

Martín Risso Ferrand (Uruguay)*

¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia versus aristocracia con toga

RESUMEN

El autor retoma una pregunta que tiene más de doscientos años de formulada, pero que aún no ha recibido una respuesta definitiva. Se repasan las respuestas recibidas ante la pregunta formulada en el título y se señalan los elementos contemporáneos que hacen más difícil la cuestión. Se exploran críticamente las distintas tensiones con la justicia: justicia versus poderes políticos, justicia versus cuerpo electoral, justicia internacional versus órganos internos. Se incluyen perspectivas no jurídicas, como la política, diferenciando la visión del tema desde la democracia y desde la democracia populista, lo que pone de manifiesto otra interrogante: ¿qué es la democracia en nuestros días? En definitiva, se hace necesario definir cuál es el equilibrio entre la voluntad popular (expresada por las mayorías, directamente a través de los institutos de gobierno directo o a través de sus representantes) y los órganos de contralor contramayoritario (sea el Poder Judicial u órganos ajenos a dicho poder, como los tribunales constitucionales); equilibrio difícil de encontrar.

Palabras clave: sistema contramayoritario, Constitución política, derecho comparado, ordenamiento jurídico nacional, protección de los derechos fundamentales, control de constitucionalidad, Uruguay.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Autor greift eine Frage auf, die vor über zweihundert Jahren gestellt wurde, bisher jedoch noch keine endgültige Antwort erhalten hat. Die bislang auf die Frage im Titel gegebenen Antworten werden überprüft und es wird auf aktuellen Elemente hingewiesen, die eine Beantwortung zusätzlich erschweren. Die einzelnen Aspekte des Spannungsverhältnisses mit der Justiz werden einer kritischen Prüfung unterzogen: Justiz gegen politische Gewalten, Justiz gegen Wählerschaft, internationale Justiz gegen nationale

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. <mrisso@ucu.edu.uy>

Rechtsprechungsgorgane. Dabei werden nicht-juristische Perspektiven wie etwa die politische mit einbezogen; die Betrachtung des Themas unterscheidet damit zwischen der demokratischen und der populistisch-demokratischen Sichtweise, womit sich eine weitere Frage stellt: Was ist heutzutage unter Demokratie zu verstehen? Letzten Endes ist es notwendig, das Gleichgewicht zwischen dem (von der Mehrheit unmittelbar mit Hilfe der mit der Regierung beauftragten Institutionen oder ihrer Vertreter zum Ausdruck gebrachten) Volkswillen und den nicht dem Mehrheitswillen untergeordneten Kontrollorganen (wie die Justiz oder nicht zu ihr gehörende Organe wie etwa die Verfassungsgerichte) zu definieren - ein nur schwer zu erreichendes Gleichgewicht.

Schlagwörter: Mehrheitsunabhängiges System, Staatsverfassung, vergleichende Rechtswissenschaft, nationale Rechtsordnung, Grundrechtsschutz, Normenkontrolle, Uruguay.

ABSTRACT

The author revisits a question that has persisted for over two hundred years and has yet to be solved. There is an overview of several answers posited to the title question, as well as of the contemporary elements that further complicate the matter. Different tensions with justice are herein explored: justice vs. political powers, justice vs. electorate, international justice vs. internal government agencies. Non-legal perspectives such as politics are also included, in order to distinguish the approach from the perspective of democracy and the one from populist democracy, which leads to another question: what is democracy nowadays? It is undoubtedly necessary to define where the balance lies between the people's will (expressed by majorities directly through the institutions of direct government or through their representatives) and the counter-majority control agencies (be it the Judicial power or external entities such as constitutional courts), a balance that is hard to achieve.

Keywords: counter-majority system, political constitution, comparative law, national legal system, protection of fundamental rights, constitutional control, Uruguay.

1. Introducción

La relación entre la justicia, los poderes políticos (entendiendo por tales en este trabajo al Ejecutivo y al Legislativo) y el pueblo (cuerpo electoral) siempre ha sido problemática y polémica. ¿Quién tiene la palabra final a los efectos de la interpretación de la Constitución? ¿Quién es el mejor defensor de los derechos humanos? ¿El pueblo, los poderes políticos o las autoridades jurisdiccionales?

El 22 de diciembre de 1792 se preguntaba James Madison quién es el mejor custodio de las libertades del pueblo, y daba dos posibles respuestas, extremas, a la interrogante: a) Para un republicano la respuesta será *el pueblo mismo. La confianza sagrada no puede estar en ningún lugar más segura que en las manos de quienes tienen interés en preservarla.* b) Para un antirrepublicano la respuesta será: *el pueblo es estúpido, desconfiado, indisciplinado. No puede confiar con seguridad en sí mismo. Una vez que ha establecido un*

*gobierno no debería preocuparse en nada más que en la obediencia, dejando el cuidado de sus libertades a sus gobernantes, que son más sabios.*¹

Por supuesto que las anteriores son respuestas extremas y sin matizaciones, pero sirve para ir descubriendo el problema.

2. El caso uruguayo

En Uruguay esta cuestión se presentó en toda su extensión en los últimos veinticinco años. Para comprenderla debe tenerse presente lo siguiente:

- a. La salida de la dictadura militar (1973-1985) no fue sencilla, y entre sus temas polémicos se encuentra la ley 15.848, del 22 de diciembre de 1986, comúnmente llamada *Ley de Caducidad*, que estableció:

Artículo 1°.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

- b. Pese a ser un tema que ha generado discusiones, creo que en términos prácticos el artículo transcrito vino a ser una amnistía con una redacción peculiar. Razones políticas llevaron a algunos sectores del Partido Nacional a no aceptar una amnistía lisa y llana y se buscó esta fórmula. La posición de este partido fue que la amnistía había sido acordada por el Partido Colorado y el Frente Amplio con los representantes de la dictadura en las llamadas negociaciones (y acuerdo) del Club Naval, en las que el Partido Nacional no había participado. Con esta redacción se quiso aclarar y compartir la responsabilidad con el Frente Amplio.
- c. La Constitución uruguaya prevé el referéndum contra las leyes como un recurso promovido, dentro del año de la promulgación de la ley, por una porción del cuerpo electoral (25% de los habilitados para votar); en caso de obtener las mayorías requeridas, se convoca al cuerpo electoral a que, en un procedimiento con las garantías del sufragio, se pronuncie a favor o en contra de la ley, estándose a lo que resuelva la mayoría (artículo 79 de la Constitución).
- d. Grupos políticos, sindicales y ONG interpusieron el referido recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad y se convocó al cuerpo electoral para que se pronunciara mediante voto secreto. El resultado fue contrario al recurso, por lo que indirecta o tácitamente el cuerpo electoral confirmó la ley.

¹ Publicado en *National Gazette* y citado por Larry D. Kramer en *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011.

