

# TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL ESTADO

PARA PRINCIPIANTES

COORDINADORA: MARÍA ELENA ROCCA

SILVIA LANGONI - MARIEL LORENZO - MIRIAM MORA - VERÓNICA SAIZAR



UNIVERSIDAD  
DE LA REPUBLICA  
URUGUAY



## AGRADECIMIENTOS

A Mathías De León, porque un libro no es lo mismo sin una buena portada y diagramación.

A Ernesto Arnábal y a Valeria Gaimari por la compilación del índice y por su colaboración y aportes al momento de la corrección.

A Aroa Gómez por dedicar largas horas digitando textos.

A nuestros alumnos, por los desafíos constantes que nos plantean.

A nuestras familias, amigos y afectos, por el apoyo brindado en cada emprendimiento.

Y a la Universidad de la República, por creer en nuestro trabajo.



## PRÓLOGO

Cuando comenzamos a diseñar el presente trabajo, coincidimos en que su objetivo debía ser el acercamiento de la teoría de la Constitución y del Estado para aquellos y aquellas estudiantes, que sin formación jurídica previa, tuvieran inquietudes sobre los temas abordados en la asignatura «Principios Constitucionales y Teoría del Estado» que se dicta en primer año de la Licenciatura en Relaciones Laborales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Nuestra intención de contribuir a ello, tuvo en cuenta la elaboración de un material con un enfoque didáctico, amistoso, tratando, a la vez, el evitar despojarlo del rigor que los temas merecen, contemplando, así, la sencilla razón de ser un trabajo pensado para «principiantes».

Hemos reunido en este volumen parte del programa de la asignatura, con el propósito de que sirva de guía para el curso y nuestra mayor satisfacción, será su comprensión, análisis y reflexión por parte de sus lectores, a partir del mismo.

Las autoras  
Montevideo, marzo de 2014.

I. GENERALIDADES .....	14
1. EL DERECHO PÚBLICO .....	14
Concepto .....	14
Distinción entre derecho público y privado .....	14
Algunas divisiones del derecho público .....	17
Relaciones con otras disciplinas .....	17
Esquemas .....	18
Bibliografía recomendada .....	19
Ejercicios .....	20
2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO Y COMO CIENCIA .....	21
Distinción .....	21
Constitucionalismo .....	21
Bibliografía básica .....	22
Bibliografía recomendada .....	22
Ejercicios .....	23
II. LA CONSTITUCIÓN .....	24
3. CONCEPTO .....	24
Introducción .....	24
Diferentes posiciones respecto del concepto de Constitución .....	24
Concepto sociológico o realista de Constitución .....	24
Concepto normativo de Constitución .....	25
Concepto valorativo o axiológico de Constitución .....	25
Constitución en sentido material .....	26
Constitución en sentido formal .....	27
Caracteres generales y diferentes tipos de disposiciones constitucionales .....	27
Bibliografía básica .....	28
Bibliografía recomendada .....	28
Ejercicios .....	29
4. TIPOS DE CONSTITUCIONES .....	30
Introducción .....	30
Clasificación de las Constituciones .....	30
Según el contenido .....	30
Según la fuente formal de sus normas .....	30
Según la unidad o diversidad documental .....	31

Clasificación de Constituciones en elásticas e inelásticas .....	32
Según el modo de su reforma .....	32
Según el modo de establecimiento de las Constituciones .....	33
Según su extensión .....	34
Constituciones balance o programa .....	34
Constituciones convencionales y ordinativas .....	34
Constituciones normativas, nominales y semánticas .....	34
Tipificación de la Constitución uruguaya vigente .....	35
Bibliografía básica .....	37
Bibliografía recomendada .....	37
Ejercicios .....	38
<b>5. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>39</b>
Concepto de interpretación .....	39
Dificultades para interpretar la Constitución .....	39
¿Se interpreta textos o voluntades? .....	40
Interpretación de la Constitución Nacional .....	40
El intérprete debe atenerse al texto de la Constitución .....	40
Título preliminar de las leyes del Código civil .....	41
Aspecto lógico o literal .....	41
Sentido natural y obvio de las palabras .....	41
Aspecto sistemático o contextual .....	42
Aspecto teleológico .....	42
¿Quién interpreta la Constitución? .....	43
¿Es posible una interpretación auténtica de la Constitución? .....	43
Bibliografía básica .....	45
Bibliografía recomendada .....	45
Ejercicios .....	46
<b>6. INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>48</b>
Concepto de integración .....	48
¿Existen las lagunas constitucionales? Si existen, ¿cómo se integran? .....	48
Breve referencia al artículo 332 .....	49
Bibliografía básica .....	50
Bibliografía recomendada .....	50
Ejercicios .....	51

7. REFORMA, VIGENCIA Y EFECTIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN. PODER CONSTITUYENTE .....	52
Nociones generales .....	52
Poder Constituyente originario .....	52
¿Quién es el titular del Poder Constituyente originario? .....	52
Límites al Poder Constituyente originario .....	52
Poder Constituyente derivado .....	53
¿Quién es el titular del Poder Constituyente derivado? .....	53
Límites del Poder Constituyente derivado .....	53
Poderes constituidos .....	53
Bibliografía básica .....	54
Bibliografía recomendada .....	54
Ejercicio .....	55
8. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO URUGUAYO .....	60
Introducción .....	60
Constitución de 1830 .....	60
Constitución de 1918 .....	60
Constitución de 1934 .....	61
Constitución de 1942 .....	61
Constitución de 1952 .....	61
Régimen actual .....	61
Mecanismo del literal A: Iniciativa popular .....	62
Submecanismo: Proyecto sustitutivo .....	64
Mecanismo del literal B: Iniciativa legislativa .....	65
Mecanismo del literal C: Convención Nacional Constituyente .....	66
Mecanismo del literal D: leyes constitucionales .....	67
Caso especial .....	69
Bibliografía básica .....	70
Bibliografía recomendada .....	70
Ejercicio .....	71
9. VIGENCIA Y APLICABILIDAD INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN .....	72
Vigencia de la Constitución. Concepto .....	72
¿La Constitución tiene efecto retroactivo? .....	72
Influencia sobre las disposiciones anteriores. Artículo 329 de la Constitución .....	72
Disposiciones transitorias y especiales .....	73

Aplicabilidad inmediata. Vocación de efectividad .....	74
¿A qué normativa constitucional alcanza? .....	76
¿Esta disposición abarca a las normas preceptivas o a las normas preceptivas y programáticas? .....	77
Bibliografía básica .....	78
Bibliografía recomendada .....	78
Ejercicios .....	79
<b>10. DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN. ARTÍCULO 330 DE LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>94</b>
Generalidades .....	94
La responsabilidad .....	94
Responsabilidad civil .....	94
Responsabilidad disciplinaria .....	95
Responsabilidad política .....	95
Responsabilidad político penal .....	95
Responsabilidad penal .....	95
Protección penal de la Constitución. Análisis del artículo 330 de la Constitución .....	95
Armonización con otras disposiciones constitucionales .....	97
Valoración del artículo 330 de la Constitución .....	97
Bibliografía básica .....	99
Bibliografía recomendada .....	99
Ejercicios .....	100
<b>11. DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS .....</b>	<b>112</b>
Presupuestos básicos .....	112
Concepto .....	112
Criterios de clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad .....	112
Naturaleza del acto que declara la inconstitucionalidad .....	114
Breve reseña histórica .....	114
Sistema nacional de control de constitucionalidad .....	115
Actos pasibles de declaración de inconstitucionalidad .....	116
Órgano competente .....	116
Razones .....	117
Vías para declarar la inconstitucionalidad .....	117
Legitimación activa .....	117
Efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos ..	119

Efectos de la sentencia .....	119
Efectos temporales de la sentencia .....	119
Caso especial de inconstitucionalidad .....	119
Bibliografía básica .....	121
Bibliografía recomendada .....	121
Ejercicio .....	122
<b>12. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN. INVALIDEZ DE LOS ACTOS EMANADOS DE LOS GOBIERNOS DE FACTO .....</b>	<b>125</b>
Planteo del problema .....	125
Determinación del tema .....	126
Hechos históricos .....	126
Las soluciones históricas .....	127
La solución de 1985 .....	127
Bibliografía básica .....	129
Bibliografía recomendada .....	129
Ejercicio .....	130
<b>III. EL ESTADO Y EL ORDEN JURÍDICO .....</b>	<b>133</b>
<b>13. LA ACTIVIDAD ESTATAL .....</b>	<b>133</b>
Introducción .....	133
Fines del Estado .....	133
Teorías de los fines absolutos .....	133
Teorías de los fines relativos .....	134
Otras consideraciones .....	135
Cometidos del Estado .....	135
Clasificación teórica .....	135
Cometidos esenciales .....	135
Expansión de los cometidos esenciales .....	136
Servicios públicos .....	136
Servicios sociales .....	137
Actuación privada a cargo del Estado .....	138
Clasificación de derecho positivo .....	138
Funciones jurídicas .....	138
Criterios de clasificación .....	139
Criterio orgánico .....	139

Criterio formal .....	139
Criterio orgánico-formal .....	139
Criterio material .....	139
Criterio de la intensidad o voltaje del poder estatal .....	140
Criterio teleológico .....	141
Criterio del grado o rango normativo .....	141
Nuestro derecho .....	141
Otras funciones .....	142
Conceptos fundamentales .....	142
Bibliografía básica .....	143
Bibliografía recomendada .....	143
Ejercicios .....	144
14. ESTADO Y ORDEN JURÍDICO .....	145
Introducción .....	145
Estado de derecho. Concepto. Orígenes. Elementos .....	145
Evolución .....	148
Estado liberal de derecho .....	148
Estado social de derecho .....	149
Uruguay: Estado democrático y social de derecho .....	150
Uruguay: Estado independiente.....	151
Uruguay: Estado republicano .....	151
La soberanía interna radica en la Nación .....	151
Uruguay: Estado laico .....	151
Uruguay: Estado pacifista .....	151
Uruguay: Estado unitario .....	152
La persona humana ante el Estado: nociones generales, remisión a los artículos 7, 8, 72, y 332 de la Constitución .....	152
Los derechos humanos .....	153
Bibliografía básica .....	154
Bibliografía recomendada .....	154
Ejercicio .....	155
15. LOS ÓRGANOS ESTATALES .....	156
Los órganos estatales .....	156
Nociones generales .....	156

Elementos .....	156
El cargo .....	157
La competencia .....	157
Clasificaciones de órganos .....	157
Los sistemas orgánicos .....	159
Nociones generales .....	159
Sistema centralizado .....	159
Modalidades de la centralización .....	160
Sistemas descentralizados .....	161
Preeminencia institucional del Poder Ejecutivo .....	162
Dimensiones de la competencia .....	163
Dimensión territorial .....	163
Dimensión material .....	163
Dimensión de los poderes jurídicos .....	164
Diferencias entre los regímenes jurídicos de entes autónomos y los servicios descentralizados .....	164
Categorías de entes autónomos .....	165
Categorías de servicios descentralizados .....	165
Principio de especialidad y principio de especialización .....	165
Bibliografía básica .....	167
Bibliografía recomendada .....	167
Ejercicios .....	168
<b>16. ESTRUCTURA DEL ESTADO .....</b>	<b>169</b>
Introducción .....	169
Formas de Estado .....	169
A. Uniones simples e institucionales .....	169
B. Uniones abiertas y cerradas o generales y particulares. ....	170
C. Uniones paritarias y no paritarias. ....	170
D. Uniones internacionales, no internacionales y estatales. ....	171
¿Dónde radica la soberanía en el Estado federal? ¿Y en una confederación? .....	172
Estado unitario .....	174
Organizaciones internacionales mundiales y regionales .....	174
Bibliografía básica .....	176
Bibliografía recomendada .....	176

Ejercicios .....	177
17. URUGUAY COMO ESTADO UNITARIO .....	178
Marco general .....	178
Características de la autonomía departamental o descentralización departamental .....	178
La descentralización en Uruguay.....	178
Distribución de competencias entre los órganos nacionales, departamentales y locales	178
Evolución histórica .....	180
Organización del Gobierno departamental: Junta Departamental e Intendencia .....	180
Límites a la autonomía departamental .....	182
Bibliografía básica .....	183
Bibliografía recomendada .....	183
Ejercicio .....	184



## I. GENERALIDADES

### 1. EL DERECHO PÚBLICO

#### Concepto

El vocablo **derecho** tiene varios significados. Así, según el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española es el «conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva». Esta es una definición del derecho desde el punto de vista objetivo.

Si apreciamos al derecho como algo que le pertenece a su titular, estamos adoptando una perspectiva subjetiva y entonces diríamos que derecho es la facultad de hacer o exigir de otro aquello que la norma jurídica prevé como que le es debido.

Lo cierto es que resulta tradicional y se remonta a los romanos, más precisamente a Ulpiano, clasificar el derecho en público y privado. Ulpiano definía al derecho público como aquel que interesaba a las cuestiones de Roma, a la *res publicae* (cosa pública) y al privado como aquel relacionado con el interés de los particulares.

En una primera aproximación, derecho público es el derecho que concierne a las normas<sup>1</sup> de interés colectivo.

Pero se ha debatido sobre las bases que distinguen a un derecho del otro y se han construido otros criterios de distinción.

#### Distinción entre derecho público y privado

Esta distinción formulada por los romanos es discutible y, estrictamente, su estudio, corresponde a la teoría general del derecho.

En la época feudal primaba el derecho privado, mientras que durante el absolutismo lo hizo el derecho público. El individualismo moderno hace resurgir el derecho privado y hoy día asistimos, en mayor o menor medida, a la intervención del Estado en la vida colectiva.

Referiremos a tres de los criterios a los que alude nuestra doctrina para distinguirlos, citando ejemplos para su entendimiento.

- a) Criterio del interés tutelado o protegido por la norma.
- b) Criterio del sujeto al que refiere la norma.
- c) Criterio formal o de la forma de la relación jurídica regulada por la norma.

a) Respecto del criterio del interés tutelado o protegido por la norma, veremos su alcance a través de los ejemplos que siguen.

El inciso 1 del artículo 47 de nuestra Constitución establece:

---

<sup>1</sup> Se subraya que en el manual se emplean los términos norma(s) y disposición(es) como sinónimos, sin perjuicio de las diferencias que pueden plantearse en planos teóricos más afinados.

«La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores».

¿Qué tipo de interés tutela o protege este artículo? Protege un interés público, como lo es el del medio ambiente.

En cambio, si estudiamos el artículo 1465 del Código civil, que a continuación se transcribe, vemos que el interés tutelado es un interés particular.

«La paga debe ejecutarse en el lugar y tiempo señalado en la convención.

Si no se hubiese designado lugar, la paga debe hacerse, tratándose de cosa cierta y determinada, en el lugar en que estaba al tiempo de la obligación la cosa que le sirve de objeto.

Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el domicilio que tenga el deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación».

Para Jiménez de Aréchaga (1992) este criterio merece críticas y no resiste un análisis profundo, en tanto que entiende que no es correcto emplear para distinguir y clasificar normas jurídicas un elemento que, como el interés, es trascendente y ajeno a ellas.

Señala que una norma que proteja un interés público (por ejemplo, seguridad pública) protegerá indirectamente un interés privado (por ejemplo, a la víctima de un hurto) y viceversa.

b) Criterio del sujeto al que refiere la norma.

El derecho público es aquel que concierne al Estado.

¿Qué es el Estado?

Esto resulta del artículo 24 de la Constitución que establece:

«El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección».

El Estado en sentido estricto es persona jurídica (primera referencia a Estado en el artículo citado) y el Estado en sentido amplio no lo es (segunda referencia).

En sentido estricto lo es, ya que es un sujeto capaz de ser titular de derechos y obligaciones (la obligación de responder por el daño causado a terceros).

El Estado en sentido estricto, esto es, la persona jurídica estatal mayor, está integrado por los Poderes del Gobierno del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y por órganos o sistemas orgánicos de creación constitucional: Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tribunal de Cuentas.

Pero también hay otras personas jurídicas estatales, llamadas menores, por oposición a la persona jurídica estatal mayor. Son los entes autónomos, los servicios descentralizados y los Gobiernos Departamentales. Son personas jurídicas en tanto también son civilmente responsables del daño causado a terceros en las circunstancias mencionadas en el artículo citado.

La segunda referencia a Estado, no puede aludir a la persona jurídica estatal mayor, porque sería redundante. Implica que la ley puede crear otras personas jurídicas incluidas dentro del Estado en sentido amplio y que ellas serán, también, civilmente responsables.

Ahora bien, el ámbito de lo público es, en nuestro derecho, más amplio que el de lo estatal, porque incluye a las llamadas personas jurídicas públicas no estatales (Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias, Instituto Nacional de Calidad, entre otras), las que han sido incrementadas en número en las últimas décadas, llegando casi a cuarenta<sup>2</sup>.

Este criterio también ha merecido críticas.

Hay casos en que interviene el Estado en sentido estricto o personas estatales menores y no es aplicable el derecho público. Por ejemplo, cuando el Banco de la República celebra el llamado contrato de tarjeta de crédito, la relación que se traba entre el Banco y su cliente no es una relación de derecho público sino de derecho privado, concretamente, regulada por el derecho comercial.

c) El derecho público regula relaciones en las que una de las partes se encuentra en una situación de preeminencia, mientras que en el derecho privado las partes se encuentran en una situación de paridad jurídica, de igualdad. El derecho público se caracteriza porque las normas son dictadas de manera unilateral y son indisponibles (inderogables por las partes) mientras que en el derecho privado las normas son fruto de acuerdos entre las partes y rige el principio de autonomía de la voluntad.

Se ha señalado que esto no es tan así. Continuando con el ejemplo anterior, si en lugar de solicitar la tarjeta de crédito en el Banco de la República, lo hacemos en un banco privado, experimentaremos que el banco nos impone las condiciones contractuales y debemos aceptarlas o renunciar a esa contratación, ya que ni siquiera tenemos poder de negociar. Es lo que se denomina en derecho privado, contratos de adhesión.

Y a la inversa, por ejemplo, en el caso de un convenio entre dos entidades estatales, ninguna de ellas está en una situación de supremacía.

También se ha indicado que no siempre las normas de derecho privado son indisponibles, por ejemplo, las llamadas normas de orden público no son derogables por la voluntad de las partes y son normas que pertenecen al derecho privado (por ejemplo, las normas que regulan lo relativo a la patria potestad).

En líneas generales, ninguno de los criterios que estudiamos es seguro o suficiente para distinguir al derecho público.

Por su parte, Kelsen (1981) y Duguit (citado por Pérez Pérez, 1995) niegan la distinción.

Kelsen (1981) sostiene que no hay un criterio seguro para fijar el límite entre el derecho público y el privado, lo cual revela la inexactitud técnica del distingo. El derecho es una unidad, por tanto, estamos ante un falso dualismo.

---

<sup>2</sup>Analizar la temática de las personas jurídicas públicas no estatales excede los límites del presente curso.

Por su parte, Duguit (citado por Pérez Pérez, 1995) sostiene que el derecho público y el derecho privado se basan en un fundamento idéntico: ambos están informados por la misma regla de derecho, la cooperación y la solidaridad.

### Algunas divisiones del derecho público

La espina dorsal del derecho público es el derecho constitucional. El derecho constitucional es el derecho que refiere a la organización del Estado y a la relación de este con sus habitantes y de los habitantes entre sí.

El derecho administrativo regula la estructura y funcionamiento de la Administración (entendiéndose por tal, cualquier órgano del Estado actuando en función administrativa) y el ejercicio de la función administrativa.

Entre el derecho constitucional y el derecho administrativo existe una muy estrecha relación. Incluso normas propias del derecho administrativo (por ejemplo, la materia de los recursos administrativos) están contenidas en la Constitución.

Derecho procesal es el que regula la organización del Poder Judicial, la ritualidad de los juicios.

Derecho penal es el concerniente a la pretensión punitiva del Estado. El delincuente no solo afecta los intereses de la víctima sino de toda la sociedad.

El derecho financiero regula lo relativo a las finanzas públicas.

El derecho internacional público es aquel que regula las relaciones de un Estado con los demás Estados o asociaciones de Estados y con la comunidad internacional y sus órganos.

### Relaciones con otras disciplinas

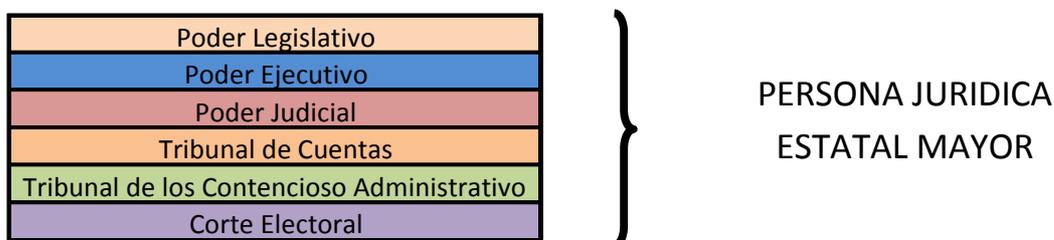
El derecho público tiene relaciones con la ciencia política, ya que estudia la temática del poder.

También con la sociología ya que esta estudia la sociedad, el fenómeno de las organizaciones y el poder.

Incluso con las ciencias geográficas ya que el territorio es uno de los elementos del Estado.

## Esquemas

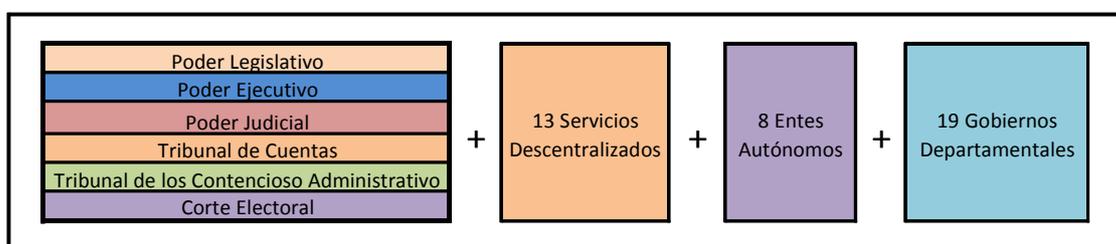
Estado, en sentido estricto, es la Persona Jurídica Estatal Mayor, lo que puede representarse de esta forma<sup>3</sup>:



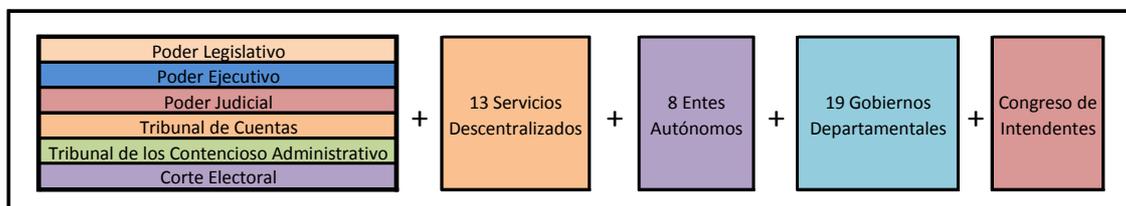
Estado, en sentido amplio, no es persona jurídica y es un concepto que comprende las siguientes personas jurídicas estatales:

- Estado en sentido estricto.
- Gobiernos Departamentales.
- Entes Autónomos.
- Servicios Descentralizados.

Y puede representarse de esta forma:



Y si consideramos el Congreso de Intendentes<sup>4</sup>, debería reflejarse así:



<sup>3</sup> No se incluye en los esquemas a la Presidencia de la República, atento a su discutida ubicación a nivel doctrinario.

<sup>4</sup> Aún cuando su naturaleza jurídica es discutida también en doctrina.

### Bibliografía básica

Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.

Cassinelli, H. (1999). Derecho público. Montevideo: FCU.

Korzeniak J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

Pérez Pérez, A. (1995). Derecho constitucional uruguayo. Montevideo: Editorial Universidad.

Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

Sayagués, E. (1988). Tratado de derecho administrativo. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

Correa, R. (2007). Derecho constitucional contemporáneo. Montevideo: FCU.

Jiménez de Aréchaga, J. (1992). La Constitución nacional. Montevideo: Edición de la Cámara de Senadores.

Kelsen, H. (1981). Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho. Buenos Aires: Eudeba.

## Ejercicios

1. Defina el derecho público.
2. Cite ejemplos de entidades que se encuentren reguladas por el derecho público.
4. Cite tres criterios para diferenciar el derecho público del derecho privado.
5. Mencione con qué otras disciplinas se relaciona el derecho público.

## 2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO Y COMO CIENCIA

### Distinción

El derecho constitucional es una rama del derecho público.

La Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico interno. Al ser la norma suprema de un país, prevalece sobre cualquier otra (ley, reglamento, entre otras).

La expresión *derecho constitucional*, suele usarse tanto para referir a una parte del orden jurídico, como para denominar a la disciplina que se ocupa del estudio de esa parte del orden jurídico.

En el primer caso, se está designando a una rama del ordenamiento jurídico público interno; en el segundo, la expresión designa a una disciplina.

La disciplina que estudia el derecho constitucional sería un metalenguaje, ya que refiere a un lenguaje objeto: la Constitución.

El alcance de la disciplina dependerá de la definición que se adopte respecto de la Constitución.

### Constitucionalismo

Recibe el nombre de constitucionalismo la práctica de dictar Constituciones.

Históricamente, el constitucionalismo nació como un movimiento ideológico y político hacia fines del siglo XVIII, ligado al liberalismo político y económico.

Son exponentes de este movimiento ideológico Locke, Montesquieu, Rousseau. Constituyen hechos históricos que se vieron influidos por este pensamiento la Revolución inglesa de 1688, la Revolución estadounidense de 1776 y la Revolución francesa de 1789.

Entonces, el constitucionalismo es la corriente que se caracteriza por la aparición más o menos generalizada de Constituciones escritas y sistemáticas, lo que hará propicio el nacimiento de una disciplina autónoma (derecho constitucional).

Las primeras Constituciones, fruto de este movimiento, fueron la Constitución de Estados Unidos de América 1787 y la Constitución francesa de 1791.

En América y en Europa se extiende tal práctica. En la primera, en especial, tomando como base el texto de la Constitución de Estados Unidos de América.

En el siglo XIX no hay todavía una teoría del derecho constitucional. Esta recién surgirá en el siglo XX.

### Bibliografía básica

Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.

### Bibliografía recomendada

Pérez Pérez, A. (1995). Derecho constitucional uruguayo. Montevideo: Editorial Universidad.

## Ejercicios

1. Distinga derecho constitucional como derecho y como ciencia.
2. Noción de constitucionalismo.

## II. LA CONSTITUCIÓN

### 3. CONCEPTO

#### Introducción

Existen diferentes acepciones que se atribuyen al término Constitución. En este estudio se pretende identificar cuáles son los que poseen relevancia jurídica.

#### Diferentes posiciones respecto del concepto de Constitución

Si nos referimos al origen del término, proviene del latín *statuere* que significa ordenar, reglar, establecer, decidir con autoridad. Por su parte, el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, define Constitución como la «acción y efecto de constituir», y «constituir» es «establecer, erigir, fundar<sup>5</sup>». ¿Y qué es lo que se constituye? Lo que se constituye, crea o renueva de manera fundamental es el Estado.

Aristóteles en su obra *La Política* decía que «Constitución es la que determina en relación al Estado la organización regular de todas las magistraturas».

Como aproximación al concepto en el derecho constitucional, se lo abordará relacionándolo con el Estado, por lo tanto, el concepto que nos interesa es la Constitución de un Estado.

Tomando el concepto desde el enfoque mencionado, nos referiremos a las principales posiciones doctrinarias al respecto.

Es así que, hay autores que destacan el concepto realista de Constitución, resaltando los factores de poder que existen en el plano de los hechos o del *ser*: se trata de un concepto sociológico de Constitución. Otros autores, destacan el aspecto puramente normativo o jurídico, dentro de esta postura se destaca la posición de Kelsen (1981). La posición que predominó durante la época de la Revolución francesa fue la que concedió al concepto de Constitución una dimensión valorativa. Debemos tener en cuenta que, a su vez, cada una de las posiciones mencionadas adopta diferentes variantes.

#### Concepto sociológico o realista de Constitución

Lasalle (1957) sostiene que la Constitución es la suma de los factores reales de poder que existen en una sociedad en un momento determinado. Afirma Lasalle que si se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas. Para este autor, la esencia de la Constitución no se encuentra en la «hoja de papel», sino en los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada y son esa «fuerza activa y eficaz la que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión» (1957). La suma de esos factores reales y efectivos de poder conforman para este autor la esencia de la Constitución y esta Constitución, real y efectiva, la han tenido siempre todos los países. Sin embargo, Lasalle (1957) entiende

---

<sup>5</sup> Sin perjuicio de esta, el diccionario mencionado brinda una acepción jurídica del término.

que en los tiempos modernos, lo específico no son las Constituciones reales sino las Constituciones escritas en «hojas de papel». En determinado momento a los factores de poder se les dé una expresión jurídica y el resultado es que esos simples factores de poder se han transformado en una norma jurídica (Esteva, 1992).

### Concepto normativo de Constitución

De acuerdo a esta postura, estudiaremos el concepto no ya en el plano del *ser*, como lo hacen los autores desde la perspectiva sociológica, sino del *deber ser*. De acuerdo al concepto jurídico, podemos referirnos a la Constitución como el conjunto de normas que regulan la organización del Estado, la atribución de competencia a los órganos, los principios ordenadores del régimen político, la producción normativa, los valores y los derechos, deberes y garantías de las personas.

Dentro de esta línea de pensamiento, ocupa un lugar destacado la posición de Kelsen (1981). Este, postula que el derecho es un sistema de normas que tienen una ordenación jerárquica y que se caracteriza por regular su propia creación.

La unidad del sistema de normas reposa en la Constitución.

Cada norma jurídica que compone el orden jurídico extrae su validez de otra norma habilitante, y así hasta llegar a la Constitución. Y si nos preguntamos por qué la Constitución es válida, la respuesta la obtendremos en la Constitución anterior, de forma que llegamos finalmente, a la primera Constitución. La validez de esta primera Constitución reposa en una norma hipotética fundante. Esta norma hipotética fundamental no es una norma de derecho positivo sino que se trata de un supuesto lógico. Y su contenido establecería que debe cumplirse con lo previsto por el primer constituyente.

Se destaca que la Constitución se ubica en la cúspide del orden jurídico por su supremacía sobre el resto de la normativa jurídica. A la vez, tal supremacía constitucional se explica por su potencialidad fundamentadora, creadora del orden jurídico. Así que, también es posible imaginar la Constitución, desde esta postura, en la base del sistema jurídico.

### Concepto valorativo o axiológico de Constitución

De acuerdo a esta perspectiva, solo al conjunto de normas fundamentales con determinado contenido le corresponde la denominación de Constitución. Esta concepción tiene su principal fundamento en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano emitida por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el día 26 de agosto de 1789 que expresa:

«Toda Nación en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni esté determinada la separación de los poderes no tiene Constitución».

Por lo tanto, de acuerdo a esta postura valorativa del concepto, solo podremos decir que existe Constitución si hay una norma fundamental que responda a un modelo preestablecido, ideal.

Luego de esta breve exposición acerca de las distintas posiciones doctrinarias respecto al concepto de Constitución, debemos preguntarnos ¿qué criterio debemos adoptar y cuál es el concepto que debemos aceptar como válido? Para responder a esta

interrogante seguiremos la posición de Correa (2007), que opina que es necesario tener en cuenta los tres criterios, a los efectos de poder elaborar un concepto de Constitución, ya que hoy nadie puede negar que la Constitución es un conjunto de normas escritas sujetas a la valoración política de la sociedad en un lugar y momento determinados, y que para que sea respetada y aplicada debe adecuarse a la realidad política, social, económica y cultural de la Nación; ya que de lo contrario se reduce a una hoja de papel.

### Constitución en sentido material

Cuando se menciona a la Constitución en sentido material nos estamos refiriendo a la materia de índole constitucional.

Si bien existen opiniones diversas respecto a este criterio, la doctrina admite casi unánimemente que la materia constitucional comprende dos grandes aspectos que son los que se conocen desde la Constitución belga de 1861 como la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución.

La primera, comprende las normas que se refieren a la organización del Estado, sus poderes, órganos y la distribución de sus respectivas competencias.

La segunda, refiere a los principios filosóficos y políticos que sustentan a la Constitución, a la posición de la persona frente al Estado y a los otros habitantes, sus derechos, deberes y garantías.

En nuestra Constitución, una disposición de singular importancia respecto a los principios filosóficos y políticos que la inspiran es el artículo 82 que establece:

«La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral, en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución, todo conforme a las reglas expresadas en la misma».

En cuanto a la posición de la persona frente al Estado y a los otros habitantes, sus derechos, deberes y garantías, son ampliamente reconocidos en la Sección II del texto constitucional.

Pérez Pérez (1995) distingue tres categorías de normas materialmente constitucionales: a) la definición del Estado como tal y a través de sus partes componentes, b) la posición del ser humano en la sociedad y, c) la organización del Gobierno y sus distintos poderes y órganos.

Es preciso aclarar que en los Estados que no tienen Constituciones escritas, sino consuetudinarias y flexibles (ver *infra*) el concepto material de Constitución es fundamental, porque, como veremos a continuación, en esos Estados no es aplicable el concepto formal de Constitución.

Para terminar, diremos que toda norma jurídica de contenido constitucional integra la Constitución en sentido material. Así, ocurre que en muchos ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, existen normas de contenido constitucional que no están incluidas en el texto constitucional, por ejemplo, la temática electoral, que está regulada extensamente por la legislación. En cambio, hay normas que no tienen contenido constitucional y están incluidas en la Constitución. Esto es algo común en nuestro derecho, donde se incluyen normas sobre recursos administrativos en la Constitución.

## Constitución en sentido formal

Debemos precisar que algunos autores sostienen que el criterio formal solo es aplicable en aquellos casos que la Constitución es escrita. Otros autores exigen, además, que todas sus normas estén contenidas en un solo documento (Constituciones codificadas). Y la posición mayoritariamente aceptada, entiende que cuando se habla de Constitución en sentido formal es indispensable que se trate de una Constitución rígida (ver infra).

Por lo tanto, Constitución en sentido formal, es el conjunto de normas elaboradas por órganos especiales y por el procedimiento de reforma establecido en la Constitución anterior.

Cabe reflexionar que este concepto no es posible aplicarlo a la primera Constitución, ya que no pudo elaborarse de acuerdo al procedimiento previsto por una Constitución anterior porque no existe. La validez de esta primera Constitución se explica por circunstancias sociológicas más que jurídicas o, desde otro punto vista, como afirmaba Kelsen (1981) la primera Constitución toma su validez de la norma hipotética fundamental, esto es, de un supuesto.

## Caracteres generales y diferentes tipos de disposiciones constitucionales

Las disposiciones constitucionales se caracterizan por ser las de mayor grado de generalidad y abstracción del orden jurídico interno, lo que dificulta su interpretación.

Dentro de las disposiciones constitucionales, encontramos diferentes tipos: las reglas, los principios, los valores.

Entre sus disposiciones se incluyen también «conceptos jurídicos indeterminados», esto es, conceptos que son difícilmente definibles en abstracto, pero determinables: su contenido puede ser concretado según las épocas y lugares, o más concretamente, en casos individuales ubicados en un tiempo y espacio determinados.

La doctrina suele distinguir las normas que refieren a la parte dogmática de la Constitución, es decir, las normas que refieren a los derechos, deberes y garantías de las personas y a los principios de filosofía política que la inspiran y las que regulan la parte orgánica: la organización del Estado.

La doctrina también menciona a las disposiciones pétreas, las disposiciones preceptivas y las programáticas (ver infra).

En nuestra Constitución aparecen al final las «disposiciones transitorias y especiales», que se identifican con letras del abecedario y no presentan los caracteres propios de las disposiciones constitucionales ya que algunas rigen para un período determinado y otras refieren a un caso concreto.

Es de práctica el dictado de «normas de preámbulo», las que anteceden al articulado propiamente dicho. Presentan una forma gramatical discursiva, de estilo solemne, de carácter introductorio. Son especialmente útiles a la hora de interpretar la Constitución.

Nuestra Constitución actual (Constitución de 1967 más las enmiendas aprobadas en 1989, 1994, 1996 y 2004) no contiene un preámbulo; en cambio, sí lo tenía nuestra Constitución de 1830.

### Bibliografía básica

- Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.
- Cassinelli, H. (1999). Derecho público. Montevideo: FCU.
- Correa, R. (2007). Derecho constitucional contemporáneo. Montevideo: FCU.
- Korzeniak J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo: FCU.
- Pérez Pérez, A. (1995). Derecho constitucional uruguayo. Montevideo: Editorial Universidad.
- Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.
- Sayagués, E. (1988). Tratado de derecho administrativo. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

- Esteve, E. (1992). Lecciones de derecho constitucional 1º. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político
- Lassalle, F. (1976). ¿Qué es una Constitución? Montevideo: Siglo Veinte.
- Kelsen, H. (1981). Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho. Buenos Aires: Eudeba.
- Pérez Pérez, A. Apuntes sobre la noción de Constitución. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Tomo 65.

## Ejercicios

Cuestionario múltiple opción.

En la preguntas que a continuación se plantean, deberá señalarse cuáles opciones son verdaderas y cuáles son falsas, teniendo en cuenta que todas las opciones pueden ser falsas o todas verdaderas o combinaciones de ambas.

- 1) El término Constitución:
  - a) Significa decidir con autoridad.
  - b) Proviene del latín statuere.
  - c) Es la acción y efecto de constituir.
  
- 2) La Constitución desde la perspectiva sociológica:
  - a) Corresponde al plano del deber ser.
  - b) La Constitución es siempre una y exclusivamente una «hoja de papel».
  - c) Corresponde al mundo del ser.
  
- 3) La Constitución en sentido material:
  - a) Atiende al contenido o materia de la norma jurídica.
  - b) Adquiere especial relevancia en el caso de las Constituciones consuetudinarias.
  - c) Refiere a la organización de los Poderes de Gobierno del Estado y sus competencias.
  
- 4) El concepto de Constitución en sentido formal:
  - a) En general, solo es relevante cuando estamos ante Constituciones rígidas.
  - b) Es aplicable al conjunto de normas elaboradas conforme al proceso de reforma previsto en la Constitución anterior.
  - c) Puede aplicarse, sin dificultad teórica, a la primera Constitución de un Estado.

## 4. TIPOS DE CONSTITUCIONES

### Introducción

Ya nos hemos referido a los diferentes conceptos de Constitución que maneja la doctrina, a la etimología del término, así como al significado que le asigna la Real Academia Española. Corresponde en el presente capítulo, indicar cómo han sido clasificadas a lo largo de la historia las Constituciones y los diferentes criterios utilizados para elaborar dichas clasificaciones.

### Clasificación de las Constituciones

A lo largo de la historia, las Constituciones han sido clasificadas con distintos criterios, los cuales serán estudiados en el apartado siguiente.

Vale aclarar que algunas clasificaciones tienen un marcado criterio jurídico formal, mientras que otras tienen reminiscencias históricas, o un perfil más sociológico.

### Según el contenido

En este primer tipo de Constituciones, podríamos encontrar, tal y como expresa Korzeniak (2008) a las monárquicas o republicanas; las presidencialistas, parlamentaristas o de sistema convencional; las liberales, de orientación marxista o social-democráticas.

Risso (2005) sostiene que las posibilidades de clasificación en cuanto al contenido son múltiples y la variedad dependerá de los elementos de distinción que se utilicen.

Limitando el estudio a las Constituciones del siglo XX, el autor distingue:

Según la orientación política, económica y social que se adopte, se observan Constituciones que responden a ideas democráticas liberales y otras que responden a orientaciones socialistas.

Según la Constitución adopte o no el sistema democrático, podrá mantener instituciones monárquicas (caso de Inglaterra, España, entre otros) o no.

Según el relacionamiento entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, se puede distinguir Constituciones parlamentaristas (caso de Italia), presidenciales (caso de Estados Unidos de América), o congresionales también denominados como sistemas convencionales o de Asambleas (caso de Suiza).

### Según la fuente formal de sus normas

En esta clasificación, encontramos dos tipos de Constituciones: escritas y consuetudinarias.

- Constituciones escritas:

Las Constituciones escritas se encuentran dispuestas en grafemas (el grafema es la mínima expresión en el sistema de escritura, es decir que un grafema se corresponde con una letra).

Tal como advierte Risso (2005), esta es la modalidad que mayor difusión tuvo y es la tendencia que se mantiene en la actualidad.

Biscaretti (1965) refirió a esta clasificación aludiendo a constituciones escritas, por oposición a las denominadas históricas o consuetudinarias.

Para Korzeniak (2008), la Constitución escrita, supone dos elementos:

Sus normas están expresadas por escrito en un solo documento (si se trata de una Constitución codificada) o en varios (si se trata de una Constitución escrita dispersa).

Ya sea que estemos refiriendo a una Constitución codificada o a una Constitución escrita dispersa, deben ser estas la expresión deliberada del Poder Constituyente (que resolvió dictar esa Constitución).

- Constituciones consuetudinarias:

Siguiendo a Korzeniak (2008), se compone de costumbres, que son válidas como fuentes de derecho. Sin embargo, no toda práctica más o menos repetida se convierte en regla jurídica formal. Para que esto suceda, es necesario que concurren ciertos elementos, explicados por Esteva (1992):

Que se trate de una conducta o práctica reiterada en el sentido de tratarse de un uso con aptitud de convertirse en precedente.

Debe tratarse de un uso nítido: significa que no admita interpretaciones diferentes.

Deben ser prácticas constantes: esto es, sin excepciones.

Deben ser durables, es decir, se prolongan en el tiempo.

Que exista la convicción en la comunidad, de que esa conducta es obligatoria.

Siguiendo a Hart (1963), debe existir, además, una convicción interna de la comunidad de su fuerza obligatoria.

Suele citarse como ejemplo típico de Constitución consuetudinaria la de Inglaterra, aunque estrictamente, en Inglaterra la Constitución es parcialmente escrita y parcialmente consuetudinaria (existen muchas normas que revisten el carácter escrito), tal como expresa Korzeniak (2008).

### Según la unidad o diversidad documental

Esta clasificación es pasible dentro de las Constituciones escritas.

Al respecto, Korzeniak (2008) distingue:

- Constituciones codificadas:

Las normas de la Constitución han sido aprobadas por el Poder Constituyente en un solo documento.

- Constituciones dispersas:

Las normas de la Constitución están diseminadas en diferentes documentos. Suele señalarse que las leyes dictadas en nuestro país, dentro de los años 1825 a 1828 fueron un ejemplo de esta categoría. Otros ejemplos actuales son las Constituciones de Israel, Canadá y Nueva Zelanda.

## Clasificación de Constituciones en elásticas e inelásticas

Constitución elástica es aquella que se adapta a los cambios temporales y circunstancias nuevas, incluso a diferentes opciones políticas, ya que su texto deja un margen amplio para su desarrollo e integración por medio de leyes particulares, costumbres e interpretaciones. El ejemplo citado por Risso (2005) es el Estatuto Albertino de Italia de 1848.

Tal como expone Risso (2005), esta clasificación puede presentar ciertos problemas: es aconsejable que en la Constitución se consagren los lineamientos básicos del sistema, dejando un grado razonable de acción. Pero en el caso de las Constituciones elásticas, nos estamos refiriendo a otro concepto: se trata de una plasticidad de tal magnitud, que permite por ejemplo, adaptar la Constitución a las diversas formas políticas, incluso las más opuestas o a situaciones socioeconómicas diversas.

Las Constituciones inelásticas no presentan estas características.

## Según el modo de su reforma

Las Constituciones pueden clasificarse en rígidas o flexibles, según prevean la intervención de órgano y/o un procedimiento para su reforma que sea distinto o igual al de elaboración de las leyes.

Esta clasificación fue sistematizada por Bryce, seguido por Korzeniak (2008). Bryce (1901) sostuvo que las rígidas, eran las Constituciones que predominaban en la actualidad. En tanto, las Constituciones flexibles eran más comunes antiguamente.

También postulaba que una Constitución rígida bien redactada se limita a los asuntos esenciales y deja muchos detalles para que la legislación ordinaria y los usos la completen después.

Korzeniak (2008) expresa las características sobresalientes de ambos tipos:

- Constituciones rígidas:

Una Constitución es rígida cuando su reforma requiere la intervención de órganos especiales o un procedimiento distinto al de elaboración de las leyes (generalmente, agravados). Ese procedimiento diferente, a su vez, está contenido en la propia Constitución.

Este tipo de Constituciones surgió con la finalidad de que las normas de rango constitucional, tuvieran una estabilidad mayor que leyes.

En cuanto a la jerarquía de las normas, una Constitución rígida es superior jerárquicamente a las leyes (superlegalidad constitucional).

- Constituciones flexibles:

Estas Constituciones pueden ser reformadas por el mismo procedimiento por el cual se elaboran las leyes.

Por oposición a las Constituciones rígidas, y a su vez, como consecuencia de la propia definición de Constitución flexible, no se distingue el Poder Constituyente del Poder Legislativo.

No hay una jerarquía normativa de la Constitución respecto de las leyes.

Otra característica vinculada a esta clasificación, es que en los países con Constituciones flexibles suele hablarse de soberanía parlamentaria, que alude a la posición del Parlamento. El Parlamento dicta tanto leyes como normas constitucionales y actúa bajo el mismo procedimiento.

La Constitución flexible podrá ser escrita o consuetudinaria, o parte escrita y parte consuetudinaria, como lo es en el caso de Inglaterra.

Una Constitución es o no es flexible, y ello se debe a la definición de esta clasificación: desde el momento en que la reforma de una norma constitucional es igual al procedimiento de elaboración de leyes ordinarias, estamos ante una Constitución flexible. Si el procedimiento es casi igual, pero con alguna diferencia, es una Constitución rígida.

Sin perjuicio de las dos clasificaciones que acabamos de describir, parte de la doctrina distingue a las Constituciones semirrígidas, así Risso (2005), siguiendo a Esteva (1992), como un tercer tipo dentro de esta clasificación, que obviamente, recoge aspectos los otros dos.

Risso (2005) afirma que en estas Constituciones no se prevén mecanismos de defensa de la Constitución frente a leyes inconstitucionales. Es decir, no existe el instituto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Son ejemplos las Constituciones de Uruguay de 1830 y 1918 y la Constitución de Estados Unidos de América.

El hecho que la expresión semirrígida no sea uniformemente utilizada por la doctrina nacional, complejiza el planteo.

En este sentido, Cagnoni (2006) ha referido a la clasificación de Constitución semirrígida para aludir a aquellas que previendo un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, no reconocen efectos generales para la sentencia que declare la inconstitucionalidad.

### Según el modo de establecimiento de las Constituciones

Conforme Korzeniak (2008), encontramos Constituciones de establecimiento democrático, Constituciones otorgadas y Constituciones pactadas.

Constituciones de establecimiento democrático:

Nacen a la vida jurídica de manera más o menos directa a través de la aprobación del Cuerpo Electoral o por medio de órganos que actúan en representación de esa voluntad popular o nacional.

En general, estas Constituciones surgen luego de un proceso independentista que atraviesa determinado Estado, o cuando un Estado cambia radicalmente su estructura.

Cagnoni (2006) las denominó «Constituciones votadas» aunque advirtió que «democrático» y «votado» no son sinónimos. Es decir, puede darse la calificación de votada sin que necesariamente deba agregarse la condición de democrática.

Constituciones otorgadas:

Se enmarcan en la época absolutista, donde los monarcas otorgaban Cartas o Constituciones a los pueblos. Generalmente, se otorgaban para sobrellevar o prevenir

problemas populares. Esta clasificación tiene valor histórico. Son ejemplos la Constitución rusa de 1905 del Zar Nicolás II y la Carta francesa de 1848.

Constituciones pactadas:

Nacen como resultado de un pacto entre el pueblo y su monarca. También tienen un valor histórico. Un ejemplo, es la Carta del Reino de Wurtemberg en 1918<sup>6</sup>.

### Según su extensión

Esta clasificación es expuesta por parte de la doctrina. De acuerdo con esta clasificación las Constituciones pueden ser extensas, breves o de mediana extensión.

Risso (2005), citando el criterio de Esteva (1992), señala que, en general, las Constituciones se dividen en:

Breves: hasta 100 artículos.

Mediana extensión: entre los 101 y los 200 artículos.

Extensas: superan los 200 artículos (caso uruguayo con 332 artículos más disposiciones especiales y transitorias que llegan hasta la Z").

### Constituciones balance o programa

Cagnoni (2006) explica esta clasificación:

La Constitución balance refleja en su texto la realidad de una sociedad, de un Estado determinado.

En tanto, la Constitución programa, como su nombre lo indica, propone, proyecta, con el fin de promover la transformación del estado actual de las cosas.

### Constituciones convencionales y ordinativas

Cagnoni (2006) sostiene que las Constituciones convencionales son aquellas que nacen como el resultado de una convención o acuerdo entre las distintas fuerzas políticas presentes en el momento de proyectar la Constitución; y que las Constituciones ordinativas son aquellas que surgen de la intervención de una sola fuerza política en ausencia o eliminación de otras.

