

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)³¹.

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.

³¹ 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)³².

En segundo, ejerce 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

³² 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 Véscovi, 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.