- e. La Suprema Corte de Justicia, único órgano competente conforme la Constitución uruguaya para pronunciarse sobre demandas de inconstitucionalidad de las leyes, por sentencia del 2 de mayo de 1988 se pronunció por primera vez sobre el tema, rechazando la pretensión de inconstitucionalidad y concluyendo que la norma legal era ajustada a la Carta. La decisión se tomó por mayoría, tres votos contra dos.
- f. La Constitución uruguaya prevé, en su artículo 331, cuatro procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales puede ser promovido por el 10% de los ciudadanos habilitados a votar y se resuelve mediante *plebiscito* (con este nombre se denomina en la Carta nacional al referéndum constitutivo).
- g. En 2009 se sometió a la ciudadanía un proyecto de reforma constitucional que declaraba la inconstitucionalidad e inexistencia de la Ley de Caducidad. El cuerpo electoral se pronunció en contra de la propuesta en octubre de 2009. O sea, en forma implícita o tácita, por segunda vez, el cuerpo electoral sostuvo la Ley de Caducidad.
- h. El acto plebiscitario de 2009 tiene gran importancia para la consideración del tema, ya que, cuando el cuerpo electoral rechazó el recurso de referéndum en los años ochenta, muchos sostuvieron que no había sido un pronunciamiento libre sino que la gente estaba presionada por la posibilidad de un nuevo golpe de Estado militar o por la posibilidad de enfrentamientos muy serios. Luego, en 2009, nadie puede sostener esto, por lo que el pronunciamiento es totalmente legítimo.
- i. El 17 de octubre de 2009, la Suprema Corte de Justicia dictó una nueva sentencia sobre la Ley de Caducidad, pero en esta ocasión cambió su jurisprudencia anterior y declaró, por unanimidad de sus miembros, la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la referida norma. Esta jurisprudencia fue confirmada en pronunciamientos posteriores.
- j. Por último, en febrero de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que la Ley de Caducidad es nula (contraria a la Convención Americana) y no tiene ningún efecto, ordenó que el Estado elimine todos los obstáculos que impidan o hayan impedido o dificultado la investigación de los hechos comprendidos en la mencionada ley y, si correspondiera, se proceda a la aplicación de las sanciones penales a los responsables criminalmente de dichos hechos.

Como era de esperar lo anterior ha generado una cierta polémica, aunque ahora parece haber bajado su intensidad, en cuanto a qué prima: el (o los) pronunciamientos populares, los poderes políticos o los pronunciamientos judiciales.

3. Encare del tema

El tema es de una gran amplitud y es evidente que sus diversos componentes darían para estudios extraordinariamente extensos, incompatibles con los objetivos de esta publicación. Por ello procederé a analizar el tema de la siguiente forma:

- a. como una discusión histórica, teórica y con un enfoque axiológico (qué debería decir la Constitución);
- b. con un enfoque más estricto, que apunte a descubrir lo que cada Constitución establece;

- c. con una perspectiva que comprenda el problema desde el principio de separación de poderes en un sentido moderno;
- d. con una visión que distinga en las variantes de gobiernos democráticos que pueden existir en nuestros días y parta de la defensa de los derechos humanos, y
- e. por último, procuraré resolver algunas cuestiones puntuales y establecer algunas conclusiones generales y otras particulares para la situación de la Ley de Caducidad.

4. Análisis histórico, teórico y axiológico

4.1. Planteo del problema

Los orígenes de los sistemas democráticos modernos se encuentran incuestionablemente en tres procesos revolucionarios y en las culturas políticas y jurídicas previas, concomitantes y posteriores a ellos. Las revoluciones inglesa, estadounidense y francesa.

Desde el origen apareció una diferencia clara entre América y Europa. En Europa, con los revolucionarios enfrentados al rey (el tirano) y sus allegados (ministros y jueces), se perfiló un sistema basado en: a) la sobrevaloración del Parlamento y de la ley, y b) la desconfianza en los jueces. La legitimidad democrática del Parlamento, el respeto de las mayorías y de la ley fueron centrales. En América, en un contexto distinto, en que los revolucionarios estadounidenses se sentían principalmente oprimidos por el Parlamento inglés y no había desconfianza hacia los jueces, se hizo más hincapié en los controles contramayoritarios, en cómo defender los derechos de los individuos aun frente a las mayorías legislativas.

Ambos sistemas tienen diferencias históricas importantes: 1) el Parlamento goza de máxima importancia en Europa (soberanía parlamentaria inglesa y la ley como expresión de la “voluntad general” en Francia), mientras que Estados Unidos tiene un sistema de separación de poderes equilibrado, y 2) desde 1803 se admite en Estados Unidos que un juez pueda no aplicar una ley que considera inconstitucional en un caso concreto, mientras que recién en el año 2008 Francia admitió, en parte, el control de constitucionalidad sobre leyes perfectas. La diferencia temporal es elocuente: dos siglos y cinco años.

Los dos sistemas evolucionaron y se aproximaron, y hoy parece muy clara la aceptación de que una de las claves de los sistemas democráticos modernos reposa, por un lado, en un apropiado equilibrio entre el respeto de las mayorías, de los órganos con legitimidad democrática, y, por otro, en la existencia de un adecuado sistema de control sobre dichas mayorías.

Pero la cuestión no debe ni puede plantearse en términos tan simples porque, como suele ocurrir, la realidad es mucho más compleja.

Históricamente, en los Estados Unidos el tema no fue claramente comprendido ni resuelto. La Constitución federal nada dijo al respecto, aunque la cuestión era claramente percibida, como surge de las expresiones clásicas de Hamilton.²

² Hamilton, Madison y Jay, *The Federalist papers* (Introduction and notes by Charles R. KESLER), Nueva York: A. Signet Classic, 1999.

Sin perjuicio de una opinión personal del juez James Iredell en la Corte Suprema en 1780,³ fue en 1803, con el pronunciamiento judicial en el caso *Marbury v. Madison*,⁴ cuando el juez John Marshall estableció la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos y dio comienzo a la evolución jurisprudencial del *judicial review*. Un juez que, para resolver el caso que se le ha presentado, tiene que aplicar una ley que está en contradicción con la Constitución, deberá aplicar esta y no aquella. Se aprecia la diferente orientación histórica y filosófica así como el muy distinto rol de los jueces, que hacen que, en cierta forma, el sistema estadounidense aparezca como opuesto al francés, el cual fue el más influyente en Europa.

Pero el *judicial review* fue, y es, discutido. Los presidentes Jefferson,⁵ Lincoln⁶ y Roosevelt⁷ lo cuestionaron fuertemente, en especial el último. Para defender la Constitución Jefferson llegó a proponer que se facultara a que dos poderes pudieran convocar a una asamblea del pueblo a fin de corregir incumplimientos de la Constitución.⁸

La cuestión es realmente compleja. En contra de la competencia del Poder Judicial suele decirse que: 1) Dado que los jueces no tienen legitimidad democrática, no puede ser que tengan la palabra final en lo que refiere a algo tan importante como la interpretación de la Constitución. 2) Asimismo son los legisladores, además de representantes del pueblo, quienes están sometidos al control político de los votantes (valorarán su gestión a la hora de las elecciones) mientras que no existe dicho contralor popular respecto a los jueces.⁹ 3) Los tres poderes de gobierno están en plano de igualdad y no puede ser que uno, el que carece de legitimidad democrática, termine primando sobre los otros. 4) Se reconoce que la regularidad de los actos jurídicos debe ser objeto de control, pero se niega que esta potestad tan importante pueda recaer en los jueces. 5) No se puede aceptar que los jueces primen sobre el Legislativo en lo que refiere a la constitucionalidad de las leyes, ya que de ser así sería como que la Constitución hubiera establecido dos agentes para ocuparse de lo mismo: el Legislativo y el Judicial, y que este último puede interferir en las funciones del primero. No se niega, en definitiva, la superioridad de la Constitución sino que un poder pueda interpretar la Constitución fuera del legislativo.

Un argumento que merece ser tratado por separado refiere a los procedimientos de designación de los funcionarios. En lo que atañe a los legisladores, nadie duda de la elección popular (que admite varias modalidades). Por supuesto que hay matices y variantes, pero los caminos generales son claros. En cambio, ¿cuál es la forma en que deben ser

³ Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther: *Constitutional Law*, 15.^a ed., Nueva York: Foundation Press y Thomson West, 2004, p. 15. También Larry Kramer: *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 83. Este autor recuerda la aparición, bajo el seudónimo de *El Lector*, de un ensayo de IREDELL en este sentido.

⁴ Me remito a Martín Risso: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 141-144.

⁵ Carta de Jefferson a Abigail Adams de 1804: "nada en la Constitución les da derecho a los jueces para decidir por el Ejecutivo". Y luego, en carta a William Jarvis, señala que es peligroso considerar que son los jueces los árbitros de las cuestiones constitucionales (ve peligros de despotismo y de oligarquía). Ambas cartas citadas por Sullivan y Gunther: o. cit., p. 22.