### Constituciones normativas, nominales y semánticas

Risso (2005) explica esta clasificación partiendo de la definición de Constitución aportada por Loewenstein (1976), quien sostuvo que la Constitución escrita no funciona por sí misma una vez que fue adoptada por el pueblo, sino que una Constitución es lo que los que ejercen el poder y sus destinatarios hacen de ella en la práctica.

---

<sup>6</sup> Hacia el final de la Primera Guerra Mundial, el Reino de Wurtemberg fue transformado de una monarquía a una república democrática sin derramamiento de sangre. El rey Guillermo II de Wurtemberg abdicó el 30 de noviembre de 1918. Hoy es un estado miembro de Alemania: el Estado de Baden-Wurtemberg.

Siguiendo este razonamiento, para que una Constitución sea viva, debe ser efectivamente vivida en los hechos. No alcanza con que sea válida, sino que debe ser observada por todos, y en ese caso, estaremos ante una Constitución normativa.

En otros casos, expresa Risso (2005), la Constitución podrá ser jurídicamente válida pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad: es una Constitución nominal.

Por último, las Constituciones semánticas buscan encauzar el ejercicio del poder en la forma deseada por quienes lo detentan, según Risso en concordancia con Loewenstein (1976) «en las Constituciones semánticas, la conformación del poder queda congelada en beneficio de quienes lo ocupan». Es decir, que en vez de ser un instrumento que constriña el poder, la Constitución semántica es un instrumento que perpetúa la intervención de los dominadores fácticos del poder.

### Tipificación de la Constitución uruguaya vigente

- En cuanto al contenido, y atendiendo a la clasificación según la relación entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, la clasificación de nuestra Carta se ha complejizado a partir de la reforma de 1996. Nuestro sistema no se enmarca estrictamente ni en un sistema parlamentario ni en un sistema presidencialista. Es decir, que no es un sistema puro sino mixto. Tiene elementos de uno y otro: por ejemplo, contiene los institutos de la censura y del llamado a sala (que son propios de un sistema parlamentario) y a su vez, se puede entender que el Jefe de Estado y el de Gobierno coinciden en la Presidencia de la República (lo que es propio de un sistema presidencialista). En contra, se sitúa la postura de Cassinelli, para quien Jefe de Gobierno es el Consejo de Ministros.

- El carácter formal conlleva, necesariamente, a que se trate de una Constitución escrita, dispuesta en grafemas.

- Es una Constitución codificada, contenida en un solo cuerpo o texto normativo.

- Se trata de una Constitución inelástica en el entendido que si el régimen político cambia a uno opuesto, debería reformarse la Constitución para que mantuviera su efectividad.

- En cuanto a la clasificación de nuestra Constitución como rígida, semirrígida o flexible, se admite, en general, que se trata de una Constitución rígida, ya que reúne los elementos esenciales para ello: contiene un procedimiento para su reforma que es diferente al de la elaboración de las leyes (artículo 331, Constitución) y contiene un instituto para la defensa de la superlegalidad constitucional por medio de la inconstitucionalidad de las leyes (artículos 256 a 261, Constitución). Sin embargo, recientemente, se ha replanteado si nuestra Constitución es rígida o flexible, en atención a argumentos que exceden los límites de un manual (Sarlo et. al, 2010).

Cagnoni (2006) señaló que podría encasillarse en semirrígida: es posible la sanción y vigencia de leyes contrarias a los preceptos constitucionales ya que el instituto de control de constitucionalidad de los actos legislativos conduce solo a la inaplicación del acto legislativo que se declara inconstitucional para ese caso concreto. Es decir, que la sentencia no tiene efectos erga omnes, efectos generales.

- Es una Constitución democrática, por el régimen político que adoptó.

- Se trata de una Constitución extensa, compuesta de 332 artículos y disposiciones transitorias y especiales.
- Es una Constitución programa ya que contiene normas con perspectiva de cumplimiento, con el fin de producir una mejora del estado de cosas (ejemplos: inciso 3, artículo 50 y artículos 307, 314 y 320, Constitución).
- Es convencional en el sentido que asigna Cagnoni (2006) en la clasificación señalada supra.
- Es normativa dado que el proceso de poder se adapta y somete a las normas constitucionales. En el caso de la Constitución nominal, la realidad socioeconómica y los distintos procesos impiden esa adaptación, aunque como expresó Cagnoni (2006), siempre existirá una tensión entre realidad y la norma.

### Bibliografía básica

- Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.
- Korzeniak J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo: FCU.
- Pérez Pérez, A. (1995). Derecho constitucional uruguayo. Montevideo: Editorial Universidad Ltda.
- Pérez Pérez, A. "Apuntes sobre la noción de Constitución". Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración. Tomo 65.
- Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.
- Sayagués, E. (1988). Tratado de derecho administrativo. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

- Biscaretti, P. (1965). Derecho constitucional. Madrid: Editorial Tecnos.
- Bryce, J. (1901). Studies in history and jurisprudence . New York: Oxford University Press.
- Casal, J. M. (2011). "¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada?: Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana" . Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Año XVII.
- Esteva, E. (1992). Lecciones de derecho constitucional 1º. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político.
- Hart, H. L. A. (1963). El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (1981). Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho . Buenos Aires: Eudeba.
- Lassalle, F. (1957). ¿Qué es una Constitución? Montevideo: Siglo Veinte.
- Loewenstein, K. (1976). Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel.
- Sarlo, O.; Burstín, D.; Delgado Manteiga, S.; Francolino, L.; Gómez Leiza, J y Rodríguez, G. (2010). La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible?: Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo. Montevideo: FCU.
- Schmitt, C. (1982). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza.

## Ejercicios

A. Indique si las opciones detalladas a continuación son Verdaderas (V) o Falsas (F):

Nuestra Constitución vigente es:

1. Escrita \_\_\_\_
2. Dispersa \_\_\_\_
3. Semántica \_\_\_\_
4. Normativa \_\_\_\_
5. Breve \_\_\_\_
6. Flexible \_\_\_\_
7. Otorgada \_\_\_\_
8. Balance \_\_\_\_
9. Nominativa \_\_\_\_
10. Elástica \_\_\_\_

B. Cuestionario:

1. ¿Qué elementos deben concurrir para la existencia de una Constitución escrita?
2. ¿En qué se distinguen las normas constitucionales consuetudinarias de las reglas convencionales inglesas o convenciones constitucionales inglesas?
3. Según las distintas posiciones doctrinarias, ¿qué elementos definen una Constitución semirrígida?
4. La Constitución uruguaya vigente ¿es rígida, semirrígida o flexible? Fundamente su respuesta desde el punto de vista normativo y doctrinario.

## 5. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

### Concepto de interpretación

Por interpretar, puede entenderse desentrañar el sentido de una disposición o construir o dotar de un sentido a una disposición.

La primera posibilidad de intelección de la actividad de la interpretación supone que solo hay un sentido correcto a dar a la disposición en cuestión. La segunda, por el contrario, entiende que es viable que existan varios sentidos posibles, lo que no significa que pueda dársele cualquier sentido.

La temática de la interpretación se ha visto enriquecida a partir de los años 50 por los aportes de la teoría de la comunicación y del lenguaje.

Hart (1963) ha puesto en evidencia que el derecho se expresa a través del lenguaje, y por tanto, la comprensión del derecho consiste en la comprensión del lenguaje.

Así que, los problemas de interpretación aparecen, eventualmente, por una presentación deficiente del lenguaje, pero, más comúnmente, por su textura abierta (vaguedad<sup>7</sup>) y ambigüedad, que se traslada a los textos jurídicos sujetos a la interpretación.

Todo texto jurídico se interpreta. El aforismo *in claris nos fix interpretatio*, encierra una contradicción en sí mismo, dado que para concluir que un texto es claro debo, previamente, haberlo interpretado.

### Dificultades para interpretar la Constitución

Se suele señalar la dificultad añadida que supone interpretar las disposiciones constitucionales en tanto estas son más generales y abstractas que las restantes del ordenamiento jurídico.

También el intérprete de la Constitución se enfrenta a lo que se denomina conceptos jurídicos indeterminados, esto es, conceptos que no pueden ser definidos puramente en abstracto sino que es necesario atender la situación concreta para hacerlo.

Otra dificultad deriva de la existencia de disposiciones que recogen valores contradictorios (por ejemplo, los valores de la libertad negativa e igualdad positiva), e incluso, disposiciones, que al menos a primera vista, aparecen como contradictorias (por ejemplo, los artículos 2 y 331 de la Constitución).

En Constituciones como la nuestra, que se forman por un verdadero aluvión de disposiciones (baste recordar que la Constitución de 1967 ha sufrido enmiendas en cuatro oportunidades), se plantea la dificultad de analizar cómo las disposiciones nuevas repercuten sobre la interpretación de las disposiciones anteriores en el tiempo.

Además, se aprecia en las disposiciones constitucionales ciertos giros retóricos que también dificultan la interpretación, especialmente, en las conocidas como disposiciones programáticas.

---

<sup>7</sup> La vaguedad supone límites imprecisos del significado que normalmente se le adjudica a una palabra o expresión. Una palabra es vaga en la medida que su aplicación es dudosa, por ejemplo: ¿qué debe entenderse por «residencia habitual» en el artículo 75 de la Constitución?

## ¿Se interpreta textos o voluntades?

Esto es: ¿se interpreta el texto o la voluntad del constituyente?

El texto es entendido modernamente como un conjunto de normas (reglas y principios) que intentan ordenar determinados hechos para la realización de unos determinados valores, objetivos y finalidades.

En cuanto a quienes postulan interpretar conforme a la voluntad del constituyente, es importante atender a qué pensaban los redactores de la Constitución o su auditorio.

Este criterio originalista ha tenido y tiene predicamento en Estados Unidos de América.

Dworkin (2007) piensa que los redactores eran prudentes estadistas que sabían cómo utilizar el lenguaje que manejaban. Presumiblemente, querían decir lo que la gente suele querer decir cuando usa las palabras que ellos usaron: usaron lenguaje abstracto porque querían sentar principios abstractos.

Hay dos originalismos. El semántico, que entiende que lo que colectivamente querían decir los constituyentes es decisivo para la determinación del significado constitucional; y el de expectativa, que estima que lo decisivo para interpretar es aquello que esperaban conseguir al decir lo que dijeron.

Entre nosotros, veremos seguidamente la opinión de Jiménez de Aréchaga sobre el punto.

## Interpretación de la Constitución Nacional

La Constitución uruguaya no contiene normas sobre su interpretación, ni un preámbulo, a diferencia de lo que ocurre con otras Constituciones de derecho comparado.

Jiménez de Aréchaga postuló lo que se conoce como el método lógico-sistemático-teleológico para interpretar la Constitución<sup>8</sup>.

Más allá del aspecto teórico respecto de la afirmación de la existencia de un único método correcto para interpretar la Constitución, ciertamente las técnicas que señala Jiménez de Aréchaga son útiles.

Las analizaremos seguidamente.

## El intérprete debe atenerse al texto de la Constitución

Se trata del canon literal, que supone un apego al texto de la disposición.

En especial en materia constitucional, la doctrina recomienda no separarse del texto, estimando que la historia de la sanción es secundariamente admisible, a falta de claridad en el texto y en tanto las conclusiones a las que se llegue no resulten contradictorias con la letra y contexto de la Constitución; el intérprete debe cuidarse en cuanto a las opiniones particulares (Jiménez de Aréchaga, 1992; Esteva, 1992, Cagnoni, 2006).

---

<sup>8</sup> En la teoría general del derecho, Alexy (1997) señala como cánones de la interpretación el semántico, el sistemático, el teleológico, el genético, el histórico y el comparativo.

Se señala, además, que la decisión del Cuerpo Electoral carece de historia porque se expresa en un acto único: el plebiscito. No hay debates ni confrontaciones del Cuerpo Electoral. Solo hay historia preconstitucional o pre constituyente en los casos de reforma constitucional a través de las vías del proyecto alternativo al de iniciativa popular o ciudadana, de la Convención Nacional Constituyente y de las leyes constitucionales. Y, generalmente, tales discusiones, no han sido conocidas por el Cuerpo Electoral y por tanto, no debe dárseles la misma importancia que a la historia fidedigna de la sanción de una ley.

### Título preliminar de las leyes del Código civil

En cuanto a la manera de atenerse al texto, se admite que el intérprete acuda a las reglas del Código civil (CC) establecidas en el Título preliminar de las leyes (artículos 17 a 20), por los principios de contenido lógico que recogen.

Se ha señalado que estas disposiciones establecen criterios para interpretar otras normas, por lo que serían metanormas o lenguaje de segundo nivel, ya que refieren a un lenguaje objeto o de primer nivel: la norma (Guibourg et. al., 1987).

### Aspecto lógico o literal

Artículo 17:

«Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu».

El intérprete no se debe apartar del texto de la disposición cuando su sentido es claro.

### Sentido natural y obvio de las palabras

Artículo 18:

«Las palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio».

Si bien el principio parece claro (el de entender las palabras, en su sentido natural y obvio, esto es, el más aceptado), no lo es tanto cuando se advierte la ambigüedad y vaguedad del lenguaje.

Y es que si bien el lenguaje jurídico no tiene peculiaridades sintácticas, sí tiene algunos caracteres semánticos específicos, esto es, términos técnicos (Guibourg et. al., 1987).

Por ello, el criterio del «sentido natural y obvio de las palabras» debe ser usado con cautela, en especial, porque como señala Jiménez de Aréchaga (1992), las palabras que emplea el constituyente suelen tener un sentido técnico preciso, distinto del vulgar.

En la actualidad, esta aseveración merece algún matiz ya que, como señala Risso (2005), a partir de 1952 nuestros textos constitucionales han perdido rigor técnico.

Por lo demás, en cuanto a que el constituyente defina el significado de un vocablo, ello no es usual, aunque si se puede demostrar que la Constitución lo utiliza en un sentido más o menos preciso y no coincidente con su acepción técnica, ni su sentido natural y obvio, habrá de estarse a lo primero (Risso, 2005).

Las oraciones se interpretan en el modo en que por su distribución interna y por su puntuación resulte aconsejado por las reglas de la gramática (Guibourg, 1997).

Además, es criterio hermenéutico que, en ningún caso, ha de suponerse que un término es superfluo.

#### Aspecto sistemático o contextual

El intérprete debe atender al contexto. Una disposición constitucional debe interpretarse en su sistema normativo. Es indispensable extraer inferencias lógicas, buscar conexiones.

Este aspecto contribuye a despejar la ambigüedad sintáctica del lenguaje<sup>9</sup> y a interpretar armónicamente todas las disposiciones contenidas en un ordenamiento, superando las contradicciones internas.

La forma más importante de argumento contextual o sistemático es la indicación de una contradicción normativa.

Así, si una posible interpretación de una norma contradice otra de la propia Constitución, entonces habrá de abandonarse la interpretación postulada.

En definitiva, el significado de cada una de sus disposiciones debe determinarse en armonía con el de las demás. A ninguna cláusula debe considerársela aislada, sino como parte de un todo. Por lo tanto, siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la Constitución, afectando su imprescindible homogeneidad, cohesión y coherencia.

#### Aspecto teleológico

Al intérprete le es legítimo acudir al fin<sup>10</sup> de la norma a la hora de interpretar.

Jiménez de Aréchaga (1992) ha señalado que es de la esencia de la norma orientarse a un fin que no es ella misma. Aquí no se está refiriendo a fines de personas (voluntad del constituyente) sino a fines caracterizados normativamente, que resultan del contexto normativo.

Cuando se presenten varias soluciones interpretativas frente a un texto, el criterio a elegir es aquel que mejor se ajuste al fin que la norma constitucional pretende realizar.

Jiménez de Aréchaga (1992) señala que nuestra Constitución está construida con un sentido finalista, para la realización de determinada concepción de vida, que es el aseguramiento de la convivencia pacífica bajo el derecho de todos los habitantes comprendidos en su territorio, asegurando su libertad por la independencia de la República, gobernada democráticamente y que ello resulta de los artículos 1, 2 y 82.

Por su parte, Cagnoni (2006) ha señalado que a partir de nuestro artículo 72 (que tiene origen en la Constitución de 1918, en su artículo 173, con redacción definitiva en la

---

<sup>9</sup> La ambigüedad sintáctica es la que refiere a una oración y es tal o porque contiene una palabra ambigua o por el orden de la oración y depende de la manera en que los vocablos están conectados entre sí. Por ejemplo, ¿cómo debe entenderse la o? ¿cómo exclusiva o inclusiva?

<sup>10</sup> El fin suele identificarse con el objetivo al cual la norma se dirige o las consecuencias jurídicas sociales que para ella puedan predecirse.

Constitución de 1934) se puede afirmar la primacía de la persona humana, o lo que es lo mismo, que nuestra Constitución debe ser leída desde la persona y sus derechos<sup>11</sup>.

### ¿Quién interpreta la Constitución?

Múltiples operadores públicos y privados interpretan la Constitución, pero como veremos, solo la judicial, tiene una fuerza especial en tanto es obligatoria para las partes en el juicio.

El legislador toma decisiones interpretativas respecto de las disposiciones constitucionales y conforme a ellas, desarrolla la Constitución a través de actos jurídicos legislativos.

El legislador razona sus decisiones con criterios políticos (de oportunidad y conveniencia).

Pero también el legislador dicta leyes interpretativas de la Constitución, reduciendo así las distintas posibilidades y alternativas del texto constitucional a una sola.

La posibilidad señalada está editada en la propia Constitución, artículo 85 numeral 20.

Obsérvese que si bien se trata de una interpretación generalmente obligatoria, más allá las discusiones doctrinarias, del propio texto constitucional citado, resulta que esa ley interpretativa puede ser declarada inconstitucional.

La Ley 17.865 es un ejemplo de ley interpretativa de la Constitución, en el caso, del artículo 192 de la Constitución.

Pero no solo el legislador interpreta la Constitución. Todo órgano del Estado debe hacerlo ya que el dictado de un acto jurídico debe realizarse conforme a la normativa de rango superior.

La doctrina también interpreta la Constitución, aunque, obviamente, su interpretación no tiene fuerza obligatoria.

Por su parte, los particulares realizan actos jurídicos o adoptan actitudes sobre la base de la interpretación del orden jurídico, incluido el constitucional.

### ¿Es posible una interpretación auténtica de la Constitución?

Recibe el nombre de interpretación auténtica, la interpretación que del acto jurídico hace el propio órgano que lo dictó.

Tratándose de la Constitución, nos enfrentaríamos a una interpretación de una norma constitucional realizada por el propio Poder Constituyente.

---

<sup>11</sup> Al decir de Alexy (1997) «usualmente ocurre que a una norma o a un grupo de normas se les puede atribuir no un solo fin, sino diversos fines que, o bien, se excluyen entre sí, o bien, solo pueden realizarse limitándose recíprocamente». Señala, además, que la argumentación teleológica se vuelve argumentación a partir de principios, entendiendo por tales proposiciones normativas de alta generalidad. La necesidad de conciliar los principios simultáneamente vigentes, es inherente a la estructura y contenido del sistema, y debe realizarse atendiendo a su dimensión de peso (dimension of weight).

Pero si bien ello es posible, lo natural es que el Poder Constituyente se exprese dictando o enmendando un texto constitucional, y no interpretando un texto constitucional anterior.

En nuestro derecho, podría calificarse la disposición transitoria y especial letra V (aprobada en la enmienda constitucional de 1994) como una interpretación auténtica del artículo 216 de la Constitución de 1967.

Cabe recordar que, por principios generales, la interpretación auténtica de un acto jurídico tiene efectos retroactivos porque conforma junto con el acto interpretado un solo acto.

### Bibliografía básica

Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.

Correa, R. (2007). Derecho constitucional contemporáneo. Montevideo: FCU.

Pérez Pérez, A. (1995). Derecho constitucional uruguayo. Montevideo: Editorial Universidad.

### Bibliografía recomendada

Alexy, R. (1997). Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Cajarville, J. P. (2008). “Supremacía constitucional e interpretación” . Sobre derecho administrativo. Montevideo: FCU.

Díaz Revorio, J. “ La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional”. Base del conocimiento jurídico. En Quid Iuris, Publicación del Tribunal Electoral del Estado de Chihuahua, año 3, volumen 6, agosto de 2008.

Dworkin, R. (2007). La justicia con toga. Madrid: Marcial Pons.

Guibourg, R. (1997). Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral. México: Fonamara.

Guibourg, R., Ghiguiani, A. y Guarineni, R. (1987). Introducción al conocimiento científico. Buenos Aires: Eudeba.

Hart, H. L. A. (1963). El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Jiménez de Aréchaga, Justino (1992). La Constitución Nacional. Montevideo: Edición de la Cámara de Senadores.

Risso, M. (2006) Derecho Constitucional. Montevideo: FCU.

## Ejercicios

1. Señale y explique qué pautas emplea la Corporación para interpretar la Constitución, basándose en los párrafos que se transcriben de la sentencia.

Sentencia Nº 139 de 5 de mayo de 1997. Recurso de casación: Suprema Corte de Justicia. LJU Caso 13298. Maraboto (redactor).

En oportunidad de acoger un recurso de casación, se pronunció afirmativamente respecto del derecho de la persona a tener su propia identidad sexual. El caso refiere a un transexual a quien se le realizó la cirugía llamada 'cambio de sexo'.

La Suprema Corte señaló que:

«Ni la enumeración de '...Derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución..., es limitativa, en tanto dicha lista o inventario. «...no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana...' (artículo 72), ni la falta de reglamentación respectiva...', permitirá se les deje de aplicar, habida cuenta de que ello puede suplirse, '...recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de Derecho y a las doctrinas generalmente admitidas' (artículo 332). A lo que debe sumarse, lógicamente, la normativa internacional a la que ha adherido el país y según la cual, por ejemplo, ninguna disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, puede ser interpretada, para '...excluir otros Derechos y garantías que son inherentes al ser humano...' (artículo 29; además, Ley Nº 15.737, artículo 157)».

Agregó que:

«la Constitución no hizo sino consagrar —en su momento—, la filosofía jusnaturalista, de acuerdo a la cual se admite la existencia de Derechos del hombre que son anteriores y superiores al Estado del que forma parte».

La sentencia añade:

«Una persona, debe ser una sola, desde el plano físico y desde el plano psíquico. Debe estar 'integrada' y no diríase desgajada en dos: una, que tiene el sexo masculino, porque sus órganos genitales, en principio, responden a la definición de tal y otra, en cambio, que se siente mujer y que piensa como si lo fuera. Porque ello supone una disociación inadmisibles y que rompe esa integridad existencial a que tiene Derecho toda persona humana, en tanto su propia dignidad lo requiere, para reconocerse a sí misma».

Concluyó que «normas jurídicas superiores —de naturaleza nacional y aun internacional, a las que se ha afiliado el país—, imponen la solución pretendida».

2. Indique si las siguientes opciones son verdaderas (V) o falsas (F):

Interpretar una disposición constitucional:

- a) para algunos autores, es desentrañar la voluntad del creador de la norma.
- b) para algunos autores, es hacer una lectura de la norma.
- c) implica, exclusivamente, atender al texto de la norma.

La interpretación legislativa de la norma constitucional:

- a) es obligatoria.

- b) es susceptible de ser declarada inconstitucional.
- c) no es susceptible de ser declarada inconstitucional.

El método lógico-sistemático-teleológico:

- a) fue formulado así por Justino Jiménez de Aréchaga.
- b) supone prestar especial atención a los debates legislativos.
- d) no es de recibo.

## 6. INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

### Concepto de integración

De acuerdo al diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, integrar es «completar un todo con las partes que faltaban».

Algunos autores se cuestionan la existencia de una diferencia o distinción clara entre integración e interpretación. Korzeniak (2008) participa de este cuestionamiento, en tanto considera que cuando se hace lo uno, se hace lo otro y viceversa.

Afirmar que integrar es «hacer pleno lo que está vacío de contenido» (Cagnoni, 2006), implica, reconocer que existe un «hueco» a ser llenado, lo que en materia jurídica suele denominarse «laguna».

### ¿Existen las lagunas constitucionales? Si existen, ¿cómo se integran?

A muchos autores les ha resultado sencillo reconocer la existencia de lagunas en la normativa infraconstitucional, pero cuando se trata de sostener que la Constitución tiene vacíos, aquí la cuestión ya no es tan simple.

Hay autores que sostienen que la Constitución no tiene lagunas, no se integra.

En nuestro medio, Risso (2005), se inclina por la posición afirmativa «las eventuales lagunas constitucionales (imprevisiones o ausencias en la propia Constitución), lo que sin duda es posible e incluso podríamos encontrar alguna laguna en nuestra propia Constitución».

Afirmar que existen vacíos constitucionales, es considerar que estos deben ser llenados y es aquí donde está el problema: ¿«llenados» con qué?

La incógnita se plantea, pues, como afirma Cagnoni (2006), «para referir a la integración debe constatarse la existencia de un nivel superior a ella». Cuando este autor se refiere al artículo 72, el cual refiere a otros derechos, deberes y garantías además de los enunciados en el texto constitucional, se pregunta: «¿a qué fuente será posible acudir para hallar esos otros derechos, deberes y garantías [...]?» Y responde que, en tanto la supraconstitucionalidad teórica debe volverse positiva, se permite recurrir al fundamento sustancial de esos derechos, deberes y garantías en la inherencia a la personalidad humana y en la forma republicana de Gobierno.

Risso (2005), considera que la inexistencia en la Constitución de previsiones respecto a los mecanismos sobre cómo integrarla, es justamente una laguna constitucional y «para la integración de la Carta y ante la ausencia de normas de integración constitucional, podrá recurrirse mediante la analogía al artículo 332», en tanto «esta disposición no se refiere a la integración de eventuales vacíos constitucionales, sino a la integración del ordenamiento inferior».

Jiménez de Aréchaga (1992), en relación al artículo 16 del título preliminar del Código civil, se pregunta: «¿qué aplicación tienen, en materia constitucional, estas técnicas de integración?». Si bien aclara que no son obligatorias, dado que el rango de estas es inferior al constitucional, «sería exagerado decir que las reglas del título preliminar no deban ser estimadas por el intérprete» y agrega que tendrán peso en la medida que establecen un orden lógico.

## Breve referencia al artículo 332

El artículo 332 establece:

«Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas» (el resaltado es nuestro).

Por tanto, desterremos la idea de que este artículo versa sobre la integración constitucional, pues no lo hace. El resaltado en la transcripción permite visualizar que lo que se suple, es la falta de reglamentación y no la falta de previsión constitucional.

Este texto «se incorporó a nuestro Derecho Constitucional en la reforma de 1942, y la iniciativa correspondió a un profesor de Derecho Constitucional, el Dr. Juan Andrés Ramírez» (Risso, 2005), pero, «no es una norma de integración de eventuales vacíos en la Constitución, sino que refiere a vacíos en el ordenamiento jurídico inferior que impiden la aplicación de preceptos constitucionales».

Por tanto, «no son normas integrativas de la Carta sino de su escalón inmediato inferior» (Cagnoni, 2006).

### Bibliografía básica

Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.

Korzeniak, J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

Jiménez de Aréchaga, J. (1992). La Constitución nacional . Montevideo: Edición de la Cámara de Senadores.

Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

## Ejercicios

¿Qué significa integrar? ¿En qué se diferencia de la interpretación?

¿Es viable la integración a nivel constitucional? Reflexione sobre el punto.

## 7. REFORMA, VIGENCIA Y EFECTIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN. PODER CONSTITUYENTE

### Nociones generales

Con la expresión Poder Constituyente podemos referirnos al órgano o a la función.

Solo abordaremos en este capítulo la problemática de la función constituyente en el sentido que se expresa en el párrafo siguiente.

Poder Constituyente es la facultad o energía de una comunidad para darse su ordenamiento jurídico político fundamental originario (su pacto fundador) en una Constitución y de reformarlo total o parcialmente cuando lo considere necesario.

Se distingue el Poder Constituyente originario del derivado.

### Poder Constituyente originario

Poder Constituyente originario es el poder de instaurar una Constitución que no encuentre su fundamento en otra anterior. Esa Constitución así creada no funda su validez en otra norma.

El Poder Constituyente originario es un poder inicial, un poder iniciador. A través de él nace la primera Constitución histórica o una Constitución nueva que surge de un proceso revolucionario que supone la destrucción del orden jurídico anterior (de existir este) y la creación de un orden jurídico nuevo.

La Constitución crea el Estado y establece y ordena los poderes del Gobierno del Estado (poderes constituidos).

Cuando se produce una transformación del orden jurídico por medios no previstos por la Constitución, estamos ante el ejercicio de un Poder Constituyente originario, por ejemplo, en caso de una revolución que crea un nuevo Estado.

### ¿Quién es el titular del Poder Constituyente originario?

Sieyès entiende que el titular del Poder Constituyente es la Nación (Esteva, 1992).

Otros autores entienden que el Poder Constituyente puede residir en una persona o grupo de personas. Por ejemplo, Schmitt (citado por Esteva, 1992) entiende que el titular del Poder Constituyente será aquel apto para adoptar la decisión política fundamental, que luego se traducirá en la expedición de la Constitución.

Sin embargo, la posición dominante en doctrina es la que entiende que el titular del Poder Constituyente es la Nación o pueblo.

Históricamente, muchas Constituciones han surgido de un pacto entre el titular de la Corona y el pueblo o sus representantes o han sido otorgadas por la Corona o han resultado de la actuación de una Convención o Asamblea Constituyente.

### Límites al Poder Constituyente originario

Se señala que el Poder Constituyente originario es un poder incondicionado, sin condiciones.

No tiene límites formales. Es el dueño de las formas por las que actúa.

Algunos autores sostienen que tampoco tendría límites materiales o de contenido.

En cambio, hay autores que entienden que sí los tiene: los límites serían la moral, la convicción colectiva, el derecho internacional de los derechos humanos.

### Poder Constituyente derivado

El ejercicio del Poder Constituyente derivado supone la modificación o reforma total o parcial de la Constitución a través de los mecanismos que el propio Poder Constituyente ha previsto.

### ¿Quién es el titular del Poder Constituyente derivado?

Generalmente, se prevé la actuación de órganos especiales: Convención Nacional Constituyente, Cuerpo Electoral.

### Límites del Poder Constituyente derivado

Este debe respetar las formas preestablecidas, no es dueño de las formas. El propio Poder Constituyente ha autolimitado su actuación<sup>12</sup>.

El Poder Constituyente no actúa ni se expresa de cualquier manera, sino que lo hace a través de determinados órganos, siguiendo los procedimientos y respetando los plazos establecidos en la Constitución.

En cuanto a limitaciones sustanciales, hay textos constitucionales que han prohibido su reforma, por lo menos, en ciertos plazos, en ciertas circunstancias o con relación a determinadas disposiciones (cláusulas pétreas o inmodificables).

Algunas corrientes doctrinarias admiten el valor absoluto de estos contenidos inmodificables.

Otros autores, por el contrario, sostienen la inutilidad de tales disposiciones, pues bastaría con la derogación del artículo correspondiente, siguiendo los procedimientos de reforma constitucional, para recién, en una segunda etapa, proceder a la reforma deseada.

En el derecho nacional el tema se complejiza porque, de aceptarse la existencia de las llamadas cláusulas pétreas (por ejemplo, artículo 2 de la Constitución) no podría modificarse las soluciones prevista por ellas en futuras reformas constitucionales, pero, a la vez, el artículo 331 de la Constitución prevé que esta se puede reformar en todo o en parte lo que provoca dificultades interpretativas.

### Poderes constituidos

Son los establecidos por el Poder Constituyente en la Constitución, básicamente: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

---

<sup>12</sup> Para Sieyés la Nación nunca queda ligada por las previsiones que realice una Constitución anterior en cuanto al modo de su reforma. En su concepto, la Nación siempre es dueña de darse una Constitución, cualesquiera sean las formas previstas (Esteve, 1992).

### Bibliografía básica

Cagnoni, J. A. (2006). El Derecho constitucional uruguayo. Montevideo.

Cassinelli, H. (1999). Derecho público. Montevideo: FCU.

Correa, R. (2007). Derecho constitucional contemporáneo. Montevideo: FCU.

Korzeniak, J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

Pérez Pérez, A. (1995). Derecho constitucional uruguayo. Montevideo: Editorial Universidad.

### Bibliografía recomendada

Esteve, E. (1992). "Lecciones de derecho constitucional 1º". Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político.

Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

## Ejercicio

Lea el presente artículo de Riccardo Guastini, extraído de [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) y reflexione sobre los conceptos de Poder Constituyente, Poder Constituyente originario, Poder Constituyente derivado y poderes constituidos.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS. SOBRE LA SOBERANÍA. UN COMENTARIO.

Riccardo Guastini

Universidad de Génova

RESUMEN. El autor discute un ensayo de EGV sobre los límites jurídicos de la soberanía. EGV distingue dos conceptos de soberano: el soberano-0 (el legislador originario del sistema jurídico) y el soberano-1 (el poder más alto dentro de un sistema jurídico ya establecido). Ahora bien, no tiene sentido hablar de limitaciones jurídicas con referencia al soberano-0, ya que, por definición, sus actos normativos no están reglados por ninguna norma jurídica; en cambio, sí se puede hablar de limitaciones jurídicas del soberano-1, ya que sus actos sí están reglados por normas jurídicas que precisamente lo limitan. RG comparte esta tesis, pero hace tres observaciones.

(1) A la misma conclusión podría llegarse analizando los posibles significados de «jurídica» en la expresión «autoridad jurídica suprema»: en un primer sentido, «jurídica» es una autoridad creadora de Derecho; en un segundo sentido, «jurídica» es una autoridad creada por el Derecho. Una autoridad suprema creadora de Derecho no puede tener límites jurídicos, mientras que una autoridad creada por el Derecho, aunque «suprema» (dentro de las autoridades instituidas) no puede no tenerlos.

(2) La terminología artificial propuesta por EGV podría ser sustituida por una terminología más simple: los términos usuales «Poder Constituyente» y «poderes constituidos».

(3) El análisis de la soberanía de EGV no puede considerarse completo, porque no abarca el concepto de soberanía del Derecho internacional general, que es precisamente *conditio sine qua non* de la existencia de obligaciones internacionales, es decir, de limitaciones jurídicas, para los Estados.

Palabras clave: Ernesto Garzón Valdés, soberanía, Poder Constituyente, poder constituido.

### 0. LA TESIS DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS

En un ensayo de 1983 sobre los límites jurídicos de la soberanía<sup>13</sup>, Ernesto Garzón Valdés (en lo que sigue EVG) introduce una importante distinción entre dos conceptos de soberano: en su terminología, el «soberano-cero» y el «soberano-uno».

El soberano-cero no es otra cosa que el soberano sin más (o «autoridad suprema») en el sentido de G. H. VON WRIGHT<sup>14</sup>: es decir, el agente que realiza el acto normativo (el acto de dictar una norma) que no está reglado por otra norma antecedente de nivel

---

<sup>13</sup>GARZÓN VALDÉS, 1995: «Las limitaciones jurídicas del soberano», en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 181 y ss.

<sup>14</sup>VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul, pp. 191y ss.

superior, o sea —con las palabras de EGV— «el legislador originario del sistema» jurídico de que se trata.

El soberano-uno, en cambio, es el poder más alto dentro de un sistema jurídico ya establecido: el agente al cual la propia ley (dictada por el legislador originario) atribuye el poder de reglar la conducta social; el legislador, cabe decir, no «originario», sino «derivado».

(Hace falta precisar que, en ambos contextos, se habla de «legislador» y de «ley» no en el sentido formal, sino en el sentido material: en este sentido, «ley» se refiere a cualquier norma general y abstracta, y «legislador» a cualquier agente creador de normas generales y abstractas. En otras palabras, «ley» abarca también las constituciones, así como el reglamento del ejecutivo; y «legislador» abarca cualquier sujeto con competencia normativa, incluido el Poder Constituyente)<sup>15</sup>.

Esta distinción permite a EGV sacar una conclusión muy simple: por un lado, no tiene sentido hablar de limitaciones jurídicas con referencia al soberano-cero, ya que, por definición, sus actos normativos no están reglados por ninguna norma jurídica; por otro lado, en cambio, sí se puede hablar de limitaciones jurídicas del soberano-uno, ya que sus actos sí están reglados por normas jurídicas que precisamente lo limitan (y por esta razón dichos actos pueden ser válidos o inválidos).

La distinción de EGV, así como su conclusión, me parece perfecta. Sin embargo, voy hacer algunas observaciones marginales.

#### 1. DOS TIPOS DE AUTORIDADES «JURÍDICAS»

Primera observación: me parece que la misma conclusión de EGV podría ser sacada por otra vía, tal vez más simple. Según la definición estándar —que incluso EGV, al menos *prima facie*, acepta— el soberano es la «autoridad jurídica suprema». Pero ¿qué quiere decir «jurídica» en este contexto? Esta palabra, en tanto predicado de una autoridad, es ambigua de la forma siguiente:

- i) puede denotar una autoridad creadora de Derecho, o bien
- ii) una autoridad creada (y reglada) por el Derecho.

Una autoridad suprema que sea «jurídica» en el primer sentido es sencillamente una autoridad de *facto* —creadora de Derecho, pero no creada por el Derecho— cuyas normas son consideradas Derecho vigente no en virtud de otra norma preexistente que le otorgue competencia, sino sobre la base del principio de efectividad<sup>16</sup>. Y la autoridad de *facto* suprema de un sistema jurídico parece ser, sencillamente, el poder creador de la Constitución (o mejor dicho de la «primera» Constitución en el caso de una secuencia de constituciones cada una de las cuales está fundada sobre la Constitución precedente<sup>17</sup>).

---

<sup>15</sup>Una importante discusión del concepto de ley en sentido material se encuentra en CARRÉ DE MALBERG, 1984: *La loi, expression de la volonté générale* (1930), París: Nueva Impresión Económica, 1984.

<sup>16</sup>KELSEN, 1945: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.): Harvard U. P., pp. 118 y ss.

<sup>17</sup>KELSEN: pp. 115 y ss.

Una autoridad «jurídica» en el segundo sentido es cada autoridad instituida por el propio Derecho (por medio de normas de competencia), y la autoridad suprema, dentro de las autoridades instituidas, es la autoridad cuyas decisiones no pueden (en sentido deóntico) ser derrotadas por ninguna otra autoridad: en este sentido, por ejemplo, es autoridad suprema el parlamento en algunos sistemas jurídicos, el tribunal constitucional en otros.

La autoridad de facto, siendo de facto, puede por cierto tener límites fácticos, pero no puede lógicamente ser limitada por normas jurídicas: de otra manera, no sería de facto, se convertiría en autoridad «jurídica» en el segundo sentido.

Cualquier autoridad «jurídica» en el segundo sentido, en cambio, sí puede ser jurídicamente limitada por normas —o, mejor dicho, metanormas— de varios tipos: tanto por metanormas (en sentido amplio) sobre el procedimiento normativo, como por metanormas (en sentido estricto) sobre el contenido de las normas futuras.

## 2. PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

Segunda observación: me parece que la misma distinción introducida por EGV podría ser hecha sin necesidad de recurrir a la terminología artificial «soberano-cero» vs. «soberano-uno». Terminología que, por otra parte, no es muy feliz, ya que en un sentido importante el soberano-uno —siendo limitado por normas jurídicas— no es «soberano» en absoluto.

En efecto, ya existe en la teoría constitucional una terminología estándar que permite capturar los dos conceptos de EGV. Me refiero a la oposición Poder Constituyente vs. poderes constituidos<sup>18</sup>.

Hace falta precisar que en la teoría constitucional se encuentran dos distintos conceptos de Poder Constituyente, un concepto «formal» y otro «sustancial»:

i) Desde el punto de vista formal (el de H. KELSEN, por ejemplo), constituyente es un poder no constituido, es decir, no otorgado y reglado por ninguna norma jurídica preexistente, y por tanto fáctico<sup>19</sup>: «extra ordinem», como se dice en la doctrina constitucional italiana<sup>20</sup>;

ii) Desde el punto de vista sustancial (el de C. SCHMITT, por ejemplo), constituyente es cualquier poder —fáctico o legal, no importa— que toma la «decisión política fundamental», es decir, elige «los principios supremos del ordenamiento», o «la forma del Estado», o algo por el estilo<sup>21</sup>.

Ahora bien, es el concepto formal de Poder Constituyente el que nos interesa aquí. El soberano-cero no es otra cosa que el Poder Constituyente en sentido formal. El soberano-uno es el más alto de los poderes constituidos, es decir, el poder legislativo

---

<sup>18</sup> Como se sabe, la primera formulación de esta distinción se encuentra en SIEYÈS, 1789: *Qu'est-ce que letiers état?* Una discusión interesante de varios problemas conectados con el Poder Constituyente se encuentra en KLEIN, 1996: *Théorie et pratique du pouvoir constituant* Paris: PUF.

<sup>19</sup> KELSEN, 1945: p. 259.

<sup>20</sup> Por ejemplo: PALADIN, 1996: *Le fonti del diritto italiano*, Bologna: Il Mulino, pp. 16 y ss.

<sup>21</sup> SCHMITT, 1928: *Dottrina della costituzione*, trad. it. Milano: Giuffré, 1984, p. 41.

dentro de un régimen de Constitución flexible, el poder de revisión constitucional dentro de un régimen de Constitución rígida.

El Poder Constituyente, siendo no constituido, por definición, no tiene limitaciones jurídicas: como no ha sido otorgado por ninguna norma jurídica, ninguna norma jurídica puede reglarlo. En este sentido, el Poder Constituyente es soberano. Y por eso no tiene sentido hablar de validez (o de invalidez) de la Constitución<sup>22</sup>.

Cualquier poder constituido, en cambio, siendo otorgado por una metanorma jurídica, desde luego puede ser limitado por esta misma o bien por otras metanormas. Y por eso sus normas pueden ser válidas o inválidas.

Sin embargo, dentro de una Constitución flexible, el legislador: primero, solo tiene límites formales relativos al procedimiento legislativo, no límites sustantivos relativos al contenido de las leyes; segundo, en virtud de la flexibilidad de la Constitución, tiene incluso el poder de derogar los límites formales, y por tanto de librarse de cualquier límite<sup>23</sup>. En estas circunstancias, el legislador —aun siendo conceptualmente un poder constituido— puede ser considerado «sustancialmente» soberano.

Hace falta decir, sin embargo, que fuera de estas circunstancias (hoy en día muy especiales) el predicado «soberano» referido a cualquier poder constituido es simplemente un mal uso del lenguaje.

### 3. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

Tercera observación: el análisis de la soberanía hecha por EGV no puede considerarse completo, porque no abarca el concepto de soberanía que se encuentra en el Derecho internacional general (o, mejor dicho, en la doctrina internacionalista: siendo el Derecho internacional general un conjunto de normas consuetudinarias, no hay otra formulación de sus normas que la ofrecida por la doctrina o, a veces, por las convenciones que codifican costumbres preexistentes).

En Derecho internacional: primero, «soberanía» es un predicado no de poderes dentro de un ordenamiento jurídico, sino de Estados, es decir precisamente de ordenamientos; segundo, «soberanía» significa no *summa potestas* —como en Derecho constitucional— sino (más o menos) independencia, en particular, independencia jurídica, un ordenamiento es jurídicamente independiente de cualquier otro ordenamiento si, y solo si, es un ordenamiento «originario», es decir, posee su propia Constitución<sup>24</sup>. Ahora bien, en el Derecho internacional: por un lado, la soberanía —en el sentido que he dicho— es un elemento de la propia definición de «Estado» (por definición, un ordenamiento no soberano no es un Estado); y, por otro lado, los Estados son los (únicos) sujetos del ordenamiento internacional. Dicho de otra forma, la soberanía es uno de los presupuestos para ser destinatarios de normas internacionales.

---

<sup>22</sup>GUASTINI, 2006: «Jugements de validité», en DE BÉCHILLON, D.; BRUNET, P.; CHAMPEIL-DESPLATS, V., y MILLARD, E. (eds.) 2006: *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Économica, 2006; GUASTINI, 2004: «Proyecto para la voz «Ordenamiento jurídico» de un diccionario», en *Doxa*, 27.

<sup>23</sup>Sobre los límites de la legislación dentro de un ordenamiento con Constitución flexible resulta fundamental el trabajo de Esposito, 1934: *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, nueva impresión Milano: Giuffré, 1964.

<sup>24</sup>GUASTINI, 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino: Giappichelli, 2006, pp. 207 y ss.

Evidentemente, en este tipo de contexto, sería un grave error conceptual decir que la soberanía es incompatible con cualquier límite jurídico<sup>25</sup>. Los Estados, en tanto soberanos, sí son recíprocamente independientes, pero no son independientes del Derecho internacional<sup>26</sup>. La soberanía de los Estados, en tanto presupuesto de la aplicabilidad de normas internacionales, es precisamente la *condicio sine qua non* de la existencia de obligaciones internacionales, y entonces de limitaciones jurídicas, para los Estados.

Es decir, la soberanía internacional no excluye, sino implica limitaciones jurídicas<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup>Es el error de FERRAJOLI, 1995: *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano: Anabasi.

<sup>26</sup>KELSEN, 1920: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. it. Milano: Giuffrè, 1989.

<sup>27</sup>A menos que se sostenga que el ordenamiento internacional no es un ordenamiento «jurídico», lo que, como se sabe, es perfectamente posible.

## 8. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO URUGUAYO

### Introducción

La existencia de un sistema de reforma constitucional, esto es, de determinados mecanismos de reforma específicos, diferentes de aquellos previstos para la creación de la ley, indica que nuestra Constitución es una Constitución rígida (a este respecto recordar los conceptos analizados *supra* referente a los tipos y clasificaciones de Constituciones).

Para tratar este tema es importante recordar, además, que el poner en práctica estos mecanismos de reforma, implica, en último caso, ejercicio de Poder Constituyente derivado.

### Constitución de 1830

La Constitución de 1830 previó dos mecanismos de reforma.

Uno especial, diseñado para las grandes reformas, que requería la existencia de una Grande Asamblea General de acuerdo con lo previsto en el artículo 159 que establecía: «la forma constitucional de la República no podrá variarse sino en una Grande Asamblea General compuesta de número doble de Senadores y Representantes, especialmente autorizados por sus comitentes para tratar de esta importante materia; no podrá sancionarse por menos de tres cuartas partes de votos del número total».

Mediante el otro mecanismo, la Constitución podía ser reformada por la voluntad de tres legislaturas consecutivas. De acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 152 a 158, la primera legislatura manifestaba su voluntad de reforma, la segunda redactaba las posibles reformas y finalmente la tercera las aprobaba.

Dado lo complejo y prolongado de este mecanismo, solo se puso en práctica una vez, en el momento de reformar precisamente el procedimiento de reforma. En 1912, la tercera legislatura aprueba las reformas que establecen un procedimiento de reforma más ágil, por el que se requiere la declaración de la conveniencia de la reforma por las dos terceras partes de votos de ambas cámaras y la instalación de una Convención Nacional Constituyente que se expedirá sobre las enmiendas, aceptándolas o rechazándolas en todo o en parte. Las reformas se someterán a la aprobación de dos legislaturas, una que apruebe la necesidad de reforma y otra que apruebe el texto de las reformas.

### Constitución de 1918

En aplicación de este proceso, es que en 1917 se aprueba la Constitución que, promulgada en 1918, entrará a regir a partir del 1º de marzo de 1919. El proceso de reforma establecido en sus artículos 177 y 178, producto del aprendizaje histórico vivido, fue sencillo. Sin participación del Cuerpo Electoral, se reformaba la Constitución mediante dos legislaturas conformes.

Este mecanismo se aplicó en 1932, en oportunidad de reformarse el sistema de elección de los senadores.

## Constitución de 1934

Cabe recordar que la Constitución de 1934 es fruto del Gobierno de facto instaurado por el, hasta ese momento, Presidente, Dr. Gabriel Terra. Esto hace que esa Constitución no sea producto de la aplicación del proceso de reforma consagrado en la Constitución anterior, sino que fuera redactada por representantes del Gobierno, sin perjuicio que fuera aprobada por el Cuerpo Electoral.

Esta Constitución estableció procedimientos que continúan con algunas modificaciones en el texto actual.

Tres mecanismos fueron los consagrados en el artículo 284: iniciativa popular, iniciativa legislativa y leyes constitucionales. Todos finalizaban con un plebiscito.

Con respecto al mecanismo de leyes constitucionales, poseía una diferencia con respecto al proceso actual: entraban en vigencia con anterioridad a la aprobación del Cuerpo Electoral. Se entendió, entonces, que el plebiscito resultaba ser una especie de condición resolutoria: en caso afirmativo, quedaba firme la reforma y se fijaba; en caso negativo, la reforma caía, con los problemas consecuentes generados por este cambio.

El proceso de reforma se puso en marcha en dos oportunidades: 1936 (vía ley constitucional) y 1938 (vía iniciativa legislativa). Ambos proyectos de reforma fueron plebiscitados y aprobados en 1938, pero resultó que el contenido de ambas reformas era -en parte- incompatible. La Corte Electoral resolvió el problema, proclamando que «se anulaban recíprocamente» por lo que el texto constitucional original, finalmente, no se vio modificado en ese aspecto.

## Constitución de 1942

Como la Constitución de 1934, esta Constitución fue producto de un golpe de Estado. Esta vez, del por entonces Presidente, Arq. Gral. Alfredo Baldomir.

La Constitución de 1942 estableció, en su artículo 281, cuatro procedimientos de reforma, aplazó la vigencia de la reforma por el mecanismo de las leyes constitucionales hasta la aprobación por el Cuerpo Electoral.

