

LAS SENTENCIAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: A PROPÓSITO DE UN CASO

Maximiliano Cal Laggiard (*)

I. INTRODUCCIÓN.

La denominación “*Estado Constitucional de Derecho*” constituye un dato ineludible de la literatura jurídica actual¹ y en los diversos ordenamientos jurídicos². Dentro de las manifestaciones que se atribuyen a dicha noción, cobra particular relevancia el rol que llevan adelante los jueces a través del dictado de sus sentencias.

Al respecto, al intentar fundar un acercamiento entre las jurisdicciones del *Civil Law* y el *Common Law*, se ha señalado -partiendo de los postulados del Estado Constitucional- que “... *si el derecho no está más en la ley, pero sí en la Constitución, la jurisdicción no se destina más a declarar la voluntad de la ley, sino a conformar la ley a los derechos contenidos en la Constitución*”³.

El enfoque del fenómeno precedente se realizará a partir del análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, en donde las discordias planteadas y, posteriormente, el cambio en la jurisprudencia de la Corporación, dan cuenta de la operatividad de los postulados del Estado Constitucional y su incidencia en las resoluciones judiciales.

En tal sentido, se analizarán los hechos constitutivos del caso y los argumentos dados por la Suprema Corte de Justicia en mayoría, en la sentencia N° 101/2015 de 22 de abril de 2015, así como los argumentos contenidos en las discordias.

Delimitado lo anterior, lo cual no es más que la explicitación sintética del contenido de la sentencia, se postulará que la decisión adoptada en mayoría es adecuada a los parámetros del Estado Constitucional de Derecho.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Profesor Ayudante Grado I interino de Derecho Procesal I y II en la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal I y II en la misma Universidad. Correo electrónico: maximilianomcal@gmail.com

¹ Ver: Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, en especial a partir de págs. 65 y sigtes.

² A título ejemplificativo, la Constitución de Ecuador (aprobada en 2008), establece en su art. 1° que “*El Ecuador es un estado constitucional de derecho y de justicia...*”. Sobre el tema ver: Ávila Santamaría, Ramiro. “Del Estado Legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, págs. 775 y sigtes.)

³ GUILLHERME MARINONI, Luis. “Aproximación crítica entre las jurisdicciones del *Civil Law* y del *Common Law* y la necesidad del respeto de los precedentes” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, pág. 1031.

II. EL CASO

En muy escueta síntesis, los elementos constitutivos de la pretensión promovida consistían en el reclamo de diferencias de remuneración por parte de un grupo de funcionarios del Banco de la República Oriental del Uruguay (en adelante BROU).

La causa de pedir de dicha pretensión fincó en que a dichos funcionarios les encomendaron tareas superiores al cargo presupuestado que detentaban, lo cual no fue controvertido y resultó debidamente comprobado.

En Primera Instancia el reclamo de los funcionarios fue estimado parcialmente, mientras que en Segunda Instancia fue desestimado íntegramente por parte del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno.

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia que mérita estos comentarios, casó el pronunciamiento de Segunda Instancia y, en su lugar, amparó íntegramente la demanda.

A continuación se analizarán los argumentos dados por la Corporación en mayoría, así como las posiciones en discordia.

II.A. La posición de la mayoría

Conforme viene de explicarse y en lo que resulta de interés en la presente nota, la mayoría sostuvo: *“Al surgir de autos que los actores cumplieron efectivamente funciones de cargo superior, trae como consecuencia remunerar adecuadamente la función cumplida. En consecuencia, el órgano de segundo grado no aplicó correctamente el art. 54 de la Constitución (derecho a la justa remuneración), así como los principios de enriquecimiento sin causa e igualdad. Ello por cuanto la asignación de redistribución de tareas por parte de la Administración provoca una suerte de “enriquecimiento sin causa” en beneficio del Ente público, el cual podría beneficiarse “sine die” de la asignación de tareas ordenadas informalmente. Por lo que, la real existencia de las tareas, así como la licitud, la temporaneidad y la categoría de las mismas determina la procedencia de la reclamación ejercitada. Y, al encontrarse debidamente acreditados en el subexamine, corresponde hacer lugar a la demanda en el sentido indicado⁴”*.

II.B. Las discordias

Por su parte, a modo de síntesis de los argumentos expresados en las discordias, figura que los funcionarios públicos se encuentran sometidos a un régimen estatutario, requiriéndose de designación expresa por parte de la Administración a efectos de que se genere el derecho a percibir diferencias en la remuneración.

