

## MUTACIÓN E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN DOS CASOS URUGUAYOS\*

MARTÍN RISSO FERRAND\*\*  
mrisso@ucu.edu.uy

*RESUMEN: Partiendo de los conceptos de mutación constitucional y constitucionalismo viviente, se procura detectar sus semejanzas y diferencias, repasando las distintas variantes doctrinales que existen respecto a cada uno de ellos, lo que complica notoriamente su estudio. Luego de la reseña conceptual se plantean ciertas bases para el análisis de estos temas, y se traslada el estudio a los artículos 72 y 216 de la Constitución uruguaya. El autor concluye que respecto al artículo 72 se ha producido una evolución interpretativa propia de la noción de la constitución viviente, pero sin llegar a una mutación en sentido estricto. Distinto es el caso del artículo 216 respecto al cual sí se presenta un caso de mutación, aunque con algunos problemas.*

*ABSTRACT: Based on the concepts of constitutional mutation and living constitutionalism it is intended to identify their similarities and differences, reviewing the various doctrinal variants that exist with respect to each of them, which significantly complicates their study. After the conceptual review raised some bases for the analysis of these issues and the study moves to Articles 72 and 216 of the Uruguayan Constitution. The author concludes that regarding Article 72, there has been an interpretative evolution of the notion of the living constitution, but without a mutation in strict sense. Unlike the case of Article 216 in respect of which a case of mutation occurs, albeit with some problems.*

*PALABRAS CLAVE: Reforma constitucional. Mutación constitucional. Constitución viviente.*

*KEYWORDS: Constitutional reform. Constitutional mutation. Living constitution.*

### INTRODUCCIÓN

Decir que los cambios en nuestros tiempos se suceden a un ritmo vertiginoso es sin duda un lugar común, tanto la afirmación general, como una particular referida al Derecho. Especialmente en Derecho Constitucional el ritmo de cambios es tal que cuando aún no hubo tiempo de procesar y comprender algunos de ellos, ya aparecen nuevas cuestiones.

---

\* Trabajo recibido el 6 de octubre de 2016 y aprobado el 17 de mayo de 2017.

\*\* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay.

Dentro de la polémica y criticable expresión de “neoconstitucionalismos” encontramos cambios que no significan más que una forma de aproximación a la interpretación constitucional<sup>1</sup> (basada en nuevas visiones del fenómeno constitucional), con consecuencias trascendentes. En esta línea podría mencionarse al “Estado constitucional de Derecho”<sup>2</sup>. Pero también aparecen nuevos constitucionalismos que requieren reformas constitucionales poniendo en tela de juicio, a veces en forma novedosa y otras con más insistencia, ciertos paradigmas que parecían consolidados, como el principio de separación de poderes clásico, el control judicial de la actuación de los gobernantes, en especial respecto a las leyes y a la posibilidad de que sean desaplicadas si son consideradas inconstitucionales, etc. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por su parte, ha impactado fuerte en el Derecho Constitucional, cambiando la relación de éste con el internacional, alterando el principio de jerarquía normativa, desarrollando jurisdicciones internacionales o supranacionales en materia de Derechos Humanos, entre otros cambios. Asimismo, el Derecho Internacional y los procesos de integración plantean complejos problemas dentro de lo que algunos llaman “constitucionalismo multinivel”. Y podría seguirse con la lista de los cambios que se vienen presentando.

Pero junto con estos problemas nuevos se mantienen sin solución definitiva otros temas, más antiguos, que quizás podrían algunos ser calificados como clásicos. ¿Cómo y quién debe realizar el contralor de la regularidad constitucional de las leyes? ¿Cómo se relacionan los poderes políticos y el judicial y cuáles son las fronteras entre la labor de unos y otro? Y muchos más.

También dentro de estos problemas antiguos aparece la cuestión de la mutación constitucional o la interpretación no originalista o evolutiva (dentro de la noción de constitución viviente o vinculado a ésta). Y sin perjuicio de nuevas facetas de estos problemas, como es el caso de la incidencia de los procesos internacionales a los efectos de las mutaciones constitucionales internas o, incluso, la propia noción de mutación en lo que refiere a las propias normas internacionales, el fenómeno de la mutación sigue sin acercarse a una solución que al menos logre una mayoría de opiniones en un sentido determinado y, muchas veces, se trata de un fenómeno olvidado o eludido por muchos autores.

La noción de mutación constitucional y la interpretación evolutiva tiene claros puntos de contacto, aunque también diferencias. Ambas tienen como problema

---

<sup>1</sup> CASAL (2015), pp. 29 y ss.

<sup>2</sup> ZAGREBELSKY (2007), pp. 16 y ss.

central las dificultades a los efectos de determinar cuáles son los límites. A su vez hay dos hechos que complican el estudio, por un lado, no hay un único concepto de mutación ni de interpretación no originalista y, por otra parte, los fuertes cuestionamientos que una y otra noción reciben.

En este trabajo no se pretende realizar un análisis exhaustivo de estas nociones, lo que demandaría un estudio sumamente extenso, sino que, aprovechando los principales desarrollos contemporáneos, se procurará analizar estas nociones sobre dos disposiciones de la Constitución uruguaya, los artículos 72 y 216, que bien podrán encasillarse, con las dificultades consiguientes, dentro de la noción de mutación constitucional o dentro de una visión evolutiva o constitución viviente.

Una precisión terminológica es necesaria. En razón de que la expresión mutación tienen distintos significados según los autores, en este trabajo, y sólo a los efectos de evitar confusiones, referiré: a) a mutaciones en sentido estricto, para aludir a las mutaciones que implican una contradicción con la Constitución (o sea, son contrarias al texto constitucional), b) mutaciones impropias, para referir a modificaciones profundas en la interpretación dominante, pero que no llegan necesariamente a ser inconstitucionales (incluso pueden ser necesarias o aconsejables), y c) mutaciones sin calificativos para referir a las dos anteriores.

Asimismo, es bueno destacar que no se realizará un estudio desde la Teoría General del Derecho ni desde la Filosofía de Derecho, sino que el enfoque será el propio del Derecho Constitucional.

## PLAN

A los efectos de lograr el objetivo mencionado se procederá, en primer término, al análisis de los conceptos de mutación e interpretación evolutiva (o no originalista o en el marco de la constitución viviente). Las dos nociones se analizarán por separado procurando ver las principales variantes que cada una presenta, sus diversos fundamentos y las dificultades a la hora de fijar los límites.

A continuación, se procurará ver las semejanzas y diferencias entre ambas nociones, señalando casos que podrían ser encuadrados en ambas nociones, en una, o en ninguna de ellas y se intentará una aproximación al problema central en la materia: cuáles son los límites a la mutación y a la constitución viviente.

En tercer lugar, y admitiendo al menos como hipótesis de trabajo que la mutación en sentido estricto existe y que la interpretación evolutiva que modifique la Constitución puede ser aceptable, se procurará focalizar el problema central, que no es otro que los límites que ambas nociones tienen, o mejor, cuándo son válidas.

Luego de realizado un análisis crítico de lo anterior, se procurará precisar sobre qué bases se encara el tema, y se procederá al estudio de las dos disposiciones de la Constitución uruguaya ya mencionadas.

Las dos principales cuestiones a resolver son a) si el artículo 72 de la Carta uruguaya ha mutado válidamente o si ha sido objeto de una interpretación evolutiva ajustada a derecho (con una fuerte incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos); y b) si el artículo 216 ha mutado y hoy no resulta aplicable (habría sufrido una suerte desuetudo). No es necesario señalar que se procurará llegar a respuestas consistentes con la Constitución uruguaya y que, pese a partir de dos casos concretos, permita dar alguna solución o línea de análisis para los problemas generales de la mutación y la constitución viviente o cambiante.

#### ORIGINALISMO Y NO ORIGINALISMO

La interpretación de la Constitución presenta diferencias con la hermenéutica infraconstitucional. Hay muchos problemas y soluciones que no están expresamente establecidos en la Constitución (puntos sobre los que el constituyente no ha querido pronunciarse o no ha querido hacerlo con límites muy precisos, dejando un margen de decisión variable para el ordenamiento inferior). Y muchas veces la interpretación constitucional refiere a temas muy sensibles como la determinación de si el Gobierno tiene justificación suficiente para disponer algo. Pese a estas dificultades es evidente que la Constitución debe ser interpretada<sup>3</sup>. No llama entonces la atención que SAGÜÉS, comience su libro sobre interpretación constitucional señalando la interminable gama de tendencias y vicios de las interpretaciones constitucionales: gramaticalistas, historicistas, finalistas, originalistas y no originalistas, conservadora o progresista, e incluso las interpretaciones tramposas, etc.<sup>4</sup>

La controversia entre lo que podríamos llamar el originalismo (o interpretivismo) y el no originalismo (o no interpretivismo), es antigua y en las últimas décadas el debate ha sido especialmente intenso en Estados Unidos, seguramente en razón de la antigüedad de la Constitución en vigor (1787). El originalismo postula que los jueces deben resolver los casos ateniéndose a las disposiciones establecidas en el texto o claramente implícitas en la Constitución escrita. La otra posición va más allá de las referencias anteriores y la interpretación puede basarse en disposiciones que no aparecen dentro del texto constitucional.

---

<sup>3</sup> CHEMERINSKY (2006), pp. 15 y ss.