En 1951, se puso en marcha el proceso de reforma de la Constitución a través del mecanismo de las leyes constitucionales, que finalizó con la aprobación de nuestra Constitución de 1952.

## Constitución de 1952

Esta Constitución no tiene novedades en materia de procesos de reforma constitucional.

Fue modificada por un proyecto «sustitutivo», de un proyecto de reforma generado por el mecanismo de iniciativa popular.

Nuestra Constitución actual, de 1967, mantiene los cuatro mecanismos referidos, sin que las reformas parciales de 1989, 1994, 1996 y 2004 los afectaran.

## Régimen actual

Nuestra Carta Magna, regula el tema en el artículo 331, de redacción confusa por momentos y sin lugar a dudas, uno de los más extensos.

Establece el acápite del artículo que «la presente Constitución podrá ser reformada total o parcialmente». El que establezca una posible reforma total, reaviva la antigua discusión sobre la existencia o no de las denominadas normas pétreas. En este sentido, nos remitimos al estudio de tipos de normas constitucionales, realizado supra.

Todos los mecanismos finalizan con la consulta al Cuerpo Electoral, lo que en nuestro derecho se conoce con el nombre de plebiscito. No entraremos aquí en un análisis exhaustivo de lo que este acto en sí conlleva y sus diferencias con el referéndum. Diremos simple y brevemente que el plebiscito versa sobre materia constitucional (mientras que el referéndum hace relación a la materia legal), es un acto de tipo constitutivo y la participación del Cuerpo Electoral es obligatoria, en principio, para aquellos ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional habilitados a votar.

Los cuatro mecanismos que estudiaremos son: iniciativa popular (literal A), iniciativa legislativa (literal B), Convención Nacional Constituyente (literal C) y leyes constitucionales (literal D).

Proponemos analizarlos desde las siguientes interrogantes:

- ¿Quién puede presentar el proyecto?
- ¿Ante quién?
- ¿Qué trámite se realiza?
- ¿Cuándo se realiza el plebiscito?
- ¿Quiénes votan?
- ¿Cómo resulta aprobado?
- ¿Se ha utilizado?

#### Mecanismo del literal A: Iniciativa popular

- ¿Quién puede presentar el proyecto?

Según prevé nuestra Constitución, el 10% de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional habilitados a votar pueden presentar un proyecto articulado.

Debemos tomar nota de que al decir «ciudadanos» nuestra Carta Magna entiende que quedan excluidos aquellos «hombres o mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República» y que por este motivo adquieren el derecho al sufragio, sin necesidad de obtener la ciudadanía legal, de acuerdo a lo establecido por el artículo 78 de la Constitución. A estas personas, por lo general, se las conoce como electores no ciudadanos.

Tradicionalmente se ha entendido (Korzeniak, 2008), que el proyecto debe ser eso, un proyecto, escrito en forma articulada, que claramente incluya la nueva redacción propuesta. No es una idea, una voluntad de reforma, es un proyecto concreto.

Es costumbre en nuestro país que esta voluntad de adhesión, se realice mediante la firma de una papeleta que contiene frases del estilo: «Adhiero al proyecto de reforma constitucional del artículo...»

Cagnoni (2008) señala que este mecanismo, con más precisión debería ser denominado: iniciativa ciudadana.

- ¿Ante quién?

Las firmas del 10% de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional deben presentarse ante el presidente de la Asamblea General.

- ¿Qué trámite se realiza?

El presidente de la Asamblea General debe realizar dos comunicaciones. La primera, a la Asamblea General, a los efectos que se debata sobre la necesidad o no de presentar un proyecto o proyectos «sustitutivos». La segunda, a la Corte Electoral, a efectos que controle si se han cumplido con las formalidades del caso y si se ha obtenido el porcentaje de firmas necesario (Korzeniak, 2008).

- ¿Cuándo se realiza el plebiscito?

De acuerdo a lo establecido al final del literal C, los proyectos de reforma producto de los mecanismos de los literales A y B, se someterán a la ratificación plebiscitaria simultáneamente a las más próximas elecciones.

¿Qué debe entenderse, entonces, por las «más próximas elecciones»? ¿Son aquellas en las que rige la obligatoriedad del voto o puede incluirse aquellas de elección no obligatoria (elecciones internas)? ¿Es necesario que sean elecciones de circunscripción nacional, lo que dejaría fuera a las elecciones departamentales y municipales? ¿Y por qué no considerar las elecciones anticipadas producto de la caída del Parlamento por decisión del Presidente de la República (artículo 148 de la Constitución)?

A este respecto, nos inclinamos por sostener que deben ser instancias de asistencia obligatoria, previstas o previsibles de antemano, de circunscripción nacional, por lo que las «más próximas elecciones» serían las parlamentarias de octubre y la segunda vuelta de noviembre, en caso de producirse.

Se establece, además, que el proyecto debe presentarse con seis meses de antelación a esas más próximas elecciones. ¿Por qué esto? El constituyente quiso salvaguardar el conocimiento y la posibilidad de informarse de los ciudadanos, llamados a participar en esta instancia (Risso, 2005). Y la Constitución prevé aclara que se deberá plebiscitar «en documento separado y con independencia de las listas de elección».

- ¿Quiénes votan?

La Constitución establece que participan en esta instancia «los ciudadanos», por lo que de acuerdo con el principio que establece que donde no distingue el legislador -en este caso el constituyente- no debe distinguir el intérprete, debemos entender que se refiere a ciudadanos naturales y legales.

- ¿Cómo resulta aprobado?

El texto constitucional exige dos requisitos diferentes, que deben producirse en forma simultánea: mayoría absoluta de votos y que estos votos representen, por lo menos, el 35 % de los inscriptos habilitados a votar.

¿Qué se establece como mayoría absoluta? Mayoría absoluta es el entero mayor de la mitad. Analicemos un ejemplo: si 100 son los votos que se emiten, de los cuales 40

resultan ser por sí, 35 por no y 25 en blanco, los votos afirmativos resultan la mayoría frente a los votos por no (40 a 35) y frente a los votos en blanco (40 a 25), pero no frente a la suma de dichos votos (35 + 25 = 60). La mayoría absoluta resulta, entonces, cuando sumados sus oponentes, aún así los votos afirmativos continúan siendo mayoría. En el ejemplo, la mayoría absoluta se alcanza con 51 votos. Respecto la mayoría absoluta de votos, se exige que estos representen el 35% de los inscriptos habilitados a votar. Prevé aquí «inscriptos» y no ciudadanos inscriptos, por lo que cabe incluir a los electores no ciudadanos, lo que hace que el cálculo de este 35% se realice sobre un universo mayor que el que se utiliza para calcular el 10%, ahí sí de ciudadanos inscriptos habilitados para votar.

¿Por qué este doble requisito? Nuevamente, analicemos un ejemplo: supongamos que 100 son las personas habilitadas para votar y asisten 3 a votar, 2 votan por sí en el plebiscito y 1 vota por no. Resulta que 2 es mayoría absoluta de 3, por lo que, de no exigirse el porcentaje adicional, el plebiscito sería afirmativo y el proyecto resultaría aprobado con el evidente poco apoyo que resultó tener la iniciativa.

¿Por qué 35%? Esto parece surgir de un problema histórico. En la medida que el Registro Cívico Nacional era (y en parte continúa siendo hasta hoy) soportado en papel, la depuración a efectos de eliminar personas fallecidas o ausentes del país solía ser un proceso lento y complicado. Esto hizo que en su momento (Korzeniak, 2008), se calculara que un 15% de los inscriptos habilitados para votar, podrían, en realidad, estar fallecidos o ausentes del país. Las cuentas aquí resultan sencillas: mayoría es  $50\% + 1 - 15\% = 35\%$  (aproximadamente), porcentaje que exige la Constitución.

Quizás hoy, este porcentaje podría reconsiderarse.

- ¿Se ha utilizado?

Este mecanismo ha resultado aplicado en las reformas parciales de 1989, 1994 y 2004, además, en numerosas propuestas que no fueron plebiscitadas afirmativamente. Como ejemplos, baste citar los últimos dos plebiscitos realizados en las elecciones parlamentarias de octubre de 2009 en materia de voto epistolar y anulación de la ley de caducidad.

#### Submecanismo: Proyecto sustitutivo

Retomemos algo que comentamos al pasar, «la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras, podrá formular proyectos sustitutivos que someterá a la decisión plebiscitaria, juntamente con la iniciativa popular».

Señalamos ya que se consagran cuatro mecanismos de reforma y nos permitimos reafirmarlo, dado que no nos afiliamos a la postura que sostiene que los mecanismos son cinco (Korzeniak, 2008), ya que este mecanismo o submecanismo, como lo llamaremos, solo es posible en la medida que acontezca el de iniciativa popular, por lo que no existe por sí mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, analizaremos este proceso de la misma forma que los mecanismos de reforma puros a los efectos de su más clara comprensión.

- ¿Quién puede presentar el proyecto?

Es la Asamblea General la que puede presentar este o estos proyectos.

Debe realizarse en reunión de ambas Cámaras y es una facultad de la Asamblea General (podrá o no hacerlo) (Cassinelli, 1999).

La Constitución utiliza el plural –proyectos- por lo que queda claro que pueden presentarse varios, si la Asamblea General lo estima conveniente.

Se los denomina proyectos «sustitutivos» pero consideramos que lo más correcto sería llamarlos alternativos (Korzeniak, 2008) o aditivos (Risso, 2005) como proponen algunos profesores dado que la Constitución garantiza que, aún cuando la Asamblea General decida no presentar proyectos, el proyecto original creado por iniciativa popular, se plebiscitará de todas formas. En el caso que la Asamblea resuelva presentar proyectos, se plebiscitarán «juntamente con la iniciativa popular» por lo que en realidad estos proyectos no sustituyen a ningún otro.

- ¿Ante quién?

Se presenta o presentan al presidente de la Asamblea General, a los efectos que se debata/n y se apruebe/n.

- ¿Qué trámite se realiza?

Este se basa en la discusión y aprobación del proyecto. Rigen aquí las reglas de sesión y aprobación comunes de la Asamblea General.

- ¿Cuándo se realiza el plebiscito?

La Constitución establece, como ya comentamos, que estos proyectos se plebiscitarán juntos, por lo que corresponde, en este caso, aplicar el concepto de «más próximas elecciones».

Se establece aquí un plazo de antelación mínima de tres meses, a efectos de brindar tiempo suficiente a los legisladores para la redacción del o de los proyectos y de salvaguardar el conocimiento de los convocados a votar.

- ¿Quiénes votan?

Rigen las mismas reglas que para el proyecto del literal A.

¿Cómo resulta aprobado?

Son necesarios los mismos requisitos que en el proyecto de iniciativa popular.

- ¿Se ha utilizado?

Nuestra Constitución actual (1967), es producto de un proyecto sustitutivo, generado a consecuencia de la presentación de un proyecto de iniciativa popular.

### Mecanismo del literal B: Iniciativa legislativa

- ¿Quién puede presentar el proyecto?

Dos quintos de integrantes de la Asamblea General -esto es el 40%- pueden presentar un proyecto respecto del que no se aclara que deba redactarse en forma articulada, pero se considera que así debe proponerse (Korzeniak, 2008). Se entiende que los legisladores ya conocen las formas necesarias para los proyectos normativos, lo que no es esperable de los ciudadanos que presentan el proyecto en atención al literal A del artículo 331 de la Constitución.

- ¿Ante quién?

El presidente de la Asamblea General.

- ¿Qué trámite se realiza?

No está prevista la discusión. El presidente de la Asamblea General lo comunica a la Corte Electoral.

- ¿Cuándo se realiza el plebiscito?

Los comentarios realizados para el proyecto de iniciativa popular rigen para este caso.

- ¿Quiénes votan?

Aplican las mismas precisiones que las previstas para el caso anterior, dado lo establecido en el segundo inciso del literal B del multicitado artículo 331 de la Constitución.

- ¿Cómo resulta aprobado?

Corresponden los mismos comentarios que en el caso anterior.

- ¿Se ha utilizado?

Algunos proyectos han sido presentados de acuerdo a este mecanismo, pero no resultaron aprobados en el plebiscito.

#### Mecanismo del literal C: Convención Nacional Constituyente

Es, sin duda, el procedimiento más complejo y de mayor posibilidad de debate, pero no por esto el más democrático, dado que en nuestro país, esta nota es común a todos los procesos de reforma: los cuatro, finalizan con la consulta plebiscitaria.

- ¿Quién puede presentar el proyecto?

En puridad, aquí se trata de uno o varios proyectos de iniciativa para la reforma de la Constitución.

Tienen iniciativa cualquier senador o representante y el Poder Ejecutivo.

Si se debate un anteproyecto de reforma, y no resulta aprobado por la mayoría absoluta necesaria, establece nuestra Constitución que este no puede presentarse hasta la siguiente legislatura.

- ¿Ante quién?

Se presenta ante el presidente de la Asamblea General quien debe promulgarlo.

Se establece un plazo de 90 días dentro de los cuales el Poder Ejecutivo convocará a elecciones, a los efectos de conformar la Convención.

- ¿Qué trámite se realiza?

Este anteproyecto debe publicarse para que la ciudadanía lo conozca.

Las elecciones para los miembros de la Convención deberán realizarse en la fecha indicada en el mismo anteproyecto. Regirán las reglas de elección de los representantes nacionales, se elegirá el doble número de convencionales que de

legisladores y el doble número de suplentes (siendo 130 legisladores, serán 260 convencionales y 520 suplentes).

La Convención tiene plazo de un año para instalarse desde que es elegida y luego un año más para su actuación.

Pueden aprobarse uno o más proyectos, lo que se verifica por mayoría absoluta de convencionales. Estos proyectos deben comunicarse al Poder Ejecutivo a efectos que también se publiquen.

Si fueran varios proyectos, el Cuerpo Electoral se pronunciará en hojas separadas por cada uno de ellos, aunque agrupados por la Convención si por la naturaleza y temática de los proyectos se requiere un pronunciamiento conjunto. Se establece que un tercio de convencionales puede pedir la presentación por separado de un proyecto.

- ¿Cuándo se realiza el plebiscito?

Existe aquí una diferencia con los casos anteriores. En este, el plebiscito se realiza en la fecha en la que la Convención lo establezca.

- ¿Quiénes votan?

La Constitución menciona a «los electores» y nada dice sobre si deben o no ser ciudadanos.

Korzeniak (2008) entiende que los electores no ciudadanos, no pueden participar en estas instancias, de acuerdo a lo que expresa el literal E del artículo 331 de la Constitución, en cuanto dice «ciudadanos» y refiere a todos los literales anteriores. En el mismo sentido, Cassinelli (1999).

Por su parte, Risso (2005), considera que los electores no ciudadanos están llamados a concurrir en este caso debido a que en los literales anteriores el texto constitucional los excluye expresamente y a que estos se encuentran comprendidos en el concepto de electores.

- ¿Cómo resulta aprobado?

Se exige en este caso mayoría (no se prevé que sea absoluta) y que represente, al menos, el 35% de los ciudadanos inscriptos habilitados a votar.

Respecto de la mayoría, considera Korzeniak (2008) que dado que no se establece condición alguna, deberá ser mayoría simple.

Se presenta aquí la particularidad que el 35% se calcula sobre el total de los ciudadanos inscriptos habilitados para votar por lo que el cálculo del universo es relativamente menor del previsto para los literales A y B del artículo 331.

- ¿Se ha utilizado?

Este mecanismo, tal y como se lo prevé en la actualidad, no se ha utilizado nunca, aunque existen en nuestra historia antecedentes claros de esta Convención, como la «Grande Asamblea» que mencionábamos supra.

#### Mecanismo del literal D: leyes constitucionales

El nombre de este mecanismo ha generado algunos problemas prácticos.

Debemos dejar en claro, por tanto, que la ley constitucional es una etapa del proceso de reforma (Korzeniak, 2008), de la que podrá resultar un acto constitucional (Cassinelli, 1999).

Nada tiene que ver con aquella norma elaborada por el Poder Legislativo conforme al procedimiento establecido en los artículos 133 y siguientes de la Constitución.

- ¿Quién puede presentar el proyecto?

Cualquiera de los representantes y senadores puede presentar el proyecto.

¿El Poder Ejecutivo puede presentar un proyecto? En principio, nos inclinamos por sostener que no, dado que la Constitución no lo establece. El Poder Ejecutivo es mencionado expresamente en el literal C pero no en el literal D (Risso, 2005).

En la práctica, la discusión carece de trascendencia dado que basta con que el Poder Ejecutivo le solicite a cualquier legislador de su sector político que presente el proyecto para que la eventual imposibilidad normativa se soslaye.

- ¿Ante quién?

El proyecto se presenta ante las Cámaras. Se debe aprobar en cada una de ellas por 2/3 de votos (66 y 21 votos, Cámara de Representantes y de Senadores, respectivamente), dentro de una misma legislatura.

Puede discutirse si la Asamblea General está o no habilitada a resolver diferencias entre ambas Cámaras, tema en el que también nos inclinamos por la postura negativa, dado que se prevé esta posibilidad en el proceso de elaboración de la ley pero no en el caso en estudio (Korzeniak, 2008).

- ¿Qué trámite se realiza?

Es similar al trámite de elaboración de la ley, en cuanto que requiere la aprobación de ambas Cámaras. Se prevé además que exista una comunicación al Poder Ejecutivo para su publicación.

- ¿Cuándo se realiza el plebiscito?

Se realiza en la fecha que establezca la propia ley constitucional.

- ¿Quiénes votan?

Se establece aquí que «el electorado convocado especialmente», por lo que cabe la misma discusión que para el mecanismo anterior, respecto de si los electores no ciudadanos participan o no de este acto.

- ¿Cómo resulta aprobado?

Es necesaria la mayoría absoluta de votos emitidos, sin agregar la Carta Magna que se requiera que estos representen porcentaje alguno de los inscriptos en el Registro Cívico Nacional.

Se prevé, luego, la promulgación por parte del presidente de la Asamblea General.

- ¿Se ha utilizado?

Mediante este mecanismo se aprobó la Constitución de 1952 y la reforma de 1997 a nuestra Constitución actual.

### Caso especial

Nuestra Carta en el literal E del artículo 331 prevé, además, una hipótesis especial: la reforma en la «elección de cargos electivos», estableciendo que «al ser sometidas al plebiscito, simultáneamente se votará para esos cargos por el sistema propuesto y por el anterior», que no es otro que el sistema vigente a la fecha en la que la reforma se plebiscita.

Este caso ocurrió en nuestra historia, en 1971.

Se proponía, en ese entonces, una reforma constitucional mediante la que se habilitaba la posibilidad de reelección del presidente de la República.

El entonces presidente Sr. Jorge Pacheco, se postuló como candidato a ese cargo, en caso que la reforma triunfara. Por tanto, existieron listas de votación con él como candidato a presidente y sin él. El final es conocido, la reforma no resultó aprobada y quien resultó electo fue su compañero de partido, Sr. Juan María Bordaberry (Gros, 2003).

### Bibliografía básica

Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.

Cassinelli, H. (1999). Derecho público. Montevideo: FCU.

Korzeniak, J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

Gros, H. (2003). Evolución constitucional del Uruguay. Montevideo: FCU.

## Ejercicio

Complete el siguiente cuadro:

REFORMA		Etapas						
		¿Quién presenta el proyecto?	¿Ante quién?	¿Trámite que realiza?	¿Cuándo se realiza el plebiscito?	¿Quiénes votan?	¿Cómo resulta aprobado?	¿Se ha utilizado?
Mecanismo de reforma	Iniciativa popular							
	Iniciativa popular – submecanismo proyecto "sustitutivo"							
	Iniciativa legislativa							
	Convención Nacional Constituyente							
	Leyes constitucionales							

- Se recomienda consultar el sitio web del Parlamento de la República del que pueden descargarse los textos constitucionales históricos.
- Recordemos además los siguientes conceptos claves en este tema:
  - Plebiscito.
  - Más próximas elecciones.
  - Electores no ciudadanos vs. ciudadanos.

## 9. VIGENCIA Y APLICABILIDAD INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN

### Vigencia de la Constitución. Concepto

La vigencia de una disposición es su capacidad para regular todas las situaciones que caigan bajo su condición de aplicación (Gascón, 1994).

Las normas nacen con una capacidad reguladora indefinida pero esta puede ser eliminada para el futuro por un acto contrario (Gascón, 1994).

Cabe precisar que las normas derogadas deben seguir aplicándose a las situaciones nacidas antes de su vigencia y no agotadas (ultractividad). La derogación limita temporalmente –sin anular- la esfera de aplicabilidad de las disposiciones derogadas (Gascón, 1994).

Sin embargo, se puede prever que las disposiciones regulen situaciones nacidas al amparo de una anterior, lo que se conoce con el nombre de retroactividad.

Ahora bien. La Constitución entra en vigencia en el momento previsto en el propio texto de la Constitución (por ejemplo, la disposición transitoria y especial letra A realiza previsiones al respecto de la enmienda constitucional de 1997) o puede no establecer nada al respecto.

### ¿La Constitución tiene efecto retroactivo?

La respuesta, *prima facie*, es negativa, porque el principio general es el que establece que los actos jurídicos no tienen efecto retroactivo, no se aplican al pasado, salvo disposición en contrario. Este principio es solidario con el de libertad (artículos 7 y 10 de la Constitución) y seguridad (artículo 7).

En consecuencia, la Constitución de 1952 fue derogada por la Constitución de 1967, sin efecto retroactivo, salvo que de la Constitución de 1967 resultara algo diverso.

Sin perjuicio de lo señalado, la doctrina ha puesto de relieve que ciertas materias imponen una solución diferente a la indicada, aunque no esté establecida a texto expreso. Es el caso de una norma que suprima un delito o que torne más leve una pena. Aunque, en general, las Constituciones no prevén delitos, así que no es sencillo imaginar un caso como el señalado.

Se ha sostenido que una lectura *pro* derechos humanos de la Constitución, conduce a sostener que esta temática no puede verse limitada por el concepto de vigencia, y que, en esta hipótesis, habrá que admitir la extensión de los efectos jurídicos de la norma constitucional hacia el pasado. Para apoyar esta postura se suele citar al artículo 72 de la Constitución.

### Influencia sobre las disposiciones anteriores. Artículo 329 de la Constitución

El artículo 329 de la Constitución dispone:

«Decláranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo».

Este artículo aparece en la Constitución de 1830 y buscó resolver el problema de sentar las bases de un orden jurídico que tenía como antecedentes el régimen de 1825

a 1830<sup>28</sup> y se apoyaba en la Convención Preliminar de Paz e implicaba la ruptura de toda relación de la República con los Estados respecto de los cuales nuestro territorio había estado vinculado: España, Provincias Unidas del Río de la Plata, Portugal, Brasil.

La disposición, con leves ajustes de redacción, se mantuvo en las Constituciones posteriores, a excepción de las reformas parciales y la de la Constitución de 1942, en las que no aparece reeditada.

El artículo se inicia con el verbo *declarar*, esto es, no se establece nada nuevo; se recoge una solución de principio.

¿Refiere a las Constituciones o leyes anteriores? De la letra de la Constitución resulta que refiere a las leyes anteriores.

Y señala que mantendrán su «fuerza y vigor» las leyes que hasta aquí «han regido» (esto es, no interesa si son válidas o no) y que no colidan con la Constitución por su contenido.

La referencia a «materias y puntos» lleva a la doctrina a decir que se ha producido un saneamiento respecto de los vicios de forma en que se hubiera incurrido en el procedimiento de elaboración de leyes.

¿Y si leyes anteriores que han regido coliden en su contenido con la Constitución? Entonces, han quedado derogadas.

Desde 1995 la Suprema Corte de Justicia considera que en caso de contradicción entre una ley y una norma constitucional de fecha posterior a la de la ley, estamos ante una hipótesis de derogación (y no de inconstitucionalidad), que puede ser resuelta por el juez de la causa.

### Disposiciones transitorias y especiales

En la Constitución de 1918 aparecen las disposiciones transitorias, las que están individualizadas con letras.

A partir de la Constitución de 1934 comienza a crecer su contenido.

A partir de 1942, se verifica la inclusión de disposiciones «especiales» (y en consecuencia aparece el título disposiciones transitorias y especiales).

En principio, las disposiciones constitucionales tienen vocación para durar en el tiempo indefinidamente por lo que están pensadas y redactadas de manera general y abstracta. Sin embargo, las disposiciones transitorias tienen una vigencia limitada en el tiempo y las especiales refieren a situaciones puntuales.

Algunas disposiciones transitorias y especiales ya no son necesarias pero siguen reiterándose en las sucesivas Constituciones. Así Korzeniak (2008) alude a un fetichismo respecto de estas disposiciones.

Respecto de algunas disposiciones transitorias y especiales (las introducidas en la enmienda constitucional de 1996, por ejemplo, letras W, X, Y, Z) se prevé que puedan ser reglamentadas por ley e incluso la ley puede modificarlas, total o parcialmente,

---

<sup>28</sup> A las normas materialmente constitucionales dictadas durante 1825-1830 suele conocerse bajo la denominación de preconstitución nacional.

porque lo establece la propia Constitución, sin perjuicio que dichas leyes puedan ser declaradas inconstitucionales.

Para algunos autores, la letra V tiene carácter permanente (ver infra).

#### Aplicabilidad inmediata. Vocación de efectividad

El principio es la aplicación inmediata de la Constitución, salvo que de la propia norma constitucional surja el condicionamiento.

La Constitución no es un mero programa, una promesa sino una disposición jurídica formal y materialmente eficaz, inmediatamente operativa, como resulta de su contexto y particularmente de su numeral 1 del artículo 181, numeral 1 del 275, 313, 329 y 332 (Cajarville, citando a Cassinelli, 2008).

La aplicabilidad inmediata no significa que la norma constitucional sea completa o precisa o que no pueda ser reglamentada o precisada. Significa que, aun pudiendo ser objeto de ulteriores desarrollos, es directamente operativa.

Sin embargo, la doctrina distingue las normas preceptivas y programáticas.

Ambas son válidas, pero tienen distinto grado de eficacia.

Las normas preceptivas son de aplicación inmediata, no necesitan del desarrollo del legislador y de ellas se infieren inmediatamente derechos y deberes.

A pesar de ser normas de aplicación directa, pueden tener elevado grado de concreción o no, e incluso pueden remitir a la ley (por ejemplo, el artículo 7 de la Constitución).

A continuación estudiaremos las normas programáticas.

Este tipo de normas nacen con el paso del Estado liberal de derecho al Estado social de Derecho (ver infra).

Biscaretti (1965) enseña que en los primeros años de vigencia de la Constitución italiana de 1947, la jurisprudencia y la doctrina distinguían tres categorías de normas constitucionales: 1) obligatorias o preceptivas, de aplicación directa, porque eran suficientemente completas en sus enunciados y, por tanto, capaces de abrogar normas precedentes de contenido contrario; 2) obligatorias o preceptivas, de no aplicación inmediata porque estaban condicionadas en su aplicación a la existencia de instituciones que todavía no funcionaban o de otras normas aún no dictadas; y 3) directivas o programáticas encaminadas especialmente -pero no únicamente- al futuro legislador.

Se afirmaba que las normas programáticas eran simples compromisos. Se hacía depender su eficacia de los programas de los partidos políticos que gobernarán el Estado. Se trataban de meras intenciones y promesas hechas por el constituyente que solo se realizarían de considerarlo conveniente la mayoría de turno.

Entre nosotros, Gros (2005) ha señalado que estas normas no están dirigidas directamente a la afirmación de derechos y deberes inmediatamente exigibles por los individuos, sino que son normas que imponen una obligación de hacer al Estado o que autorizan al legislador para que establezca, realice o cumpla un determinado programa, especialmente en materia institucional, económica, social o humana.

Pérez Pérez (1995) entiende, además, que si bien la distinción mencionada se hace con relación a las disposiciones de carácter no organizativo, puede referirse, también, a las de carácter organizativo.

Desde otra perspectiva, podría entenderse que las normas programáticas refieren a derechos y/o deberes de modo implícito, básicamente de carácter social y están encaminadas a alcanzar la igualdad real o material<sup>29</sup>.

Se ha conectado derecho con política (bajo la forma de directrices o normas programáticas).

¿Qué pasa si no se dicta la norma de rango inferior?

No sucedería nada. El legislador no tiene límite temporal; es un sistema orgánico político. Y tampoco podría hablarse de responsabilidad porque se trataría de una responsabilidad de todo el Poder Legislativo, y no está previsto un tipo de responsabilidad de esas características (la responsabilidad prevista para los legisladores es individual: juicio político, desafuero, remoción, entre otras). Por tanto, no existen mecanismos para hacerla efectiva.

Por su parte, Risso (2005) considera que las normas programáticas, al menos, sirven como interpretadoras de las disposiciones que tengan relación con ellas, y que, en algunos casos, hasta puede llegarse a su aplicación directa.

El autor (2005) admite la siguiente eficacia de las normas programáticas:

- Implican fines generales que deben ser tenidos en cuenta al interpretar el ordenamiento jurídico y en la interpretación contextual de otras normas constitucionales.
- Tienen efectos derogatorios sobre actos jurídicos que se opongan a lo que la norma constitucional encomienda.
- Las leyes que contradicen su contenido pueden ser declaradas inconstitucionales.

---

<sup>29</sup> En general, la doctrina ha distinguido la igualdad formal o de trato (regulado en la Constitución, artículos 8 y 9) y la igualdad real o material.

El principio de la igualdad formal supone que todas las personas deben recibir igual trato y protección de la ley.

También deduce de él el principio de imparcialidad.

El principio de igualdad ha tenido desarrollos particularizados, tales como igualdad ante los reglamentos, igualdad ante las cargas públicas, igualdad ante los servicios públicos, igualdad de acceso a los cargos públicos (respecto de este último: Constitución, artículo 76).

En cuanto a la igualdad material, ella parte del reconocimiento de graves situaciones de desigualdad real, esto es, de relevantes desigualdades en aspectos económicos, sociales y culturales entre las personas que se traducen en un desequilibrio en el acceso a bienes, recursos o servicios y supone modelos de igualdad entre los individuos en los planos citados.

Este aspecto, lleva, de la mano, a otra problemática: la de la legitimidad de la legislación por clases o grupos. Korzeniak ha señalado que, atento a lo establecido en el artículo 8 de la Constitución, la ley no puede legislar para grupos o clases de personas, hacer distinciones, salvo que tales grupos o clases o distinciones se deriven de talentos o virtudes (artículo 8) o tengan su fundamento en otras normas constitucionales (por ejemplo, artículos 46, 50, inciso 1 del 53, 59 y ss. y 232 de la Constitución) y que el contenido de la ley en cuestión debe adecuarse al contenido y espíritu de la normativa constitucional.

Alguna doctrina extranjera, admite que las normas programáticas son normas inmediatamente eficaces.

El multicitado artículo 332 de la Constitución establece que, respecto de las normas que señala, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación.

¿A qué falta de reglamentación refiere? A la falta de legislación que desarrolle la normativa constitucional.

Ahora bien: ¿A qué normativa constitucional alcanza? ¿Esta disposición abarca a las normas preceptivas o a las normas preceptivas y programáticas?

#### ¿A qué normativa constitucional alcanza?

La Constitución refiere a preceptos, expresión que ha conducido a entender que la aplicación directa de la Constitución, aún a falta de reglamentación, alcanza solamente a las normas preceptivas, no a las normas programáticas.

Pero tampoco refiere a cualquier tipo de preceptos sino a los que «reconocen derechos a los individuos así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas».

La doctrina nacional, frecuentemente, ha distinguido entre derechos reconocidos o preexistentes a la Constitución y derechos consagrados en la Carta.

Esta terminología podría llevar a dudar si todos los preceptos referidos a derechos de los individuos están comprendidos por el artículo 332, o si esta disposición solo alcanza a los reconocidos por la Constitución.

La referencia a los «derechos de los individuos» ha conducido a pensar que alude a derechos individuales exclusivamente, y no a los derechos económicos, sociales y culturales ni a los derechos de la colectividad (derecho a un medioambiente adecuado, derecho a la paz).

Cagnoni (2006) ha sostenido que, en general, las normas del Capítulo II de la Sección II parecen no encartar en el supuesto de hecho del artículo 332 de la Constitución.

¿Cómo se colma la falta de reglamentación?

Sin un orden o preferencia, el artículo 332 de la Constitución establece tres posibilidades: los fundamentos de las leyes análogas, los principios generales de derecho y las doctrinas generalmente admitidas.

La referencia a los fundamentos de las leyes análogas debiera entenderse a leyes nacionales dictadas por razones análogas a las que debieran inspirar la regulación de la hipótesis no prevista.

En cuanto a los principios generales de derecho, como ha destacado nuestra doctrina, corresponde atenerse a los principios generales del derecho uruguayo que están reconocidos en el texto constitucional (Cajarville, 2008). No sería admisible recurrir a principios monárquicos, marxistas, ni a ningún otro que no sea recogido como tal por nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

En términos similares, las doctrinas más recibidas o aceptadas, son aquellas respecto de las que existe consenso en la comunidad jurídica nacional.

Ahora bien, ¿el contenido del artículo 332 de la Constitución es meramente reiterativo de un principio general o tiene una razón de ser propia?

En principio, no podría concluirse que las disposiciones constitucionales no comprendidas en el supuesto de hecho del artículo 332 de la Constitución no son susceptibles de aplicación inmediata, ya que en este caso se estaría efectuando una interpretación a contrario sensu y el resultado de dicho razonamiento coludiría con un principio general, lo que invalidaría el razonamiento.

El artículo 332 establece una solución especial y de la cual, dentro del ámbito de aplicación de la disposición, no corresponderá apartarse. Si el precepto no reglamentado, en cambio, no cae dentro de las hipótesis del artículo 332 (no reconoce derechos a los individuos ni atribuye facultades ni impone deberes a las autoridades públicas), a los efectos de la integración del ordenamiento jurídico inferior, el operador tendrá una flexibilidad mayor, y podrá, por ejemplo, recurrir a otras soluciones.

¿Esta disposición abarca a las normas preceptivas o a las normas preceptivas y programáticas?

Otra opción interpretativa sería entender que el artículo 332 de la Constitución se aplica a las normas preceptivas y programáticas, así como alcanza a los derechos individuales y a los sociales.

Haciendo énfasis en la expresión «que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas», se podría entender que si las autoridades públicas no han reglamentado las disposiciones a que refiere el supuesto de hecho del artículo 332 de la Constitución en los términos que hemos señalado en este apartado, «las autoridades públicas» están incumpliendo deberes que la Constitución les ha impuesto.

Incluso, hay autores que entienden que la omisión del legislador o de la autoridad pública a la que corresponda la reglamentación de las normas programáticas implica una violación de la Constitución por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Carta<sup>30</sup>. Frente a esta omisión se presentan al interesado dos caminos:

- la solicitud al juez competente para que ordene al órgano que corresponda el dictado de la reglamentación que falta (acción de amparo); y
- la vía de la responsabilidad del Estado ante la violación por omisión de la Constitución (artículo 24).

---

<sup>30</sup> Korzeniak en contra. El deber ha sido impuesto al Poder Legislativo y no existe responsabilidad constitucional prevista para un sistema orgánico sino para los soportes de órgano aisladamente (por ejemplo: remoción, desafuero, juicio político).

### Bibliografía básica

- Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.
- Cassinelli, H. (1999). Derecho público. Montevideo: FCU.
- Correa, R. (2007). Derecho constitucional contemporáneo. Montevideo: FCU.
- Gascón, M. (1994). Cuestiones sobre la derogación. Doxa 15-16.
- Korzeniak, J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho Constitucional. Montevideo: FCU.
- Pérez Pérez, A. (1995). Derecho Constitucional Uruguayo. Montevideo: Editorial Universidad.
- Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

- Biscaretti, P. (1965). Derecho constitucional. Madrid: Editorial Tecnos.
- Cassinelli, H. Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad? Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T. 55.
- Gros, H. (2005). El Estado democrático y social de derecho y el sistema económico en la Constitución uruguaya. Liber Amicorum Discipulorumque Homenaje al Profesor José A. Cagnoni. Montevideo: FCU.
- Ongay, M y Sobrino, N. (2005). Aplicación directa de las normas programáticas. En: Liber Amicorum Discipulorumque Homenaje al Profesor José A. Cagnoni. Montevideo: FCU.
- Saettone, Mariella. (2005). El Estado de derecho y los derechos económicos, sociales y culturales. Liber Amicorum Discipulorumque Homenaje al Profesor José A. Cagnoni. Montevideo: FCU.

## Ejercicios

### I) Preguntas.

¿Qué consecuencias traería que no se reeditara en cada reforma constitucional total el texto del artículo 329 de la Constitución?

¿Qué consecuencias trae que no se reedite en cada reforma constitucional parcial o enmienda el texto del artículo 329 de la Constitución?

### II) Resuelva los siguientes casos prácticos.

1. En el año 1954 se dicta una norma legal que contradice en su contenido a la Constitución de 1952 pero no a la Constitución de 1967. En el año 2008 se plantea una cuestión judicial que refiere a hechos ocurridos en el año 1958. ¿Cuál es la normativa aplicable y por qué?

2. En el año 1954 se dicta una norma legal que contradice en su contenido a la Constitución de 1952 pero no a la Constitución de 1967. En el año 2008 se plantea una cuestión judicial que refiere a hechos ocurridos en el año 1970. ¿Cuál es la normativa aplicable y por qué?

3. En el año 1954 se dicta una norma legal cuyo contenido es compatible con la Constitución de 1952 pero contradice la Constitución de 1967. En el año 2008 se plantea una cuestión judicial que refiere a hechos ocurridos en el año 1958. ¿Cuál es la normativa aplicable y por qué?

4. En el año 1954 se dicta una norma legal cuyo contenido es compatible con la Constitución de 1952 pero contradice la Constitución de 1967. En el año 2008 se plantea una cuestión judicial que refiere a hechos ocurridos en el año 1970. ¿Cuál es la normativa aplicable y por qué?

### III) Reflexione sobre lo que sigue.

El artículo 44 de la Constitución ¿es una norma preceptiva o programática? Analice todos los incisos de la disposición. Fundamente la respuesta.

El artículo 45 de la Constitución ¿es una norma preceptiva o programática? Analice todas las expresiones empleadas por el constituyente. Fundamente la respuesta.

IV) Analice los argumentos de la Suprema Corte de Justicia en las siguientes sentencias y la evolución de su postura.

A) Sentencia de 2 de mayo de 1991. Inconstitucionalidad. Suprema Corte de Justicia. LJU Caso 11793. Tommasino y Addiego (redactores).

Vistos:

Para sentencia definitiva, los autos seguidos a L V A contra Banco de Previsión Social. Inconstitucionalidad (F. 237/90), venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia.

Resultando:

I. Que el actor promovió la declaración de inconstitucionalidad por vía de acción, con relación al a. 4.º de la L. 15900 (de 21/X/1987), por reputación violatoria, en cuanto al contenido, del a. 67 inciso 2.º de la Constitución (fs. 11 -14).

II. Conferido traslado de la acción intentada (f. 15-16v.), fue evacuado por el señor Fiscal de Corte, quien estimó que correspondía acoger la pretensión del actor (f. 22 y v.).

III. El Banco demandado evacuó el traslado, solicitando el rechazo de la acción (fs. 2 - 26). Y citadas las partes (fs. 23), fue acordada sentencia en la forma legalmente prevista (fs. 29-30).

Considerando:

I. Que antes de juzgar el mérito de la cuestión de inconstitucionalidad promovida en autos, la mayoría de la Corporación reputa necesario formular la siguiente precisión.

La firme presunción de regularidad constitucional, que genéricamente se atribuye a las leyes, desaparece en este proceso, en virtud de que la norma constitucional que se pretende vulnerada ha sobrevenido a la ley impugnada.

Normalmente, cuando el Parlamento ejerce su función de legislar, es comprensible que, como máximo intérprete de la Carta (a. 85, num. 20), y en acatamiento de sus preceptos, lo haga compatibilizando los textos legales con ella.

Ese supuesto no se verifica cuando adviene un nuevo texto constitucional y se trata de establecer si armoniza o no con una ley precedente. No se trata, entonces, de una hipótesis como la descrita supra en que el Legislador deba respetar la normativa constitucional vigente, o de que las nuevas leyes la interpreten.

En el subcausa, por consiguiente, no es aplicable presunción alguna: tan solo se debe confrontar ambos preceptos para determinar si armonizan entre sí, y, si es posible, una interpretación que autorice la simultánea vigencia de ambos.

II. Es conocida la posición doctrinaria recogida también en algunos pronunciamientos jurisdiccionales que postula, en caso de oposición superviniente entre un texto legal y una norma constitucional ulterior, la derogación tácita de la norma legal por la constitucional posterior y, por ende, la improcedencia de una declaración de inaplicabilidad por parte de la Suprema Corte de Justicia.

Esta postura sustentada en la especie por los Ministros discordes no ha sido la tradicionalmente acogida por la Corporación, cuando el tema fue motivo de expresa decisión, sin desconocer su ínsita opinabilidad. Basta remitirse a los fallos N°. 11, de 20-II-1957 (publicado en la Rev. D.J. y A. t. 55, pág. 157-209) y 250, de 22-IX-1965.

En ellos (y con sendas discordias sobre el punto, de los Ministros Macedo y Cerdeiras), la Suprema Corte ha defendido la tesis de la no derogación y de su competencia exclusiva en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto de normas legales en pugna con normas constitucionales ulteriores.

Y esta tesitura que la mayoría actual de la Corporación comparte se traduce en los argumentos formulados en las sentencias aludidas, de los cuales, para evitar innecesarias reiteraciones, se habrán de mencionar solo las atinentes al extremo controvertido, primordiales para la resolución del mismo.

Así, después de aludir a las legítimas dudas expresadas por Jiménez de Aréchaga sobre la evidencia del contraste normativo entre el nuevo texto constitucional y las

normas anteriores, que origina zonas grises en el plano de la incompatibilidad ( «La Constitución Nacional», pág. 193), señala en el primero de los fallos citados:

«...mientras la Corte no reconoce y declara la existencia de tal contraste normativo, no puede dejarse de aplicar la ley porque colida con la Constitución, ya que ninguna otra autoridad fuera de la Corte y por el procedimiento establecido por la Constitución puede formular tal declaración de inaplicabilidad concreta de la ley al caso en decisión.»

«Si las leyes ordinarias anteriores a la Constitución y que con ella actualmente coliden o son contrastantes, quedan sujetas al contralor de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia, y solo a virtud de la sentencia que esta dicte declarando su actual inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, con efecto exclusivo al caso concreto y en el procedimiento en que se haya pronunciado, ello mismo está demostrando que, hasta ese instante, las leyes ordinarias que coliden o contrastan con la Constitución en su contenido, están en vigencia y hasta el pronunciamiento de la Corte no han sido objeto de derogación tácita, ni pueden serlo con él.»

«La Corte estima que siempre que esté comprometido el examen de la norma constitucional y la adecuación de una ley a la misma, no existe otro procedimiento que el de la inconstitucionalidad de la ley, ni otra competencia para decidirlo que la privativa y específica de la Corte, sin distinguir entre inconstitucionalidad originaria y superviniente, pues sería absurdo admitir, en la unidad del orden jurídico, la coexistencia de dos principios constitucionales, uno expreso y el otro implícito, en perfecta antítesis entre sí.»

En coherencia con esa línea argumental, cabe reiterar que la Constitución (a. 257), así como la L. 13747 en su momento (a. 2), y, actualmente el Código general del proceso (a. 510, 514 y ss.), le han asignado a la Suprema Corte de Justicia el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia. Con lo cual se está procurando evitar deliberadamente que todos los Jueces posean jurisdicción en el tema (como sucede en otros países).

Y, asimismo, prevenir que, sobre el mismo punto controvertido, acerca de la posible inconstitucionalidad de una norma legal, recaigan soluciones diversas y hasta contradictorias en claro desmedro de la unívoca interpretación que la Ley Fundamental reclama, consagrada expresamente por nuestro régimen vigente.

Por último, es menester señalar que, según lo acostumbrado, cada vez que se reforma la Constitución (por ejemplo a. 148, Constitución de 1830; a. 174, Constitución de 1918; a. 282, Constitución de 1934; a. 279, Constitución de 1942; a. 329, Constitución de 1952 y de la vigente), se declara «en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución...»

En la reforma del a. 67 de la Carta no se incluyó disposición alguna sobre el punto. De tal modo que no es lícito reputar que las leyes afines hayan sido derogadas tácitamente por el nuevo precepto constitucional, toda vez que no existe alusión alguna a una oposición o incompatibilidad directa o indirecta entre aquel y cualquier ley anterior sobre la materia.

III. El demandante acreditó satisfactoriamente su interés directo, personal y legítimo, como sustento de su acción, al justificar su condición de jubilado (fs. 1-10).

La reforma del a. 67 de la Carta, operada en virtud de la aprobación plebiscitaria del 26-XI-1989, dispuso imperativamente que los ajustes de las asignaciones de pasividad no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios; lo cual, para el primer ajuste, ratificó el aditivo V a las disposiciones transitorias de la Constitución.

En consecuencia, si el aumento de asignación dispuesto para una pasividad es inferior a la variación referida por aplicación de un texto legal, este es violatorio de la Carta y, por ende, debe ser declarado inaplicable.

Ante tal conclusión, la defensa expuesta por el Banco de Previsión Social no es de recibo.

Por un lado, el a. 67 de la Constitución, en su inciso 1o. y en un contexto de carácter programático, prevé que las jubilaciones generales y seguros sociales deben ser organizados en forma de garantizar «retiros adecuados y subsidios», así como, en caso de muerte, la pensión correspondiente».

El a. 4o. de la L. 15900, por su parte, establece un tope a los aumentos, disponiendo que «solo se liquidarán, hasta alcanzar el monto mensual equivalente a quince salarios mínimos nacionales».

La citada norma constitucional, pues, consagra actualmente, por obra de la reciente reforma, un régimen imperativo de reajuste de pasividades, en función de la variación del Índice Medio de Salarios. Y como tal debe aplicarse.

La propia cronología de la sanción del nuevo texto así lo confirma. Si existió una voluntad expresa de la ciudadanía en añadir el nuevo inciso a la Carta Fundamental (concerniente al reajuste de pasividades) no es lógico afirmar que no se aplica dicho precepto en virtud de lo dispuesto por el inciso 1o. Porque si ello fuere así, la aprobación del nuevo inciso resulta-ría superflua e inútil. Lo cual contraría expresamente la decisión plebiscitaria del Cuerpo Electoral, que quiso incorporar deliberadamente ese nuevo texto.

Y, a mayor abundamiento, el Banco de Previsión Social no logró acreditar que la actualización operada en virtud de la nueva norma no fuese adecuada, si es que se pretende revalidar lo preceptuado en el mencionado inciso 1 del artículo 67. La pretendida inadecuación de la nueva pasividad no resulta, pues, demostrada en la especie, sea en el plano general o en el individual.

IV. En la situación planteada, es evidente que la variación del mencionado Índice Medio de Salarios puede diferir, sustancialmente o no, del monto del salario mínimo nacional. Esto ya ha ocurrido respecto de pasividades y retiros de cierto monto, como lo demuestra el actor con los recibos glosados a la demanda, no impugnados por la parte demandada.

Todo lo cual revela que, de cumplirse la ley, se desatiende lo que la Constitución prescribe: como resulta de una mera compulsa numérica, en base a los recibos agregados.

Solo en el supuesto de que el salario mínimo nacional variase periódicamente en forma idéntica a como lo hace el Índice Medio de Salarios, esto es, solo en el caso de

que al variar ambos parámetros, las asignaciones de pasividad se actualizaran de modo tal que no sufrieren rezago, y se mantuvieron aumentos no inferiores a la variable media de salarios, dejarían de oponerse las mencionadas normas.

No obstante, no es esto último lo que ocurre, puesto que, como es sabido, el salario mínimo fluctúa en orden a determinadas pautas, y el índice medio de salarios, según otras muy diversas.

Ello es lo que acontece en la especie revelando la colisión del citado a. 4°. de la L. 15900 con el a. 67 de la Carta. Por el juego del anotado desajuste, el sueldo de pasividad deja de ser un «retiro adecuado» como lo quiere la Ley Fundamental cuando, al cabo de aportar al sistema de seguridad social durante toda una vida, los ingresos del trabajador se ven reducidos por un precepto legal que desvanece y burla abruptamente sus justas expectativas, condenándolo a un nivel de vida marcadamente inferior al que le corresponde por Derecho propio.

Todo lo cual, y en función de la transgresión de la norma constitucional, conduce al amparo de la pretensión instaurada y, por ende, a la inaplicación de la disposición legal impugnada, en el caso concreto (artículo 259 Constitución; artículo 520 y 521 Código general del proceso).

Por tales fundamentos, la opinión concordante del señor Fiscal de Corte, y lo prescrito por los artículos 520, 521 y 522, Código general del proceso, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría, FALLA:

Declárese inconstitucional el artículo 4 de la Ley N°. 15900, de 21 de octubre de 1987, y por tanto, inaplicable al actor en cuanto a la pasividad servida por el ente demandado.

Líbrense mensaje al Poder Legislativo, con transcripción de esta sentencia, a sus efectos.

Las costas, en el orden causado, siendo de oficio las correspondientes a la parte demandada.

