ella misma válida. No es válida, porque es la propia regla la que determina cuales son los requisitos necesarios para pertenecer al sistema. Hart explicaba que la regla última de un sistema jurídico “no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera. Expresar este hecho simple diciendo en forma oscura que su validez “se da por admitida pero no puede ser demostrada” (se está refiriendo a Kelsen), es como decir que damos por admitido, pero no podemos demostrar que el metro de París, que es el criterio último de corrección de todas las medidas en el sistema métrico, es en si correcto...”<sup>74</sup>.

El ejemplo del metro de París utilizado por Hart, seguramente fue influenciado por las Investigaciones Filosóficas de Ludwig Wittgenstein. No solamente la influencia de Wittgenstein sobre “El Concepto de Derecho” es un hecho biográfico<sup>75</sup>, sino que en el párrafo 50 de las Investigaciones Filosóficas, Wittgenstein había ya

74 Hart, H.L.A. op. cit. p. 135.

75 Lacey, Nicola. *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and the noble dream*. New York: Oxford University Press, 2004.

desarrollado varias ideas en torno al mismo problema. En el párrafo 50 Wittgenstein expresaba que “Hay una cosa de la que no puede decirse ni que es de 1 metro de longitud ni que no es de 1 metro de longitud, y es el metro patrón de París. Pero con ello, naturalmente, no le he adscrito ninguna propiedad maravillosa, sino sólo he señalado su peculiar papel en el juego de medir con la vara métrica. Imaginémonos que las muestras de los colores se conservasen también en París de manera análoga al metro patrón. De este modo definimos: «Sepia» significa el color del sepia patrón que se conserva allí herméticamente cerrado. Entonces no tendrá sentido decir de esta muestra que tiene este color ni que no lo tiene. Podríamos expresarlo así: Esta muestra es un instrumento del lenguaje con el que hacemos enunciados sobre el color. No es algo representado en este juego, sino que es un medio de representación.”<sup>76</sup>

Lo que intenta decir Wittgenstein con este ejemplo, es que la vara métrica conservada en París determina lo que un metro es, y por tanto no tiene sentido decir si mide un metro o si no mide un metro, porque no importa lo que mida, *determina* lo que un metro es<sup>77</sup>. La vara conservada en París es el criterio último para determinar si determinada vara mide un metro o no. La analogía que traza Hart es clara: en todo sistema jurídico existe una especie de metro de París que indica cuales son las normas que pertenecen al sistema jurídico, pero esa regla última no es en si misma ni válida ni inválida<sup>78</sup>.

Hart entiende que la regla última no puede ser considerada válida por la misma razón que no podemos decir que la vara conservada en París mide un metro: porque ella misma es la razón para decir de todas las demás varas que miden un metro.

Debemos aquí detenernos un instante, porque esta cuestión que puede parecer infecunda, es de especial importancia para nues-

76 Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Traducido por García Suárez y Moulines .España: Ediciones Altaya, 1999. Paragrafo 50.

77 Pollock, W.J. «Wittgenstein on the standard metre.» *Philosophical Investigations* (2004): 148-157.

78 No estamos ante una violación del principio de no contradicción, sino que “válido” no puede ser adscripto a la regla de reconocimiento.

tra investigación. Para entender el pensamiento de Wittgenstein -y consecuentemente el de Hart- se puede plantear otro ejemplo: “Las señoritas de Avignon” es un paradigma de una pintura. Esto no significa hacer ningún juicio sobre el valor de la pintura, sino solamente decir que “Las señoritas de Avignon” es un paradigma -en el sentido de un buen ejemplo- de lo que es una pintura. Sin embargo, “Las señoritas de Avignon” no constituye una regla última para determinar qué es una pintura. La diferencia entre la pintura conservada en el museo y la vara conservada en París es la siguiente: mientras que “Las señoritas de Avignon” es un buen ejemplo de lo que es una pintura, pero no determina lo que una pintura es, la vara conservada en París no es un paradigma de lo que es un metro, sino que determina lo que un metro es y por ello no tiene sentido decir tanto que mide un metro como que no mide un metro: su mera existencia a la luz del valor constitutivo que la comunidad le otorga determina qué es lo que un metro es.

Si la Constitución es válida, si pertenece al sistema jurídico, entonces la Constitución no puede ser la regla última del sistema. La Constitución es un paradigma, es decir, un buen ejemplo de un conjunto de normas que pertenecen a nuestro sistema jurídico. Cuando queremos explicarle a un lego de qué normas está compuesto nuestro sistema jurídico generalmente no comenzamos explicándole la idea de que los ciudadanos poseen un poder normativo negocial por el cual su contrato de trabajo o su compra en un supermercado son verdaderas normas que forman parte del Derecho Uruguayo, sino que nos explicamos con un ejemplo claro para todos, indiscutible, y damos como ejemplo a la Constitución. Pero si bien una norma constitucional es un caso paradigmático de norma perteneciente al sistema jurídico nacional, la Constitución no es, al igual que “Las señoritas de Avignon” constitutiva, en el sentido que ella no determina por si misma cual es el Derecho en Uruguay.

Como la regla de reconocimiento determina cual es el Derecho válido, no tiene sentido decir que es válida ni inválida. En cambio, tiene mucho sentido decir que la Constitución es válida, porque es un ejemplo paradigmático de un conjunto de normas que pertenecen a nuestro ordenamiento. Sin embargo, si tiene sentido decir

que la Constitución es válida, entonces la Constitución no puede ser la regla última para identificar cual es el Derecho en nuestro sistema. No puede ser la regla última, porque -como se viene diciendo- la regla última es aquella que permite identificar al derecho válido, pero no es ella misma válida<sup>79</sup>.

La Constitución es válida, pero no es última. Una norma última es una norma que permite identificar cuales son las normas pertenecientes a un sistema jurídico y es asimismo constitutiva, en el sentido de que lo que es y lo que no es Derecho se determina de acuerdo a lo que solamente en ella se establece. Su carácter de constitutiva es el que a su vez permite romper el círculo vicioso de validez, ya que al ser constitutiva no tiene necesidad de justificarse en otra norma. Una norma pertenece al sistema solo si cumple con los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento, no en razón de otra norma superior a la regla de reconocimiento, sino en razón a lo que la propia regla de reconocimiento establece. La regla de reconocimiento tampoco es un supuesto, sino que es la práctica no siempre concordante, pero lo suficientemente uniforme por parte de la comunidad (y en especial de los Jueces) que reconoce como Derecho a ciertas normas que cumplen con ciertos requisitos.

Hasta ahora se ha analizado por qué la Constitución no puede ser la norma última y a la misma vez ser válida. Resta analizar cual es la trascendencia de la regla de reconocimiento para demostrar como la Constitución sufre modificaciones por fuera de los procedimientos previstos en ella para su modificación.

79 Esta aseveración puede parecer confusa, porque la Constitución contiene varias normas que determinan si una ley es válida o no (ejemplo, el procedimiento para su sanción) ¿No es entonces la Constitución una regla para reconocer si una ley es válida de acuerdo con lo previsto en ella? En tal sentido, podríamos decir que la Constitución contiene una regla de reconocimiento (o varias reglas de reconocimiento), pero no en el sentido comúnmente utilizado por Hart, esto es, en el sentido de una regla de reconocimiento última. La Constitución contiene una cantidad de normas que actúan como regla de para identificar derecho válido en nuestro sistema, así como el Código Civil contiene normas que actúan como regla para reconocer si determinado contrato es válido. En este sentido, existen muchas reglas de reconocimiento en un mismo sistema jurídico, pero ninguno de los ejemplos mencionados contiene la idea una regla de reconocimiento última, es decir, una regla final para determinar cual es el derecho valido. Ese lugar generalmente se reserva para la Constitución, pero esto no es posible.

La insuficiencia de la visión estándar sobre la regla de reconocimiento para dar cuenta de la práctica constitucional.

Es difícil evaluar cuan compleja puede ser para Hart la regla de reconocimiento. En el Capítulo V de “El Concepto de Derecho”, donde la idea de una regla de reconocimiento es introducida, se presentan ciertos ejemplos que hacen pensar que la regla de reconocimiento sería bastante simple, a la vez que luego se aclara que la regla de reconocimiento en los sistemas modernos podría ser bastante más compleja.

Hart dice en *El Concepto de Derecho* a modo de ejemplo que “Cuando después de decir que una norma particular es válida porque satisface la regla de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, sostenemos que esta última regla es usada en Inglaterra por los tribunales, funcionarios y particulares como regla de reconocimiento última”<sup>80</sup> Pareciera entonces que la regla de reconocimiento podría decir algo tan simple como “lo que la Reina sanciona en el parlamento es Derecho” o por qué no “lo que la Constitución dice es Derecho”, pero a la misma vez que Hart parece abrir la posibilidad a una formula tan simple Hart explica que “...la regla de reconocimiento de un sistema jurídico se asemeja a la regla de tanteo de un juego. En el curso del juego, la regla general que define las actividades que modifican el marcador (p.ej: lo que es un gol) rara vez es formulada; en lugar de ello es *usada* por las autoridades y por los jugadores al identificar las fases particulares que tienen relevancia para ganar”<sup>81</sup>.

Si bien existen excepciones, lo cierto es que al hablarse del contenido de la regla de reconocimiento son pocos los que aventuran dar una pista de cual podría ser su contenido en algún sistema jurídico concreto. Atienza y Ruiz Manero en España son una de esas excepciones, pues para los mencionados autores “la regla de reconocimiento traza los límites del ordenamiento jurídico español: son

80 Hart, H.L.A. op.cit. p. 134.

81 Hart, H.L.A. op.cit. p. 127.



normas de este ordenamiento las contenidas en la Constitución y en las fuentes reconocidas o instituidas por ella”<sup>82</sup>.

A partir del enfoque de Atienza y Ruiz Manero se podría adoptar un enfoque general sobre la regla de reconocimiento en otros sistemas jurídicos constitucionales al que denominaremos “la visión estándar de la regla de reconocimiento”. La visión estándar dice que la regla de reconocimiento traza los límites del Derecho en una Comunidad dada y que en un régimen Constitucional reconoce como Derecho a las normas contenidas en la Constitución y en las fuentes reconocidas o instituidas por ella.

La tesis de Atienza y Ruiz Manero sobre la regla de reconocimiento parece tomar posición sobre un debate dentro de las filas positivistas sobre la posibilidad de la incorporación de otros sistemas normativos al Derecho. Un positivista excluyente no podría aceptar la tesis de que todo lo que la Constitución reconoce como fuente, es Derecho de esa comunidad, como se desprende del ejemplo de Atienza y Ruiz Manero. El problema radica en que positivistas excluyentes como Joseph Raz parten de la base que el Derecho constituye un sistema normativo independiente de la moral; y que si bien los Jueces generalmente deben realizar razonamientos de tipo moral porque las normas constitucionales se refieren a ellos y parecería que hacen depender la constitucionalidad de una ley en un valor, la identificación del Derecho nunca puede depender de la moral.

Andrei Marmor continuando esta línea traza una distinción fuerte entre lo que un Juez está obligado a hacer y la pertenencia de las normas a un sistema<sup>83</sup>. Según Marmor, un Juez puede estar obligado a aplicar una norma que no pertenece al Derecho de su comunidad, sin que esa norma por ello se vea incorporada a su Derecho. Atienza y Ruiz Manero al decir que la regla de reconocimiento

82 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. op. cit. p. 155.

83 “Could it be said, then, that the legally valid norms are those norms which judges (and other officials) are legally bound to apply? This would seem to be a mistake. Judges may be legally bound to apply norms and other considerations which are not by themselves valid...” Marmor, Andrei. « Exclusive legal positivism.», Jules Coleman y Scott Shapiro editores. The Oxford Handbok of Jurisprudence & Philosophy of Law. New York: Oxford University Press, 2002. p.105.

establece que las fuentes reconocidas por la Constitución forman parte del Derecho de la comunidad parecen aceptar la idea de que el Derecho podría eventualmente “incorporar” a otros sistemas normativos.

Joseph Raz, dice para ejemplificar la distinción entre aquello que un Juez debe aplicar y la pertenencia de una norma al sistema, que si todo lo que los Jueces estuvieran obligados a aplicar fuera Derecho de su comunidad, entonces cuando un Juez debe por aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado aplicar en Gran Bretaña el Derecho Polaco, el Derecho Polaco pertenecería al Derecho Británico. Como ello no es así, Raz entiende que cuando el Derecho se refiere a otro sistema normativo como es la Moral o como es el Derecho de otro Estado, estamos ante normas que el Juez debe aplicar, pero que no pertenecen a ese sistema normativo. Como gráficamente dice Raz, por el hecho de que un Juez Británico deba en alguna ocasión aplicar el Derecho Polaco, “a British person cannot say “Polish law is my law”<sup>84</sup>.

La crítica a Atienza y Ruiz Manero es que estos autores, al decir que pertenecen al Derecho Español las normas contenidas en la Constitución Española y aquellas de las fuentes que esta reconocen, dejan abierta su teoría a la posibilidad de aceptar que el Derecho puede incorporar a la moral, es decir, de que la moral pueda pertenecer al Derecho por una referencia en las normas constitucionales a ella cuando ello es al menos una teoría bastante cuestionable.

Existe, más allá de la cuestión de si la regla de reconocimiento puede o no incorporar a otros sistemas normativos, una cuestión más apremiante para resolver sobre la regla de reconocimiento y que parece ser determinante para entender como la Constitución se modifica por fuera de los procedimientos en ella prevista. El problema teórico es el siguiente: al decir que la regla de reconocimiento indica que son Derecho “las normas constitucionales” o “lo que la Constitución dice”, suponemos que *sabemos* perfectamente *lo que dice* la Constitución.

84 Raz, Joseph. «Incorporation by law.» Legal theory 10 (2004). p. 15.

Cuando Hart explicó la regla de reconocimiento, dijo que en un sistema poco desarrollado la regla de reconocimiento podría ser lo suficientemente simple como para identificar como Derecho de esa comunidad todo lo que tuviera alguna especie de “sello oficial”. Sería como decir, “todo lo que dicte el Parlamento es nuestro Derecho” o “La Constitución es nuestro Derecho”. La visión estándar nos dice que las normas contenidas en la Constitución son el Derecho de ese Estado, pero la cuestión no es tan simple.

Las Constituciones contienen disposiciones, un conjunto de oraciones que constituyen un material pre-interpretativo. Para una importante cantidad de reconocidos juristas, como es el caso de Guastini, no podemos hablar de normas hasta tanto esas disposiciones no son interpretadas. Según Guastini, si bien “en muchos contextos, la distinción entre disposiciones y normas es irrelevante y puede ser ignorada sin causar problemas”<sup>85</sup>, en otros contextos “la distinción entre disposición y norma se hace necesaria por el hecho de que entre las disposiciones y las normas no se da una correspondencia biunívoca.” Una de las razones para ello, según Guastini, es que muchas disposiciones tienen un contenido significativo complejo ya que “no expresan una norma sino una multiplicidad de normas. En ese sentido, a una sola disposición corresponden diversas normas conjuntamente.”<sup>86</sup>

Uno de estos casos, se presenta cuando existen interpretaciones divergentes de una misma disposición, en tal caso, podemos decir que *una misma disposición* alberga o puede expresar *diversas normas*. Este parece ser un hecho indiscutible desde el momento que se reconoce que en una misma comunidad existen interpretaciones divergentes de una misma disposición<sup>87</sup>. Puede existir un completo consenso que la cuestión del aborto se debe decidir a la luz del derecho a la vida, lo que está en duda es si el derecho a la vida implica una prohibición del aborto. Puede existir consenso que

85 Guastini, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999. p.101.

86 Guastini, Riccardo. *op.cit.* p. 101.

87 Un primer esbozo de estas tesis se puede encontrar en el capítulo VIII (La Interpretación) de la Teoría Pura del Derecho Kelseniana.

un caso de responsabilidad civil extracontractual se resuelve a la luz del artículo 1319 del Código Civil, lo que está en juego es lo que el artículo 1319 dice al respecto. Las diferentes interpretaciones solo se explicarían a la luz de una distinción entre disposición y norma, porque una misma disposición da lugar, por medio de diversas interpretaciones, a diferentes normas.

El problema con la regla de reconocimiento -al menos en el planteo estándar- es que o bien la regla de reconocimiento reconoce solamente disposiciones o bien da una explicación insuficiente de cómo la regla de reconocimiento reconoce normas. Como dice Dennis Patterson, la tesis de Hart se focaliza en la validez del Derecho, sobre como una persona puede decir sobre cierta norma que es Derecho de su comunidad y para Hart la validez parece ser una cuestión de pedigree. Según Patterson “...positivism is a theory of origins: it asserts that the truth of propositions of law lies in their having been promulgated *in the right way*.”<sup>88</sup> “However, as Roger Shiner notes, “It would only be in the rare case that the issue before a court would be resolved by a decision which *identified* a norm as a valid rule”<sup>89</sup>

La cuestión radica en que es innegable que una misma disposición, no importa si está contenida en la Constitución, en el Código General del Proceso o en el Código Civil, puede dar lugar a diversas interpretaciones. Sin embargo, la visión estándar de la regla de reconocimiento no puede dar una explicación satisfactoria de esta realidad, porque si bien ella parece descansar en la idea de que la cuestión a determinar es si una regla es válida, no siempre la cuestión ante un Tribunal radica en determinar cual es la disposición aplicable, sino lo que esa disposición significa, es decir, cual es la verdadera norma que emana de dicha disposición. El problema no es identificar que la discusión sobre el aborto gira en torno al derecho a la vida, no es un problema de identificar una disposición aplicable sino que gira en torno a las diferentes concepciones que

88 Patterson, Dennis. *Law and Truth*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 70.

89 Shiner, Roger A. *Norm and Nature*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 172 citado por Patterson, Dennis. *op. cit.* p. 63.

existen alrededor de un mismo concepto (derecho a la vida). Para dar el paso de la disposición a la norma es necesaria una interpretación y dependiendo del método interpretativo que se aplique surgirán diferentes resultados, por lo que la regla de reconocimiento nos estaría dando una visión empobrecida de la práctica jurídica porque identificaría solo disposiciones y no normas.

*Grosso modo*, la posición de Atienza y Ruiz Manero, al menos en el sentido literal del pasaje citado parece reconocer que la regla de identificación reconoce normas “la regla de reconocimiento traza los límites del ordenamiento jurídico español: son normas de este ordenamiento las contenidas en la Constitución...”. Esto significa, que la regla de reconocimiento no solamente identifica un documento oficial llamado Constitución y las palabras que en él aparecen, sino que identifica un contenido significativo. Esta tesis parece más prometedora, porque la regla de reconocimiento no solamente nos dice a qué documento debemos recurrir, sino que nos permite reconocer las normas (el resultado posterior a la interpretación) que integran el sistema. De lo contrario, la regla de reconocimiento fallaría en su función teórica. Recuérdese que según Hart, la regla de reconocimiento aparecía en una comunidad con el fin de remediar la incertidumbre reinante, pero si la regla de reconocimiento reconoce solo disposiciones, no puede decir nada sobre cuál es el derecho efectivamente aplicable, manteniendo así la incertidumbre. Si la regla de reconocimiento reduce la incertidumbre es porque no solamente indica los criterios para determinar si determinado texto está revestido de autoridad, sino que también dice algo sobre como ese texto debe ser interpretado.

La regla de reconocimiento en la visión estándar de legado Hartiano no es una regla que pueda resolver la incertidumbre que afectaba al sistema pre-jurídico porque es incapaz de decirnos qué debe decidirse. Según la visión estándar, la regla de reconocimiento dice “La Constitución es mi Derecho” ¿Pero como puede esto resolver la falta de certidumbre que nos afectaba previamente si solo apunta a un texto autoritativo, pero no nos dice nada sobre como entenderlo? No habría ningún problema con esta perspectiva si hu-

biera una sola forma de entender la Constitución, pero ese es un sueño imposible.

Por tanto, o bien la visión estándar está comprometida con la idea de que la regla de reconocimiento solamente identifica disposiciones o está comprometida con una oscura explicación de la normatividad, pues nos dice que la regla de reconocimiento reconoce normas pero no nos explica como la regla de reconocimiento llega a ese resultado. Dicho de otra forma: si de una misma disposición pueden surgir múltiples normas según el método interpretativo que se utilice, la regla de reconocimiento no puede solamente decir que el Derecho Uruguayo es el Derecho contenido en las normas constitucionales y en las fuentes que la Constitución reconoce directa o indirectamente reconoce. En este caso deberíamos decir que si la regla de reconocimiento no nos provee además de un método interpretativo, entonces a lo sumo ella puede reconocer disposiciones (el papel con tinta y sello oficial) pero no normas (el significado expresado por las disposiciones luego de que son interpretadas).

Esta conclusión parecería que deja al teórico flotando en el vacío. Si la Constitución es lo que es en razón de lo que diferentes personas pueden entender que ella significa, entonces no hay nada de interesante en la regla de reconocimiento, porque ella simplemente dice “Debe hacerse lo que dice la Constitución”, pero no sé como debo *interpretar* lo que dice la Constitución; ¿Debo buscar la moral positiva o la moral crítica? ¿Debo interpretar la Constitución según la intención del Constituyente? y ¿la de cual Constituyente?, ¿Debo interpretar las palabras en su sentido literal? ¿Debo realizar una lectura moral de la Constitución?, etcétera. Apenas nos percatamos de este hecho, parece que la regla de reconocimiento de la visión estándar no ha dado en el blanco, porque o solamente sirve para reconocer disposiciones o habría diversas reglas de reconocimiento según como debería interpretarse la Constitución.

Al decir esto último hemos entrado en un terreno escabroso, porque como dicen Alexander y Schauer<sup>90</sup>, pareciera que hay varias

90 Alexander, Larry y Schauer, Frederick. «Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance.» Matthew

reglas de reconocimiento distintas y en constante pugna según el método de interpretación que se propugne. Podría existir una regla de reconocimiento que dijera “Debe hacerse lo que diga la Constitución interpretándola para que se encuentre en armonía con las leyes, salvo que una ley viole su sentido literal” o “Debe hacerse lo que diga la Constitución, siempre interpretándola de acuerdo a la intención de los Constituyentes”.

El paso de decir “la regla de reconocimiento dice: debe hacerse lo que dice la Constitución” a “la regla de reconocimiento dice: debe hacerse lo que dice la Constitución + para saber que dice la Constitución úsese tal o cual método interpretativo” es situarse a un paso del abismo, porque todos sabemos que a la hora de hablar de una u otra forma de interpretar surgen múltiples y contradictorias opciones. Uno puede, claro está, dar el paso que falta para saltar al abismo y unirse al movimiento deconstruccionista, pero decir “El texto puede significar cualquier cosa” es absurdo. Para evitar caer en el absurdo sin retornar a la ortodoxia de la visión dogmática debe encontrarse un punto medio.