⁴ Sobre el tema existen múltiples pronunciamientos de la Corporación, así, de modo coincidente, también por mayoría, figuran las sentencias N° 153/2015 de 21 de mayo de 2015 y la sentencia N° 189/2015 de 8 de junio de 2015. Importa señalar que, dado las modificaciones en la integración de la Corte, se invirtió la mayoría que consideraba fundado los reclamos de diferencias de remuneraciones de los de funcionarios públicos por realizar tareas de mayor jerarquía a su cargo presupuestal. En tal sentido, la sentencia N° 38/2016 de 3 de marzo de 2016 -dictada con la actual integración de la Corte- desestimó la demanda promovida por un grupo de funcionarios del BROU, reclamando ser indemnizado por la realización de funciones superiores a sus cargos presupuestales.

Concretamente, la posición discordante argumentó: “. . . si se amparase el reclamo del accionante, resultaría desplazada toda la normativa de rango constitucional y legal en materia presupuestaria. Se crearía una suerte de presupuesto paralelo que, en lugar estar orientado a contemplar, en forma equilibrada, el interés general, atendería reclamos aislados e individuales que pueden y deben canalizarse por las vías respectivas”.

La postura que viene de señalarse, tras modificaciones en la integración de la Corte, pasó a ser mayoritaria. Así, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 38/2016, al desestimar el reclamo de un colectivo de funcionarios -también del BROU-, en términos que resultan armónicamente extensibles al caso, indicó: “. . . lo que la mayoría de la Corporación no comparte es que el mero desempeño de funciones superiores a las del cargo que se ocupe, implique esa violación y genere además responsabilidad, porque el acudir a las normas y principios generales (derecho a la justa remuneración, enriquecimiento sin causa) no puede significar la desaplicación de la normativa específicamente aplicable, ni la desatención a la realidad, que evidencia que en la causa u origen de la situación no solamente incide el quehacer estatal, sino también el del funcionario, y que no necesariamente estas situaciones importan empobrecimiento de aquél y correlativo enriquecimiento del Estado”.

Delimitado el caso y las posiciones sustentadas, se irá a su análisis desde las perspectivas indicadas, considerando el marco teórico atinente al Estado Constitucional de Derecho.

III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

III.A. Marco teórico

Dentro de la teorización del Estado Constitucional de Derecho, resulta ineludible referir a los estudios de Ferrajoli, quién, bajo la sugerente denominación: “*El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho*”, explicó: “*El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución⁵”.*

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, pág. 66. En similar orientación, sostuvo Cea Egaña que: “*Rectamente entendido, el Estado constitucional de derecho equivale a una*

La definición del Estado Constitucional de Derecho, si bien parece una Perogrullada, parte de la noción y delimitación de la importancia de la Constitución en el ordenamiento jurídico y, en particular, su conceptualización como fuente de Derecho⁶.

En este sentido, Aguiló Regla, tras preguntar en qué consiste la Constitución en los Estados Constitucionales, menciona la concurrencia de tres características de la Constitución. En primer término, señala que se trata de sistemas jurídicos en donde existe una Constitución rígida, entendida como aquella cuya jerarquía es superior a las leyes. La segunda característica está dada porque la constitución rígida asume los fines del constitucionalismo como ideología -constitucionalismo político-, es decir *“la limitación del poder político y la garantía de los derechos”*. La tercera característica finca en que la constitución rígida, acorde a los parámetros del constitucionalismo político, debe ser efectivamente practicada, es decir, consolidada en el sistema jurídico⁷.

Continuando con el planteo precedente, se refiere a una nueva dimensión de las fuentes del Derecho a partir del constitucionalismo, en donde *“El orden jurídico legítimo será expresivo de una “razonable” determinación y concreción de los derechos constitucionales; y de esta forma, junto a la exigencia de consistencia normativa por lo que refiere a la unidad de contenidos del orden jurídico, hará aparición la exigencia de coherencia valorativa como test de corrección normativa. La noción de laguna normativa será desplazada por la de laguna axiológica y la de caso difícil, pues de la constatación de la falta de regulación (o de la regulación defectuosa) se procederá a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta en relación con el caso en cuestión. Todo ello ha desembocado en lo que se ha venido en llamar la “constitucionalización del orden jurídico” y ha supuesto que en la teoría del Derecho se haya producido un desplazamiento desde la teoría de la autoridad a la teoría de la justicia⁸”*.

reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes, de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpenetración del orden jurídico interno con el internacional y otros vectores de semejante importancia. En pocas palabras, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal que no coincide sólo con la legitimidad formal que elaboró Max Weber” (así: Cea Egaña, José Luis. “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, t. I, pág. 49).