<sup>4</sup> SAGÜÉS (2006), pp. 1 y 2.

Pero no hay una única categoría que refleje el originalismo, sino que, como señala CHEMERINSKY, aparecen distintas posiciones: unos prefieren fundamentalmente el respeto al texto escrito; otros apuntan a la intención de sus redactores; y otros, como SCALIA se focalizan en el significado original de las disposiciones constitucionales, entendiendo que este significado debe buscarse en las prácticas históricas y pensamientos del tiempo de creación de la disposición y no en la visión de los redactores. Considera SCALIA que la Constitución es fija y no cambia.<sup>5</sup> E incluso aparecen originalismos estrictos y otros moderados, lo que genera puntos de acercamiento entre las dos posiciones enfrentadas.

También dentro de la *Constitución viviente* hay diversas variantes. Algunos consideran que el texto es un límite a la evolución interpretativa, pero otros aceptan soluciones que implican directamente la mutación constitucional.

STRAUSS<sup>6</sup> define la *Constitución viviente* como una Constitución que se desarrolla, que va cambiando con el tiempo, se adapta a las nuevas circunstancias sin necesidad de ser formalmente modificada.

Tres ejemplos se citan habitualmente en este punto: A) La segunda enmienda a la Constitución de USA, del año 1791, consagra el derecho a tener armas para la defensa propia, pero lo hizo en una época en que existía una sociedad rural, con armas primitivas y en que la gente y sus armas se movilizaban poco. Era una sociedad homogénea y pequeña. Pero no se puede saber si los Padres Fundadores estarían dispuestos a permitir las armas en la actualidad, con una sociedad inmensa y no homogénea, con servicios de seguridad razonablemente efectivos y con armas extraordinariamente peligrosas. B) La enmienda 14, cuando fue adoptada en el siglo XIX, no fue pensada para prohibir la segregación racial en las escuelas, como decidió luego la Corte WARREN (1954 y 1955). C) La enmienda 8 prohíbe los castigos crueles e inusuales y cuando se estableció no se consideraba a la pena de muerte como comprendida en dicha prohibición. La cuestión es ¿hay que mantener el criterio original de estas enmiendas en nuestros días? ¿La interpretación es originalista o no originalista?

La realidad demuestra, sin margen de dudas o discusión posible, que la interpretación constitucional va cambiando. Negar este cambio sería como negar la ley de gravedad, podrá no gustar, podrá postularse la separación absoluta del mundo del ser y el del deber ser, pero no se puede negar. Ni los originalistas lo

---

<sup>5</sup> SCALIA (1998).

<sup>6</sup> STRAUSS (2010), p. 2.

hacen en todos sus términos. La pregunta a continuación es, necesariamente, cómo sobrevive el originalismo ante una realidad que destruye sus postulados en forma tan evidente. STRAUSS<sup>7</sup> da tres razones: (a) Primero, pues se supone naturalmente que la interpretación constitucional debe ser consistente con el texto. Rutinariamente cuando se interpreta la Constitución se piensa en qué pensaron los autores y cómo entendieron sus palabras. (b) La segunda razón es que el originalismo no es actualmente una forma de interpretación constitucional sino una retórica “*trope*” (*rethorical trope*). La gente defiende una posición atribuyéndola a los fundadores, pero sin demostrarlo. (c) La tercera razón radica en que el originalismo no tiene un competidor, pues la noción de *living constitution* es infinitamente flexible e indeterminada<sup>8</sup>.

Efectivamente las debilidades de la noción de la *Constitución viviente* son claras y serias: es un concepto muy vago y puede dudarse de su condición democrática. Lo primero es evidente, en tanto ocasiona enormes dudas en cuanto a cuál es la interpretación correcta de una norma. Y lo segundo también es cierto ya que, en cierta forma, se alteran las soluciones por sujetos que no gozan de legitimidad democrática. Pero de todas formas los argumentos anteriores no deben ser exagerados. No es cierto que el originalismo proporcione certeza y la Constitución viviente proporcione lo contrario. La tendencia originalista puede llevar a complejas discusiones jurídicas que quiten toda certeza a una disposición (se le atribuyen distintos significados o consecuencias), de la misma forma que dentro de la Constitución viviente se encuentran acuerdos que

---

<sup>7</sup> STRAUSS (2010), pp. 29 y 30.

<sup>8</sup> Para STRAUSS (2010), pp. 36 y ss., en general, hay dos formas de concebir el derecho: (i) Algunos consideran la ley esencialmente como una orden de un jefe, un dictador o un gobernante democrático (esta persona tiene derecho de prohibir algo por varios motivos; la ley es en definitiva un acto autoritativo y si uno quiere saber qué es la ley debe ver qué hizo el soberano, las palabras que el soberano ha usado. El originalismo responde a esta visión y la Constitución es ley pues fue dispuesta por *We the people*. (ii) Pero hay otra perspectiva, la del *common law*, que aparece como un gran competidor a la teoría del jefe. La autoridad de la ley no viene de una entidad con ese derecho, derecho a decidir, democrático o no democrático, sino que viene, en cambio, de la evolución de la ley generalmente aceptada por las sucesivas generaciones. Las reglas se desarrollan. En este esquema no puede saberse cuál es la ley analizando un simple acto autoritativo. El contenido de la ley lo determina la evolución de la disposición. Los contemporáneos inciden en la cuestión, pero continuando ese proceso evolutivo.

¿Cuál es la postura del intérprete en el *common law*? La primera postura que debe adoptar el intérprete es la *humildad* y la segunda la de un *cauteloso empirismo*. La humildad se materializa en el poder de la razón humana. Es una mala idea tratar de resolver algo por uno mismo. Hay que buscar ayuda en la sabiduría colectiva. En la gente que ha resuelto casos iguales, similares problemas, etc. Y la práctica es básica: ver cómo ha funcionado. O sea más justificaciones prácticas que teóricas. Es el sentido común basado en la experiencia.

dan a ciertas interpretaciones un grado muy alto de previsibilidad. Y tampoco puede catalogarse totalmente de antidemocrática la Constitución viviente, ya que responde a construcciones colectivas en que participan los tres poderes de gobierno, la sociedad a través de distintas formas (individualmente o a través de grupos) y el debate es abierto y público. La novedad interpretativa no se impone, sino que debe convencer<sup>9</sup>.

La polémica es clara y no está terminada: (a) El originalismo tiene a su favor la promesa de previsibilidad, de certeza y la limitación de los poderes de los jueces (sin exagerar en esto). Pero tiene en contra la realidad, una realidad tan fuerte que hace necesario que los propios originalistas deban apartarse de su teoría en muchos casos para reconocer una realidad que ya no pueden discutir ni cuestionar. El originalismo tiende a una interpretación conservadora (que puede ser buena o mala según el caso) y a mantener ciertas opciones políticas e ideológicas que vienen del pasado. (b) La noción de la Constitución viviente, en cambio, permite el desarrollo constitucional, la adaptación del texto a las nuevas realidades y necesidades (siempre, para algunos autores, teniendo el respeto al texto como límite), pero tiene el problema de la indeterminación. (c) La realidad nos muestra que a veces un mismo intérprete opta por perspectivas originalistas y otras veces por visiones no originalistas, y este cambio suele responder a las características del caso a resolver o a concepciones o ideas políticas, ideológicas, culturales, filosóficas, etc., que no puede dudarse que inciden, y mucho, en la interpretación constitucional.

Una variante, por demás interesante, dentro de esta polémica, la encontramos en lo que se ha denominado a veces como “originalismo viviente”. Uno de sus defensores, BALKIN<sup>10</sup>, ha desarrollado un método que denomina “texto y principios”, que requiere fidelidad al texto, pero al mismo tiempo permite ciertas construcciones. Este autor parte de que la Constitución aparece como un marco (*framework*), como un plan básico de políticas y cada generación se va moviendo dentro de él buscando la mejor adecuación a sus necesidades y valores. El sistema funciona en la medida en que unos ciudadanos tratan de persuadir a los otros sobre la interpretación adecuada; claro que esto no es fácil de lograr.

BALKIN distingue la interpretación en dos niveles o momentos: (a) La interpretación como “acertamiento” (una suerte de interpretación abstracta) y (b) la interpretación como “construcción” (una interpretación concreta para un caso

<sup>9</sup> RISSO (2011 A), pp. 73-76.

<sup>10</sup> BALKIN (2011), pp. 12 y ss.

determinado)<sup>11</sup>. Y da algunos ejemplos. Si debemos resolver un caso en que está en juego la “libertad de expresión” hay que definir primero el sentido constitucional del texto (por ejemplo, ¿a qué se refiere? ¿sólo a la expresión escrita u oral o también a la pintura, la música, etc.?). En este momento estamos en el acertamiento, en la tarea de comprender los términos constitucionales, su texto (incluyendo el contexto y la finalidad). (b) Pero luego, en la etapa de construcción, ya no se trata de determinar el significado de la Constitución, sino de saber cómo se aplica, cómo se instrumenta para casos concretos. Y en esta segunda etapa ingresan muchos tipos de argumentos que exceden los estrictamente jurídicos, como serían los históricos, consecuencias, precedentes, ideas políticas o sociales, etc. O sea, en la primera actividad el posicionamiento sería más originalista (aunque no exclusivamente), pero en la segunda hay más espacio para la evolución.