En nuestra opinión, si la regla de reconocimiento es la práctica de la comunidad, con especial énfasis en la práctica de los Tribunales, entonces la regla de reconocimiento no se agota en identificar ciertos textos autoritativos, sino también en como interpretarlos, y si bien en este punto no existe una práctica siempre concordante, existe una práctica lo suficientemente uniforme como para permitir que la comunidad se mantenga en funcionamiento. Si bien es posible que una misma disposición admita decenas de interpretaciones divergentes, en general también existe un acuerdo sobre como interpretar muchas disposiciones. La regla de reconocimiento es un consenso solapado, no solamente sobre qué disposiciones son aplicables, sino sobre como deben interpretarse. Si bien existen casos de fuerte discordancia, esas discordancias solamente son comprensibles frente a un consenso solapado. La regla de reconocimiento tiene zonas de penumbras, zonas donde no es claro como una dis-

---

Adler & Kenneth Himma, eds. *The rule of recognition and the U.S. Constitution*. USA: Oxford University Press, 2009. San Diego Legal Studies Paper No. 08-66.

posición debe ser interpretada, pero la penumbra solo es comprensible frente a un núcleo de certeza.

### **La Constitución: comprendiendo una práctica compleja**

Una práctica compleja como es el Derecho debe mostrar signos de consenso generalizado. Los consensos en torno al Derecho son fuertes. Nadie duda que debe haber elecciones nacionales, ni que las Cámaras deben sesionar, ni que existen procedimientos para declarar una guerra, ni que la DGI puede recaudar impuestos, ni que nosotros debemos pagarlos. Lo que tiene un cierto gusto a paradoja, es que a la misma vez que se generan consensos fuertes, en torno a la Constitución se generan divergencias extremas. En un país con una práctica Constitucional tan establecida como EE.UU., cuestiones sometidas a la revisión de la Suprema Corte de Justicia estuvieron a punto de hacer estallar a un país. *Roe vs. Wade*, donde se decidió la legalización del aborto es un caso paradigmático. En ese caso, la mitad del país pensaba de una forma y la mitad de otra (los porcentajes permanecen casi inalterados al día de hoy), y la comunidad jurídica se dividió casi de igual forma sobre lo que la Constitución permitía o prohibía. Frente al consenso fuerte que existe sobre la Constitución se alza un disenso no menos importante que nos hace recordar que las disposiciones constitucionales no solamente parecen albergar normas y valores en los que todos estamos de acuerdo (visión clásica: la Constitución “dice cosas sobre los que todos estamos de acuerdo”) sino que alberga normas y valores sobre los que hay disenso (conceptos esencialmente contestables) que son potenciales bombas de tiempo si no son correctamente procesados por los medios institucionales adecuados.

La regla de reconocimiento no es una mera definición al estilo “debe hacerse lo que dice la Constitución” porque muchas veces justamente lo que está en juego es qué es lo que dice la Constitución. La regla de reconocimiento se basa en una práctica jurídica difícilmente sintetizable, porque como las reglas del tanteador, pocas veces es expresada a lo largo del juego, sino que es usada por los operadores. Se podría llegar a decir que la regla de reconocimiento forma parte de aquello que se *muestra*, no de aquello que se expresa.

La regla tiene núcleos claros, pero estos son cambiantes. A medida que la concepción sobre los métodos interpretativos cambia en una comunidad jurídica, las normas se modifican por fuera de los procedimientos establecidos en la Constitución. La distinción entre disposiciones y normas es fundamental, porque un mismo texto que permanece inalterado en sus palabras se ve modificado por la interpretación, el cambio en el significado altera a la Constitución porque altera lo que ella significa. Si bien el texto puede permanecer inalterado, el significado de las palabras cambia por el paso del tiempo y por los cambios en las diferentes interpretaciones que de ella se hacen.

Se podría pensar que lo que cambia son solamente las interpretaciones pero que las normas permanecen inalteradas. El problema con esta idea está en decir “solamente”, porque apenas se acepta la distinción entre disposición y norma, se comprende que la interpretación determina la norma, por lo que un cambio de interpretación es un cambio en las normas de la Constitución. Por ello, los cambios en la regla de reconocimiento, es decir, los cambios en la práctica de la comunidad jurídica determinan un cambio en la Constitución, *hay un condicionamiento de la Constitución por parte de la regla de reconocimiento*.

Como los cambios en la práctica jurídica suponen un cambio en la regla de reconocimiento (y la regla de reconocimiento es la regla última), la Constitución se modifica (porque su significado se modifica). La Constitución es reformada sin necesidad de seguir los procedimientos para su reforma, lo que no es lo mismo que decir que la Constitución significa lo que cualquiera quiera, ni que no haya un fuerte consenso sobre aspectos centrales de lo que la Constitución dice.

### **Planteamiento de la regla de reconocimiento en la doctrina uruguaya: la posición de Cassinelli Muñoz**

Nuestra mejor dogmática constitucional no ha sido ajena a los problemas que plantea la identificación de la regla de reconocimiento.

Cassinelli Muñoz, al preguntarse cual es la Constitución uruguaya vigente, registra el dato ineludible, y que resulta ostensible, que en los hechos hay normas incluidas en la Constitución que se cumplen y otras que no.

Por ejemplo, las normas de la parte orgánica de la Constitución que disciplinan la conformación de la Cámara de Representantes, su número de miembros y funcionamiento se cumplen a cabalidad, en tanto, la norma de la parte dogmática que dispone que todos los habitantes de la República tienen derecho a una vivienda decorosa - art. 45 - es claro que no se cumple, puesto que hay habitantes que no gozan de una vivienda decorosa.

Para explicar esto introduce los conceptos de validez y efectividad. Para CASSINELLI, las normas constitucionales que carecen de efectividad, sin embargo, no puede aseverarse que no sean normas válidas.

### **¿Cuáles son entonces las normas constitucionales válidas?**

Es posible dar un criterio de validez formal, y decir, que son válidas todas las normas constitucionales que han sido sancionadas de acuerdo a los procedimientos preestablecidos para su establecimiento. Al decir del autor: *“Esta es la Constitución uruguaya porque su texto resulta de los proyectos que obtuvieron la mayoría requerida en los plebiscitos de noviembre de 1966, noviembre de 1989, noviembre de 1994, diciembre de 1996 y octubre de 2004”*

Ahora bien, la pregunta siguiente es si este criterio formal es suficiente. Rápidamente, el autor advierte que, si lo contrastamos con algunos episodios de la historia constitucional uruguaya del siglo XX, su potencial explicativo no nos resulta satisfactorio.

Dos de las grandes reformas constitucionales que se produjeron en el siglo XX en el Uruguay, se realizaron durante gobiernos de facto, y sin cumplir con los procedimientos previstos para su reforma en la Constitución vigente a la fecha de su reforma.

CASSINELLI maneja el ejemplo de la reforma que se produjo en el año 1934, durante el gobierno de facto del Dr. Gabriel Terra. Para responder cuándo adquirió validez la Constitución de 1934, nos resulta insuficiente el criterio formal, puesto que no se cumplió con el procedimiento previsto para su reforma. Por ello, propone acudir, al hecho social de lo que llama la “convicción colectiva”, es decir, al momento en que la gente, llega a convencerse de que la Constitución –en el ejemplo, la de 1918 reformada en 1932– ha sido reemplazada por un nuevo orden jurídico supremo.

En el caso de la Constitución de 1934, tal convencimiento se produjo porque, incluso aquellos que se habían opuesto al golpe de Estado de Terra, reconocieron la validez de la Constitución plebiscitada en 1934.

CASSINELLI enseña que la validez de una Constitución sancionada o modificada sin cumplir con los procedimientos previstos para su reforma adquiere validez cuando la “convicción colectiva” se modifica de tal modo que reconoce en el nuevo texto a la Constitución válida.<sup>91</sup>

Este fenómeno del reconocimiento de cambios constitucionales por vías distintas a las preestablecidas, también se dio en 1942, durante el período de facto liderado por el Arq. Alfredo Baldomir.

El criterio de la “convicción colectiva” también explica por qué resultaron fallidas las tentativas de reforma constitucional que intentó el gobierno cívico-militar durante la dictadura (1973-1985). Por cierto, resulta claro que la “convicción colectiva” indicó que la gente, durante la dictadura, siempre reconoció que la Constitución vigente era la que había sido plebiscitada en 1966 y, por ende, nun-

91 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “Derecho Público”, FCU, Montevideo, 2009, pág. 17 a 20.

ca legitimó los cambios que pretendió introducir la dictadura en la Carta.

## Conclusiones

- a. Nuestro objetivo fue brindar un paneo elíptico a algunos de los problemas derivados de la validez de las normas constitucionales, y poder mostrar que a través de la crítica a las diferentes soluciones que se han ofrecido, surgen conclusiones trascendentes para cuestionar la idea de que nuestra Constitución es una Constitución *rígida*. Se pretendió demostrar que la idea de las “cadena de validez” resulta suficiente para explicar la validez (pertenencia) al sistema de las *normas derivadas*, pero no de las *normas no derivadas*, en especial de las normas constitucionales.
- b. Para poder justificar la validez de la Constitución, en este trabajo se utilizó -básicamente- el marco teórico proporcionado por Hart a través de la “regla de reconocimiento”. Según esta tesis, en todo sistema jurídico existe tal regla que permite identificar la validez de las normas de una comunidad dada y la jerarquía entre ellas.
- c. Asumimos la tesis de Guastini, acerca que las Constituciones contienen *disposiciones*, esto es, un conjunto de oraciones que constituyen un material pre-interpretativo, no pudiendo hablar de *normas* hasta tanto esas *disposiciones* no son interpretadas. Con base en la distinción entre disposición y norma, decimos que si la regla de reconocimiento es la práctica de la comunidad, con especial énfasis en la práctica de los Tribunales, entonces la regla de reconocimiento no se agota en identificar ciertos textos autoritativos, sino también en como interpretarlos, y si bien en este punto no existe una práctica siempre concordante, existe una práctica lo suficientemente uniforme como para permitir que la comunidad se mantenga en funcionamiento.

Terminamos por afirmar, que si el valor sustantivo de la regla de reconocimiento está en que nos permite identificar “normas”

y no solo “disposiciones”, debe admitirse el hecho que la “norma” constitucional cambia (se modifica) toda vez que la práctica interpretativa de la comunidad jurídica (en especial la práctica concordante de los Tribunales) le da a la “disposición” un significado diverso al que tenía en el pasado. Esto es, la disposición (el texto) quedó incambiado, pero la norma (el significado) cambió, y lo hizo a través de un procedimiento que no es el que establece el artículo 331 de la Constitución.

### **Replanteamiento de la interpretación constitucional.**

#### **¿A qué llamamos Constitución?**

Qué cosa es la Constitución y el papel que desempeña en un Estado, es algo que se hace muy visible por la jurisprudencia del órgano encargado de defenderla. Se supone que en ella está lo fundamental de un sistema jurídico y que se alza como la pieza más importante del derecho en el país en el que rige. Esa es la idea más difundida. Si algún visitante del extranjero nos preguntara qué es la Constitución (un visitante que suponemos no conoce a qué nos referimos con ella, porque es su derecho no se reconoce nada como ella) no haríamos mucho si tomáramos de nuestra biblioteca el libro que se titula “Constitución de la República Oriental del Uruguay” y le dijéramos “esto es la Constitución del Uruguay”. Entre otras cosas porque si va a la casa de otro amigo compatriota nuestro y le hace la misma pregunta y su amigo procediera de la misma forma, es posible que nuestro visitante pensase que en el Uruguay hay dos constituciones. Tampoco haríamos una buena enseñanza del asunto si en una clase de derecho constitucional hiciéramos lo mismo frente a los estudiantes. Con este sencillo ejemplo queda claro que la Constitución no es el conjunto de hojas sometido a un proceso de ensamblado y con un par de tapas. Esto que a cualquier lector le parecerá obvio, está sin embargo, bastante lejos de serlo.

Cuando se analiza el problema de la Constitución y sobre todo el asunto que parece más explicativo de la cuestión: cuándo una ley es inconstitucional, muchas veces se procede como si la Constitución fuese el conjunto de oraciones recopiladas en ese libro. Tam-

bién se dice que la Constitución es la voluntad del constituyente y en definitiva del pueblo en su conjunto que es quien la ha ratificado. Claro que deberíamos de hablar de la voluntad de los constituyentes y no de “el constituyente” en el caso de nuestro país, ya que ha sido sometida a sucesivas reformas, reformas que han preservado gran parte del texto de su antecesora y por lo tanto a lo que le llamamos Constitución, es en verdad a varias Constituciones que se han ido acumulando en sucesivas reformas. Y hablar por ejemplo de Constitución del 67 o del 97, apunta tan sólo a la última reforma a la que ha sido sometida y a lo que el texto tiene de nuevo. Por lo tanto la idea tradicional a la que asimilamos la voluntad como atribuida a un sujeto en particular o aun la idea roussoniana de la voluntad general en el sentido de la voluntad del pueblo como conjunto de personas que coexisten en determinado momento y en determinado lugar, en coordenadas espacio-temporales similares tampoco se aplica en este caso. Más bien lo que coincide aquí es el aspecto espacial de la cuestión. Es decir nos hemos pronunciado los uruguayos, aquellos que hemos nacido o vivido en el ámbito del territorio del Uruguay (claro que también hay que hacer una salvedad con respecto a la Constitución de 1830, ya que en esa época los límites de nuestro país, no eran los que fueron en el caso de las Constituciones posteriores).

Decíamos entonces que lo que representa la Constitución para nosotros corre por cuenta básicamente de la Suprema Corte de Justicia que es quien realiza su contralor (aunque por supuesto este órgano va a basar sus decisiones en argumentos que frecuentemente les son suministrados desde otras tiendas). Esta tarea le ha sido asignada por la propia Constitución, en los artículos 256 a 261. Pero también la misma Constitución dispone en el artículo 85, numeral 20, que a la Asamblea General le compete interpretar la Constitución y el texto se apura a decir “sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia”.

No es común observar en el ordenamiento jurídico leyes interpretativas de la Constitución, pero por ejemplo en el ámbito del derecho tributario suelen verse normas que se autoatribuyen este

carácter a los efectos, por ejemplo, de conceder una exoneración tributaria.

Así La ley número 18.083 que implementó el nuevo sistema tributario, pretendió uniformizar las exoneraciones, para que dicho sistema tuviese las menores erosiones posibles. A tal efecto dispone el artículo 56 del título 4 del TO 996 que: “Exoneraciones genéricas. Quedan derogadas para este impuesto las exoneraciones genéricas de tributos anteriores a la presente ley, otorgadas a determinadas actividades o entidades, así como las correspondientes a los impuestos a la Renta de la Industria y Comercio y a las Rentas Agropecuarias, salvo las que se incluyen expresamente en la misma. Lo dispuesto en el presente artículo es sin perjuicio de las exoneraciones establecidas por normas constitucionales y sus leyes interpretativas”. Más allá de lo superfluo que pueda resultar aclarar que no se derogan las exoneraciones dispuestas por normas constitucionales, esta disposición reconoce la categoría de “leyes interpretativas de la Constitución”. Dentro de tales leyes interpretativas están las que se encuentran recopiladas en el título 3 del Texto Ordenado de Impuestos de 1996, donde se dispone: “Reconócese como institutos culturales incluidos en el artículo 69 de la Constitución...” (art. 1 inciso primero); “Decláranse comprendidas en la exoneración impositiva prevista en el artículo 69 de la Constitución” (art. 2); “Decláranse...están comprendidas en el artículo 69 de la Constitución...” (artículo 10); “Inclúyense dentro de las exoneraciones del artículo 1...”(art. 14) “Declárase, por vía de interpretación, que están incluidas en el inciso segundo de este Título...” (artículo 16).

Claro que el carácter de ser interpretativas de la Constitución de estas disposiciones normativas, es algo que ellas mismas dicen, pero este juicio no es el relevante, ya que cualquiera que tenga un interés directo, personal y legítimo, (Art. 258 de la Constitución) puede controvertir lo dicho por estas disposiciones y ellas pueden ser declaradas inconstitucionales por decisión de la SCJ. Por eso la palabra la tiene la Corte. Claro que cuando la Constitución dice en su artículo 85, numeral 20 que la Asamblea General tiene competencia para interpretar la Constitución, esto suele tener importancia en el sentido en que las leyes se presumen constitucionales. Es

decir, las leyes deberían de estar en la línea de las disposiciones de la Constitución. Esto significa que a primera vista, para la inmensa mayoría de los operadores las leyes se presumen constitucionales. O sea: dada una ley se procede como si fuera constitucional, esto es, se aplica. Las presunciones tienen este formato “dado p se procederá como si q”<sup>92</sup>. Esto puede traducirse “dada una ley se procederá como si fuera constitucional”. Sin embargo, esta presunción es válida y operativa para todos los usuarios del derecho, incluidos los jueces y los legisladores, menos para cinco personas: los miembros de la SCJ.

Pese a lo anterior es frecuente ver como la propia Corte usa este argumento cuando elabora sus sentencias, tradicionalmente a favor de entender que una ley determinada es constitucional. Así por ejemplo, en sentencia número 43 de 26/03/08, que declaró por mayoría la inconstitucionalidad del Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas (IRPF) a las pasividades, en la discordia del Dr. Gutiérrez Proto se lee:

*“ Toda ley goza de presunción de constitucionalidad mientras no se pruebe lo contrario (Sentencias Nos 212/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, entre otras), en total coincidencia con el profesor Véscovi, para quien: ‘la constitucionalidad de la ley es de principio y la ilegitimidad es la excepción. Y como excepción, limitada y de interpretación estricta. Por eso es que a quien invoca dicha situación anormal le corresponde la carga de probar y de un modo irrefragable que existe incompatibilidad entre la norma constitucional y la legal. Se trataría de una presunción de legitimidad’<sup>93</sup>.*

92 Mendonca, Daniel. “Presunciones”, en *Revista Doxa*, N° 21, Alicante, 1998, p. 83-98; Aguiló, Joseph, “Notas sobre presunciones de Daniel Mendonca”, en *Revista Doxa* N° 22, 1999, p. 649-660; Kelsen, Hans; Ross, Alf y Fuller, Leon, “Ficciones Jurídicas”, México D.F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2003, p. 96-103; Hernández Marín, Rafael, “Introducción a la teoría de la norma jurídica”, Madrid, Marcial Pons, 2ª Ed., 1998, p. 317-341; Perelman, Chäim, y Olbrechts-Tyteca, Lucie, “Tratado de la argumentación. La nueva retórica”, Madrid, Gredos, 5ª Ed., 2006, p. 125-131

93 En *Revista Tributaria*, T. XXXV, N° 204, mayo-junio de 2008, IUET, p. 390



En la misma sentencia el también ministro disorde Van Rompaey, señala:

*“En la consideración de esta cuestión constitucional, ha de partirse de la presunción de constitucionalidad de las leyes, principio reiteradamente afirmado por la Corporación”<sup>94</sup>.*

Ahora si pensamos en la estructura de las normas de presunción: “dado p se procederá como si q”, no parece posible que “dada una ley la Corte proceda como si fuera constitucional”, si así lo hiciera, entonces sencillamente no habría un proceso de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Lo que la Corte quiere decir es que las consecuencias de declarar inconstitucional una ley son de una importancia extraordinaria y por ende, sólo hay que hacerlo cuando tal inconstitucionalidad es palmaria y que además, para hacerlo la argumentación tiene que ser de una calidad muy buena y por ende se requiere de un gran esfuerzo argumental (esto es lo que a renglón seguido la Corte nos dice cuando hace la afirmación de la presunción de constitucionalidad de las leyes). Pero decir que esto se deriva de “la presunción de constitucionalidad de las leyes” si es de rigor para el resto de los operadores jurídicos, no parece muy razonable para quienes tienen la facultad de declararlas inconstitucionales

Algunos problemas institucionales: cuando el que se incendia es el cuartel de bomberos<sup>95</sup>.

Como han dicho Mendonca y Guibourg la Constitución en tanto parte del sistema jurídico y en tanto fundamento del sistema jurídico entra en contradicción. En opinión de estos autores la Constitución es la fuente positiva de validez jurídica del resto de las normas que pertenecen a un sistema, y al mismo tiempo es el criterio de delimitación de ese sistema. Opera como límite a la autoridad de los gobernantes, en tanto que distribuye el poder en tres partes de forma que intenta atar a todos los organismos de gobierno, sin excepción. En tal sentido la Constitución es un instrumento de dos filos. Por un lado otorga poderes o facultades a los distintos órganos

94 Idem, p. 395.

95 Esta expresión está tomada de Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, *“La odisea constitucional”*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 31.

del sistema, pero por otro lado intenta que esos poderes no conlleven que cada órgano pueda hacer lo que quiera hacer. El otro filo sirve para proteger a los ciudadanos para que no se tomen contra ellos medidas arbitrarias. Pero simultáneamente hace que no siempre se puedan tomar a tiempo las medidas necesarias.

La contradicción apuntada entre Constitución como norma suprema y Constitución como fundamento del sistema se da porque los encargados de custodiarlas, sus guardianes, son ellos mismos regidos y elegidos por normas infraconstitucionales. La integración y el control del tribunal son atribuciones de los poderes constituidos por la Constitución, pero regulados por leyes. Es decir, el Parlamento suele tener en las democracias constitucionales la palabra en materia de elección de los ministros de las Cortes Supremas, y por lo tanto las Constituciones pueden verse sometidas a los vientos o los avatares políticos<sup>96</sup>.

Otro de los problemas que se presenta es que la propia vocación de universalidad y permanencia que tienen las Constituciones hacen que sus textos no puedan ser muy precisos en su formulación. Si lo fueran correría el riesgo de parecer anticuadas o ser inaplicables a casos concretos de forma muy fácil. Quizás por eso Napoleón decía que las Constituciones deberían ser “cortas y oscuras”. Esto hace que la tarea de saber qué dice la Constitución (si es que de eso se trata) no sea una tarea sencilla<sup>97</sup>.

Sumada a esta situación se agrega la visión de la dogmática del derecho, la disciplina que se encarga de realizar aportes para explicar las normas y el rol de los jueces. Esta disciplina lo que pretende es suministrar argumentos a la interna de la praxis jurídica. No obstante, la doctrina se presenta intentando explicar el fenómeno del derecho. Para esto asume que su punto de partida es a través del material normativo. La dogmática del derecho puede sintetizarse en tres grandes corrientes de pensamiento: la escuela de la exégesis, la

96 Idem, p. 25.

97 Ferreres, Víctor *“Una defensa de la rigidez constitucional”* en *“La relevancia del Derecho”*, Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina, compiladores, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 227-239.

escuela histórica del derecho alemana y la jurisprudencia analítica anglosajona.

El punto de partida de la dogmática entonces, decíamos que era la idea de norma en tanto mandato y la visión del derecho como un sistema de coacción que sustenta el monopolio de la fuerza. El derecho sería entonces un sistema cohesionado y coherente de mandatos dictados por los órganos de gobierno. El papel fundamental es el asignado a la ley. Frente a esta fuente, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina ocupan un rol secundario. La idea que predomina es que en la ley está todo. Y por lo tanto la tarea del intérprete es minimizada, frente al rol que ocupa el legislador.

Esta trivialización de la tarea de la interpretación hunde sus raíces históricas en los proyectos de grandes códigos del Siglo XIX que perseguían, tras la labor de una gran sistematización, que cualquiera, aun el lego en derecho, pudiera entenderlo y aplicarlo sin problemas. La idea de sistematizar y de trabajar desde los textos normativos con categorías agrupadas como la de contrato, obligación, delito, pena, etc., iba tras este objetivo. Ayudado además por la idea de que el legislador al ser portador de la voluntad general y al que se presumía siempre racional y omnisciente gozaba de impunidad para sancionar prácticamente lo que fuese y de expresarlo de la manera que mejor le pareciera.