⁶ Sobre la cuestión se ha señalado que *“..la Constitución irrumpe como fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no solo como fuente de las fuentes. Ello altera la relación Constitución-ley. De una dinámica en la cual los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución, adquirirían fuerza en tanto eran desarrollados por la ley, se pasa a una relación de subordinación en donde -en palabras de Susana Pozzolo- la ley opera como un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas. Lo cual, de paso, nos obliga además a repensar el principio dinámico con el que por tanto tiempo se caracterizó el sistema jurídico, pues la innovación por parte de normas subconstitucionales, de acuerdo a esta nueva lógica, es válida en tanto su contenido sea deudor de los principios y valores contenidos en la constitución, rasgo propio de los sistemas estáticos”* (así: Núñez Leiva, J. Ignacio. “Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de los derechos” en *Estudios Jurídicos*, N° 7, pág. 241).

⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, págs.39 – 42.

⁸ Aguiló Regla, Josep. “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, cit., págs. 48 – 49. Al delimitar los rasgos del Estado Constitucional y, en particular, la fuerza normativa de la Constitución, se ha señalado *“..la consideración de la Constitución como auténtica norma jurídica. De ahí que el carácter*

Para finalizar esta somera presentación del Estado Constitucional de Derecho, cabe remitir a una suerte de programa o sistematización de lo que el Estado Constitucional de Derecho implica. Así, en términos de Guastini, resulta posible la siguiente síntesis: “- *La superioridad axiológica de la constitución sobre la ley*; - *La idea de que la constitución tenga no solo, o no tanto, la función de limitar al poder político, sino además y, quizás sobre todo, la función de modelar la sociedad, y por tanto no sólo de prevenir (en negativo) una legislación lesiva de los derechos, sino también de orientar (en positivo) a toda la legislación en su conjunto*; - *La idea de que la constitución carezca de lagunas, de que por sus principios predeterminen o por lo menos orienten la disciplina legislativa de cualquier supuesto de hecho, dejando márgenes reducidos para la discrecionalidad política del legislador*; - *La idea de que las Constituciones democráticas incorporen principios de justicia objetivos, que por ello sean justas, y que por tanto ameriten obediencia*; - *La superioridad axiológica de los principios sobre las reglas*; - *La idea de que las reglas (cualquiera sea su tenor literal) cedan, que puedan (o deban) ser derogadas, estén sujetas a excepciones, a la luz de los principios, a fin de que todo caso concreto tenga una solución justa*; - *La superioridad axiológica de las normas que confieren derechos sobre aquellas que organizan los poderes públicos*; - *La idea de que las normas “materiales” de la constitución regulen no sólo las relaciones verticales entre Estado y ciudadano, sino también las relaciones horizontales (“privadas”) entre ciudadanos, y que por tanto deban encontrar aplicación directa en la jurisprudencia civil, penal, administrativa*; - *La idea de que exista una estrecha conexión entre derecho y justicia*; - *La idea de que el derecho, cuando sea justo, deba ser obedecido*; - *La desvalorización del modelo de ciencia jurídica como discurso meramente cognitivo y a-valorativo, característico del positivismo jurídico metodológico*; - *La idea de que la ciencia deba en cambio ser una ciencia “práctica” y*

normativo que se le atribuye. En este sentido, la Constitución -y la Carta de derechos que incorpora- no es un documento político, sino una auténtica norma jurídica, con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento [...] es norma jurídica suprema, esto es jerárquicamente superior en tanto procede de un poder con legitimidad cualificada, cómo es el poder constituyente y, desde el punto de vista material, es la norma fundamental. Como consecuencia de ello, es parámetro de validez de toda norma del ordenamiento jurídico, de ahí que este modelo imponga una profunda revisión del esquema de fuentes diseñado por el positivismo legalista [...] la intermediación constitucional, esto es, la dimensión en virtud de la cual, la constitución es accesible a todos los operadores jurídicos y no sólo al legislador, y ello derivado de su supremacía formal y material. A este respecto, se habla del principio de eficacia o aplicación directa del texto constitucional, en virtud del cual las disposiciones constitucionales pueden ser alegadas directamente en cualquier proceso o causa y los jueces ordinarios son competentes para resolver litigios a la vista del ordenamiento jurídico constitucional [...] la constitución como texto está básicamente integrado por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos [...] la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador, cuanto por parte de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a esos principios [...] La conjugación de estos rasgos -y, especialmente, el de supralegalidad- ha llevado a sostener que nos encontramos ante la culminación de la categoría “Estado de Derecho”, dando así cumplimiento a la definición de constitución que encontrábamos en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda Sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene en absoluto Constitución” (así: Añón, María José. “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional” en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Nº 40, págs. 26 – 28). Sobre el tema, ver: Landa, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales” en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución, págs. 17 y sigtes.

*normativa, que deba de tal modo orientar a la jurisprudencia y, cuando sea necesario a la legislación*⁹.