Al efecto fiscal, fíjase en N\$ 500.000. el honorario del letrado del actor.

Expídanse los testimonios que se solicitaren y, oportunamente, archívese.

Tommasino (redactor) García Otero Addiego Bruno (redactor)

Maraboto Lúgaro y Torello, DISCORDES.

Porque entendemos que la Corporación carece de competencia, por no tratarse de un caso de inconstitucionalidad. Para lo que nos basamos en los siguientes argumentos, muy brevemente expuestos:

A) En el caso, se aduce la inconstitucionalidad de una norma legal (artículo 4°. de la ley N°. 15900, de 21 de octubre de 1987) por presunta colisión con lo dispuesto por el artículo 67 de la Constitución (en la redacción resultante de la reforma constitucional plebiscitada el 26 de noviembre de 1989). Lo que llevaría a entender que debe ser procesada conforme a la normativa prevista por la propia Carta Fundamental (artículo 256) y por la ley reglamentaria (Ley No. 13747, de 10 de junio de 1969; actualmente, Código general del proceso, arts. 508 y ss.).

Pero como el problema consiste en decidir si la norma constitucional posterior operó o no la derogación de la norma legal anterior, no se trata, naturalmente, de una cuestión propia de la competencia privativa de la Suprema Corte de Justicia; sino, en cambio, de una cuestión que ingresa en el ámbito de la competencia del órgano jurisdiccional que deba conocer de las reclamaciones que entienda procedente formular la parte actora. Es ante ese órgano competente para que el demandante logre la obtención de la satisfacción o el reconocimiento del Derecho o interés que crea le asiste, donde corresponde introducir el tema de la colisión entre ambas normas y es a él a quien le compete decidirlo.

B) Si el ordenamiento jurídico es un orden jerárquico de normas, es lógico y además razonable afirmar que la posterior, pero de rango superior, deroga a la anterior y de rango inferior. Como se ha señalado, «El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley). La aplicación de este principio es esencial para que funcione la delegación del poder...» (Carlos Santiago Nino: Introducción al análisis del Derecho, pág. 275; Cf. Luis Recasens Siches: Filosofía del Derecho págs. 291 y ss.; Eduardo García Maynez: Introducción al estudio del Derecho, pág. 83; y Saúl D. Cestau: Contribución al estudio del Derecho Civil Uruguayo, I, pág. 212).

De ello es aplicación lo dispuesto en el artículo 329 de la propia Constitución, aunque no establezca ni determine, cuál es el órgano competente al efecto. Razón por la que se comparten estas expresiones: «El artículo 329, al estatuir sobre la vigencia de las leyes anteriores, deja como resultante una regla de derogación. Nada dice este artículo sobre la competencia para declarar la derogación en casos determinados. Por eso tiene razón Massera al afirmar que el artículo 329 no puede servir para cercenar la competencia establecida en otro artículo. Pero vemos al nudo: queda sin demostrar que el otro artículo (el 256) establezca la competencia de la Corte en materia de derogación de leyes por constituciones» (Horacio Casinelli Muñoz: Oposición superviniente: ¿derogación o in-constitucionalidad?, en Rev. D.J. y A., t. 55, págs. 257 y ss.).

C) Esta es, por otra parte la posición que mayoritariamente defiende la doctrina nacional y que ha recibido, incluso, el apoyo de parte de la jurisprudencia vernácula. A esos argumentos nos remitimos, por razones de brevedad: Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de fechas 28/VII/54; 2/IX/54 (R D J A t. p. 183/204); 12/VI/68 (R D J A.; t. 67, p. 291/292 y 18/VI/90 (R U D C P. t. VII; No. 38; p. 142/143 que suscribiera), así como a lo ex-presado en las discordias de Macedo (R D J A; t. 55; p. 193/209) y Cerdeiras (R D J A , t. 65; p. 98) en ocasión de dictarse sentencias sobre el punto por esta Corporación y a las opiniones doctrinarias de Justino Jiménez de Aréchaga ( «La Constitución Nacional»; t. X; p. 190/193), Supervielle (en «Estudios jurídicos en memoria de J.J. Amézaga»; p. 431 /482); Cassinelli (op. cit. 157/209; t. 65; p. 94/98); Gros Spiell (R D J A; t. 52; p. 183/196; Esteva Gallicchio (R.D.J.A.; t. 74; p. 151; R.U.D.C.P.; t. VII; No. 38; p. 172/173).

B) Sentencia de 27 de agosto de 1995. Inconstitucionalidad. Suprema Corte de Justicia. LJU Caso 12430. Torello (redactor).

Vistos:

Para sentencia estos autos caratulados: «Rissotto Chizzone, José Antonio c/ Ministerio del Interior, Inconstitucionalidad», Ficha N°. 3395/92.

Resultando:

I) Que se promueve por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 4°. de la ley 13793 de 24 de noviembre de 1969, por entender que viola el artículo 67 inciso 2o. de la Carta, en la redacción dada por la reforma plebiscitada el 26 de noviembre de 1989.

El promotor justifica su interés directo, personal y legítimo, acreditando ser retirado policial y percibir una pasividad cuyo monto asciende a N\$ 556.500 (nuevos pesos quinientos cincuenta y seis mil quinientos).

Expresa que dicha pasividad ha sido regulada hasta el presente por el Servicio de Retiros y Pensiones Policiales, de acuerdo al régimen previsto por el artículo 4 de la referida ley 13793.

La no aplicación del artículo 67 de la Constitución, le causa serios perjuicios económicos por utilizar un régimen de movilidad y oportunidad de aplicación discriminatoria con los demás pasivos en general ya que la referencia del inciso 2°. del artículo 67 de la Constitución a «jubilaciones generales» no excluye los retiros policiales y/o militares, desde que el constituyente utilizó los vocablos «jubilación» y «retiros» con igual significación formal y sustantiva.

II) Que la Corporación dio ingreso a la pretensión de inconstitucionalidad y de la misma confirió traslado (fs. 6) el que no fue evacuado.

III) Que conferida vista al Sr. Fiscal de Corte, dictaminó aconsejando, por los fundamentos que expuso, se declare la inconstitucionalidad solicitada; finalmente se convocó a las partes para sentencia, acordándose la misma en forma legal y oportuna.

Considerando:

I) En estos autos se moviliza una pretensión de declaración de inconstitucionalidad y consecuente inaplicabilidad de una disposición legal, por colidir con una norma constitucional sancionada en fecha posterior a aquella en que fuera promulgada la primera.

No se aduce, consiguientemente, que el acto legislativo vulnere alguna de las normas o principios constitucionales vigentes en la época de su sanción, sino su colisión con un preciso texto constitucional superviniente.

La cuestión no es, ciertamente, novedosa; fue planteada ante los órganos de la jurisdicción cuatro décadas atrás, dando motivo a un múltiple y exhaustivo análisis tanto doctrinario como jurisprudencial.

En la presente circunstancia, la Suprema Corte de Justicia, con su actual integración y por mayoría, habrá de decidir la referida cuestión de manera diversa a como, en forma uniforme, lo hiciera con otras integraciones, en las numerosas sentencias que dictara durante ese período, aunque, no pocas veces, con la discordia de alguno de sus integrantes, como la del ilustre Macedo, en la primera ocasión de tratarse el tema en forma específica (Sentencia N°. 11/1957), posteriormente la de Cerdeiras (Sentencia

Nº. 137/1965) y, durante este último bienio, en el que la cuestión se planteó con mayor asiduidad, con la de los dos integrantes de la Corporación que ahora concurren a conformar la mayoría requerida para acordar esta sentencia en forma legal.

II) En circunstancia como la de la índole, en donde se dicta una decisión que recepciona una tesis diametralmente opuesta a la que, durante un extenso lapso y de manera constante, informara los otros pronunciamientos que se emitieran sobre la misma cuestión, se suele considerar necesario y conveniente, explicitar adecuadamente las razones que conducen a tal cambio, extremando el cumplimiento del ineludible deber de fundamentar sus resoluciones, que la ley impone el órgano jurisdiccional (arts. 18.3; 19.2; 25.1; 197; 201; 203 y demás concordantes del Código general del proceso).

Empero, existiendo publicados enjundiosos y completos estudios doctrinarios sobre el tema, así como fundadas opiniones jurisprudenciales que desarrollan los argumentos en que se basan las opuestas tesis que informaran lo decidido por los máximos órganos de la jurisdicción común y de la contencioso administrativa de anulación (en especial, sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 11/1957 y 137/1965 y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 28/VII y 2/IX de 1954), resulta apropiado remitir, obviando meras paráfrasis y fatigosas transcripciones a los trabajos de Cassinelli Muñoz publicados en la R D J A; tomo s 55; págs. 157 y ss. y 65; págs. 92 y ss.; de Supervielle en «Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga»; págs. 431 y ss.; de Gros Spiell, en R D J A.; tomo 52; págs. 189 y ss.; de Jiménez de Aréchaga en «La Constitución... entre otros»; tomo X; págs. 182 y ss.; de Esteva, en «Declaración de Inconstitucionalidad... entre otros» en la obra colectiva «El Poder y su Control»; págs. 106 y ss. y de Correa Freitas en «Derecho Constitucional... entre otros» t. I; págs. 140 y ss.

III) La Corporación, con su actual integración, entiende, sin que exista discrepancia entre sus miembros al respecto, que los siguientes son los extremos que deben ser despejados, por constituir las bases que permiten solucionar el problema.

En primer lugar, si nuestro régimen jurídico positivo admite la derogación expresa o tácita de normas de categoría inferior a las constitucionales, por una norma constitucional sancionada y vigente con posterioridad a la promulgación de la norma de rango legal (criterio de la incompatibilidad).

En segundo lugar, precisar cuándo adolece de inconstitucionalidad un acto legislativo formal, del tipo de los definidos por los arts. 256 y 260 Constitución y si existe o no una diferencia esencial entre la inconstitucionalidad de tales actos y el fenómeno de la oposición o incompatibilidad entre la norma que nace a través del acto legislativo formal y una norma constitucional superviniente.

Finalmente y en tercer lugar, admitido, hipotéticamente, que existen diferencias esenciales entre inconstitucionalidad y derogación, determinar cuál es la jurisdicción competente para decidir la inaplicabilidad de un acto normativo, del tipo de los referidos por los ya citados arts. 256 y 260 Constitución, derogado o inconstitucional; o, de otro modo: si la Suprema Corte de Justicia tiene competencia exclusiva para declarar inaplicable una norma incompatible con las normas o principios constitucionales, sea que se trate de oposición originaria o superviniente.

Los actuales integrantes de la Suprema Corte de Justicia coinciden en la solución a dar a los dos primeros puntos, pero discrepan con la solución a dar al tercero; mas coinciden, igualmente, en que ninguna de las soluciones, tal como lo acotan acertadamente Cassinelli Muñoz (R D J A.; t. 55; p. 200) y Supervielle (op. cit., p. 435) puede asentarse en razones de lógica pura sino que y por tratarse de una cuestión de Derecho positivo, ella debe surgir de los textos aplicables, interpretados armónicamente y conforme con las reglas del método lógico-sistemático y teleológico.

IV) Respecto al primer punto, la unanimidad de los actuales integrantes del Cuerpo adhieren a la tesis, en la que, prácticamente, coinciden doctrina y jurisprudencia (Supervielle: op. cit. nota No. 54 y p. 450) de que, nuestro sistema jurídico, admite que la Constitución derogue, sea de manera expresa o tácita, normas legislativas formales.

El literal «I» de las «Disposiciones transitorias y especiales» de la Constitución vigente es ejemplo contundente de la viabilidad de la derogación expresa.

En cuanto a la derogación tácita de la ley por la Constitución, resulta de lo dispuesto por el artículo 329 que, a «contrario sensu», según algunos (Gross Spiell: op. cit., pág. 190) o directamente, como «caso extremo cubierto por el texto» (Cassinelli Muñoz; R D J A. t. 55; pág. 164; nota N°. 30), quita eficacia, para el futuro, a aquellas leyes anteriores que se oponen, por su contenido «materias y puntos» a la nueva Constitución.

No parece necesario extenderse sobre esta conclusión, habida cuenta que, en puridad, no existen discrepancias en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia respecto al efecto que tienen las normas constitucionales sobre las leyes promulgadas con anterioridad a su vigencia que la contradicen o son incompatibles con sus normas.

El problema es, en verdad otro: el de si esa oposición superviniente constituye o no un caso de inconstitucionalidad o, al menos, asimilable a esa específica valoración de una cualidad de la ley formal; y, como real meollo de la cuestión, si el exclusivo órgano jurisdiccional competente para declarar inaplicable a una ley que se opone a una norma constitu-cional superviniente o que se dictó contraviniendo la normativa constitucional vigente en el momento de su promulgación, lo es, en los dos casos, la Suprema Corte de Justicia, por tratarse, en ambos, de la materia referida en el artículo 257 Constitución.

V) Respecto al segundo punto, también coinciden los integrantes de la Corporación en que la calificación de un acto legislativo formal como inconstitucional, implica un juicio sobre la legitimidad constitucional de ese acto.

Una tal valoración supone la confrontación del acto legislativo con el modelo que las normas constitucionales establecen como aquel al que debe ajustarse la producción del acto; el acto será legítimo si no colide con lo que el modelo constitucional estatuye respecto a sus requisitos de forma y a la naturaleza y límites a los que debe ceñirse su contenido; si colide con lo que la norma constitucional dispone en punto a la forma y contenido, será ilegítimo, vale decir, inconstitucional.

Para que una tal confrontación sea lógicamente posible, en tanto dirigida a determinar si existe o no transgresión a la voluntad del constituyente, parece incuestionable que la regla constitucional debe preexistir al acto legislativo que es objeto de valoración y que ambos, regla constitucional y acto legislativo, deben tener

un período común de vigencia temporal; no es jurídicamente lógico, calificar como ilegítima a una conducta, si no preexiste la regla que la proscribiera.

Hay, en efecto, dos diversas hipótesis de incompatibilidad entre una ley formal vigente y una norma constitucional también vigente. En primer término, la que se produce cuando entre una norma legislativa formal y una norma constitucional, de vigencia posterior, existe oposición (la llamada oposición superviniente); y, en segundo lugar, cuando una ley formal, promulgada durante la vigencia de una norma constitucional, la contradice o es incompatible con ella.

En el primer caso y si la norma legislativa (en puridad: el acto legislativo) se ajustaba al modelo constitucional bajo cuya vigencia fue promulgada, es notorio que no le cabe el reproche de ilegitimidad constitucional; la oposición superviniente con una norma constitucional posterior no es, por consiguiente, un caso de inconstitucionalidad sino de derogación; fenómeno normal en la vida y evolución del Derecho (Supervielle: op. cit.; pág. 460).

En el segundo caso, el legislador ha actuado de modo irregular al expedir un acto legislativo que contraviene, por razón de forma o de contenido, el modelo constitucional preexistente al que hubo de adecuarse.

Ese acto adolece, por consiguiente, de inconstitucionalidad, pero como goza de una presunción de legitimidad, el vicio debe ser declarado para que la norma legal defectuosa no sea aplicada al caso concreto en el que se plantea su operatividad (arts. 256; 258 y 259 Constitución). La declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo formal supone un juicio sobre su ilegitimidad y, lateralmente «...imputar una violación del Derecho...» al órgano legislativo (Cassinelli Muñoz, R D J A.; p. 99), cuyos actos están amparados, en principio, por la presunción de legitimidad, al igual que todos los actos jurídicos.

Ha dicho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sent. del 2/IX/1954; en R D J A.; t. 52; p. 202) que «el juicio de inconstitucionalidad y el juicio sobre derogación tienen un fundamento común: la existencia de incompatibilidad lógica entre dos normas que regulan la misma materia. Sin embargo, el objeto de ambos juicios es absolutamente diferente; en el primero se debe afirmar la violación de una norma constitucional preexistente y, consecuentemente, se debe declarar que el acto legislativo es ilegítimo; en el segundo, frente a dos normas perfectamente válidas desde el punto de vista constitucional, debe declararse existente y aplicable la norma constitucional por ser de grado superior y por ser posterior».

Resta señalar que la esencial diferencia que existe entre el fenómeno de la derogación, en virtud de la incompatibilidad de una norma legal legítima (por ajustarse a la normativa constitucional vigente al momento de su promulgación) con otra norma constitucional vigente en el momento en que se verifica una hipótesis de aplicación de la primera y el fenómeno de la inconstitucionalidad y consecuente desaplicación de una ley por contrariar, sea por razón de forma o de contenido, una norma constitucional vigente al tiempo de su promulgación, no determina concluir que se reduzca el ámbito de aplicación del Capítulo IX de la Sección XV de la Constitución solamente a las leyes promulgadas a posteriori de la entrada en vigencia de la Carta Fundamental.

La tesis que sostiene el Cuerpo y que se enuncia de manera simple (dejando de lado ciertas hipótesis muy especiales), es que la inconstitucionalidad es un defecto o vicio del acto (en su forma o en su contenido) que lo hace ilegítimo por no ajustarse a lo prevenido en la constelación normativa constitucional bajo cuya vigencia fue promulgada. Por consiguiente y como es claro, también puede ser declarado inconstitucional un acto legislativo formal promulgado con anterioridad a la Constitución vigente, si es que era incompatible o desajustado con la Constitución vigente en el momento de su promulgación.

El vigor temporalmente indiscriminado del artículo 256 Constitución en lo que refiere a la fecha de la ley susceptible de ser declarada inconstitucional, permanece pues incólume, aunque su ámbito de aplicación se correlaciona con lo dispuesto por el artículo 329 Constitución, en tanto este texto circunscribe la cuestión de inconstitucionalidad de la ley, al juicio de incompatibilidad de esta con la norma constitucional vigente al momento de su promulgación, excluyendo de ese ámbito y remitiendo al propio de la cuestión de la derogación, la oposición de la ley con la norma constitucional superviniente.

VI) La tercera cuestión radica, en síntesis, en decidir si, aun tratándose de derogación por oposición superviniente, el exclusivo órgano competente para declarar esa colisión de la ley con la Constitución y disponer su desaplicación al caso concreto lo es la Suprema Corte de Justicia, por tratarse de materia similar a la regulada por el artículo 256 Constitución, que su artículo 257 le asigna conocer de manera originaria y exclusiva.

Es en este punto donde se suscita la divergencia entre los actuales integrantes de la Corte; los que siguen son, por consiguiente, los argumentos en que se fundamenta la mayoría para acordar, de modo legal, la presente decisión, que concluirá en declarar que, en este caso y por tratarse de una hipótesis de eventual incompatibilidad del texto legal impugnado con el posteriormente sancionado texto del artículo 67 de la Carta, se trataría de un caso de derogación tácita ex artículo 329 Constitución, por lo que la Suprema Corte de Justicia carece de jurisdicción para entender en una tal cuestión, por no constituir la materia a la que refiere el ya citado artículo 256 Constitución.

VII) Es regla inmanente indiscutible de nuestro sistema jurídico (artículo 25.1, Código general del proceso) que el Juez de la causa debe resolver la cuestión que se le plantea, conforme con las reglas de Derecho positivo que, sustancial y temporalmente, regulan la situación que constituye el objeto o materia del proceso.

Nadie discute que, presentándose un problema de vigencia de una cierta norma legal por virtud de su inconciliabilidad con otra norma posterior de igual rango, la competencia para decidir el punto (si existe o no derogación tácita), es propia del Juez de la causa.

La divergencia se produce, exclusivamente y en cuanto a quien es competente para decidir ese mismo punto, cuando la en este caso incompatibilidad, ocurre entre una norma legislativa y una norma constitucional promulgada con posterioridad.

La tesis de la unidad de competencia se basa, principalmente, en sostener que no existe fundamento técnico que lleve a distinguir entre la derogación de una ley por

oposición superviniente con una norma constitucional y la oposición de una ley respecto a una norma constitucional vigente en el momento de su promulgación; en ambos casos se dice existe interpretación de la Constitución y esa esencialidad común de las dos hipótesis excluye admitir que, en unos casos, la interpretación se le atribuya a la Suprema Corte de Justicia y, en otros, a la justicia ordinaria.

Esa dualidad no es concebible pues en las dos situaciones se trata, siempre, de interpretar a la Constitución frente a un texto legal que la pueda vulnerar y ello implica movilizar el medio primordial de custodia de la Carta frente al posible quebrantamiento de la misma por voluntad del Legislador; tarea de custodia y tutela que debe ser atribuida, en los dos casos a la Suprema Corte de Justicia, la cual por su propia relevancia institucional, es la más apta para cumplirla; impidiendo que ningún texto legal, cualquiera sea la fecha de su promulgación, sofoque o altere el imperio de la Constitución (Sent. de la Suprema Corte de Justicia del 9/V/1962 y del 30/VII/1965).

VIII) La mayoría de la Corte no comparte esos fundamentos.

En el Considerando V de la presente decisión se han señalado las razones que conducen a entender que existe una diferencia esencial entre la hipótesis de derogación de una norma legal por una norma constitucional posterior y la inconstitucionalidad de un acto legislativo, por transgredir por su forma o por su contenido la normativa constitucional vigente en el momento de su perfeccionamiento o promulgación.

Si bien en ambos casos hay, ciertamente, interpretación de la Constitución, el juicio que debe realizarse en la hipótesis de derogación, en modo alguno roza el punto de la legitimidad de la norma legal; la norma en cuestión, que nació legítima y ajustada al marco constitucional vigente en el momento en que fuera promulgada, es incompatible con una norma constitucional posterior; no se puede decir, entonces, que vulnere la Constitución ni, menos aún, que al promulgarla, el Legislador sofocó o alteró su imperio. Sucede, simplemente, que en la natural evolución del Derecho, por vía de la norma constitucional, se sancionó una solución jurídica diversa a la que, hasta entonces, regía por virtud de una norma legal; la cual y por el fenómeno de la derogación, ve extinguido, para el futuro, sus efectos.

El juicio que se realiza en la hipótesis de la inconstitucionalidad es totalmente diverso; está en discusión la propia legitimidad del acto legislativo, lo que requiere su confrontación con el modelo constitucional, vigente en el momento de su promulgación, que determina los requisitos y presupuestos de forma y contenido que condicionan su validez; lo que supone reprochar al Legislador, implícitamente, haber transgredido la voluntad del constituyente, si es que se concluye en que existe desajuste entre el acto legislativo y la normativa constitucional.

La declaración de que un acto legislativo formal es inconstitucional involucra una cuestión de suma gravedad e importancia política que no aparece, por cierto, en el caso de la derogación, donde no está en juego el punto de la legitimidad de la norma legal.

IX) Por otra parte, la interpretación de la Constitución no es monopolio exclusivo de la Suprema Corte de Justicia; ninguna norma de Derecho positivo consagra una tal exclusividad (Supervielle: op. cit., págs. 477 y 481). Tanto la justicia ordinaria como el

Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral, el Tribunal de Cuentas, y, en general, todo órgano público, deben interpretar la Constitución para y a la luz de sus disposiciones, aplicar los textos legales y reglamentarios.

De allí que no sea de recibo el argumento que, para sostener que también la hipótesis de incompatibilidad de una norma constitucional posterior resulta comprendida en la competencia exclusiva que consagra el artículo 257 Constitución, se fundamenta en que es necesario interpretar los textos constitucionales para declarar que una ley está derogada por la Constitución.

Aunque se admita que la determinación de si una norma legal fue o no derogada por una norma constitucional sobreviniente constituya, lato sensu, una «cuestión de constitucionalidad» (en rigor: de interpretación de la Constitución), ello no constituye la «cuestión de declaración de inconstitucionalidad de una ley, y consecuente inaplicabilidad»; lo que y en la estricta acepción que corresponde asignar a la cualidad de «inconstitucional», aplicada a un acto legislativo formal según se ha venido insistiendo anteriormente, es cosa diversa.

La exclusiva y excluyente competencia que la Constitución otorga a la Suprema Corte de Justicia es la de declarar inaplicable una norma legal a un determinado caso concreto, por virtud de ser esa norma inconstitucional, en el sentido estricto que se indica en el Considerando V de este pronunciamiento.

La razón de esa competencia privativa de la Suprema Corte de Justicia no es, por cierto, la de que le haya sido atribuida, en forma exclusiva, la custodia de la Constitución; todos los órganos públicos, en especial los jueces, deben velar por la primacía del texto constitucional frente a normas jurídicas de menor jerarquía.

Si solo a la Suprema Corte de Justicia le competiera la custodia de la Constitución, como esta puede ser igualmente transgredida por actos diversos al legislativo (administrativos o incluso jurisdiccionales) esos casos debieran estar abarcados en el ámbito de la competencia exclusiva del artículo 257 Constitución; lo que, obviamente, no es así.

Frente al acto administrativo inconstitucional se regulan los medios propios del contencioso administrativo de anulación; frente a la sentencia judicial, se dispone su impugnación por medio de los recursos jurisdiccionales ordinarios.

A la Suprema Corte de Justicia se le reserva, exclusivamente, la defensa de la Constitución frente al acto legislativo formal que la transgrede y la transgresión, por elementales razones de lógica jurídica, solo se verifica cuando la regla constitucional a la que debe ajustarse la voluntad legislativa, preexiste en el momento en que ella se expresa.

El fundamento político de la competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia para declarar inaplicable una ley formal por violar, transgredir o vulnerar la Constitución o, en suma, por adolecer de ilegitimidad, se halla, en puridad, no en el principio de la defensa o custodia de la Constitución como atribución exclusiva de ese órgano jurisdiccional sino, opuestamente, en el principio de la defensa de la presunción de legitimidad que ampara al acto legislativo formal, al que se le otorga un fuero especial, un privilegio, en homenaje a la majestad de la LEY, en su condición de

acto que emana del más representativo de los Poderes Estatales (Cassinelli Muñoz en R D J A.; t. 55; págs. 206; 208/209 y t. 65; págs. 99/100).

Es el riesgo que para nuestro constituyente significa dejar librado a que cualquier órgano jurisdiccional, fuera de aquel que posee la más relevante po- institucional, decida una cuestión de tanta trascendencia como la de sofocar «...en nombre del Derecho, una manifestación de voluntad elaborada por métodos especialmente representativos...» (Cassinelli Muñoz en R D J A.; t. 65; pág. 101), esto es, la propia naturaleza del acto legislativo formal, el fundamento que propicia una solución excepcional frente a la solución de regla de que los órganos jurisdiccionales deben desaplicar los actos jurídicos ilegítimos.

Y es claro que ese fundamento no se extiende al caso de inexistencia de la norma legal por haberse producido su derogación, aunque esta opere por obra de un texto constitucional superviniente; porque en este caso no se juzga sobre la legitimidad de la norma legal y, consecuentemente, no se ejercita ningún control sobre el órgano legislativo, pasible de comprometer el equilibrio entre dos Poderes del Estado y determinante, por la seriedad de la cuestión, de la necesidad de dar intervención exclusiva al máximo órgano del Poder Judicial.

X) Queda por señalar, por último, que se ha pretendido fundar la solución de la competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia para entender, englobándola en la cuestión de inconstitucionalidad, en la cuestión de la derogación de la ley por la norma constitucional posterior, en razones de conveniencia jurídica y política normativa (Supervielle: ob. cit. págs. 464 y ss.).

Se dice, en tal sentido, que es conveniente concentrar en un mismo órgano los problemas típicos de inconstitucionalidad y los de incompatibilidad superviniente, para evitar que la multiplicidad de órganos jurisdiccionales que, de otro modo, intervendrían en esta última cuestión, pudiera producir resultados contradictorios en desmedro de la necesaria certeza jurídica.

La argumentación carece de eficacia y pierde su aparente vigor, si se atienden a tres específicas circunstancias o particularidades de nuestro sistema jurídico positivo.

En primer lugar, porque la decisión que adoptara la Suprema Corte de Justicia frente a un caso de derogación tendría al igual que en el caso de inconstitucionalidad, efecto solamente sobre el caso concreto pero no eficacia erga omnes.

En segundo lugar, porque similar argumento (concentración de una decisión de ese tipo en un único órgano) tendría que llevar a que la declaración de la derogación de una norma legal por otra de igual rango se asignara, exclusivamente, a la Suprema Corte de Justicia, por cuanto y respecto a la uniformidad de la solución, las mismas razones militan tanto cuando la derogación es efecto de una ley posterior como cuando es efecto de una norma constitucional posterior.

Y, en tercer lugar, porque esa finalidad de unificación de soluciones jurisprudenciales, en materia de interpretación de la norma jurídica (que en lo que a la materia que se examina, refiere a la uniformidad en decidir si una norma legal está o no derogada por una norma constitucional posterior), ya opera en nuestro régimen positivo por contarse con un mecanismo apropiado para asegurarla: el recurso de casación; lo que hace innecesario violentar el contenido y los propios fundamentos de

la normativa constitucional, para incluir la cuestión de la derogación de la ley por incompatibilidad con la norma constitucional superviniente, en el régimen de los arts. 256 y ss. Constitución.

En efecto, una de las funciones del instituto de la casación es, precisamente y como coincidentemente lo señala la doctrina (Gelsi: «Primera lectura... entre otros», pág. 85 y ss.; Véscovi: «La casación Civil»; págs. 25 y ss.; De la Rúa: «El recurso de casación... entre otros»; págs. 40 y ss.), el de procurar corregir la diversidad en la interpretación de las normas jurídicas, asegurando de ese modo, el valor «certeza jurídica», mediante la uniformidad que implica confiarla, en último grado, a un órgano único y supremo.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría, FALLA:

Declarando que la Suprema Corte de Justicia carece de jurisdicción para conocer en el caso ocurrente. Oportunamente, archívese.

Marabotto Lugaro Torello (redactor) Cairoli Martínez

Alonso De Marco (discorde) Mariño Chiarlone (discorde).

## 10. DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN. ARTÍCULO 330 DE LA CONSTITUCIÓN

### Generalidades

La problemática de la defensa jurídica de la Constitución es un tema que hemos trabajado a lo largo de este manual desde diferentes ámbitos. Ya nos hemos referido a que nuestra Constitución es una Constitución rígida, y por tanto, posee sus propios mecanismos de reforma (artículo 331), hemos analizado el artículo 329 y estudiaremos los temas de la inconstitucionalidad de los actos legislativos (artículo 256 a 261) y de la invalidez de los actos de los Gobiernos de facto.

Además, cualquier juez puede desaplicar los actos administrativos inconstitucionales y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo anularlos (artículo 309).

Ahora, abordaremos el asunto desde otra perspectiva: la que se refiere a la responsabilidad de los sujetos que atentan contra la Constitución.

Cabe resaltar que con esta nómina no se agota la problemática. También existe la defensa contra las omisiones del legislador en el dictado de reglamentación de normativa constitucional (artículo 332).

### La responsabilidad

Para Jiménez de Aréchaga (1992) la responsabilidad de los gobernantes por sus actos es una de las principales características de un sistema democrático.

Risso (2005) agrega también la responsabilidad por los hechos y omisiones de los mencionados sujetos.

La responsabilidad como elemento básico del Estado de derecho se puede enfocar desde diferentes perspectivas, y es así que distinguimos la responsabilidad civil, disciplinaria, política y penal.

Definiremos cada uno de los caracteres fundamentales de cada tipo de las responsabilidades mencionadas.

### Responsabilidad civil

Supone la ocasión de un daño, y quien es civilmente responsable está obligado a repararlo.

Nuestra Constitución refiere expresamente a este tipo de responsabilidad en los artículos 24 y 25.

El artículo 24 dispone:

«El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección».

Y el artículo 25:

«Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o

dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación».

Esto significa, que una vez que la persona jurídica estatal ha pagado la indemnización al tercero damnificado, esa entidad puede reclamar lo que hubiera abonado al funcionario que, con culpa grave o dolo en ejercicio de sus funciones o durante el ejercicio de las mismas, haya sido el causante del daño.

### Responsabilidad disciplinaria

El funcionario público es responsable del cumplimiento de sus deberes. En caso de incumplimiento u omisión, le será aplicable una sanción administrativa que, incluso, puede llegar hasta su desvinculación.

### Responsabilidad política

Es la responsabilidad que nace a consecuencia de la oportunidad y conveniencia con la que se tratan los asuntos públicos. Se hace efectiva en caso de desacuerdo entre la orientación política asumida por un gobernante y la opinión que tenga el órgano que lo controla. La responsabilidad política no supone ni daño ni una conducta irregular, como en el caso de las responsabilidades anteriormente mencionadas. El ejemplo típico es el de la censura parlamentaria, en la que el Parlamento desaprueba la gestión de uno o más ministros por cuestiones políticas (artículos 147 y 148 de la Constitución).

### Responsabilidad político penal

Refiere a la responsabilidad penal juzgada por órganos políticos (ejemplo, juicio político, artículos 93, 102 y 103 de la Constitución).

### Responsabilidad penal

Se refiere a la responsabilidad de los gobernantes y de los gobernados por conductas calificadas como delitos.

### Protección penal de la Constitución. Análisis del artículo 330 de la Constitución

El artículo 330 de la Constitución establece:

«El que atentare o prestare medios para atentar contra la presente Constitución después de sancionada y publicada, será reputado, juzgado y castigado como reo de lesa Nación».

Este artículo proviene de la Constitución de 1830, aunque con una variante, dicha Constitución preveía: «sancionada, publicada y jurada».

De acuerdo con lo que afirma Risso (2005) para efectuar el análisis de una norma básicamente penal, como la que nos ocupa, es conveniente seguir los lineamientos que en el tema planteaba Jiménez de Aréchaga, que son los que sigue la doctrina penal para el análisis de las figuras delictivas.

Y siguiendo estos lineamientos distinguiremos, en primer término, el sujeto activo del delito. Este resulta de la expresión «el que», que alude a toda persona con capacidad para delinquir, y no solamente a los gobernantes. Por lo tanto, el atentado contra la Constitución puede provenir de cualquier sujeto, sea o no gobernante.

En segundo término, debemos determinar el sujeto pasivo, que en este caso, es la Nación, ya que es la lesionada por ser la autora de la Constitución. Tanto es así, que la Constitución califica al delincuente como «reo de lesa Nación». La Nación es la agraviada.

El bien jurídico protegido es la Constitución como orden jurídico global, y no en sus concretas disposiciones.

En cuanto al elemento subjetivo, es requerido el dolo: conciencia y voluntad del resultado.

Respecto del elemento material, este consiste en atentar contra la Constitución o en prestar medios para atentar contra ella.

No parece requerirse violencia.

En general, se acepta que una infracción a una disposición constitucional no constituye por sí un atentado contra la Constitución. De acuerdo con Risso (2005), el atentado se configuraría cuando se aniquila la eficacia de la Carta, cuando se tiende a demoler el sistema de normas fundamentales o hacer imposible su general aplicación.

También debemos destacar que no es necesario que el atentado impida el funcionamiento de toda la Constitución, basta con que tienda a quebrar el equilibrio fundamental sobre el que se apoya, por ejemplo, impedir el normal funcionamiento de alguno de los Poderes del Gobierno del Estado.

Como señaláramos, también constituye delito prestar los medios para atentar contra la Constitución, sean materiales (por ejemplo, dinero, armas) o no, siempre que sean idóneos para el fin.

¿Cuándo se configura el delito? Se configura con el atentado, no se requiere que la Constitución sea efectivamente destruida. Y también se configura con la prestación de los medios para atentar contra ella.

Una de las mayores dificultades que presenta este artículo 330 es el de la pena ya que no está prevista en el citado artículo, el que solo establece que «será castigado como reo de lesa Nación».

Jiménez de Aréchaga (1992) señalaba que en la medida en que el artículo no fijaba la pena, no podía aplicarse. Sin embargo, hoy, la solución parece ser otra: se entiende que la disposición encarga al legislador establecer la pena.

Y la solución legislativa se encontraría en el numeral 6 del artículo 132 del Código penal que establece:

«Será castigado con diez a treinta años de penitenciaría, y de dos a diez años de inhabilitación absoluta:

6. (Atentado contra la Constitución). El ciudadano que, por actos directos, pretendiere cambiar la Constitución o la forma de Gobierno por medios no admitidos por el Derecho Público interno».

Por último, cabe precisar que la simple crítica a la Constitución no configura el delito mencionado ya que la posibilidad de cuestionamiento es uno de los pilares de todo sistema de gobierno democrático.

## Armonización con otras disposiciones constitucionales

Nos referiremos a las dificultades de armonización que plantea este artículo con otros preceptos constitucionales, como el artículo 93 y el artículo 239 numeral 1 de la Carta.

Ahora, debemos referirnos a otros dos conceptos: violación e infracción de la Constitución.

El artículo 93 de la Carta establece como causal de juicio político para los gobernantes la violación de la Constitución u otros delitos graves, lo que nos lleva a preguntarnos ¿qué se entiende por violación de la Constitución? En realidad, la respuesta se puede inferir de la propia terminología constitucional, ya que la Carta prevé la «violación de la Constitución u otros delitos graves». El precepto está señalando que para que la violación de la Constitución constituya causal de juicio político debe configurar un delito y más aún, debe tratarse de un delito grave. Podrían darse hipótesis de violaciones de la Constitución que no configuran un delito grave que entonces, no serían causal de juicio político, sin perjuicio de subsistir la responsabilidad.

Risso (2005) señala que la armonización del artículo 93 con el artículo 330 no plantea mayores inconvenientes, ya que es claro que todo atentado contra la Constitución o la acción de prestar medios para atentar contra ella, constituye una violación de la Carta y por ende, es un delito grave. Sin embargo, no toda violación de la Constitución configura un atentado contra la Constitución.

La dificultad se plantea cuando intentamos armonizar el artículo 330 con el numeral 1 del artículo 239, que establece que a la Suprema Corte de Justicia le corresponde originariamente «juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna». Entendiendo esta expresión en su sentido literal resultaría que la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para juzgar a cualquiera que infrinja la Constitución.

Cassinelli (1986) estima que resulta identificado el delito establecido en el artículo 330 con el de infracción de la Constitución previsto como competencia exclusiva y originaria de la Corte (numeral 1 del artículo 239 de la Constitución) o con el de violación de la Constitución, como causal de juicio político (artículo 93, Constitución).

Risso (2005) sostiene que la solución no es satisfactoria pues la incongruencia entre los artículos no se supera en forma adecuada, aunque, de todas maneras, la acepta como la postura más razonable ya que no es posible dejar el problema sin solución.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia entiende que ella es competente para juzgar a aquellos gobernantes que han sido separados de sus cargos -previo juicio político- por la causal de violación de la Constitución.

## Valoración del artículo 330 de la Constitución

Desde el punto de vista jurídico, hay doctrina que entiende que estas disposiciones de protección penal de la Constitución no han tenido, en la práctica, un efecto disuasivo importante -no han impedido golpes de Estado ni movimientos revolucionarios-, ya que aunque se establezcan en los códigos penales penas gravosas que reglamenten las normas constitucionales, como es el caso de nuestro país, quienes se proponen atentar contra la Constitución lo hacen confiados en que van a lograr acceder al

Gobierno por la vía de los hechos y, entonces, siendo ellos los gobernantes no habrá quien los juzgue.

La doctrina que comparte esta posición sostiene que las disposiciones de este tipo tienen exclusivamente un valor declarativo o de solemnidad.

Korzeniak (2008), en cambio, entiende que estas disposiciones constituyen un ejemplo de protección y fomento del Estado de derecho, por lo que resulta indispensable que la Constitución las contemple.

### Bibliografía básica

Korzeniak, J. (2008). Primer Curso de Derecho Público Montevideo: FCU.

Risso, M. (2005). Derecho Constitucional. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

Cassinelli, H. (1986). La defensa jurídica de la Constitución. Invalidez de los actos de los Gobiernos de facto. «Cuadernos» de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 2 y 3, Servicio de Documentación Jurídica, 121. Montevideo.

## Ejercicios

Estudie las presentes sentencias y extraiga conclusiones sobre las relaciones elaboradas por la Suprema Corte de Justicia entre las disposiciones que se mencionan.

Sentencia Nº 973.-

Min. Red.: Dr. Van Rompaey.

Montevideo, 15 de agosto de 2003.

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria, estos autos caratulados: «Olivera Bernardo y otros (denunciantes) - Bordaberry, Juan María (denunciado) - Atentado contra la Constitución Artículo 132 num. 6º del CP - Denuncia Penal», Ficha 416/02.

RESULTANDO:

1) Que a fs. 25/48, las personas firmantes de fs. 49 a fs. 156, formularon denuncia penal ante esta Corporación contra el Sr. Juan María Bordaberry, expresando sintéticamente que:

- El motivo de la denuncia radica en los hechos acaecidos el 27 de junio de 1973 - y en los meses y años siguientes- en la República Oriental del Uruguay en los que el denunciado presuntamente habría cometido delito de «atentado contra la Constitución» (artículo 132 num. 6º del CP) y en el caso que así fuera, «será reputado, juzgado y castigado como reo de Lesa Nación» (artículo 330 de la Constitución de la República).

2) La legitimación de los denunciantes se funda en el artículo 105 del CPP que habilita a denunciar a todos los habitantes del país en el momento que se produjeron los hechos denunciados, a quienes se vieron obligados a abandonarlo por tales hechos, y también a los que conocieron los hechos posteriormente, porque más allá de su conocimiento, las consecuencias de estos los hace a todos pasibles de ser sujetos pasivos de los presuntos delitos que asumirían carácter jurídico-histórico, remitiéndose al artículo 1º de la Constitución. Por lo que si se comprueba que alguien violó el Pacto Social y político que obliga a subordinar actitudes, responsabilidades y Derechos a los Derechos y obligaciones reconocidos en la Carta, se prueba que se ha violentado la soberanía, atacando a la Nación toda (arts. 41, 7 y 72 de la Constitución).

3) El denunciado al haber dictado el Decreto 464/73 (por el cual disolvió el Parlamento y el 465/73 (por el cual se incluyó en el decreto anterior a las Juntas Departamentales), y por su aplicación y consecuencias, atentó contra la Constitución por haber cambiado la forma de Gobierno, de vida, entre otros (fs. 26 a 28).

4) Sin perjuicio de lo anterior, como es público y conocido el «plan cóndor» se basó en una coordinación de los Gobiernos del cono sur para la represión en los territorios de estos países, llevándose adelante homicidios, torturas, desapariciones, robos. Por lo tanto está en la base de estas coordinaciones y actividades conjuntas el intercambio de informaciones, e inevitablemente, la revelación de secretos políticos y militares. Por ello, también se denuncia como presunto autor, o autor mediato, a Bordaberry, eventualmente haciéndole responsable del delito de revelación de

secretos, artículo 132 num. 3º del CP (fs. 30 y 31).

5) Los delitos presuntamente cometidos por Bordaberry no están comprendidos en la amnistía decretada al comienzo de la reinstitucionalización del país en 1985. Y ello por cuanto el artículo 5 de la Ley 15737 excluye de su amparo a todos los delitos cometidos aun por móviles políticos, por personas que hubieran actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de Gobierno (fs. 31).

6) Tampoco es de aplicación la ley 15848 o Ley de caducidad, ya que dicha ley ampara con la caducidad de la pretensión punitiva del Estado a «delitos cometidos... por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados...». En ningún caso entraría en la calificación de la ley un civil como es el caso de J. M. Bordaberry. Por lo tanto no cabe posibilidad de que el mismo sea considerado sujeto pasible de estar amparado por la aplicación de la ley de caducidad (fs. 31 y 32).

7) En virtud de lo dispuesto por el artículo 239.1 de la Constitución corresponde a la Suprema Corte de Justicia el juzgar a todos los infractores de la Constitución sin excepción alguna, por lo que es la Suprema Corte de Justicia quien tiene la potestad de indagar y en su caso juzgar. Asimismo el artículo 33 num. 1 del CPP hacen la misma referencia, determinando la competencia originaria de la SCJ.

8) Según el inciso 2 del num. 1º. del artículo 239 de la Carta, la SCJ tendrá en estos casos jurisdicción originaria, y más aun, prescribe: "Para los asuntos enunciados y para todo otro en que se atribuye a la Suprema Corte jurisdicción originaria será la ley la que disponga sobre las instancias que haya de haber en los juicios, que de cualquier modo serán públicos." Con respecto a esto último, señala que el artículo 332 de la Carta ordena que «Los preceptos de la presente Constitución que reconoce Derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del Derecho y a las doctrinas generalmente admitidas» (fs. 32).

9) Siendo de aplicación al caso el artículo 117 del CP, la prescripción de los delitos denunciados -en principio- sería a los veinte años. Pero, el delito presuntamente cometido por el denunciado es un delito continuado (artículo 58 del CP) y no culmina su ejecución el 12 de junio de 1976, cuando es destituido, porque al continuar la ejecución del delito -en la forma que continuo y con las implicancias que tuvo hasta el 28 de febrero de 1985-, es de aplicación el artículo 61 del CP, abarcando el concepto de co-autor, en las consideraciones de los numerales 1º, 2º, 3º y 4º de este último mencionado artículo. Correspondiendo la misma pena que la de los autores (artículo 88 del CP), recién el cómputo de la prescripción comenzaría el 1º de marzo de 1985, con lo que irían 17 años y nueve meses.

10) Jamás podrá computarse el período de la dictadura a los efectos del cómputo de los años para la prescripción del delito (fs. 34 a 37).

11) Los arts. 93, 102, 103 y 172 de la Constitución resultan inaplicables al presente caso, ya que el juicio político (artículo 172 y remisión al artículo 93), no pudo llevarse a cabo porque la Carta dice que se dispone de seis meses para la acusación, y

el golpe de Estado continuó casi nueve años, desde que fue sustituido Bordaberry, no existiendo representantes constitucionales hasta la reinstitucionalización en 1985.

12) Existen dos puertas para ingresar a la Justicia, a través de los arts. 172, 103 y concordantes de la Constitución y directamente por imperio del artículo 239 de la Carta. Hoy solo es conducente el juicio ante la Justicia ordinaria, la que determinará las eventuales responsabilidades de quien -nadie duda- violó la Constitución y cambió la forma de Gobierno (fs. 37 a 41).

13) El bien jurídico tutelado por el artículo 132 num. 6º del CP es el Estado. Asimismo en los períodos en que corresponde participación directa en el Gobierno por parte del denunciado, deberá investigarse en la sede correspondiente la presunta responsabilidad en los homicidios y desapariciones de las personas mencionadas en las listas agregadas (fs. 41 a 43).

14) Los denunciantes acompañaron las probanzas reseñadas a fs. 43, y luego de fundamentar por qué no presentaron antes la denuncia, solicitaron se lleve adelante la investigación de los hechos denunciados, y se determinen las eventuales responsabilidades.

15) A fs. 157vta., por providencia Nº. 1172/02 se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte quien consideró que correspondía que los denunciantes cumplieran con el requisito de autenticación de los documentos de fuente oficial que acompañan la denuncia y demás presupuestos formales de estilo, así como la previa actividad de comprobación de identidad de por lo menos uno de los denunciantes (artículo 108 CPP).

A fs. 182/187, los denunciantes y otras personas -firmantes de fs. 188 a 192- que ratificaron la denuncia obrante en autos, evacuando la vista que fuera conferida por providencia 1343/02 (fs. 160) agregaron copias autenticadas (fs. 165/181vta.), ampliaron los fundamentos de la denuncia, y solicitaron en definitiva que se continúe el trámite, acorde a Derecho, a los efectos de la calificación jurídica de los hechos y la determinación de las responsabilidades en toda su dimensión.

16) A fs. 210/220, el Sr. Fiscal de Corte, evacuando la vista que le fuera conferida expresó que de mantener la Corporación el criterio sustentado en la sentencia Nº. 408 del 20 de octubre de 1986, procedería que se inhibiera de entender en los presentes procedimientos, por ausencia de un presupuesto procesal.

#### CONSIDERANDO:

1) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de integrantes, considera que -en esta etapa procesal- carece de competencia para conocer en el presente asunto, en razón de lo cual, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 62 del CPP dispondrá la remisión de los autos al Juez letrado de Primera Instancia en lo Penal que resulte competente por razón de turno.

2) En efecto, a juicio de la Corporación, la atribución de competencia prevista por el inciso 1º del artículo 239 de la Carta Magna, según el cual corresponde a la Corte «juzgar a todos los infractores de la Constitución», opera exclusivamente en aquellos casos en los cuales alguno de los sujetos mencionados en el artículo 93 de la CN sea separado del cargo por juicio político conforme a los arts. 102 y 103 de la CN., por habersele atribuido el haber incurrido en «violación de la Constitución».

Y ello por cuanto del artículo 14 ordinal 2 de la Ley 3246 surge que la competencia «originaria» de la Suprema Corte de Justicia, prevista por el actual artículo 239.1 de la Carta -referido a «juzgar a todos los infractores de la Constitución»-, opera exclusivamente en el supuesto de que alguno de los funcionarios mencionados en el artículo 93 de la C.N. a quien se le atribuya haber cometido «violación de la Constitución» sea separado del cargo por juicio político conforme a los arts. 102 y 103 de la Carta Magna.

Así, señaló Tarigo que:»...Al sancionarse la ley orgánica de la Corte en 1907, se incluyó entre sus competencias, el artículo 14, cuyo inciso 2º establecía, en su segunda parte, «Los juicios de que habla el primer período del artículo 96 (actual artículo 239) de la Constitución son los determinados en el artículo 29 (actual artículo 93) de la misma».