Esto se reflejó en el descuido que tradicionalmente se le dio a la técnica legislativa. Es decir, asumido que el legislador era siempre racional y sin posibilidades de cometer errores, la mirada no se situó en el control de cómo legislar, sino más bien en interpretar de forma adecuada la ley, pero asumiendo que esa tarea era menos importante que la primera y en caso de que algún razonamiento no fuese adecuado la culpa no sería del legislador, por usar de forma defectuosa el lenguaje, sino por el contrario el error sería del intérprete, que naturalmente está sometido a la autoridad de la ley.

Este rol central de la ley se vio desplazado durante el siglo XX por la aparición de los estados constitucionales de posguerra. Estas Constituciones dieron origen a los llamados Estados constitucionales, que se caracterizan por contar con textos normativos

que se sitúan en el primer lugar de importancia dentro del sistema jerárquico de fuentes. Estas cartas, a diferencia de las de principios de siglo XX se distinguieron no ya por simplemente estipular la forma de gobierno y delinear las competencias de los distintos órganos y las formas de hacer derecho válido, sino además y fundamentalmente por estipular una vasta nómina de derechos personales que funcionarían como limitaciones de las propias autoridades que estaba estableciendo. Frente a esta circunstancia, para muchos la ley perdió ese rol protagónico y fue desplazada por las Constituciones, que de alguna forma pretendían ligar la labor del legislador de forma que éste no tuviera las manos libres para todo. Habrá determinadas cuestiones que ni la propia ley podrá regular. Esto tiene que ver con los llamados derechos fundamentales y la desconfianza hacia las mayorías, producto de los regímenes fascistas que fueron movimientos de masas<sup>98</sup>.

Si en el caso de la ley el paradigma dogmático era que en ésta estaba contenida ya la solución, en el caso de la Constitución este paradigma no sólo no cambia, sino que se refuerza en la medida en que las Constituciones suelen estar respaldadas por los llamados mecanismos de democracia directa. Esa es la situación en el Uruguay donde todos los casos de procesos de reformas, sino comienzan, al menos culminan en un pronunciamiento de la ciudadanía (Art. 331 de la Constitución). Por tal motivo la labor del intérprete de la Constitución se entiende también totalmente secundaria.

La predominancia de este paradigma se ve también en la separación en el tiempo de las tareas de interpretación y de aplicación. Así se supone que cuando la ley o la Constitución necesitan ser aplicadas su significado ya se encuentra absolutamente claro. Es más, en la letra de la Constitución o de la ley ya estaría contenido su significado que el intérprete no hace más que explicitar.

Esta es la explicación que proporciona la dogmática de la labor de la interpretación. En este sentido se ha entendido que el juez

98 Prieto Sanchís, Luis, "Ley, principios, derechos", Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Dykinson, 1998, p. 47-68; Ferrajoli, Luigi, "Democracia y garantismo", Madrid, Trotta, 2008; Zagrebelsky, Gustavo "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", Madrid, Trotta, 6ª Ed., 2005.

que aplica la ley o la Constitución en verdad no realiza una tarea de interpretación, sino que simplemente la aplica. Esta tarea de aplicación de los jueces se puede explicar mediante el modelo de razonamiento de silogismo *modus ponens* que contiene una premisa mayor que es la ley, una premisa menor que es el caso (que estaría contenido en la premisa mayor) y la sentencia que sería la conclusión que considera la ley aplicable al caso que se le presenta.

A lo anterior se agrega que la dogmática ve al aplicador del derecho, al juez, como alguien que afronta su tarea con neutralidad valorativa o axiológica. Esta visión se aprecia claramente en la discordia a la sentencia ya considerada que declaró inconstitucional al IRPF a las pasividades:

*“La Corte juzga no el mérito o el desacierto legislativo, sino tan sólo si la ley es o no constitucionalmente válida. La norma legal, que dentro de su competencia institucional dispone una solución equivocada, errónea, desacertada respecto al punto que regula será una mala ley, pero no por ello es inconstitucional..En sentido concordante cabe citar la opinión de Linares Quintana:” ...El Poder judicial excedería su ámbito específico y constitucional si entrara a juzgar los propósitos o motivos que pudieran haber inspirado al legislador en la aprobación de las leyes, materia que está comprendida en el campo de la política legislativa. Es así que los tribunales en manera alguna pueden formular valoraciones acerca de la bondad o inconveniencia, la justicia o la injusticia, la oportunidad o importunidad de los actos legislativos, y por más que posean la firme convicción de que la ley es inconveniente, o injusta o inoportuna, están obligados a aplicarla. Así lo exige el principio fundamental de la división de poderes de gobierno. Si los jueces penetraren en el terreno vedado de la prudencia política, no habría razón para que, análogamente, el Poder Legislativo por su parte, no pudiera incursionar en la órbita jurisdiccional, con la consiguiente desaparición de los departamentos gubernativos y, como consecuencia de la libertad...(Teoría e Historia Constitucional, T. I, pp. 319-320). Y también cabe citar la opinión del recordado Prof. Sayagués Laso: ‘...no debe olvidarse que el Poder Judicial administra la justicia; no gobierna al país ni dicta sus leyes, a pesar de que, excepcionalmente, estas diversas funciones*

*se confundan o entremezclen. Este principio básico de la división o independencia de poderes alcanza a los jueces constitucionales que deben actuar en una función estrictamente arreglada a derecho y resolver por razones y determinaciones puramente jurídicas como se ha dicho precedentemente. De no ser así se arriesga que el Poder Judicial se deslice hacia el llamado ‘Gobierno de los Jueces’, lo que contribuye una arbitrariedad grave, que se consuma invocando una pretendida interpretación de la ley, por más digna y honesta que pueda ser la inspiración que anima al Magistrado. Lo expuesto no implica en modo alguno que al realizar la tarea de calificar la ley deban desatenderse aquellas motivaciones que, inspirando al Poder Legislativo, condujeron a adoptar la solución que ha estimado preferible y permitan atribuirle su real naturaleza jurídica (Tratado de Derecho Administrativo, T.I, p. 442)”<sup>99</sup>.*

De la transcripción del fallo resulta claro o sintomático que se proclama que los jueces deben enfrentarse al texto de la ley o de la Constitución desde una posición neutral. A su vez el sentenciante se apoya en un dogmático de conocido prestigio, Sayagués Laso, quien a su vez afirma que “una interpretación pretendida” de la ley puede conducir al gobierno de los jueces, lo que sería una grave arbitrariedad.

En el curso del presente trabajo pretendemos poner de manifiesto que tal modelo de explicación del derecho, el modelo de la dogmática, es deficientemente explicativo del fenómeno jurídico, en la medida en que no pone el acento en la tarea de la interpretación, de forma que lo que pretende es ocultar la relevante labor que desempeñan los jueces. Este paradigma se asienta en la idea de que el significado de la ley o de la Constitución está contenido en la formulación de los enunciados lingüísticos que la conforman. E ignora lo que las modernas teorías del derecho enfatizan: que la asignación de significado de las disposiciones normativas tiene un lugar preponderante en la tarea de interpretación, que como tal es eminentemente argumentativa. Por lo tanto el paradigma de las teorías contemporáneas se basa en identificar esta labor de interpreta-

<sup>99</sup> Sentencia N° 43/008, en Revista Tributaria N° 202, cit., p. 391.

ción de la mano de una visión dinámica del derecho que hace que éste tenga significado en la tarea interpretativa que desempeñan sus operadores jurídicos y con rol preponderante los jueces.

Por lo tanto esta forma de ver al derecho y el desmedro de la tarea interpretativa que ha mantenido la dogmática, lejos de ser descriptiva de la realidad jurídica, lo único que pretende es encubrir el rol protagónico de los jueces. De forma que adopta una postura ideológica que al mismo tiempo que sirve para intentar impregnar en los jueces la idea de que ellos no tienen tanto poder y que deben someterse al imperio de la ley, contribuye a que ellos se sientan aliviados de la carga que pesa sobre sus espaldas. Por lo que al mismo tiempo que se les demanda una tarea de gran responsabilidad, se la pretende minimizar. Aunque paralelamente y en forma continua se están proponiendo y ayudando a construir valoraciones y estimaciones sobre las disposiciones del legislador o sobre la Constitución.

Todo lo anterior conduce a un modelo hipócrita al decir de Mendonca y Guibourg que lo resumen de esta forma: *“al sujetar la interpretación del derecho a una ratio legis dependiente de ciertas calidades míticas atribuidas al legislador, entroniza en la práctica el parecer del intérprete que, bajo la apariencia de obedecer al príncipe, se reviste con los atributos regios y legisla desde la cátedra, el tribunal, o el estudio. Todo ello sucede con la bendición de la moral, que se propugna evidente para todos, salvo para ciegos o daltónicos de los valores. En nombre de ella el intérprete se considera autorizado para introducir lagunas axiológicas (agregar, eliminar o modificar la relevancia de ciertas condiciones), mientras sostiene que cada controversia individual sólo puede juzgarse adecuadamente si se atiende a las infinitas e imprevisibles circunstancias del caso”*<sup>100</sup> y en consecuencia la visión de un serio problema institucional: *“un cuerpo normativo de contenido vago, que pretende servir de fundamento, límite y garantía duradera a una actividad signada por intereses fuertes, conflictos estridentes y a ratos violentos, variaciones de hecho imprevisibles y perspectivas de corto alcance. Una teoría (una técnica de modelización) extremadamente complaciente con los in-*

100 Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, cit., p. 29 y 30.

*tereses de cada observador y propicia a ocultar, bajo el manto de acuerdos puramente verbales y, por lo tanto, vacuos, las sustanciales diferencias entre las distintas descripciones. Ausencia de métodos, dotados de consenso intersubjetivo, para dirimir las controversias reales. En su reemplazo un sistema de decisión institucional controlado (en última instancia) desde los niveles inferiores del sistema jurídico, que son precisamente aquellos más azotados por las pasiones coyunturales. La combinación de todas estas circunstancias no augura gran eficacia en el cumplimiento del propósito constitucional. Y la realidad concurre cada tanto, a ratificar este pronóstico”*<sup>101</sup>.

En nuestro país la autolimitación que se impone la Corte a la hora de realizar el contralor que la Constitución le comete, se evidencia en que restringe los casos que en su opinión deben llegar a su consideración a aquellos donde se hayan agotado las posibilidades de interpretar una disposición conforme a la Constitución. Esto evidencia que la máxima de que las leyes han de interpretarse desde la Constitución, se trasunta en forzar todo lo que sea posible el texto de una ley de forma de hacerla compatible con la Constitución, lo que no es más que afirmar que será excepcional que se declare el texto de una ley como contrario a la Constitución. Eso queda muy claro en sentencia 181/02 nuestra Suprema Corte de Justicia manifestó que tenía jurisprudencia firme

*“en cuanto a que no son admisibles aquellos planteos de inconstitucionalidad subordinados o condicionados a cierta interpretación de la ley..., el planteo de inconstitucionalidad sólo es procedente cuando la norma impugnada sea de aplicación ineludible y necesaria... Si la interpretación del juez de la causa fuese desacertada o errónea, el itinerario a seguir es la presentación de los recursos procesales pertinentes, pero no pretender, ante la posibilidad de sobrevenir una posible interpretación que volviera infraccional el texto legal, que la Corte asumiera una función preventiva de regularidad constitucional de las leyes, que ninguna norma le atribuye”*

101 Idem., p. 31

### Vaivenes en torno a un mismo texto

En el presente trabajo asumimos que cualquier teoría de la interpretación presupone una teoría del significado, de la verdad y de la referencia. En tal sentido asumimos que interpretar es asignar significado. Esto de cualquier manera es considerablemente vago porque no hemos dicho qué cabe entender por significado. Esta cuestión que puede parecer obvia es sin embargo, un problema que ha mantenido ocupada a las principales corrientes filosóficas de la segunda mitad del Siglo XX y lo que va del presente. No nos parece tampoco que avancemos mucho si suscribimos la tesis atribuida al segundo Wittgenstein<sup>102</sup> de considerar al significado como el uso. Esto por la sencilla razón de que entonces desplazaríamos la cuestión a qué entendemos por uso. Pero además de esto no parece muy plausible pensar que cualquiera de nosotros pueda entender lo que significa una palabra, apelando simplemente a cómo es usada. Porque precisamente lo que entendemos por uso, está él mismo impregnado de significado.

Otras de las distinciones fundamentales de las cuales habremos de partir es siguiendo a Guastini<sup>103</sup>, la de disposición normativa y norma. En tal sentido sostenemos que la norma no es el presupuesto de la interpretación sino su resultado. Por un lado tenemos los textos de la Constitución o de la ley, que nos dicen determinadas cosas. Es posible que en un mismo artículo, una misma disposición esté contenida más de una norma, más de un mandato, si se quiere. Así por ejemplo en materia tributaria el artículo 6 del Código Tributario parece contener claramente dos normas: por un lado el llamado principio de la realidad económica, y por otro lado una indicación sobre la manera de proceder en materia de precisamente interpretación de normas. Y es posible también que para inducir

102 La polémica al respecto puede consultarse en Chomsky, Noam, "El conocimiento del lenguaje", Barcelona, Altaya, 1995, p. 244-266; Kripke, Saúl "A propósito de reglas y lenguaje privado", Madrid, Tecnos, 2006; Fermandois, Eduardo, "Wittgenstein: entre pragmatismo y relativismo", en "El giro pragmático en la filosofía", Cabanchik, Samuel y otros compiladores, Barcelona, Gedisa, 2006, p. 75-92; Nagel, Thomas, "Otras mentes", Barcelona, Gedisa, 2000, p. 63-75.

103 Guastini, Ricardo, "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho", Barcelona, Gedisa, 1999, p. 92-109.

una única norma sea necesario recurrir a más de un artículo. Piénsese por ejemplo en el Código Civil cuando regula la capacidad para contratar (Arts. 1278-1280) y dice que pueden contratar quienes no hayan sido declarados incapaces, y estipula que los menores son incapaces. Para saber cuándo alguien es menor y en consecuencia tener una norma con sentido, será necesario recurrir también al artículo que estipula cuando alguien es mayor de edad (Art. 280 N° 2), o sea que una misma norma está en dos artículos diferentes.

Lo anterior nos da una visión diferente en relación con un texto y una norma. Hemos dicho que las formulaciones o los enunciados normativos no son lo mismo que las normas o las reglas. Si entendemos regla o norma como una razón para la acción que pretende dar una pauta de conducta, motivar en los demás un comportamiento determinado parece claro la necesidad de distinguir ambos conceptos. Para demostrar lo anterior podemos considerar tres casos. El primero es una sentencia de la Corte Suprema Argentina, los otros dos son de nuestra Suprema Corte.

En Argentina en 1986 se decidió un importante caso, con respecto a la prohibición de divorcio vincular, se trató del caso Sejean, donde se decidió que la ley de divorcio no vincular era inconstitucional. Se trataba del artículo 64 de la ley de matrimonio civil, con más de cien años de indiscutida vigencia. La Corte sostuvo: "*la realidad social de la República Argentina ha cambiado en lo referente a relaciones familiares y no parece razonable que la realidad jurídica y social se encuentren separadas por la distancia que hoy es constatable en la sociedad... El control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubren nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de manera distinta... Cabe admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la constitución nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo. Las normas de la constitución están destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, a la que han de acompañar en*

*la discreta y razonable interpretación de sus creadores. Los constituyentes legaron a la Nación futura patrones normativos aptos para acompañarla en su evolución, capaces de contemplar la dinámica de la realidad, reacia a ser captada en fórmulas inmutables*<sup>104</sup>.

Una situación similar se dio hace muy poco tiempo en nuestro país con la llamada ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Arts. 1, 3 y 4 de la Ley N° 15.848), que había sido considerada constitucional por la Corte uruguaya durante más de veinte años. En sentencia N° 365 de 19/10/2009 se dice: *“De modo que la reinterpretación de la Ley N° 15.848 como amnistía encontraría serias dificultades, porque si fuera amnistía, la ley sería inconstitucional por vicios de forma: no podía presentarse otro proyecto con ese contenido en el mismo período de la legislatura y los votos que reunió no alcanzaron la mayoría requerida por la Constitución. Por razones formales, entonces, una ley de amnistía habría sido inconstitucional (cf. Castro, Alicia, ob. cit., ps. 137 y 138)... En primer término, es opinable que dicha manifestación del Cuerpo Electoral haya saneado el vicio formal de la falta de mayoría especial para sancionar una amnistía (analizado en el Considerando anterior de este pronunciamiento), en la medida en que, naturalmente, el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la ley, debiendo pronunciarse, solamente, por hacer lugar o no al recurso (art. 40 de la Ley N° 16.017, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril de 1989). Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de*

104 Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, cit., p. 87.

*invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella. (Democracia y garantismo, p. 32).*

*El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría.*

*“De forma distinta las cuestiones pertenecientes a la que he llamado esfera de lo decidible, los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado esfera de lo no decidible (qué sí y qué no). Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría... como derecho inviolable, indisponible, e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción” (ob. cit., p. 55)...” Y la sentencia concluye que: “Entonces, ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación por el Cuerpo Electoral —ni aún si lograra la unanimidad— podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una ley que consagre la pena de muerte en nuestro país, la cual está prohibida por disposición del art. 21 de la Carta”.*

Una situación similar a la anterior se dio con respecto a la Ley número 18.083. Como indicáramos en el numeral anterior la Corte declaró por mayoría inconstitucional al IRPF en tanto gravaba las pasividades. Con pocos meses de diferencia y debido al cambio de uno de sus ministros la jurisprudencia de la Corte dio un giro y lo consideró constitucional en sentencia N° 80/2008. Esto no evitó sin embargo (y aquí se puede observar la importancia o el impacto de los fallos) que se sancionara otra ley que creó un nuevo impuesto, y aumentó su mínimo no imponible<sup>105</sup>.

105 Un análisis pormenorizado de la argumentación llevada a cabo por la Suprema

De las sentencias transcriptas puede desprenderse una idéntica conclusión. Un mismo texto con el correr del tiempo fue interpretado de forma radicalmente diferente. En el caso de la sentencia argentina, surge que la prohibición del divorcio vincular fue considerada constitucional hasta hace relativamente muy poco tiempo. Y en el caso de la ley de caducidad uruguaya sucedió lo mismo, el texto fue el mismo durante todo el período de tiempo. En el caso del IRPF, la diferencia en el tiempo es incluso muy escasa. Tenemos entonces que frente al mismo texto hay pronunciamientos diferentes. Entonces el asunto es que la norma debe entenderse, de la mano de Hart y de Raz, como una razón para la acción. Si de lo que se trataba era de contrastar el texto de la Constitución con el de la norma legal, lo relevante no es el texto de la ley, es decir lo relevante en esta cuestión o en ambas, es que las sentencias parecen decir que la Constitución en la actualidad debe interpretarse de determinada manera, que hace que se considere que hay determinados derechos que ella consagra, que ambas normas violan, en los dos primeros casos. Por lo tanto si se entiende a la norma como razón para actuar está claro que a partir de la declaración de inconstitucionalidad por la Corte al menos el juez que atiende el caso tiene que actuar de una manera diferente frente a los mismos textos, reiteramos ni el texto de la Constitución, ni el texto de la ley cambió en una coma, ni en un tilde en todo el período de tiempo considerado. Sin embargo, los operadores jurídicos ya no tendrán que hacer lo mismo. Y si bien en ambos sistemas, tanto en Uruguay como en Argentina la declaración de inconstitucionalidad sólo rige para el caso concreto, es claro que suele desplegar efectos institucionales más amplios. Por ejemplo en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la norma que gravaba con el IRPF a las pasividades, más allá de que la jurisprudencia de nuestra Corte se revirtió rápidamente, la diferencia en el trato de los contribuyentes motivó que el Poder Legislativo sancionara otra ley que contemplara de alguna manera la posición de la Corte, incluso aumentando el mínimo no imponible del impuesto, como ya mencionamos.

Corte en este caso puede encontrarse en Blanco, Andrés, “*Argumentación y lógica en el Derecho*”, Bs. As, La ley Uruguay, 2009, p. 21-64.

Lo anterior pone en evidencia que el texto de la ley o la Constitución no es lo mismo que la norma, ya que los textos permanecieron incambiados y las conductas asociadas con dichos textos que se hicieron legalmente exigibles se modificaron sustancialmente.

### Distintos enfoques de la interpretación jurídica

Como decíamos la noción de interpretación está íntimamente ligada con la noción de significado. Tanto la dogmática, como la teoría del derecho cuando intenta precisar la noción de interpretación, recurren a la idea de significado. Es más, se suele afirmar que interpretar determinado texto es desentrañar su verdadero significado. Esto suele aparecer en los textos de los Códigos, por ejemplo en el Art. 4 del Código Tributario, y en el Art. 18 del Código Civil. También la SCJ ha dicho en sentencia N° 54/977 “*es obvio que la ley interpretativa tiene un objeto específico: aclarar un texto mediante otro cuyo contenido se encuentra virtualmente contenido en la ley anterior; y corresponde aclarar lo que es oscuro, debiendo aceptarse que media oscuridad de la norma originaria si esta por su imprecisión ha dado lugar a controversias sobre su verdadero significado y, sobre todo, a decisiones jurisdiccionales contradictorias al determinar sus alcances y efectos*”

La primera concepción que podemos señalar es la cognoscitivista. Ésta apunta a que el significado de las normas ya está contenido en ellas o dado con anterioridad a la tarea de la interpretación, de forma que lo único que debe realizar el intérprete es descubrir el significado que yace en el texto. Su única tarea en consecuencia es poder comprender, o entender adecuadamente el texto de la ley o de la Constitución. Esta concepción viene asociada a la relevancia de la ley o de la Constitución en el sistema del derecho y trata de privilegiar la intención o la voluntad del legislador que se cree plasmada de forma clara, precisa e indubitable en el texto. Suele ir acompañada de la visión de un legislador racional, omnisciente y dotado de una única voluntad. Como representante de esta tesis se suele señalar a Dworkin<sup>106</sup> quien se ha pronunciado por la tesis de la *única respues-*

106 Dworkin, Ronald, “*El imperio de la justicia*”, Barcelona, Gedisa, 1988, 164-191.

*ta correcta*. Además necesita también de la idea de un intérprete o un juez con capacidad, tiempo, información y disposición puede hallar esta respuesta correcta, se trata del juez Hércules.

La otra concepción es la escéptica, que sostiene que la interpretación no es una actividad cognoscitiva, sino eminentemente decisoria. Esta tesis parte del punto de que las disposiciones están formadas de lenguaje y que éste presenta los conocidos problemas de la ambigüedad y vaguedad. Por lo que de un mismo texto pueden extraerse interpretaciones igualmente razonables. De forma que en la asignación de significado lo que contará será la voluntad de tal intérprete. Esta tesis ha sido sustentada por Guastini<sup>107</sup>.