Cada uno de los ítems precedentes resulta pasible de un análisis particular. Sin embargo, a los efectos del presente comentario, podría sintetizarse como punto central del Estado Constitucional de Derecho a “. . . una Carta extremadamente penetrante, invasora, desbordante, que viene a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando legislación, doctrina y jurisprudencia, y es por ello que también disciplina las relaciones entre particulares. Se implanta la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas y en todos los conflictos”¹⁰.

Evidentemente que la actividad jurisdiccional no resulta ajena los parámetros que vienen de anunciarse, sino que, muy por el contrario, adquiere un rol preponderante, conforme pasa a explicarse.

III.B. Rol de los jueces

En el ordenamiento jurídico vernáculo, hace algunos años, hubiera resultado impensado, quizás hasta tildado de ridículo, que por la vía excepcional del proceso de amparo, se condene al Estado, en base al “derecho a la salud” -constitucionalmente reconocido (art. 44 de la Carta)-, a otorgar medicamentos y tratamientos de alto costo. Actualmente, más allá de la jurisprudencia dividida de los Tribunales de Apelaciones, tal circunstancia es una realidad indiscutida¹¹.

Similares consideraciones resultan de la imposición de diversas prestaciones de hacer por parte del Poder Judicial hacia otros órganos del Estado. Respecto de dichas pretensiones, se objetaba que implicaban una violación al régimen de separación de poderes, en tanto el Poder Judicial se inmiscuiría en tareas que serían propias y excluyentes del Poder Administrador. Desde la perspectiva del Estado Constitucional, la separación de poderes se erige en un dogma que cede ante la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales¹².

⁹ Guastini, Riccardo. “A propósito del Neoconstitucionalismo” en *Otras distinciones*, págs. 153 – 154. En similares términos ver: Atienza, Manuel. *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, págs. 33 y sigtes.

¹⁰ GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo. Código y Ley Especial*, pág. 6. Al decir de Prieto Sanchis, “En este nuevo panorama es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional [...] Esto es lo que a veces se ha llamado el efecto “impregnación” (Guastini) o efecto irradiación del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos; o, como dice Zagrebelsky, la ley, que en otro tiempo fue medida de todas las cosas en el campo del Derecho, ha de ceder el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de mediación. Porque la constitución es una norma que está presente en todo tipo de conflictos, y no sólo en los de naturaleza política o competencial que se entablan entre los órganos supremos del Estado, el constitucionalismo desemboca en una cierta omnipotencia judicial, en el sentido de que el juez, antes o al mismo tiempo que se pregunta por la mejor solución legal al caso, ha de hacerlo también por la más adecuada solución constitucional” (así: Prieto Sanchis, Luis. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales” en *Ponderación y derecho administrativo*, pág. 56).

¹¹ Sobre el estado actual de la cuestión, ver: Gutiérrez, Adrián y Ordiozola, Miguel. “Reclamos de medicamentos y otras prestaciones de alta costo” en *Estudios Multidisciplinarios sobre Derecho Médico y organizaciones de salud*, págs. 277 y sigtes.

¹² Sobre la posibilidad de imponer prestaciones de hacer a los distintos órganos estatales, resulta ilustrativo lo referido por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno que, al postular la

Las cuestiones precedentes, así como el caso que motiva estos comentarios, no son más que especificaciones del rol de los jueces en el Estado Constitucional. Sobre la cuestión se ha sostenido que *“El juez, en un estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la constitución y convertirse en “cerebro y boca de la constitución”¹³”*.

Bajo la sugestiva denominación *“Hacia una jurisprudencia principialista”*, un ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia señaló: *“La Constitución con sus disposiciones programáticas no se dirige solamente al legislador para que a la larga transforme en leyes*