En esta segunda etapa, para este autor, debe distinguirse según el tipo de disposiciones que se precise interpretar. A veces la Constitución tiene reglas muy precisas (como la que establece cuántos años dura el mandato del Presidente y de los legisladores) respecto a las que poco espacio hay para la segunda etapa de interpretación como construcción. Pero otras veces aparecen disposiciones que contienen principios o lo que el autor denomina estándares, y es en estos casos donde opera la construcción para llegar a la solución de un caso concreto. Adviértase la inevitable distinción entre principios y reglas<sup>12</sup>. Para BALKIN su método debería llamarse “texto, reglas, estándares y principios”, pero lo considera muy largo por lo que postula el ya mencionado de “texto y principios”. Y corresponde insistir, pese a ser obvio, que la solución dependerá, en definitiva, de la capacidad de persuadir (y lograr la aceptación) en cuanto a cuál es la interpretación correcta.

No puedo detenerme más en este punto, sin perjuicio de señalar que entiendo más razonable la línea de BALKIN. A veces corresponderá recurrir a argumentos propiamente originalistas y en otros casos resultarán pertinentes los propios de la constitución viviente. Incluso, en muchos casos, la argumentación contendrá argumentos de una y otra visión<sup>13</sup>. Especialmente relevante, a mi juicio, resulta a) la distinción de BALKIN entre “acertamiento” o interpretación abstracta (pri-

---

<sup>11</sup> Otros autores utilizan la misma noción bajo la denominación de nuevo constitucionalismo. BENNET y SOLUM (2011).

<sup>12</sup> Me remito a RISSO (2011 b), pp. 34 y ss.

<sup>13</sup> Me remito a RISSO (2014), pp. 251-253.

mer paso), previa a la construcción<sup>14</sup>, y el momento posterior de creación de la solución para el caso concreto a resolver (segundo paso); b) la especial atención al contenido de las disposiciones constitucionales para ver el margen que da al intérprete (acá aparece, aunque este autor no la mencione en estos términos, la diferencia entre reglas y normas de principio), y c) el especial uso de la noción de marco o proyecto constitucional dentro del cual actúan las distintas generaciones.

## MUTACIÓN

No se podrá realizar una referencia específica a la evolución doctrinal del concepto de mutación, a sus diferencias, fortalezas y debilidades, pero, al igual que se hizo con el no originalismo, deben sintetizarse los aspectos más importantes.

La noción de mutación ha venido siendo objeto de estudio, en especial por la doctrina alemana, desde el siglo XIX. En general se menciona como uno de los precursores a LABAND, aunque en esta línea se encuentran JELLINEK, HELLER, HSÜ DAU LIN, STERN, HESSE, etc.<sup>15</sup>

Los distintos autores hablan de mutación para referir a modificaciones del contenido o significado de las disposiciones constitucionales sin cumplir con los procedimientos formales de reforma y, también, para aquellos casos de interpretación evolutiva o novedosa dentro del marco constitucional (otros hablan de proceso informal de reforma<sup>16</sup>). Ya mencioné al principio que para evitar confusiones terminológicas en este trabajo se hablará de mutación en sentido estricto, mutaciones en sentido impropio y mutaciones a secas.

Debe tenerse presente, a su vez, los problemas de la mutación con conceptos vecinos como la violación de la Constitución, los procesos de desconstitucionalización, la desvalorización de la Constitución, etc.<sup>17</sup>

JELLINEK, en su famosa conferencia de 18 de marzo de 1906, ampliada para su publicación, brinda conceptos básicos para ingresar en la cuestión, comenzando por una distinción:

“Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la

<sup>14</sup> Se trata de una construcción muy próxima a la “concretización” de HESSE, que se verá más adelante.

<sup>15</sup> Como ya adelanté es imposible, dado el objeto del presente trabajo, pasar revista a todos los autores.

<sup>16</sup> SANT’ANA PEDRA, (2012), p. 370.

<sup>17</sup> SAGÜÉS (2007), pp. 183 y ss.

Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”<sup>18</sup>.

“[...] así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación”<sup>19</sup>.

Agrega que no sólo el legislador puede generar mutaciones sino también la práctica parlamentaria, la administrativa y la de los tribunales.

Para este autor, la ley inconstitucional (inválida), si se reitera en forma constante, puede generar una mutación. Pero el desarrollo más interesante llega en el capítulo IV, que se titula “La necesidad como transformadora del derecho”, en que hablando de la “necessitas” señala:

“[...] “el *fait accompli* –el hecho consumado– es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente”.

[...] No solo en momentos cruciales de la historia de los Estados, también durante el curso de la vida normal de los mismos, esa *necessitas* puede surgir de manera sorprendente y transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución”<sup>20</sup>.

Y más adelante remata con una de sus frases más polémicas:

“El desarrollo de las Constituciones muestra [...] que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica”<sup>21</sup>.

GÖRAN ROLLNERT<sup>22</sup> ha destacado que los principales aportes de JELLINEK aparecen en el sentido de que a) la mutación opera mediante la interpretación de la

---

<sup>18</sup> JELLINEK, G., (1991), p. 7.

<sup>19</sup> JELLINEK, G. (1991), p. 15.

<sup>20</sup> JELLINEK, G. (1991), p. 29.

<sup>21</sup> JELLINEK, G. (1991), p. 84.

<sup>22</sup> GÖRAN ROLLNERT, G. (2014), p. 128.

Constitución que concreta sus preceptos en la práctica parlamentaria, administrativa y judicial y b) que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes será la garantía mayor frente a los desvíos inconstitucionales de otras autoridades.

Siguiendo con la evolución histórica de esta noción, SÁNCHEZ URRUTIA<sup>23</sup> señala los principales aportes de HBÜ DAU LIN, quien distinguió las mutaciones permitidas y exigidas por la Constitución (mutaciones impropias), de las otras que aun cuando sean indeseables e inconstitucionales (mutación en sentido estricto), resultan inevitables. El problema no sería las mutaciones formales si amplían o complementan el texto constitucional de conformidad y sin sobrepasar el sentido constitucional (son permitidas y exigidas). El problema son las mutaciones materiales que transforman el sistema o su significado y, por no respetar la literalidad de las normas, surge una incongruencia con el sistema de la Constitución. Pero cabe reiterar que, a pese a ser indeseables o inconstitucionales, muchas veces son inevitables o irresistibles. HBÜ distingue cuatro tipos de mutación: a) mutación por medio de la práctica estatal formal que no viola la Constitución, b) mutación por imposibilidad de ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución, c) mutación por medio de una práctica constitucional contraria a la Constitución y d) mutación de la Constitución por la vía de la interpretación.

Se aprecia de lo dicho que en la cuestión de la mutación aparece el problema de la separación del mundo del ser y el del deber ser, y que la mutación implica la incidencia definitoria del primero sobre el segundo en ciertos casos. Al igual que en la Constitución viviente, es claro que la realidad política, histórica, social, cultural, etc., tienen una incidencia directa en la cuestión de la mutación que en muchos casos no puede resistirse. Sobre el primer aspecto HELLER, analizaba el concepto de Constitución como realidad social, y entendiendo por organización la acción social concreta de dar fuerza a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo<sup>24</sup>. Más adelante, situándose en el mundo del ser y en el del deber ser, HELLER señalaba que, dentro del concepto de Constitución política total, debían distinguirse, como contenidos parciales de aquella, la Constitución no normada y la normada. La Constitución no normada aparece en el terreno de la realidad y está íntimamente vinculada con los similares valores culturales, de sangre, históricos, económicos, etc. La Constitución normada se sitúa en el terreno del deber ser, aparece como una normalidad de la conducta normada

<sup>23</sup> SÁNCHEZ, (2000), p. 126.

<sup>24</sup> HELLER, H. (1955), pp. 267 y ss.

jurídicamente o extrajurídicamente (por la costumbre, la religión, etc.). Las normas constitucionales son reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar. Sólo se valora positivamente, y se convierte en normalidad, aquella normalidad respecto de la cual se cree que es una regla empírica de existencia real, una condición de existencia ya de la humanidad en general, ya de un grupo particular<sup>25</sup>.

En síntesis, HELLER se sitúa en el mundo del ser y del deber ser, señalando que existen conexiones inevitables entre lo jurídico (deber ser) y lo real (lo político). Por lo tanto, distingue la Constitución no normada (real) y la normada (jurídicamente), y ambas integran el concepto de Constitución Política total.

En el mismo sentido LOEWENSTEIN<sup>26</sup> señalaba que:

“Desde un punto de vista puramente teórico –y con ello entramos en el tema propiamente dicho– una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadores”. [Pero ninguna Constitución] “puede prever el futuro; en el mejor de los casos, cuando esté inteligentemente redactada, puede intentar tener en cuenta desde el principio, necesidades futuras por medio de apartados y válvulas cuidadosamente colocados, aunque una formulación demasiado elástica podría perjudicar a la seguridad jurídica”.

[...] “cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas”.

Luego refiere a la distinción entre reforma y mutación, utilizando esta expresión en sentido amplio.

Si bien la posición mayoritaria parece ir en el sentido de admitir al menos alguna forma de mutación<sup>27</sup>, no han faltado quienes las han rechazado<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> HELLER, H. (1955), p. 271.

<sup>26</sup> LOEWENSTEIN (1970), pp. 164 y ss.