⁶ En discurso de 1858 para oponerse a la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Dred Scott*.

⁷ Kramer: o. cit., pp. 302 ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 80 ss.

⁹ *Ibidem*, p. 40 ss.

seleccionados los jueces en un sistema democrático? No hay respuesta clara en la materia y todos los sistemas son criticables: designación por el presidente, por el Legislativo, por los propios jueces, por órganos especiales (consejos de judicatura), elección popular, sistemas mixtos, etc. Todas las alternativas son criticables y ninguna es plenamente satisfactoria. Entonces, en términos democráticos, ¿es razonable confiar la decisión final en la interpretación de la Constitución a funcionarios sin legitimidad democrática y respecto a los cuales ni siquiera podemos elegir y justificar cuál es la mejor forma de designación conforme con un sistema democrático?

Pero con otra visión se señala que el respeto de la soberanía popular requiere del control judicial de la inconstitucionalidad de las leyes. Si la Constitución es la ley suprema, todo acto contrario a ella será nulo. El principio de la soberanía popular requiere que las leyes inconstitucionales sean consideradas inválidas.

Chemerinsky¹⁰ ha destacado los tres factores que hacen especial la interpretación de la Constitución, al indicar: 1) la Constitución debe ser entendida como un documento contramayoritario: en la base de la democracia americana está la afirmación de que hay que cuidarse de las mayorías;¹¹ 2) la Carta debe apreciarse desde la perspectiva de límite a las mayorías, en especial en los tiempos de crisis, y 3) la Constitución aparece como una forma de proteger *long-term values* de las *short-term passions*. Aparece un carácter especial de las constituciones democráticas: por un lado promueven la toma de decisiones que no logran acuerdo por la regla de la mayoría, pero al mismo tiempo se controla el producto de dicho proceso de toma de decisiones. Esta es la esencia del constitucionalismo moderno: su rol contramayoritario.

Sullivan y Gunther¹² se preguntan si el *judicial review*, y este control contramayoritario, es consistente con la democracia. La crítica más obvia al *judicial review* viene en este punto. ¿Puede una Corte no electa por el pueblo declarar la inconstitucionalidad de una ley aprobada por los representantes del pueblo? La pregunta genera inquietudes acerca del control contramayoritario y aparecen quienes reclaman el *self-restraint* frente a las decisiones de órganos electos popularmente. La opción es, o una confianza absoluta en las decisiones de las mayorías legislativas, o que también estas estén sometidas a un control en cuanto a su constitucionalidad. Y aquí nos aproximamos a un carácter doble, en cierta forma contradictorio, que presentan las constituciones democráticas: por un lado son democráticas en tanto establecen este sistema y disponen lo necesario para que sea efectivo, pero al mismo tiempo son antidemocráticas en tanto ponen límites a las decisiones de las mayorías legislativas.

Pero esto no debe extrañar ya que algo parecido pasa si confrontamos la democracia con los derechos humanos. Como enseña Alexy, hay tres formas de analizar la confrontación: a) Con una visión *ingenua* se afirma que los derechos humanos y la democracia son cosas buenas que no pueden confrontar entre sí (solo habría conflictos entre el bien y el mal). 2) Con una concepción *idealista* se reconoce el conflicto (nuestro mundo se

¹⁰ Erwin Chemerinsky: *Constitutional Law. Principles and policies*, 3.^a ed., Nueva York: Aspen, 2006, pp. 6 ss.

¹¹ Es tan peligrosa la tiranía de una mayoría como la de un grupo o la de una persona.

¹² Sullivan y Gunther: o. cit., p. 19.

caracteriza por la escasez y la limitación), pero este opera en el mundo real y no en el ideal. 3) Por último, con una visión *realista* se aprecia que la relación entre democracia y derechos humanos presenta dos realidades opuestas entre sí.

Por un lado los derechos humanos son profundamente democráticos y por otro lado son profundamente antidemocráticos. Son básicamente democráticos por cuanto aseguran el desarrollo de la democracia y de las personas gracias a la garantía de la libertad y la igualdad, que son las bases para que pueda funcionar un sistema democrático (pensemos en libertad de opinión, de sufragio, de asociación, de prensa, etc.). Pero también son antidemocráticos en la medida en que desconfían del proceso democrático y buscan el sometimiento, incluso del Poder Legislativo, privando de decisión en ciertos casos a las mayorías parlamentarias.¹³ Por último, un argumento importante para el *judicial review* es que no hay nada que lo pueda sustituir. No hay propuesta alternativa viable.¹⁴ Si no son los jueces: ¿quién controla la regularidad constitucional de las leyes y defiende los derechos de los ciudadanos frente a las leyes inconstitucionales?

De todas formas también en este enfoque se debe ser cauteloso. A veces se defiende la potestad de los jueces con términos tales como que la decisión final no esté *contaminada* políticamente, o se reconoce y reclama de los jueces una solución a las insuficiencias políticas, e incluso se llega a reclamar la participación judicial en la fijación de las políticas públicas cuando, a juicio de los jueces, fallan los representantes. Estas visiones, en mi opinión, no pueden ser aceptadas. Pensar en la contaminación política o en corregir las insuficiencias de los políticos implica una opción prejuiciosa y negativa en cuanto a la labor de los representantes del pueblo. Esta visión es contraria al sistema democrático (por supuesto que los representantes pueden fallar —como también se equivocan los jueces—, pero no contaminan nada al analizar los temas sino que los enriquecen; en la base del sistema democrático está la discusión y la toma de decisiones políticas por los representantes del pueblo) y tiende al establecimiento, en los hechos, de otro sistema, de tipo aristocrático (con toga). En este tema se debe ser cuidadoso y no caer en visiones extremistas o en consideraciones en blanco y negro. No podemos ni negar el contralor sobre el Legislativo (no es infalible en tanto representante del pueblo) ni caer en un control excesivo, que pierda de vista que las decisiones judiciales son solo para el caso concreto (no se fijan políticas generales por sentencias) y que haga que el sistema sea menos democrático y más aristocrático.

La discusión de los Estados Unidos, que llega a nuestros días, reposa en la carencia de elementos constitucionales para resolver la cuestión. Y así puede recordarse el famoso debate a mediados del siglo xx entre el juez Learned Hand y el profesor Herbert Wechsler. Lo que existía en la base de este debate era una cuestión de legitimidad. Para Hand, en tanto a su juicio el poder de control de las leyes (*judicial review*) no es una

¹³ Robert Alexy: “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2005, pp. 37 ss.

¹⁴ Chemerinsky plantea varias alternativas sobre quién tiene la opinión autoritativa: a) primera posibilidad: nadie; b) segunda: las tres ramas del gobierno tienen idéntico poder para interpretar la Constitución dentro de sus ámbitos de competencia, con lo que se aproxima a Jefferson (por ejemplo, el juzgar la validez de la guerra de Vietnam es competencia del Ejecutivo), y c) la autoridad judicial. Chemerinsky: o. cit., pp. 30 ss.

lógica deducción de la Constitución, es necesario que el juez sea sumamente cauto en el ejercicio de este poder. En cambio, para Wechsler, el *judicial review* encuentra claro anclaje en la Constitución, por lo que la Corte no tiene forma de escapar a su obligación competencial (el deber de ejercer la competencia no puede ser atenuado ni eludido).¹⁵

Lo que se ve es una tensión, dentro de los Estados de derecho contemporáneos, entre la democracia y la aristocracia. La cuestión termina siendo un problema de confianza: ¿en quién se confía más?, ¿en los representantes del pueblo o en los jueces? La aristocracia moderna no se basa en títulos o cargos hereditarios sino en lo que se ha dado en llamar la *aristocracia de la toga*, individuos no electos por el pueblo, que carecen de legitimidad democrática, a los que se les otorga el poder de que, para el caso concreto, sean los intérpretes finales de la Constitución.