Es decir, que la ley de 1907 interpretó la disposición constitucional como una referencia a los sujetos pasivos del juicio político: el Presidente y el Vicepresidente de la República, los miembros de ambas Cámaras, los Ministros de Estado, Etcétera.... (Lecciones de Derecho Procesal Civil, t. 1 ed. FCU año 1994 pág. 189) (Conforme. Correa Freitas en 'Derecho Constitucional Contemporáneo', t. II págs. 145 y 146, ed. FCU año 1995).

Y bien, como se viene expresando, para que pueda operar la competencia 'originaria' asignada a la Corporación por la primera parte del artículo 239.1 de la CN., se requiere que el sujeto denunciado como 'infractor de la Constitución', sea alguno de los mencionados en el artículo 93 de la CN y que por ende se trate de un funcionario que se encuentre amparado por la prerrogativa del juicio político previo a su enjuiciamiento.

3) Ahora bien, contrariamente a lo sostenido por el Sr. Fiscal de Corte, y al criterio que aplicara esta misma Corporación con distinta integración, en sentencia 408/86, los actuales integrantes de la Corte, entienden que el ex-Presidente de la República denunciado en estos autos, no se encuentra comprendido en el artículo 93 de la CN como un sujeto pasible de juicio político y por ende no goza de la prerrogativa procesal prevista por el artículo 172 de la CN ya que, como es notorio, ha cesado en el cargo y han transcurrido más de seis meses desde entonces, en razón de lo cual puede ser sometido a juicio como cualquier ciudadano, lo que enerva la posibilidad de que se despliegue la competencia 'originaria' de la Suprema Corte de Justicia prevista por el artículo 239.1 de la CN.

Y entiende esta Corporación que los fundamentos por los cuales el ex-Presidente denunciado no goza de la prerrogativa de juicio político previo -y por ende no se encuentra comprendido en el supuesto fáctico del artículo 14 de la ley 3246- son similares a los desarrollados en la sentencia 174/02 del 18/7/02, donde se sostuviera que: ...En opinión de la Corte, la prerrogativa procesal de la cual según la Carta gozan determinados altos funcionarios del Estado (juicio político previo) cesa -salvo previsión constitucional expresa- cuando finaliza el desempeño del correspondiente cargo.

Se ha dicho en la doctrina penal que las inmunidades (propiamente inviolabilidades) constituyen situaciones excepcionales, funcionales y relativas, y que solo amparan al sujeto titular de las mismas en cuanto este ejerce la función (cf. Cury, Enrique: Derecho Penal, Santiago de Chile 1992, t. 1 pág. 218; Muñoz Conde, Francisco

y García Aran, Mercedes: Derecho Penal, Parte General, Valencia 1998 pág. 166; Bayardo Bengoa, Fernando: Derecho Penal Uruguayo, 1978 t. I pág. 98; Cairoli Martínez, Milton: Curso de Derecho Penal Uruguayo, 1988 t. I pág. 126 y El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmáticas penales, 2000 t. I pág. 98).

El principio es que la ley penal se aplica a todos los habitantes de la República (artículo 8º de la Constitución); las prerrogativas procesales para personas que cumplen una determinada función constituyen entonces limitaciones al principio que determinan un estatuto especial para el gobernante con protección de la alta función que desempeña (cf. entre otros, Cassinelli Muñoz: Derecho público, 1999 pág. 208; Durán Martínez: «Responsabilidad Penal de los ex Ministros de Estado», en Revista de Derecho Constitucional y Político, Nº 76-78 pág. 297).

De acuerdo al fundamento del instituto, es claro que una vez que ha cesado en el cargo del cual derivaba la prerrogativa procesal, el ex funcionario pasa a tener el mismo estatuto de garantías que cualquier otra persona sometida al ordenamiento jurídico de la República... »

Únicamente para el Presidente de la República el juicio político es exigido como garantía más allá del cese del cargo, ya que tal como lo dispone el artículo 172 de la Carta, el Presidente de la República «...no podrá ser acusado, sino en la forma que señala el artículo 93 y aun así solo durante el ejercicio del cargo o dentro de los seis meses siguientes a la expiración del mismo... ».

Ahora bien, tal como lo sostiene Cassinelli Muñoz: «...Vencido el semestre, no hay ninguna inmunidad y el ex-Presidente de la República puede ser enjuiciado como cualquier otro individuo... ». (Derecho público, ed. FCU noviembre de 2002 pág. 230).

En el mismo sentido expresa Korzeniak que: «...el Presidente solo puede ser objeto de un juicio penal previo juicio político; y ese juicio político es necesario mientras dura su mandato y 'aun así' hasta seis meses después. Luego de esos seis meses, no habrá acusación en juicio político; pero, según hemos interpretado podrá haber juicio penal común si hubo conductas delictivas durante el mandato (y obviamente, si las hubo posteriormente)...» ( «Primer Curso de Derecho público - Derecho Constitucional», ed. FCU febrero de 2001 pág. 552).

Y ello es así porque tal como lo señala el autor citado: «...uno de los componentes de principio del concepto de democracia republicana (forma de Gobierno que tenemos según el artículo 82) es la responsabilidad de los gobernantes. Ese principio cede solo en nuestro sistema constitucional, en el caso de delitos de «opinión» cometidos por legisladores (artículo 112), por el Presidente (artículo 172) y por Ministros (artículo 178). Y ello es consecuencia de que para la democracia republicana, la libertad de opinión (y el funcionamiento independiente de los órganos respectivos) es un valor de tanta jerarquía como la responsabilidad de los gobernantes... De modo que en casos de duda, tratándose de delitos de conducta (no de opinión), la interpretación debe inclinarse por la responsabilidad y no por la irresponsabilidad...» (op. cit. pág. 552) (cfme. Gonzalo D. Fernández: «La Responsabilidad Penal de los Ministros», LJU t. 123; H. Caraballo Delgado:» Estatuto, fueros privilegios de los Ministros de Estado, LJU t. 124; M. Langón: «Límites personales a la eficacia de la ley penal», LJU t. 91; y Cagnoni: «Los jueces y la Constitución», Revista de Derecho Público, año 2001 Nº 19).

Corresponde asimismo tener en cuenta, que tal como lo advierte Korzeniak: «...aunque parezca obvio... el artículo 172 se está refiriendo al «Presidente de la República» durante su mandato y hasta seis meses después; no está aludiendo a un ciudadano común, que es la situación jurídica de un ex Presidente (transcurrido el término de «residencia»). Por tanto, es equivocado fundamentar una irresponsabilidad penal en un giro gramatical que está en un artículo referido a un Presidente y no a un ciudadano común...».

Como sostuviera la Corporación en el fallo citado, rige en nuestro sistema constitucional el principio de responsabilidad de los gobernantes -constitutivo del sistema republicano de Gobierno- con respecto al cual todas las inmunidades o irresponsabilidades (que constituyen privilegios relativos a la función gubernativa) son excepciones.

«También el Prof. Cagnoni ha subrayado el papel de la responsabilidad de los gobernantes como principio esencial del Estado de Derecho, especificando su conexión con el principio de igualdad consagrado en el artículo 8º de la Constitución que significa igualdad de todos (gobernantes y gobernados) ante la Ley, es decir ante el Derecho, y concluyendo en base a estos principios que la irresponsabilidad es de consagración expresa, interpretación restrictiva y solo en beneficio del desempeño sin presiones de la función y no del titular del cargo ( «Los jueces u la Constitución», en Rev. De Der. Público Nº 19-2001 p. 171) (cfme. Korzeniak, op. cit. p. 551-554)» (sent. de la SCJ Nº 174/02).

Entiende Díaz Revorio ( «Valores superiores e interpretación constitucional», p. 263), en relación a la inmunidad parlamentaria, pero en términos aplicables -mutatis mutandi- a la denuncia de autos, que «tal prerrogativa no puede entenderse como un privilegio establecido únicamente en beneficio de Diputados o Senadores, al objeto de sustraer sus conductas de conocimiento y decisión de jueces y tribunales, pues tal tipo de privilegios pugnaría con los valores de justicia e igualdad reconocidos como superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello se justifica como protección de las funciones parlamentarias».

La responsabilidad de los gobernantes, en un régimen democrático como el nuestro, asume el rango o valor fundamental derivado de la forma republicana de Gobierno, el que junto con los Derechos inherentes a la personalidad humana, plasman la vocación jusnaturalista de nuestra Carta (Risso Ferrand: Der. Constitucional, t. I pág. 75).

Si la Constitución es una norma axiológica, esto es, una norma que define los valores superiores sobre los que se ha de nuclear el ordenamiento jurídico (Fernández, Segado: «Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución», en Rev. de Der. IV, Univ. Católica, p. 21-22), en el caso los principios superiores de igualdad de los ciudadanos ante la Ley (artículo 8 de la Carta), y el de la responsabilidad de los gobernantes, derivado de la forma republicana de Gobierno (artículo 72) impiden que prerrogativa o privilegio procesal alguno se erija en obstáculo insuperable para el juzgamiento de eventuales ilícitos penales cometidos por un ex Presidente de la República durante el ejercicio de su mandato.

Como sostiene García de Enterría («Democracia, jueces y control de la Constitución», p. 319), no hay frente a la Ley y al Derecho, sujetos ni órganos

privilegiados, exentos de su imperio y por consiguiente del imperio del juez incluyendo, por supuesto, a quienes se benefician de un mandato popular. En último extremo, la legitimación del Estado y del Derecho se consolida definitivamente cuando ese Derecho es capaz de imponerse a través del juez, naturalmente sobre todos los hombres.

Pero en suma, como el denunciado no es pasible de juicio político por «violación de la Constitución», no se ha verificado el supuesto fáctico previsto por el artículo 14.2 de la ley 3246 y por ende, la competencia «originaria» asignada a la Suprema Corte de Justicia por la primera parte del numeral 1º del artículo 239 de la CN no puede operar. Su juzgamiento deberá hacerse por el órgano jurisdiccional de primera instancia en la materia penal que resulte competente por razón de turno.

4) A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que aun cuando - erróneamente- se entendiera que la Corte posee competencia 'originaria' en el presente asunto, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2º. del artículo 239.1 de la Carta, ello no implicaría necesariamente que la competencia de la Corporación fuera exclusiva y excluyente. En efecto, la referida disposición constitucional establece que: «...Para los asuntos enunciados y para todo otro en que se atribuye a la Suprema Corte jurisdicción originaria será la ley la que disponga sobre las instancias que haya de haber en los juicios....».

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada «Pacto de San José de Costa Rica» (ratificada por el artículo 15 de la Ley 15737), al regular las garantías mínimas con las que debe contar toda persona inculpada de un delito, dispone en el artículo 8 literal «h», que tendrá «Derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior».

Y bien, y en tanto que al denunciado en estos autos se lo señala como eventual autor de diversas conductas delictivas, si se entendiera -equivocadamente- que esta Corporación posee competencia «originaria» para conocer en tales denuncias, ello no podría implicar que la Corte conociera en el asunto en forma exclusiva y excluyente, ya que de tal modo se estaría vulnerando el Derecho del denunciado a «recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior». En otros términos, aun cuando se entendiera que la Suprema Corte de Justicia posee competencia «originaria» para conocer en el presente asunto, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2º. del numeral 1º del artículo 239 CN.y del literal «h» del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, correspondería remitir los autos a un órgano jurisdiccional cuya decisión sea susceptible de ser impugnada por el denunciado frente a un tribunal «superior», hipótesis esta que no se ve verificada si la Corte conociera en forma exclusiva y excluyente.

Por las razones expuestas, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 62 del CPP, la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

Declárase incompetente para conocer en el presente asunto en esta etapa procesal, disponiendo la remisión de estos autos al Juzgado Letrado de 1ª. Instancia en lo Penal que resulte competente por razón de turno.

Parga - Van Rompaey - Rodríguez - Troise

Dra. Chao, Sec. Let.

Sentencia Nº 1026.-

Min. Red.: Dr. Van Rompaey.

Montevideo, 26 de agosto de 2003.

VISTOS y RESULTANDO:

- Los recursos interpuestos por J. M. Bordaberry en estos autos caratulados: «Olivera, Bernardo y otros (denunciantes) - Bordaberry, Juan María (denunciado) - Atentado contra la Constitución, artículo 132 num. 6º. del CP - Denuncia Penal», Ficha 416/02.

CONSIDERANDO:

1º - La Suprema Corte de Justicia desestimará los recursos interpuestos contra la sentencia interlocutoria Nº. 973/03, al entender que son de franco rechazo los argumentos esgrimidos en su mérito.

2º - Debe tenerse en cuenta que en el acápite del escrito en examen, el recurrente expresó: «Que vengo a interponer los recursos de revisión (o reposición, para el caso que la Corporación entendiera que corresponde el régimen recursivo del CGP y CPP) y nulidad (en el régimen del CGP subsumido en la apelación y como recurso autónomo en el CPP artículo 101 numeral 3º., 103 y concordantes) contra la sentencia interlocutoria Nº 973 del 15 de agosto de 2003...», Asimismo, en el num. 4º. del petitorio solicitó a esta Corporación que: «Se revoque por contrario imperio la sentencia atacada por la vía recursiva acogiendo los agravios, y anulando el fallo por contrariar elementales garantías constitucionales del debido proceso y desestimando la solicitud de un nuevo proceso en tanto implica vulnerar la cosa juzgada y la prohibición del doble enjuiciamiento..».

- Ante tal planteamiento corresponde precisar que en la medida que a través de la providencia interlocutoria impugnada esta Corporación se declaró incompetente para conocer en la denuncia formulada contra el Sr. J. M. Bordaberry, por su eventual participación en las diversas conductas delictivas señaladas por los denunciantes, no resultan aplicables en la especie los medios de impugnación previstos por el Código general del proceso, a los que hiciera referencia el recurrente, debiendo estarse a lo dispuesto por el Código del Proceso Penal.

3º - En relación a los medios impugnativos regulados por el Código del Proceso Penal, referidos por el recurrente, se advierte que interpuso los recursos de: «revisión», «reposición» y «nulidad... como recurso autónomo en el CPP artículo 101 numeral 3º, 103 y concordantes...».

4º - Ingresando al examen del recurso de nulidad interpuesto, corresponde precisar que el denunciado sostuvo que el mismo se promueve «como recurso autónomo», lo que conduciría a concluir que pretendió deducir el recurso de nulidad previsto por el artículo 267 del CPP, circunstancia esta que determinaría pero sí sola la inadmisibilidad del referido recurso, ya que el medio impugnativo previsto por el artículo 267 del CPP solo procede contra las sentencias apelables, y la sentencia Nº 973/03 dictada por esta Corporación no es susceptible de apelación.

- No obstante lo expuesto, teniendo en cuenta que el recurrente, a pesar de hacer referencia a que promovía la nulidad «como recurso autónomo» invocó el

artículo 103 de CPP que habilita plantear la nulidad «deduciendo el recurso correspondiente», y dado que en el numeral 4º del petitorio solicitó a esta Corporación que «revoque por contrario imperio la sentencia atacada... anulando el fallo por contrariar elementales garantías constitucionales» se entiende que la nulidad aducida, fue puesta de manifiesto a través del recurso de reposición, lo que habilita el examen de la argumentación desarrollada sobre el punto por el impugnante.

5º - Y bien; fundamentando la nulidad invocada, J. M. Bordaberry sostuvo en primer término que la circunstancia de que la Suprema Corte de Justicia se haya declarado incompetente para conocer en el presente asunto constituye una causal de nulidad de fallo recurrido.

La Corporación estima que no asiste razón al recurrente, manteniendo sobre el punto las consideraciones formuladas en la sentencia recurrida a las que se remite íntegramente, pues las mismas no resultaron enervadas por el embate crítico de la recurrencia.

6º - La otra causal de nulidad esgrimida por el recurrente estriba en que la providencia recurrida fue dictada en infracción de su Derecho de defensa, al no habersele conferido la oportunidad de alegar y probar.

A juicio de la Corte, las consideraciones formuladas al respecto por el impugnante resultan ostensiblemente erróneas. Y ello por cuanto, en la etapa presumarial que se inicia, el legislador (en ejercicio del poder normativo conferido por el artículo 18 de la Carta Magna) (arts. 112 a 117 del CPP) no dispuso que corresponda dar traslado de la denuncia a la persona contra la que se le deduce, y tal circunstancia no implica vulneración alguna del 'debido proceso legal' (artículo 12 de la CN.) desde que en esta etapa procesal la Corte no se ha pronunciado sobre la eventual participación del recurrente en las diversas conductas delictivas relacionadas por los denunciados.

En términos de Couture, la garantía de defensa en juicio consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley (Fundamentos..., p. 101), y el debido proceso legal es definido como la garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus Derechos.

En el caso, la Corporación se ha limitado, en la primer providencia recaída en la causa, a declarar su incompetencia para conocer originalmente en la misma. Resulta absurdo postular que, presentada una denuncia penal ante un órgano jurisdiccional, este deba liminarmente tramitar un contradictorio a los efectos de decidir cuál es el juzgado competente para entender en el asunto. Y obviamente la eficacia de la investigación y represión penal resultaría gravemente afectada si se le debiera conferir traslado al sujeto sindicado como responsable en la denuncia penal contra él presentada.

Si la Corte de 1986 optó por conferir traslado a los denunciados de decidir la cuestión competencial, ello implicó el ejercicio de una facultad discrecional que carece de eficacia vinculatoria en la presente decisión de la Corporación con su actual

integración.

Resulta claro que el denunciado gozará en su plenitud las garantías del debido proceso y ejercerá adecuadamente el Derecho de defensa ante el Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal al que se remitan las presentes actuaciones.

La palmaria inconsistencia de la protesta de indefensión en que se concreta este agravio queda de manifiesto ni bien se advierte que el denunciado admite expresamente (num. 10 de su escrito) que la decisión en recurso «deja expuesto al magistrado si asume competencia, a todas las defensas procesales y sustanciales que plantearíamos en caso de no hacerse lugar a los recursos interpuestos».

Por otra parte, la alusión que formula el recurrente respecto de la invocada vulneración del artículo 66 de la Carta Magna, no resulta jurídicamente correcta, ya que la referida disposición constitucional dispone que: «Ninguna investigación parlamentaria o administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, se considerara concluida mientras el funcionario inculcado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa». Y como se podrá apreciar, el supuesto de hecho de la referida disposición normativa, no guarda relación alguna con el subexámine, ya que: a) el denunciado en estos autos no reviste la calidad de 'funcionario'; b) la sentencia recaída en manera alguna implicó la 'conclusión' de una investigación; y por último c) el texto citado precedentemente refiere con absoluta claridad a 'investigación parlamentaria o administrativa'; no haciendo referencia alguna a 'investigación judicial'.

En suma, mal puede atribuírsele a esta Corporación haber infringido el artículo 66 de la Constitución, cuando una simple lectura del referido artículo pone en evidencia que el mismo no era aplicable en el subexámine.

7º - En punto a la aducida infracción del principio 'non bis in idem' por parte de la recurrida, entiende la Corporación que tampoco asiste razón al impugnantes. Y ello por cuanto, el artículo 3 del CPP, con absoluta claridad dispone que: «Ninguna persona puede ser procesada dos veces por un mismo hecho constitutivo de infracción penal...»; impidiendo de tal forma, que se Procese (artículo 125 CPP) a una persona más de una vez por los mismos hechos, hipótesis esta que no se ha verificado en el subexámine.

8º - En lo atinente a la aducida violación de la 'cosa juzgada', entiende la Corporación que la sentencia 408/86 carece de eficacia vinculatoria en la presente decisión. Y ello por cuanto dicha sentencia -que a juicio del recurrente constituye 'cosa juzgada'- no se pronunció sobre el fondo del asunto, sino que lo hizo sobre aspectos puramente formales; y tal como lo sostienen Véscovi y otros, para que una sentencia pase en autoridad de cosa juzgada: «...debe haberse pronunciado sobre el fondo del asunto o sobre cuestiones tales como prescripción, caducidad o ausencia de legitimación sustantiva, pues si solo lo hubiese hecho respecto de aspectos puramente o estrictamente formales, aunque pongan fin al proceso, no se produce el efecto previsto en la presente disposición.» (Véscovi y otros: 'C.G.P. Comentado, anotado y concordado', t. 6 p. 352).

En similar sentido expresa Devis Echandía que para que se configure la cosa juzgada se necesita que la sentencia haya recaído sobre el fondo del litigio (Teoría

General del Proceso, p. 475). Y asimismo sostiene Tapia Fernández que: "...Si la cosa juzgada en el efecto irrevocable de las sentencias que deciden la controversia, esto es, las sentencias que van referidas al objeto del proceso que ya ha sido resuelto, parece razonable concluir que la sentencias que no deciden la controversia, que se prONUncian sobre el objeto sometido a juicio, por acoger un defecto procesal, no producen tal efecto..."(L.E.C. 2000: El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada; p. 145).

Por su parte, Couture enseñaba al respecto que: "...la cosa juzgada es el fin del proceso. Este apunta hacia la cosa juzgada como hacia su fin natural. La idea de proceso es necesariamente teleológica decíamos. Si no culmina en cosa juzgada, el proceso es solo procedimiento.

Los fines del proceso no se logran por este, en sí mismo, que es solo un medio, sino por la cosa juzgada.

Entre proceso y cosa juzgada existe la misma relación que entre medio y fin; entre el destino final del Derecho, de obtener la justicia, la paz, la seguridad en la convivencia, y el instrumento idóneo para obtenerlos.

Sin proceso no hay cosa juzgada; pero sin cosa juzgada no hay proceso llegado a su fin..." (Fundamentos del Derecho procesal civil, ed. De Palma, p. 411).

- La sentencia 408/86, recayó en la etapa presumarial, y no se pr ONunció en manera alguna sobre la eventual participación de Bordaberry en las conductas delictivas que fueran denunciadas, por lo que, de conformidad con las consideraciones doctrinarias referidas precedentemente corresponde concluir que no se configuró cosa juzgada alguna que haya sido vulnerada por la sentencia impugnada.

Paradójicamente, el procesalista cuya consulta acompaña al presente recurso (Greif, num. 3 A I), refiriéndose al tema de fondo, el «non bis in idem» o la cosa juzgada, sostiene que «el principio protege a quien ha sido perseguido mientras esa persecución se mantenga o haya sido concluida por sobreseimiento o sentencia absolutoria o condenatoria firme».

En el caso, es de toda evidencia que el procedimiento iniciado con la denuncia presentada en 1985 contra el ex Presidente Bordaberry no terminó con la emisión o dictado de sentencia condenatoria, absolutoria o de sobreseimiento alguna, por lo que la resolución 408/86, por la que la Corte declaró, por razones formales, que carecía de facultades para seguir entendiendo en la denuncia instaurada, sin pr onunciarse sobre el mérito o fundabilidad de la misma, no reviste la autoridad de cosa juzgada que impida la prosecución del presente procedimiento penal.

9º - Por último, en relación al recurso de 'revisión', al que hiciera referencia el impugnante en el acápite del escrito en examen, la Corporación declarará la inadmisibilidad del mismo.

En efecto, tal como surge de una simple lectura del artículo 283 del CPP, el referido recurso procede contra sentencias definitivas, condenatorias; situaciones estas que obviamente no se han verificado en autos. A mayor abundamiento, corresponde precisar que el recurrente no posee la legitimación activa requerida por el artículo 284 del CPP para interponer 'revisión', ni cumplió además con las exigencias del artículo 285 del mismo cuerpo normativo.

Por lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

Desestimar los recursos interpuestos, estándose a lo dispuesto en la sentencia recurrida y remitiéndose los autos al Juzgado competente.

Parga - Van Rompaey - Rodríguez – Troise - Dra. Chao, Sec. Let.

## 11. DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS

### Presupuestos básicos

Algunos presupuestos básicos son necesarios para la presencia de un control de constitucionalidad: debemos estar frente a un Estado de derecho cuya Constitución sea rígida para comprender estos conceptos, nos remitimos a los capítulos pertinentes de este trabajo.

### Concepto

El control de constitucionalidad es un mecanismo de defensa de la suprallegalidad de la Constitución. Mediante ella, se asegura el respeto y cumplimiento de la norma máxima en nuestro país. Puede decirse que la defensa de la Constitución no es, simplemente, «la defensa de un texto. Supone la protección del sistema constitucional y esto comprende los derechos fundamentales» (Sapolinski, 2011)<sup>31</sup>.

En nuestro derecho, este instituto no alcanza a los reglamentos por entenderse que la actividad legislativa es la más cercana a la Constitución y es la que requiere de especialidad en su control (Korzeniak, 2008).

### Criterios de clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad

Existen diferentes criterios de clasificación para los diversos sistemas de control de constitucionalidad. De hecho, son tan variados los sistemas, que las clasificaciones siempre cuentan con categorías intermedias o excepciones.

A) En cuanto a quién realiza el control, podemos clasificar a los sistemas en: a) difuso o concentrado; y b) judicialista, político o extrajudicialista.

a) Sistema difuso es aquel en el que cualquier juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad, por oposición al concentrado en el que solo un órgano o determinados órganos pueden declararla (Risso, 2005). La generalidad de los sistemas de control de constitucionalidad son concentrados. Suele mencionarse como ejemplos de sistemas de control de constitucionalidad difusos el de Estados Unidos y Argentina.

b) El sistema judicialista es aquel que otorga competencia en la materia al Poder Judicial y aquí pueden darse las siguientes variantes: I) el órgano jerarca del sistema orgánico es el competente (en este sentido es, por tanto, concentrado) o II) todos sus órganos lo son.

En Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay es el órgano máximo del Poder Judicial el competente (Correa, 2007).

En el sistema político los competentes para la declaración de inconstitucionalidad son los órganos ejecutivos y legislativos.

---

<sup>31</sup> Cassinelli señala otra perspectiva a considerar: que en nuestro derecho, el sistema de control de constitucionalidad opera como una defensa del acto legislativo (Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad? Revista Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 55).

En el sistema extrajudicialista hay un órgano especializado en la materia que no integra el Poder Judicial ni ninguno de los clásicos Poderes del Gobierno del Estado. Esta última posibilidad es la que se consagra en Alemania, Italia, Francia, España, Portugal, Bolivia, Ecuador, Perú, Puerto Rico, Haití y Austria.

Como se mencionó, es difícil encontrar casos de sistemas puros, por lo que se identifican sistemas mixtos en los que la competencia pertenece, en algunos casos, a órganos especiales y, en otros, al Poder Judicial (a todo el sistema orgánico o solo a su órgano jerarca), como ejemplos puede citarse a Colombia, Grecia, Guatemala, Venezuela, Brasil y Chile.

B) Respecto de cuándo se realiza el control, se distingue el sistema a priori o preventivo y el sistema a posteriori o represivo.

El primero, es aquel que controla la constitucionalidad con anterioridad a que la ley sea efectivamente tal. Es decir, controla la constitucionalidad de los proyectos de ley. El sistema a priori por excelencia es el francés (Correa, 2007)<sup>32</sup>.

En segundo, ejercita el control cuando la ley ya nació a la vida jurídica.

Existen, además, sistemas mixtos como los de Bolivia, Chile, Colombia y Guatemala, pero la gran mayoría son sistemas a posteriori.

C) En cuanto a quién puede presentar la solicitud, suele mencionarse las opciones de órganos políticos, los propios particulares o jueces.

En Francia y Bolivia solo están legitimados los órganos políticos.

En los sistemas en los que los particulares están legitimados para solicitar la declaración de inconstitucionalidad, se pueden distinguir aquellos en los que se exige acreditar una violación de un derecho subjetivo, los que reclaman demostrar una afectación de un interés o los que consagran lo que se conoce como acción popular (no se exige mostrar lesión particular alguna).

Algunos Estados de Canadá prevén la legitimación del Procurador General.

Entre los sistemas que consagran la vía de oficio (jueces), existen aquellos en los que todos los jueces pueden promover este control y aquellos en los que solo algunos jueces pueden promoverlo. Las opciones oscilan, por lo general, en dar competencia solo a los órganos judiciales jerarcas y a los tribunales de apelaciones.

D) En cuanto a qué se protege, se entiende que existen dos opciones: se protege el interés personal (sistema subjetivo) o se protege el orden jurídico en sí mismo (sistema objetivo). En el primer caso, por lo general, se exigirá una legitimación determinada

---

<sup>32</sup> Al presente, el sistema francés ha incorporado hipótesis de control a posteriori en el artículo 61 -1 de su Constitución vigente:

«Cuando, con ocasión de un proceso que se sigan ante un órgano jurisdiccional, se sostenga que una disposición legislativa pueda atentar contra los derechos y las libertades que la Constitución garantiza, el Consejo Constitucional podrá conocer de esta cuestión bajo la remisión de la misma por parte del Consejo de Estado o de la Corte de Casación que se pronunciará en un plazo determinado.

Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo ».

para promover esta acción. En el segundo caso, se exigirá que la ley contradiga principios o reglas constitucionales.

E) En cuanto a qué efectos tiene el control de constitucionalidad, pueden distinguirse los sistemas con efectos anulatorios o derogatorios de aquellos en los que el acto jurídico se desaplica solo para el caso concreto.

En el primer caso, los efectos serán *erga omnes*, en el sentido que alcanzarán a todos por igual, pero pueden darse las variantes de derogación o anulación del acto jurídico declarado inconstitucional. En general, en la hipótesis de anulación se señala que se quita la norma del sistema jurídico. Se prevé, normalmente, la exigencia de publicar la sentencia que declara la inconstitucionalidad así como su comunicación al Poder Legislativo.

Este sistema es el que se aplica en Brasil, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Venezuela, Austria, España, Alemania, Italia y Guatemala.

En el segundo caso, la ley no se deroga ni se anula, esta continúa vigente: solo se desaplica al caso concreto. Como ejemplo puede citarse el sistema de Estados Unidos, Argentina, Honduras y Paraguay.

#### Naturaleza del acto que declara la inconstitucionalidad

Se discute sobre la naturaleza jurídica del acto que declara la inconstitucionalidad (Korzeniak, 2008).

Se ha sostenido su naturaleza legislativa (legislación negativa). En especial, en aquellos sistemas con efectos generales.

También se ha postulado su naturaleza jurisdiccional en los sistemas en que el o los órganos judiciales son los competentes para la declaración de inconstitucionalidad.

En nuestro derecho, Véscovi (1967) manifiesta que se inclina por «considerar que el régimen de declaración de inconstitucionalidad de la ley, configura [...] el ejercicio de jurisdicción, y, normalmente jurisdicción contenciosa».

En aquellos sistemas que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos hacia el futuro - *ex nunc* - se dice que tal acto es constitutivo, mientras que en los sistemas en que los efectos son hacia el pasado - *ex tunc* -, se sostiene su naturaleza declarativa (Korzeniak, 2008).

#### Breve reseña histórica

Sin perjuicio de ciertos antecedentes que, curiosamente, se ubican en Inglaterra (Esteva, 1992), habremos de detenernos, históricamente, en Estados Unidos. Allí existía desconfianza al Parlamento, dado que el inglés impuso contribuciones a las ex colonias y se oponía a su independencia. Después de su independencia, se dio a sí mismo una Constitución escrita, codificada y rígida y no sintió desconfianza hacia los jueces, extremo que sí ocurrió en Europa dado que los jueces eran funcionarios de confianza del monarca.

El *leading case* que estudia el problema de la inconstitucionalidad de la ley es la que falla en el conocido caso *William Marbury contra James Madison* de fecha 14 de febrero de 1803. Fue redactada por el Juez Marshall, Presidente de la Corte Suprema.

Subyacía en este caso un tema político de fondo: las credenciales de Marbury para ejercer como juez en el Estado de Columbia, otorgadas por el presidente Adams y que no se efectivizan por parte del ministro Madison por orden del nuevo Presidente Jefferson (Correa, 2007). Pero Marshall encontró un importante tema jurídico: una ley dictada por el Congreso contraria a la Constitución ¿es ley?

El razonamiento de Marshall (Correa, 2007) fue el siguiente: ¿la Constitución es superior a la ley o está equiparada? Si es lo primero, una ley contraria a la Constitución no puede ser ley. Si es lo segundo, la Constitución es un vano intento de limitar el poder. El artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos establece la cláusula de supremacía. Además, es deber judicial ineludible fallar en los casos que sean sometidos a su consideración. Y dado que la Constitución es superior a la ley, el juez debe aplicar la Constitución y no la ley que le es contraria.

En Francia, el monarca era el tirano y estaba asistido por jueces. Además, el concepto de la supremacía de la voluntad general que se expresa en la ley y el de la división de poderes gozan de gran prestigio. Por tanto, existirá en la sociedad francesa un fuerte rechazo al control sobre las leyes. En virtud de lo señalado, el control diseñado fue previo y político.

El tercer gran sistema o modelo de control de constitucionalidad es el establecido en la Constitución del Imperio Austrohúngaro de 1918 y la Constitución de Checoslovaquia de 1920, las que fueron redactadas por Kelsen.

Kelsen concibe el orden jurídico como un todo sistematizado y jerarquizado. En ese contexto, una ley contraria a la Constitución no es válida, por lo que el resultado lógico es el de su anulación, ya que la inconstitucionalidad es un vicio *ab initio* (Cagnoni, 2006). Kelsen diseña un sistema de control de constitucionalidad represivo, concentrado, a cargo de un Tribunal Constitucional, que no integra el Poder Judicial. Kelsen concibe a este órgano como un «Guardián de la Constitución», «un legislador negativo».

### Sistema nacional de control de constitucionalidad

Solo estudiaremos aspectos sustantivos del instituto de control de constitucionalidad. No abordaremos sus aristas procesales.

Las normas fundamentales a tener en cuenta, son los artículos 256 a 261 de la Constitución.

El Código general del proceso (CGP) (Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988), en sus artículos 508 a 523, constituye hoy día la ley reglamentaria que prevé el artículo 261 de la Constitución.

Basándonos en los conceptos ya analizados, podemos caracterizar a nuestro sistema como represivo, judicialista y concentrado.

El único órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo es la Suprema Corte de Justicia.

Es un sistema subjetivo, en tanto que para solicitar la declaración de inconstitucionalidad se exige haber sido afectado en un interés directo, personal y legítimo.

El efecto de la declaración de inconstitucionalidad se limita a que el acto legislativo no se aplique al caso concreto: se deroga.

### Actos pasibles de declaración de inconstitucionalidad

En nuestro sistema, los actos pasibles de declaración de inconstitucionalidad son las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción. Así lo establecen los artículos 256 y 260 de la Constitución.

Por ley debe entenderse el acto jurídico calificado como tal conforme al criterio orgánico-formal (Risso, 2005), cuyo procedimiento de elaboración es el editado en los artículos 133 a 146 de la Constitución, sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo.

Esto incluye las leyes de presupuesto y rendición de cuentas (artículo 214 y siguientes, Constitución), las leyes con declaratoria de urgente consideración (artículo 168 numeral 7 de la Constitución), las leyes interpretativas de la Constitución (artículo 85 numeral 20, Constitución), los decretos-leyes con «valor y fuerza de ley» de acuerdo a la Ley 15.738, las leyes que por su contenido no son generales y abstractas y las leyes que limitan el ejercicio de derechos por razones de interés general.

Puede discutirse si cabe incluir dentro del instituto de control de constitucionalidad las leyes que aprueban tratados internacionales, pero claramente quedan excluidos los actos institucionales (Correa, 2007) y las leyes constitucionales (ya que no son leyes sino uno de los modos de reforma de la Constitución).

Como se señalara, también son pasibles de control de constitucionalidad, los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 281 de la Constitución. Son sancionados por la Junta Departamental y promulgados por el Intendente. Se tratan de leyes departamentales. Quedan excluidos del control de constitucionalidad los demás decretos departamentales que no cumplan con las formalidades señaladas y aquellos actos dictados durante el Gobierno de facto, pues a nivel departamental no existió convalidación como sí existió a nivel nacional (ver infra).

### Órgano competente

Como se afirmara, la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo a lo que establece el artículo 257 de la Constitución, es el único órgano competente en materia de control de constitucionalidad de los actos legislativos. Tal competencia es originaria y exclusiva.

Previo al fallo, se requiere el dictamen del fiscal de Corte, el que es preceptivo y no vinculante.

La Suprema Corte de Justicia tiene la opción de rechazar de plano el planteo (artículo 515 del CGP) y tomar decisión anticipada (artículo 519 del CGP).

Cabe aclarar, aunque parezca obvio, que resuelve también casos de inconstitucionalidad en otros procesos ante ella planteados, así como puede proceder al control de constitucionalidad de oficio.

## Razones

Existen dos razones por las cuales puede ser declarado inconstitucional un acto legislativo en nuestro derecho, de acuerdo a lo establecido por el artículo 256 de la Constitución: «por razón de forma o de contenido».

La razón de forma conduce a un control extrínseco sobre la corrección del procedimiento de elaboración del acto legislativo. Las desviaciones suelen consistir en no haber respetado las exigencias de iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo, de mayorías especiales para la aprobación del proyecto de acto legislativo.

La razón de contenido refiere a la debida correspondencia sustancial o material que debe existir entre el acto legislativo y la Constitución. Se trata de un control intrínseco. El acto legislativo inconstitucional contradice una regla, principio o programa constitucional.

## Vías para declarar la inconstitucionalidad

El artículo 258 de la Constitución establece tres vías posibles para solicitar la declaración de inconstitucionalidad: la vía de acción, la de excepción y la de oficio.

Cualquier persona, ya sea física o jurídica, pública o privada, puede promoverla directamente ante la Suprema Corte de Justicia (artículo 258 de la Constitución). Es la vía más amplia.

La vía de excepción es proponible en cualquier procedimiento judicial. Se admite que pueden presentarse por esta vía las partes del proceso y los terceristas. La expresión excepción se interpreta en un sentido amplio, como sinónimo de defensa y no en el sentido estricto del derecho procesal (Risso, 2005).

Se entiende por procesos judiciales, aquellos que se ventilan ante el Poder Judicial, abarcando tanto los procesos contenciosos como los voluntarios. Quedan excluidos los procesos en que se ejerce función jurisdiccional, pero que no se desarrollan ante el Poder Judicial, esto es, los procesos militares, electorales y los de los posibles órganos inferiores del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Quedarían, además, excluidos los procesos ante dicho Tribunal, pero, por lo general, este los franquea y la Suprema Corte de Justicia los resuelve, sin oponerse.

La vía de excepción puede oponerse hasta la conclusión de la causa.

Cualquier Juez, Tribunal o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede plantear la cuestión de constitucionalidad en cualquier causa de su competencia, siempre «antes de dictar resolución» definitiva (artículo 258 de la Constitución).

## Legitimación activa

Nuestra Constitución exige que la persona solicitante se encuentre lesionada «en su interés directo, personal y legítimo» (artículo 258 de la Constitución).

Debemos pues diferenciar tres situaciones jurídicas distintas: derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

El derecho subjetivo es la situación jurídica en la que se encuentra una persona que puede exigir legítimamente de otro una conducta que consistirá en dar, hacer o no

hacer (Correa, 2007). Se señala que el derecho subjetivo es la situación jurídica subjetiva recíproca de la obligación.

La persona titular de un interés legítimo puede exigir del otro que actúe conforme lo dispone una regla de derecho, pero no que satisfaga necesariamente su interés.

Sánchez Carnelli (2005) afirma que existe un interés legítimo que se lesiona cuando este interés resulta insatisfecho por el ejercicio o no ejercicio ilegítimo del poder del legislador para reglamentar la Constitución, postura que a su criterio, parece continuar Van Rompaey.

El interés simple consiste en un interés o inclinación que podrá -o no- ser satisfecho.

Nuestra Constitución exige que exista lesión de un interés legítimo, pero no establece nada (en principio) en relación al derecho subjetivo.

Por tanto, los autores se esfuerzan en establecer si debe o no considerarse este aspecto, existiendo varias posiciones.

Cagnoni (2006), entiende que si la Constitución protege el interés legítimo (que es un derecho debilitado, reflejo u oblicuo), no puede no admitirse la protección del derecho subjetivo, pues significaría la negación en el goce de derechos (artículo 7 de la Constitución), cuya protección garantiza el control de constitucionalidad.

Cassinelli considera que si se lesiona un derecho subjetivo no existe proceso especialmente previsto: cualquier juez puede desaplicar el acto legislativo y continuar con el proceso (Sánchez, 2005).

«La falta de referencia en el artículo 258 a los casos de lesión de un derecho subjetivo no constituye otra cosa que una laguna constitucional» de acuerdo a la postura de Risso (2005).

Se exige un interés directo es un interés frontal, no eventual ni oblicuo (Korzeniak, 2008).

Interés personal es el interés propio. No se trata de un interés corporativo o grupal.

¿Está legitimado el Poder Ejecutivo para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley? Para responder esta interrogante, corresponde, a su vez, cuestionarse si puede tener el Poder Ejecutivo un interés personal, propio del Estado y diferente del interés general. En tanto esto no sea posible, no tendría legitimación.

El Poder Ejecutivo participa en el proceso de elaboración de la ley, por lo que encontramos aquí un argumento para sostener que no está legitimado (por ejemplo, pudo oponer el veto). Se responde a esto, sin embargo, que en este proceso, la Asamblea General puede levantar el veto.

Cagnoni, Moretti, Aguirre Ramírez, Elizalde y la Comisión de Constitución y Legislación del Senado (Penadés, 1962) sostienen la posición negativa, mientras que Vescovi, Jiménez de Aréchaga, Arlas, Cassinelli, Risso, Esteva, Correa Freitas, Berro Oribe y, luego de 1950, la Suprema Corte de Justicia consideran que el Poder Ejecutivo está legitimado para solicitar la declaración de inconstitucionalidad (Risso, 2005).

## Efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos

Las vías de excepción y de oficio provocan la suspensión del trámite, «elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia» (artículo 258 de la Constitución).

## Efectos de la sentencia

El artículo 259 de la Constitución establece:

«El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado».

A consecuencia de la sentencia que declara la inconstitucionalidad del acto legislativo, éste se torna inaplicable al caso concreto: no se deroga ni se anula.

En la vía de acción habrá que determinar cuál es el caso concreto (Risso, 2005), dado que no existe un juicio pendiente relacionado. Al efecto, habrá que estar a la presentación del caso que hizo el accionante y a su habilidad para definirlo.

Está prevista la comunicación de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia que declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo al Poder Legislativo o Gobierno departamental (artículo 522 del CGP).

## Efectos temporales de la sentencia

La Suprema Corte de Justicia (desde 1992) y la doctrina mayoritaria consideran que la sentencia produce efectos desde la demanda y hacia el futuro, en tanto es un acto declarativo (Korzeniak, 2008). Al no anularse el acto legislativo, se estima que lo que se cumplió, lo fue correctamente.

Recibe esta visión las críticas de Korzeniak (2008) y Risso (2005), en tanto la consideran una visión práctica, pero no acorde a derecho. El acto legislativo inconstitucional lo es desde su nacimiento, haya o no afectado -en ese entonces- al accionante.

Cabe subrayar que, en especial, en la vía de excepción u oficio el caso concreto puede ser muy anterior a la fecha de la demanda, por lo que la visión señalada en primer término quizás sea práctica pero no es lo suficientemente adecuada. Correa (2007) propone una reforma constitucional que aclare el punto.

## Caso especial de inconstitucionalidad

La Disposición Especial Letra V de las Disposiciones Transitorias y Especiales, introducida en la reforma de 1994, establece una hipótesis de inconstitucionalidad que es declarada por la misma Constitución.

La legitimación es amplia «a petición de cualquier habitante de la República».

Es también la Suprema Corte de Justicia el órgano competente, pero solo constata de oficio la inconstitucionalidad. Su tarea es la de determinación o accertamento, esto es, de identificación de los actos legislativos alcanzados por el vicio de inconstitucionalidad.

Se prevé, asimismo, la vía de oficio y que exista una comunicación al Poder Legislativo y Ejecutivo.

El efecto es diferente al del régimen general dado que se establece que «dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia».

El 15 de noviembre de 1995, la Suprema Corte de Justicia expidió una resolución (no una sentencia) en el marco de la operación de determinación.

### Bibliografía básica

- Cagnoni, J. A. (2006). El Derecho constitucional uruguayo. Montevideo.
- Correa, R. (2007). Derecho constitucional contemporáneo. Montevideo: FCU.
- Korzeniak, J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo: FCU.
- Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

- Cassinelli, H. Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad? Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T. 55.
- Esteva, E. (1992). Lecciones de Derecho Constitucional 1ª Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político.
- Jiménez de Aréchaga, J. (2010). La Constitución del Uruguay de 1952. Montevideo: Imprenta Rosga.
- Korzeniak, J. (1987). Sistemas de control constitucional en el derecho comparado. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, T. 28.
- Pérez Pérez, A (1995). Efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad. Tercer coloquio sobre responsabilidad del Estado, contencioso de derecho público y jurisdicción. Montevideo: Editorial Universidad.
- Risso, M. (2001). Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.
- Rocca, M. E. (1999). Estudio sobre jurisprudencia constitucional. Criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad de la ley. Montevideo.
- Sánchez Carnelli, L. (2005). Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos. Montevideo: FCU.
- Sapolinski, J. (2011). Declaración de inconstitucionalidad y derechos humanos. En Revista de Derecho Público, Número 39, Año 20.
- Véscovi, E. (1967). El proceso de inconstitucionalidad de la Ley. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

## Ejercicio

A) Lea y reflexione sobre el inciso segundo del artículo 216 que a continuación se transcribe:

«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».

Relaciónelo con la Disposición Especial Letra V.

B) Se transcribe parte de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia, N° 90 de 06/08/1990 en los autos «BOCAGE ARMELLINO, Germán I. C/ Administración Nacional de Educación Pública – Acción de nulidad – INCONSTITUCIONALIDAD».

Se debate sobre la inconstitucionalidad del artículo 635 de la Ley 15.903 de 10 de noviembre de 1987. La Suprema Corte de Justicia rechaza la acción promovida.

¿Qué comentarios le merecen los fundamentos de la Suprema Corte de Justicia?