<sup>27</sup> DE VERGOTTINI (2000), pp. 191 y 192.

<sup>28</sup> HAURIOU (2003), p. 365. GÖRAN RELLNERT (2014), pp. 147 y 148. BREWER CARÍAS (2009), pp. 4 y ss. LÓPEZ, (2007), pp. 131 y ss. (critica fuertemente la que denomina doctrina moderna, y que acepta con gran facilidad la mutación, en especial la proveniente de órganos jurisdiccionales; entiende que una reforma intensa y radical del texto es posible, pero sólo dentro de los límites constitucionales). WOODS (2008).

Prescindiendo, lamentablemente y para ser coherentes con el objeto del presente trabajo, de profundizar en otras posiciones sumamente interesantes, parece apropiado centrar la atención en HESSE por la relevancia del autor, por ser más próximo a nuestros tiempos y por marcar algunas diferencias con las posiciones anteriores.

Konrad HESSE<sup>29</sup>, quien luego de definir el cometido caracterizante de la Constitución, la unidad política y del orden jurídico<sup>30</sup>, destaca que las constituciones no son más que letra muerta si no se incorporan a la conducta humana. La Constitución requiere que sea “realizada”, que se transforme en un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica. Esto no puede darse, por supuesto, sino que tiene que existir en la realidad. La fuerza normativa de la Constitución se encuentra condicionada a la posibilidad de realización de los contenidos de la Constitución.

La interpretación constitucional<sup>31</sup>, en sentido estricto, se plantea para HESSE cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente (donde no hay dudas no se interpreta) y su importancia deriva del carácter abierto y amplio de las constituciones. Los problemas de interpretación constitucional son más frecuentes que en otras ramas<sup>32</sup>. El cometido de la interpretación es hallar el resultado correcto constitucionalmente a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídica, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.

Para este autor<sup>33</sup> la teoría tradicional de la interpretación es insuficiente en la medida que:

---

<sup>29</sup> HESSE (2011), pp. 37 y ss.

<sup>30</sup> Para este autor la unidad política que debe ser constantemente perseguida y conseguida es una unidad de actuación posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto y, llegado el caso, mediante la coerción: es una unidad de tipo funcional. La unidad no significa coincidencia general o eliminación de diferencias. Dicha unidad no resulta imaginable sin la presencia de conflictos en la humana convivencia. Los conflictos evitan la rigidez, el inmovilismo y el estancamiento. La Constitución es el orden fundamental que fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Es un plan estructural básico. Pero la Constitución puede querer no someter a normas jurídicas un determinado tema o hacerlo bajo determinadas condiciones.

<sup>31</sup> Sobre la posición de HESSE, me remito a RISSO (2014), pp. 253 y ss.

<sup>32</sup> HESSE (2011), pp. 57 y ss.

<sup>33</sup> HESSE (2011), pp. 59 y ss.

El objetivo de la interpretación [constitucional] solo relativamente puede consistir en el descubrimiento de una “voluntad”, objetiva o subjetiva, preexistente en la Constitución. Dejando aparte lo discutible de los fundamentos de dicha tesis (que en último término se apoya en el dogma de la voluntad [...] que, por sí solo, no se basta ya para una comprensión de la Constitución moderna), como punto de partida implica un encubrimiento de la situación auténtica. Pues en los supuestos en los que la Constitución no contiene un criterio inequívoco, lo que equivale a decir en todos los supuestos de interpretación constitucional, propiamente ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión, habiéndose limitado a proporcionar una serie más o menos numerosa, pero incompleta, de puntos de apoyo de aquella. Allí donde no se ha querido nada de modo inequívoco, resulta imposible descubrir una voluntad auténtica sino todo lo más una voluntad supuesta o ficticia. [...]

Para este autor, las reglas tradicionales de interpretación sólo ofrecen una explicación parcial acerca del modo y manera como se construye la interpretación constitucional. Y agrega que la interpretación constitucional es “concretización”<sup>34</sup>:

[...] tiene un carácter creativo: el contenido de la norma solo queda completo con su interpretación [...]. La concretización presupone la “comprensión” del contenido de la norma a concretizar<sup>35</sup>. La cual no cabe desvincular ni de la “pre-comprensión” del intérprete ni del problema concreto a resolver [...].

El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *pre-comprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la “cosa” [...].

Para HESSE, salvo en un enfoque exclusivamente conceptual, no es posible separar la interpretación constitucional del problema concreto a resolver. No existiría interpretación constitucional desvinculada de los casos concretos.

Aproximándose ahora a la mutación, y luego de recordar que la mutación es mayoritariamente admitida por la doctrina (aunque sin mayores explicaciones), recuerda que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado que un precepto constitucional puede sufrir un cambio de significado “cuando en un ámbito surjan nuevos hechos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de una inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un

---

<sup>34</sup> HESSE (2011), pp. 65 y ss.

<sup>35</sup> HESSE (2011), pp. 63 y ss.

significado o en una nueva relación” (BVerGE 2, 380). HESSE señala que muchas veces las mutaciones que se invocan no son tales, sino que derivan de regulaciones abiertas y flexibles que fueron concebidas por el constituyente como susceptibles de adecuarse a circunstancias diversas y cambiantes. Acepta que la mutación implica una modificación del significado de una disposición constitucional que no va acompañada de la reforma formal del texto (este se mantiene inalterado), pero agrega una diferencia con la doctrina mayoritaria anterior, y es que no admite que se quite de la mutación la exigencia de duración temporal de la práctica inconstitucional, ni que se afirme que el apartamiento del texto debe haber sido inconsciente<sup>36</sup>.

Pero cuando HESSE llega a la afirmación de JELLINEK en cuanto a que “las normas jurídicas son incapaces de imponer efectivamente la distribución del poder político. Las auténticas fuerzas políticas se mueven según sus propias leyes, actuando con independencia de cualesquiera formas jurídicas”, entiende que esta conclusión es consecuente con el positivismo jurídico público del último cambio de siglo. La mutación era imposible si no se sacrificaba uno de los dos presupuestos metodológicos: la estricta separación entre Derecho y realidad, así como su consecuencia, la inadmisión de consideraciones históricas, políticas, filosóficas en el proceso de argumentación jurídica<sup>37</sup>.

HESSE no admite que se pueda “puentear” la Constitución y reitera su concepto de Constitución y de Carta realizada, para desembocar en el marco normativo de la Constitución. Es el texto de la Constitución, en especial su marco normativo (que por supuesto también debe ser interpretado teniendo como límite a la propia Constitución), el que aparece como límite a la mutación<sup>38</sup>. No hay una resignación total a la realidad, ni a las fuerzas irresistibles del proceso y fuerzas políticas, sino que se impone un límite. Fuera de ese límite la mutación implicará inconstitucionalidad y no podrá ser aceptada (sería un quiebre constitucional).

La posición de HESSE, creo que tiene un problema. No es aceptable la rendición absoluta e incondicional frente a la realidad, frente al hecho consumado. Pero tampoco puede invocarse, en forma exclusiva y terminante, el texto frente a las mutaciones, ya que, justamente, éstas existen y se oponen al texto<sup>39</sup>. No puede analizarse el fenómeno normativo exclusivamente, sino que debe completarse con

---

<sup>36</sup> HESSE (2011), p. 100.

<sup>37</sup> HESSE (2011), p. 103.

<sup>38</sup> HESSE (2011), pp. 109 y ss.

<sup>39</sup> GAMARRA (2014), pp. 57-66.

la realidad y ésta nos muestra que las mutaciones en sentido estricto han existido y existen y no llegan a constituir un quiebre constitucional. No se puede negar la realidad, pues implicaría un análisis exclusivo en el mundo del deber ser y se prescindiría de la Constitución no normada, realizada, etc. La cuestión es cuándo corresponde aceptar la existencia de una mutación en sentido estricto y no la determinación de sus límites.

#### MUTACIÓN Y CONSTITUCIÓN VIVIENTE

La mutación y la noción de Constitución viviente, si bien responden a formulaciones diversas y admiten matices distintos, se encuentran íntimamente vinculadas. Asimismo, y en ambos casos, la no existencia de conceptos únicos de cada noción complica extraordinariamente el estudio.

La Constitución viviente se desarrolla en una cultura jurídica que presenta dos características básicas: a) Constitución de más de dos siglos de existencia y b) dificultades importantes para lograr las reformas constitucionales (sin perjuicio de las 27 enmiendas aprobadas desde 1791 hasta nuestros días). En su génesis la Constitución viviente se aproxima a la mutación en tanto aparecen ambas como exigencias de la realidad (los cambios políticos, sociales, culturales, históricos, económicos, tecnológicos, etc.). De todas formas, en Estados Unidos la Constitución viviente es un problema, básicamente, de interpretación de la Constitución (será la interpretación correcta o no), mientras que en Alemania y en general en Europa, el verdadero problema de la mutación en sentido estricto refiere a que implica en principio, en general y con algunas excepciones, un problema de violación formal de la Constitución que de todas formas se acepta.