admisibilidad de tales pretensiones, indicó *“...dictar la sentencia pretendida no significaría una ilegítima invasión de una esfera jurídica privativa del poder administrador ni vulneraría el principio de separación de poderes. En un Estado de Derecho está fuera de discusión que todos los órganos del Estado, como las demás personas públicas estatales, están obligadas a ajustar su conducta a lo que disponen la Constitución y las leyes, del mismo modo que lo están las personas privadas. La garantía esencial que esa forma de Estado conlleva, radica precisamente en la sujeción de todos los agentes estatales a las normas establecidas para regular la actuación institucional, en lo formal y en lo sustancial, y la existencia de un amplio control del poder estatal, que admite el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de su conducta. En nuestro país, desde 1830, la Constitución de la República ha atribuido al Poder Judicial el ejercicio de la función jurisdiccional con las únicas restricciones que expresamente establece y, en ejercicio de esa atribución constitucional, los juzgados y tribunales uruguayos resultan habilitados para ordenar a las personas estatales el cumplimiento de los deberes -sean prohibiciones u obligaciones- que les haya impuesto la Constitución o, en su caso, las leyes. Así lo ha explicitado esta Sala en sentencia reciente n° 325 de 6 de diciembre de 2006, pero ya lo señalaba a mediados del siglo pasado SAYAGUES LASO cuando, en la primera edición de su Tratado de noviembre de 1953, comentaba que la reciente creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer en las demandas de anulación de actos administrativos, mantenía intacta la competencia que los tribunales ordinarios tenían desde la Constitución de 1830, para conocer en todas las demás pretensiones que se dedujeran contra los entes públicos (SAYAGUES LASO, Tratado, tomo II, 5ª.ed., p.607 y siguientes). Juzgar sobre lo que debe hacer el Estado no violenta ningún principio institucional, como la separación de poderes, en cuanto se trata de juzgar sobre actos u omisiones que están sujetos a reglas (actos reglados) y no supone adoptar decisiones que implican resolver cuestiones de oportunidad o conveniencia reservadas al ejecutor, aspecto que, en esa medida, escapa a la órbita jurisdiccional. [...] la tesis impulsada por los apelantes adolece de un grave anacronismo -se vincula a una concepción napoleónica del poder ejecutor- y es respaldada con citas doctrinarias inadecuadas a ese propósito. En ningún momento sostiene GIORGI que el único contralor jurisdiccional de los actos administrativos que admite la Constitución sea la acción anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Antes bien, encuadra su tema en la teoría del control y señala que, ante la tendencia expansiva del poder político es imprescindible la creación de un sistema de racionalización del poder que tienda a proteger los derechos de los individuos y reemplazar la arbitrariedad por reglas precisas de actuación (GIORGI, El contencioso administrativo de anulación, Montevideo, 1958, p.11-34). En la actualidad, no se puede ignorar -manteniendo inexplicable silencio los desarrollos doctrinarios de CASSINELLI Y CAJARVILLE, que siempre han sostenido con firmeza en nuestro medio la existencia de principio de un control jurisdiccional de la acción estatal a cargo de la justicia ordinaria, con el fin de asegurar la sujeción a las normas constitucionales y legales y que la acción anulatoria de actos administrativos reservada a un órgano jurisdiccional ajeno al Poder Judicial debe verse como una excepción (CASSINELLI, «Acción de impugnación y acción de cumplimiento» R.D.J.A. 1971; CAJARVILLE, «El contencioso administrativo de reparación patrimonial» en Temas de Derecho Administrativo, p.43). También ha trabajado desarrollando esa idea esta redactora (Castro Rivera, «Pretensiones contra personas estatales y justicia ordinaria» en Rev. D. Público N° 17, p.47). Es que es hoy ampliamente reconocida la sujeción de los entes estatales a la Constitución y a la jurisdicción constitucionalmente conferida al Poder Judicial, lo que constituye la médula del Estado de Derecho”*.

¹³ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del Estado Legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, cit., pág. 786.

ordinarias aquél programa, sino que se dirige directamente también a los jueces, para que, mediante las aplicaciones de los principios generales y la interpretación evolutiva, hagan entrar inmediatamente en sus sentencias sin aguardar la obra del legislador el respeto a las nuevas exigencias sociales que la Constitución revela y consagra. La distinción tan discutida entre normas preceptivas y normas programáticas, que desgraciadamente ha servido y sirve para bloquear en sus disposiciones esenciales la actuación legislativa de la Constitución no debe ser considerada por los jueces como un obstáculo que les impida tomar en cuenta, en su jurisprudencia, las normas tendenciales que, aunque no traducidas todavía a leyes pueden servir ya de principios orientadores de la práctica judicial. Aun cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias, pueden ponerse en directo coloquio con ella y escuchar sus sugerencias, pueden traducirlas, día a día, a la realidad de las relaciones humanas. Esto no quiere decir desobediencia al principio de legalidad: inspirarse con la Constitución para introducir en las viejas fórmulas un espíritu nuevo he ahí precisamente el verdadero legalismo democrático en que debe jactarse la magistratura, autónoma y libre de inspirarse valerosamente¹⁴”.

En la vereda de enfrente a la postura precedente, se indicó: “Desde que la ley reglamenta los valores constitucionales, no es posible que en su lugar el juzgador utilice los principios generales, porque a estos solo es legítimo constitucionalmente recurrir, según el art. 332 de la Constitución, en defecto de reglamentación. Tampoco es legítimo que el juez prescindiera de la ley, para en su lugar aplicar el valor constitucional que considere prevaleciente, porque al legislador es al que le corresponde coordinar, equilibrar, reglamentar según razones de oportunidad y justicia los valores constitucionales [...] Desde que la ley es la reglamentación de los valores constitucionales, la interpretación de la misma debe efectuarse DESDE los valores constitucionales que reglamenta y de acuerdo a la regla de interpretación sistemática: no contradicción, unidad del sistema, etc. El legislador VALORA los intereses, según ponderaciones de oportunidad y justicia, por lo que la interpretación de la ley debe hacerse atendiendo a las valoraciones que sirven de base a la ley y que son inmanentes a ellas, situando a la norma jurídica particular en su conexión valorativa¹⁵”.