«CONSIDERANDO: I.) Que se desestimaré la defensa de inconstitucionalidad planteada. En la medida en que ninguno de los argumentos que expone el actor - excepcionante, son de recibo, circunstancia que permite fundar una decisión que le sea adversa. Dicho de otro modo: la Suprema Corte, por la unanimidad de sus miembros, considera que el artículo 635 de la Ley N°. 15.903, cuestionado en la especie, no violenta en forma algunas normas de rango superior o principios que emanen de la Carta Fundamental, como se pretende. Desde luego, la primera defensa a analizar, debe referirse al aspecto formal que se introduce como argumentación contraria a la constitucionalidad de la norma atacada. Más precisamente a la tacha de irregularidades en el trámite parlamentario de la norma aludida, el que no se habría ajustado a la preceptiva que regula el punto (Constitución, arts. 138 y ss.). Sin duda y así lo establece expresa norma, «cuando un proyecto de Ley fuese devuelto por el Poder Ejecutivo con objeciones u observaciones, se convocará a la Asamblea General y se estará a lo que decidan los tres quintos de los miembros presentes» (artículo 138, inciso I). Trámite que no se habría seguido - más exactamente que no se siguió - al aprobarse una «...moción de comunicar el proyecto...», evitándose de esa forma - se agrega por el interesado - «...expresar aquiescencia a las fórmulas propiciadas por el Poder Ejecutivo...» « (fs. 32). Por cierto, el respectivo libelo del excepcionante, no ha expuesto con claridad el punto, ni ha ofrecido prueba al respecto. Aún cuando, de todos modos, debe establecerse que la Asamblea General adoptó una interpretación de las normas correspondientes, entre varias posibles, ejerciendo su facultad interpretativa de la Carta (artículo 85, N°. 20). De lo que corresponde extraer la conclusión, que parece inequívoca, de que procede tenerla por ajustada a la Constitución, en la medida en que no se acredite que colide con ella. Según jurisprudencia constante de la Corporación (Sentencia N°. 176/87), la ley se presume constitucional, esto es arreglado, ceñido o conforme a la norma superior, sin que se le pueda atribuir - de principio, violente el ordenamiento jurídico establecido en la misma. Debe regir el principio de regularidad de la ley, como expresión de la seguridad jurídica, pues los órganos públicos y salvo que se demuestre lo contrario, actúan - deben actuar- dentro del ámbito de sus atribuciones. En cuanto se refiere a los demás

aspectos, la Suprema Corte, se remite a cuanto se dijera antes. Por razones de economía procesal, economía de tiempo pero también de esfuerzos (Cf. Jorge W. Peirano, El proceso civil, págs. 249 y ss.), se transcribirá lo expresado en esa ocasión: III) Que si no se reputase bastante dicha circunstancia - que lo es-, para desechar la defensa instaurada, como la demandada ha invocado la aplicación del citado artículo 635, existen igualmente razones de mérito para llegar a similar conclusión. Sin perjuicio de establecer que los derechos amparados por la Carta no son absolutos, sino que admiten las limitaciones que establezca la Ley por razones de interés general (artículo 7 Constitución Nacional), la Corporación aludirá a alguna de las objeciones formuladas a fs. 72 v. -74. En cuanto al principio de distribución de las cargas públicas, en función de la capacidad contributiva de los habitantes, quiere destacar inicialmente que en la especie no existe carga pública, sino meramente un derecho a pedir reparación patrimonial de daños, extremo no regulado por la Carta Fundamental, y que, por tanto, no puede ser vulnerado en esta materia. Por otra parte, las normas sobre distribución de cargas públicas son cometidos de la ley, como lo proclama el artículo 85 núm. 4 de la Constitución; de lo que se infiere que la ley podrá incurrir en acierto o en error de política legislativa al establecerlas, pero sin que ello implique desconocer la Carta. A su vez, el planteamiento de la cuestión referente a la pretendida violación del procedimiento de sanción de las Leyes no se compadece con las exigencias de claridad y precisión impuestas por el artículo 8 de la L. 13.747; por lo que no procede su consideración. Y en cuanto al artículo 216 de la Constitución, presuntamente violado por haber sido incluida la norma atacada en una Ley de rendición de cuentas, corresponde remitirse a lo dicho por esta Corporación, ante similar excepción, en sentencia N.º. 309/88, del 23 -11- 1988, al aludir el inciso 2 de la norma precitada: «Textos similares consagraban las Constituciones de 1934, artículo 197, 1942, artículo 194 y 1952, artículo 216, regla o principio de la «especialidad», J. de Aréchaga, la Constitución Nacional T. 7, pág. 183 - que consiste en la prohibición de incluir en la Ley de Presupuesto o en las de Rendición de Cuentas, ninguna disposición cuya vigencia exceda la del mandato de Gobierno ni aquellas que no se refieran exclusivamente a su interpretación o ejecución. Con lo que se ha querido establecer que el Presupuesto en sí mismo tendrá vigencia para el mandato de Gobierno para el que se proyecta, salvo aquellas previsiones de gastos «que hayan sido fijados por la ley de fondo consolidado, J. de Aréchaga, op. cit. pág. 184». «Pero las Leyes de presupuesto o de rendición de cuentas, en tanto Leyes formal y materialmente regulares, pueden incluir normas que no sean de ejecución presupuestal y por tanto no limitadas por la disposición citada». «Es posible que la intención del constituyente haya sido la de eliminar de la Ley presupuestal todo lo relativo a otra materia que no sea el presupuesto mismo, su interpretación o su ejecución, así lo demuestra el contenido del artículo 214, de la Carta, pero una práctica constante en la materia presupuestal y en Leyes de rendición de cuentas, incorporan en los textos legales pertinentes y así lo ha hecho la Suprema Corte de Justicia normas que tienen contenido distinto al estrictamente presupuestal. Esta es la tesis tradicional de la Corte, expuesta en sentencias 163/62, 138/67, 122/69, 144/69, 90/68, 87/70, 87/72, entre otras». «Ha dicho en sentencia N.º. 138/67: «cuando el artículo 216 de la Carta prohíbe incluir en los Presupuestos disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato del Gobierno, o que no se relacionen excesivamente con su interpretación o ejecución, ha entendido referirse obviamente, al presupuesto o acto técnico, o documento

político, y no a la Ley que lo sanciona; porque esta, en su sentido material, puede contener disposiciones que, como las cuestionadas, no contradigan por su distinta sustancia los principios que el constituyente quiso resguardar. O dicho en otra forma; lo que el precepto prohíbe no es que en la Ley de Presupuesto - Ley tanto en el 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». «Este punto de vista tiene apoyo en los antecedentes, y en el propio contexto del invocado artículo 216». «Mientras en las Constituciones de 1934 y 1942 se establecía que no se incluirán en la Ley de Presupuesto general disposiciones cuya vigencia, entre otros. El constituyente de 1952 modificó el texto que se conserva virtualmente en la actual redacción de la Carta de 1967. No se incluirán en los Presupuestos, ni en las Leyes de Rendición de Cuentas disposiciones cuya vigencia exceda, entre otros Con lo que quiso ceñirse, sin duda alguna, al distingo doctrinario unánimemente admitido, entre Presupuesto acto técnico y documento político por un lado, y Ley de Presupuesto por otro». «A su vez, al disponer el inciso I de esta norma que «podrá por Ley establecerse una Sección especial en los presupuestos, que comprenda los Gastos ordinarios permanentes de la administración cuya revisión periódica no sea indispensable», está reforzando el criterio dual de que no todo lo permanente, en el orden presupuestal, habrá de violar los designios perseguidos con la norma del apartado 2º.; y que aún en lo especialmente presupuestal, caben en la respectiva Ley normas que por excepción podrán exceder el tiempo de su normal vigencia». (Sent. Nº. 138, de 24/IV/1967)». «Por último, en lo atinente a la presunta violación del artículo 24 de la Carta, respecto del principio que consagra la responsabilidad civil por el daño causado, a terceros en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección, la Corporación ha establecido que «...el precepto constituye una garantía genérica de los derechos consagrados en favor de los administrados, tendiente a la reparación pecuniaria de los perjuicios que les causen los actos de los administradores o de sus agentes: en otros términos, constituye la consagración de la responsabilidad patrimonial del Estado». «Pero la medida o quantum de la reclamación patrimonial no constituye materia de reserva constitucional; no hay criterios estadísticos ni formulas predeterminadas; si se deja a la regulación legal los criterios relativos a la determinación de ese quantum, así como del tiempo a partir del cual tienen derecho a recibir las «Remuneraciones y beneficios sociales» de que fueron privados como consecuencia de su destitución no se incurre en violación del precepto constitucional por el hecho de que la norma del artículo 635 límite la única y exclusiva reparación por los daños y perjuicios sufridos a los establecidos en los arts. 9 y siguientes de la Ley 15.783 de 28 de noviembre de 1985»: (sentencia Nº. 17/89; Cf. sentencia Nº. 308/88). II) Que las costas son de precepto (Ley Nº 13.747, artículo 20), no encontrándose mérito para una sanción mayor».

## 12. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN. INVALIDEZ DE LOS ACTOS EMANADOS DE LOS GOBIERNOS DE FACTO

### Planteo del problema

Gobierno de facto es una denominación genérica que se emplea para nombrar a las autoridades, no legitimadas por procesos democráticos, que gobiernan en un Estado que deja de ser de derecho por esta misma circunstancia y porque estos regímenes suelen ignorar los derechos humanos. Estas situaciones tienen la nota de excepcionales (Cagnoni, 2006), y por lo general, son de carácter transitorio, por lo que las decisiones de los gobernantes tienden a ser provisorias.

Sin embargo, no por ello, dejan de producir normas, las que, obviamente, no son creadas mediante los procesos establecidos previamente en esos Estados de derecho (que ya no lo son más), pero sí a través de mecanismos previstos por el régimen de facto.

Correa (2007) manifiesta que hay diversas razones por las que la Constitución puede no regir en determinado momento: golpes de Estado, procesos revolucionarios.

Risso (2005) señala que existen situaciones denominadas estado de sitio, estado de excepción, ley marcial, en las que las Constituciones prevén determinados poderes extraordinarios (generalmente, atribuidos al Poder Ejecutivo) para enfrentar esos casos anormales. Pero fuera de ello, las Constituciones no suelen tener previsiones que solucionen la cuestión en estudio.

Los actos que dictan los Gobiernos de facto, en tanto nacen de un modo no previsto constitucionalmente, «están viciados absolutamente» (Correa, 2007).

Esta calificación alcanza no solamente a los actos generales y abstractos dictados sino también a los particulares y concretos. Imaginemos las cientos de personas que egresadas de esta Universidad, al retornar la democracia, se encuentran con que su título no es válido dado que fue entregado por autoridades ilegítimamente designadas o que el matrimonio de Juan con Ana no es válido dado que su anterior casamiento con María no estaba correctamente disuelto ya que la sentencia de divorcio fue dictada por un juez nombrado por autoridades no previstas constitucionalmente, entre otras muchas situaciones posibles.

Frente a estas conclusiones terminantes, se han señalado matices.

Afirma Cagnoni (2006), citando a Bauzá, que «los actos de la dictadura no pueden ser rechazados porque eso constituiría lastimar derechos adquiridos, ni tampoco aceptarse porque sería reconocer un poder superior a la Constitución, por lo que deben legalizarse con sumisión lisa y llana a la Constitución».

«Creo que aquí debe procederse con un criterio práctico, tomado de la realidad política, porque en definitiva el Derecho Constitucional es Derecho Político y todas las soluciones constitucionales están impregnadas por soluciones políticas», sostiene Correa (2007).

## Determinación del tema

Cabe precisar, que a los efectos del presente manual, solo se considerará la situación de los actos producidos por el último Gobierno de facto y lo acontecido en relación a ellos en el regreso a la democracia.

## Hechos históricos

La última dictadura uruguaya se extendió desde el 27 de junio de 1973 hasta el 14 de febrero de 1985.

Algunos de los órganos previstos por la Constitución de 1967 continuaron existiendo, pero no integrados de la debida forma, otros se suprimieron, se quitó al Poder Judicial su independencia, se expandió la jurisdicción militar, se intervinieron la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas así como los directorios de entes autónomos y servicios descentralizados. Se crearon órganos nuevos sin respaldo constitucional como el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), el Estado Mayor Conjunto (ESMACO) y el Consejo de Estado. Se instauró, además, un Ministerio de Justicia.

Dentro de este proceso, pueden diferenciarse dos etapas. La primera, se extiende desde junio de 1973 a junio de 1976 y en ella se desenvuelve la organización del proceso cívico militar. La segunda, se gesta cuando hacia finales de 1975 no acaecen las elecciones programadas por la Constitución de 1967 para ese año y se extiende desde junio de 1976 hasta 1984-1985. Durante este período la soberanía recae plenamente en el Poder Ejecutivo y la Suprema Corte de Justicia pasa a ser y denominarse, simplemente, Corte de Justicia. El objetivo en este período fue el de instaurar un nuevo orden (Risso, 2005), dado que se declara que Poder Constituyente es ejercido por el Poder Ejecutivo (Cagnoni, 2006).

Se desarrolla una gran producción normativa, denominada de muy diferentes maneras: leyes, leyes fundamentales, leyes especiales, decretos constitucionales o actos institucionales. El estudio del proceso de creación de cada tipo de acto y su diferenciación jerárquica exceden el objetivo de este manual.

El 15 de febrero de 1985, luego de la realización de las elecciones convocadas, se reinstauran las cámaras legislativas, asumiendo sus cargos los legisladores electos. El 1º de marzo asume la Presidencia de la República, el Dr. Julio María Sanguinetti.

Uno de los primeros problemas a resolver era el de la normativa producida en los últimos doce años que claramente era contraria, por lo menos en su forma, a la Constitución del 1967.

Se estima que se produjeron alrededor de mil quinientas leyes (Correa, 2007) por lo que era incalculable la cantidad de relaciones jurídicas surgidas a su amparo.

Dentro de ese universo de normas, se podían identificar aquellas claramente violatorias de los derechos humanos. Sin embargo, otras no tenían esas características materiales (por ejemplo, el hoy denominado Decreto-Ley 14.219 sobre arrendamientos urbanos).

Se concluyó que era conveniente convalidar los actos que tenían fuerza de ley, excepto aquellos que contradijeran valores democráticos.

## Las soluciones históricas

Sabido es que la situación que se estudia en este capítulo no es la primera que acontece en nuestra historia, a lo largo de la cual se han dado diversas soluciones a este problema.

En el siglo XIX, en lo que Correa (2007) denomina la primera etapa, se estimó «la competencia legislativa del Poder Legislativo una vez concluido el período de facto para entender con relación a los actos de este período» (Cagnoni, 2006) y cita como ejemplos: a) la Ley 928, después de la dictadura de Venancio Flores, b) la Ley 1.436, después de la de Lorenzo Latorre y c) la Ley 2.680 después de la de Juan Lindolfo Cuestas. Durante estas dictaduras se pretendió actuar cumpliendo la Constitución o al margen de ella, pero sin modificarla (Risso, 2005), por lo que al restaurarse la democracia, la ley solucionaba el conflicto.

En el siglo XX, se ubica la segunda etapa (Correa, 2007). La actitud cambia y los gobiernos de facto pretenden sustituir la Constitución (Risso, 2005), objetivo que se logra en los dos primeros del mencionado siglo. En estos casos, el problema de los actos dictados durante dichos períodos, lo solucionaba la propia Constitución aprobada.

En 1934, se incorpora la disposición transitoria letra B que establece:

«Quedan ratificadas y en vigor en cuanto no se opongan a la presente Constitución, todas las disposiciones legislativas y administrativas dictadas desde el 30 de marzo de 1933 hasta la instalación de la nueva Legislatura y que no hubieren sido derogadas. Hasta la misma fecha continuará en funciones la Asamblea Deliberante».

En 1942, se agrega la disposición transitoria y especial letra E que, de forma similar, prevé:

«Quedan ratificadas y en vigor todas las disposiciones legislativas y administrativas dictadas desde el 21 de febrero de 1942, hasta la instalación de la nueva Legislatura y que no hubieran sido derogadas. Hasta la misma fecha continuará en sus funciones el Consejo de Estado».

## La solución de 1985

En el devenir del último gobierno de facto, se trató de implementar las mismas soluciones que a comienzos y mediados de siglo XX. Pero quiso el Cuerpo Electoral que no ocurriera lo mismo, dado que el plebiscito del 30 de noviembre de 1980 resultó rechazado, por lo que de regreso a democracia, la Constitución de 1967 readquirió su eficacia.

La solución debió brindarse a nivel legislativo. Se optó por incorporar los actos con fuerza de ley al sistema jurídico mediante su convalidación, plasmada en el texto de la Ley 15.738 de 13 de marzo de 1985. Mediante ella, se otorga «valor y fuerza de ley» con efecto retroactivo a todos los actos dictados durante el proceso cívico militar (artículo 1), pero con un nombre especial a efectos de recordar su vicio de origen: decretos-leyes.

En el artículo 2, se declaran nulos actos determinados precisamente y por el artículo 4, se derogan otros que fueron convalidados por el artículo 1.

El texto legal previó que el mencionado se publicara junto a la exposición de motivos (artículo 6).

Es importante considerar que, según Cassinelli (1999), «al convalidarlos se convierten en leyes, no solamente se equiparan en su valor y fuerza sino que se pueden considerar comprendidos en las referencias genéricas a las leyes; cuando se dice que para tal cosa se requerirá una ley quedan comprendidos en ese concepto los que fueron decretos-leyes, que nacieron como decretos-leyes, pero que se ratificaron como leyes posteriormente».

### Bibliografía básica

Cagnoni, J. A. (2006) El Derecho constitucional uruguayo. Montevideo.

Cassinelli, H. (1999). Derecho público. Montevideo: FCU.

Correa, R. (2007). Derecho constitucional contemporáneo. Montevideo: FCU.

Korzeniak, J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho Constitucional. Montevideo: FCU.

Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

Cassinelli, H. (1986). La defensa jurídica de la Constitución. Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 2y 3, Servicio de Documentación Jurídica 121.

## Ejercicio

1) Lea atentamente el texto de la Ley 15.738 y su exposición de motivos.

¿Es constitucional la ley?

Promulgación: 13/03/1985. Publicación: 22/03/1985. Exposición de motivos.

Los suscriptos Legisladores de todos los Partidos Políticos representados en el Parlamento, en uso de la facultad conferida por el artículo 133 de la Constitución de la República, venimos a proponer la sanción del Proyecto de Ley adjunto, por el que se convalidan los actos legislativos dictados por el Consejo de Estado, entre el 19 de diciembre de 1973 y el 14 de febrero de 1985, declarándolos con valor y fuerza de ley, los que serán identificados en el futuro como «Decretos-Leyes» pero con la misma numeración y fecha (artículo 1º).

En tal sentido cabe señalar que los referidos actos legislativos del Consejo de Estado del Gobierno militar «de facto» que acaba de fenecer, son radicalmente nulos, por emanar de un órgano inexistente para la Constitución de la República y por haber sido dictados sin seguir procedimientos que esta prescribe para la sanción de las leyes, en cuyo mérito están afectados de un vicio de incompetencia absoluta, así como del señalado vicio de forma.

Sin embargo, al amparo de su aplicación constante durante años, se han constituido infinidad de relaciones jurídicas, con la siguiente generación de derechos y obligaciones que no es prudente considerar en adelante sin respaldo legal, pues ello lesionaría muy respetables intereses y ocasionaría una situación general de inseguridad jurídica.

En consideración a las razones expuestas, dichos actos legislativos no pueden regir después de restablecido el imperio de la Constitución, sin una sanción expresa del Poder Legislativo, por lo que debe necesariamente procederse a atribuirles el vigor de que carecen desde el punto de vista estrictamente jurídico.

La solución que proponemos, tiene su apoyo en la tradición nacional, tal como lo documenta el doctor Alberto Ramón Real en su tesis sobre «Los Decretos-Leyes» (Montevideo 1946, página 253 y siguientes), dado que luego de cesar los regímenes de facto instaurados en 1865, 1876 y 1898, se sancionaron las leyes 928, de 30 de abril de 1868; 1.436, de 21 de mayo de 1879 y 2.680 de 1 de abril de 1901, declarando leyes de la República a los actos legislativos dictados en esos períodos excepcionales.

Sobre el particular expresó el Representante, historiador y constitucionalista Francisco Bauzá: «A fin de evitar esta negación del sistema republicano, a efecto de dificultar esta reacción al Gobierno despótico es que pedimos vigor de ley para los actos de la dictadura. Desde que no podemos rechazarlos, porque eso sería lastimar derechos adquiridos, desde que no podemos admitirlos sin sanción legal alguna porque eso importaría crear un poder nuevo y superior a la Constitución; debemos legalizarlos, para que todos comprendan que el último acto de toda empresa política es la sumisión lisa y llana al Código Fundamental; la sumisión al Gobierno impersonal de la Ley». (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, T. 33, Pág. 204).

Esta convalidación se hace exclusivamente por la necesidad jurídica que queda expuesta y no significa una coincidencia con el mérito o el acierto intrínseco de las soluciones normativas contenidas en tales actos legislativos. Por tal razón; no es contradictoria con la atribución de valor y fuerza de ley a dichos actos, la expresión de la voluntad política de derogar las leyes inconstitucionales y represivas dictadas por el régimen de facto durante once años, de la que se deja constancia. Y sin perjuicio, así mismo, de derogar o modificar en el futuro otros actos legislativos que no tengan tales características pero que igualmente se consideren inconvenientes.

El artículo 2 del Proyecto de Ley que proponemos exceptúa de esta convalidación genérica a algunos actos legislativos dictados con evidente espíritu represivo, contrarios a los principios democráticos republicanos, o con el propósito de crear privilegios o beneficios exorbitantes para ciertas categorías de funcionarios representativos del régimen fenecido y de sus colaboradores, en clara violación del principio constitucional de la igualdad, así como materias de tal trascendencia, caso típico del Código civil, que solo pueden ser reguladas por un parlamento representativo del Cuerpo Electoral, por cuya causa se declaran nulos e inexistentes.

SANGUINETTI - CARLOS MANINI RIOS - ENRIQUE IGLESIAS - RICARDO ZERBINO  
CAVAJANI - JUAN VICENTE CHIARINO - ADELA RETA - JORGE SANGUINETTI - CARLOS  
JOSE PIRAN - HUGO FERNANDEZ FAINGOLD - RAUL UGARTE ARTOLA - ROBERTO  
VAZQUEZ PLATERO

Artículo 1. Decláranse con valor y fuerza de ley los actos legislativos dictados por el Consejo de Estado, desde el 19 de diciembre de 1973 hasta el 14 de febrero de 1985, los que se identificarán como «Decretos-Leyes», con su numeración y fecha originales.

Artículo 2. Exceptúanse de esta declaración los «Decretos Leyes», (llamados «Leyes Fundamentales» y «Leyes Especiales»), que a continuación se indican, cuya nulidad absoluta se declara:

A) Las llamadas «leyes» 14.173 (Número de integrantes de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados), 14.248 (Declaración jurada de fe democrática), 14.373 (Incautación y confiscación de bienes de procesados por la justicia militar), 15.137 (Asociaciones de los Profesionales), 15.252 (Denominación a la Represa de «Paso de Palmar»), 15.328 y 15.385 (Convenios Colectivos), 15.530 (Huelga), 15.587 (Fuero Sindical), 15.601 (Estabilidad de los Profesores de Educación Secundaria, UTU y Liceos Militares), 15.683 (Beneficios Jubilatorios para «asimilados» del Ministerio de Defensa Nacional), 15.684 y 15.705 (Compilación del Código civil), 15.695 (Ley Forestal).

B) Las llamadas «Leyes Fundamentales» Nº. 3 (Huelga de los funcionarios públicos), 5 y 6 (Estabilidad de los funcionarios públicos contratados), 7 (Redistribución de funcionarios públicos).

C) Las llamadas «Leyes Especiales» Nº. 9 y 10 (Beneficios Jubilatorios para cargos políticos y de particular confianza). Asimismo, declárase la nulidad absoluta de los artículos 93 a 99 de la llamada «Ley Especial» 7, de 23 de diciembre de 1983 (cargos de particular confianza).

Artículo 3. El Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Cuentas y la Corte Electoral, así como los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales

procederán a revocar de oficio, en la órbita de su competencia, los actos administrativos ilegítimos dictados en aplicación de dichos actos legislativos nulos, precisando en cada caso los efectos de la revocación.

Artículo 4. Deróganse las llamadas «Leyes» 14.153 (Administración de PLUNA por la Fuerza Aérea), 14.413 y 14.851 (Condecoración «Protector de los Pueblos Libres y General José Artigas»), 14.955 y 15.066 (Condecoración «Orden Militar al Mérito Tenientes de Artigas»), 15.068 (Condecoración «Orden al Mérito Naval Comandante Pedro Campbell»), 15.529 (Condecoración «Orden de la República Oriental del Uruguay»).

Artículo 5. Suspéndese la vigencia de las llamadas «Leyes Fundamentales» Nros. 2 y 4 por un término de sesenta días.

Artículo 6. Comuníquese, publíquese el texto de esta ley conjuntamente con la Exposición de Motivos.

2) A continuación se transcribe la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia, Nº 25 de 23/02/1987, en los autos «Banco Comercial c/ Compas SA, Juicio Ejecutivo – Inconstitucionalidad». En la misma se debate la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley Nº 15.738 de 13 de marzo de 1985. La Suprema Corte de Justicia rechaza la acción promovida, por los fundamentos que se transcriben a continuación.

¿Qué comentarios merece la sentencia?

«Cabe acotar que la irretroactividad de esa Ley Nº 15.738, que es lo que se invoca como causal de inconstitucionalidad, no vulnera la Carta Magna, que no contiene precepto alguno de tal sentido. Solo la ley regula ese fenómeno de sus posibles efectos retroactivos, y por tanto no puede entrar en colisión con texto constitucional alguno.

[...] La misma [ley Nº 15.738], dictada con arreglo a los procedimientos constitucionales normales, debe ser analizada en su contenido, por el alcance del ordenamiento que dispone, no pro las denominaciones que utiliza.

Enfrentado el Poder Legislativo al grave problema creado respecto a la vigencia de legislación emitida por el Gobierno de facto, por razones de utilidad pública que, por obvias, no pueden discutirse, utilizó una fórmula práctica, pero arreglada al ordenamiento constitucional, para dar solución al mismo. En la imposibilidad material de reproducir todos los textos de lo que la ley 15.738 llamó decreto leyes, para marcar la especialidad de su origen, el legislador los declaró «con valor y fuerza de ley», artículo 1, con las excepciones que establecen las normas posteriores. Por consiguiente, aunque se les denominará en el futuro decretos leyes (que no tienen previsión constitucional) tienen valor y fuerza de ley. En la realidad jurídica, pasan a ser leyes.

Dado que estas pueden ser retroactivas, como acaba de verse, esos decretos leyes, en puridad leyes, después de la sanción de la Ley Nº 15.738 tienen vigencia retroactiva a la fecha de emisión respectiva, pero no por acatamiento a esas decisiones legislativas de facto, sino porque así lo quiso el órgano constitucionalmente habilitado para disponer tal fenómeno jurídico, en la vía de ley retroactiva. En otras palabras, es la retroactividad, perfectamente constitucional, de la Ley 15.738, de 13 de marzo de 1985, la que otorgó valor y fuerza de ley a las decisiones legislativas irregularmente constitucionales emitidas durante el Gobierno de facto».

### III. EL ESTADO Y EL ORDEN JURÍDICO

#### 13. LA ACTIVIDAD ESTATAL

##### Introducción

La actividad del Estado supone el estudio de la dinámica estatal, es decir, el Estado actuando. Esta perspectiva de análisis hace necesario estudiar para qué actúa el Estado, qué hace y cómo lo hace.

##### Fines del Estado

¿Para qué actúa el Estado? La respuesta a esta interrogante conduce al estudio de los fines del Estado.

En la terminología actual, se puede entender a los fines del Estado como objetivos o metas que el Estado se propone alcanzar.

Sin embargo, no todos los autores comparten la importancia del análisis de los fines del Estado. Según Kelsen (1934) no tiene sentido preguntarse acerca de los fines del Estado, porque se estaría ingresando en una temática que es extraña al estudioso del derecho. Se trataría de una cuestión de orden político.

El referente clásico para analizar los fines del Estados es Jellinek (1954), para quien el Estado es una unidad teleológica, es decir, una unidad de fines.

Si se pretendiera analizar el Estado con prescindencia de la consideración de sus fines, sería imposible practicar la distinción entre el Estado y cualesquiera de las otras asociaciones que junto a él coexisten.

Además, un Estado sin fines pasaría a ser una fuerza ciega.

Jellinek (1954) señala que lo propio de la teoría del Estado es estudiar el fin que el Estado como institución tiene en un momento determinado para los individuos que integran la comunidad humana que lo constituye (lo que denomina fines subjetivos del Estado).

Jellinek (1954) entiende posible esbozar dos grandes grupos de teorías: teorías de los fines absolutos y teoría de los fines relativos.

##### Teorías de los fines absolutos

Estas afirman la existencia de un fin único y eterno para el Estado, que sería el mismo para el Estado de todos los tiempos, que habrá de permanecer idéntico a sí mismo en todas sus formas y comprendería en su unidad todos los posibles fines y que sería distinto a los individuos que lo integran.

Estas teorías no parten del Estado existente sino que tratan de caracterizar el Estado perfecto.

Dentro de este grupo incluye:

- Teorías de los fines expansivos del Estado.

Favorecen el desenvolvimiento ilimitado del Estado.

Entre ellas, cita:

Teorías éticas: el fin del Estado es la realización de la justicia.

Teorías eudemonistas (de eudaimonia, «bienestar» y «estar bien», en griego) o utilitaristas: el fin del Estado es proporcionar felicidad a los individuos.

Teorías religiosas: el fin del Estado aparece vinculado con afirmaciones sobre la Divinidad.

- Teorías de los fines limitados del Estado.

Procuran limitar el desenvolvimiento del Estado.

Entre ellas señala:

El Estado debe proporcionar seguridad.

El Estado debe asegurar la libertad.

El Estado debe imponer el imperio del derecho.

Jellinek advierte que las tres variantes se reducen a una sola, dado que la libertad o la seguridad son en última instancia efectos de la existencia y realización del derecho.

#### Teorías de los fines relativos

Tratan de fijar límites claros al Estado. Para ello es necesario: a) conocer los límites impuestos al Estado por su naturaleza: el Estado no puede crear nada de lo que pertenece exclusivamente a la vida interna de la persona (no puede hacer nacer una religión o sensibilidad artística) pero sí puede propender a crear las condiciones externas favorables para ello y b) estudiar los fines que el Estado debe realizar.

Jellinek (1954) se afilia a esta corriente de teorías. Los fines del Estado cambian con el tiempo y son específicos.

Según Jellinek (1954) los fines del Estado pueden ser exclusivos o no. Los exclusivos son aquellos fines solo perseguidos por el Estado y los segundos son fines que no son perseguidos solamente por el Estado.

Los fines exclusivos atienden a la propia subsistencia del Estado, porque el Estado debe lograr su afirmación como tal y ello opera particularmente cuando el Estado intenta defender la interioridad de su territorio o cuando el Estado trata de afirmar su individualidad respecto de otros Estados.

También perseguirá como fin el mantenimiento de sus miembros y, paralelamente, su unidad.

El Estado cumplirá, asimismo, sus fines cuando expida un orden jurídico y cuando actúe en su defensa, con lo cual logrará conservar el derecho que él ha creado.

Además, el Estado actual debe asumir otros fines, como el de mantener y desarrollar la cultura. En algunos casos, el Estado se limitará a controlar la forma o el modo cómo se imparte; en otros, tomará a su cargo directamente la actividad de impartir cultura.

## Otras consideraciones

Señala Cagnoni (2006), respecto de la relación entre el Estado y la persona, que es posible distinguir entre Estado con fines personalistas y Estado con fines transpersonalistas, esto es, el Estado al servicio de la persona o la persona al servicio del Estado.

Los fines son los logros últimos, los que se determinan en función de la concepción a la que se adhirió en el momento de la creación del Estado (personalista o transpersonalista).

## Cometidos del Estado

La segunda interrogante planteada refiere a qué hace el Estado, esto es, las tareas que el derecho pone a cargo de las entidades estatales para poder cumplir con sus objetivos.

Estudiaremos qué tareas realiza el Estado, las que, obviamente, dependerán de los fines propuestos. Por ejemplo, la mayor o menor extensión de los cometidos del Estado está en función de la opinión que en cada país predomine acerca de sus fines.

Hubo épocas en que se entendió que el Estado debía limitarse al mantenimiento del orden interno, la seguridad exterior y las relaciones exteriores (Estado «juez y gendarme»), mientras que, en otras épocas, el Estado asumió más cometidos.

No nos es posible realizar una enumeración exhaustiva de todas las actividades estatales, aunque sí establecer categorías o clases de cometidos.

Cajarville (2008) señala que la distinción de los cometidos es interesante en el ámbito de la función administrativa porque allí se pueden distinguir diferentes regímenes jurídicos en atención al cometido, lo que no ocurre en el ámbito de la función legislativa y jurisdiccional.

## Clasificación teórica

Atendiendo al tipo de prestaciones se distinguen:

- Cometidos esenciales.
- Servicios públicos.
- Servicios sociales.
- Actividad económica a cargo del Estado.

## Cometidos esenciales

Son aquellos cometidos del Estado inherentes a su calidad de tal: solo se conciben ejercidos directamente por él.

Se trata, por ejemplo, de las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad interior y la actividad financiera.

Describiremos brevemente qué se entiende por cada una de estas actividades.

Relaciones internacionales. Suele definírselas como toda acción del Estado destinada a producir efectos fuera de fronteras. Pone al Estado en contacto con otros sujetos de derecho internacional, dando lugar a las relaciones internacionales.

Defensa nacional. Martins señala que este cometido consiste en defender el honor, la independencia, la paz e integridad del territorio del Estado, su Constitución y sus leyes.

Seguridad interior. Tiene por objeto el mantenimiento del orden público, entendiéndose por tal un estado de hecho en que se realizan valores de seguridad, salubridad y tranquilidad pública.

Actividad financiera. Es la actividad destinada a la obtención, administración y empleo de recursos monetarios necesarios para satisfacer necesidades públicas. Es una actividad compleja, instrumental, que presenta una dimensión técnica y uno de sus elementos principales es el presupuesto.

En cuanto al régimen jurídico de los cometidos esenciales, es generalmente aceptado que:

- Para su cumplimiento, el Estado está dotado de facultades más intensas que para la realización de otros cometidos, pudiendo imponer prestaciones personales (como el servicio militar obligatorio) o pecuniarias o limitar el ejercicio de la libertad individual (principalmente, a consecuencia de la actividad de policía).
- Se prestan a todos en forma indeterminada.
- La violación a los deberes por parte de los individuos, habilita al Estado a imponer sanciones severas.
- La relación del particular frente al Estado es la de súbdito.
- Se financian a través de lo recaudado por tributos.

#### Expansión de los cometidos esenciales

Actualmente a la enumeración clásica de cometidos esenciales se han agregado otras tareas. Por ejemplo, Martins (Vázquez, 2000) incluye la conducción de la economía dentro de los cometidos esenciales. Considera que el Estado contemporáneo no puede ser indiferente a los problemas que afectan la economía, por ejemplo, inflación, deflación, desempleo y distribución inadecuada de recursos. También Cajarville (2008) hace referencia a la conducción en materia económico-financiera.

#### Servicios públicos

A la expresión servicios públicos se le asignan diversos significados.

Para la doctrina francesa, los servicios públicos son las actividades que desarrollan las entidades estatales o que son realizadas bajo su control, en régimen de derecho público, con el objeto de satisfacer una necesidad general en forma regular y continua. De acuerdo con esta postura, la noción de servicio público abarcaría la totalidad de las actividades estatales, incluyendo aquellas que hemos caracterizado como cometidos esenciales.

Otra corriente limita el concepto de servicio público a determinadas actividades estatales, que serían las que tienen por objeto satisfacer una necesidad colectiva mediante prestaciones dirigidas directa e inmediatamente a las personas individualmente consideradas (usuarios). Esta concepción restringe el concepto de servicio público, excluyendo actividades estatales en que no aparece en forma

inmediata un usuario individual (el cometido de defensa exterior, por ejemplo, quedaría excluido del concepto).

Es en este último sentido que nos referiremos a los servicios públicos y no en el sentido amplio, que identifica servicio público con cualquier actividad del Estado, a pesar que nuestra Constitución, en los artículos 24, 86 y 149, maneja el criterio amplio propuesto por la doctrina francesa.

Siguiendo la segunda postura, entonces, pasaremos a señalar los elementos característicos de los servicios públicos.

- La determinación de si una actividad constituye servicio público corresponde a la ley nacional.
- El servicio público se regula por normas de derecho público. Es necesario que se puedan aplicar las potestades y procedimientos típicos del derecho público (por ejemplo, potestad de expropiación a los efectos de la construcción de líneas férreas o tendido de cables para el suministro de energía eléctrica).
- Satisfacen necesidades básicas de la población, como el suministro de energía eléctrica.
- La prestación es suministrada individualmente a cada persona, cada individuo recibe en su casa el suministro de agua o energía eléctrica.
- En principio, la ejecución de los servicios públicos compete naturalmente a las entidades estatales; sin embargo, no tienen por qué forzosamente ser prestados en forma directa por estas sino que es posible otra forma de ejecución: pueden ser prestados por particulares, los cuales obran bajo su exclusivo riesgo en el aspecto financiero, pero actúan por cuenta del Estado y bajo su contralor inmediato, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por la buena prestación del servicio. Es el sistema de concesión.

Conforme Sayagués (1988), la concesión es el acto o contrato jurídico por el cual la Administración le encarga temporalmente (no existen en nuestro derecho concesiones a perpetuidad, artículo 51 de la Constitución) a una persona física o jurídica la ejecución de un servicio público para que lo realice por su cuenta y riesgo percibiendo una retribución directa de los usuarios, sometida a un régimen de control de derecho público en virtud del interés general y fin público que está en juego: satisfacen necesidades básicas de la población, las que deben ser prestadas en forma ininterrumpida, continua y en condiciones razonables de funcionamiento.

Los servicios están dirigidos al público y pueden ser utilizados por todas las personas en igualdad de condiciones, sin perjuicio que es posible que existan categorías de usuarios. El servicio público, en principio, se presta en forma igualitaria (aunque puede haber diferencias de tarifas pero, en cada categoría, deberá reaparecer la igualdad).

Los servicios públicos se financian a través de precios y tasas.

### Servicios sociales

El conjunto de servicios sociales comprende actividades que satisfacen necesidades de la población, como, por ejemplo, la educación, la salud, la seguridad social, entre otras. Su finalidad es obtener el mejoramiento del nivel de vida de las personas. No

persiguen fin de lucro, lo cual determina un especial régimen de financiación mediante impuestos y contribuciones especiales, a diferencia de los servicios públicos que se financian mediante precios. La actuación del Estado no excluye la de los particulares, quienes también pueden moverse en ese campo sin necesidad de concesión por parte del Estado, aunque sí existen controles o habilitaciones como en el caso de la enseñanza, lo que marca otra diferencia importante con los servicios públicos.

Existen, también, diferencias en cuanto al contenido de la prestación; en el caso de los servicios sociales la prestación es muy variada. A veces, se limita a la prestación de una suma de dinero (por ejemplo, jubilación o pensión), otras, al cuidado de la persona (por ejemplo, asistencia médica). La naturaleza de la prestación apareja un régimen jurídico que supone que las personas no son usuarias del servicio sino beneficiarias.

Cabe señalar que estos cometidos, además de contribuir al bienestar de los beneficiarios, también contribuyen al bienestar de la sociedad en general.

### Actuación privada a cargo del Estado

El Estado realiza actividades propias de los particulares comprendidas en el principio de libertad de industria o comercio, necesitando para ello una ley habilitante. La actividad estatal en este ámbito no excluye la actividad privada, sino que los particulares y las entidades estatales actúan en libre concurrencia. Para excluir a los particulares de estas actividades es necesario crear por vía legislativa un monopolio a favor de la entidad estatal (numeral 17 del artículo 85 de la Constitución).

### Clasificación de derecho positivo

Nuestro derecho (artículos 13 y 708 y apartado B del artículo 706 de la Ley 16.736, Decreto 94/013) ha previsto una clasificación de cometidos del Estado en la que se diferencian cometidos sustantivos y de apoyo. Se trata de una categorización no asimilable a la señalada teóricamente.

Son cometidos sustantivos las actividades referidas a la formulación de políticas, regulación y control asignadas al Estado por la Constitución o la ley.

Los cometidos de apoyo son aquellos necesarios para el desempeño de los sustantivos.

### Funciones jurídicas

El tema de las funciones jurídicas del Estado también pertenece al ámbito de la actividad estatal. Ya no se trata sobre qué hace el Estado, sino que la pregunta es ¿cómo hace el Estado?

Como ya señaláramos, los cometidos varían según el Estado que se trate, la época. En cambio, respecto de las funciones jurídicas del Estado nos mantendremos dentro de la clásica distinción de Montesquieu (1788): función legislativa, función administrativa y función jurisdiccional, sin perjuicio que la doctrina observe la existencia de otra u otras funciones jurídicas, como veremos más adelante.

¿Qué son las funciones del Estado?

Barbagelata (1974) estima que son las maneras o formas de ejercerse el poder del Estado.

Señala Sayagués (1988) que son los poderes de las que se vale el Estado para dar cumplimiento a sus cometidos.

Por su parte, Korzeniak (2008) entiende que son las «diversas maneras que utiliza el Estado en su actuación jurídica».

### Criterios de clasificación

#### Criterio orgánico

Según sea el órgano jurídico que dicte el acto, será la función ejercida. Así, un acto jurídico dictado por los órganos legislativos será ejercicio de función legislativa.

Este criterio se revela como insuficiente ya que eleva el número de funciones al infinito: basta con identificar un nuevo órgano para concluir que nos enfrentamos a una nueva función jurídica.

Además, hay órganos del Estado que ejercen más de una función jurídica.

#### Criterio formal

Se caracteriza la función partiendo del procedimiento.

Identificamos el ejercicio de la función legislativa cuando en el procedimiento se desenvuelven las etapas de iniciativa, discusión, sanción, promulgación y publicación y el ejercicio de la función jurisdiccional cuando se desarrolla en principio la secuencia: demanda, contestación de la demanda, prueba y sentencia.

No existe un procedimiento único para el ejercicio de la función administrativa. Sin perjuicio de ello, puede citarse como normativa básica el Decreto 500/991, que ha sufrido modificaciones en su redacción original. Pero la función administrativa no se ejerce exclusivamente a través de los principios, requisitos y etapas reguladas por el Decreto mencionado. Además, la función administrativa incluye las operaciones materiales.

La función administrativa se identifica a través de un criterio residual: lo que no es función legislativa ni jurisdiccional, es función administrativa, ya que en principio no tiene un procedimiento único.

#### Criterio orgánico-formal

Aúna los criterios anteriores, pero también las críticas.

#### Criterio material

Fue elaborado por Duguit, quien concibió una teoría general de los actos jurídicos (públicos y privados).

Los actos jurídicos son actos de voluntad realizados con la intención que se produzca una modificación en el orden jurídico. Duguit (1923, 1927) entiende por orden jurídico el estado social existente en un momento dado según las reglas que se imponen a los hombres del grupo social considerado y las situaciones jurídicas a ellas vinculadas (Pérez Pérez, s.f.).

Distingue los actos regla, condición y subjetivo.

Denomina actos regla a los actos jurídicos generales (no alcanzan a uno o varios sujetos determinados) y abstractos (no se agotan en situaciones concretas)<sup>33</sup>. Son actos que producen modificaciones en más o en menos en el derecho objetivo.

Ejemplos de actos regla son la Constitución, las leyes, los estatutos de una asociación o un convenio colectivo de trabajo.

Los actos condición aplican un acto regla que anteriormente no era aplicable o desaplican un acto regla que anteriormente era aplicable a una o varias personas determinadas (Pérez Pérez, s.f.). El acto condición no regula la situación sino que conduce al acto regla. Por ejemplo, el acto jurídico de designación de un funcionario público es un acto condición ya que a un individuo pasa a serle aplicable un acto regla que antes no le era aplicable: el estatuto del funcionario público.

Los actos subjetivos son actos jurídicos que ponen a cargo de un sujeto determinado una obligación concreta que antes no tenía a su cargo (por ejemplo, el contrato).

Sobre esta base Duguit analiza las tres funciones jurídicas del Estado. Si bien clásicamente se distinguen tres funciones jurídicas del Estado, no existe una necesaria correspondencia entre la tripartición de funciones jurídicas y de actos jurídicos.

La función legislativa —cualquiera sea el órgano que intervenga— se ejerce cuando se dicta un acto regla (Pérez Pérez, s.f.).

La función administrativa y la función administrativa se ejercen a través de actos condición y actos subjetivos.

Duguit entiende que es posible establecer una diferencia sustancial entre la función administrativa y la jurisdiccional, a pesar lo señalado en el párrafo anterior.

El Estado ejerce función jurisdiccional cuando resuelve una cuestión de derecho que le es planteada. Para ello declara si existió o no una violación del derecho objetivo o establece si se produjo o no el nacimiento o afectación de una situación jurídica subjetiva y esta decisión está destinada a obtener su efectiva realización; tiene carácter coactivo (Barbagelata, 1974).

### Criterio de la intensidad o voltaje del poder estatal

Este criterio fue elaborado por Burdeau.

El autor afirma (1952) que los hechos enseñan que las funciones son manifestaciones del poder estatal, que es único, por lo que han de estar jerarquizadas. Se trata de la misma corriente de poder en todas las funciones del Estado, pero hay líneas de tensión superiores y las hay más modestas (Barbagelata, 1974).

Hay una función que supone el máximo de ejercicio del poder estatal y es la que consiste en adoptar decisiones (función gubernativa) y otra que supone una menor dosis de uso del poder estatal y su objeto es ejecutar las decisiones adoptadas (función administrativa).

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, una resolución que dispusiera que los funcionarios públicos no trabajarán el día 22 de junio de 2015 no es abstracta, porque refiere a una situación determinada: la del trabajo de los funcionarios públicos el día 22 de junio de 2015. Sin perjuicio de ello, es general porque alcanza a toda una categoría: los funcionarios públicos.

### Criterio teleológico

Este criterio ha sido elaborado por Jellinek.

Según Jellinek (1954) los fines del Estado son los de conservación (afirmar su propia existencia), jurídico (establecer y proteger el derecho) y cultural (favorecer la cultura).

Hay tres funciones jurídicas del Estado, pero no hay una correspondencia entre los fines y las funciones, esto es, no se puede afirmar que cada uno de los fines será perseguido exclusivamente por una de las funciones.

A través de la función legislativa, se crea una disposición jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos. Por medio de la función administrativa se resuelven problemas concretos dentro de los límites fijados por la regla abstracta. Y a través de la función jurisdiccional se fija con certeza en casos concretos el derecho incierto o cuestionado y se lo hace de acuerdo con reglas abstractas.

El fin jurídico del Estado se logra a través del ejercicio de la función legislativa y jurisdiccional.

Y los fines de conservación y cultural, a través del ejercicio de la función administrativa.

Pero a Jellinek se le hace necesario distinguir la función legislativa de la jurisdiccional y para eso habrá de recurrir a un criterio que no es teleológico dado que en virtud de este no se pueden distinguir. Entiende Jellinek que ambas funciones suponen juicios lógicos: en la función legislativa son de carácter abstracto y en la jurisdiccional de carácter concreto.

### Criterio del grado o rango normativo

Se trata de un criterio elaborado por Kelsen.

Para este autor (1934) las funciones jurídicas del Estado son los diversos momentos de creación y aplicación del orden jurídico, lo que es consistente con su visión respecto de la naturaleza del Estado: Estado y Derecho son una misma cosa.

Todo acto jurídico es un acto de creación y de aplicación del derecho (de otro acto jurídico de rango superior, «habilitante»). Así, la ley es un acto de creación de derecho pero también un acto de aplicación del derecho (de la Constitución).

Aunque existe un acto jurídico de creación pura, la primera Constitución y un acto de aplicación pura, la ejecución de una sentencia.

### Nuestro derecho

En cuanto a los criterios estudiados, los de mayor utilidad en el derecho positivo nacional son el criterio orgánico-formal y el del rango normativo.

Cajarville (2008) considera que la Constitución uruguaya emplea otro criterio complementario, que es el de competencia, que surge de los artículos 83, 149 y 233. A los tres clásicos poderes del Gobierno del Estado (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), la Constitución, de principio, les ha atribuido el ejercicio de una de las tres clásicas funciones jurídicas del Estado (al Poder Legislativo, la función legislativa; al Poder Ejecutivo, la función administrativa y al Poder Judicial, la función jurisdiccional).

Sin perjuicio de lo señalado, el Poder Ejecutivo también interviene en el ejercicio de la función legislativa ya que tiene facultad para proponer leyes, para promulgarlas y también ejerce función jurisdiccional en el caso de la justicia militar.

Por otra parte, el Poder Legislativo ejerce función jurisdiccional en el caso del juicio político.

Mientras que a los otros sistemas orgánicos de creación constitucional que integran el Estado como persona jurídica estatal mayor (Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Corte Electoral), la Constitución les ha atribuido, por excepción, el ejercicio de alguna de las funciones jurídicas del Estado. Así, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Constitución le ha asignado el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de los asuntos que el constituyente ha determinado.

Cabe agregar, que en nuestro derecho la función administrativa abarca el dictado de actos jurídicos subjetivos, el dictado de actos generales y abstractos (reglamentos) y la actividad de ejecución material.

### Otras funciones

Como indicáramos, la doctrina plantea la posibilidad que exista otra u otras funciones jurídicas además de las tres clásicas a las que refiere Montesquieu (1980) (legislativa, jurisdiccional y administrativa), como la función electoral, la constituyente y la de gobierno.

### Conceptos fundamentales

**FINES.** Objetivos o metas que el Estado se propone alcanzar.

**COMETIDOS.** Tareas que el derecho pone a cargo de las entidades estatales para cumplir con sus objetivos.

**FUNCIONES.** Poderes o formas jurídicas que el Estado dispone para dar cumplimiento a sus cometidos.

**COMETIDOS ESENCIALES.** Cometidos inherentes a la naturaleza del Estado; solo se conciben prestados directamente por él.

**SERVICIOS PÚBLICOS.** Actividades desarrolladas por las entidades estatales o por particulares en régimen de concesión para satisfacer necesidades colectivas impostergables, mediante prestaciones suministradas directamente a los individuos en un régimen jurídico de derecho público.

**CONCESIÓN.** Acto o contrato jurídico por el cual el Estado le encarga temporalmente a una persona física o jurídica la ejecución de un servicio público para que lo realice bajo su cuenta y riesgo, percibiendo una retribución directa de los usuarios y sometido a un régimen de derecho público.

**SERVICIOS SOCIALES.** Actividades que satisfacen necesidades básicas de la población, procurando un adecuado nivel de vida para los habitantes, sin perseguir fines de lucro.

**ACTIVIDAD PRIVADA A CARGO DEL ESTADO.** La actividad se puede prestar en régimen de libre concurrencia o monopolio.

### Bibliografía básica

- Barbagelata, A. L. (1974). Teoría del Estado. Montevideo: FCU.
- Cagnoni, J. A. (2006). El Derecho constitucional uruguayo Montevideo.
- Cassinelli, H.. (1999). Derecho público Montevideo: FCU.
- Korzeniak, José. (2008). Primer curso de derecho público – Derecho constitucional . Montevideo: FCU.
- Pérez Pérez, A. (s.f.). Derecho constitucional. Funciones del Estado Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

- Burdeau, G. (1952). Traite de science politique París.
- Cajarville, J. P. (2008). Apuntes sobre funciones y cometidos del Estado . En Sobre Derecho Administrativo. Montevideo.
- Duguit, L. (1923 y 1927). Traite de Droit Constitutionnel París.
- Jellinek, G. (1954). Teoría General del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Kelsen, H. (1934). Teoría General del Estado. Buenos Aires.
- Montesquieu. (1980). Del espíritu de las leyes. Madrid: Tecnos.
- Vázquez, C. (2000). “Cometidos esenciales del Estado”. Introducción al estudio actualizado de los cometidos estatales. Montevideo: FCU.

## Ejercicios

Responda las siguientes preguntas y justifique cada respuesta:

- 1) ¿Cuál es el concepto de fines del Estado?
- 2) ¿Qué son los cometidos del Estado?
- 3) ¿Cuál es el régimen jurídico de los cometidos esenciales?
- 4) ¿Qué posturas conoce respecto del concepto de servicio público?
- 5) ¿Qué criterios puede describir para distinguir las funciones jurídicas del Estado?