Otra cuestión vinculada a la mutación y al constitucionalismo viviente, refiere a la necesidad de “aceptación” o, en otras palabras, la mutación debe ser aceptada por alguien para ser considerada tal. En general, se acepta que tanto los órganos legislativos como los administrativos (el Ejecutivo), son quienes pueden establecer la interpretación potencialmente mutativa o aceptar la realizada con estas características. Pero serán los tribunales, en especial, si hay un órgano especial que concentre estas atribuciones, quienes definirán cuál es la interpretación mutativa o si ella fue aceptada. El rol final recae en los tribunales, lo que hace trasladable todas las dudas y problemas mencionados al analizar el originalismo contra el no originalismo<sup>40</sup>. De todas formas, y como se verá, tampoco puede cerrarse la

---

<sup>40</sup> GÖRAN RELLNERT (2014), p. 140. SAGÜÉS (2014), pp. 6 y ss.

aceptación a los órganos de decisión política y a los jurisdiccionales, sino que hay otros elementos relevantes.

Tanto en una u otra noción, pueden encontrarse casos en que no hay mayores problemas de legitimidad y la discusión sería una discusión de formas de interpretación. Si la Constitución da margen para la actividad del intérprete o desarrollos legislativos, administrativos y jurisprudenciales, no deberíamos hablar de mutación en sentido estricto (no hay modificación del significado de las disposiciones constitucionales si éstas son abiertas) y, en el caso de la Constitución viviente ocurriría algo parecido.

Pero esto no es nada simple y muchas cosas se superponen. Veamos el caso del “judicial review” en USA, por muchos mencionado como ejemplo de mutación<sup>41</sup>. Un dato evidente es que la Constitución de 1787 nada dice al respecto, pese a ser un tema que estuvo presente en la discusión previa a la aprobación de la Carta<sup>42</sup>. Sin perjuicio de algún antecedente<sup>43</sup>, fue en 1803, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció en el caso “MARBURY v. MADISON”<sup>44</sup>, que se produjo el nacimiento judicial del contralor de la constitucionalidad de las leyes. El Juez John MARSHALL individualizó tres cuestiones a resolver: a) ¿el demandante es titular del derecho que reclama?; b) si tiene dicho derecho y ha sido violado: ¿el ordenamiento del país le da remedio adecuado?, y c) si hay remedio, debe determinarse si el *writ of mandamus* (orden concreta a las autoridades: es un mandato para que se haga algo) es la salida apropiada. En la esencia de los derechos humanos está el derecho de todos a reclamar la protección judicial.

Sin detenerme en el peculiar orden de las preguntas formuladas, que dejó para el final la cuestión de la competencia de la Corte, y las implicaciones políticas, algunas muy claras y otras no tanto, que rodearon el caso, debe repararse en que MARSHALL dio una respuesta afirmativa a las dos primeras preguntas (el demandante era titular de un derecho y el remedio debía existir, ya que de lo contrario no se trataría de un derecho), pero respecto a la tercera cuestión, encontró una contradicción (discutible) entre la Constitución y la ley que le había dado competencia a la Corte Suprema para conocer en este tipo de demandas y, ante esto,

<sup>41</sup> LOEWENSTEIN (1970), p. 167. HESSE (2011).

<sup>42</sup> HAMILTON *et al.* (1999), pp. 310 y ss.

<sup>43</sup> En 1780, el Juez IREDELL había planteado una argumentación parecida a la de MARSHALL, pero quedó en minoría en la Corte Suprema.

<sup>44</sup> SULLIVAN y GUNTHER. (2004), pp. 4 y ss. McCONNELL, M. (2004), pp. 13 y ss.

dedujo que en caso de contradicción entre la Constitución (la ley superior de la tierra) y una ley debía aplicarse la primera y no la segunda.

¿Se debe hablar de mutación en sentido estricto en este caso o, por el contrario, se trata de un desarrollo lógico o deducción de algo implícito en el sistema constitucional y derivado de que la Constitución es la norma superior que no debe ser dejada de aplicar por la existencia de actos inferiores que la contradigan? ¿No es esto lo que siempre hacen los tribunales (determinar el ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto, interpretarlo y resolver eventuales contradicciones que puedan presentarse)? Pese a no ser la posición mayoritaria, entiendo que, el caso mencionado, no implica una mutación constitucional en sentido estricto en la medida que no se está cambiando el significado de la Constitución. Podrán sí los originalistas sostener que no es claro que el *judicial review* tenga base constitucional. O bien podrá sostenerse, con base en el “judicial restraint”, que los jueces deben autolimitarse en este tema. Pero no me parece que sea una mutación propiamente dicha. Y lo mismo ocurriría con la sentencia de la Corte Suprema en *Brown v. Board of Education*.

Lo anterior conduce a un punto muy complejo y es el problema de cómo se distingue cuando estamos ante una mutación o ante una interpretación novedosa. La primera reacción frente a una interpretación notoriamente innovadora, que choca drásticamente con la tradición interpretativa, es considerarla contraria a derecho y rechazarla. Pero el problema es que esa misma interpretación, que pudo haber sido rechazada o calificada de mutativa en un momento histórico determinado, luego se transforma en una interpretación de la Constitución aceptada como válida y, muchas veces, se la eleva a nivel de paradigma. Es más, en general, todos los grandes cambios jurisprudenciales, en un primer momento, fueron calificados de ilegítimos, contrarios a derecho, mutativos en sentido estricto (para referir a un exceso interpretativo que choca con las disposiciones vigentes), demostrativos de un activismo judicial, etc. Esto podría llevar a pensar en que para aceptar que estamos ante una mutación en sentido estricto debemos contar con la ayuda del pasaje del tiempo; es la perspectiva temporal la que permite dar respuestas más seguras a este tema.

#### LÍMITES CONSTITUCIONALES O DETERMINACIÓN DE CUÁNDO LA MUTACIÓN ES VÁLIDA

A partir de ahora me limitaré, como ya señalé, a analizar las mutaciones en sentido estricto, y el primer problema que aparece es el de determinar cuándo nos enfrentamos a casos de mutación en sentido estricto (o casos en que mediante

los desarrollos del constitucionalismo viviente se contraría directamente el texto constitucional) y cuándo no.

Algunos autores, como JELLINEK y HSÜ, entre muchos otros, ceden ante la realidad irresistible y dan primacía a ésta sobre el texto constitucional. Otros, como HESSE, no aceptan la mutación en sentido estricto, fuera del marco o proyecto constitucional, por lo que, para él, en este caso, estaríamos ante una violación constitucional que debe ser corregida por los medios habituales.

Pero cabe una tercera perspectiva, que no se rinde frente a la realidad ni hace primar el texto sobre aquélla en todos los casos. Con este enfoque, como se verá más adelante, más que establecer límites a la mutación, y reconociendo la existencia de mutación en sentido estricto, se buscan criterios para diferenciar la mutación en sentido estricto de los casos de violación de la Constitución.

Cumpliendo con los objetivos del presente trabajo (análisis de dos artículos de la Constitución uruguaya), y sin ingresar en la cuestión de fondo (aunque sí tomando posición al respecto), creo que la forma práctica de encarar esta cuestión sería sobre las siguientes pautas:

A) No es claro si la noción de mutación puede ser válida o aceptable en el derecho infraconstitucional o si sólo se presenta la cuestión a nivel constitucional. Pero sí es claro que la problemática de la mutación en la ley excede el objeto del presente trabajo. Tampoco se abordará las eventuales mutaciones de entidades supranacionales, sea respecto a Constituciones<sup>45</sup> o respecto a Convenciones.

B) Debe distinguirse entre mutación en sentido estricto y mutación impropia, teniendo presente que para determinar si estamos ante una mutación en sentido estricto o no, o frente a una interpretación evolutiva que es contraria al marco o texto constitucional, habrá dificultades importantes. Tratar de analizar la cuestión, cuando sea posible, en períodos más o menos extendidos puede aclarar muchas cosas.

C) El punto de partida no debe ser una rendición ante la realidad, sino la afirmación de la inconstitucionalidad.

Al igual que ocurre cuando nos enfrentamos a una revolución o golpe de estado que cambia, o pretende cambiar, el régimen constitucional, en la mutación en sentido estricto la cuestión no es la licitud o ilicitud de la mutación (esta es ilícita frente al derecho anterior). De la misma forma que no puede aceptarse que el mero ejercicio de la fuerza impuesto por los gobernantes o por terceros

---

<sup>45</sup> MENÉNDEZ (2012), pp. 41-98.

pueda servir para convalidar un nuevo orden constitucional, no puede aceptarse tan fácilmente la existencia de una mutación en sentido estricto<sup>46</sup>.

Frente a la revolución podemos dar dos respuestas extremas (sin perjuicio de infinitos matices) y decir: a) en términos de KELSEN<sup>47</sup>, que si los revolucionarios triunfan habrán sustituido el régimen constitucional o b) el régimen impuesto por las armas puede ser reconocido como válido sólo cuando cumpla con algo más (no basta la mera imposición por la fuerza). Aquí podría recurrirse, aunque no sean totalmente aplicables a casos aislados de mutación o reglas en particular, a la regla del reconocimiento de HART<sup>48</sup>, a las “convicciones colectivas” de CASSINELLI MUÑOZ<sup>49</sup>, y sólo en estos casos podría aceptarse la validez del nuevo orden.

Pensemos en casos reales, las dictaduras militares que se impusieron por las armas en casi toda América Latina en el tercer tercio del siglo pasado, que aniquilaron todo tipo de resistencia y se impusieron en cada país por períodos que en general superaron la década. ¿Eran regímenes legítimos que por las armas impusieron un nuevo régimen que debía considerarse válido o fueron gobiernos de fuerza que se movieron al margen de la Constitución? Pero la contracara podrían ser los procesos independentistas en América de los siglos XVIII y XIX, que fueron reconocidos como legítimos.