4.2. Continuación

Pero la cuestión puede verse con el enfoque de un autor europeo. En el año 1921, el célebre jurista francés Edouard Lambert publicó la primera edición de su libro producto del estudio del sistema norteamericano: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en Estados Unidos*.¹⁶ Este autor, además de realizar uno de los más completos análisis del *judicial review*, con la visión de un europeo (lo que hace más interesante el estudio), y de criticar el sistema estadounidense¹⁷ (refiere críticamente a la “aristocracia con toga”), la enseñanza del derecho en América y el *judicial review*, sitúa el nudo de la cuestión en el principio de separación de poderes. Para Lambert, el sistema de separación de poderes de 1787 y el sistema de separación federal y estadual han resistido el embate del tiempo, pero el principio de separación de poderes de Montesquieu es impotente para cumplir sus promesas por un período prolongado. Tarde o temprano un poder prima sobre los otros e impone unidad de opiniones y de acción. En Inglaterra y Francia se hizo primar al Legislativo y en Estados Unidos al judicial.¹⁸

Señala Lambert, analizando la historia estadounidense, que hasta 1883 el *judicial review* fue moderado y en general se refirió a cuestiones federales, pero a partir de dicho año aumentó su campo de acción y llevó a que la rama más conservadora¹⁹ del gobierno, la judicial, regulara, filtrara y frenara la actividad más inquieta y audaz, que sería la legislativa. En el mismo sentido recuerda la opinión de Pound en cuanto a la existencia de tres períodos en Estados Unidos: la Constitución estableció la igualdad de poderes, pero primero primó el Legislativo, en la primera mitad del siglo XIX, luego surgió la hegemonía del Poder Judicial y, anunciaba este autor, la primacía del Ejecutivo estaba cerca (lo que parece haberse cumplido).

¹⁵ Sullivan y Gunther: o. cit., pp. 18 ss.

¹⁶ Edouard Lambert: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Madrid: Tecnos, 2010.

¹⁷ Téngase presente que el estudio refiere a la jurisprudencia de la Corte Suprema antes de 1921.

¹⁸ Lambert: o. cit., pp. 15-25.

¹⁹ Los juristas son los personajes más conservadores del gobierno, formados en la búsqueda del precedente y en la mirada al pasado.

El enfoque de Lambert es extraordinariamente interesante y profundo, pero hay algunos problemas no resueltos en el estudio. Primero, el problema del mal funcionamiento del principio de separación de poderes está siempre presente, pero ante la crítica basada en la realidad no hay alternativa posible: todo sistema puede funcionar bien o mal en distintos períodos y es imposible asegurar su correcto desempeño. El propio autor demuestra y da ejemplos de que cualquiera de los tres poderes puede excederse, pero la pregunta que aparece a mi juicio es ¿qué es mejor?: ¿un sistema en que los tres poderes se controlan recíprocamente (sin perjuicio de hegemonías temporales de uno u otro poder) o dar directamente la primacía a uno de ellos? La experiencia nos demuestra que los tres poderes, integrados por seres humanos, presentan antecedentes de aciertos trascendentes y de errores inconcebibles. El viejo y sabio principio parece ser mejor, por cuanto da la oportunidad de que funcionen los controles recíprocos entre los tres centros de autoridad.

Adviértase que la obra mencionada, publicada en 1921, es casi contemporánea del Tribunal Constitucional alemán, creado en enero de 1919, y del Tribunal Constitucional austríaco, creado en octubre de 1920. Esto es, la conveniencia de la supremacía legislativa en este tema que propone Lambert comenzaba a ser abandonada en Europa, que desplazaba la interpretación constitucional hacia un órgano jurisdiccional con competencias e integraciones especiales. Claro que la excepción fue Francia, que no reconoció el control de la constitucionalidad de las leyes perfectas hasta el año 2008.

5. Análisis del tema según previsiones constitucionales expresas

En Europa el planteo del tema no fue idéntico al norteamericano. Con diferente punto de partida en materia de cultura e historia política, y sin perjuicio de algún precedente,²⁰ debe recordarse que en Francia, en la Constitución del Año VIII (1799), se instauró un Senado conservador, entre cuyas facultades aparece la de juzgar sobre la constitucionalidad de los actos del Parlamento y del Gobierno que les hubiera diferido el Tribunal ante una supuesta inconstitucionalidad.

Las diferencias con el modelo norteamericano son notorias, ya que el contralor de la constitucionalidad de las leyes se confía a un órgano político, que incluso tuvo una mala actuación en la materia. Ese carácter político de la jurisdicción constitucional se mantuvo en Francia en la Constitución de 1852 y, atemperado, en la propia Carta de 1946. No es hasta la Constitución de la Quinta República que se advierte un cambio en dicha orientación. Y recién en el año 2008 se reformará la Constitución permitiendo, en algunas hipótesis, la declaración de inconstitucionalidad de una ley ya perfeccionada (no solo de un proyecto de ley).

En el siglo xx el control de la constitucionalidad de las leyes ingresó en Europa. Como uno de sus primeros antecedentes puede citarse el del Tribunal Constitucional alemán, creado por ley del 25 de enero de 1919, y en forma casi inmediata la Constitución Federal de la República Austríaca, del 1.º de octubre de 1920. Es en este período cuando, también

²⁰ El caso de la posición de Edward Coke.

en lo que a jurisdicción constitucional refiere, aparece la obra de Hans Kelsen, desarrollada básicamente en su *Teoría general del Derecho y del Estado*.

Este autor considera que el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entrelazadas, según el principio de que el derecho regula su propia creación. Cada norma es creada de acuerdo a prescripciones de otra norma y, en última instancia, de acuerdo con la norma fundamental. Así, cada acto de creación jurídica es un acto de aplicación del derecho anterior. Se plantea Kelsen el problema de las eventuales contradicciones entre las normas aplicables y entiende, en primer término, que la expresión *inconstitucional* es un contrasentido, ya que significa que la ley es nula, o sea, que no es una ley, cuando lo que la expresión realmente indica es que la ley, por alguna razón, puede ser anulada conforme a la Constitución.²¹ El juez que resuelve una acusación del fiscal no solo debe resolver la *quaestio facti*, sino también la *quaestio juris*; debe examinar si la norma general que pretende aplicar es realmente válida, esto es, si ha sido creada en la forma prescrita por la Constitución.²²

Comúnmente la ley es anulada de acuerdo al principio *lex posterior derogat priori* o por el desuetudo. Pero en lo que refiere a la contradicción entre una norma legal y la Constitución, para Kelsen la Carta puede encargar a un órgano determinado el decidir si fueron observadas las normas constitucionales para la creación de la ley, y el resultado de la actuación de dicho órgano, en caso de concluir en la invalidez de la norma, será su anulación. La jurisdicción constitucional aparece así como un legislador negativo, ya que el resultado implicará la abrogación de la ley no creada conforme a la Constitución.

La aplicación de la Constitución, para Kelsen, solo puede hallarse debidamente garantizada si un órgano distinto al legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y anularla si es inconstitucional. Mientras la ley no ha sido nulificada, es constitucional y no inconstitucional en el sentido de ser contraria a la Constitución. El principio general, para Kelsen, es que la norma jurídica es siempre válida, es decir, no nula, pero puede ser anulada. A tales efectos el orden jurídico puede facultar a un órgano a declarar nula la norma.

También en Europa se discutió sobre quién era el mejor intérprete de la Constitución: ¿un órgano jurisdiccional o un órgano político? Kelsen rechazó la crítica que consideró antidemocrática la solución no política (y rechazó una sobredimensión del papel del jefe de Estado, ya que coloca como enemigos a los dos grandes centros de poder que establece la Constitución: el jefe de Estado y el Parlamento). Sostuvo:

“Defensor de la Constitución” significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una “garantía” de la Constitución. Dado que esta es un ordenamiento y, como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas [...] Como toda norma, también la Constitución puede ser violada solo por aquellos que deben cumplirla.²³

²¹ Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, México: Universitaria, 1949, p. 162.