Otra posición o enfoque es la denominada ecléctica. Para este enfoque la tarea de la interpretación a veces será una tarea eminentemente cognoscitiva y otras tendrá que ver con una tarea decisoria. Esto fundamentalmente tiene que ver con la construcción de Hart<sup>108</sup> de la textura abierta del derecho. La textura abierta refiere a que hay en el derecho un núcleo de derecho y una zona de penumbra. En opinión del inglés hay casos que claramente están contemplados en la norma y otros casos que están en la zona de penumbra. En este último caso la decisión del intérprete cobrará más relevancia y será una tarea discrecional, aunque no por eso arbitraria. Los casos que caen en el llamado núcleo de certeza serán casos en los que la tarea del juez se parezca más a la de un simple concededor del significado de la norma, a alguien que descubre algo que ya le viene dado. En opinión del autor tanto la concepción cognoscitivista (que él llama formalismo, literalismo o conceptualismo), como la concepción escéptica del realismo jurídico americano se sitúan en dos extremos y el derecho no es ni una pesadilla como parecen sugerir los realistas, ni un noble sueño como sugieren los formalistas.

La frase célebre de Montesquieu de que el juez debía ser la boca muda de la ley, no intentaba describir sino prescribir cómo debía ser la tarea judicial. Por eso la Ilustración puso énfasis, inge-

107 Guastini, Ricardo, “*Problemas de interpretación*”, Isonomía N° 7, 1997, México D.F., p. 121-131.

108 Hart, H.L.A., “El concepto de derecho”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1961, p. 155-191

nuamente, en que la calidad de la tarea de la interpretación, dependía antes de una buena calidad de las leyes. Incluso se pensó que cuando la tarea de la codificación estuviera terminada la tarea de la interpretación podía ser realizada por cualquier ciudadano común y no era necesaria la actividad de los juristas en esta materia. Esta concepción en el Siglo XIX, que empezó como una propuesta teórica, vale la pena decirlo, fue acompañada de un fuerte movimiento formalista que ideológicamente olvidó la necesidad de prestarle atención a la ciencia de la legislación y partió del supuesto, de forma acrítica, de la tesis cognoscitivista. Y este movimiento se refleja en la escuela de la exégesis francesa.

La crisis de esta escuela de pensamiento de la interpretación jurídica comienza, en opinión del profesor español Prieto Sanchís<sup>109</sup>, con la obra de Ihering: “La jurisprudencia en broma y en serio” y que hace explosión con la llamada escuela del Derecho libre con Gèny a la cabeza y el sociologicismo de Duguit. Esta corriente más que cuestionar que las leyes tuviera un único significado, cargaron las tintas en cuestionar la supuesta coherencia o uniformidad del sistema jurídico y su ausencia de contradicciones, con lo que cuestionaron el propio status de “sistema” del orden jurídico, al que no conceptualizaron tampoco como muy ordenado. Para Prieto *la escuela del Derecho libre* más que ser una teoría es una ideología, sin embargo, el *realismo norteamericano*, sí tendría el status de teoría. Aunque más que teoría de la interpretación del Derecho, es una teoría sociológica.

El *realismo norteamericano*, más que nada lo que pretende es poner de manifiesto que el Derecho no es lo que dispongan las normas legales, sino lo que decidan los jueces. Y que precisamente la decisión de los jueces, en tanto seres humanos, está movida por intereses económicos, o por prejuicios morales. Las normas legales, son en definitiva, un insumo más para la decisión judicial, pero no es ni por asomo, el único. Estas consideraciones que se realizan con respecto a la figura de los jueces, son fácilmente trasladables a cualquier aplicador del Derecho dotado de autoridad.

109 Prieto Sanchís, Luis, “Apuntes de teoría del derecho”, Madrid, Trotta, 2005, p. 225-274



## Clases o tipos de interpretación

Cabe distinguir diferentes clases de interpretación según el autor, el objeto, sus resultados, etc. Guastini<sup>110</sup>, ha distinguido dentro de las clases de interpretación: la interpretación en *abstracto* y la interpretación con base en una situación *concreta* considerada. El ejemplo por excelencia de la segunda es la interpretación que hace el juez, quien se posiciona frente a la norma mientras tiene que resolver un caso. En la primera, el intérprete estará abocado a considerar cuáles son las normas válidas y vigentes en un determinado sistema u orden jurídico. En el segundo básicamente tiene que decidir si una norma es de aplicación al caso concreto. Por eso mientras es posible una interpretación tan sólo en *abstracto*, no sucede lo mismo a la inversa. Toda interpretación *concreta* (o aplicación), implica antes o simultáneamente, como sea, una interpretación en abstracto.

Se distingue también la interpretación “científica” de la interpretación operativa. La primera no prescribe cuál significado de la norma es el correcto, sino que se limita a describir los posibles significados de la disposición normativa. Sin decidir que una interpretación es la correcta. La interpretación operativa es aquella que realiza el dogmático del Derecho, aquel que opera discursivamente con el Derecho y tiene que postular una opción como aquella más adecuada para el contexto de la norma. Quienes más realizan la interpretación operativa son los jueces. En este caso sería posible identificar a este tipo de interpretación con la aplicación. Sin embargo es posible discernir que un juez enfrentado a un caso concreto pueda interpretar varias normas, pero aplicar en un caso, una en concreto.

Según quiénes sean los sujetos que realizan la interpretación se distingue: *doctrinal*, *judicial*, *oficial* y *auténtica*. La primera es la que se realiza por ejemplo en las Facultades de Derecho, en las que se dan además de las dos tipos anteriores: científica y operativa. La judicial, como el nombre lo indica es la que realizan los jueces. Normalmente será una interpretación en concreto. Quizás lo más trascendente de este tipo de interpretación en atención al sujeto que

110 Guastini, Ricardo, “Distinguiendo...”, cit. p. 204.

la hace, sea que esta interpretación no sólo es acerca del Derecho, sino que forma parte del propio Derecho. En el caso del juez su interpretación será una norma, a la que tenga que atenerse las partes del proceso. Por interpretación oficial debe entenderse aquella que hacen los órganos del Estado. Esta interpretación, para distinguirla de la auténtica, hay que tener presente que se materializará por normas distintas de aquellas que el órgano tradicionalmente dicta.. La auténtica es la que realiza el órgano que dictó la norma. La interpretación auténtica por excelencia es la del legislador, que se hace o bien para aclarar el sentido de una ley anterior, o bien para unificar criterios frente a una jurisprudencia dividida, o bien para salirle al cruce a una interpretación en un determinado sentido<sup>111</sup>.

En tal sentido en sentencia N° 23/991, la SCJ manifestó citando a Supervielle que: “*para disipar dudas en cuanto a si se está o no ante una ley interpretativa, se puede recurrir a lo que se denominaba *occasio legis* que se manifiesta por la existencia de una jurisprudencia contradictoria, de opiniones encontradas en doctrina o, finalmente, de prácticas diferentes. También se puede buscar una razón política, de justicia o de equidad que justifique el dictado de una ley interpretativa*”.

También se ha distinguido la interpretación *declarativa* o *literal* de la *correctora*, y dentro de esta última como especie cabe distinguir a su vez la interpretación *restrictiva* de la *extensiva*. Pero esta clasificación, parte de un supuesto que no todos aceptan y es que la norma cuenta con un significado objetivo que hay, que está ahí y se presenta como dado y hay que clarificar dicho significado, que puede ser limitado en un sentido o en otro, empleando determinados medios o técnicas.

Por último distingue Prieto a la interpretación según la consideración de la historia de la norma. Y entonces menciona dentro de su clasificación la *originalista* de la *no originalista*. La primera es la que trata de determinar el significado de la norma en el momento de su sanción, atándola con la voluntad del legislador. Y la *no originalista* o evolutiva, el significado que la norma va adquiriendo

111 Prieto Sanchís, Luis, “Apuntes...”, cit., p. 230-236

con el correr del tiempo. Esta diferencia entre corrientes adquiere mucha importancia para los estadounidenses que deben interpretar un texto breve de más de doscientos años.

### Significado: ¿literalidad o uso?

Como ya lo mencionamos las nociones de interpretación y de significado están íntimamente conectadas. Así Mendonca y Guibourg<sup>112</sup> dicen que un enunciado interpretativo tendrá la forma “F” significa “S”, donde “F” es un enunciado normativo y la variable S un significado definido.

Consideremos nuevamente el caso del artículo 216 de la Constitución Como ya vimos, este dispone: “*No se incluirá ni en los presupuestos ni en las leyes de Rendición de Cuentas, disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato de Gobierno ni aquellas que no se refieran exclusivamente a su interpretación o ejecución*”

La Corte en sentencia 90/1990 entendió que: “*Cuando el art. 216 de la Constitución prohíbe incluir en los Presupuestos disposiciones cuya vigencia exceda la de mandato de Gobierno, o no se relacionen con (...) ha entendido referirse obviamente, al presupuesto o acto técnico o documento político, y no a la ley que lo sanciona...*” “*una práctica constante en la materia presupuestal (...) incorpora en los textos legales pertinentes (...) normas que tienen contenido distinto al estrictamente presupuestal...*”

En este caso parece claro que si uno observa el texto de la Constitución debería concluir que en las leyes de materia presupuestal no pueden incluirse disposiciones cuya vigencia exceda el plazo de cinco años. Sin embargo, la Corte con este tipo de sentencia ha respaldado una práctica constante de los legisladores de incluir este tipo de disposiciones en las leyes de presupuesto y de rendición de cuentas, que en absoluto refieren a la materia presupuestal y que tienen una vigencia muy superior. Si un colega del exterior nos preguntara acerca de si en Uruguay pueden incluirse en las leyes de presupuesto normas cuya vigencia supere la del período de gobierno parece que deberíamos responder que sí se puede. La regla

112 Mendonca, Daniel, y Guibourg, Ricardo, cit., p. 93

es esa, ya que los legisladores lo hacen y sus normas no se declaran inconstitucionales. Tienen una razón poderosa para continuar con su conducta, más allá de lo que diga el texto frío de la Constitución.

Esta sentencia nos plantea claramente el problema de qué entender por significado. Si uno asume que el significado que cabe asignar a un texto es el de su significado literal, parecería que la interpretación de la Corte es violatoria de la Constitución.

Tecla Mazzaresse<sup>113</sup> en un interesante ensayo plantea la preferencia que los juristas tienen por el significado literal. Esto se manifiesta en que en muchas ocasiones los juristas suelen citar las definiciones del diccionario en apoyo de sus argumentos. Esto a veces parece desplazar la autoridad del legislador a la autoridad del diccionario. Se trata de darle prioridad al sentido literal del texto, esta noción está recogida en el Código Civil en el artículo 17 que dice: “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu*”.

Al mismo tiempo que los juristas siguen dándole una importancia fundamental al significado literal, los lingüistas y los filósofos del lenguaje han resignado esta idea como la preponderante en materia de significado.

Lo que a primera vista asoma es el hecho de que los juristas no se han detenido a decir qué es significado literal o tenor literal y la noción parece ser asumida de forma aporreada, aunque ni bien nos metemos en el problema vemos que se trata de uno de los principales problemas que han enfrentado aquellos que son entendidos en el asunto, como los lingüistas y los filósofos del lenguaje. Fundamentalmente estos se han enfrentado con fenómenos que distorsionarían el significado literal: con los problemas de vaguedad y ambigüedad del lenguaje y con la idea de significado metafórico<sup>114</sup>.

Por significado literal suele entenderse aquel que es invariable y que no depende del contexto en el que está inserto. Se entiende

113 Mazzaresse, Tecla: “*Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*”, en Revista Doxa, N° 23, Alicante, 2000, p. 597-631

114 Idem, p. 599.

que esta idea tiene su origen en Frege<sup>115</sup>, especialmente en su *principio de composicionalidad*. Por este principio el significado de un enunciado es el de sus partes, es decir, el de las palabras, más lo indicado por las reglas sintácticas. Sin embargo, Frege no se afilia a la tesis del literalismo ingenuo ya que junto con éste distinguía otro principio, el *principio de contextualismo*<sup>116</sup>.

Mazzarese distingue una corriente que denomina *antiliteralismo moderado* que recoge una corriente heterogénea que pone atención en fenómenos lingüísticos de nivel semántico, sintáctico o pragmático que interfieren en la formulación lingüística del enunciado, condicionando en forma relevante su significado.

A nivel sintáctico los estudios que se distancian de la idea de literalidad son lo que estudian fenómenos como los deícticos (enunciados como “aquí”, “ahora”, “yo”); a nivel semántico los que se preocupan de la textura abierta del lenguaje<sup>117</sup>: como la vaguedad, la ambigüedad, la anáfora, la metáfora y la implicatura; a nivel pragmático la teoría del significado como uso atribuida al segundo Wittgenstein y la teoría de los actos de habla de J. L. Austin y Searle.

Todos estos aportes que confluyen en la corriente del *antiliteralismo atenuado* tiene en común para Mazzarese que ponen el énfasis no en el texto, sino en el contexto, se trata de una *concepción contextual* del significado, más que de una *concepción textual*.

Para el literalismo y para el literalismo moderado el “significado literal” apunta a un pleonismo y para el antiliteralismo, ya sea moderado o radical, esa noción es un oxímoron. Pero aun cuando las normas o los juristas usan muchas veces en sus expresiones la noción de significado literal, en verdad están haciendo referencia a una noción de “significado ordinario” que implica un background más grande que esa idea y asume las formas tradicionales de argumentar en torno a un texto. Parece muy difícil asumir la idea de un literalismo ingenuo que deseche la noción moderna. Esto fun-

115 Frege, Gotlob “Ensayos de semántica y filosofía de la lógica”, Tecnos, Madrid, 1992, p. 84-111 y 123-139

116 Mazzarese, Tecla, cit., p. 601

117 Wittgenstein y la teoría del derecho ¿?

damentalmente se debe a la constatación de que en tanto somos hablantes competentes y nos movemos en un medio lingüístico y cultural, esta situación ya de por sí es un contexto que hace inverosímil la idea de un significado acontextual e invariable en el tiempo.

Dadas las diferentes concepciones y teorías en torno al significado literal lo que queda claro es que es una noción sobre la que no hay consenso entre los especialistas. Pero lo más importante es que esta situación ha sido solapada o descuidada por el discurso del derecho a nivel dogmático que ha argumentado como si esta idea fuese unívoca.

Una tesis oportuna que nos hace reflexionar sobre los problemas y el alcance del significado literal es la tesis de Donald Davidson<sup>118</sup> sobre las metáforas. También parece oportuno porque las modernas corrientes del constitucionalismo sostienen que lo que le da prioridad a las Constituciones por sobre todas las demás cosas descansa en una metáfora, la metáfora del pacto constitucional<sup>119</sup>.

Sostiene Davidson que “*la metáfora es el sueño del lenguaje y como todo sueño, su interpretación refleja tanto del intérprete como del originador. La interpretación de los sueños requiere la colaboración entre una persona que sueña y una persona que está despierta, aun cuando sean la misma persona*”

El derecho está plagado de metáforas, junto a éstas y a veces de difícil identificación están las ficciones, las presunciones, las remisiones y enunciados de ese tipo. Davidson sostiene que la metáfora no tiene, como cree mucha gente, además de su significado otro significado literal. La metáfora implicaría una percepción especial. La metáfora sería una forma de comunicación paralela. Sostiene el autor que la metáfora no puede parafrasearse, que con la paráfrasis tratamos de decir algo de otra manera, pero con la metáfora esto es diferente.

118 Lo que sigue está tomado de Davidson, Donald “¿Qué significan las metáforas? en “De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje”, Gedisa, Barcelona, 1990, p. 245 y ss.

119 Ferrajoli, Luigi, “Democracia...”, cit., p. 40.

La metáfora pertenece exclusivamente al dominio del uso; para esto hay que tener en cuenta que él distingue entre “lo que las palabras significan” (Davidson no se afilia a una teoría entitativa del significado, de la misma forma que no lo hacía Quine<sup>120</sup>) y el uso. La metáfora se trata del empleo imaginativo de las palabras, pero por eso depende del significado ordinario de las palabras y de las oraciones.

No hay entonces un significado metafórico o poético. Estas nociones no explican a la metáfora, la metáfora las explica a ellas. Una tesis sobre la metáfora que Davidson no comparte dice que la metáfora nos hace prestar atención a alguna semejanza nueva o sorprendente entre dos cosas. Si alguien dice “*Tolstoi fue un gran niño moralizador*”, no se está refiriendo al predicado niño, que el niño Tolstoi compartió con todos los demás niños, la metáfora está en que se refiere al adulto Tolstoi. Podríamos pensar que podemos llegar a lo que la palabra metafórica “niño” significa, dice Davidson, si encontramos las palabras exactas que signifiquen lo mismo, que representen esa propiedad que señala la metáfora. En esta tesis la metáfora tiene un significado nuevo o extendido.

Si fuera cierto que las metáforas son un significado extendido, nos dice el autor, habría que admitir que Tolstoi era un niño literalmente y entonces el significado de la metáfora se desvanecería. “*Si vamos a pensar que las palabras de las metáforas se ocupan directamente a su tarea de aplicación a aquello a lo cual sí son aplicables de manera apropiada, entonces no hay ninguna diferencia entre la metáfora y la introducción de un nuevo término al vocabulario: hacer una metáfora es asesinarla*”. Para que la metáfora tuviera un significado nuevo y diferente dependerá en todo caso del significado ordinario. Por lo tanto los significados originales u ordinarios permanecen activos en la interpretación metafórica. Otra tesis, para salvar este problema sostiene que la metáfora es una especie de ambigüedad, es decir, la metáfora depende de nuestra incertidumbre mientras oscilamos entre los dos significados.

120 Para ver una noción sobre las teorías no entitativas del significado puede consultarse Teliz, Ronald, *Una teoría perversa del significado* en “Ensayos sobre verdad y significado”, CSIC, FHUCE, Montevideo, 2008, p. 107-134.

Por ejemplo “*Cristo fue un cronómetro*”, primero nosotros tendríamos el significado de cronómetro ordinario, mientras intentamos entender el metafórico. Pero dice Davidson que la ambigüedad se da porque la palabra en un contexto ordinario significa una cosa y en un contexto diferente otra cosa, pero no necesariamente en el contexto metafórico dudamos de ella. Esto implicaría la idea de un significado latente o figurativo que llevaría la carga de la metáfora, pero entonces debería de haber algo, una regla que conecte a los dos significados. Sin embargo, la regla tendría que decir que la metáfora se aplica a todos los casos de rol literal y a algo más.

Pero esta tesis es errada porque el sentido de la metáfora no puede ser aprender un significado nuevo. Porque tendríamos que pensar si una palabra está siendo usada en un sentido metafórico o en un sentido literal, pero previamente desconocido. Una metáfora que se usa cien veces seguirá siendo metáfora y una palabra que se encuentra en un nuevo rol literal, puede apreciarse la primera vez que se usa. Se ha pretendido también explicar la metáfora como un símil. Por ejemplo, que Goneril hablando de Lear hubiese dicho “*Los necios son como bebés de nuevo*”, sería una afirmación de la similitud entre los necios y los bebés. Alguien podría sostener que el significado de una metáfora es el significado literal del símil correspondiente. “*Cristo fue un cronómetro*” en el sentido figurativo es “*Cristo es como un cronómetro*”. Pero si esto fuera así no habría sentido literal de la metáfora. Además harían que el significado de la metáfora sea algo demasiado accesible, una obviedad: Tolstoi como un niño. El símil sólo nos dice que hay una semejanza. Las oraciones de las metáforas no tienen ningún valor especial de verdad. Lo que no quiere decir que no existe algo como una verdad metafórica para Davidson. La diferencia más notoria entre símil y metáfora es que la mayoría de los símiles son verdaderos y las metáforas falsas.

No interesa en la metáfora la falsedad real, sino que la oración pueda ser considerada falsa. Cuando se informó que el avión de Hemingway había sido visto en África se pensaba que estaba muerto, en tal sentido el titular del *Mirror* “*Hemingway perdido en África*”, quería significar que estaba muerto, pero cuando resultó que no lo estaba, el titular del diario resultó tener un sentido literal. O como

por ejemplo una mujer que se ve con un hermoso vestido y dice “*este vestido es un sueño*” e inmediatamente se despierta. Por lo general sólo cuando se sabe que una oración es falsa, comenzamos a buscar el sentido oculto de la metáfora. El absurdo y la contradicción de lo metafórico es lo que nos hace que veamos el sentido de la metáfora. Davidson compara mentir con decir una metáfora, porque lo que implica una mentira no es el significado de la oración, sino su modo.

Acá Davidson reconoce asumir una postura de tipo platónico y dice que mentir no es que algo sea falso, sino que el sujeto crea que lo es. Podemos pensar que un testigo está mintiendo en una audiencia de divorcio cuando declara que presencié riñas y disputas que hacían insoportable la vida en común entre los cónyuges está mintiendo, porque cree que eso no sucedía, aunque por ejemplo efectivamente hubiera riñas y disputas. Solemos creer en las oraciones verdaderas y no creer en las falsas, pero como dice Davidson esto es contingente.

Por eso entre una mentira y una metáfora no hay una diferencia acerca de lo que significan las palabras, sino en cómo son usadas. “*La metáfora corre por los mismos carriles lingüísticos familiares que siguen las más simples oraciones*”. La metáfora tampoco tiene que ver con la paráfrasis: no la necesita. Según la teoría de la interacción de Black, dice Davidson, la metáfora sería como algo que nos llama la atención sobre los lugares comunes o los estereotipos. Pero sin embargo para Davidson si la metáfora contara con dos significados uno literal y otro que permanece oculto ¿cómo es posible que su efecto se debilite al hacerlo explícito? Es decir, no se podría intentar explicar la metáfora apelando a un contenido cognitivo. Para Davidson debemos dejar la idea de que la metáfora tiene un significado o un contenido especial, de que transporta un mensaje. Las teorías sobre las metáforas fallan porque pretenden explicarnos un contenido especial, en lugar de decirnos los efectos que causan en nosotros las metáforas. Las metáforas nos hacen ver las cosas de forma diferente, nos llaman la atención sobre similitudes, y analogías y por ellas apreciamos los fenómenos relevantes. Pero el asunto principal reside en analizar el nexo entre la metáfora y lo que

ella nos hace ver. La metáfora sería como lo que dijo Heráclito del oráculo de Delfos: “*no dice, ni oculta: insinúa*”.

Es un error decir que la metáfora dice una cosa y significa otra. “*Suponer que ella es efectiva si conduce un mensaje codificado es como pensar que una broma o un sueño emiten un enunciado que un intérprete lúcido puede reenunciar en prosa llana. Como una imagen o un golpe en la cabeza, una broma o un sueño o una metáfora, pueden hacernos apreciar un hecho, pero sin representar o expresar ese hecho*”. Cuando entendemos una metáfora intentamos evocar aquello que la metáfora nos lleva a entender. “*¿Cuántos hechos o proposiciones transmite una fotografía? ¿Ninguno, algunos, o un gran hecho indefinible? No es una buena pregunta. Una imagen no vale lo que mil palabras, ni ninguna otra cantidad de ellas. Las palabras no son la moneda apropiada para intercambiar por una imagen... En general lo que notamos y vemos no es de carácter proposicional*”. “*Si yo le muestro el pato-conejo de Wittgenstein y digo `es un pato`, entonces con un poco de suerte usted lo verá como un pato; si yo digo `es un conejo` usted lo ve como un conejo. Pero ninguna proposición expresa lo que yo le he llevado a ver...`ver cómo no es ver qué*”.