La respuesta a esto no depende de un análisis jurídico sino metajurídico, y será con la regla del reconocimiento o con las convicciones colectivas que se podrá encontrar la solución. En el primer caso (dictaduras del siglo XX), en general, la respuesta será la invalidez de su orden jurídico, pues fue impuesto por la fuerza sin lograr ni el reconocimiento ni la convicción colectiva. En el segundo caso la respuesta será la validez, pues sí se pueden apreciar estos elementos.

Volviendo a las mutaciones en sentido estricto parecería que, en la misma línea, sólo puede admitirse la mutación en sentido estricto cuando se cumpla con parámetros parecidos a los utilizados por HART o CASSINELLI y, en caso contrario,

---

<sup>46</sup> RISSO, M. (2015), pp. 319-338.

<sup>47</sup> KELSEN, H. (1949), pp. 122 y ss.

<sup>48</sup> HART (1963), p. 129 (distingue la ineficacia de una regla en particular de la inobservancia general de las reglas del sistema), p. 137 (la regla de reconocimiento última es la que da al sistema de reglas sus criterios de validez).

<sup>49</sup> CASSINELLI, H. (1985), pp. 11 y ss. (es la comprobación sociológica de que independientemente de que se compartan las soluciones constitucionales, existe relativo acuerdo y reconocimiento de que esa es la Constitución).

primará la solución de principio que es la inconstitucionalidad. No cualquier realidad puede aceptarse.

Este enfoque permite a) no rendirse desde el inicio frente a fuerzas políticas, sociales, económicas, etc., muy fuertes (lo que corresponde es defender la Constitución frente a toda aplicación patológica), pero b) no puede negarse que cuando el cambio cumpla con una suerte de regla del reconocimiento (no exactamente) o cuando existan suficientes convicciones colectivas, necesariamente, habrá que aceptar la mutación. Se puede luchar contra la ley de gravedad y ganarle a veces y en parte con la construcción de aviones, pero no se la puede ignorar ni invalidar.

También podría influir en este tema la costumbre (cuando es aceptada por el orden jurídico), en especial la costumbre negativa o desuetudo. Y, en algunos casos, podríamos encontrar argumentos en la propia Constitución que puedan llevar a aceptar alguna mutación en particular. Volveré sobre esto al analizar el artículo 216 de la Constitución uruguaya.

D) Además, debe hacerse referencia en este punto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), ya que su desarrollo en los últimos treinta años ha llevado o generado problemas de mutación constitucional en algunos países. Volveré sobre esto al referir al artículo 72 de la Constitución.

Incluso no puede perderse de vista que hoy podrían estarse planteando algunas cuestiones que pueden llegar a ser mutaciones del DIDH. Por ejemplo, respecto al valor que para un Estado tiene la jurisprudencia de la Corte IDH en casos en que dicho Estado no fue parte. En efecto, la CADH es clara en cuanto a la obligatoriedad para un Estado de la sentencia dictada en un proceso en que fue parte (haría cosa juzgada), pero los últimos desarrollos apuntan a que la jurisprudencia general de la Corte IDH, o sea, sentencias dictadas en procesos en que un Estado no fue parte, también serían obligatorias (haría cosa interpretada). Este proceso puede verse como una mutación de la propia Convención Americana.

E) Asimismo, como forma de encarar cada uno de los casos que se presenten, es oportuno recordar las pautas de BALKIN respecto a: a) la distinción entre el acertamiento (etapa primera del proceso interpretativo o una suerte de interpretación en abstracto), de la etapa posterior de construcción (o creación o incluso concretización en los términos de HESSE) de la solución para el caso concreto, y b) las características de las disposiciones constitucionales resultan básicas para demostrar el alcance y posibilidades que tendrá el intérprete (la distinción entre reglas –disposiciones que definen un supuesto de hecho y le atribuyen una consecuencia jurídica y que se interpretan básicamente mediante las técnicas de la subsunción– y normas de principio –disposiciones sin un supuesto de hecho o con un supuesto de hecho

abierto, mandatos de optimización en la terminología de ALEXY<sup>50</sup>, cuya aplicación se realiza mediante técnicas de armonización y ponderación).

Lo anterior, constituye las bases sobre las que se procederá al análisis de los artículos 72 y 216 de la Constitución uruguaya.

#### APROXIMACIÓN A LAS MUTACIONES EN URUGUAY

Las mutaciones, en general, no han sido objeto de estudios especiales. Son mencionadas por algunos autores en sus cursos sobre Derecho Constitucional, pero sin mayor profundización.

GAMARRA ha trabajado con mayor detenimiento el tema distinguiendo entre lo que denomina mutaciones fuertes y mutaciones débiles, y procurando una doble perspectiva, externa e interna. En este enfoque concluye en que no es admisible la mutación en sentido fuerte, pues están vedadas por el orden jurídico<sup>51</sup>. Nuevamente se aprecia la opción de hacer primar a la realidad o la perspectiva jurídico-formal; este autor se inclina por la segunda.

El trabajo más interesante en la materia se publicó en el año 2010<sup>52</sup>, en el que los autores, luego de profundizar en la noción de Constitución rígida y criticar los conceptos tradicionales en Uruguay, señalan casos de mutación constitucional que provienen de la actividad legislativa. Así mencionan el artículo 216 inciso 2, casos que agrupan genéricamente como mutaciones en la delegación de atribuciones legislativas en materia tributaria (dentro de este ítem destacan la fijación de alcúotas por parte del Ejecutivo y la designación de agentes de retención), delegación de atribuciones parlamentarias en materia de contralor, flexibilización de las facultades de contralor en materia de asociación del Estado con privados, creación de un ministerio por decreto del Poder Ejecutivo, incumplimiento de la técnica de presupuesto por programas y flexibilización en materia de deuda externa.

Salvo en el caso del artículo 216 inciso 2, que será analizado más adelante, no tengo el gusto de compartir que dichos ejemplos constituyan casos de mutación en sentido estricto. Pueden ser, y sólo alguno de ellos, casos de mutación impropia y, por ende, permitidas por la Constitución, pero no de mutación en sentido estricto (que modifique el texto o proyecto constitucional). En forma muy sucinta,

---

<sup>50</sup> ALEXY (2001), pp. 86 y ss.

<sup>51</sup> GAMARRA, (2014), pp. 57-66.

<sup>52</sup> BURSTIN *et al.* (2010), pp. 36-44.

pues las características de este trabajo impiden profundizar en este punto, cabe señalar: A) En lo que refiere a la delegación de atribuciones tributarias cabe decir que, si bien es cierto que la doctrina uruguaya tradicional ha impulsado una interpretación extrema de este principio de legalidad, no es la única visión ni la más acorde con la doctrina y jurisprudencia constitucional. En efecto, en general se ha aceptado que la remisión a la reglamentación sólo puede realizarse en casos en que existan razones técnicas o de oportunidad que la hagan necesaria y la condición es que surja de la ley el contenido, los poderes jurídicos, el fin y el alcance de la decisión legislativa. En este sentido entiendo que la remisión a la reglamentación, siempre que se establezcan topes o márgenes dentro de los cuales debe actuar el Ejecutivo, no vulnera necesariamente este principio de legalidad<sup>53</sup>. Consciente de que esta opinión es contraria a la doctrina tributarista tradicional, creo que debe, de todas formas, aceptarse como interpretación posible, lo que impide hablar de una mutación en sentido estricto. B) No comparto que la creación del Comisionado Parlamentario implique una novación constitucional, sino que se trata de un órgano asesor del Poder Legislativo como existen otros. C) La flexibilización de contralores en materia de asociaciones del Estado con privados, en principio, entiendo que se mueve dentro de las interpretaciones posibles dentro del marco constitucional, por lo que, si bien ha habido un cambio en las interpretaciones anteriores, las nuevas visiones no implican una transgresión o choque con la Carta (otra cosa es que hayan sido buenas). D) Idénticos comentarios merece la flexibilización en materia presupuestal y de deuda pública. E) En cuanto a la creación de un ministerio por decreto del Poder Ejecutivo (luego corregido por una ley posterior al advertirse el error) no creo que sea un ejemplo aislado de mutación, sino de violación de la Constitución y, por ende, el decreto fue absolutamente nulo (algo parecido ocurrió en 2004 con el Decreto N° 98/004 –referido al combate al tabaco–, también, absolutamente inconstitucional, y luego corregido por ley).

Existe coincidencia respecto al artículo 216 inciso 2 de la Constitución como caso de mutación en sentido estricto y a esta disposición se agregará el artículo 72 para el análisis que se realizará a continuación.

Digamos antes de continuar que, en el trabajo en análisis, resultan particularmente sugestivas las conclusiones a que llegan los autores<sup>54</sup>, especialmente en lo referente al análisis crítico de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

<sup>53</sup> RISSO (2011 b), pp. 77-98. SCHWABE (2003), p. 356. BULLOW (2001), pp. 753 y ss.

<sup>54</sup> BURSTIN *et al.* (2010), pp. 143 y ss.