Señale si las opciones que se presentan son verdaderas (V) o falsas (F), teniendo en cuenta que pueden ser todas falsas o todas verdaderas. Justifique cada elección.

Conforme al criterio elaborado por Duguit la sentencia que reconoce la filiación natural de un menor es:

- a) Un acto regla.
- b) Un acto condición.
- c) Un acto subjetivo.

Los cometidos del Estado son:

- a) Los poderes jurídicos que el derecho objetivo ha asignado a los órganos del Estado.
- b) Las actividades que tienen a su cargo las entidades estatales.
- c) Los fines del Estado.

En el sentido que le da la doctrina nacional, el servicio público:

- a) Solo puede ser prestado por las entidades estatales.
- b) No persigue fin de lucro.
- c) Se financia a través de impuestos.

Los servicios sociales:

- a) Pueden ser ejercidos por los particulares sin necesidad de concesión.
- b) No persiguen fin de lucro.
- c) Sus destinatarios son denominados usuarios.

## 14. ESTADO Y ORDEN JURÍDICO

### Introducción

Con el término Estado se pretende referir a un fenómeno histórico, en tanto que aparece en determinado momento en el tiempo y no es posible predecir cuánto tiempo más persistirá.

La palabra proviene del latín *status* y fue empleada por primera vez –con el alcance actual– por Maquiavelo (1993) en su obra *El príncipe*.

Conforme al diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, el término expresa la esencia de lo cambiante : «Situación en que se encuentra alguien o algo, y en especial cada uno de los sucesivos modos de ser o estar».

Y en acepciones más cercanas a la empleada en este manual: «País soberano, reconocido como tal en el orden internacional, asentado en un territorio determinado y dotado de órganos de gobierno propios» y «Forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio».

El Estado es, de acuerdo con la definición de Weber (1944), quien posee el poder de usar el monopolio de la fuerza legítima en un determinado territorio.

Conforme la doctrina clásica, los elementos del Estado son: la población, el territorio y el poder estatal.

Bascañán (1997) señala que el fenómeno colectivo que se denomina Estado es el que se expresa en la existencia de un grupo de hombres que residiendo en un territorio determinado, vive sometido a un poder que provee al bienestar de los asociados, ajustándose estos y la autoridad a reglas de derecho.

El orden jurídico es el conjunto de normas jurídicas dictadas por la autoridad para organizar el comportamiento humano y cuyo incumplimiento podría acarrear una sanción. Estas normas, generalmente, imponen deberes y confieren derechos, permitiendo la sana convivencia en sociedad.

En los Estados democráticos el ordenamiento jurídico consagra la Constitución como su disposición principal o preferente, seguida por las leyes, reglamentos y otras regulaciones como sentencias, contratos y resoluciones.

La Constitución es la disposición suprema del Estado de derecho. Establece la organización de la sociedad y las bases para su gobierno. Asimismo, determina los límites y define las relaciones entre los Poderes del Gobierno del Estado, es decir, el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial y del Estado con los habitantes y de éstos entre sí.

### Estado de derecho. Concepto. Orígenes. Elementos

El Estado de derecho nace con el Constitucionalismo a partir de las Revoluciones inglesa de 1688, estadounidense de 1776 y francesa de 1789, en donde se afirma claramente el principio de la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, influyendo, asimismo, el pensamiento de Rousseau, Locke y Montesquieu, entre otros.

Correa (citando a Real, 1974) señala que el término Estado de derecho fue invocado por Von Mohl en su obra publicada en 1832 titulada *La ciencia de la policía según los principios del Estado de derecho* la que destaca tres períodos históricos del Estado:

- a) El Estado patrimonial (siglo XVI): el Estado es patrimonio del gobernante.
- b) El Estado policía (siglo XVII): el Estado mantiene un estricto control social, a costa de restringir los derechos.
- c) El Estado de derecho (a partir del siglo XVIII), regido por la ley.

Afirma Real (1974) que la definición de Von Mohl de Estado de derecho como el «logro de los fines racionales de la comunidad entera» excluye el atributo técnico y jurídico que conforma el Estado de derecho y, por tanto, resulta incompleta.

Desde el punto de vista histórico, la tendencia a limitar el poder político tiene precedentes muy antiguos que surgen con la doctrina del derecho natural donde podemos citar como exponentes a Grocio y a Kant, entre otros, y en la doctrina de separación de poderes en la que se destacan Locke y Montesquieu.

Para Real (1974) el Estado de derecho es aquel que en sus relaciones con sus súbditos y para garantía de los derechos de estos se somete a un régimen de derecho y está sujeto en su acción a reglas que, primero, determinan los derechos que se reservan los ciudadanos y, segundo, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado.

Además, el Estado debe mostrar que se somete al derecho. Y esto lo hace invocando la disposición que lo habilita para actuar y fundando sus actos jurídicos. Y ello, a diferencia de lo que ocurre con las personas cuyo principio de acción es el de la libertad, a menos que una disposición prohíba alguna acción u omisión.

Cassinelli (1999) enseña que Estado de derecho es aquel en el cual los actos del poder público están sujetos a derecho, es decir, está regulada jurídicamente no solo la actividad de los habitantes en general, sino incluso la actividad de los gobernantes cuando actúan como gobernantes.

En un régimen de Estado de derecho no es legítimo, por ejemplo, que un gobernante tome una medida fundándose en que esa es la única manera de salvar al país o alguna otra razón de ese tipo. Para tomar una medida tiene que fundarse en su competencia constitucional, la que tiene que ejercerse de acuerdo no solo con lo que establece la Constitución sino también con lo que prevén las demás reglas de derecho establecidas de conformidad con la Constitución. Además, es necesario establecer procedimientos que tiendan a asegurar la efectividad de estas reglas, es decir, medios eficaces de garantía para que los actos del poder público no se excedan de los cauces jurídicos. Esas garantías pueden referirse a la responsabilidad de los gobernantes o a los medios de corregir los actos que hayan sido dictados en violación a reglas de derecho.

En cuanto al primer aspecto, es decir, la responsabilidad de los gobernantes, la Constitución uruguaya —como se mencionó— establece un complejo sistema que comprende responsabilidades de naturaleza civil, penal, disciplinaria y política, cuya aplicación dependerá del tipo de funcionario que se trate y del tipo de acto, hecho u omisión violatorio de orden jurídico que le sea imputable.

En el segundo aspecto, citaremos como ejemplos, el control de constitucionalidad de los actos legislativos y la posibilidad que un acto administrativo violatorio de una regla de derecho sea anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) (Cassinelli, 1999).

Como se señalara, el origen del concepto Estado de derecho se ubica en el pensamiento alemán y es un concepto formal: el Estado se somete al derecho que él mismo dicta.

Hoy se admite que el concepto Estado de derecho es también un concepto sustancial: supone el reconocimiento de los derechos humanos y sus garantías.

Para Jiménez de Aréchaga (1974) el Estado de derecho supone una preocupación no solo por el sometimiento de los gobernantes y de los gobernados al derecho, sino también una preocupación por el ser humano de carne y hueso, a fin que pueda realizarse íntegramente dentro de la sociedad.

Brito (2004) prefiere definir el Estado de derecho considerando la finalidad que este persigue, que es la de «concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana».

Aquel Estado que actúa conforme el orden jurídico que ha dictado y reconoce ciertos principios básicos como los derechos humanos, el respeto a la soberanía del pueblo o Nación y los valores que configuran una democracia será un Estado de derecho.

Evidentemente, en períodos de dictadura no existe el Estado de derecho.

En síntesis, lo que hoy denominamos Estado de derecho «es la cristalización de una larga aspiración humana: la supresión de la arbitrariedad y el despotismo» (De Esteban y López Guerra, 1980).

Correa (2013) señala: «la clave para entender al estado de derecho, es el respeto por los derechos humanos en su plenitud, comenzando por el derecho a la vida, al honor, a la dignidad y a la libertad del ser humano, independientemente de su origen, sexo, nacionalidad, raza, religión, partido político, sindicato gremial, así como cualquier otro hecho o circunstancia que pueda generar diferencias o discriminaciones entre los seres humanos».

Por su parte, Luzardo<sup>34</sup> opina que el sustrato axiológico que trajo aparejado la imposición del Estado de derecho conlleva un marco de referencia ético que inextricablemente está unido a él. Esto trae, indudablemente, consecuencias en lo que respecta a las conductas que se exigen de los soportes de los órganos estatales. Al despersonalizarse el poder, los representantes se transforman en sus depositarios, en la medida que les corresponda, de la soberanía nacional, lo que exige a los gobernantes observar un comportamiento decoroso, arreglado a la moral y a las buenas costumbres.

Nuestra Constitución en varias ocasiones refiere al tema: en cuanto a los legisladores, artículo 115 (desorden de conducta); respecto de los miembros de Directorios de entes

---

<sup>34</sup>Luzardo, F. Opinión vertida en clases dictadas en el curso de Derecho Público I en la Facultad de Derecho, UdelaR, 2013.

autónomos y servicios descentralizados o directores generales de servicios descentralizados, artículo 192 in fine y artículo 198 de la Constitución (ineptitud, omisión o delito en el ejercicio del cargo o comisión de actos que afecten su buen nombre o el prestigio de la institución a que pertenezcan); referente al Poder Judicial, artículo 243, etc.

Las normas citadas no constituyen una excepción, señala Luzardo<sup>35</sup>, sino la explicitación en casos puntuales de un principio que abarca a todos los soportes de órganos de gobierno o administración, una obligación general que engloba a todos los funcionarios públicos.

En la actualidad, la doctrina alemana ha llamado al Estado de derecho, al Estado Constitucional. Haberle (2007) señala: «De cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los Tribunales; hay buenas razones para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta».

Son notas del Estado de derecho, además de la sumisión al derecho:

- La libertad de la persona como base de todo el sistema;
- La igualdad de las personas ante la ley;
- Los órganos del Estado sólo pueden actuar dentro de los límites de su competencia;
- Pluralismo ideológico, esto es, varias concepciones pueden disputar el campo político;
- Reconocimiento de derechos políticos (el derecho a elegir y ser elegido), del status de ciudadano, lo que le permite participar en la toma de decisiones;
- Elecciones libres y limpias;
- Reconocimiento, consagración y tutela de los derechos de las personas;
- Control sobre la persona de los gobernantes y consecuente responsabilidad de los gobernantes;
- Control sobre los actos de los gobernantes;
- La división de poderes, que se justifica porque asegura la libertad de las personas y el control de los representantes entre sí;
- Responsabilidad de las personas jurídicas estatales.

## Evolución

### Estado liberal de derecho

El Estado liberal de derecho supuso el reconocimiento de los derechos civiles y políticos y la igualdad de las personas ante la ley.

---

<sup>35</sup> Ibídem.

En cuanto a los derechos, el Estado liberal de derecho atiende a la dimensión individual de la persona. Esta dimensión es el centro de su concepción.

El fin del Estado es asegurar el libre desenvolvimiento del <sup>vo</sup> de cada individuo, no interfiriendo con la libertad de las personas, para lo que se remite a la realización de los cometidos esenciales.

En cuanto a los derechos políticos, estos se ven más como función que como derechos. Se implanta el sufragio censitario.

Económicamente, es un Estado que libra el mercado a sus propias leyes, deja circular libremente los bienes y servicios, es no intervencionista y solo asume vigilancia para el estricto cumplimiento del juego de la libre concurrencia, de acuerdo con los principios clásicos del liberalismo económico, cuyo principal expositor fue Adam Smith.

Conforme el pensamiento de Montesquieu (1780), se implanta la división de poderes, esto es, las tres funciones jurídicas del Gobierno del Estado son asignadas a distintos sistemas orgánicos.

### Estado social de derecho

Vanossi (2000) atribuye la expresión Estado social de derecho a Heller.

Correa (2013) señala que el Estado de derecho tuvo un origen híbrido, fruto del compromiso entre el socialismo democrático y el pensamiento liberal más progresista.

El Estado social de derecho coloca, al igual que el Estado liberal de derecho, a la persona en el centro de su concepción, pero atendiendo a su doble dimensión, de ser individual y colectivo.

De la propiedad como derecho absoluto se pasa a la función social de la propiedad.

A la igualdad formal ante la ley se le añade la sustancial. Se reconocen los derechos económicos, sociales y culturales que contribuyen, precisamente, a la igualdad material. Esto supondrá que el Estado asuma nuevos cometidos (salud, vivienda, entre otros).

El Estado interviene en el orden económico. Tal intervención se irá intensificando hasta culminar el proceso ya muy entrado el siglo XIX con las grandes nacionalizaciones de sectores claves de la economía, por ejemplo, los bancos.

También realiza actividades que no pueden ser aseguradas por el esfuerzo privado, ya sea porque la actividad no se presta al juego de la concurrencia o porque la actividad no es rentable.

El Estado se convierte de un ente ordenador de la realidad (que mantiene el orden de las cosas) a un ente conformador de la realidad.

El Estado no acepta el orden económico y social dado como justo, sino que en aras de la justicia social interviene en la realidad según las necesidades.

El Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal de derecho, limita las libertades tradicionales para alcanzar un nuevo fin: la justicia social.

El Estado social de derecho es un Estado, que en virtud de su ordenamiento jurídico, no solo garantiza la libertad sino que también asegura, dentro de ciertos límites, las condiciones de existencia de la persona singular.

Todo ello llevó a una expansión de la actividad estatal como nunca antes se había visto y provocó voces de alerta que preconizaron la limitación de los cometidos del Estado y el retorno, hasta cierto punto y al menos en lo económico, a los principios liberales. Es así que en la década de los 80 resurgen las políticas liberales (neoliberales).

Hacia comienzos del siglo XXI se observa un desacelere en el auge de las políticas neoliberales, reemplazándose las preocupaciones por otras: la calidad de la democracia, la transparencia, la rendición de cuentas, los mecanismos de control, la efectividad de los derechos humanos.

### Uruguay: Estado democrático y social de derecho

El ordenamiento uruguayo satisface las características del Estado social de derecho.

Así, la libertad es la base del sistema (artículo 10).

Se establece el principio de igualdad ante la ley (artículo 8).

Se prevé la división de las funciones jurídicas del Estado (artículos 83, 149 y 233), enriquecida por la existencia y operatividad de otros sistemas orgánicos (artículos 208, 307 y 322).

El Estado uruguayo se somete al derecho y como contrapartida se prevé un sistema de responsabilidad y control de la actividad estatal.

Es también un Estado democrático. El Estado democrático se caracteriza por la existencia del pluralismo político representado por diversos partidos políticos, que se disputan el poder en elecciones periódicas y con las debidas garantías. Es un Estado donde las decisiones se alcanzan por mayoría, con respeto a las minorías (existen previsiones de mayorías especiales para ciertas decisiones, mecanismos de control en manos de las minorías, etc.).

Uruguay ha sido reconocido por la doctrina nacional como Estado social de derecho, destacándose entre sus aspectos fundamentales: a) un modo amplio de entender la igualdad entre los hombres, b) un modo igualmente amplio de entender la libertad, c) el efectivo poder político de la Nación, d) la eficaz contención de la autoridad pública, e) el reconocimiento constitucional de la personalidad humana y su libertad como valores de principio (artículos 7, 8, 10, 72 y 332), e) como consecuencia de lo expuesto los órganos del Estado tienen poderes expresos y limitados (Jiménez de Aréchaga, 1992).

El Estado social de derecho implica también el reconocimiento de los «derechos económicos, sociales y culturales» y de los deberes (Sección II, Capítulo II de la Constitución).

Importa, asimismo, un aumento de los cometidos estatales (cometidos sociales).

### Uruguay: Estado independiente

El artículo 2 de la Constitución consagra la soberanía externa del Estado uruguayo. El Estado se encuentra en una situación de igualdad e independencia respecto de otros Estados.

### Uruguay: Estado republicano

El artículo 3 establece que el Estado uruguayo es una república (por oposición a monarquía). También pueden citarse el inciso 2 del artículo 9, 4 y 82 de la Constitución.

### La soberanía interna radica en la Nación

La Constitución establece que la soberanía (el poder supremo), en toda su plenitud, radica (existe radicalmente, de raíz) en la Nación <sup>36</sup>, a la que le compete el derecho exclusivo de establecer “sus leyes”<sup>37</sup>, del modo que más adelante se expresará (artículo 4 y 82 de la Constitución). Esto es, la Nación se ha autolimitado en la manera de expresarse, solo lo hará de la manera prevista en la Constitución.

Nuestra doctrina entiende que se recoge el principio de soberanía nacional por oposición al de soberanía popular.

### Uruguay: Estado laico

Conforme el artículo 5, el Estado uruguayo es laico: no debe sostener concepción religiosa ni antirreligiosa alguna, debe prescindir del fenómeno religioso.

No sostiene una determinada religión ni religiones en general.

Excepción al principio consagrado es el inciso 2o. del artículo 5, que prevé que están exentos de toda clase de impuestos los templos consagrados al culto de las diversas religiones. Son solo esos bienes inmuebles —los templos— y no las instituciones religiosas los que están exentos de impuestos.

Libertad de cultos no es lo mismo que libertad de expresión de pensamiento (artículo 29), la primera supone algo más: la realización de actos externos de ritual o ceremonial religioso.

### Uruguay: Estado pacifista

El artículo 6 consagra el carácter pacifista del Estado. La paz es un valor de un significado especialmente singular.

El inciso 1 de la disposición citada obliga a que el Estado uruguayo proponga en los tratados internacionales que celebre la República la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos (esta disposición debe ser relacionada con el numeral 7 del artículo 87 y los numerales 16 y 20 del artículo 168 de la Constitución).

---

<sup>36</sup> La Nación es persona jurídica. Ello resulta de la disposición mencionada y del artículo 34 de la Constitución.

<sup>37</sup> La doctrina entiende la expresión «las leyes» como orden jurídico.

El inciso 2 del artículo 6 establece que la República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas y que, asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

#### Uruguay: Estado unitario

La República Oriental del Uruguay es un Estado unitario porque las potestades públicas se concentran en el Gobierno Central, sin perjuicio que existe un desplazamiento territorial de funciones legislativas y administrativas del Gobierno Central hacia los Gobiernos Departamentales, los que no están sometidos a jerarquía de aquel, sino a ciertos controles.

#### La persona humana ante el Estado: nociones generales, remisión a los artículos 7, 8, 72, y 332 de la Constitución

El artículo 7.º de nuestra Carta establece:

«Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general».

Se trata de los derechos civiles clásicos (sin perjuicio de la referencia al trabajo).

La redacción de este artículo tiene su origen en la Constitución de 1830, apreciándose cambios posteriores en su redacción: «los habitantes del Estado» por «los habitantes de la República» y la agregación de la referencia al trabajo (Constitución de 1934).

Parte de la doctrina entiende que el constituyente al utilizar la expresión «nadie puede ser privado» debió referir a que nadie puede ser limitado

Privación no podría ocurrir respecto del derecho a la vida o del bien jurídico vida, en tanto el artículo 26 de la Carta prohíbe la pena de muerte.

Por su parte, el artículo 8º expresa:

«Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes».

La igualdad que se proclama es una igualdad de carácter jurídico, no refiere al aspecto físico, psíquico o social del individuo.

Jiménez de Aréchaga (1992) estimó que la oración tiene dos significados: prohibición de establecimiento de fueros leyes especiales para determinadas personas, salvo las previstas en la Constitución (ejemplo: artículo 253 de la Constitución) y todos debemos recibir igual protección de las leyes (más precisamente: personas iguales, en circunstancias iguales, deben recibir igual tratamiento).

Otra disposición especialmente relevante es el artículo 72, que establece:

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

Este artículo fue incorporado en la Constitución de 1918. Korzeniak (2008) opina que la Sección II del texto constitucional uruguayo es profusa en disposiciones; desarrolla una enumeración muy amplia y detallada de los derechos, deberes y garantías, por lo que cabe preguntarse, entonces, cuáles son los derechos, deberes y garantías que no están enumerados en la Constitución, y respecto de los que la norma fundamental admite su existencia por ser inherentes a la personalidad humana o derivarse de la forma republicana de gobierno. El autor responde que del artículo 72, Constitución, por ejemplo, se puede inferir una garantía genérica, según la terminología de Jiménez de Aréchaga (1974), que es la separación de poderes. Expresa Korzeniak (2008) que no hay ninguna norma en la Constitución que prevea expresamente que el Gobierno uruguayo está estructurado sobre la base de la separación de poderes. Sin embargo, podría entenderse que la separación de poderes es una garantía derivada de la forma republicana de Gobierno, ya que la forma republicana de gobierno supone —entre otras notas— la separación de poderes.

El artículo 332 reza:

«Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recorriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas».

Incorporado en la Constitución de 1942, este artículo, multicitado por la doctrina y jurisprudencia, significa una garantía para la aplicación de los derechos a que refiere, así como respecto de las facultades y deberes previstos para las autoridades públicas.

### Los derechos humanos

Los artículos 7, 72 y 332 de nuestra Constitución constituyen los cimientos en los cuales se sustentan los derechos humanos que el propio texto admite, salvaguarda y garantiza.

El tema derechos humanos no es objeto del presente trabajo. Hay una asignatura y autores que se dedican a él, sin perjuicio de lo cual y sin rigor académico, diremos que los derechos humanos se relacionan con a) el principio de la dignidad humana, b) la forma en que intuitivamente esperamos que se nos trate y c) el trato que merecemos como personas: igualdad de consideración y respeto.

### Bibliografía básica

- Cagnoni, J. A. (1989). Estudios sobre el Estado democrático y social de derecho. Montevideo: Editorial Barreiro y Ramos.
- Cassinelli, H. (1999). Derecho público Montevideo: FCU.
- Correa, R. (2013). Estudios de derecho público . Montevideo: UDE, Editorial Grupo Magro.
- Jiménez de Aréchaga, J. (1974). Teoría del Gobierno Montevideo: FCU.
- Korzeniak, J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo: FCU.
- Risso, M. (2005). Derecho constitucional Montevideo: FCU.
- Sayagués, E. (1988). Tratado de derecho administrativo. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

- Bacuñán, A. (1997). Tratado de derecho constitucional. – Principios Estado y Gobierno. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Brito, M. (2004). Derecho Administrativo su permanencia, contemporaneidad, prospectiva. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- De Esteban, J. y López Guerra, L. (1980). El régimen constitucional español. Barcelona: Editorial Labor Universitaria.
- Fleitas, L. (2011). “A propósito del concepto de Estado de derecho: un estudio y una propuesta para volver a su matriz genética”, *revistaderechoum.edu.uy*. Año 10, Número 20.
- García de Enterría, E. y Fernández, Tomás – Ramón. (1988). Curso de derecho administrativo. Madrid: Civitas.
- Jiménez de Aréchaga, J. (1992). “Panorama institucional del Uruguay a mediados del siglo XX”. En Justino Jiménez de Aréchaga – Escritos y discursos. Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Haberle, P. (2007). El Estado constitucional. Buenos Aires: Astrea.
- Maquiavelo, N. (1993). El príncipe. Madrid: Alianza.
- Montesquieu. (1980). Del espíritu de las leyes. Madrid: Tecnos.
- Real, A. R. (1974). Estado de derecho y humanismo personalista Montevideo: FCU.
- Vanossi, J. (2000). El Estado de derecho en el constitucionalismo social . Buenos Aires: Eudeba.
- Weber, M. (1944). Economía y sociedad. México: Fondo de Cultura Económica.

## Ejercicio

1. Defina qué es un Estado de derecho.
2. Cite las características de un Estado de derecho.
3. Nombre las características del Estado uruguayo.
4. Defina qué es un Estado laico y pacifista.
5. Realice la lectura de los artículos 7, 8, 72 y 332 de nuestra Constitución y mencione qué relación encuentra entre ellos.

## 15. LOS ÓRGANOS ESTATALES

### Los órganos estatales

#### Nociones generales

El órgano es una ficción jurídica que intermedia entre las personas físicas y las personas jurídicas estatales.

Es el instrumento por el que se imputa la voluntad de una o más personas físicas a una persona jurídica estatal.

Entonces, la teoría del órgano explica cómo las consecuencias jurídicas de la emisión de voluntades humanas se atribuyen o imputan a una persona jurídica estatal y no a los seres humanos, a los que naturalmente pertenece la emisión de voluntad.

Supone, en consecuencia, que las personas jurídicas estatales expresan su voluntad por intermedio de sus órganos.

Para el estudio de la teoría del órgano puede ponerse el acento en el aspecto normativo o en el estructural o de organización interna, pero no debe perderse de vista que se tratan de perspectivas inescindibles si se quiere comprender el tema en su integralidad (Frugone, 1977).

El órgano es una institución, esto es, un ente que tiene una estructura y organización propia, regulada por el derecho; es un ordenamiento jurídico (Frugone, 1977).

El órgano no se identifica con la persona o las personas físicas que lo integran, por lo que los actos realizados por los órganos no perderán validez al variar las personas físicas, ni desaparecerán los órganos al quedar vacantes durante cierto tiempo.

Soporte o titular o animador del órgano es la persona adscripta o incorporada al órgano.

La actuación de la persona jurídica a través de sus órganos no excluye que la persona jurídica otorgue un mandato o tenga un representante legal (por ejemplo, artículos 631 y 632 de la Ley N° 15.903).

El órgano no tiene personería jurídica sino que integra la persona jurídica estatal de que se trate; la persona jurídica estatal se vale del órgano como medio o instrumento para querer u obrar.

#### Elementos

Los elementos<sup>38</sup> o componentes del órgano son:

- El cargo
- La competencia

---

<sup>38</sup> En este aspecto se sigue la exposición del Prof. Dr. Juan Pablo Cajarville en: Sobre Derecho Administrativo (obra citada en la bibliografía recomendada).

## El cargo

El cargo es la posición que ocupa una persona física en la estructura de la persona jurídica estatal.

Nuestra Constitución suele denominar a los cargos con la palabra empleo. Estos se crean por normas presupuestales (numeral 13 del artículo 85, 86; 107 y 108; 220 y 221; 222 y siguientes de la Constitución), pero del artículo 86 de la Constitución resulta que otras leyes (no presupuestales) pueden crear empleos siempre que medie iniciativa del Poder Ejecutivo.

Cuando el derecho dispone que ciertos actos intelectuales del titular del cargo se atribuyan como voluntad jurídica de la persona jurídica, el cargo forma parte de un órgano de esa persona jurídica.

No todos los cargos tienen esa potencialidad. Muchos cargos suponen actuaciones materiales o intelectuales sin esa relevancia jurídica, sino preparatoria o de ejecución de aquellos actos.

El cargo también puede ocuparse interinamente, cuando así está previsto expresamente por un plazo establecido, en general, sin cumplir los requisitos formales o sustanciales para su titularidad.

Las funciones del cargo que no está vacante pueden ejercerse por otra persona que la que lo ocupa, cuando esta no puede cumplirlas (hipótesis de suplencia o subrogación).

El titular puede ser también sustituido por una intervención, la que será legítima si está normativamente prevista y dispuesta por órganos y procedimientos distintos a los de la designación en titularidad. La intervención también puede llegar a sustituir, no ya a los titulares de un órgano, sino al órgano en sí mismo.

## La competencia

No debe confundirse con la capacidad que refiere la aptitud de una persona física o jurídica para ser titular de relaciones jurídicas. Ligada a esto, para las personas físicas rige el principio de libertad y para las personas jurídicas, el principio de especialidad.

La competencia entonces, es la medida en que el poder estatal está atribuido al cargo, órgano o sistema orgánico.

Se concreta en varias dimensiones: la de los poderes jurídicos (esto es, los poderes legislativos, administrativos o jurisdiccionales), la de la materia (esto es, la que refiere a cometidos o tareas), la del territorio (ámbito espacial de actuación del órgano), el tiempo (ámbito temporal).

## Clasificaciones de órganos

1. Mendéz (1971) clasifica los órganos según el número de cargos en:

Simple: un solo cargo, por ejemplo, Presidencia de la República.

Compuestos: varios cargos, por ejemplo, Cámara de Diputados.

Los órganos compuestos son pluripersonales (si están constituidos por más de un cargo), complejos (si están constituidos por más de un órgano) y mixtos (si están constituidos por más de un cargo y más de un órgano).

Sayagués (1988) los clasifica, también, según el número de cargos en:

Unipersonales: un solo cargo, por ejemplo, Intendencia.

Pluripersonales: varios cargos, por ejemplo, Suprema Corte de Justicia.

A su vez, distingue entre los órganos pluripersonales los colegiados y los no colegiados. En el primer caso, todos los titulares del órgano se encuentran en situación de paridad jurídica (por ejemplo, Suprema Corte de Justicia); en los órganos pluripersonales no colegiados, en cambio, uno de los titulares del órgano se encuentra en una situación de preeminencia (es generalmente el caso del presidente del Directorio de los Entes Autónomos).

2. Si para ser titular de un cargo es necesario (o no) ser, previamente, titular de otro cargo los órganos serán:

Simple: no es necesaria tal circunstancia, por ejemplo, Presidencia de la República.

Potenciado: sí es necesaria tal circunstancia, por ejemplo, para ocupar un cargo dentro del órgano Asamblea General es necesario, previamente, ocupar un cargo dentro del órgano Cámara de Diputados.

3. Según determinen o no la forma de gobierno:

Inmediato: determinan la forma de gobierno y su desaparición la desorganiza o transforma completamente, por ejemplo, el órgano Corona determina la forma de gobierno monárquico.

Medio: no ligan su suerte ligada a una forma de gobierno determinada.

4. Según tengan poder sobre otros órganos:

Jerarca: tienen poder de mando sobre otro, por ejemplo, el órgano Directorio de un ente autónomo sobre el órgano Gerencia General de ese mismo ente.

Subordinado: sobre ellos se ejerce el poder de mando, por parte de otro órgano, por ejemplo, Gerencia General de un ente autónomo.

5. Según estén creados o no en la Constitución:

Constitucionales: es un ejemplo la Cámara de Diputados.

No constitucionales: es un ejemplo la Gerencia General de un ente autónomo.

6. Según sean de funcionamiento ordinario o no:

Ordinarios: es un ejemplo la Presidencia de la República.

Extraordinarios: es un ejemplo la Convención Nacional Constituyente.

7- Según la función que ejerzan, se distinguen órganos administrativos, legislativos y jurisdiccionales.

Se distingue dentro de los órganos que ejercen función administrativa, los órganos activos, de control y consultivos.

Dentro de la categoría de los órganos activos distingue los órganos de dirección (que toman de decisiones de alta política) y los de administración (cumplen órdenes según directivas adoptadas por los órganos de dirección).

Dentro de la categoría de los órganos administrativos que realizan tareas de control distingue los de control de legitimidad (se controla que los actos jurídicos sean dictados conforme a derecho); de mérito (se controla la oportunidad o conveniencia del acto); y mixtos, (se controla la legitimidad y el mérito).

Dentro de la categoría órganos administrativos consultivos distingue los facultativos (su dictamen puede solicitarse o no), los obligatorios (su dictamen debe solicitarse) y vinculantes (su dictamen debe solicitarse y debe seguirse).

## Los sistemas orgánicos

### Nociones generales

Los sistemas orgánicos son un conjunto de órganos y cargos ordenados y vinculados jurídicamente, para el cumplimiento de determinada tarea o cometido.

Nuestra Constitución establece seis sistemas orgánicos nacionales y diecinueve sistemas orgánicos departamentales.

Excepcionalmente, existen sistemas orgánicos con un solo órgano: es la situación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin perjuicio que la Constitución habilita a la ley a crear órganos inferiores (artículo 320 de la Constitución)

La naturaleza del vínculo que une a los órganos del sistema orgánico depende de los poderes jurídicos que el derecho le haya atribuido al sistema orgánico.

En el sistema orgánico legislativo y judicial el vínculo entre los órganos es de coordinación.

En cambio, el vínculo jurídico que une órganos y cargos en un sistema que ejerce función administrativa es siempre el jerárquico.

Un sistema orgánico puede constituir por sí una persona jurídica estatal (por ejemplo, un ente autónomo) o una persona jurídica estatal puede contener varios sistemas orgánicos. Aquí el mejor ejemplo es considerar el Estado en sentido estricto, la persona jurídica estatal mayor, la que está constituida por los sistemas orgánicos Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas y Corte Electoral.

Los dos sistemas básicos de organización administrativa —entendiendo por tales a estos efectos los que cumplen función administrativa como principal— son la centralización y la descentralización.

### Sistema centralizado

En el sistema centralizado todos los órganos y cargos que lo componen dependen jerárquicamente, a través de variadas líneas y grados, de un órgano central.

Existe un centro de poder único y permanente, con primacía jerárquica y una relación técnico-jurídica que vincula a ese centro con todos sus dependientes, la que recibe el nombre de relación jerárquica.

Si se expresara gráficamente, diríamos que el sistema centralizado es una pirámide, en la que su vértice es el centro de poder único y hacia abajo y dentro de ella se van

situando los diferentes órganos y cargos sin constituir órganos inferiores, que se unen al superior por las relaciones de jerarquía mencionadas.

La distancia desde el vértice constituye el grado.

En ese centro de poder (el jerarca) se concentran todos los poderes administrativos: poder de mandar, poder de reglamentar, poder de dictar instrucciones y circulares de servicios, poder de dictar actos concretos y subjetivos.

Las potestades del jerarca son de principio, no necesitan de texto expreso porque fluyen del propio servicio.

Por su parte, la subordinación jerárquica consiste en la potestad del superior de dar órdenes al subordinado y en el deber de este de obedecerlas y, como consecuencia, en el necesario predominio de la voluntad del superior sobre el inferior.

La intensidad del poder de mando depende de diversos factores: el tipo de actividad del subordinado, la posición que ocupe el subordinado en la escala jerárquica.

La finalidad de la relación jerárquica es dar unidad a la acción del sistema orgánico.

#### Modalidades de la centralización

La concentración funcional supone que todos los poderes del sistema orgánico se radican en el órgano jerarca.

Es esta una situación de concentración funcional absoluta, en la que todos los actos jurídicos emanan del jerarca. A los restantes cargos solo les competirá realizar la actividad material o técnica de preparación, o de ejecución de las decisiones del jerarca, o dictar actos de trámite durante su preparación o ejecución.

La desconcentración<sup>39</sup> consiste en la atribución de poderes propios de decisión, en una o más materias, a un órgano sometido a jerarquía. Hay una alteración del funcionamiento del sistema, no de su estructura. Se afecta la competencia del órgano jerarca.

Aquí aparece la posibilidad que ciertos actos administrativos principales, que valen como voluntad de la persona jurídica, sean dictados por un órgano subordinado.

La amplitud de poderes conferidos al órgano desconcentrado, en cantidad y en calidad, es variable. Puede ser mayor o menor, puede comprender incluso poderes jerárquicos de quienes estén por debajo del desconcentrado, en la misma línea jerárquica (numerales 4 y 6 del artículo 181 de la Constitución).

El control en la desconcentración se mantiene a través del recurso jerárquico y las potestades disciplinarias.

En la desconcentración hay un poder mínimo y un control máximo.

---

<sup>39</sup>En la desconcentración no privativa el órgano jerarca mantiene su competencia. Lo que existe es una concurrencia de potestades: competencia alternativa o concurrente entre ambos órganos.

## Sistemas descentralizados

Centralización y descentralización son conceptos relacionados, porque solo se conciben observando relaciones entre dos o más sistemas orgánicos. El central lo es y solo puede serlo respecto de otro u otros descentralizados y viceversa.

La descentralización se consagra mediante Constitución o ley y, en teoría, pueden existir tanto con atribución de personería jurídica como sin ella, aunque en nuestra Constitución la personería jurídica es consecuencia necesaria de la descentralización (artículos 24, 188 y 191 de la Constitución).

Se denomina descentralización a la relación jurídicamente regulada que se traba entre los órganos jerarcas de los sistemas orgánicos.

Se llama sistema centralizado al sistema orgánico que tiene por jerarca el órgano (órgano central) titular de las potestades de administración activa, de coordinación y de control sobre el o los sistemas, que, por tal sujeción, serán descentralizados respecto al órgano central.

En nuestro derecho, el órgano central en lo nacional es el Poder Ejecutivo y existen dos categorías de administraciones descentralizadas en las que se ha atribuido poderes de administración respecto de un cometido: los entes autónomos y los servicios descentralizados.

Internamente, la estructura de un sistema centralizado y uno descentralizado es igual, porque ambos son internamente sistemas jerarquizados, como lo son necesariamente todos los que ejercen función administrativa.

Las administraciones descentralizadas son sistemas jerarquizados de órganos y cargos no sometidos a jerarquía de otro órgano ajeno al sistema (artículos 185, 194, 205, 317, de la Constitución), pero sí sometidos a una preeminencia institucional (no jerárquica) del Poder Ejecutivo (artículo 187 de la Constitución), a los que se les atribuye una competencia propia y se dota de personería jurídica (artículos 24 y 191 de la Constitución).

Las administraciones descentralizadas están concebidas constitucionalmente como instrumentos de realización de políticas públicas diseñadas por el Poder Ejecutivo, pero no concebidas como organizaciones necesariamente lucrativas.

Lo señalado no es aplicable a la Universidad de la República y, en menor medida, a las administraciones que tengan a su cargo los demás servicios docentes (artículos 202 y siguientes de la Constitución).

El órgano jerarca de la administración descentralizada puede ser un Directorio, un Director General o un Consejo Directivo. Un Directorio cuenta con tres o cinco miembros, cuando sean rentados, según lo establezca la Constitución (artículo 185 de la Constitución). Será un Director General, si lo dispusiera la ley, tratándose de un servicio descentralizado (artículo 185 de la Constitución) o un Consejo Directivo si sus cometidos fueran docentes (artículos 202 a 204 de la Constitución).

En ese órgano jerarca se concentran las potestades atribuidas al sistema, sin perjuicio de la desconcentración que pueda establecerse.

## Preeminencia institucional del Poder Ejecutivo

La preeminencia institucional del Poder Ejecutivo se manifiesta en que, salvo excepciones, es quien designa a los titulares de los órganos jerarcas (artículo 187 de la Constitución), aprueba las rendiciones de cuentas (artículos 193 y 205 de la Constitución), aprueba los presupuestos de los que cumplen cometidos industriales y comerciales (artículo 221 de la Constitución) y los estatutos de los funcionarios de los entes industriales y comerciales (artículo 63 de la Constitución).

También se manifiesta por los controles editados en los artículos 197 y 198 de la Constitución.

Si el Poder Ejecutivo entiende que la gestión globalmente considerada del órgano jerarca de la administración descentralizada o, concretamente, uno o más actos dictados por ese órgano son inconvenientes o ilegales, podrá formular las observaciones al jerarca en cuestión y suspender los actos observados.

El ente autónomo o servicio descentralizado puede atender o no las observaciones, y en caso de desatención el Poder Ejecutivo puede disponer las rectificaciones (modificar el contenido del acto o incluso, extinguirlo) o realizar los correctivos que estime del caso sobre las personas de los Directores y aún disponer su remoción. Los correctivos podrán consistir en el apercibimiento o censura o suspensión disciplinaria. Las remociones consistirán en la separación de sus cargos y podrán ser transitorias o definitivas. El reemplazo de los Directores por los de otros entes es un complemento indispensable de la remoción, porque, de lo contrario, se generaría una situación de acefalia.

El diferendo queda sometido a la decisión de un tercer órgano, el Senado, que resolverá sobre lo que dispuso el Poder Ejecutivo, manteniéndolo o dejándolo total o parcialmente sin efecto, dentro del término de 60 días.

Transcurrido el plazo sin que el Senado se pronuncie, pierde la facultad de hacerlo y queda firme lo dispuesto por el Poder Ejecutivo.

Lo señalado en el párrafo anterior no es aplicable a las administraciones descentralizadas que tengan a su cargo servicios de enseñanza (artículo 205, Constitución).

También el inciso 4 del artículo 185 de la Constitución prevé una hipótesis de control, ya que el Poder Ejecutivo señalará los casos de convenios celebrados entre las administraciones descentralizadas y los órganos internacionales, instituciones o gobiernos extranjeros que requieran su aprobación previa. El acto del Poder Ejecutivo, cuando corresponda, debe recaer sobre un texto ya acordado por las partes, que se somete a su aprobación, para su perfeccionamiento. No es aplicable a los servicios docentes el control sobre los convenios con entidades internacionales o extranjeras, ya que el inciso 4 del artículo 185, Constitución no está incluido en la remisión del artículo 205.

Los actos de los servicios descentralizados, a excepción de los emanados por administraciones descentralizadas que tengan a su cargo servicios docentes, son impugnables en vía administrativa por razones de legitimidad, mediante el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo (artículo 317 de la Constitución).

El artículo 194 de la Constitución establece una limitación expresa a esa discrecionalidad legislativa, dado que en su redacción excluye la existencia de todo otro recurso contra las decisiones definitivas de los entes autónomos, ante órganos ajenos a los propios entes, que no sean los jurisdiccionales.

El mecanismo previsto en el artículo 175 de la Constitución alcanza a todos los entes autónomos y servicios descentralizados, incluso de enseñanza, con la sola excepción de la Universidad de la República.

## Dimensiones de la competencia

### Dimensión territorial

En principio, la competencia territorial de los entes autónomos y servicios descentralizados es a nivel nacional, pero la ley puede atribuirle competencia sobre una porción del territorio nacional. El ejemplo, en este caso, es la Administración Nacional de Puertos, que tiene competencia sobre determinados sectores del territorio, básicamente puertos y zonas aledañas.

### Dimensión material

La dimensión material de la competencia refiere a la tarea atribuida expresamente.

Según la materia atribuida, se distinguen los entes autónomos y servicios descentralizados de enseñanza, comerciales, industriales y sociales.

Los entes de enseñanza están regulados por las disposiciones del Capítulo II de la Sección XI y les son aplicables las disposiciones del Capítulo I de la mencionada Sección, a condición de que haya una remisión expresa y «en lo pertinente».

El inciso 1 del artículo 202 de la Constitución establece ciertas ramas de la enseñanza pública como cometidos del Estado a cargo de uno o más entes necesariamente autónomos y le reserva al legislador, en su inciso 2, la potestad de descentralizar, en el grado que determine, los demás servicios docentes del Estado.

Hay servicios que no pueden estar centralizados, aunque la ley puede darles forma de entes autónomos o servicios descentralizados; se trata de la materia comercial o industrial (inciso 1 del artículo 185 de la Constitución).

De acuerdo con el artículo 186 de la Constitución, hay servicios que no pueden estar organizados como entes autónomos: correos y telégrafos, aduanas, puertos y salud pública, pudiendo adoptar la forma de servicios descentralizados o dependencias centralizadas.

Hay cometidos que no pueden descentralizarse o atribuirse a administraciones descentralizadas: los que han sido asignados al Poder Ejecutivo (artículo 168 de la Constitución) y la materia departamental y municipal.

Todos los demás servicios que no están comprendidos en alguna de las categorías anteriores pueden estar organizados, indistintamente, como dependencias ministeriales, entes autónomos o servicios descentralizados.

## Dimensión de los poderes jurídicos

A las administraciones descentralizadas (entes autónomos y servicios descentralizados) les ha sido asignado el ejercicio de función administrativa en la materia legalmente asignada.

La distinción entre entes autónomos y servicios descentralizados se ubica a partir de la Constitución de 1934, aunque la Constitución de 1967 no reproduce el texto de aquella.

Conforme Cajarville (2008), los entes autónomos tendrán, en principio, la generalidad de los poderes de administración, los expresos y los que implícitamente deba reconocerse, pero la ley podrá retaceárselos, confiándolos a otros órganos. Además, estarán sometidos a los controles constitucionales, y a los demás que el legislador estime convenientes en tanto no signifiquen sometimiento a jerarquía<sup>40</sup>.

A los entes autónomos de enseñanza, les corresponden todos los poderes de administración, los expresamente atribuidos y los necesariamente implícitos. La ley que les privara de alguno de ellos, atribuyéndolo a otro órgano, sería inconstitucional.

La diferencia entre entes autónomos y servicios descentralizados se debe a la intensificación de los poderes de control del Poder Ejecutivo, admitiéndose, salvo para los entes de enseñanza, un control de sustitución de la voluntad del ente por la del Poder Ejecutivo.

## Diferencias entre los regímenes jurídicos de entes autónomos y los servicios descentralizados

Posibilidad de dirección por cargos unipersonales para los servicios descentralizados (inciso 3 del artículo 185 de la Constitución).

Se exigen diferentes mayorías parlamentarias para consagrar los distintos tipos de descentralización (inciso 3 del artículo 185 de la Constitución).

Los funcionarios del ente autónomo son designados por él, mientras que en el caso del servicio descentralizado, éste propone la designación y es el Poder Ejecutivo quien designa.

El estatuto de los funcionarios de los servicios descentralizados tiene fuente legal (literal e del artículo 59 de la Constitución), mientras que el estatuto de los funcionarios de los entes industriales y comerciales será aprobado por decreto del Poder Ejecutivo, previamente proyectado por el ente autónomo (artículo 63 de la Constitución). El estatuto de los funcionarios de los entes de enseñanza lo realiza el ente, respetando lo establecido en la Constitución y la ley (inciso 2 del artículo 204 de la Constitución).

---

<sup>40</sup> En contra de esta postura se encuentra Aguirre Ramírez, para quien todos los entes autónomos, aún en la Constitución de 1967, gozan de un descenso de todos los poderes jurídicos de administración en la o las materias que constituyen sus cometidos.

En cuanto a los posibles recursos administrativos: los actos administrativos de los servicios descentralizados admiten recurso de anulación (solo por razones de legalidad) para ante el Poder Ejecutivo. El recurso permite anular pero no modificar el acto (artículos 194 y 317 de la Constitución). Contra los actos administrativos de los entes autónomos no procede el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo.

Los servicios industriales comerciales e industriales y entes autónomos industriales y comerciales aprueban su presupuesto por decreto; los demás, por ley de presupuesto y rendición de cuentas (artículos 220 y 221 de la Constitución).

### Categorías de entes autónomos

- De enseñanza.

Son necesariamente autónomos aquellos que tengan a su cargo los servicios enumerados en el inciso 1 del artículo 202 y los demás a los que la ley confiera esta naturaleza, que siguen teniendo su estatuto de descentralizados consagrado en la Constitución.

- Banco de Previsión Social y Banco Central.

Son entes de existencia necesaria.

La ley los ha definido como comerciales.

- Industriales y comerciales
- Los demás entes autónomos que el legislador decida crear, cuando es constitucionalmente viable. Si el cometido no tiene ya fijado su estatuto de descentralización en la Constitución (como en el caso de la UdelaR), las leyes lo fijarán por mayoría absoluta del total de componentes de cada cámara (artículo 185 de la Constitución).

### Categorías de servicios descentralizados

- Industriales y comerciales.
- Docentes. El legislador puede confiar los servicios docentes no enumerados en el inciso 1 del artículo 202 a entes autónomos. Su estatuto dependerá de la ley, pero no les será aplicable el artículo 197 de la Constitución, en virtud que no ha sido incluido en la remisión del artículo 205 de la Constitución.
- Los demás servicios descentralizados, los previstos en el artículo 186 de la Constitución, u otros que la ley cree, cuando los cometidos atribuidos lo permitan.

### Principio de especialidad y principio de especialización

Mientras que la actividad de los particulares está sometida al principio de libertad (artículo 10 de la Constitución), el principio de especialidad limita la competencia de las administraciones descentralizadas, impidiéndoles actuar fuera de la materia constitucional y legalmente asignada.

El artículo 190 de la Constitución agrega, además, que los entes autónomos y servicios descentralizados podrán disponer de sus recursos para fines que no integren el giro que preceptivamente le asignen las leyes, siempre que correspondan a sus actividades normales. Dentro del giro deben incluirse los negocios estrictamente delimitados por

las leyes en sentido formal; en cambio, respecto de los fines a los que se destinan sus recursos, el criterio es el de normalidad, esto es, deben destinarse a sus actividades normales.

En cuanto al principio de especialización, este supone que existe una restricción para el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, que les impide ingresar en el ámbito de aquella especialidad, que así resulta reservada, en exclusividad, a dichas administraciones, en virtud del principio constitucional de especialización. El principio de especialización supone que ambos poderes deben respetar un área de reserva reglamentaria de la administración especializada.

Las razones que llevaron al establecimiento de las autonomías, incluso antes de su consagración constitucional en el artículo 100 de la Constitución de 1918, fueron, por un lado, la necesidad de evitar la concentración en el Poder Ejecutivo de tan extensas actividades con el riesgo que semejante acumulación política y económica pudiera traer para las libertades cívicas y, por otro, la necesidad que la actividad de naturaleza técnica, asumida por el Estado, no quedara a cargo de autoridades puramente políticas, sino que estuviera en manos de administraciones especializadas en las respectivas materias.

De tal manera, la especialización constituye el reconocimiento de una competencia privativa del ente, para fijar las reglas técnicas a la que debe ajustarse su funcionamiento.

La concepción doctrinal de la especialización del ente fue acogida constitucionalmente en la Constitución de 1952, en el que es hoy el inciso 2 del artículo 204, que al conferir la potestad de dictar reglas fundamentales, en materia estatutaria de los funcionarios de los servicios de enseñanza, le impone el deber de hacerlo respetando la especialización del ente, competencia exclusiva de sus autoridades.