### La intención en la interpretación

Este argumento que es frecuentemente utilizado por los abogados y que se resume en el tópico de la “intención del legislador” o en la “voluntad del legislador”. Muchas veces cuando emitimos un enunciado y el receptor lo entiende de una forma decimos: “no, me entendiste mal, en realidad lo que quise decir...” o “mi intención no fue decir eso”. Dado que el lenguaje es público, parece claro que más allá de lo que se quiera decir, lo que importa es lo que efectivamente se dice. Se suele afirmar por los críticos literarios que una vez que el poeta ha escrito su texto se independiza de él y la atención se centra en el texto y no en su autor. Ahora, también es claro que las biografías de los poetas o de los novelistas son usadas con frecuencia para entender un texto. También la corriente literaria a la cual se considera que pertenece el escritor.

Lamentablemente algunas de las modernas corrientes de teoría del derecho han prestado relativamente poca atención a este tópico de la intención porque lo han relacionado con la Escuela de la exégesis francesa, la que a su vez estaba influenciada por el tópico roussonianos de la “voluntad general”. Recientemente este elemento ha sido rescatado por cierta vertiente muy avanzada de la teoría como son las de Raz y Marmor<sup>121</sup>. Específicamente este último, tomando los aportes fundamentales de la teoría de Raz<sup>122</sup> de la autoridad ha planteado una teoría intencionalista de la interpretación. Conviene desde ya aclarar que nada tiene que ver con concebir al fenómeno de la interpretación como un fenómeno intelectual que transcurre en la esfera privada de un sujeto, aun cuando se considere que el sujeto de que se trata es un sujeto ficticio, el portador de la voluntad general. Conviene también tener presente que es posible distinguir el elemento de la intención o la voluntad, del elemento de la creencia. Como vamos a ver más adelante, este factor de la creencia desempeña un papel muy importante en la concepción de Davidson de la interpretación.

La idea de concebir la tarea interpretativa como algo diferente de la voluntad de alguien que haya emitido determinado enunciado significativo, se debe a que todos queremos de alguna forma preservar la posibilidad del error. Es decir, si identificáramos la labor interpretativa y por ende el significado con la intención o la voluntad de quien dice algo, deberíamos concluir que el lenguaje es algo totalmente privado. Si esto fuera así, evidentemente la comunicación estaría seriamente comprometida, porque cada cual podría asignar a una palabra el significado que quiera. Está claro también que hay personas que deciden expresar determinadas cosas de determinada manera novedosa, o simplemente pretenden que un diálogo conformado por varias personas sólo lo entienda alguien en especial con la cual tiene un código particular. También las funciones de ironía y sarcasmo son formas reconocidas de significación.

121 Marmor, Andrei, “*Interpretación y Teoría del derecho*”, Barcelona, Gedisa, 2002.

122 Raz, Joseph, “*La intención en la interpretación*”, en Revista Doxa N° 20, Alicante, 1997, p.199-233.

Con la distinciones introducida por Hare<sup>123</sup> de contenido frástico y néustico de enunciado, se pone de manifiesto como idénticos enunciados, adquirirán un significado o sentido especial, según sea la intención lingüística mediante. Así expresiones como “te vas de viaje”, “¿Te vas de viaje?” O “¡Te vas de viaje! pese a que tienen idéntico contenido frástico (tienen igual valor informativo o descriptivo), manifiestan distintas funciones del lenguaje, y tienen distinto contenido normativo (néustico) que nos plantean muy distintas situaciones comunicativas. La diferencia fundamental está dada por la intención del que emite el enunciado que es distinta en los tres casos.

Si en la vida cotidiana se producen estas situaciones en aquellos fenómenos comunicativos como el derecho se agrega algo a la anterior y es que quien emite el enunciado sea el legislador o el constituyente está además revestido de autoridad. Por lo cual esto parece poner un mayor énfasis en el fenómeno de la intención. Es decir, como cuentan con legitimidad en virtud del proceso de su elección o por ser ratificados directamente por la voluntad de la ciudadanía en el caso de la Constitución, a los operadores jurídicos les importa saber cuál era la intención del legislador o del constituyente cuando sancionaron determinada norma.

Marmor para sostener su tesis intencionalista pone precisamente énfasis en esto, en que nos interesa la voluntad del legislador o del constituyente porque nos sentimos obligados por su autoridad. Como señala Lifante<sup>124</sup> Marmor entiende la labor de interpretación como la labor de asignarle significado a un objeto. En una tesis de tipo semántica lo que importará será el significado de un objeto, en una tesis de tipo pragmática lo que importará será lo que el autor quiere decir por medio de un objeto. Para Marmor la interpretación está relacionada con lo segundo porque ésta a diferencia del lenguaje no está regida por reglas, porque precisamente concibe a la interpretación como una excepción frente al fenómeno ordinario de

123 Hare, R.M., “*Ordenando la ética*”

124 Lifante, Isabel, “*Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*”, en Revista Doxa, N° 22, Alicante, 1999, p. 172.

la comunicación y el lenguaje. Por lo tanto adscribe a una tesis de la interpretación de tipo pragmático que permita dar cuenta de aquellas emisiones de los sujetos que son precisamente contrafácticas. Pone el ejemplo conocido en la literatura de la señora MalPropose, una señora que se expresa decididamente mal o una teoría que permita dar cuenta de frases como “¿Conoces a un político honesto?”<sup>125</sup>

Marmor critica la teoría de Davidson de la interpretación radical, (teoría que superficialmente abordaremos más adelante), por entender que ésta no puede dar cuenta de aquello que es lo más importante. En efecto Marmor cita la opinión de Davidson con respecto a hay dos tipos de teorías que concurren a los efectos de poder comprender una emisión realizada por un hablante competente. Una teoría previa que hace que estemos en condiciones de entender el significado de una expresión cualquiera, y una teoría puente que permite asignar una intención especial en el hablante que distorsionaría ese significado tradicional como en el caso de la ironía o el sarcasmo. El problema de Marmor con la tesis de Davidson es que precisamente éste afirma que su teoría de la interpretación radical no puede dar cuenta de esa teoría puente. Para Marmor esa teoría puente sería la que importa en el caso de la interpretación que asocia como un fenómeno diferente de la comunicación cotidiana, Para Marmor en la mayoría de los casos no es necesaria una tarea interpretativa, lo que hay simplemente es un entendimiento de la emisión de un enunciado. Para esto Marmor parece tomar apoyo en la conocida tesis de Wittgenstein<sup>126</sup> formulada en el 201 “hay una captación de la regla que no es seguir la regla”. Por ejemplo cuando alguien observa una luz roja y de forma repentina y frena su automóvil, no parece estar realizando una labor interpretativa, sino más bien directamente reaccionando o entendiendo de forma abrupta un signo.

Si bien esta tesis a primera vista podría estar coadyuvando a la idea que subyace tras el brocardo “*in claris non fit interpretatio*”<sup>127</sup>,

125 Marmor, Andrei, cit., p. 36

126 Wittgenstein, Ludwig, “Investigaciones Filosóficas”, México D.F., Crítica, 2ª Ed., 2002.

127 Recientemente a nivel nacional se ha publicado una obra que trata precisamente

que refiere a que cuando el texto de la ley es claro no es necesario realizar una labor de interpretación, entendemos que Marmor no suscribiría esa idea, ya que su paradigma no es de un significado abordado exclusivamente desde una perspectiva semántica, sino también y más que nada pragmática.

Es necesario también desligar la tesis de Marmor de aquellos que han pretendido entender a la interpretación como un fenómeno privado o psicologicista<sup>128</sup>.

Según Lifante “Marmor sintetiza su postura en las dos siguientes tesis: 1) las leyes, al menos en ciertos casos, son promulgadas con intenciones específicas y ésta es una cuestión de hecho que es distinguible del procedimiento para poder probar ese hecho; y 2) en ciertos casos la presencia de tal circunstancia (que una ley haya sido promulgada con una intención específica) suministra al juez una razón para decidir una disputa jurídica de acuerdo con la intención legislativa”<sup>129</sup>.

---

de los vínculos entre la literalidad y la decisión, que aborda el problema de la interpretación en el derecho de la mano de las más modernas teorías. Esta obra, entre sus múltiples aportes, presenta dos entrevistas realizadas a dos ministros de la SCJ que se pronuncian por paradigmas diversos en torno al derecho y en uno de los problemas en que se concreta esta diferencia de paradigmas es el del supuesto de qué sucede cuando la letra de la ley es clara. Para uno de los ministros con frecuencia la letra de la ley es clara, y en ese caso no es necesario echar a andar un proceso de interpretación y para el otro ministro, a la inversa, esta situación nunca sucede y siempre es necesaria una tarea de interpretación: Bardazano, Gianella, “Literalidad y decisión. Interpretación, justificación y estado de derecho”, Montevideo, Carlos Álvarez, 2009.

128 Waluchow parece poner el acento en la idea de que la Constitución se tiene que interpretar como un árbol vivo, conforme la tesis de Dworkin y apunta cinco concepciones relevantes en la interpretación de la Constitución: tres estáticas y dos dinámicas: Waluchow, Wilfrid, “Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo”, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 108-129.

129 Lifante, p. 175.

## El significado institucional

Una de las cuestiones a las que hemos hecho referencia en el correr del presente trabajo es la idea de reglas. Lo que parece muy claro que tanto la tarea de la interpretación, como la propia noción de significado está sometida a reglas. Es común pensar que las reglas sobre cómo interpretar normas se hallan en el título preliminar del Código Civil al que se le suele reconocer una vocación más general que la materia de la que trata. Sin embargo, se ignora que precisamente esas normas necesitan también de interpretación, por lo que ellas mal pueden proporcionar los elementos necesarios para esa tarea. Sólo la teoría puede proporcionarnos las herramientas necesarias.

Una muy interesante formulación teórica sobre las reglas se la debemos a John Searle<sup>130</sup>. Este autor distinguió las *reglas regulativas* de las *reglas constitutivas*. Las reglas regulativas regulan formas de conducta. Conducta que existía en forma previa e independiente a las reglas. Las reglas constitutivas sin embargo, no regulan meramente sino que constituyen conductas nuevas. Un ejemplo ilustrativo de tales reglas son las reglas de los juegos. Las reglas del fútbol o del ajedrez no regulan estos juegos, sino que crean la posibilidad misma de jugarlos. Tradicionalmente las reglas regulativas se formulan como imperativos. Las reglas constitutivas del tipo por ejemplo “se hace un jaque mate cuando el rey es atacado de tal manera que ningún movimiento lo dejará inatacado” *tiene un carácter casi tautológico porque parece que estarnos definiendo un jaque mate*<sup>131</sup>.

Nos dice Searle: “Supongamos que en mi círculo social hay una regla de etiqueta que dice que las invitaciones para las reuniones deben enviarse con, al menos dos semanas de antelación. La especificación de la acción ‘Él envió las invitaciones, con, al menos, dos semanas de antelación’, puede darse exista o no la regla. Supongamos que también en mi círculo deportivo el fútbol es un juego que se practica de acuerdo con tales y tales reglas. Ahora bien la especificación ‘Ellos jugaron al fútbol’ no puede darse si no existen tales

130 Searle, John, *“Actos de habla”*, Madrid, Cátedra, 6ª Ed., 2007.

131 Searle, op.cit., p. 43.

*reglas. Es posible que veintidós hombres puedan llevar a cabo los mismos movimientos físicos que realizan dos equipos en un partido de fútbol, pero si no hubiesen reglas de fútbol, esto es, si no existiese con anterioridad el juego de fútbol, no habría ningún sentido en el que su conducta pudiese ser descrita como una instancia de jugar al fútbol*<sup>132</sup>.

Las reglas constitutivas tienen la forma “*X cuenta como Y en el contexto C*”. Estas reglas son múltiples en el derecho. Así si uno tuviese que describir la celebración de un contrato por las regularidades observadas uno debería simplemente decir que dos personas se sientan y firman un papel, y que desde ese momento uno abandona su hogar y se traslada a otro que nunca más visitará por ejemplo. Pero sin el auxilio de las reglas constitutivas parece muy difícil dar cuenta de que eso precisamente es un contrato de compra-venta de un inmueble. Por lo tanto los fenómenos jurídicos no pueden ser analizados en términos de hechos brutos, se trata de hechos institucionales.

Analizar lo anterior sólo desde el punto de vista de las regularidades de conducta como escribir un papel, o estar delante de una persona dos personas mientras una habla y las otras dos callan hasta que las dos hablan (matrimonio) parecería un análisis muy pobre. Sin embargo muchos juristas pretenden explicar los fenómenos jurídicos, sólo de la mano de una interpretación exclusivamente literalista, ignorando un análisis desde el punto de vista institucional. Entre otras cosas este análisis nos revela que hay interpretaciones que están más autorizadas que otras y que hay un conjunto de reglas constitutivas que hacen a una dimensión pragmática del lenguaje y de la que no nos percataremos analizando los textos desde una perspectiva exclusivamente semántica.

## Problemática de la interpretación constitucional

Como hemos examinado si la interpretación en general es un asunto en el que los juristas no se ponen de acuerdo y por eso existen distintas teorías, distintos medios, diferentes concepciones, en

132 Searle, op.cit., pp. 44 y 45.



el caso de la interpretación constitucional el disenso es aún mayor, y antes de la discusión sobre la propia tarea interpretativa, se discute si la misma es posible. Si el legislador está facultado para limitar de alguna forma los conceptos constitucionales<sup>133</sup> y los jueces mismos de la mano de la idea de la “presunción de constitucionalidad de las leyes” han sostenido que la interpretación debe ser lo más restrictiva posible. Parece claro que cuando se trata de definir, o de clarificar conceptos, se está limitando, poniendo límites, porque a la vez que se dice lo que un concepto es, lo que un término significa, también se dice lo que no significa, o lo que no dice. Pero parece claro también, que sino abrimos tal posibilidad a la ley, o a los jueces muchos conceptos o “valores” que la Constitución pretende hacer operativos, se tornarían en conjuntos vacíos. Así y todo la discusión está planteada<sup>134</sup>.

Señala Moreso que para la interpretación constitucional, adquiere relevancia lo que él llama *enunciados jurídicos puros y enunciados jurídicos aplicativos o subsuntivos*. “Llamaré enunciado jurídico no a un enunciado del Derecho, sino a un enunciado acerca del Derecho, a enunciados que comienzan con expresiones como ‘Según el Derecho’ o ‘Jurídicamente’. Los enunciados jurídicos puros

133 Una tesis que bien a contrapelo de las más modernas teorías sobre el papel que juega en los sistemas jurídicos actuales las Constituciones, como lo proponen Ferrajoli, Prieto Sanchís, Alexy y también muchos otros, es la propuesta de Francisco Laporta que reivindica el papel de la ley en la Teoría del Derecho, y afirma: “Estas leyes tienen que ser el alma del funcionamiento de la máquina jurídica en nuestras sociedades. Cosas tales como la definición de la condición humana, la organización de la familia, el funcionamiento de la Administración y las agencias gubernativas, los criterios y pautas de adscripción de los derechos de propiedad y de distribución de las cargas y beneficios de cooperación social, las coordenadas básicas del sistema económico, las condiciones de tráfico de bienes y servicios, la protección y límites de los Derechos y libertades básicas, las pautas de organización del uso de la fuerza en la sociedad, el alcance y competencia de los distintos poderes, la disciplina procesal de los tribunales y tantas otras cosas, tienen que ser establecidas mediante leyes generales, públicas y claras, no retroactivas y coherentes entre sí” Laporta, Francisco, “El imperio de la ley. Una visión actual”, Madrid, Trotta, 2007, p. 219-220.

134 Sobre la posibilidad de la interpretación constitucional y las particularidades que presenta en nuestra disciplina puede verse un interesante análisis del profesor Andrés Blanco en “*Tributos y Precios Públicos*”, Montevideo, FCU, 2005, p. 104-122.

son aquellos cuya verdad depende únicamente de la existencia de determinadas disposiciones jurídicas. Así, es un enunciado jurídico puro el que afirma que según el artículo 12 de la Constitución española, los españoles son mayores de edad a los dieciocho años. La verdad de los enunciados jurídicos subsuntivos depende, en cambio, de la existencia de determinadas disposiciones jurídicas y de la verdad de determinadas oraciones fácticas. Así, es un enunciado jurídico subsuntivo aquel que afirma que según el artículo 12 de la C.E. Elena es mayor de edad. La verdad de este enunciado jurídico depende de la existencia de una disposición en la Constitución española con el contenido que conocemos y de la verdad de la oración según la cual Elena es mayor de dieciocho años”<sup>135</sup>.

Para el autor español, una de las distinciones fundamentales en las que reposa la diferencia entre interpretación legislativa e interpretación constitucional es precisamente que mientras la primera se suele referir a enunciados jurídicos puros, la segunda en cambio, aborda más que nada problemas vinculados con enunciados subsuntivos. En la primera se evalúan normas, mientras que en la segunda se evalúan hechos. Así, pone el profesor español, el ejemplo de la disposición del artículo 15 de la C.E., que dispone” 1. nadie podrá ser sometido a pena o trato inhumano o degradante” sosteniendo que este enunciado no es el problemático, sino el enunciado del tipo: “2. Según el artículo 15 de la C.E., no puede privarse a los reclusos del acceso a las comunicaciones íntimas. La verdad (2) depende no sólo de la existencia en el Derecho español de un art. como el 15 de la C.E., sino de la verdad de una oración como (3) El hecho de privar a los reclusos del acceso a las comunicaciones íntimas es un trato inhumano y degradante”<sup>136</sup>. En definitiva, para el profesor de Alicante, el problema se trata de que en la mayoría de los enunciados subsuntivos, están en juego valores morales, que por lo tanto no son pasibles de verdad o falsedad. Y entonces, la discrecionalidad de los jueces es mayor, que en otros casos.

135 Moreso, José Juan, “*Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*”, en Revista Doxa, Alicante, N° 23, 2000, p. 106.

136 Moreso, op. cit., p. 107.

Más allá de estos conceptos que tienen un fuerte contenido axiológico, aun en otros casos que podría pensarse que no lo tienen, la ambigüedad y la vaguedad de los términos implicados hacen que esta discusión sea relevante. Piénsese por ejemplo en el artículo 69 de la Constitución cuando exonera de todo tributo a los centros culturales y de enseñanza. Este artículo que no parecería estar invocando un problema ético de relevancia, como los que tiene que ver con los llamados derechos humanos fundamentales contenidos en los primeros artículos de nuestra carta porque tienen en el imaginario colectivo, un peso moral importante, siendo valores sociales. Así, parece claro que tanto el término cultura como enseñanza, son objeto de valoraciones positivas por el conjunto de la población. Nadie atribuiría un significado negativo a la cultura o a la enseñanza. Cuanta más cultura y más enseñanza mejor para la sociedad en su conjunto, este es el pensamiento de cualquier ciudadano común. Sin embargo, eso no significa, que antes no haya que ponerse de acuerdo sobre qué es cultura y qué es enseñanza. O sea, la divergencia no sólo se presenta por cuál programa de enseñanza será mejor para aplicar en la escuela pública, por ejemplo, o qué pueblo tiene más cultura que otro (para aquellos que sostienen que tal comparación es posible), sino antes, qué entendemos por tales conceptos<sup>137</sup>. Pero sobre todo, la divergencia, o la zona problemática, estarán planteadas como sostiene Moreso, por los enunciados subsuntivos, qué instituciones cabe entender como culturales y de enseñanza. O sea cuáles son los casos comprendidos dentro de la disposición constitucional.

Vale destacar, que si bien la palabra “institución” es más neutral desde el punto de vista axiológico, tampoco se halla exenta de los problemas de vaguedad y ambigüedad. Habrá casos que son muy claros, por ejemplo: los colegios privados de enseñanza primaria y

137 Un paliativo a esta condición que tienen las Constituciones modernas de estar formuladas en términos vagos e imprecisos, por ser muchas veces producto de sociedades cosmopolitas con diversidad cultural, tiene su contrapeso en la necesidad de un constitucionalismo rígido y el establecimiento de Tribunales que controlen la constitucionalidad de las leyes, puede verse, y Schmitt, Anna, “¿Necesita la Democracia una Constitución protegida?” en “La relevancia del derecho”, cit., p. 247-268.

secundaria, son típicamente instituciones de enseñanza. Ahora habrá casos, como por ejemplo, determinadas actividades deportivas, como el fútbol, que será discutible si es o no cultural, y de hecho ha sido discutido puntualmente por la dogmática tributarista. Aquí entonces, podemos recordar la caracterización hartiana de casos que caen dentro de la zona de penumbra. Y es evidente que esta indeterminación de los conceptos hace que aumente la discrecionalidad del legislador, pero también de los jueces.

Y es posible también preguntarse, como lo hace Moreso, hasta qué punto estos conceptos, estos problemas admiten una respuesta objetiva. Es decir si no estamos en presencia de situaciones donde todo vale o todo entra. Es decir ¿si la ley, o el magistrado entienden que determinada actividad realizada por una institución es cultural o de enseñanza, puede racionalmente controvertirse esta inclusión?

Para Moreso “un concepto es esencialmente controvertido si y sólo si: 1) es valorativo, en el sentido que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso, 2) la estructura del concepto es internamente compleja de manera que permite criterios distintos que reconstruyen su significado y que compiten entre ellos y 3) reales o hipotéticos, hay algunos que son paradigmas de la aplicación del concepto”. Cuando la teoría española menciona la categoría, para ellos muy común de conceptos especialmente controvertidos (CEC), la asocian a casos de derechos humanos. Desde la instalación por la Constitución española de 1982 del Tribunal Constitucional, y de su jurisprudencia, las discusiones sobre el alcance de la interpretación constitucional ha sido muy debatido por la teoría del Derecho de este país europeo, por lo que sus consideraciones han alcanzado un alto nivel, en mi opinión.

Pero, aún antes de discutir sobre el alcance de un CEC, la propia categorización, por ejemplo de un derecho humano como fundamental ha sido debatido. Por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos consagra como un derecho humano fundamental portar armas, o sea todo ciudadano tiene un derecho humano fundamental a tener un arma, como una vivienda, como educación, como tener derecho a salud (¿alguien podría pensar que esto es una contradicción, claro que otro podría contestar que no, para el caso

que contra quien se usa el arma sea un extranjero!), etc. Para muchos, puede cuestionarse axiológicamente la categoría del derecho fundamental a tener un arma, pero en tanto esté reconocido en un texto constitucional como tal, con independencia de su contenido, lo será<sup>138</sup>. Esto, por lo menos es así para el positivismo jurídico.

Señala Iglesias Vila que Kelsen<sup>139</sup>, por ejemplo, recomendaba no emplear en los textos constitucionales palabras como: justicia, libertad, o igualdad, porque las consideraba especialmente vagas y ambiguas. Sin embargo las constituciones están plagadas de conceptos como éstos y algunos todavía más ambiguos. Y entonces son conceptos vacíos o cuasivacíos<sup>140</sup>. Por eso quizás sea conveniente concluir que la Constitución, más que un *asunto semántico* es un *consenso*<sup>141</sup>, y sobre todo un consenso jurisprudencial.

Esto no significa que no haya algunas interpretaciones más razonables que otras de un texto constitucional, pero seguramente el desacuerdo sobre los llamados conceptos esencialmente controvertidos (CEE), se deba a más que una cuestión semántica. Entonces ni un escepticismo exacerbado que sostenga que cualquier interpretación puede derivarse del texto constitucional (la fábrica textil común incluida y el colegio de enseñanza primaria excluido de la exoneración o inmunidad del artículo 69) ni un optimismo ingenuo que piense que el problema es definir la voluntad del legislador y atenerse al texto semántico.