## ARTÍCULO 72 DE LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA

La Constitución de 1918 incluyó el artículo 173 (actualmente artículo 72<sup>55</sup>) que dispone:

*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.*

Esta disposición encuentra sus antecedentes en la Enmienda IX de la Constitución de USA (que establece: *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*) y en el artículo 33 de la Constitución argentina que dispuso que: *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*.

En la actualidad, prácticamente todas las Constituciones latinoamericanas tiene disposiciones que, con algunas variantes de texto, deben reconocerse como similares o en sintonía con el artículo 72.

En sus orígenes, este artículo 72 parece haber tenido muy poco interés en la realidad. Aparentemente fue una de tantas disposiciones bien escritas, pero que no tenían ninguna consecuencia práctica. Y será luego, en los años cuarenta, con la obra de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, cuando la disposición adquirió interés básicamente académico.

Fue recién en los cincuenta, cuando Alberto Ramón REAL<sup>56</sup> (y luego José KORZENIAK<sup>57</sup> en los sesenta) confeccionó una lista de cuáles serían los derechos con rango constitucional por la vía del artículo 72, cuando esta disposición adquirió su sentido claro. Es interesante destacar que, salvo en lo relativo al derecho de resistencia a la opresión, estas listas de derechos fueron aceptadas como válidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Pero a finales del siglo XX el artículo 72 fue objeto de una “reinterpretación” importante. En efecto, ante el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el aporte fundamental del Derecho Comparado Latinoamericano

<sup>55</sup> Para evitar confusiones hablaré, a partir de este momento, siempre del artículo 72, refiriendo a la numeración actual.

<sup>56</sup> REAL (2005), pp. 35-83.

<sup>57</sup> KORZENIAK (1987), pp. 87 y ss.

(en especial las disposiciones constitucionales que otorgaban rango constitucional o supraconstitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos) y de la doctrina extranjera más prestigiosa, el artículo 72 uruguayo fue reinterpretado, en el sentido que dicha disposición constituía la puerta de ingreso, con rango constitucional, de todos los derechos contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>58</sup>. Se procedía así a una suerte de constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con base en textos provenientes de 1918 y que sin duda en ningún momento sugirieron a sus autores esta posibilidad<sup>59</sup>. Asimismo, se llegaba a la solución constitucional recogida en la mayoría de las Constituciones de América Latina, pero sin modificar la Constitución uruguaya.

Se advierte entonces cómo juega en la interpretación constitucional el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Comparado y el entorno cultural, que con nuevas concepciones va avanzando y procede a un incuestionable crecimiento constitucional. Hoy la Constitución es mucho que los 332 artículos y disposiciones especiales y transitorias que componen su texto: para empezar, agreguemos los derechos y garantías comprendidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero la cuestión no quedó con la “constitucionalización”, sino que, en el año 2005, por primera vez se postuló la compatibilidad de la Constitución con la noción de bloque de constitucionalidad de los derechos humanos o simplemente bloque de los derechos humanos<sup>60</sup>.

La Suprema Corte de Justicia, en sentencia de 19 de octubre de 2009, por primera vez ha referido a la noción del “bloque de los derechos humanos”, en lo que constituye una auspiciosa novedad para nuestro país, y una prueba de cómo la jurisprudencia en este caso confirma un desarrollo extraordinario de una disposición constitucional<sup>61</sup>.

Y por supuesto que el proceso evolutivo no ha terminado.

---

<sup>58</sup> El razonamiento era sencillo: a) el artículo 72 dice que, aunque no estén enumerados a texto expreso, tienen rango constitucional los derechos inherentes a la personalidad humana, b) el DIDH reconoce derechos humanos que resultan inherentes a la persona humana, a su dignidad, etc., c) la consecuencia es que presumimos que todos estos derechos son inherentes a la persona humana y, por ende, comprendidos en el artículo 72.

<sup>59</sup> CAJARVILLE (1996). RISSO (1999), pp. 61 y ss.

<sup>60</sup> RISSO (2015), pp. 114 y ss. (la primera edición de este libro fue en 2005). RISSO (2011 b), pp. 43 y ss.

<sup>61</sup> RISSO (2010), pp. 301-322.

Pero el producto de la interpretación constitucional no debe contradecir lo dispuesto por la Constitución formal. Por lo que es necesario analizar si el “bloque de los derechos humanos” es compatible con nuestra Constitución. En el pasado, procurando responder esta interrogante, señalé<sup>62</sup>:

A) Debe tenerse presente que la conclusión a la que se llegue en este punto estará directamente relacionada con el enfoque con el que el intérprete encare el problema. Esto, que algunos han llamado preinterpretación, refiere a algo previo, que no surge de la norma a interpretar, sino que responde a los paradigmas, presupuestos y cultura previa al acto a interpretar con que llega el intérprete. La persona que realiza la interpretación, por más que lo intente, nunca es plenamente neutral, sino que siempre iniciará la labor hermenéutica con algo previo y ajeno a la norma. En este sentido podemos diferenciar al menos dos posibles enfoques del tema:

a. Si se parte como hace algunas décadas de una noción extrema de soberanía, conforme la cual el titular de la soberanía (la Nación según nuestra Constitución) no tiene otros límites que los que surgen de la Carta, es evidente que, en tanto se respeten los procedimientos formales de reforma del artículo 331, se podrá modificar cualquier disposición en cualquier sentido que el soberano entienda pertinente. Con este enfoque tradicional, la respuesta a la interrogante [de si el bloque es compatible con la Constitución uruguaya] sería negativa y la interpretación de la Constitución se mantendría dentro de los parámetros tradicionales en nuestro país. No se podría admitir límites al ejercicio del poder constituyente que no surjan de la propia Constitución, ni que dicho poder sea ejercido fuera del artículo 331 de la Constitución.

b. Pero distinta será la respuesta si se parte de ciertos datos que a esta altura parecen ser incuestionables y que no deben ser obviados. Por ejemplo: ¿Sería legítima y aceptable una reforma constitucional que, cumpliendo con todos los requisitos constitucionales que se establecen para la reforma de la Constitución, reconociera menos derechos a las mujeres que a los hombres? ¿Sería legítima y aceptable una reforma constitucional, totalmente regular desde el punto de vista formal, que permita someter a la esclavitud a ciertos grupos minoritarios? ¿Deberíamos aceptar como legítima una norma constitucional que autorice la tortura de los individuos? ¿La noción tradicional de soberanía sirve hoy para aceptar esto? Las respuestas negativas a todas estas interrogantes ponen de manifiesto la crisis del

---

<sup>62</sup> RISSO (2011 b), pp. 31 y ss.

concepto tradicional de soberanía y que no puede utilizarse como excusa para el desconocimiento de los derechos humanos. El entorno cultural latinoamericano y occidental ha cambiado y esto no puede pasar desapercibido para el intérprete. Y el cambio es muy profundo. Asimismo, no puede pretenderse en materia de derechos humanos que el Derecho Internacional no tenga una importancia decisiva a la hora de interpretar la Constitución y menos que pueda prescindirse del orden internacional. Prescindir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy es tan injustificable como erróneo, y es evidente que su uso cambia todo el entorno interpretativo tradicional. Con este enfoque moderno, y fundamentalmente más ético y más protector de los derechos humanos, se caminará en un sentido totalmente distinto al del enfoque anterior.

B) Con las precisiones anteriores, y con el enfoque correcto que surge de ellas, se aprecia que la pregunta formulada no puede responderse como en el pasado sólo con base en los artículos 4 y 82 inciso 2 de la Constitución. Por el contrario muchas son las normas constitucionales que permiten (y conducen) a admitir una noción de soberanía más limitada y compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A mero título de ejemplo:

(i) Del artículo 7 y siguientes surge una clara vocación jusnaturalista de la Carta y, sin ingresar a discutir el jusnaturalismo en el ámbito doctrinal ni sus variantes modernas, es un dato que para la Constitución uruguaya los derechos humanos no son “creados” por ella misma, sino que son anteriores a la norma constitucional (ésta sólo se limita a reconocerlos), solución que coincide con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con la mayoría de las Constituciones americanas. ¿Cómo el artículo 331 podría autorizar la modificación de algo que para la Constitución está por encima de ella? ¿De algo que es anterior al propio ordenamiento jurídico?

(ii) Del artículo 72 surge con mucha más fuerza lo anterior y se abre la puerta para el ingreso de todos los derechos humanos de fuente internacional. ¿Puede el artículo 331 autorizar la modificación de algo que es inherente a la persona humana? ¿Se puede autorizar a que se separe lo que se reconoce como inseparable?

(iii) No puede pensarse hoy, en el siglo XXI, que, invocando una radical, extrema y anticuada noción de soberanía, nuestro país (cuya Constitución reconoce el Derecho Internacional Público) pueda apartarse de todos los compromisos internacionales asumidos y, en oposición a normas internacionales claras y en franca violación de lo que es el pensamiento de la comunidad internacional sobre lo que los derechos humanos son, pueda desconocer los derechos humanos o alguno de ellos.

En definitiva, una correcta interpretación de la Constitución nos demuestra que ella no impide en forma alguna la admisión de las nuevas concepciones (como el bloque de los derechos humanos) y la adecuada forma de compatibilizar el derecho interno con las normas internacionales de los derechos humanos. Es más, se impone claramente el enfoque moderno de estos temas en forma ineludible para el intérprete.