### Bibliografía básica

- Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.
- Cassinelli, H. (1999). Derecho público. Montevideo: FCU.
- Correa, R. (2007). Derecho constitucional contemporáneo. Montevideo: FCU.
- Korzeniak, J. (2008). Primer curso de derecho público - Derecho constitucional. Montevideo. FCU.

### Bibliografía recomendada

- Biscaretti, P. (1973). Derecho constitucional. Madrid: Editorial Tecnos.
- Cajarville, Juan Pablo. P. (2008). Teoría del órgano y voluntad de las personas jurídicas, y La descentralización. Su estatuto constitucional y posibilidades de su regulación legal. Sobre Derecho Administrativo. Montevideo: FCU.
- Frugone, H. (1977). Introducción al estudio de la organización administrativa. Bases para una teoría del órgano. Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional (1927-1977). Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Jellinek, G. (1954). Teoría general del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Méndez, A. (1971). La Teoría del órgano. Montevideo: AMF.
- Sayagués, E. (1988). Tratado de derecho administrativo. Montevideo: FCU.

## Ejercicios

Responda las siguientes preguntas:

- 1) ¿Qué explica la teoría del órgano?
- 2) ¿El órgano tiene personería jurídica?
- 3) ¿Qué es la competencia?
- 4) La Cámara de Senadores es un órgano:
  - a) pluripersonal.
  - b) de control.
  - c) activo directivo.
- 5) A la luz de la teoría del órgano:
  - a. Clasifique el órgano Corte Electoral (artículos 77 y 322 a 328 de la Constitución).
  - b. Determine si la Corte Electoral constituye, además, la cabeza de un sistema orgánico. En caso afirmativo:
    - b.1 ¿Qué tipo de sistema orgánico es?, ¿centralizado o descentralizado?
    - b.2. ¿Qué otros órganos constituyen el sistema orgánico?
- 6) A la luz de la teoría del órgano, el Banco Central del Uruguay:
  - a. ¿Es una persona jurídica?
  - b. ¿Responde a un proceso de desconcentración o descentralización?

## 16. ESTRUCTURA DEL ESTADO

### Introducción

Este tema es tanto objeto de estudio por parte del Derecho Constitucional como del Derecho Internacional. Atiende, sobre todo, a la distribución espacial del poder.

Refiere a la visión del Estado desde un punto de vista estático, por oposición del dinámico, el cual se abordará al analizar los fines, funciones y cometidos del Estado.

La doctrina se ha pronunciado sobre este tema a través de diversas obras. Barbagelata (1974), por ejemplo, explica que la estructura del Estado no refiere únicamente a la organización interna sino, además, a las relaciones que los Estados generan entre sí.

### Formas de Estado

¿Qué formas de estructura de Estado encontramos?

Conocemos Estados unitarios y también distintas formas de uniones de Estados. Actualmente, la más representativa actualmente es el sistema federal.

Autores como Jellinek (1954) o Biscaretti (1973) sistematizaron las modalidades que pueden asumir las uniones de Estados.

Biscaretti (1973) las clasificó indicando que existen cuatro tipos; algunas de ellas son uniones de derecho internacional y otras de derecho nacional.

#### A. Uniones simples e institucionales

Las uniones simples se encuentran reguladas jurídicamente pero no dan lugar al nacimiento de entidades distintas a los Estados que integran la unión. En la época moderna —explica Biscaretti (1973)— aparecieron constituidas generalmente en la comunidad internacional y dieron lugar a las alianzas, protectorados internacionales y uniones de tutela.

- Las alianzas eran acuerdos jurídicos con determinados fines. Existieron en el pasado.
- Los protectorados internacionales han sido una forma históricamente utilizada. Biscaretti (1973) refiere a esta modalidad como una relación contractual entre los Estados. Por medio de ese pacto, un Estado protector se compromete a defender a otro de los ataques que pudiera sufrir. Por su parte, el Estado protegido debe obediencia y generalmente, ciertos tributos al Estado protector. Desde el punto de vista político, existe una dependencia del Estado protegido frente al Estado protector. Biscaretti (1973) diferencia el protectorado de las formas de colonización y explica que en estas últimas no hay Estado protector y Estado protegido sino Estado dominante y Estado sometido. Además, la voluntad del Estado sometido es prácticamente anulada. En el caso del protectorado, en la práctica, la injerencia del Estado protector tiende a invadir también el ámbito interno del Estado protegido. Esta forma ha caído en desuso. Un ejemplo referenciado por el autor es el caso de Francia, que celebró un protectorado a favor de Marruecos, el cual se prolongó hasta 1956.

– Las uniones de tutela surgen, según expresa Biscaretti (1973), de un mandato que un ente internacional confiere a uno o más Estados respecto de un Estado o territorio, citándose como ejemplo el Pacto del año 1919, que contenía mandatos de este tipo.

Las uniones institucionales se dividen en generales y particulares (Biscaretti, 1973).

– Las uniones generales presentan intereses limitados a determinados fines, por ejemplo, la ONU, que persigue el fin específico de la colaboración pacífica.

– Las uniones particulares comprenden una unión cerrada, es decir que no pueden participar más que algunos Estados determinados. Biscaretti (1973) subdivide esta modalidad en formas clásicas y contemporáneas.

Son uniones clásicas:

– Las confederaciones (serán explicadas en el próximo punto).

– Las uniones monárquicas, donde existía un mismo monarca para todos los Estados. Esta situación se verifica tanto en las Uniones Reales como en las Personales, que deben su existencia a la persona física del monarca. En este caso, los Estados que integren la Unión, mantienen su independencia. Sin embargo, la unión personal deriva de acontecimientos accidentales (como ser la sucesión del trono, donde llegaba a coincidir en una misma persona física la titularidad de dos Coronas). Mientras que en el caso de la unión real hay un lazo consensual entre varios Estados.

– Los protectorados coloniales eran el caso de los Estados protectores que protegían a otro Estado, generalmente indígena. Es un Estado que internacionalmente no tiene personalidad, es *nullius*, conforme explica Biscaretti (1973).

Las uniones contemporáneas son para Biscaretti (1973):

– Los Estados federales (al igual que las confederaciones serán explicadas en el próximo punto)

– Las uniones regionales, que suponen una unión por tratarse de Estados contiguos, y son uniones en pie de igualdad. Un ejemplo sería la OEA.

– Las uniones supranacionales, que están dotadas de un ordenamiento jurídico propio, que no se apoya en la coordinación de los Estados participantes sino más bien en su subordinación al nuevo ente. Tienen algunas particularidades: siempre hay una asamblea que formula normas y puede obligar a sus miembros al cumplimiento de las resoluciones.

– Las uniones *sui generis* aluden a uniones residuales que han quedado sin poder ser enmarcadas en un sistema u otro, y generalmente derivan de la época colonial.

## B. Uniones abiertas y cerradas o generales y particulares.

Biscaretti (1973) explica que el criterio para esta clasificación es según puedan participar en la unión todos los Estados o que se reserven la posibilidad de exclusión de algún Estado.

## C. Uniones paritarias y no paritarias.

Siguiendo a Biscaretti (1973), en las uniones paritarias los Estados participantes se encuentran todos en un plano de igualdad jurídica, mientras que las uniones no

paritarias implican que un Estado está en situación de supremacía sobre el o los demás que integren la unión.

#### D. Uniones internacionales, no internacionales y estatales.

Según la unión se presente como sector particular del orden internacional, o como organismo interestatal, o propiamente estatal. La clasificación de uniones no internacionales ha sido de poco recibo. La mayoría de los autores acepta a las uniones como internacionales o estatales.

Jellinek (1954), seguido por Barbagelata (1974) y Korzeniak (2008), entre otros, dividió lo que se llamó uniones aparentes y uniones en sentido jurídico

– Uniones aparentes. Este tipo de uniones se produce en aquellos casos donde un territorio está ligado a un Estado en forma permanente, o cuando un Estado independiente es gobernado por la misma persona física que es titular de Gobierno de otro Estado.

El primer tipo de unión aparente es lo que Jellinek llama «Estados federativos en formación» y cita como ejemplo las colonias británicas que se unieron entre sí con su metrópoli inglesa, dando lugar a lo que hoy llamamos Commonwealth.

La segunda variedad de unión aparente que define Jellinek es la unión personal. Se da cada vez que por circunstancias accidentales dos o más Estados se encuentran gobernados por la misma persona física, sin perjuicio de conservar cada Estado, su independencia y soberanía.

– Uniones en sentido jurídico Implicaban la existencia de lazos más estrechos entre los Estados.

El modelo más representativo es el Estado federal. Se rige por una Constitución para toda la Unión (Constitución Federal) y por Constituciones estatales para cada uno de los Estados miembros o Estados parte, todo lo cual varía según el país de que se trate: se hablará de provincias en Argentina, de cantones en Suiza, de Estados en Estados Unidos. Otros ejemplos actuales de Estados Federales son Brasil, México y Venezuela.

Además, Jellinek (1954) distinguió como otra forma de unión «en sentido jurídico» la confederación de Estados

Tal como expresa Barbagelata (1974), la confederación no disminuye la soberanía de los Estados confederados. Ellos siguen siendo soberanos y prueba de ello es el derecho de secesión, es decir, el derecho de separarse o apartarse voluntariamente de la confederación.

Las confederaciones son generalmente un anticipo o antesala a la composición de Estados federales; un caso claro lo constituye Estados Unidos.

Como explica Korzeniak (2008), en el sistema confederativo es importante la finalidad del acuerdo. No lo celebran simplemente para tener una unión formal sino que hay uno o varios fines específicos, como la defensa común de las soberanías y los fines comerciales, entre otros. Pero no basta con celebrar un acuerdo. El autor precitado explica que se debe crear un órgano que sea común a los Estados que integren la confederación. Tradicionalmente, en Europa fue llamado dieta, que se encarga dirigir la consecución de un fin o fines comunes.

Siguiendo a Korzeniak (2008), la regulación de este órgano y la consecución de los fines deben regirse por el tratado celebrado entre los Estados parte de la confederación. O sea, a diferencia de lo que ocurre en un Estado federal, donde hay una Constitución común a todos los Estados parte (más allá de las Constituciones particulares que rijan a cada Estado o provincia), en el caso de la confederación el marco jurídico es un tratado.

En el caso del sistema federal se da nacimiento a un nuevo Estado (el Estado federal o central), mientras que en la confederación esto no sucede, sino que apenas nace un órgano común a los Estados parte.

Entonces, el Estado federal, al regirse por una Constitución, y por ser la Constitución un conjunto de normas de derecho interno, se trata de una unión de Estados de derecho interno. Mientras que la confederación, al regirse por un tratado, y por ser el tratado una fuente de derecho internacional, se trata de una unión de Estados de derecho internacional, tal como afirma Jellinek (1954).

### ¿Dónde radica la soberanía en el Estado federal? ¿Y en una confederación?

En la confederación, al no nacer un Estado nuevo queda claro que la soberanía radica en cada uno de los Estados miembros o parte.

Sin embargo, en un sistema federal el planteo adquiere otra relevancia.

Tal como expresa Barbagelata (1974) se ha discutido si el Estado federal es estrictamente un Estado; en caso afirmativo, también se ha discutido si es un Estado que coexiste con los Estados miembros, y dónde radica la soberanía en el sistema federal.

En doctrina se han manejado varias soluciones, las que han sido explicadas por Barbagelata (1974):

#### A. Teoría de la cosoberanía.

En esta posición, explica el autor, el Estado federal y los Estados miembros compartirían su soberanía. En ciertos aspectos forman un todo, y en otros aspectos actúan con independencia.

Al realizarse el Pacto Federal, los Estados particulares abandonan una parte de su soberanía en beneficio del Estado federal. Como consecuencia, los Estados particulares y el Estado federal estarían en plano de igualdad, porque cada uno ejercería sus competencias. No habría una jerarquía entre ellos.

#### B. Teoría de la nulificación.

Como explica Barbagelata (1974), esta teoría fue expuesta por Calhoun en un discurso sobre la Constitución de Estados Unidos y parte de una concepción especial de los orígenes del Estado federal. Se funda en que la soberanía es un atributo esencial del Estado, y en el carácter indivisible de esta.

En un Estado compuesto por varios Estados, expresa Barbagelata (1974), la soberanía no puede pertenecer simultáneamente al Estado federal o central y a los Estados miembros, por su calidad de única e indivisible. Entonces, debe radicar en el Estado federal o en los Estados miembros, pero nunca en ambos a la vez. El autor explica que

si la soberanía radica en el Estado central se está ante un Estado unitario y si radica en los Estados miembros se está ante una confederación.

#### C. Teoría de la coparticipación.

Explica Barbagelata (1974) que esta teoría fue expuesta en Suiza por Borel y también en Francia por Lefure. En esta teoría la soberanía es una condición esencial de la existencia del Estado. Como supone la capacidad de autodeterminarse, esta posición doctrinaria sostiene que la soberanía radica en el Estado central. Ello se debería a que en el Estado central radica la posibilidad de fijarse las competencias para actuar.

#### D. Posición de Duguit.

La posición de Duguit, explicada por Barbagelata (1974), refiere al Estado como un hecho resultante del proceso social de diferenciación entre dos grupos: una diferenciación entre gobernantes y gobernados. En el Estado federal existen dos grupos de gobernantes: los del Estado central y de los Estados miembros. Explica Barbagelata (1974) sobre esta posición que la estructura del sistema federal podrá cambiar si hay una voluntad conjunta por parte de ambos grupos de gobernantes. Entonces, expresa el autor, la voluntad de los gobernantes del Estado central no puede, por sí sola, cambiar la estructura del Estado. Allí está la diferencia entre el Estado federal y el Estado unitario con régimen de descentralización territorial autónoma. En este último —dice Barbagelata (1974)— el Estado puede modificarse sin la voluntad de las entidades territoriales, mientras que en el Estado federal es necesaria la voluntad de los Estados miembros en conjunto con el Estado central.

#### E. Posición de Jellinek (1954).

Barbagelata (1974) explica la posición de Jellinek (1954) y Laband, en la cual el Estado federal es un Estado soberano formado por Estados miembros que se hallan ligados entre sí, formando una unidad política, donde solo el poder central es soberano.

#### F. Posición de Kelsen (1934).

Explica Barbagelata (1974) que desde esta posición en el sistema federal existe la Constitución federal y las Constituciones de los Estados parte. Y ambas estarían, según Kelsen, en el mismo nivel jerárquico, no existiendo supremacía de una sobre la otra. Para este autor, tanto la Constitución federal como las Constituciones de los Estados miembros constituyen «órdenes jurídicos parciales»: la Constitución federal es orden jurídico parcial en razón de materia (determinadas materias le fueron delegadas), mientras que las Constituciones de los Estados partes pertenecen al orden jurídico parcial en razón de validez territorial (normas aplicables dentro de ese territorio). Asimismo, según Kelsen (1934), habría un tercer tipo de Constitución perteneciente al «orden jurídico total», integrada por reglas exclusivas para regular la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados parte. Esas reglas se encontrarían dispersas en la Constitución federal y en las Constituciones de los Estados parte. Pero se trata para Kelsen (1934), según explica Barbagelata (1974), de reglas positivas y escritas. Entonces, uniendo todas esas reglas, tiene lugar lo que él llamó «Constitución total», que se encuentra en un plano jerárquico superior a las otras dos Constituciones. En ella radicaría para Kelsen (1934) la soberanía del sistema federal.

Kelsen (1934) sostiene que entre la Constitución federal y las Constituciones estatales se produce una relación de coordinación. Pero ambas están subordinadas a la Constitución total.

### Estado unitario

El Estado unitario se define por oposición a la unión de Estados, específicamente por oposición al sistema federal.

Este punto será desarrollado con mayor profundidad en el siguiente capítulo.

### Organizaciones internacionales mundiales y regionales

Tal como expresa Korzeniak (2008), cuando nos referimos al Mercosur, la ONU, la OEA o la Unión Europea se trata de uniones del derecho internacional, no del derecho interno. Por tanto, se rigen por tratados, no dan nacimiento a un Estado.

Y más allá del documento que da nacimiento a estas organizaciones sea una Carta, no debe interpretarse, en estos casos, como sinónimo de Constitución. Por eso se podría asimilar este tipo de organizaciones a confederaciones modernas.

Esto nos lleva a hablar del derecho comunitario, que es una rama del derecho público que ha nacido y se ha desarrollado en Europa desde la década del 50.

Correa (1995) lo define como la rama del derecho público que regula las relaciones de Estados que, por pertenecer a una unidad geográfica determinada, tienen intereses políticos y económicos comunes.

En América Latina, la mayoría de las Constituciones prevé disposiciones que favorecen la integración regional. La doctrina uruguaya se ha pronunciado en favor de la tesis que el Mercosur constituye una forma concreta de dar cumplimiento a la Constitución uruguaya (artículo 6).

La experiencia de la Unión Europea, antes Comunidad Económica Europea, generó el nacimiento del derecho comunitario, que se caracteriza por:

- a) El efecto directo de las normas del derecho comunitario, que supone la aptitud de crear directamente situaciones jurídicas subjetivas.
- b) La primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de cualquier rango.
- c) La responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la violación del derecho comunitario.

El Mercosur no es una entidad supranacional -como sí lo es la Unión Europea-, sino que se trata de una entidad internacional intergubernamental, con personería jurídica de derecho internacional. Como consecuencia, el Mercosur no crea plenamente un derecho comunitario de aplicación directa e inmediata sobre los Estados parte ni tiene un Tribunal de Justicia que resuelva los conflictos entre los Estados, sino que hasta hoy solo hay un procedimiento de Solución de Controversias que termina con un laudo arbitral. Tal como expresa Correa (1995), el Mercosur no tiene órganos comunitarios supranacionales cuyas decisiones se impongan obligatoriamente en forma directa a los Estados parte.

Si comparamos las normas internacionales y el derecho interno, Risso (2005), en concordancia con Sayagués (1988), explica que encontramos las siguientes variantes:

1. Doctrina de la transformación, según la cual el Estado cumple con los requisitos constitucionales para la elaboración de tratados, pero requiere además una decisión por parte del Estado para adoptar o incorporar la norma de carácter internacional al derecho interno.
2. Doctrina de la bivalencia, según la cual un tratado perfeccionado y elaborado siguiendo las normas constitucionales ya forma parte del derecho interno.
3. Doctrina de la constitucionalización, por la cual se otorga rango constitucional a los tratados internacionales.

En el caso de la Constitución uruguaya, los tratados tienen rango infra constitucional.

### Bibliografía básica

- Barragelata, A. (1974). Teoría del Estado. Montevideo: FCU.
- Korzeniak, J. (2008). Primer Curso de derecho público- Derecho constitucional. Montevideo: FCU.
- Risso, M. (2005). Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

- Biasco, E. (1996). Federalismo y Mercosur: adaptación de las constituciones al MERCOSUR. Montevideo: FCU.
- Biscaretti, P. (1973). Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Tecnos.
- Correa, R. (1995). La primacía del derecho comunitario sobre la Constitución de los Estados miembros. Montevideo: Adolfo Albanell Martino.
- Correa, R. (1999). La Constitución uruguaya y el Mercosur. Montevideo: Eduardo Albanell Martino, Adolfo Albanell Martino.
- Correa, R. (2005). Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un parlamento común. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Jellinek, G. (1954). Teoría General del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J. (1943). El federalista o la nueva constitución. México, DF: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1934). Teoría General del Estado. Buenos Aires.
- La Pérgola, A. (1994). Los nuevos senderos del federalismo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Luiza, P. (2000). Las constituciones nacionales y los procesos de integración económica regional. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.
- Ruiz Díaz, R. (1999). La integración y las constituciones nacionales de los Estados parte del Mercosur. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer. La estructura del Estado y sus transformaciones (1987). Seminario, Montevideo.

## Ejercicios

A. Múltiple opción: indique la opción correcta.

1. Biscaretti (1973) clasifica las uniones de Estado en:
  - a) Simples e institucionales.
  - b) Simples y cerradas.
  - c) Simples e internacionales.
  
2. Jellinek (1954) clasifica las uniones de Estado en:
  - a) Aparentes y personales.
  - b) Estados federativos en formación y confederaciones.
  - c) Aparentes y en sentido jurídico.
  
3. En la teoría de la cosoberanía:
  - a) Los Estados miembros renuncian a parte de su soberanía.
  - b) Cada Estado parte conserva plenamente su soberanía.
  - c) La soberanía radica en el Estado central.
  
4. En la teoría de Kelsen (1934) la soberanía radica:
  - a) En el Estado central.
  - b) En la Constitución total.
  - c) En la Constitución federal.
  
5. La teoría de la coparticipación supone:
  - a) El no reconocimiento de los Estados parte en sentido estricto.
  - b) La anuencia de los gobernantes de cada Estado parte y los gobernantes del Estado federal para cambiar la estructura del Estado.
  - c) Ni a) ni b) son correctas.
  
6. El régimen federativo y confederativo:
  - a) Son sinónimos.
  - b) Difieren en el marco jurídico que los regula.
  - c) En ambos regímenes la soberanía radica en cada Estado parte.

## 17. URUGUAY COMO ESTADO UNITARIO

### Marco general

Tal como expresa Korzeniak (2008), el Estado unitario se define por oposición a la unión de Estados, específicamente por oposición al sistema federal.

En el caso de Uruguay no tenemos varios estados miembros, sino varias porciones de territorio, los departamentos, con cierto grado de descentralización.

Entonces, en un Estado unitario no hay varias Constituciones como sucede en sistemas federales. En Argentina hay provincias, en Estados Unidos o México hay Estados cada uno con su propia Constitución, además de la Constitución federal.

### Características de la autonomía departamental o descentralización departamental

Explica Cagnoni (2006) que la autonomía departamental tiene sus propios caracteres:

- Califica una forma de Estado: nuestra estructura de Estado es unitaria con una fuerte descentralización.
- El territorio es elemento integrante, junto con la población, del Gobierno departamental, con atribuciones jurídicas determinadas.
- Al referir a autonomía departamental estamos aludiendo a Gobiernos que ejercen función legislativa en materia propia dentro del departamento. En cambio, no ejercen función jurisdiccional, la que queda reservada Gobierno central.
- El Gobierno departamental posee potestad tributaria y expropiatoria.

### La descentralización en Uruguay

En primer lugar debemos conceptualizar la descentralización. Descentralizar implica quitar poder del centro. Korzeniak (2008) nos indica que refiere a dos ideas: por un lado, supone un desplazamiento de competencias del Gobierno central a los órganos departamentales y, por otro lado, los órganos que adquieren estas competencias no se encuentran sometidos jerárquicamente al Gobierno central sino a determinados controles.

Al considerar la estructura del Estado y, en particular, la distribución espacial del poder dentro del territorio, vamos a referirnos particularmente a la descentralización territorial.

Distinguimos la existencia de un sistema central (Gobierno nacional) y un sistema descentralizado (Gobiernos Departamentales). La relación entre ambos es de control, lo cual se manifiesta a través de artículos como el 300, 301 y 303 de la Constitución.

Debemos diferenciar este tipo de descentralización de la descentralización por servicios.

### Distribución de competencias entre los órganos nacionales, departamentales y locales

El sistema uruguayo de descentralización territorial determina una distribución de competencias por materia entre los órganos centrales, departamentales y locales que, en parte, lleva a cabo la propia Constitución (artículos 262, 273, 275 y 288) y en parte queda librado a la ley.

La Constitución establece como principio que a cada Gobierno departamental le compete el gobierno y administración de su departamento, sin perjuicio de dos excepciones:

- Los servicios de seguridad pública<sup>41</sup>;
- Todo aquello que la Carta atribuya a órganos nacionales;
- Los cometidos que la Norma fundamental prevé que se presten a través de entes autónomos y servicios descentralizados. Cabe diferenciar la organización de los entes autónomos y servicios descentralizados de lo que será la concreción de acuerdos con ellos, tal como señala Cagnoni (2006). Los Gobiernos departamentales podrán concretar acuerdos con el Gobierno central, los entes autónomos y descentralizados. Pero esta facultad alude expresamente a los acuerdos o convenios (artículo 262), no a la posibilidad de que un Gobierno departamental organice, por ejemplo, un ente autónomo o servicio descentralizado a nivel departamental;
- La materia reservada por la Constitución a la ley.

Pero la Constitución no termina de hacer el deslinde sino que remite para ello a la ley nacional.

En la materia departamental está involucrado el interés departamental, lo que no es fácil de determinar porque sobre un mismo asunto puede existir tanto interés nacional como departamental. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido va variando según el tiempo y las circunstancias.

De todos modos pueden delinearse determinados principios:

- La ley nacional no tiene mayor jerarquía que la ley departamental;
- La ley nacional y la departamental tienen distintos ámbito de competencia;
- No se puede regular por ley departamental lo que la Constitución atribuye a la ley nacional ni a la inversa;
- Una ley nacional que invada el ámbito de competencia departamental, no solo no tendrá superioridad alguna, sino que resultará radicalmente contraria a la Constitución y será lesiva de la autonomía del departamento;
- Aquellas antinomias que se plantean cuando la Constitución no ha hecho reserva ni a la ley nacional, ni a la ley departamental, se resolverán por aplicación del principio de la primacía de la norma nacional.

---

<sup>41</sup> No existe policía departamental. Las Jefaturas de Policía en los departamentos son órganos dependientes del Estado Central (Ministerio del Interior). Lo señalado justifica lo previsto por el artículo 306 de la Constitución.

La definición entre toda antinomia entre la ley nacional y la departamental –en cuanto resuelve la desaplicación de un acto legislativo- necesita la previa declaración de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia.

También se puede reeditar en el ámbito departamental la clasificación de cometidos analizada en el ámbito nacional.

Serán cometidos esenciales: la policía de edificación, de tránsito en caminos no nacionales, actividad financiera. Serán servicios públicos: el alumbrado, el transporte colectivo local en líneas regulares, la recolección de residuos, la inhumación de cadáveres. Constituirán cometidos sociales: la prestación de servicios de bibliotecas, museos, espectáculos públicos. Configurarán actividad privada: explotación de hoteles, casinos.

En cuanto a la materia local o municipal, la Constitución no brinda una definición pero lo que está en juego es el interés municipal o local.

Conforme la Carta, es la ley nacional la que delimita la materia departamental y la municipal o local, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 288 de la Constitución.

La materia departamental es ejercida por los órganos departamentales (Junta Departamental e Intendencia) y la municipal por las autoridades locales.

### Evolución histórica

Siguiendo a Cagnoni (2006) cabe recordar que la autonomía departamental ha variado en su alcance a lo largo de la historia constitucional.

En 1830, nuestro Estado era centralizado.

Con la Constitución de 1918 surge la descentralización y la potestad tributaria a nivel departamental.

Dado los problemas que la superposición tributaria trajo, en la Constitución de 1934 la autonomía departamental, particularmente en lo que refiere a la potestad tributaria, fue restringida.

La misma posición se mantuvo en la Constitución de 1942.

Recién en la reforma de 1952 se restableció la amplia potestad tributaria departamental.

La Constitución de 1967, básicamente, vuelve a remitir a la organización prevista en las Constituciones de 1934 y 1942.

### Organización del Gobierno departamental: Junta Departamental e Intendencia

La Junta Departamental es un órgano pluripersonal que se compone de 31 miembros (ediles) y de acuerdo con el artículo 273 de la Carta tiene funciones legislativa y de control (previstas en los artículos 284 a 286).

El órgano jerarca Intendencia es un órgano unipersonal (constituido por un solo cargo: intendente). Conforme al artículo 268 de la Constitución el intendente es elegido con 4 suplentes. Surge del citado artículo que una vez agotados los suplentes, si la vacancia es temporal, asumirá el presidente de la Junta Departamental. En tanto, si la vacancia es definitiva, la propia Junta Departamental nombrará al nuevo Intendente. Sus

funciones son las de gobierno y administración del departamento (artículos 274 y 275 de la Constitución).

Otro órgano reconocido constitucionalmente es el Congreso de Intendentes. Como señala Cagnoni (2006), es recogido en el inciso final del artículo 262 de la Constitución.

El origen histórico de este órgano nos remite a la década del 40, donde los Intendentes se reunían informalmente a los efectos de encontrar soluciones comunes a problemas comunes. Sus cometidos derivan del propio inciso final del artículo 262 y del literal b) del artículo 230 de la Carta.

Las autoridades locales son reconocidas en los artículos 287 y 288 de la Constitución.

La materia local alcanza a zonas geográficas de menor extensión que la zona departamental.

Según el artículo 287 de la Constitución, las autoridades locales pueden ser unipersonales o pluripersonales.

Las autoridades pluripersonales son denominadas por la Constitución: Juntas Locales.

Conforme el artículo 262 de la Constitución, las Juntas Departamentales, a propuesta del Intendente (numeral 9 del artículo 273), pueden crear Juntas Locales.

El Intendente es quien designa a los miembros de las Juntas Locales con anuencia de la Junta Departamental (numeral 8 del artículo 275 de la Constitución).

Por su parte, el artículo 288 de la Constitución establece:

«La ley nacional determinará las condiciones para la creación de las Juntas Locales y sus atribuciones, pudiendo, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara y por iniciativa del respectivo Gobierno departamental, ampliar las facultades de gestión de aquellas, en las poblaciones que, sin ser capital de departamento, cuenten con más de diez mil habitantes u ofrezcan interés nacional para el desarrollo del turismo. Podrá también, llenando los mismos requisitos, declarar electivas por el Cuerpo Electoral respectivo las Juntas Locales Autónomas».

Las denominadas Juntas Locales Autónomas, conforme surge de la disposición citada, son aquellas Juntas que adquieren, por vía legislativa, determinadas facultades de gestión ampliadas, y obtienen un grado de desconcentración que roza la descentralización.

En cuanto a su competencia, ninguna de las que sean constitucionalmente atribuidas a la Intendencia o a la Junta Departamental podrán ser transferida por ley a otro órgano.

Es decir, las Juntas Locales Autónomas tendrán y ejercerán su autonomía dentro de este límite.

Las Juntas Locales Autónomas podrán ser electivas o no electivas.

Esta temática ha sido desarrollada a nivel legislativo por la Ley Nº 18.567 modificativas y complementarias.

## Límites a la autonomía departamental

Respecto a los controles que limitan la autonomía departamental, Cagnoni (2006) señala que el Tribunal de Cuentas interviene preventivamente en el presupuesto, en la obtención de recursos extraordinarios, en la inversión de superávit de la gestión, etc. Asimismo, manifiesta que la Corte Electoral es juez de las elecciones y de los actos de referéndum.

El autor expresa también que la Suprema Corte de Justicia controla la constitucionalidad de los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (artículo 260 de la Constitución).

Los tribunales y jueces competentes pueden declarar la responsabilidad de los Gobiernos departamentales en aplicación del artículo 24 de la Carta o condenar a reparar a consecuencia de un acto administrativo de sus órganos declarado nulo por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 312 de la Constitución).

También ya hemos referido a otros controles específicos de la actividad departamental: artículos 300, 301 y 303 de la Constitución.

Cagnoni (2006) refiere, también, a la hipótesis de contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos departamentales, los entes autónomos y los servicios descentralizados; en las suscitadas entre uno y otro de estos órganos, así como en las que se produzcan entre los miembros de las Juntas Departamentales; siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano, respecto de las que entenderá el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Si la contienda se fundara en la Constitución, entenderá la Suprema Corte de Justicia.

Por último, cabe señalar que también existe un mecanismo para la defensa de la autonomía departamental, esto es, para que otros órganos no invadan lo que es propio del departamento (artículo 283 de la Constitución).

### Bibliografía básica

Cagnoni, J. A. (2006). El derecho constitucional uruguayo. Montevideo.

Cassinelli, H. (1999). Derecho público. Montevideo: FCU.

Korzeniak, J. (2008). Primer Curso de Derecho Público- Derecho constitucional. Montevideo: FCU.

### Bibliografía recomendada

Correa, R. (2013). Estudios de derecho público. Montevideo: UDE, Grupo Editores Magro.

Gutiérrez, F. (2012). Manual jurídico sobre los gobiernos departamentales: estructura, organización, funcionamiento. Montevideo: FCU.

Veneziano, A. (2013). La reforma de Estado que implica la descentralización, en Leal, J. (comp.) Transformaciones recientes y desafíos para el desarrollo regional. Montevideo: Universidad de la República - Regional Norte, Leal, CSIC.

## Ejercicio

### Cuestionario

1. ¿Cuáles son los órganos representativos de los Gobiernos Departamentales? Explique sus características principales.
2. ¿En qué se diferencian las Juntas Locales Comunes y las Autónomas?
3. Explique qué controles específicos se prevén para la actividad departamental.
4. Analice la constitucionalidad de la Ley 18.567 y disposiciones modificativas y complementarias, de las que se transcribe el texto en la versión actualizada del IMPO ([www.impo.com.uy](http://www.impo.com.uy)).

Ley 18.567, modificativas y complementarias.

### CAPITULO I - DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

#### Artículo 1

De acuerdo con lo previsto por los artículos 262, 287 y disposición transitoria Y) de la Constitución de la República, habrá una autoridad local que se denominará Municipio, configurando un tercer nivel de Gobierno y de Administración.

Cada Municipio tendrá una población de al menos dos mil habitantes y su circunscripción territorial urbana y suburbana deberá conformar una unidad, con personalidad social y cultural, con intereses comunes que justifiquen la existencia de estructuras políticas representativas y que faciliten la participación ciudadana.

Podrá haber un Municipio en aquellas poblaciones que no alcancen el mínimo de habitantes requeridos por el presente artículo, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente. Para la constitución de Municipios dentro de las capitales departamentales se requerirá iniciativa del Intendente y aprobación de la Junta Departamental en concordancia con lo establecido por el inciso segundo del artículo 262 de la Constitución de la República.

#### Artículo 2

La Junta Departamental, a propuesta del Intendente, definirá la nómina de las localidades que cumplan con las condiciones establecidas para la creación de Municipios y sus respectivos límites territoriales, éstos podrán contener más de una circunscripción electoral, respetándose las ya existentes (Letra Y) de las Disposiciones Transitorias y Especiales de la Constitución de la República).

#### Artículo 3

Son principios cardinales del sistema de descentralización local:

- 1) La preservación de la unidad departamental territorial y política.
- 2) La prestación eficiente de los servicios estatales tendientes a acercar la gestión del Estado a todos los habitantes.
- 3) La gradualidad de la transferencia de atribuciones, poderes jurídicos y recursos hacia los Municipios en el marco del proceso de descentralización.

- 4) La participación de la ciudadanía.
- 5) La electividad y la representación proporcional integral.
- 6) La cooperación entre los Municipios para la gestión de determinados servicios públicos o actividades municipales en condiciones más ventajosas.

#### Artículo 4

Los acuerdos previstos en el artículo 262 de la Constitución de la República, entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Departamentales, podrán incluir la radicación de servicios y actividades del Estado para su ejecución por los Municipios.

#### Artículo 5

Los Municipios instrumentarán la participación activa de la sociedad en las cuestiones del Gobierno local.

Cada Municipio creará los ámbitos necesarios y los mecanismos adecuados, dependiendo de la temática y de los niveles organizativos de la sociedad, para que la población participe de la información, consulta, iniciativa y control de los asuntos de su competencia.

Con el porcentaje establecido en el artículo 16 de la presente ley podrá entablarse el derecho de iniciativa ante el Municipio, en caso de que estos ámbitos no sean establecidos. Pasados sesenta días sin que éste se pronuncie, podrá presentarse dicha iniciativa ante la Junta Departamental.

El no pronunciamiento de ésta en un plazo de noventa días se considerará como denegatoria.

### CAPITULO II - DE LA MATERIA DEPARTAMENTAL Y LOCAL (O MUNICIPAL)

#### Artículo 6

La materia departamental estará constituida por:

- 1) Los cometidos que la Constitución de la República y las leyes asignen a los Gobiernos Departamentales.
- 2) Los asuntos que emerjan de acuerdos entre el Gobierno Nacional y el Departamental.
- 3) La protección del ambiente y el desarrollo sustentable de los recursos naturales dentro de su jurisdicción, sin perjuicio de las competencias de las autoridades nacionales en la materia".\*

\* Numeral 3) redacción dada por Ley 19.149. Ver vigencia de la Ley citada.

#### Artículo 7

La materia municipal estará constituida por:

- 1) Los cometidos que la Constitución de la República y la ley determinen.
- 2) Los asuntos que le son propios dentro de su circunscripción territorial.
- 3) Los asuntos que, referidos a cuestiones locales, el Poder Ejecutivo, por intermedio del respectivo Gobierno departamental, acuerde asignar a los Municipios.

- 4) Los asuntos que resulten de acuerdos que puedan concretarse entre más de un Municipio del mismo departamento, con autorización del Intendente.
- 5) Los asuntos que resulten de acuerdos entre los Gobiernos Departamentales que puedan ejecutarse entre Municipios de más de un departamento.
- 6) Los asuntos que el respectivo Gobierno departamental asigne a los Municipios.

#### Artículo 8

En aquellas zonas del territorio donde no exista Municipio, las competencias municipales serán ejercidas por el Gobierno departamental.

### CAPITULO III - INTEGRACION

#### Artículo 9

Los Municipios serán órganos integrados por cinco miembros y sus cargos serán de carácter electivo.

Serán distribuidos por el sistema de representación proporcional integral y su régimen de suplencias será el mismo que el de las Juntas Departamentales.

#### Artículo 10

Para ser miembro del Municipio se requerirá dieciocho años cumplidos de edad, ciudadanía natural o legal con tres años de ejercicio y estar radicado dentro de los límites territoriales de aquél, desde, por lo menos, tres años antes.

No podrán integrarlos los miembros de la Junta Departamental ni los Intendentes.

Los Alcaldes estarán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades e inhabilidades que los Intendentes.

Los Concejales estarán sometidos al mismo régimen de incompatibilidades e inhabilidades que los integrantes de las Juntas Departamentales y de las Juntas Locales\*.

\* Redacción dada por el artículo 1 de la Ley 18.665.

#### Artículo 11

El primer titular de la lista más votada del lema más votado dentro de la respectiva circunscripción territorial se denominará Alcalde y presidirá el Municipio\*.

Los restantes miembros se denominarán Concejales y serán de carácter honorario.

En caso de ausencia temporal o definitiva, el Alcalde será sustituido en sus funciones por el titular electo que le siga en la misma lista o, en su defecto, por el primer titular de la segunda lista más votada del lema más votado en la circunscripción.

\* Ver Ley 18.659, artículo 1 (interpretativo).

### CAPITULO IV - DE LAS ATRIBUCIONES Y COMETIDOS DEL MUNICIPIO Y SUS INTEGRANTES

#### Artículo 12

Son atribuciones de los Municipios:

- 1) Cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, las leyes, los decretos y demás normas departamentales.
- 2) Supervisar las oficinas de su dependencia y ejercer la potestad disciplinaria sobre sus funcionarios en el marco de la política de recursos humanos y de las disposiciones vigentes establecidas por el respectivo Gobierno departamental.
- 3) Ordenar gastos o inversiones de conformidad con lo establecido en el presupuesto quinquenal o en las respectivas modificaciones presupuestales y en el respectivo plan financiero, así como en las disposiciones vigentes.
- 4) Administrar eficaz y eficientemente los recursos financieros y humanos a su cargo para la ejecución de sus cometidos.
- 5) Designar representantes del Municipio en actividades de coordinación y promoción del desarrollo regional.
- 6) Promover la capacitación y adiestramiento de sus funcionarios para el mejor cumplimiento de sus cometidos.
- 7) Aplicar las multas por transgresiones a los decretos departamentales cuyo contralor se les asigne.
- 8) Velar por el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los habitantes.
- 9) Las demás atribuciones que les asigne el Intendente.
- 10) Requerir el auxilio de la fuerza pública siempre que resulte necesario para el cumplimiento de sus funciones.

#### Artículo 13

Son cometidos de los Municipios:

- 1) Dictar las resoluciones que correspondan al cabal cumplimiento de sus cometidos.
- 2) Elaborar anteproyectos de decretos y resoluciones, los que serán propuestos al Intendente para su consideración a los efectos de que, si correspondiera, ejerza su iniciativa ante la Junta Departamental.
- 3) Colaborar en la realización y mantenimiento de obras públicas que se realicen en su jurisdicción.
- 4) Elaborar programas zonales y adoptar las medidas preventivas que estime necesarias en materia de salud e higiene, protección del ambiente, todo ello sin perjuicio de las competencias de las autoridades nacionales y departamentales, según las normas vigentes en la materia.
- 5) Adoptar las medidas tendientes a conservar y mejorar los bienes y edificaciones, especialmente aquellos que tengan valor histórico o artístico.
- 6) Atender lo relativo a la vialidad y el tránsito, el mantenimiento de espacios públicos, alumbrado público y pluviales, sin perjuicio de las potestades de las autoridades departamentales al respecto.
- 7) Atender los servicios de necrópolis y de recolección y disposición final de residuos, que les sean asignados por la Intendencia Departamental.
- 8) Colaborar en la vigilancia de la percepción de las rentas departamentales.

- 9) Colaborar con las autoridades departamentales dentro de las directrices que éstas establezcan en materia de ferias y mercados, proponiendo su mejor ubicación de acuerdo con las necesidades y características de sus zonas, cooperando asimismo en su vigilancia y fiscalización.
- 10) Colaborar con los demás organismos públicos en el cumplimiento de tareas y servicios que les sean comunes o que resulten de especial interés para la zona, promoviendo la mejora de la gestión de los mismos.
- 11) Adoptar las medidas que estimen convenientes para el desarrollo de la ganadería, la industria y el turismo, en coordinación con el Gobierno departamental, y sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades nacionales y departamentales en la materia.
- 12) Formular y ejecutar programas sociales y culturales dentro de su jurisdicción, estimulando el desarrollo de actividades culturales locales.
- 13) Emitir opinión sobre las consultas que, a través del Gobierno departamental, les formule el Poder Ejecutivo en materia de proyectos de desarrollo local.
- 14) Colaborar en la gestión de los proyectos referidos en el numeral anterior cuando así se haya acordado entre el Gobierno departamental y el Poder Ejecutivo y exista interés así como capacidad suficiente para el cumplimiento de la actividad por el Municipio.
- 15) Adoptar las medidas urgentes necesarias en el marco de sus facultades, coordinando y colaborando con las autoridades nacionales respectivas, en caso de accidentes, incendios, inundaciones y demás catástrofes naturales comunicándolas de inmediato al Intendente, estando a lo que éste disponga.
- 16) Colaborar en la gestión de políticas públicas nacionales cuando así se haya acordado entre el Gobierno departamental y el Poder Ejecutivo.
- 17) Crear ámbitos de participación social.
- 18) Rendir cuenta anualmente ante el Gobierno departamental de la aplicación de los recursos que hubiera recibido para la gestión municipal o para el cumplimiento de funciones que se hubieran expresamente delegado en la autoridad municipal.
- 19) Presentar anualmente ante los habitantes del Municipio, en régimen de Audiencia Pública, un informe sobre la gestión desarrollada en el marco de los compromisos asumidos, y los planes futuros.

#### Artículo 14

Son atribuciones del Alcalde:

- 1) Presidir las sesiones del Municipio y resolver por doble voto las decisiones en caso de empate entre sus integrantes.
- 2) Dirigir la actividad administrativa del Municipio.
- 3) Ejercer la representación del Municipio, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 12 de la presente ley.
- 4) Proponer al Municipio planes y programas de desarrollo local que estime convenientes para su mejor desarrollo.

5) Ordenar los pagos municipales de conformidad con lo establecido en el presupuesto quinquenal o en las respectivas modificaciones presupuestales y en el respectivo plan financiero, así como en las disposiciones vigentes.

6) Adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de los cometidos municipales, pudiendo, asimismo, disponer del personal, recursos materiales y financieros para cumplir con los servicios municipales esenciales vinculados a seguridad e higiene. También podrá disponer de esas medidas y de esos recursos en caso de urgencia, dando cuenta en este caso al Municipio en la primera sesión y estando a lo que éste resuelva.

#### Artículo 15

Son atribuciones de los Concejales:

- 1) Participar en las sesiones del Municipio y emitir su voto a fin de adoptar las decisiones del órgano por la mayoría simple de sus integrantes.
- 2) Ejercer el contralor sobre el ejercicio de las atribuciones del Alcalde.
- 3) Representar al Municipio cuando éste así lo disponga.
- 4) Proponer al Cuerpo planes y programas de desarrollo local que estime convenientes para su mejor desarrollo, sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades nacionales y departamentales en la materia.
- 5) Colaborar con el Alcalde para el normal desempeño de los cometidos municipales.
- 6) Ejercer las atribuciones previstas en el numeral 10) del artículo 12 de la presente ley.

#### CAPITULO V - DE LA INICIATIVA Y EL CONTROL

#### Artículo 16

El 15% (quince por ciento) de los ciudadanos inscriptos en una localidad o circunscripción tendrá el derecho de iniciativa ante el Gobierno departamental en los asuntos de su competencia, incluida la iniciativa para constituirse en Municipio.

En este caso la Junta Departamental, a iniciativa del Intendente, podrá disponer la creación del Municipio respectivo, aunque se trate de una población de menos de 2.000 habitantes.

#### Artículo 17

Los actos administrativos generales y los particulares de los Municipios admitirán los recursos de reposición y, conjunta y subsidiariamente el de apelación, ante el Intendente.

Serán de aplicación los plazos establecidos en el artículo 317 de la Constitución de la República.

#### Artículo 18

La Junta Departamental tendrá sobre los Municipios los mismos controles que ejerce sobre la Intendencia Municipal.

Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 296 de la Constitución de la República.

## CAPITULO VI - DE LOS RECURSOS

### Artículo 19

La gestión de los Municipios se financiará:

- 1) Con los fondos que les destinen los Gobiernos Departamentales.
- 2) Con los recursos que les asigne el Presupuesto Nacional en el Fondo de Incentivo para la Gestión de los Municipios, que se creará a dicho efecto a partir de fondos que no afecten los que actualmente se destinan a los Gobiernos Departamentales, se tendrán en cuenta criterios de equidad e indicadores de gestión, además del mantenimiento de la relación entre número de funcionarios y población, en el período inmediatamente anterior.

### Artículo 20

El Gobierno departamental proveerá los recursos humanos y materiales necesarios a los Municipios, a los efectos de que éstos puedan cumplir con sus atribuciones, en el marco del presupuesto quinquenal y las modificaciones presupuestales aprobadas por la Junta Departamental.

### Artículo 21

El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento del Congreso de Intendentes, propondrá las normas legales que estime necesarias para determinar adecuadamente el gasto público en políticas sociales de los Gobiernos Departamentales. Dicho gasto deberá ser considerado en la forma de distribución de recursos que determina el literal C) del artículo 214 de la Constitución de la República.

## CAPITULO VII - DISPOSICIONES ESPECIALES

### Artículo 22

Las Juntas Locales Autónomas Electivas de San Carlos, de Bella Unión y de Río Branco, con sus actuales jurisdicciones, se convertirán en Municipios, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, manteniendo, además de las facultades de gestión en ésta previstas, las establecidas en las Leyes Nº 16.569, de 5 de setiembre de 1994, Nº 16.494, de 14 de junio de 1994, y Nº 12.809, de 15 de diciembre de 1960, respectivamente.

## CAPITULO VIII - DISPOSICIONES TRANSITORIAS

### Artículo 23 \*

\* Derogado por: el artículo 2 de la Ley 18.644.

### Artículo 24

En todas las poblaciones de más de 5.000 habitantes se instalarán estos Municipios a partir del año 2010. Las restantes que estén comprendidas en el inciso segundo del artículo 1° de esta ley, lo harán a partir del año 2015. En los departamentos donde existan menos de dos Municipios electivos en el año 2010, se incluirán las localidades inmediatamente siguientes en orden decreciente -de acuerdo con su cantidad de población- hasta completar la cifra de dos por departamento, sin incluir la capital departamental. Dichas localidades deberán cumplir los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 1° de la presente ley\*.

\* Redacción dada por el artículo 3 de la Ley 18.644.

#### Artículo 25

Los Gobiernos Departamentales deberán dar cumplimiento al procedimiento previsto en el artículo 2° de la presente ley, antes del 15 de febrero de 2010 a los efectos de la determinación de los Municipios a elegirse en el año 2010, y antes del 31 de marzo de 2013 para los electos en el año 2015.

En caso de incumplimiento total o parcial, vencidos dichos plazos el Poder Ejecutivo elaborará la nómina correspondiente teniendo en cuenta los datos de población que suministrará el Instituto Nacional de Estadística y la remitirá a la Asamblea General para su aprobación.

Cumplidos treinta días, la misma se tendrá por aprobada \*.

\* Redacción dada por el artículo 4 de la Ley N 18.644.

#### Artículo 26

Las listas de candidatos para los Municipios figurarán en hojas de votación separadas de las listas de candidatos para los cargos departamentales \*.

\* Agregado por el artículo 5 de la Ley 18.644.

#### Artículo 27

La Corte Electoral reglamentará la presente ley en todo lo atinente a los actos y procedimientos electorales referentes a las elecciones de los Municipios \*.

\* Agregado por el artículo 6 de la Ley 18.644.

#### Artículo 28

Los Concejales en ejercicio de la titularidad gozarán de los mismos beneficios que otorga el artículo 673 de la Ley N° 14.106, de 14 de marzo de 1973, a quienes, siendo funcionarios públicos, integran las Juntas Departamentales, Juntas Locales y Juntas Electorales \*.

\* Agregado por el artículo 2 por la Ley 18.665.