Como complemento de los razonamientos precedentes, cabe traer a colación el ideario artiguista, en donde resulta de particular relevancia, por su contenido programático, las Instrucciones del Año XIII y, concretamente la oración inaugural del Congreso en el que se redactaron tales Instrucciones. Allí, Artigas señaló a los diversos representantes de la otrora Provincia Oriental que *“Es muy veleidosa la probidad de los hombres, sólo el freno de la Constitución puede afirmarla¹⁶”.*

¹⁴ VAN ROMPAEY, Leslie. “Hacia una jurisprudencia principialista” en *Revista Judicatura*, N° 43, pág. 166; del mismo autor: “El rol del juez en la sociedad moderna” en *Revista de Derecho Público*, N° 34, págs. 13 y sigtes.

¹⁵ Carnelli, Santiago. “Actividad del Juez en la interpretación y creación del Derecho” en *Revista Judicatura*, N° 43, págs. 177 – 178, las mayúsculas son del original. Enunciado las críticas al constitucionalismo, se ha señalado: *“Este nuevo tipo de Derecho tiene, cabría decir, ventajas e inconvenientes. Por un lado, y simplificando mucho las cosas, se trata de un sistema jurídico que se toma en serio los derechos fundamentales y los valores de la democracia. Pero, por otro lado, los cambios introducidos para ello suponen también un Derecho más indeterminado e incierto lo cual -como Laporta ha subrayado recientemente- puede poner en riesgo un valor moral tan fundamental como*

En el referido congreso se establecieron instrucciones para los diputados orientales, que remitirían a la asamblea constituyente de las Provincias Unidas. Cabe acotar que la participación de los diputados orientales en dicho Asamblea fue rechazada por motivos formales, concernientes en supuestas deficiencias en su acreditación¹⁷.

Retomando la frase de Artigas y lo acaecido respecto de los representantes orientales, podrían señalarse dos circunstancias en tensión. Por una parte, el necesario freno a la *veleidosa probidad de los hombres*, lo cual podríamos relacionar con la seguridad jurídica y todo el bagaje positivista -hablando en términos gruesos-, también podría dar lugar a *veleidosa probidad*, los poderes conferidos al juez constitucional. Por otro lado -abstrayendo las circunstancias históricas concretas- la pretendida negativa basada en supuestos motivos formales, lo cual podría relacionarse con la aplicación estricta de la norma y, consecuentemente, una solución por fuera de lo que hace a la justicia del caso concreto.

En tal sentido, se ha señalado que “*Siendo la norma abstracta y general, y el caso concreto específico y particular, la aplicación de la primera al segundo ha de realizarse buscando la solución más adecuada al caso, sin privarlo de sus circunstancias (aquellas que lo caracterizan y le confieren su propia individualidad)*”¹⁸.

A modo de colofón, el Estado Constitucional conlleva una ampliación de los poderes de los jueces, cuyo fundamento reside, a su vez, en la ampliación de las fuentes normativas en donde los jueces fundan sus resoluciones¹⁹.

III.C. Su aplicación al caso

En el caso planteado, de la simple lectura de la posición de la mayoría y de las discordias, surgen dos interpretaciones posibles y antagónicas, ambas con incidencia determinante en

de la autonomía personal: si uno no sabe con cierta precisión a qué atenerse, cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas de su conducta, no puede entonces trazarse planes organizar racionalmente su vida. Además, el excesivo poder de los jueces (y no solo de los jueces constitucionales) significa una amenaza para la democracia: los “señores” del Derecho no son ya los legisladores, los representantes de la voluntad popular, sino órganos que carecen de legitimidad democrática, puesto que los jueces suelen ser nombrados por sistemas de cooptación [...] no resulta fácil aceptar que quien decide qué es lo justo (y no en el caso concreto, sino con carácter general) no sea la asamblea que representa la voluntad popular, sino un individuo, que muy bien podría dejarse llevar en sus actuaciones por motivaciones simplemente subjetivas (por ejemplo, el afán de notoriedad pública), con el riesgo de arbitrariedad que ello supone. En términos clásicos: ¿no se estará sustituyendo el gobierno de las leyes por el gobierno de los hombres? (Atienza, Manuel. Cit., págs. 35 – 36).

¹⁶ Oración inaugural del Congreso de Abril de 1813.

¹⁷ Ver: MIRANDA, Héctor. *Las Instrucciones del Año XIII*, t. I, págs. 48 y sigtes. Trasladando aquellas circunstancias históricas a la actualidad, no resultaría disparatado pensar en que un Juez hubiese habilitado la participación de los representantes orientales, mediante una modalidad procesal abreviada.