²² *Ibíd.*, p. 148.

²³ Hans Kelsen: *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 1999 (edición original de 1931), p. 1.

Carl Schmitt, por su parte, sostenía:

Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los órganos legislativos son por naturaleza, una apelación al pueblo.

Consideraba Schmitt que la ampliación sin inhibiciones de los tribunales no implicaba transformar al Estado en jurisdicción, sino que se transformaba a los tribunales en órganos políticos. Lo que se logra es politizar la justicia, como lo demuestra la contradictoria terminología *justicia constitucional*. Por eso, refiriéndose a un sistema de tipo parlamentario, consideraba Schmitt que la mejor solución, y también la más democrática (la posición contraria entrega la solución de las cuestiones de constitucionalidad a una “aristocracia con toga”), era colocar como custodio de la Constitución al jefe de Estado.²⁴ La tesis predominante en Europa fue la de Kelsen.²⁵

Se ha llegado en nuestros días a una situación interesante. En América, cuna del *judicial review*, si bien el control de la constitucionalidad parece firme, subsisten dudas y discusiones basadas, fundamentalmente, en la falta de texto expreso en la Constitución. En Europa, luego de la primacía legislativa, se fue avanzando hasta llegar a un esquema en el que casi todas las constituciones contemporáneas resuelven el problema en forma expresa y atribuyen la competencia de intérprete final a órganos ajenos no solo al sistema político sino a los tres poderes. Pero sí se trata de órganos de naturaleza jurisdiccional, normalmente con una integración peculiar, sin legitimación democrática, que se transforman en los intérpretes y garantes de la Constitución. Incluso en muchos casos las sentencias pueden tener efectos generales, lo que da al tribunal un poder importante.

Y, por supuesto, las previsiones expresas terminan la discusión, pues es la norma de mayor jerarquía la que somete a contralor a los gobernantes. En el caso de constituciones como la uruguaya —que para reformarse debe necesariamente contar con el voto mayoritario del cuerpo electoral expresado en un plebiscito (referéndum constitucional)—, es claro que es el pueblo el que constituyó los tres poderes, estableciendo quiénes legislan, quiénes gobiernan y quiénes controlan. Las dudas basadas en la *objeción democrática*, que se funda en la carencia de legitimidad democrática de los jueces, no puede ser recibida en Uruguay.

²⁴ Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1983.

²⁵ Evelyn Haas menciona que la creación de la Corte Constitucional Federal en 1951 puso fin en Alemania a la disputa entre Kelsen y Triebel (Heinrich), Schmitt (Carl) y Smend (Rudolf). Evelyn Haas: “El campo de las tensiones formado por la Corte Constitucional y la política”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, 2000.

6. Análisis desde el principio de separación de poderes

Este viejo principio, pensado como defensa de la libertad (hoy deberíamos decir *defensa de los derechos humanos*) frente a la arbitrariedad de los gobernantes, aporta mucha claridad a la discusión.

Las preguntas usuales en la materia son: ¿Por qué un poder va a primar sobre los otros en materia de interpretación constitucional? ¿Por qué el Poder Judicial va a primar sobre los otros dos en dicha hermenéutica? ¿Por qué va a primar la decisión de autoridades “aristocráticas” por encima de las democráticas? Pero el principio de separación de poderes nos permite ver que las preguntas están mal planteadas.

Este principio, en su formulación moderna, debidamente equilibrada y balanceada, refiere, más que a separación de poderes, a una mezcla de poderes que se entrelazan y se controlan entre sí con competencias superpuestas.²⁶ Esto puede sintetizarse diciendo que, en principio, 1) quien establece las reglas generales no las ejecuta ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada; 2) quien ejecuta las reglas generales no las establece ni resuelve los conflictos con autoridad de cosa juzgada, y 3) quien resuelve los litigios con autoridad de cosa juzgada (y solo para el caso en que dicta la sentencia)²⁷ no establece las reglas generales ni las ejecuta.²⁸

Así planteada la cuestión, se aprecia que no hay primacía de un poder sobre los otros sino el funcionamiento de este sabio principio. En el ejercicio de la competencia legislativa, la interpretación de la Constitución que se utilizará será la que hagan los legisladores. En el ejercicio de la función ejecutiva, será el Ejecutivo el que interprete, aunque en este caso, además, sometido a la ley, y cuando se somete un caso a los tribunales serán estos los que en su sentencia, y para el caso planteado, determinarán la interpretación que pasará en autoridad de cosa juzgada en esa litis. La interpretación de la Constitución por los jueces es la misma que realizan sobre cualquier otra norma del orden jurídico y tendrá sus efectos para el caso concreto.²⁹

Al análisis de quién es el intérprete final de la Constitución le faltaba agregar los distintos tipos de interpretación. La Constitución puede ser objeto de diversas interpretaciones: 1) interpretación auténtica, realizada por una norma constitucional posterior; 2) interpretación legislativa, que es la realizada a través de una ley interpretativa de la

²⁶ Manuel Aragón: *Constitución y control del poder*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, pp. 21-28.

²⁷ Esto debe matizarse en los países como Estados Unidos, en que el precedente obligatorio (*stare decisis*) extiende los efectos de la sentencia fuera del caso particular.

²⁸ Por supuesto que la formulación moderna del principio de separación de poderes es mucho más compleja. Por ejemplo, la colaboración e interacción entre los poderes políticos es mucho mayor y, además, han aparecido órganos extrapoderes (piénsese en los bancos centrales contemporáneos) y se reconoce una necesidad de evitar la concentración del poder (para asegurar la libertad y los derechos humanos) también en el plano de la sociedad civil. Al respecto, Wolfgang Hoffman-Riem: “La división de poderes como principio de ordenamiento”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 211 ss. José Luis Cea Egaña: “Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007. Néstor Pedro Sagüés: “Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

²⁹ Similar comentario al de la nota 27 sobre el precedente obligatorio.

Carta y tendrá los efectos de cualquier ley (en Uruguay esta hipótesis está prevista en el artículo 85 numeral final de la Constitución); 3) interpretación realizada por otras autoridades públicas, que para actuar y adoptar decisiones requieren de una previa interpretación de la Constitución (aquí la interpretación se agota en servir de fundamento o consideración para la actuación estatal); 4) interpretación judicial, que es la realizada por un tribunal al resolver un caso que le fue planteado, y que normalmente solo tiene efectos para el caso concreto que se resuelve, y 5) también la interpretación que cualquier individuo puede hacer de la Constitución para adoptar sus decisiones personales, o interpretaciones generales tales como las que hace la doctrina. Cada interpretación tiene distintos efectos y consecuencias.³⁰

De esta forma se aprecia cómo cada poder puede interpretar la Constitución en los términos que correspondan: la interpretación legislativa tendrá la eficacia de cualquier ley; la que realizan los órganos públicos, cualesquiera sean, será el fundamento de su accionar, que podrá ser controlado por razones de juridicidad; y la de los tribunales será válida y definitiva, al adquirir la estabilidad de la cosa juzgada para el caso resuelto.

Incluso la propia Constitución uruguaya recoge esto con claridad, y cuando da al Legislativo la facultad de interpretar la Constitución por ley (interpretación general y con los efectos típicos de toda ley) menciona expresamente, en el numeral final del artículo 85, que dicha ley interpretativa puede ser controlada en cuanto a su regularidad constitucional por la Suprema Corte de Justicia. O sea, en el caso concreto la última interpretación es la judicial.