Para la profesora de Barcelona, siguiendo a Gallie, un concepto es esencialmente controvertido (CEE) cuando presenta las siguientes características: “a) *son conceptos evaluativos*, b) *son complejos*, c) *tienen un carácter argumentativo*, y d) *desempeñan una*

138 Tomo el ejemplo de Luigi Ferrajoli, véase al respecto Ferrajoli, Luigi, “*Garantismo. Una discusión de Derecho y democracia*”, Madrid, Trotta, 2006.

139 El gran teórico del Derecho, estuvo al frente de la elaboración de la primera Constitución austríaca.

140 Iglesias Vila, María. “*Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*”, en *Doxa*, N° 23, Alicante, 2000, p. 77 y 78.

141 Sobre el concepto de consenso y para una ética fundada en él, puede consultarse por ejemplo: K-O. Apel y Dussel, E. “*Ética del discurso. Ética de la liberación*”, Madrid, Trotta, 2004. Este libro recoge el debate entre la ética del discurso y la ética de la liberación, protagonizada por sus dos autores respectivamente.

*función dialéctica*”<sup>142</sup>. Se trata de conceptos que presentan una dimensión valorativa porque refieren a asuntos que valoramos positiva o negativamente. En el caso de la cultura o la enseñanza parece que lo hacemos de un modo positivo. Este fuerte componente axiológico, no quita que estos conceptos también tengan una dimensión cognoscitiva, porque se puede por ejemplo realizar un estudio sociológico sobre los valores que tiene una comunidad en un determinado momento, y como se trata de estándares en definitiva sociales, son pasibles de conocimiento. Cuando se apunta que son complejos, se quiere señalar que involucran teorías y recurrir a conceptos que no son necesariamente propios de la disciplina jurídica. Así en nuestro ejemplo, para tener claro qué se quiere significar con conceptos como cultura o enseñanza, será necesario acudir a teorías filosóficas, sociológicas o pedagógicas, y hasta de teoría política.

Son conceptos argumentativos porque conviene distinguir los *desacuerdos sustantivos*, de los *desacuerdos conceptuales*. “Los primeros son discrepancias en torno a cómo describimos un sector de la realidad social. Los segundos, en cambio, no son genuinas discrepancias porque se producen cuando utilizamos un mismo lenguaje para hacer referencia a estados de cosas diferentes. Un desacuerdo será sustantivo cuando los interlocutores discuten acerca de la misma institución social pero discrepan en cómo caracterizarla y, por consiguiente, en aquello que es relevante para su descripción. En un debate acerca de si el llamado “conceptualismo” es una genuina forma de arte, los interlocutores discrepantes no tienen por qué estar utilizando la palabra ‘arte’ en diferentes sentidos. Su discusión será sustantiva si se centra en qué es el arte en realidad, es decir, en cuál es la mejor forma de caracterizar el arte: la que incluye el conceptualismo o la que lo excluye. En términos de Dworkin ‘debaten sobre la adecuación de una palabra o descripción porque están en desacuerdo sobre los tests correctos para usar esa palabra o expresión en cada ocasión’. En un desacuerdo conceptual, en contraste, los participantes están usando una misma palabra o expresión en diferentes sentidos: hablan, pongamos por caso, del derecho a la educación, y mientras unos se refieren al derecho a ser educado otros se

142 Iglesias, María, cit., p. 80.

refieren al derecho a educar o enseñar...el desacuerdo comunicativo es una forma de comunicación y, por tanto, una divergencia dentro de una misma práctica o forma de vida, el desacuerdo conceptual es un caso de incomunicación, y por ello, una divergencia en la forma de vida...para que exista un desacuerdo significativo, necesitamos alguna base mínima de acuerdo”<sup>143</sup>. El debate sobre los CEE, es eminentemente sustantivo, porque precisamente, implica un necesario consenso sobre determinados tópicos.

Hemos dicho que los términos de “institución”, “cultura”, “enseñanza”, son términos vagos y ambiguos. Pero, tenemos que tener presente que las discrepancias sobre el alcance de estos conceptos controversiales, como del resto, no son nada inciertas, es decir las posiciones que aparecen encontradas, éstas se posicionan como muy ciertas, muy definidas. Y también los CEE, se distinguen de los términos confusos: estamos en presencia de conceptos sujetos a controversia. Y probablemente el término cultura del artículo 69 de la Constitución, que está compuesto de determinados grafismos, no va a ser el mismo que el que utiliza un sociólogo en un texto académico, aunque la palabra coincida, sea la misma. Se trata entonces de una interpretación institucional, que realizan los operadores relevantes.

### Tesis de la interpretación radical

El empirismo y el positivismo lógico se vio especialmente sacudido cuando en 1951 Quine publicó “Los dos dogmas del empirismo”. Los dos dogmas eran la dicotomía analítico/sintético y la de objeto/sujeto<sup>144</sup>. Davidson con un artículo publicado en 1973 “De la idea misma de un esquema conceptual”, agrega lo que se conoció como el tercer dogma, y en su opinión el último, ya que después de eso no quedaba algo así como positivismo o empirismo<sup>145</sup>. La idea de esquema conceptual apunta a otro dualismo, al dualismo dado/interpretación. Es decir que hay un conjunto de datos sensoriales,

143 Iglesias Vila, cit., p. 83-84.

144 Quine, W.O., “Los dos dogmas del empirismo”, en “Desde un punto de vista lógico”, Barcelona, Paidós, 1995.

145 Davidson, Donald, cit, p. 137-150.

que no están contaminados por conceptos, son preconceptuales o prediscursivos y que por otro lado están los conceptos. La raíz de este dualismo (como el del resto), está en la noción de mente como algo dotado de estados y objetos privados, o ciertas entidades intermedias, que median entre lo subjetivo y lo objetivo (los conceptos), que vienen así a modelar la realidad. Pero si se rechaza la idea de algo objetivo impoluto, no puede tampoco sobrevenir nada que amolde esa realidad.

El argumento de que no hay algo así como un esquema conceptual, viene dado porque no pueden haber dos. Si hay un esquema conceptual, dado por categorías, conceptos, ideologías, entonces están “encarnados” en un lenguaje. Ahora pensemos en que un esquema conceptual se podría expresar en dos lenguajes diferentes siempre que fueran traducibles. Ergo, contrarius sensus, dos esquemas conceptuales son diferentes si se expresan en lenguajes no traducibles. Pero sólo puedo reconocer un lenguaje si es traducido al nuestro, porque si no lo puedo traducir, ni siquiera puedo afirmar que sea un lenguaje, por lo tanto no hay lenguajes no traducibles y por ende no hay esquemas conceptuales diferentes. Esta idea de un contenido empírico incontaminada de conceptos, y el consiguiente dogma esquema conceptual/contenido no interpretado (este es el germen del relativismo conceptual que Davidson ataca), se puede sintetizar en la frase de John Murphy “*es la creencia en que podemos distinguir cambios en los enunciados tomados por verdaderos debidos a cambios en el sentido de las palabras, de los cambios de enunciados tomados por verdaderos como resultado de los cambios de creencia (en el contenido empírico que el esquema organiza)*”. Esto implica que las creencias del hablante con el significado de las palabras son interdependientes. Con esto decimos que la creencia no causa el significado, ni el significado causa la creencia, van juntas.

Para que opere la interpretación radical, Davidson considera que deben ser tomados en cuenta tanto las condiciones de verdad de los enunciados, como las creencias del sujeto. Es decir, habría un condicionamiento recíproco entre ambas cuestiones. Para esto el autor utiliza de tres principios, el principio de causalidad, en virtud del cual las creencias causan los enunciados de los sujetos en gene-

ral (el ejemplo conocido del copo de algodón y el conejo); el principio de caridad, por el cual lo que sea verdadero para el sujeto que emite un enunciado lo será también para el intérprete en los casos más básicos; y por último el principio de coherencia, por este principio se le atribuye al sujeto la capacidad de pensar de una manera coherente o racional (“llueve, pero no lo creo”)<sup>146</sup>.

Davidson parte del hecho de la comunicación, de que las personas nos entendemos, en este sentido la interpretación también es un hecho. Davidson sostiene que nada puede servir de base para justificar una creencia, sino a su vez otra creencia, con lo que con esta idea está descartando que la percepción sensorial o que los sentidos sirvan a una justificación epistemológica. Navia sintetiza la importancia del aporte davidsoniano de la siguiente manera: “*un nuevo paradigma -un giro copernicano, como antes lo catalogamos en el abordaje de los fenómenos de la comunicación, la intencionalidad y el significado. Este nuevo enfoque invierte el modo de concebir la comunicación que tradicionalmente presuponía que la comunicación ya estaba asegurada; con lo cual una vez aceptada esta presunción, ella nos conducía a la nefasta conclusión de que ‘estamos capacitados...’, para aprehender lo que una persona cree, independientemente de lo que fue causa de su creencia. Pero si abandonamos esta presunción ya no somos capaces de ‘identificar primero las creencias y los significados y, sólo después, por los que las causó’. Este reconocimiento que genera el nuevo paradigma es el resultado de adoptar consistentemente el punto de vista del intérprete radical*”<sup>147</sup>.

La teoría planteada por Davidson entendemos que es de mucha utilidad para el fenómeno del derecho. En primer lugar porque nos pone sobre aviso que en muchos casos el legislador o el constituyente tiene una creencia, una voluntad o una intención, pero tal cosa de por sí sola no asegura la comunicación. Es decir, quien emite

146 Al respecto puede consultarse Caorsi, Carlos, “Lenguaje, acción e interpretación. Una exposición crítica de la filosofía de Davidson”, Montevideo, UDELAR, CSIC, FHUCE, p. 105-119

147 Navia, Ricardo, “Richard Rorty. Emplazamiento a la tradición filosófica”, Montevideo, Universidad de la República. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Comisión Sectorial de Investigación Científica”, 2008, p. 147-205

un enunciado, más allá de que esté dotado de una gran legitimidad y ostente en consecuencia autoridad tiene los mismos problemas de indeterminación del lenguaje que quien recibe el mensaje. Esto nos revela que el significado depende de la intención o de la creencia y viceversa, se asignan en conjunto o no se asignan.

Otra de las puntas importantes es que tanto el intérprete como el constituyente o el legislador conforman una comunidad por lo tanto participan de las mismas reglas. La mayoría de estas reglas, si bien son pasibles de ser formuladas, no lo están. Tienen que ver con la praxis a la interna de las instituciones y con aquellas argumentaciones que están desalentadas por los principales operadores jurídicos y otras que están solidificadas y contra las que no se puede ir, más allá, nuevamente, de que no estén formuladas.

La isla bonita que suele ser el dogma de que en el texto de la norma se haya todo perfectamente claro, que él nos proporciona en cada caso una respuesta correcta, es una ideología que funciona con peso en nuestro sistema porque contribuye a que quienes tienen que tomar decisiones en los casos concretos, a veces cuando lo que está en juego son cuestiones de mucha relevancia en la vida de las personas, no sientan que cargan con esa pesada mochila de responsabilidad y en definitiva coadyuva a que se manejen como si la decisión tan importante ya la ha tomado alguien diferente, el legislador o el constituyente, quienes gozan de una legitimidad mayor por la forma en que han sido electos.

Esta circunstancia se materializa entre otras cosas en la corriente de “*in claris non fit interpretatio*”, ignorando que la asignación de cuándo un texto es claro u oscuro es algo que se encuentra exclusivamente en la esfera de decisión del intérprete, con lo que al mismo tiempo que se enuncia que la tarea de interpretación no es necesaria se está llevando a cabo una tarea interpretativa.

Otro de los importantes aportes realizados por Davidson tiene que ver con la distinción de los niveles de lenguaje. Así pensando en el fenómeno de la traducción, partiendo de algunos aportes fundamentales de Quine, piensa que en el caso de cuando se da una traducción no son dos los lenguajes involucrados, sino tres. Así en el

lenguaje objeto sería el lenguaje que se intenta traducir, el lenguaje sujeto al cual se intenta traducir y el metalenguaje es aquel lenguaje en función del cual se traduce.

En los casos de la interpretación constitucional el problema suele ser planteado de forma que se contrastan dos textos. Es decir lo que parecería importar sería si el legislador (lenguaje sujeto) ha interpretado de forma correcta el texto constitucional (lenguaje objeto) conforme lo dispuesto por el artículo 85 numeral 20 de la Constitución. Que este fenómeno no es entre dos textos viene revelado porque uno no puede realizar con el problema una operación de la que se lleva a cabo cuando uno confronta un molde con un dibujo para verificar si el dibujo, la forma geométrica supongamos, se realizó de acuerdo con el molde. O como cuando uno pone dos textos que quiere contrastar a trasluz.

La operación anterior tan sencilla que todos quisiéramos que fuera posible en un mundo ideal, no puede darse en nuestro mundo terrenal. Esto nos da la pauta que hay todo un meta lenguaje funcionando que es el de las teorías y las posiciones asumidas por los dogmáticos que nos dan las herramientas para analizar los problemas. Estas herramientas suelen cada tanto irse acumulando y conformando las reglas de las praxis, una vez que los argumentos han echado raíces sobre un territorio que anteriormente se mostraba como muy arenoso.

## Rigidez constitucional y control de constitucionalidad

### Introducción

Una revisión teórica de la cuestión de la rigidez constitucional no puede soslayar la aparición de la práctica de controlar la constitucionalidad de las leyes (en la Corte Suprema norteamericana), y el posterior desarrollo de los tribunales constitucionales en Europa y luego el resto de mundo.

## La experiencia norteamericana

En los Estados Unidos se ha creado un sistema equiparable a la reforma constitucional, el cual formalmente no lo es, pero logra ventajas similares y aun mayores que los procedimientos formales de enmienda a la ley máxima; se trata del procedimiento judicial que interpreta la constitución, el cual queda encargado a la suprema corte espacio-que no de justicia agachada, como dijera polies-ter pueden del Holmes-y es tan flexible que deja a los tribunales el quehacer de aplicar, interpretar y acaso, reformar el sentido de toda expresión de la constitución <sup>(148)</sup>

Si bien, de acuerdo con el ordenamiento institucional de los Estados Unidos, la Suprema Corte tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución, en principio todos los tribunales se encuentran facultados para desaplicar la ley en el caso concreto. Por tal razón, se ha dicho que el sistema norteamericano (luego exportado a otros países de *common law* y de *civil law*) es un sistema de control *difuso* de la constitucionalidad de la ley, según una terminología que Cappelletti, en su libro *“El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado”*<sup>149</sup>, adjudica a Calamandrei y Engelhardt.

El origen de este sistema (conocido en su país de origen como *judicial review*) se encuentra en el conocido y multicitado caso *Marbury vs. Madison* (1803), en el que la Suprema Corte debió decidir si hacía lugar a una petición de un juez designado por el saliente presidente John Adams el día antes de la asunción de Thomas Jefferson. Este último, cuestionando la legitimidad de la designación, le ordenó al Secretario de Estado James Madison que no notifique la decisión de Adams a William Marbury, lo que efectivamente le impedía asumir la magistratura. Para remediar esta situación, Marbury solicitó a la Corte que ordenara a Madison realizar la notifica-

148 Carbajal, Juan Alberto, tratado de derecho constitucional, México, Porrúa, 2002, páginas 446 y 447.

149 Las referencias a este trabajo se harán a la edición en idioma portugués: Cappelletti, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

ción, fundándose en las potestades asignadas al máximo órgano de la magistratura por una ley del año 1789.

En la famosa sentencia que resolvió el litigio, el Presidente de la Suprema Corte John Marshall decidió que, si bien la ley le otorgaba a la Corte las potestades necesarias para acceder a lo peticionado, esas potestades excedían la competencia que la Constitución le confería: “¿Con qué propósito se limitan los poderes, y con qué propósito esa limitación se establece por escrito, si estos límites pueden ser rebasados en cualquier momento por aquellos que se intentaba contener? (...) Es enfáticamente el campo y el deber de la Justicia (del Poder Judicial) decir el Derecho (...). Por lo que, si una ley está en oposición con la Constitución, si tanto la ley como la Constitución aplican en el caso particular, (...) la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esto es de esencia en la tarea judicial. Si, entonces, las Cortes deben respetar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la Legislatura, la Constitución, y no ese acto ordinario, debe regir el caso en el que ambos aplican”. Sólo esta doctrina es admisible, según Marshall, porque la doctrina contraria “subvertiría el fundamento mismo de las constituciones escritas”<sup>150</sup>.

Quizás, en la actualidad, nos sentiríamos tentados de corregir esta última expresión de Marshall, y decir en su lugar que lo que se subvertiría en caso de no adoptar su doctrina es el fundamento de las constituciones *rígidas*<sup>151</sup>. Nótese, entonces, que según el

150 El original expresa: “To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? (...) It is emphatically the province and duty of the Judicial Department [the judicial branch] to say what the law is. (...) So, if a law [e.g., a statute or treaty] be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, (...) the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. (...) [The opposite doctrine] would subvert the very foundation of all written constitutions.”

151 Esta corrección la efectúa también Vescovi, Enrique. *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, p. 57.

razonamiento de Marshall, la existencia de una constitución rígida (es decir, de una constitución que sólo puede reformarse mediante procedimientos distintos de aquellos por los que se dicta la ley ordinaria, o por órganos diferentes) supone la atribución del control de la constitucionalidad de la ley a otro órgano, pues de lo contrario, no cabría hablar de una constitución propiamente rígida: “Es una afirmación demasiado simple para ser contestada que, o bien la Constitución excluye cualquier acto legislativo que le contradice, o bien el Legislativo puede cambiar la Constitución mediante un acto ordinario. Entre estas alternativas no hay punto medio. O bien la Constitución es una ley superior, inalterable por otros medios, o está al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, como otros actos, es alterable cuando al Legislativo le plazca hacerlo. Si lo primero es verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si lo segundo es verdad, entonces las constituciones escritas [rectius: rígidas] son absurdos intentos de parte del pueblo de limitar un poder por naturaleza ilimitado”<sup>152</sup>.

El sistema norteamericano de control de la constitucionalidad de las leyes (esto es, el sistema de control *difuso*) impera, entre otros países, en Canadá, Japón, Noruega, Dinamarca, Suecia<sup>153</sup> y Grecia<sup>154</sup>. En Latinoamérica, el único país que la literatura inscribe decididamente dentro del sistema difuso (esto es, sin presentar elementos propios del control concentrado) es la Argentina<sup>155</sup>, en

152 El original expresa: “It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable.”

153 Cappelletti, op. cit. p. 102

154 Consejo Europeo. *Meeting with the presidents of constitutional courts and other equivalent bodies*. Council of Europe Press, 1994, p. 20

155 Haro, Ricardo. «El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales» *Anuario de Derecho Constitucional*

donde los primeros fallos de inconstitucionalidad pueden rastrearse hasta fechas tan remotas como el año 1863<sup>156</sup>. En todos estos países el control de constitucionalidad se realiza por vía incidental, en medio de un litigio pendiente. Lo que no es claro es si, junto con esta vía, es posible reclamar la declaración por vía principal o directa. En los Estados Unidos, la Suprema Corte ha declarado enfáticamente que esto no es admisible<sup>157</sup>; en Grecia tampoco lo es<sup>158</sup>, y en Argentina el punto parece ser problemático.

En consonancia con el carácter normalmente incidental que presenta el sistema de control difuso, la sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene efecto particular; es decir, no anula la ley, sino que la declara inaplicable en el caso concreto. Desde luego que esto no impide que el parlamento derogue las leyes que, de acuerdo con criterios jurisprudenciales firmes, se consideran inconstitucionales. Pero también puede ocurrir, y de hecho ocurre, que la comunidad jurídica simplemente ignore las leyes que han sido reiteradamente declaradas inconstitucionales; en los Estados Unidos se suele aludir a estas leyes como *“dead law”*<sup>159</sup>.

### El control de la constitucionalidad de la ley en Europa: el control concentrado

En el apartado anterior veíamos que ya Marshall, en su famosa sentencia de 1803, opinaba que una doctrina que negara la facultad judicial de aplicar directamente la Constitución, de algún modo desvirtuaría su rigidez. Pero esta doctrina no tuvo recepción inmediata en Europa, mientras que en el resto de América tuvo una influencia tardía y parcial. En efecto, hasta la aparición del control concentrado de la constitucionalidad, las distintas naciones habían implementado, o bien un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, siguiendo el ejemplo norteamericano, o bien, lisa y llanamente, no tenían control alguno. Esto no impidió a

<sup>156</sup> Latinoamericano Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004. p. 54.

<sup>157</sup> Véscovi, op. cit., p. 28.

<sup>158</sup> Cappelletti, op. cit. p. 104.

<sup>159</sup> Consejo Europeo, op. cit., p. 21.

<sup>160</sup> Cappelletti, op. cit., p. 81.

muchos países mantener a la vez una constitución pretendidamente rígida y una total ausencia de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, como ocurría a fines del siglo XIX en la mayoría de los países del continente europeo, según observaba Bryce<sup>160</sup>, y como ocurría en nuestro país<sup>161</sup>.

Como es notorio, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se origina hacia el año 1920 en el proyecto de Constitución para Austria elaborado por Kelsen, si bien, aparentemente, con igual inspiración, la Constitución de Checoslovaquia se adelantó a la austríaca en algunos meses<sup>162</sup>.

¿Cuál es la lógica detrás del control concentrado? ¿Por qué los países de derecho continental no han adoptado, en general, un sistema de control difuso? Cappelletti<sup>163</sup> explica que el control difuso llevaría a una cierta anarquía en los países de tradición romanística, ya que al no regir el principio del *Stare Decisis* (es decir, al no ser obligatoria la jurisprudencia pasada), eventualmente aparecerían tendencias jurisprudenciales contrapuestas en la interpretación constitucional, generando una cierta anarquía o, al menos, algún grado de inseguridad jurídica. La concentración de la potestad de interpretar la Constitución se fundaría de este modo en razones similares a las que llevaron a la creación de las Cortes de Casación.

Lamentablemente, este argumento no parece suficiente. En efecto, en relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia pasada<sup>164</sup>, nos atrevemos a afirmar que *no hay una diferencia esencial*

<sup>160</sup> Bryce, op. cit., p. 43. En puridad, se decía que el control correspondía al propio poder legislativo, lo que equivale a decir, en última instancia, que no existía control alguno.

<sup>161</sup> Sin embargo, Véscovi op. cit. P. 55, señala dos precedentes (de 1874 y 1875) en los que la Justicia uruguaya declaró la inaplicabilidad de la ley por colidir con la Constitución.

<sup>162</sup> Haro, op. cit., p. 57.

<sup>163</sup> Op. cit. p. 77.

<sup>164</sup> No nos estamos refiriendo en este caso a algunas anomalías, como la Constitución de México, que expresamente declara que la jurisprudencia de la Suprema Corte es obligatoria en ciertos casos; nos estamos refiriendo a la generalidad de los países de tradición romanística.



entre los países de *civil law* y los de *common law*, aunque lo contrario haya sido repetido hasta el cansancio.