¹⁸ GAMARRA, Jorge. “Formalismo jurídico interpretativo a partir del estudio de una sentencia “ilegal” en *Tribuna del Abogado*, N° 187, pág. 18

¹⁹ Al respecto, se ha señalado que “*Podemos entender el cambio de ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de las leyes, sino también de los jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control. La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, de hecho, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos fundamentales*” (así: Ferrajoli, Luigi. “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” en *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, pág. 93).

el resultado del pleito. Tanto es el antagonismo en la interpretación de los mismos hechos, que un criterio supone amparar la demanda y otro, desestimarla íntegramente.

Así, entendemos que en el caso a estudio, la interpretación de la mayoría se adecua a la visión del Juez constitucional, mientras que las discordias al modelo legalista.

Ahora bien, tal como fuera referido precedentemente, cambios en la integración de la Corte han determinado que la posición de las discordias pase a ser la de la mayoría.

Relevadas tales oscilaciones jurisprudenciales y partiendo de la sentencia que motiva estos comentarios, perviven formas de interpretación diversas y contradictorias.

La coexistencia de diversos modos de interpretar hechos que resultan análogos, supone dilucidar la posibilidad de la existencia de una forma de interpretación prevaleciente.

Desde los textos normativos, a nivel constitucional, el art. 332 de la Carta prevé que: *“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas”*.

Por su parte, en el ámbito legislativo, el art. 16 del Título Preliminar de las Leyes convoca, ante la insuficiencia de la ley y los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales del Derecho. Similar temperamento es seguido por el Código General del Proceso, en donde la convocatoria a los principios aparece vinculada a la interpretación -art. 14- e integración -art. 15- de las normas procesales; particularmente en el ámbito de la integración se refiere a *“los principios constitucionales y generales del derecho”*.

Continuando con la enunciación normativa, nuestro ordenamiento prevé una definición legal de *regla de Derecho*, señalando que abarca *“todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”* (art. 23 lit. a del Decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984).

El rápido repaso normativo da cuenta del alcance operativo de los principios y, específicamente, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos.

Por lo tanto, no puede negarse que cuando la mayoría de la Corte resuelve el caso en cuestión y trae a colación, en la justificación de su decisión, a los principios constitucionales, ello no es algo diverso a la concretización de preceptos constitucionales.

Desde los postulados que inspiran al Estado Constitucional, importa referir a la pauta hermenéutica de interpretación conforme a la Constitución, a partir de la cual *“siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera. De éste se infiere que, una norma infravalente no debe ser declarada inconstitucional, mientras exista la razonable alternativa de lograr una interpretación que pueda conducir a obtener una armonía de dicha norma con la Constitución”²⁰*.

En síntesis, cabe sostener que en el caso, la mayoría de la Corporación, no se apartó de los textos legales, aún reglamentarios, so pretexto de acudir a la Constitución, sino que, a

²⁰ GUARIGLIA, Carlos E. *Presunción de Constitucionalidad de las Leyes*, pág. 173.

partir de la delimitación fáctica y jurídica elaborada por las partes -caso concreto-, optó por la interpretación adecuada al programa constitucional.

IV. CONCLUSIONES

Desde una visión crítica de los fenómenos que vienen de describirse, se ha señalado que “.. *la interdisciplinarietà, ha colocado al Derecho en la posibilidad de efectuar metalec-turas ideológicas de su propio discurso, lo que permite descomponer aquellas otras -pienso- meramente descriptivas que del mismo se hacen; adoptando teorías que reformulan el concepto de fuente de producción del Derecho y lo que es más serio, recalifiquen el concepto de Estado de Derecho, modificando con ello, las estructuras más profundas de la ciencia jurídica, aspecto éste en el que hay que manejarse con sumo cuidado y en donde todas las precauciones que se tomen son sin duda, pocas*²¹”.

Similares prevenciones figuran en los estudios de Chaumet y Meroi, respecto al constitucionalismo como una posible “*luz verde*” al quehacer jurisdiccional, así como los peligros que supone el juez “*Eróstrato*”²². Al respecto, los citados doctrinarios plantean, como necesario límite al quehacer jurisdiccional -lo menos-, el incremento de las garantías dadas por un proceso contradictorio²³.

Evidentemente que se impone la prevención ante la amplitud de los poderes del Juez, consecuencia inherente de un redimensionamiento de las fuentes normativas aplicables a la resolución de los casos.

En la misma orientación, dicho aumento en los poderes del juzgador, no puede confundirse como una vía libre hacia la arbitrariedad. Así, resultaría inadmisibles que un Juez en base al derecho a la vivienda -constitucionalmente tutelado-, no proceda a realizar desalojos, o que, atendiendo a la especial consideración que merece la familia en la Constitución, no disuelva los vínculos matrimoniales.