Por último, debe destacarse que, cuando nos enfrentamos a constituciones con soluciones expresas, si estas dan competencia para la declaración de inconstitucionalidad a órganos jurisdiccionales ajenos al Poder Judicial, y confieren efectos generales a las sentencias, lo dicho se ve alterado en dos aspectos: a) implica una doble excepción al principio de separación de poderes en la medida en que se da competencia jurisdiccional a órganos ajenos al sistema judicial y se atribuye efectos generales a dichas sentencias en algunos casos; pero b) la solución de excepción no presenta problemas interpretativos en la medida en que está en la Constitución a texto expreso, por lo que no se puede dudar de la competencia atribuida directa y expresamente por la propia Constitución.

7. Análisis desde las perspectivas presuntamente democráticas de nuestros días y desde los derechos humanos

7.1. ¿Democracia clásica o democracia populista o neopopulista?

La democracia suele aparecer en confrontación con distintas formas de gobierno autoritarias. En los siglos XVIII y XIX fue con las monarquías absolutas; durante el siglo XX, con sistemas autoritarios de diverso tipo (nacionalsocialismo, fascismo, comunismo,

³⁰ Me remito a lo dicho en Martín Riso Ferrand: *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1.ª reimp., 2011, pp. 18-21.

dictaduras latinoamericanas, etc.), y hoy, en América Latina, donde no parece probable la aparición de un sistema netamente autoritario (con la excepción de Cuba), con las democracias populistas o neopopulistas.

Sin perjuicio de sus variantes, las democracias populistas se caracterizan por lo siguiente: a) primero un elemento claramente democrático, como es que la legitimidad del poder político deriva del pueblo (estos sistemas funcionan cuando existen líderes carismáticos o partidos políticos con una altísima adhesión popular que les permiten, con esta base, concentrar los poderes en el gobierno); b) pero la concentración de poder toma un sesgo autoritario y conduce a reconocer la infalibilidad del gobernante o de su partido, con la consecuencia de que el disenso responde a traidores, enemigos del pueblo o sujetos al servicio de intereses foráneos (todo esto se hace invocando al pueblo o pretendiendo actuar en su nombre); c) el sesgo antidemocrático lleva en forma directa a la no aceptación del disenso (se limita la libertad de prensa, se limita en general la libertad de expresión, etc.) y al avasallamiento de los controles judiciales (nacionales o internacionales): ¿cómo puede criticarse o declararse inválido lo resuelto por los legítimos e infalibles representantes del pueblo?

En un esquema neopopulista, con mayorías populares que responden efectivamente (en manifestaciones populares o en las urnas), la afirmación de que pueda haber una voz u opinión por encima de la del pueblo es inaceptable. En Perú, en la época de Fujimori, se incumplió con las sentencia de la CIDH en los casos *Loayza Tamayo* (en forma parcial) y *Castrillo Petruzzi*. Incluso Perú llegó a plantear una renuncia a la jurisdicción de la CIDH. Esta posición fue abandonada apenas finalizado el régimen de Fujimori. En la actualidad en Venezuela se sostiene que las sentencias de la CIDH no son obligatorias. Este país fue objeto de una sentencia de la CIDH por la irregular destitución de jueces de lo contencioso administrativo, en la que la Corte ordenó la restitución de los magistrados y el pago de indemnizaciones. La Sala Constitucional de Venezuela, afín al presidente Chávez, recomendó a este, en primer término, denunciar la Convención Americana, y luego sostuvo que la sentencia de la CIDH no era obligatoria. Para ello invocó, por ejemplo, la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, afirmó que solo obliga la Convención pero no las interpretaciones que de ella se hagan (por ejemplo, la CIDH), que el sistema constitucional que se ha dado el pueblo venezolano no coincide con la Convención ya que en Venezuela los derechos sociales priman sobre los de primera generación. En definitiva, Venezuela no cumplió con la sentencia y dijo expresamente que no era obligatoria, invocando básicamente la decisión del pueblo venezolano.

La democracia tradicional se caracteriza, en lo que interesa al presente trabajo, por lo siguiente: a) la legitimidad del poder reposa en el pueblo, ya sea en la elección de gobernantes o mediante la participación en institutos de gobierno directo; b) se parte de la base de falibilidad de los gobernantes en tanto seres humanos (se equivocan de buena fe o de mala fe), y c) es preciso establecer un sistema que dé las mayores garantías a los derechos humanos (si bien nunca será perfecto y solo servirá para bajar el riesgo de error y lesión ilegítima de un derecho humano), lo que se logra con diversos mecanismos, en un marco en que uno de los más importantes sigue siendo el principio de separación de poderes, aunque complementado por la jurisdicción internacional y los institutos de democracia directa. En este esquema todos los derechos humanos, pero en especial la

libertad de prensa, así como los controles jurisdiccionales, nacionales e internacionales, son básicos.

En este enfoque, totalmente diverso al anterior, toda limitación de los derechos humanos se rodea de garantías. Pensando en el sistema uruguayo: a) En primer lugar, las limitaciones de los derechos humanos requieren de ley (primera garantía democrática, conforme los artículos 7, 10, etc., de la Constitución). b) Si el gobierno llega a la conclusión de que es necesaria dicha limitación, en primer término, deberá aprobar una ley con el voto conforme (en discusiones públicas en las que se registra quién voto qué) de las mayorías legislativas. c) Si el Legislativo aprueba el proyecto de ley, este pasa al Ejecutivo, que podrá promulgarlo (en forma expresa o tácita conforme los artículos 143 y 144 de la Constitución) o bien vetarlo según el artículo 145 y siguientes (oponer objeciones u observaciones con lo que el proyecto vuelve al Legislativo para su reconsideración) y debe tenerse presente que desde la reforma constitucional de 1997 es casi imposible que el Legislativo levante un veto y se obligue al Ejecutivo a la promulgación, pues las mayorías legislativas que se exigen, tres quintos de votos de cada cámara según el artículo 138, son casi imposibles de lograr. d) Promulgada la ley, y sin perjuicio de los casos de exclusión constitucional previstos en el artículo 79 de la Constitución, se puede interponer un recurso de referéndum contra la ley y lograr un pronunciamiento popular respecto a ella. e) Si no se interpone un recurso de referéndum o si este es rechazado, o incluso en forma superpuesta con el referéndum, podrán los titulares de un interés legítimo lesionado accionar ante la Suprema Corte de Justicia peticionando la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legales que correspondan. f) Fracasada la instancia judicial interna, podrá denunciarse el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, si corresponde, el asunto podrá llegar hasta la consideración de la Corte Interamericana.

Así planteado el tema, se aprecian claramente las diferencias entre las visiones democrático-populistas y las democráticas tradicionales. En el primer caso prima la voluntad *sabia* y casi *infalible* del pueblo y sus líderes. En el segundo se busca establecer fundamentalmente un sistema de garantías de los derechos humanos. ¿Qué sistema es mejor? Es claro que el segundo parte de bases seguras, como la falibilidad de los humanos, mientras que el primero parte de un dato erróneo, como la casi infalibilidad de algunos.

¿El sistema democrático tradicional asegura que no se producirán limitaciones ilegítimas en los derechos humanos? No, siempre pueden fallar las garantías, pero deberá reconocerse que el riesgo de error se reduce muchísimo. No hay un sistema mejor para la defensa de los derechos humanos.

El sistema democrático-populista puede conducir a una suerte de dictadura de las mayorías (solo se diferenciaría de las dictaduras tradicionales en el número de dictadores),³¹ mientras que en el sistema democrático tradicional, rechazando la posibilidad de alcanzar las verdades absolutas, se protege a las minorías (o individuos aislados) dándoles una oportunidad de defensa. La formación de la voluntad política en un sistema democrático debe buscar un difícil acuerdo, y solo si este no se logra se recurre a la regla de la mayoría

³¹ Honrad Hesse: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Democracia y Derecho, 2011, pp. 144 ss.

para resolver, pero sin que dejar sin amparo a las voces disidentes, a las minorías o a los individuos aislados.