La creación misma de las cortes de casación es evidencia de ello. Si los tribunales inferiores no reconocieran alguna forma de obligatoriedad en la jurisprudencia de los tribunales superiores, la función unificadora de las Cortes de Casación no sería tal. Respecto de cada cuestión jurídica problemática, las diversas corrientes jurisprudenciales seguirían conviviendo por tiempo indefinido aún después de que los tribunales superiores adoptaran posición, y la experiencia parece indicar que, generalmente, esto no es así.

La Argentina es un buen ejemplo de cómo en un país de tradición romanística, puede un sistema de control difuso funcionar de modo muy similar al de los países del *common law*. La argumentación empleada en los tribunales argentinos, como en cualquier otro país del *civil law*, no prevé la posibilidad de invocar fallos jurisprudenciales pasados como fuente de normas obligatorias. Sin embargo, la propia Corte Suprema ha establecido que los tribunales inferiores deben “acatar” sus fallos. Haro<sup>165</sup> lo sintetiza de esta manera: *“La Corte Suprema ha establecido reiteradamente que los tribunales inferiores, en principio, deben acatar su jurisprudencia en la materia, no sólo por la autoridad moral de sus fallos como intérprete final de la Constitución Nacional, sino además por un deber moral e institucional de los jueces, quienes sólo podrán apartarse de este efecto vinculante establecido pretorianamente, en los excepcionales casos en que, en sus discrepantes fallos, argumenten con nuevos argumentos, o suficientes que justifiquen tal apartamiento, y no signifique ello un desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del Alto Tribunal”*. Estas apreciaciones de Haro (respaldadas con varias referencias jurisprudenciales) son por demás elocuentes, y evidencian con claridad que, dejando de lado las sutilezas de la retórica judicial, la jurisprudencia de los tribunales superiores (y la jurisprudencia pasada en general) es tan obligatoria en los países de derecho europeo continental<sup>166</sup> como en los del *common law*, aunque el esfuerzo

165 Op. cit., p. 55.

166 Parece ocioso aclarar que no creemos que Uruguay sea una excepción en esto.

argumental exigido en estos últimos para apartarse de la jurisprudencia pasada sea algo más gravoso. No podemos detenernos más en este punto, que ameritaría un estudio aparte. Tan sólo dejaremos sentado que el hecho de que no rija el principio del *Stare Decisis* no puede ser por sí solo una razón válida para el establecimiento del control concentrado.

De todas formas, es el mismo Cappelletti<sup>167</sup> quien se encarga de elaborar una explicación más convincente de las razones que fundan la creación de tribunales constitucionales (si bien la pregunta que intentaba contestar era la de por qué asignar la función de interpretación de la Constitución a una estructura nueva, cuando los estados europeos ya tenían órganos similares, como los tribunales supremos y las cortes de casación). Parecería que para hallar la clave de la respuesta no debemos atender tanto a quiénes se les otorga la facultad de interpretar la constitución, sino a *quiénes no se les otorga*.

*“En los sistemas de Europa Continental [dice], el ordenamiento judicial está usualmente constituido por jueces de carrera que ingresan jóvenes en la magistratura, y sólo en edad avanzada y fundados en gran parte en su demostrada habilidad para interpretar las leyes con rigor lógico y precisión, llegan a funciones ligadas a las Cortes Supremas. Pero las normas de las constituciones modernas son algo profundamente distinto de las leyes comunes, que los jueces de las Cortes Supremas europeas, llegados ya a la cumbre o al término de sus largas carreras en la magistratura, fueron, por decenios, habituados a interpretar con una técnica hermenéutica que rehúye del tipo de las “policy-making decisions” que están inevitablemente implicadas en una actividad de control de la validez sustancial de las leyes y de la aplicación de la norma constitucional. Las constituciones modernas no se limitan, en verdad, a decir estáticamente qué es el derecho (...); establecen, contrariamente a las leyes usuales, e imponen, por sobre todas las cosas, directrices y programas dinámicos de acción futura”*<sup>168</sup>.

167 Op. cit., p. 88.

168 Op. cit., p. 88 y 89. Original en portugués.

Lo que Cappelletti está diciendo es que la formación a la que se somete a los magistrados de carrera en los países de tradición romanística, les impide efectuar el tipo de razonamientos que serían necesarios para evaluar la constitucionalidad de la ley. Entonces, la característica primordial de los sistemas de control concentrado no está en el hecho de que el control recaiga en un solo órgano, sino que este no quede en las mismas manos de quienes deben interpretar la ley. Al menos para los magistrados de carrera de los países del *civil law*, las actividades de interpretar la ley y de juzgar la ley no parecen compatibles.

*“La actividad de interpretación y aplicación de la norma constitucional, por la naturaleza misma de esta norma, es frecuentemente una actividad necesaria y acentuadamente discrecional<sup>169</sup>. Ella es, en suma, una actividad más próxima, muchas veces (...) a la actividad del legislador y del hombre de gobierno que a la de los jueces comunes; de manera que se puede comprender bien cómo Kelsen en Austria, Calamandrei en Italia y no pocos estudiosos más hayan considerado, aunque erradamente, en mi opinión, que se debe hablar aquí de una actividad de naturaleza legislativa (aunque sea de un legislador negativo), en lugar de una naturaleza propiamente jurisdiccional<sup>170</sup>.”*

Cabe hacer hincapié que, según Cappelletti, para que el control sea efectivo en los países de tradición romanística, no sólo es necesario que el control sea concentrado en un órgano, sino que también es preciso que este órgano *no* se integre con magistrados de carrera. Cappelletti no duda en proveer varios ejemplos de países de *civil law* que tuvieron poco éxito en la implementación de sus sistemas de control de constitucionalidad, ya sea porque intentaron establecer sistemas de control difuso, o porque integraron sus cortes constitucionales con magistrados de carrera. Esto no sería igual en los países del *common law* que poseen una constitución rígida (cuyo ejemplo paradigmático es el de los Estados Unidos), ya que la

169 Aunque Cappelletti parece decir lo contrario, entendemos que la interpretación de la ley es también una actividad discrecional, aunque puede argumentarse que lo es en menor grado.

170 Op. cit., p. 89 y 90. Original en portugués.

forma en la que estos jueces son entrenados para razonar, y hasta la forma en que son designados, es diferente.

Así podría plantearse una interesante paradoja. En países de *common law*, en los cuales todos los jueces están habituados a razonar en base a principios y directrices, el establecimiento de sistemas de control difuso reforzaría la defensa de la Constitución, pues, en comparación con un sistema de control concentrado, se multiplicaría la cantidad de órganos capacitados y habilitados para someter las leyes a juicio crítico. Pero el establecimiento del control difuso en países de tradición romanística provocaría el efecto contrario, puesto que la tarea sería puesta en manos de funcionarios no inclinados a juzgar las leyes, conspirando en última instancia contra la rigidez de la constitución.

Un corolario de todo esto sería que, de entre todos los sistemas de control de la constitucionalidad posible, un sistema concentrado, pero cuyo órgano que ejerza la función se integre exclusivamente con magistrados de carrera, sería, en principio, el sistema menos propenso a cumplir con sus cometidos, ya que habría un único órgano con autoridad para defender la Constitución, pero sus integrantes (siguiendo el razonamiento de Cappelletti), no tendrían la formación adecuada para hacerlo. No podemos ignorar que, si bien el sistema uruguayo, formalmente, no ingresa en esta categoría (puesto que, según el diseño institucional, los miembros de la Corte Suprema no tienen que ser necesariamente magistrados de carrera), en los hechos sí lo hace.

Es concebible, sin embargo, un argumento genérico en favor de los sistemas de control concentrado (o, más precisamente, en favor de su capacidad para defender más activamente la Constitución). Ocurre que, en un sistema difuso, la responsabilidad de la tarea se encontraría diluida en un colectivo de personas, lo cual operaría como un desestímulo psicológico para asumir la carga de contrariar las decisiones del parlamento. Claro que, en la forma en que los sistemas difusos realmente se presentan en la práctica, siempre existe alguna forma de tribunal supremo que encabeza el sistema y sobre el cual, de algún modo, recae la mayor parte de la responsabilidad de la defensa de la Constitución, por lo que es difícil pensar que la

concentración por sí sola implique un reforzamiento de la supremacía constitucional.

Los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad, especialmente en manos de órganos especializados (cortes constitucionales o cámaras especiales dentro de los tribunales supremos), se expanden rápidamente luego de la Segunda Guerra Mundial<sup>171</sup>, sobre todo en países que no poseían control de constitucionalidad de ningún tipo. Conviene no minimizar el importante papel que la experiencia del fascismo ha jugado en este desarrollo. El mundo de la Gran Depresión demostró que las democracias pueden degenerarse rápidamente si la defensa de sus principios fundamentales queda únicamente en manos de instituciones políticas representativas. No en vano, tanto Italia como Alemania instalan tribunales constitucionales en 1948 y 1949 respectivamente, mientras que Francia, Turquía y Yugoslavia lo hacen en los próximos quince años. Portugal y España se les unen tan pronto como recobran la democracia<sup>172</sup>.

En síntesis, entonces, lo que define al sistema concentrado es el hecho de que el control de constitucionalidad, si bien está presente en el sistema (de lo contrario, según entendemos, no existiría una constitución propiamente rígida, independientemente del procedimiento empleado para reformar las disposiciones constitucionales), este control le está vedado a la generalidad de los tribunales. Para los jueces de estos países rige una verdadera *presunción de constitucionalidad de las leyes*, si bien es claro que, como señalábamos más arriba, esta presunción no puede regir para el tribunal encargado de la función de controlar la constitucionalidad de la ley<sup>173</sup>. No nos escapa el hecho de que, desafortunadamente, nuestra Suprema Corte de Justicia ha invocado frecuentemente esta presunción dentro de los fundamentos de sus decisiones.

Mientras en los sistemas de control difuso la vía natural para plantear la inconstitucionalidad de la ley es la del incidente, y el

171 Haro, op. cit., p. 58

172 Haro, op. cit. En realidad, la España republicana ya había instalado en el año 1931 un Tribunal de Garantías Constitucionales, que no sobrevivió a la República.

173 Esto ya había sido observado por Cappelletti, op. cit., p. 85

efecto “natural” de la sentencia es el de la desaplicabilidad de la ley al caso concreto, los sistemas de control concentrado muestran una variedad de características mucho más acentuada. Por ejemplo, la legitimación para solicitarla puede recaer en las partes involucradas en el litigio, en el Ministerio Público, o en cualquier persona; los legitimados pueden ser habilitados a plantear la inconstitucionalidad solamente por vía incidental o también por vía directa; y el efecto de la sentencia normalmente será anulatorio, pero puede ser también de desaplicación en el caso concreto.

Finalmente, cabe señalar que el sistema concentrado admite la posibilidad de que el control sea también *preventivo*; esto es, anterior a la promulgación de la ley. En algunos sistemas sólo se prevé un control meramente preventivo, como ocurre en Francia con el *Conseil Constitutionnel* o en Finlandia<sup>174</sup>. Un sistema de este tipo, a decir verdad, atenúa considerablemente la intensidad del control, pues tan pronto como una ley supera exitosamente esta fase (que en estos sistemas debe considerarse como una verdadera etapa dentro del proceso de aprobación de las leyes), ya no existe oportunidad de declararla inconstitucional. Cabe señalar que Francia, a partir de la aprobación de la Ley Constitucional de 23 de julio de 2008, se encuentra en proceso de implementar una reforma constitucional que habilitará el control de constitucionalidad *a posteriori*.

Es claro que el control es mucho más intenso en los sistemas que otorgan legitimación a cualquier individuo que en aquellos en los cuales se requiere una legitimación especial, y es también más intenso en aquellos que habilitan la vía directa que en aquellos que sólo admiten la vía incidental. De este modo, pueden darse situaciones en las cuales el control de la constitucionalidad de ciertas leyes resulta vedado de hecho, si es que los elementos que conferirían legitimación o que habilitarían el control no se verifican. Así, en un sistema que sólo admite la vía incidental, una ley que regulara una materia que por su naturaleza no puede ser ventilada en juicio, no podría ser declarada inconstitucional. También puede ocurrir que una ley que no afecte directamente los intereses de ningún indivi-

174 Consejo Europeo. *The composition of constitutional courts*. Council of Europe Press, 1997, p. 29.

duo quede fuera del control, si es que para promoverlo se requiere una legitimación especial. También es claro que la intensidad del control es menor si el efecto de la declaración no es anulatorio, ya que en estos casos la ley sólo puede ser excluida del sistema por decisión del propio poder legislativo, y continuará desplegando sus efectos mientras esto no ocurra, o mientras se sigan los trámites para obtener la declaración de inconstitucionalidad.

### El control mixto

Se ha dicho que en Latinoamérica se encuentra extendida una tercera categoría de control de la constitucionalidad de las leyes, intermedia entre el sistema difuso y el concentrado, a la que se ha dado en llamar de control *mixto*<sup>175</sup>, y que se habría originado en Colombia y Venezuela hace prácticamente un siglo. La característica definitoria de estos sistemas estaría en el hecho de que, mientras la generalidad de los jueces tienen potestades para desaplicar la ley inconstitucional en el caso concreto, existe también un órgano con potestades para ejercer un control de constitucionalidad preventivo o para anular la ley inconstitucional, con efectos generales.

Además de Venezuela y Colombia, se dice que también Brasil, México Bolivia, Ecuador, Perú, Nicaragua, El Salvador y Chile han adoptado sistemas que reunirían características similares<sup>176</sup>.

Entendemos que la postulación de esta categoría intermedia agrega poca información relevante al análisis del control de constitucionalidad. Según expusimos más arriba, la diferencia característica entre los sistemas de control concentrado y difuso no parece estar en la existencia de un órgano especializado en el control de constitucionalidad de la ley, o que ejerce la máxima autoridad en esta tarea; recordemos que en los sistemas difusos, en última instancia, siempre existe un órgano supremo que tiene la última palabra en materia de interpretación de la Constitución. Lo que define al

175 Haro, citado, y también Monroy Cabra, Marco Gerardo. «Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado Social de Derecho» Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004. p. 35

176 Haro, op. cit., p. 54.

sistema concentrado es el hecho de que la generalidad de los tribunales debe aplicar perentoriamente la ley, y no tiene autoridad para analizar su constitucionalidad. En este sentido, los sistemas llamados mixtos deberían considerarse difusos, con el agregado interesante (pero no necesariamente definitorio) de que existe también un órgano con autoridad para anular leyes. O, tal vez, algún sistema reputado como mixto debería considerarse concentrado, si es que en el caso concreto, a raíz del diseño institucional, sus tribunales ordinarios tuviesen impedimentos para desaplicar las leyes.

### La conexión entre rigidez y control de constitucionalidad: la tesis de Kelsen

En su clásico ensayo de 1928 sobre la garantía jurisdiccional de la constitución, que Kelsen sostiene la siguiente tesis:

*“Una constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aún que, en general, no se tenga conciencia de ello-porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia-. Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos-no pudiéndose anular su inconstitucionalidad-equivale más o menos, del punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria. Toda ley, todo reglamento, e incluso, todo acto jurídico general realizado por particulares tienen una fuerza jurídica superior a la de esta constitución-a la cual estos actos se encuentran, sin embargo, subordinados y de la que todos ellos deriva su validez-ya que el derecho positivo de la porque todo acto que esté en contradicción con una norma superior puede ser anulado salvo cuando esa norma superior es la propia constitución.*

*Este débil grado de fuerza obligatoria real está en desacuerdo radical con la aparente firmeza, que llega hasta la rigidez, que se confiere a la constitución cuando se somete su revisión a un procedimiento dificultado. Ahora bien, ¿para qué tantas precauciones si las normas de la constitución, bien que prácticamente inmodificables, se encuentran, en realidad, casi desprovista de fuerza obligatoria?*

*Ciertamente que una constitución que no prevé un tribunal constitucional o institución análoga para la anulación de los actos inconstitucionales, no se encuentra desprovisto totalmente de sentido jurídico. Su violación puede tener una cierta sanción cuando existe, al menos, la institución de la responsabilidad ministerial, sanción que es dirigida contra ciertos órganos asociados en la confección de los actos inconstitucionales, suponiendo que son culpables. Pero, abstracción hecha de esa garantía que dieron como ya se ha señalado-no es muy eficaz porque deja subsistir la ley inconstitucional, no se puede admitir en este caso de la constitución indique un procedimiento legislativo único y que fije realmente los principios en cuanto al contenido de las veces. La constitución sin duda dice en su texto que las veces deben ser elaborada de tal o cual manera y que no deben tener tal o cual contenido; pero admitiendo que las leyes inconstitucionales serán también válidas, su sede, en realidad, que las leyes pueden ser hechas de otra manera y su contenido sobrepasar los límites asignados; ya que las leyes inconstitucionales-ella también-no pueden ser válidas más que en virtud de una regla de la constitución; esto es, ellas deben ser, también en uno u otro modo, constitucional, puesto que son válidas. Pero eso significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado en la constitución y las direcciones señaladas allí no son, a pesar de las apariencias, disposiciones exclusivas sino solamente alternativas.*

*Que las constituciones a las cuales le falta la garantía de la nula habilidad de los actos inconstitucionales no sea, de hecho, interpretadas de esta forma, es, precisamente el extraño efecto de este método al cual hemos hecho frecuente alusión y que disimula el contenido verdadero del derecho por motivos políticos -que no corresponden propiamente los intereses políticos de los que la constitución es expresión.*

*Una constitución cuyas disposiciones relativas a la legislación pueden ser violadas sin que de ello resulte la anulación de las leyes inconstitucionales tiene, frente a los grados inferiores del orden estatal, el mismo carácter obligatorio que tiene el derecho internacional frente al derecho interno. En efecto, cualquier acto estatal contrario al derecho internacional no es por ello menos válido. La única conse-*

*cuencia de esta violación es que el estado lesionado puede, en última instancia, hacer la guerra al estado infractor; la violación entraña una sanción puramente penal.*

*Igualmente una constitución que ignora, la justicia constitucional tiene como única reacción contra su violación la sanción penal que ofrece la institución de responsabilidad ministerial. Es esta fuerza obligatoria mínima del derecho internacional lo que conduce a cantidad de autores, por error sin duda, a negarle, de manera general, el carácter de derecho. Son motivos completamente semejantes los que se oponen al fortalecimiento técnico del derecho internacional mediante la institución de un tribunal internacional dotado de poderes de anulación y lo que se oponen al incremento de la fuerza obligatoria de la constitución mediante la organización de un tribunal constitucional.*

*Todo lo anterior debe tenerse presente para poder apreciar la importancia de la organización de la jurisdicción constitucional.”<sup>(177)</sup>*

Quiere decir que para Kelsen -en lo que atañe a nuestro tema- una constitución que no prevea un tribunal con facultades para juzgar la constitucionalidad de las leyes, incluyendo la facultad de anular las leyes inconstitucionales, tendría en realidad una superioridad meramente nominal, ya que de hecho la legislación violatoria de la constitución, podría perfectamente subsistir a pesar de ello.

Adviértase que para Kelsen, el problema de la superioridad constitucional se solapa con el problema de la rigidez: una constitución carente de superioridad perdería también su rigidez, por lo menos en un sentido jurídicamente relevante.

### **El control de constitucionalidad en el Uruguay**

Si bien el sistema de control de la constitucionalidad de la ley en el Uruguay admite diversas vías para promoverlo, en lo que refiere a la legitimación de los accionantes y a los efectos de la senten-

<sup>177</sup> Kelsen, Hans, la garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional), en Anuario Jurídico I, México, UNAM, 1974, pp. 510-511.

cia, reúne elementos considerablemente restrictivos. Por ejemplo, para poner en funcionamiento el sistema se exige que el accionante, o quien interpone la excepción, sea titular de un interés directo, personal y legítimo. La visión tradicional de la dogmática uruguaya sobre este punto es expresada por Moretti<sup>178</sup> en estos términos: *“La organización constitucional del contralor de la inconstitucionalidad de las leyes es pues, un contencioso subjetivo: porque presupuesto de la promoción de este contralor jurisdiccional es el interés directo personal y legítimo del promotor; de ningún modo el interés general de la constitucionalidad de la ley, ni el de la preservación de la Constitución, porque la acción de inconstitucionalidad no es una acción popula.”*

Pero más significativo aún (tal como se verá en el apartado siguiente) es el hecho de que el órgano encargado del control no tenga facultades para anular el acto legislativo inconstitucional, lo que significa un apartamiento respecto de la generalidad de los sistemas de control concentrado. Moretti<sup>179</sup> al respecto dice: *“En este proceso constitucional no se trata de declarar la nulidad de la ley constitucional, no se persigue la eliminación de la ley inconstitucional con eficacia equivalente a la abrogación o derogación, sino pura y simplemente su inaplicabilidad al caso concreto, como medio de resolver una contienda o conflicto con la norma de mayor jerarquía. No es de ningún modo un conflicto entre normas de diferente valor, sino un conflicto entre partes, una contienda legal (en sentido amplio) que debe ser decidida por la actuación de una norma: la constitucional o la legislativa (...). En el derecho constitucional uruguayo, aunque sea inconstitucional, la ley es válida desde su promulgación y desde ese mismo momento ella es obligatoria. (C. Civil art. 1°). Y aun después de la declaración de inconstitucionalidad, la misma ley es obligatoria en los casos no comprendidos por aquella declaración. La Suprema Corte de Justicia no anula la ley en sentido estrictamente técnico, sino que declara la inconstitucionalidad de la ley y ordena*

178 Moretti, Raúl. *La Inconstitucionalidad de las Leyes y su Declaración por el Poder Judicial*. La Justicia Uruguaya.

179 Op. cit.

*su inaplicabilidad en el caso concreto respecto al cual se limita expresamente su pronunciamiento.”*

Si a todo lo expresado se suma el hecho de que el órgano de control se compone de magistrados de carrera (con las implicaciones señaladas más arriba), y que este órgano, de alguna manera, ha restringido su propia competencia al incorporar en sus argumentaciones el tópico de la “presunción de constitucionalidad de las leyes” (a pesar del contrasentido que implica esta presunción cuando es invocada por el mismo órgano encargado de juzgar la constitucionalidad de la ley, como se señaló más arriba), es posible concluir que el uruguayo es uno de los sistemas de control de la constitucionalidad de la ley menos intensos de cuantos se conocen en Derecho comparado.

CAPÍTULO III

**Conclusiones teóricas acerca de la  
rigidez constitucional**

**Recapitulación**

Hemos concluído las dos tareas más engorrosas de nuestra indagación.

En el capítulo primero vimos la teoría clásica acerca de la rigidez constitucional, su origen, caracterización, crítica y relativa inutilidad actual. En especial, creemos haber mostrado con suficiente evidencia empírica, cómo nuestros expertos continúan caracterizando a nuestra constitución como rígida, cuando ante nuestros ojos se procesan cambios dramáticos, que ningún proceso formal da cuenta.

Ante el colapso de la caracterización clásica de la rigidez constitucional, nos vimos exigidos de buscar nuevas respuestas teóricas, lo cual nos demandó un pesado trabajo de 'salida' hacia la teoría y la epistemología, cosas que en nuestra cátedra no es habitual, pero que en el constitucionalismo contemporáneo europeo o norteamericano está bastante extendido, afortunadamente. Esta labor la cumplimos en el Capítulo II, en el cual repasamos algunas categorías fundamentales que cimentan una teoría constitucional.