En efecto, tal como lo han entendido Chaumet y Meroi, el efectivo contradictorio aparece como límite necesario e ineludible al quehacer jurisdiccional, aunque no el único, en tanto, una visión exclusivamente procedimental, no resulta suficiente para erradicar o justificar la arbitrariedad.

En consecuencia, se instala con particular relevancia la necesaria fundamentación y argumentación de las sentencias, como límite de racionalidad, ante los eventuales

²¹ MELIANTE GARCÉ, Luis. “La constitucionalización del Derecho. El “neoconstitucionalismo” entre luces y sombras. Su vinculación con la nueva teoría de la argumentación” en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 5, pág. 44.

²² Los autores refiere a la historia del personaje griego que incendió el templo de Artemisa en Éfeso - una de las siete maravillas del mundo antiguo-, con la única finalidad de obtener notoriedad, a partir del cual se forjó el complejo de Eróstrato, consistente en el trastorno de personalidad por el cual un individuo intenta sobresalir a cualquier precio (ver: Chaumet, Mario E. y Meroi, Andrea. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado” en *Prensa*, [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf) (consulta realizada el 27 de julio de 2016).

²³ CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea. “¿Es el derecho un juego de los jueces?” en *La Ley*, 2008, sección doctrina, págs. 717 y sigtes; de los mismos autores: “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado” en *Prensa*, cit.

desbordes que podrían propiciarse a través de la ampliación de las fuentes normativas que informan al quehacer jurisdiccional, comprendido este último, no en abstracto, sino como la solución del caso concreto, con todo lo que ello conlleva.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, Doxa, Universidad de Alicante, 2001.
- AÑÓN, María José. “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 40, Universitat de Valencia, 2002, págs. 25-36.
- ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, 2013.
- AVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del Estado legal al Estado constitucional de derechos y justicia” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, págs. 775-793.
- CARNELLI, Santiago. “Actividad del Juez en la creación e interpretación del Derecho” en *Revista Judicatura*, N° 43, Montevideo, abril 2005, págs. 169 - 186.
- CEA EGAÑA, José Luis. “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, t. I, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, págs. 43-56.
- CHAUMET, Mario E. y Meroi, Andrea. “¿Es el derecho el juego de los jueces?” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, 2008, págs. 717 - 729.
- CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho vigente” en *Prensa*, extraído del sitio web [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf) (consulta realizada el 27 de julio de 2016).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ta. Edición, Trotta, Madrid, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” en *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, págs. 86-108.
- GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo. Código y Ley Especial*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2012.
- GAMARRA, Jorge. “Formalismo jurídico interpretativo a partir del estudio de una sentencia “ilegal” en *Tribuna del Abogado*, N° 187, Montevideo, marzo-abril 2014, págs. 16-18.
- GHILLERME MARINONI, Luiz. “Aproximación crítica entre las jurisdicciones del *Civil Law* y del *Common Law* y la necesidad de respeto de los precedentes”, traducción de Christian Delgado Suárez, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, págs. 1.013-1.036.
- GUARIGLIA, Carlos E. *La Presunción de Constitucionalidad de las Leyes*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. “A propósito del Neoconstitucionalismo” en *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 68, 2014, págs. 149-173.
- GUTIÉRREZ, Adrián y ODRIOZOLA, Miguel. “Reclamos de medicamentos y otras prestaciones de alto costo (Análisis jurisprudencial)” en *Estudios Multidisciplinarios sobre Derecho Médico y organizaciones de salud*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, págs. 277-297.
- MELIANTE GARCÉ, Luis. “La constitucionalización del Derecho. El “neoconstitucionalismo” entre luces y sombras. Su vinculación con la teoría de la argumentación” en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 5, Montevideo, 2008, págs. 21-46.

- MIRANDA, Héctor. *Las Instrucciones del Año XIII*, t. I, Colección de Clásicos Uruguayos, Montevideo, 1964.
- NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. “Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo de los derechos” en *Estudios Jurídicos*, N° 7, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2009, págs. 229-248.
- LANDA, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales” en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2011, págs. 17-42.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales” en *Derecho Administrativo y ponderación*, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 51-71.
- VAN ROMPAEY, Leslie. “Hacia una jurisprudencia principialista” en *Revista Judicatura*, N° 43, Montevideo, abril 2005, págs. 159-167.
- VAN ROMPAEY, Leslie. “El rol del juez en la sociedad moderna” en *Revista de Derecho Público*, N° 17, año 34, FCU, Montevideo, 2008, págs. 13-31.

Fecha de recepción: 2 agosto 2016.

Fecha de aceptación: 20 agosto 2016.