7.2. Continuación

Si el tema en análisis era complejo en el pasado, cuando se procuraba determinar quién debe ser el intérprete último de la Constitución o quién es el mejor defensor de los derechos humanos, en el marco del principio de separación de (tres) poderes, hoy la cuestión es más compleja.

En primer lugar se han extendido en el derecho comparado los institutos de gobierno directo (ya no son los representantes del pueblo quienes deciden, sino que en muchos casos es el pueblo el que decide directamente) y han aparecido las jurisdicciones internacionales, que no pueden colocarse dentro de la rama jurisdiccional interna.

Esto es trascendente. Parecería que en las democracias occidentales se llegó a un punto en que, por la existencia de normas expresas o por interpretaciones de los principios generales, se admite que el Poder Judicial o el órgano competente conforme cada Constitución puede desaplicar una ley que considera inconstitucional. De hecho, en Uruguay, la Suprema Corte, luego del plebiscito de octubre de 2009, ha seguido declarando la inconstitucionalidad de tres artículos de la Ley de Caducidad y nadie ha cuestionado a la Corte en este punto. Pero ahora los problemas son otros.

Las dudas actuales no aparecen con sentencias internas sino con sentencias internacionales, de la Corte Interamericana, y surgen entonces las resistencias habituales: a) temor y negación por lo nuevo; b) desconfianza de lo no conocido (se confía en la Suprema Corte por ser conocida, pero no en un órgano jurisdiccional internacional del que se sabe poco), y c) en medio de lo anterior reaparecen las invocaciones extremas a principios y criterios que ya no son los de nuestros días: se invoca la soberanía en un sentido extremo que no admitiría que el Estado se sometiera a jurisdicciones internacionales, se invoca el principio de no intervención (que nada tiene que ver en la especie) y se dice, con enfoque *patriotero*, que los problemas de los uruguayos los resuelven los uruguayos.

Asimismo, la aparición del cuerpo electoral decidiendo temas (más allá de su participación en las instancias electorales) genera similares dudas: una cosa es el equilibrio entre los tres poderes constituidos y otra cosa, bien distinta, es cuando aparece directamente el cuerpo electoral.

En este punto, y a los efectos de procurar cumplir con el objetivo del presente trabajo, debe repararse en diversos problemas.

8. Algunos problemas concretos

La aparición de los institutos de gobierno directo genera en algunos, respecto al tema en análisis, ciertas preguntas que parecen ser mucho más importantes de lo que son y en general solo generan confusiones. A los efectos de no extender en demasía este trabajo limitaré las respuestas a la Constitución uruguaya. Veamos:

8.1. ¿Puede un juez desautorizar lo resuelto por el “soberano”?

La pregunta está mal planteada. Conforme el artículo 4 de la Constitución, la soberanía recae en la Nación (que no es sinónimo de pueblo), y según el artículo 82, el cuerpo electoral (que es el que se pronuncia en los institutos de gobierno directo) es un órgano del Estado. El cuerpo electoral no es el soberano.

8.1.1. *Cuerpo electoral versus poderes representativos*

Es sabido que cuando nos movemos en el ámbito del derecho constitucional debemos tener presente que actuamos en un terreno muy próximo a la política, por lo que no debe extrañar que de la Carta surjan aspectos políticos, de política constitucional, los que aun cuando no tengan efectos jurídicos propiamente dichos son de la máxima importancia. Así ocurre en Uruguay y en casi todos los países del mundo. Frecuentemente la Constitución nos enfrenta a problemas cuya solución depende de consideraciones políticas aunque no tengan efectos jurídicos propiamente dichos. La Constitución es una norma abierta, con disposiciones incompletas o programáticas, con principios, norma destinada a perdurar, por lo que frecuentemente debe recurrirse a consideraciones políticas.

En este punto hay que distinguir los elementos jurídicos (cuya violación apareja nulidad) de los efectos políticos emanados de la Constitución. Por costumbre podrían sobrelvalorarse los primeros y menospreciarse los segundos, pero esto sería un error: en un sistema democrático las políticas constitucionales son de la máxima importancia.

Sería posible realizar un análisis teórico del tema para luego ver sus consecuencias en cada caso o un análisis de casos para concluir en la solución teórica correcta. Por razones de agilidad expositiva utilizaré la segunda vía.³²

A principios de los años noventa, durante el gobierno del presidente Lacalle, se promulgó en Uruguay la comúnmente llamada Ley de Empresas Públicas, y algunos de sus artículos fueron impugnados mediante un recurso de referéndum (artículo 79 de la Constitución). Dicho recurso prosperó y los artículos impugnados quedaron sin efecto. Ante este dato histórico cabe la siguiente pregunta: ¿podría hoy el Poder Ejecutivo remitir al Legislativo un proyecto de ley que contuviera exactamente los mismos artículos que fueron dejados sin efecto por el cuerpo electoral hace más de quince años? ¿Podría el Poder Legislativo aprobar dichos artículos? Y si lo hiciera: ¿habría un vicio de inconstitucionalidad por violar el pronunciamiento popular de hace más de tres lustros?

Creo que la respuesta aparece con bastante claridad. Sí se podría aprobar hoy dicho proyecto ya que los efectos del pronunciamiento popular 1) son jurídicos solo para dejar sin efecto aquellos artículos y 2) son políticos en cuanto contienen una orientación futura de lo que el cuerpo electoral desea hacer. Pero respecto al segundo apartado es claro que el pronunciamiento popular no limita las potestades constitucionales del Legislativo: hoy, jurídicamente, se podría aprobar un proyecto con los artículos de la década del noventa.

³² Como ya lo he hecho en “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 9, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2011.

Si lo anterior es razonablemente claro, pasemos a otra posibilidad e imaginemos que el presidente Lacalle, un año después del referéndum, hubiera presentado un proyecto de ley con los artículos excluidos por el pronunciamiento popular y el Legislativo lo hubiera aprobado. ¿Qué habría pasado? La ley no sería inconstitucional, pero los efectos políticos habrían sido inmensos. Puede imaginarse que se habría hablado de traición al cuerpo electoral, de golpe de Estado técnico, de atentado a la Constitución (artículo 330 de la Carta) y seguramente se habrían intentado juicios políticos en medio de un gran escándalo.

En realidad, los dos casos son similares desde el punto de vista jurídico, pero la diferencia está en los efectos políticos y el respeto al cuerpo electoral. En el primer caso podría el gobierno argumentar que el tiempo transcurrido y las necesidades actuales justifican el cambio, pero en el segundo habría sido imposible toda argumentación. No olvidemos que de los artículos 4 y 82 surge que, si bien la Nación es la soberana (y esta no es sinónimo de cuerpo electoral), el cuerpo electoral ejerce la soberanía de la Nación en forma “directa” mientras que los poderes representativos la ejercen indirectamente.

En otras palabras, si bien a mi juicio no habría consecuencias jurídicas si los poderes políticos no siguen los criterios del pronunciamiento popular (la ley podría ser inconstitucional por otras razones pero no por esto), los efectos y consecuencias políticas serían inmensas y muy trascendentes. Podría considerarse una suerte de burla al cuerpo electoral.³³

En definitiva, desde el punto de vista político (política constitucional) el pronunciamiento del cuerpo electoral tiene la máxima importancia política frente a los poderes políticos, pero carece de efectos jurídicos respecto a posteriores decisiones de aquellos.