Corresponde ahora extraer las consecuencias y conclusiones que se derivan de los hallazgos obtenidos.

Las consecuencias van en el sentido que se impone un giro profundo en el modo de concebir las constituciones, y por consiguiente, en el modo de concebir su rigidez o estabilidad.

Los cambios que se imponen a partir de los avances que advertimos en la teoría del derecho son de tal profundidad que no

sería aventurado hablar de la necesidad de procesar múltiples giros en la comprensión del fenómeno constitucional.

## Conclusiones

el problema de la rigidez constitucional, tiene una importancia mucho más profunda que la percibida en quienes la elaboraron originariamente. La rigidez constitucional se vincula con problemas centrales que tienen que resolver los ordenamientos jurídicos contemporáneos: la necesidad de ofrecer un marco indisponible para regular el funcionamiento del Estado, esto es, que los gobernantes ni las mayorías ocasionales no puedan modificar a su antojo. En ello se juega la posibilidad de legitimidad que reclamamos de todo orden normativo; y también, la necesaria adaptabilidad del orden normativo a los cambios que provienen del entorno: sistema de valores culturales, sistema económico, etc. Estos son problemas cruciales de filosofía política, esto es, atinentes a las bases filosóficas sobre las cuales se asientan nuestras sociedades. La complejidad de estos fenómenos -en buena medida paradójales- no pueden reducirse a un manejo formal de la rigidez, bajo riesgo de volverse totalmente irrelevante. Muchos constitucionalistas clásicos habían advertido -efectivamente- el solapamiento de dos dimensiones distintas: la constitución formal y la constitución real. Pero lo que esas intuiciones no lograban era elaborar unas categorías analíticas que nos permitieran comprender mejor los mecanismos a través de los cuales se operaban las diversas modalidades o vías por las cuales cambian las constituciones de un país.

Lo que llamamos Constitución no es el conjunto de hojas ensambladas que tienen una tapa con ese nombre. Es el producto de un conjunto de prácticas interpretativas llevadas a cabo por el conjunto de los operadores jurídicos y fundamentalmente por el órgano constitucionalmente competente en materia de control constitucional de las leyes.

Como está diseñado dicho sistema de contralor en América Latina, realidad a la que nuestro país no escapa, y por la conducta de las cortes supremas dicho contralor está pensado para proteger a la ley y no a la Constitución.

Observamos cómo frente a iguales textos normativos las conclusiones a las que llega la Suprema Corte de Justicia sobre la constitucionalidad de una ley varían a lo largo del tiempo. Esto nos sirvió para fundamentar que el texto no es la norma; que la norma es el resultado de la interpretación, apoyados en el marco teórico analítico propuesto por Guastini.

Analizando las distintas teorías de la interpretación concluimos que con variantes es posible observar que las disposiciones cuentan con un núcleo de certeza y con una zona de penumbra y que en muchas ocasiones (muchas más de las que estamos dispuestos a admitir) la solución al caso no surge claramente de los enunciados normativos por lo que se abre un margen importante de discrecionalidad al intérprete, lo que torna a la interpretación de un acto de decisión.

Tal decisión se disimula en el sistema a los efectos de contribuir a la ideología del valor de la seguridad jurídica, y es funcional a la idea de que quien toman las decisiones es el órgano que cuenta con mayor legitimidad democrática por la forma de elección, esto es el parlamento.

El paradigma de la literalidad del significado es el más alegado por los juristas a la hora de fundamentar el sentido de su interpretación, esta afirmación tiene sustento en las disposiciones del título preliminar del Código Civil que en jurisprudencia firme de nuestra Corte, se considera aplicable a todas las disciplinas jurídicas. Observamos que la noción de literalidad del significado es problemática y que apunta tan sólo a una dimensión del significado el semántico, descuidando el sintáctico y el pragmático. Concluimos que la dimensión pragmática del significado cobra una relevancia trascendente: es decir cómo han entendido tradicionalmente un texto la doctrina, la jurisprudencia y la Administración.

La importancia del papel de la intención del legislador en la interpretación, es decir el llamado argumento de tipo teleológico, aun cuando es menor a la idea del significado literal, nos da la pauta que hay algo más en el significado que transcurre más allá de los grafemas o los textos y que tiene que ver con la asunción de deter-



minadas *policies*, esto es políticas públicas llevadas a cabo por las autoridades, que terminan siendo tomadas muy en cuenta en los resultados de las argumentaciones, pero difícilmente explicitadas.

Observamos que la tarea de interpretación en derecho es particular ya que se da en el marco de una interpretación institucional, fuertemente reglada. Esto conlleva a que la interpretación sea más bien una tarea de argumentación donde aquellos argumentos que pueden ser utilizados y aquellos que no pueden serlo están fuertemente determinados, de forma que queda poco lugar para la innovación en un margen de tiempo acotado.

## CAPÍTULO IV

### Conclusiones acerca de la [supuesta] rigidez de la Constitución uruguaya

#### El problema de la rigidez constitucional en la doctrina uruguaya

- a. Nuestra doctrina constitucional recepcionó tempranamente la problemática teórica de la rigidez constitucional, demostrando una actualidad teórica sorprendente para la época.
- b. La doctrina posterior adoptó y difundió la clasificación, utilizándola para calificar unánimemente a nuestra constitución como rígida.
- c. Esa utilización de la clasificación se hizo de manera acrítica, sin cuestionar mayormente sus supuestos, criterios y relevancia. Por esa vía, perdió la posibilidad de advertir la insuficiencia de la misma, y la necesidad de revisar su elaboración. Cabe señalar no obstante, que en los últimos años aparecieron dudas y advertencias acerca de la categorización de nuestra constitución como rígida, especialmente en trabajos de Cagnoni y Esteva.

#### El problema de la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad en Uruguay

Como surge de la revisión teórica realizada, el problema de la rigidez constitucional, o si se quiere, de la estabilidad o indisponibilidad relativa de las normas constitucionales, depende más de la existencia de mecanismos que controlen la interpretación de la constitución, que de lo que ella misma disponga sobre su propia reforma.

En el caso uruguayo, ello nos permite apreciar que el sistema de control o defensa de la constitución no es tal, en virtud de dos

órdenes de circunstancias: unas referidas al diseño constitucional, y otras provenientes de la ideología jurídica de nuestros magistrados.

### **En cuanto al diseño institucional**

Las restricciones para el acceso a la jurisdicción constitucional juega un papel fundamental, como se ha señalado recientemente en nuestra doctrina.

La posición institucional del órgano de control de constitucionalidad, también conspira contra su efectividad, a diferencia de los países donde funciona, en los cuales dicho control se confía a tribunales ajenos al poder judicial y especializados en la materia.

Finalmente, la eficacia del fallo de inconstitucionalidad liquida cualquier posibilidad de que juegue un papel relevante, en cuanto sólo tiene eficacia en el caso planteado.

### **En cuanto a la doctrina judicial dominante**

Nuestra Suprema Corte ha consolidado criterios interpretativos y valorativos que restringen aún más las posibilidades de jugar un papel de eficaz custodio de un cambio constitucional controlado racionalmente:

- 1° el criterio de la presunción de legitimidad de las leyes que debe controlar;
- 2° el criterio de que sólo declara inconstitucionales disposiciones que no admitan ninguna interpretación compatible con la constitución, lo cual vuelve prácticamente imposible de aplicarla, porque siempre será posible imaginar una interpretación compatible con la constitución;
- 3° el criterio de que la inconstitucionalidad declarada rige sólo para el futuro, más no para el pasado. Con ello no se afectan las acciones ya cumplidas, con lo cual cierta aplicación de las normas inconstitucionales resulta inatacable.

Sobre la base de tales criterios, es perfectamente entendible que la interpretación que realiza el parlamento (explícita o implíci-

ta) así como sus “prácticas constantes” resulten prácticamente inexpugnables.

Por esta vía, es claro que nuestra constitución se vuelve flexible.

La única valla efectiva para la flexibilidad institucional e interpretativa, deriva de la regla de reconocimiento o criterio de legitimidad básico de nuestro ordenamiento. Mientras éste se exprese con moderación, sólo veremos modificaciones de la constitución impuestas por necesidades importantes, y que cuentan con gran consenso.

Pero no existe ninguna garantía que esos consensos se mantengan o que se respeten. Siempre será bueno que los consensos se institucionalicen, de manera que queden expuestos al público, y sometidos a la crítica racional.

En los países con un alto desarrollo institucional, ese consenso básico se institucionaliza a través de los tribunales constitucionales.

## Bibliografía

- Aarnio, Aulis y otros; *La normatividad del Derecho*; Gedisa; Barcelona;1997.
- Aguiló, Joseph; *Notas sobre presunciones de Daniel Mendonca*; en Revista Doxa N° 22;1999.
- Alchourrón, Carlos E; y Bulygin; Eugenio; *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*; Buenos Aires; Astrea;1987.
- Alexander, Larry y Schauer; Frederick; *Rules of Recognition, Constitutional Controversies and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance*; Matthew Adler & Kenneth Himma; eds; "The rule of recognition and the U.S. Constitution"; USA Oxford University Press;2009; San Diego Legal Studies Paper No; ago-66.
- Andueza Acuña; José Guillermo; *Los cambios constitucionales en América*; en Andueza Acuña y otros; Los cambios constitucionales; México; UNAM;1977.
- Apel, Karl-Otto *La ética del discurso como ética de la responsabilidad una transformación postmetafísica de la ética de Kant*; en "Ética del discurso y ética de la liberación".
- Apel; Karl-Otto y Dussel, E. *Teoría de la verdad y ética del discurso*; Barcelona; Paidós; I.C.E. A. B.1998.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero; Juan; *Las piezas del Derecho*; Teoría de los enunciados jurídicos; Barcelona Ariel Derecho;1996.
- Austin, John; *Cómo hacer cosas con palabras*; Bs; As Paidós;2003.
- Bardazano, Gianella; *Literalidad y decisión*; Montevideo; Carlos Álvarez;2009.
- Blanco, Andrés; *Argumentación y lógica en el Derecho*; Bs; As; La ley Uruguay;2009.
- Blanco, Andrés; *Los agentes de retención y percepción en el derecho uruguayo*, Revista Tributaria No. 166.

- Blanco, Andrés; Derecho; *Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica contribución desde el caso especial de la responsabilidad de los directores y socios en los impuestos a las rentas uruguayos*; en Responsabilidad de administradores y socios comerciales; Ferrer; Alicia y Caffera; Gerardo; Montevideo; FCU;2006.
- Blanco, Andrés; *Tributos y precios públicos*; Montevideo; FCU;2005.
- Bryce, James; *Constitutions*; Danvers; Massachusetts General Books;2009.
- Bulygin, Eugenio; *Alf Ross y el Realismo Escandinavo*; en Anuario de Filosofía Jurídica y Social; Buenos Aires; Abeledo-Perrot Tomo 1; 1981, p. 77 a 89.
- Bunge, Mario. *Semántica II; Verdad e Interpretación*; Barcelona; Gedisa;2008.
- Caffera, Gerardo; *Una teoría del contrato; Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada*; Montevideo; FCU; 2008.
- Cagnoni, José Anibal; *El Derecho Constitucional Uruguayo*; Montevideo;2006.
- Caorsi, Carlos; *Lenguaje; acción e interpretación; Una exposición crítica de la filosofía de Davidson*; Montevideo; UDELAR; CSIC; FHU-CE;2008.
- Cappelletti, Mauro; *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*; Porto Alegre Sergio Antonio Fabris Editor;1992
- Carbajal, Juan Alberto; *Tratado de derecho constitucional*; México; Porrúa;2002.
- Carpizo, Jorge; *La democracia y la clasificación de las constituciones; Una propuesta*; en Anuario Jurídico IX; Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional 1981; México; UNAM;1982.
- Carracedo, José; Positivismo; *Hermenéutica y teoría crítica de las ciencias sociales*; Barcelona; Humanitas;1984.
- Carrillo, Marc; Ferreres Comella; Víctor; *Teoría general de la Constitución* Editorial (UOC) Universidad Oberta de Catalunya; La Universidad Virtual; 2002.
- Carrió, Genaro; *Notas sobre Derecho y lenguaje*; Bs; As Lexis-Nexis; Abeledo-Perrot ;2006.

- Cassinelli Muñoz; Horacio; *Derecho Público*; FCU; Montevideo; 2009.
- Chomsky, Noam; *El conocimiento del lenguaje*; Barcelona; Altaya;1995.
- Consejo Europeo; *Meeting with the presidents of constitutional courts and other equivalent bodies*; Council of Europe Press;1994.
- Consejo Europeo; *The composition of constitutional courts*; Council of Europe Press;1997.
- Correas, Oscar; *Metodología jurídica; Una introducción filosófica*; México D;F Fontamara;2003.
- Corredor, Cristina; *Filosofía del lenguaje; Una aproximación a las teorías del significado del Siglo XX*; Madrid; Visor;1999.
- Davidson, Donald; *De la verdad y de la interpretación; Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*; Gedisa; Barcelona;2001.
- Dworkin, Ronald; *El imperio de la justicia*; Barcelona; Gedisa;1988.
- Fernandois, Eduardo; *Wittgenstein entre pragmatismo y relativismo*; en "El giro pragmático en la filosofía"; Cabanchik; Samuel y otros compiladores; Barcelona; Gedisa;2006.
- Ferrajoli, Luigi; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*; Madrid; Trotta;2005.
- Ferrajoli, Luigi; *Democracia y Garantismo*; Madrid; Trotta;2008.
- Ferrajoli, Luigi; *Garantismo; Una discusión sobre Derecho y Democracia*; Madrid; Trotta;2006.
- Ferreres Comella; Víctor ; *Una defensa de la rigidez constitucional*; en doxa 23 -2000.
- Frege, Götlöb; *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica* ; Madrid; Tecnos;1992.
- Gómez Haedo; Juan Carlos; *El proceso de la Reforma Constitucional*; Rev; Nacional;1942; Año V; n° 52.
- Guariglia, Carlos; Citarlo.
- Guastini, Ricardo; *Problemas de interpretación*; Isonomía N° 7;1997; México D;F.
- Guastini, Riccardo; *Distinguiendo; Estudios de teoría y metateoría del derecho*; Barcelona Gedisa;1999.

- Guibourg, Ricardo A Hart; Bulygin y Ruiz Manero *Tres enfoques para un modelo*; Doxa;1993.
- Guibourg, Ricardo A *Hart y la Escuela Análitica Inglesa*; en Anuario de Filosofía Jurídica y Social Tomo 1; Buenos Aires; Abeledo-Perrot;1981; pp; 91-105.
- Guibourg, Ricardo *Deber y saber; Apuntes epistemológicos para el análisis del Derecho y la Moral*; México; Fontamara;1997.
- Habermas, Jürgen; *El discurso filosófico de la modernidad*; Bs; As Katz;2008;
- Habermas, Jürgen; *Teoría de la acción comunicativa social; Racionalidad de la acción y racionalización social*; Tomo I; 4ª ed Madrid; Taurus;2000.
- Habermas, Jürgen; *Verdad y justificación; Ensayos filosóficos*; Madrid; Trotta;2002.
- Habermas, Jürgen *Facticidad y validez; Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*; Madrid; Trotta;1998.
- Hare, Ronald *Ordenando la ética*; Barcelona Ariel;1999.
- Haro, Ricardo; *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Montevideo Konrad Adenauer Stiftung A;C2004.
- Hart, H;L;A; *El Concepto de Derecho*; Buenos Aires Abeledo-Perrot;2007.
- Hernández Marín; Rafael; *Introducción a la teoría de la norma jurídica*; Madrid; Marcial Pons; 2ª Ed1998.
- Holmes, Stephen *Precommitment and the paradox of democracy*; incluido en Jon Elster y Rune Slagstad (editores); "Constitutionalism and Democracy" (Cambridge Cambridge University Press; 1988).
- Hume, David; *Investigación sobre el conocimiento humano*; Madrid; Mestas;2003.
- Iglesias Vila; María; *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*; en Doxa; N° 23; Alicante;2000.
- Jiménez De Aréchaga; Justino E *Sobre Inaplicabilidad de Leyes Inconstitucionales*; Montevideo; Editorial El Siglo Ilustrado;1915

- Kant, Inmanuel; *Crítica de la razón práctica*; Madrid; Mestas;2001.
- Kelsen, Hans; *La garantía jurisdiccional de la Constitución; (La justicia constitucional)*; en Anuario Jurídico I; México; UNAM;1974.
- Kelsen, Hans; *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*; México D; F Fontamara ;2003.
- Kelsen, Hans; *On the basic norm*; California Law Review;1959.
- Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*; Buenos Aires Eudeba;2006.
- Korzeniak, José *Primer Curso de Derecho Público*; FCU; Montevideo;2006.
- Kripke, Saúl *A propósito de reglas y lenguaje privado*; Madrid; Tecnos;2006.
- Kuhn, Thomas *La estructura de las revoluciones científicas*; México; FCE;2006
- Lacey, Nicola; *A life of H;L;A; Hart The nightmare and the noble dream*; New York Oxford University Press;2004
- Laporta, Francisco; *El imperio de la ley; Una visión actual*; Madrid; Trotta;2007;
- Lifante, Isabel; *Interpretación y modelos de Derecho; Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*; en Revista Doxa; N° 22; Alicante;1999
- Maccormick, Neil; *Institutions of Law; An essay in legal theory*; New York Oxford University Press;2008
- Marmor, Andrei; *Interpretación y Teoría del derecho*; Gedisa; Barcelona;2002
- Marmor, Andrei; *Exclusive legal positivism*; Jules Coleman y Scott Shapiro editores; "The Oxford Handbok of Jurisprudence & Philosophy of Law"; New York Oxford University Press;2002
- Mazzarese, Tecla *Interpretación literal juristas y lingüistas frente a frente*; en Revista Doxa; N° 23; Alicante;2000
- Mendonca, Daniel y Guibourg; Ricardo; *La odisea constitucional*; Madrid; Marcial Pons;2004;
- Mendonca, Daniel; *Presunciones*; en Revista Doxa; N° 21; Alicante;1998;
- Mendonca, *Exploraciones normativas*; México; Fontamara;1995
- Monroy Cabra; Marco Gerardo; *Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado Social de Derecho* Anuario de De-

- recho Constitucional Latinoamericano Montevideo Konrad Adenauer Stiftung A;C2004
- Moreso, José Juan; *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*; en Revista Doxa; Alicante; N° 23;2000
- Moretti, Raúl; *La Inconstitucionalidad de las Leyes y su Declaración por el Poder Judicial*; La Justicia Uruguaya;
- Nagel, Thomas; *Otras mentes*; Barcelona; Gedisa;2000
- Navia, Ricardo; Richard Rorty; *Emplazamiento a la tradición filosófica*; Montevideo; Universidad de la República; Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación; Comisión Sectorial de Investigación Científica ;2008
- Nino, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho*; Ed; Astrea; Buenos Aires;2001;
- Olivecrona, Karl; *Lenguaje jurídico y realidad*; México D;F Fontamara;2004
- Pace, Alessandro; Varela; Joaquín; *La rigidez de las constituciones escritas*; Madrid; Centro de Estudios Constitucionales;1995; Cuadernos y Debates número 58.
- Patterson, Dennis; *Law and Truth*; New York Oxford University Press;1999
- Peirano Facio, Juan Carlos: *Los principios de legalidad y de igualdad en materia tributaria a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*, Anuario de Derecho Tributario, T. 1, Instituto de Finanzas Públicas, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, FCU, Montevideo, 1988.
- Perelman, Chaim; y Olbrechts-Tyteca; Lucie; *Tratado de la argumentación; La nueva retórica*; Madrid; Gredos; 5ª Ed2006.
- Pérez Pérez, Alberto; *Derecho Constitucional Uruguayo*; T. I; Universidad; Montevideo; 1993
- Pollock, W;J; *Wittgenstein on the standard metre*; Philosophical Investigations -2004
- Popper, Karl; *Conocimiento objetivo*; 4ª ed Madrid; Tecnos;1992;
- Popper, Karl; *La lógica de la investigación científica*; Madrid; Tecnos;2008
- Popper, Karl; *Los dos problemas fundamentales de la epistemología*; Madrid; Tecnos;1998

- Prieto Sanchís; Luigi; *Apuntes de Teoría del Derecho*; Madrid ;Trotta;2005
- Prieto Sanchís; Luis; *Ley; principios; derechos*; Madrid; Instituto Bartolomé de las Casas; Dykinson;1998
- Putnam, Hilary y Habermas; Jürgen; *Normas y valores*; Madrid; Trotta;2008
- Putnam, Hilary; *Razón; verdad e historia*; Madrid; Tecnos;2006
- Quine, Wilfred Orman; *Desde el punto de vista lógico*; Madrid; Tecnos;2002
- Ramírez, Juan Andrés; *El Derecho Constitucional en la Universidad*; Montevideo Editorial El Siglo Ilustrado;1906;
- Raz, Joseph y otros *Una discusión sobre la teoría del Derecho*; Madrid; Marcial Pons;2007
- Raz, Joseph; *La intención en la interpretación*; en Revista Doxa N° 20; Alicante;1997
- Raz, Joseph; *Incorporation by law*; Legal theory 10;2004
- Reale En *Introducción Al Derecho -1987*
- Redondo, Juan y Navarro; Pablo; *La relevancia del Derecho*; Barcelona; Gedisa;2002;
- Riddall, J;G; *Teoría del Derecho*; Barcelona Gedisa;1999
- Risso Ferrand; Martín; *Derecho Constitucional*; FCU; Montevideo;2005
- Ross, Alf; *Sobre el Derecho y la justicia*; Bs; As Eudeba;2005
- Ross, Alf; *Sobre el Derecho y la Justicia*; 4a edición; Traducido por Genaro R Carrio; Buenos Aires Eudeba;1977;
- Russell, Bertrand; *Investigación sobre el significado y la verdad*; Bs; As Losada;2005
- Schäffer,Heinz Austria *La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador*; en Eliseo Aja (editor); "Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual" (Barcelona Ariel; 1998)
- Tamayo Y Salmorán; Rolando; *Elementos para una teoría general del derecho*; México; Themis;1996
- Teliz, Ronald; *Ensayos sobre verdad y significado*; CSIC; FHUCE; Montevideo;2008;

- Valadés, Diego; *La constitución reformada*; México; UNAM;1987
- Valdés Costa, Ramón; Valdés de Blengio, Nelly y Sayagués Areco, Eduardo: *Código Tributario, anotado y comentado*, FCU, Montevideo, 2002
- Véscovi, Enrique; *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*; Montevideo Facultad de Derecho y Ciencias Sociales;1967
- Waluchow, Wilfrid; *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*; Un árbol vivo; Madrid; Marcial Pons;2009;
- Wheare, K;C; *Modern Constitutions*; Londres; Oxford Paperbacks Univ; Series;1966
- Wittgenstein, Ludwig; *Sobre la certeza*; Barcelona; Gedisa;2003
- Wittgenstein, Ludwig; *Investigaciones Filosóficas*; Crítica; Madrid;2002
- Wittgenstein, Ludwig; *Investigaciones Filosóficas*; Traducido por García Suárez y Moulines; España Ediciones Altaya;1999;
- Zagrebelsky, Gustavo El *derecho dúctil; Ley; derechos; justicia*; Madrid; Trotta; 6ª Ed 2005.