8.1.2. *Cuerpo electoral versus órganos jurisdiccionales: ¿quién es en el sistema uruguayo el intérprete último de la Constitución?*

La vieja frase del juez Charles Hughes de 1902 sigue siendo válida: “Todos vivimos bajo la Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.³⁴ Si bien esta afirmación podría ser cuestionada en los Estados Unidos por la vieja discusión relativa a si el sistema de control jurisdiccional de las leyes surge o no de la Constitución y pese a que en Latinoamérica estamos lejos de que esa afirmación sea realidad,³⁵ sí está presente

³³ Para despejar alguna duda planteada en Uruguay corresponde decir que pretender que el Poder Legislativo realice un control de tipo contramayoritario sobre el cuerpo electoral es absolutamente inadmisibles. Este control solo puede ser realizado por los órganos competentes constitucionalmente para dicho control (los jurisdiccionales). No es admisible que un sistema orgánico básicamente político y mayoritario, como es el Poder Legislativo, ejerza un control contramayoritario de otro centro de poder mayoritario como es el cuerpo electoral. Además no puede admitirse que los *representantes*, en términos políticos, les enmienden la plana a los representados. El sistema político constitucional está estructurado al revés: el cuerpo electoral mediante los institutos de gobierno directo puede cambiar lo resuelto por los representantes, pero lo inversa no es posible. Siempre hablando en términos políticos.

³⁴ “We are under the Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”.

³⁵ Norbert Lösing: “El guardián de la Constitución en tiempos de crisis. Logros y límites de la jurisdicción constitucional. Los ejemplos de Guatemala 1993 y Venezuela 1999-2000”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, 2000, p. 159.

en la Constitución uruguaya. En efecto, sin perjuicio de las distinciones realizadas sobre los distintos tipos de interpretación, la Constitución presenta elementos que confirman con claridad esto. A saber:

- a. El inciso 20 del artículo 85 de la Carta reconoce la competencia de la Asamblea General de interpretar la Constitución (por ley), pero agrega que esto es “sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con los artículos 256 a 261” (que refieren a la declaración judicial de inconstitucionalidad de las leyes y su desaplicación en el caso concreto).
- b. El capítulo IX de la sección XV no deja duda alguna en cuanto a la competencia de la Suprema Corte de declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos para el caso concreto.
- c. En lo que refiere a las garantías sustanciales de los derechos humanos frente a ley, es evidente que la palabra final, en cada caso concreto (cuando hay un litigio que resolver), corresponde a la Suprema Corte de Justicia.
- d. Y no solo en materia de inconstitucionalidad de las leyes sino que en general cuando hay litigio, en cada caso concreto, la interpretación final de la Constitución corresponderá siempre a un juez. Si por ejemplo se discute en un caso concreto si existe “prisión indebida” como la requerida en el artículo 17 para que prospere un recurso de hábeas corpus, la palabra final será del órgano judicial competente.

En definitiva, para el “caso” a resolver por sentencia susceptible de alcanzar la autoridad de cosa juzgada, la palabra final en cuanto a la interpretación constitucional, corresponderá al juez. En este ámbito prima la sentencia sobre los poderes representativos y sobre el cuerpo electoral.

8.1.3. ¿Puede el Estado uruguayo someterse a la jurisdicción de órganos internacionales? Y si puede hacerlo, ¿los pronunciamientos internacionales son obligatorios?

La respuesta a la primera interrogante es sin duda afirmativa y no requiere fundamentación. Nunca nadie ha sostenido que el Estado no puede someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, o a los tribunales del Mercosur, o a tribunales arbitrales. Pretender una respuesta negativa sería algo extravagante y quien esto sostenga debería justificarlo (sobre él recaerá la carga de la argumentación).

En cuanto a los efectos de las sentencias, la única respuesta válida es la obligatoriedad, conforme principios generales (las sentencias son obligatorias), el artículo 27 de la Convención de Viena y el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁶

³⁶ Me remito a lo dicho en “Cumplimiento...”, o. cit.

9. Conclusión

Como puede apreciarse con claridad, se trata de un tema polémico. En el ámbito teórico, o político, puede dudarse respecto a la legitimidad de los jueces para tener la palabra final en cuanto a la interpretación de la Constitución. Claro que esta preocupación se ve notablemente acotada si se repara en que las sentencias no tienen efectos generales sino solo para el caso concreto. En aquellos países en que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley tienen, o pueden tener, efectos generales, o en aquellos países en que exista precedente obligatorio (*stare decisis*), la cuestión cambia y debe reconocerse que el tema es más discutible.

Más allá del debate, parece claro que en nuestros tiempos las constituciones adquieren un doble carácter: 1) por un lado son democráticas por cuanto establecen y garantizan el funcionamiento del sistema democrático, pero 2) también son antidemocráticas por cuanto establecen controles sobre los poderes representativos y garantizan la defensa de los derechos de los individuos frente a las mayorías. Por un lado las constituciones creen en la democracia y en las decisiones producto de acuerdos o, en su defecto, de las mayorías, pero también desconfían de dichas mayorías y establecen controles sobre ellas.

Lo mismo ocurre con los derechos humanos, que aparecen con la doble condición de democráticos y antidemocráticos.

El principio de separación de poderes permite ver el tema en toda su magnitud y complejidad, advirtiendo que los tribunales son los últimos intérpretes de la Carta pero solo para los casos en los que se dicta la sentencia. La discusión sería distinta en aquellos países que asignan efectos generales a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley o que reconocen el precedente judicial como obligatorio.

La cuestión, que se complejiza con la consolidación de los institutos de gobierno directo y las jurisdicciones internacionales, debe ser objeto de soluciones muy mesuradas. Si se confía en demasía en los poderes políticos y en el cuerpo electoral y se acota la competencia judicial, se tendrá un sistema muy democrático pero con contralores débiles y bajas defensas de los derechos humanos frente a los actos de autoridad. Si en cambio se privilegia en exceso el rol judicial, se tendrá un sistema más garantista pero menos democrático. El equilibrio es difícil de lograr.

Y no debe olvidarse que el margen de error de legisladores y jueces es similar. Ninguno es infalible.

Addenda

En lo que refiere a la problemática de la Ley de Caducidad parece claro que:

- a. Los pronunciamientos populares no pueden limitar ni afectar las competencias jurisdiccionales de los órganos judiciales internos ni de los internacionales. El artículo 68 de la Convención Americana establece que los Estados —con lo que incluye al cuerpo electoral— están obligados a cumplir con las sentencias.
- b. Sin perjuicio de lo anterior, y en términos más políticos (políticos y constitucionales), es claro que el pronunciamiento del cuerpo electoral, dado que ostenta la

mayor legitimidad democrática, es verdaderamente trascendente y no debe en principio (salvo que exista una fuerte fundamentación política) ser desconocido por los poderes políticos (solo los órganos jurisdiccionales pueden actuar en contra del cuerpo electoral y solo cuando haya razones de regularidad jurídica).

Bibliografía

- ALEX, Robert: “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2005.
- ARAGÓN, Manuel: *Constitución y control del poder*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- CEA EGAÑA, José Luis: “Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- CHEMERINSKY, Erwin: *Constitutional Law, Principles and policies*, 3.^a ed., Nueva York: Aspen, 2006.
- HAAS, Evelyn: “El campo de las tensiones formado por la Corte Constitucional y la política”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, 2000.
- Hamilton, Madison y JAY: *The Federalist papers* (Introduction and notes by Charles R. KESLER), Nueva York: A. Signet Classic, 1999.
- HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, col. Democracia y Derecho, 2011.
- HOFFMAN-RIEM, Wolfgang: “La división de poderes como principio de ordenamiento”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- KELSEN, Hans: *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 1999 (1931). — *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: Universitaria, 1949.
- KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- LAMBERT, Edouard: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Madrid: Tecnos, 2010.
- LÖSING, Norbert: “El guardián de la Constitución en tiempos de crisis. Logros y límites de la jurisdicción constitucional. Los ejemplos de Guatemala 1993 y Venezuela 1999-2000”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, 2000.
- RISSO FERRAND, Martín: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 9, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2011.
- *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1.^a reimp., 2011.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1983.
- SULLIVAN, Kathleen M., y Gerald GUNTHER: *Constitutional Law*, 15.^a ed., Nueva York: Foundation Press y Thomson West, 2004.