La pregunta ahora es la siguiente: ¿El artículo 72 de la Constitución ha sido objeto de una interpretación evolutiva, basada en las nuevas circunstancias, en los datos del DIDH y del Derecho Comparado, en las nuevas culturas y en las necesidades contemporáneas, o es una mutación en sentido estricto que ha modificado el texto constitucional sin cumplir con los procedimientos de reforma?

Ante esta pregunta se podrían ensayar una cadena de afirmaciones para uno u otro sentido, que se irían contestando recíprocamente. Por ejemplo: (i) podría decirse que la orientación constitucional conduce al intérprete hacia la mejor protección de los derechos humanos, por lo que las nuevas ideas e instrumentos jurídicos y jurisdiccionales, cuando van en esa línea, serían compatibles con el proyecto constitucional en materia de derechos humanos (reconocimiento de los derechos y garantías no establecidos a texto expreso y mayores estándares de protección), lo que iría en la senda de la admisión de esta reinterpretación como válida. Pero (ii) inmediatamente se aprecia que la aceptación del bloque implica aceptar, por ejemplo, que una disposición constitucional (referida a un derecho humano o a una garantía) no se aplique si hay una norma internacional que le dé mayor extensión o la proteja en mejor medida. O sea, se está alterando uno de los pilares del Derecho Constitucional uruguayo y aceptando la eventual postergación de normas constitucionales. (iii) Nuevamente, se puede argumentar que lo ocurre es que se aplica la directriz de preferencia de normas y se aplica la norma más favorable al derecho que es lo que se hace incluso en la aplicación de la Constitución y la ley (la Carta contiene una enumeración mínima de derechos y garantías y un sistema de estándares mínimos de protección de los derechos que pueden ser ampliados por acto supraconstitucional, constitucional o incluso legal). Y así se podría continuar en la cadena de argumentos y contrargumentos.

Pero más allá de dichos argumentos deberá reconocerse que esta reinterpretación está en el límite entre la interpretación evolutiva que se mantiene dentro de las pautas constitucionales (constitucionalismo viviente) y la mutación en sentido estricto.

Un dato de la realidad es que, con vacilaciones iniciales y marchas y contramarchas, esta es la posición que viene siendo “aceptada” por la doctrina y la jurisprudencia y avanza y se asienta sin mayores problemas. Esto nos conduce a la constatación de que más allá de si trata de una nueva interpretación de una disposición suficientemente abierta para permitir la nueva elaboración (en cuyo caso no habría problemas de legitimidad y debería aceptarse), si se considerara mutación en sentido estricto (se estaría alterando el texto constitucional) la cuestión no cambia. Y esto, en la medida que es muy claro que esta posición viene siendo *aceptada* en los distintos ámbitos (legislativos, administrativos, jurisdiccionales, doctrinales, etc.), por lo que deberíamos concluir que estamos ante una mutación en sentido estricto válida.

Por último, me permito una digresión. Esta disposición, con sus casi cien años en vigor, es una demostración clara de varias cosas: a) cómo estas disposiciones abiertas pueden permitir desarrollos interpretativos que hubieran sido imposibles de imaginar cuando la disposición se aprobó; b) cómo juega el “proyecto constitucional” (en este caso el lineamiento de la protección de los derechos humanos) permitiendo ciertas interpretaciones novedosas y prohibiendo otras; c) cómo una disposición constitucional abierta, sabia y bien redactada puede ser mejor que una solución precisa que se agote con el paso del tiempo, y d) la sabiduría de la disposición que permite desarrollos interpretativos importantes sólo cuando sea para aumentar el elenco de derechos humanos o para elevar los estándares de protección y nunca para lo contrario. Esto es, permite la evolución en la protección de los derechos humanos y nunca la involución.

#### ARTÍCULO 216 DE LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA

El actual artículo 216 de la Constitución dispone en el inciso 2º que:

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

Esta norma, pese a su claridad en cuanto a la prohibición que contiene, ha generado problemas interpretativos.

El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en forma constante y durante décadas, han incluido en leyes presupuestales y rendiciones de cuentas disposiciones que violentan la prohibición constitucional. La doctrina nacional ha señalado la inconstitucionalidad de la práctica de incluir en las leyes de presupuesto o

de Rendición de Cuentas, normas que nada tienen que ver con la materia presupuestal o que exceden el mandato del Gobierno<sup>63</sup>. Pero la Suprema Corte de Justicia<sup>64</sup>, por su parte, ha venido rechazando las solicitudes de declaración de inconstitucionalidad basadas en el inciso 2º del artículo 216 de la Constitución.

¿Cómo debe entenderse la situación actual? ¿El tema sigue siendo discutible? ¿Debemos seguir sosteniendo que la práctica legislativa y la jurisprudencia de la Corte son violatorias del artículo 216? Por supuesto que se puede seguir sosteniéndose lo mismo. Pero, entonces, ¿hoy podría abruptamente la Corte cambiar de criterio y comenzar a declarar la inconstitucionalidad de todas las normas legales (cientos) en infracción al artículo 216? ¿Sería esto compatible con la seguridad jurídica? ¿No sería contradictorio con miles de derechos adquiridos con base en las normas legales en cuestión interpretadas según el criterio tradicional de la Corte?

En efecto, la cuestión no debe analizarse sólo con la perspectiva de la mutación, sino que deben advertirse otros elementos que surgen del texto. Si se admitiera la imposibilidad de aceptar mutaciones en sentido estricto, en contra del texto, habría que concluir que la Suprema Corte podría, y debería, revisar su jurisprudencia y comenzar a declarar la inconstitucionalidad de los centenares de disposiciones legales que violaron esta norma constitucional a lo largo de muchas décadas. Pero esto afectaría: a) la certeza y la seguridad jurídica en la medida que la interpretación aceptada por más de sesenta años resultaría ahora abandonada y b) se podrían afectar miles de derechos adquiridos por los sujetos que, de buena fe, se vieron impulsados, por la actuación constante de las autoridades, a aceptar y confiar en una interpretación en particular. Sostener que se ha producido una mutación en sentido estricto y que ésta es inválida, afectaría varios derechos y valores constitucionales.

Además, estamos frente una mutación propiciada por los tres poderes de gobierno por más de sesenta años y salvo la doctrina especializada, aceptada (el cuerpo electoral, único competente para aprobar reformas constitucionales, ha tolerado esta situación en forma pacífica y reiterada). Adviértase, a su vez, que el artículo 216 inciso 2 no refiere a la protección de los derechos humanos ni a los lineamientos centrales de nuestra Constitución ni violenta el DIDH.

Entiendo que esta norma es el mejor ejemplo de mutación en sentido estricto en el derecho uruguayo.

<sup>63</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1946), pp. 183 y ss. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1965), p. 65. ESTEVA (1972), p. 69. ESTEVA (1990), pp. 299 y ss.

<sup>64</sup> Por ejemplo: sentencias 317-88 y 90-90, entre otras.

Pero todavía no debe olvidarse la enmienda constitucional ratificada en noviembre de 1994 que agregó a la Constitución una disposición especial y transitoria que estableció:

“V) Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 216 y 256 y siguientes de la Constitución de la República, declárase la inconstitucionalidad de toda modificación de seguridad social, seguros sociales, o previsión social (artículo 67) que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a partir del 1 de octubre de 1992. La Suprema Corte de Justicia, de oficio, o a petición de cualquier habitante de la República, emitirá pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración, lo que comunicará al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. Dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia”.

Esta disposición constitucional, de 1994, en forma implícita está ratificando la posición doctrinal respecto al artículo 216, en contra de la actuación del Legislativo, del Ejecutivo y de la Suprema Corte de Justicia.

La cuestión en 1994 y en los años siguientes a la reforma fue compleja, ya que perfectamente podía considerarse, como consecuencia de la reforma transcrita, que se reafirmaba la interpretación textual del artículo 216 (este tema fue advertido y discutido en el proceso previo al plebiscito constitucional de ese año). Pero la cuestión siguió incambiada, los tres poderes siguieron actuando como antes, por lo que hoy, si se pone el acento en la reforma de 1994, habría que considerar que, en los veintidós años transcurridos desde su aprobación, también se ha operado una mutación en sentido estricto.

## CONCLUSIONES

Más que como conclusiones, como síntesis o reflexiones finales, cabe decir:

1. Se partió en este trabajo de una distinción entre las que se llamaron mutaciones en sentido estricto (que implican una alteración irregular –inconstitucional– del texto de la Constitución) y las mutaciones en sentido impropio (referidas a variantes en la interpretación de las disposiciones constitucionales, novedosas, pero que no llegan a una contravención de la Carta). Asimismo, se distinguió entre la Constitución viviente cuando se contraviene el texto constitucional de aquellos casos en que la nueva interpretación es novedosa, pero no necesariamente contraria a la Constitución. El estudio realizado refirió a la mutación en sentido estricto y a la evolución interpretativa que contraviene el texto o el proyecto constitucional.

La distinción entre las mutaciones en sentido estricto y las impropias puede ser problemática, ya que lo novedoso e inaceptable hoy puede ser la interpretación más aceptada mañana. Esto conduce a pensar que conviene estudiar estos casos sobre períodos de tiempo razonablemente extendidos.

2. El punto de partida para el análisis de las mutaciones en sentido estricto debe ser su invalidez, ya que de otra forma se alteraría todo el sistema constitucional y no sería posible la distinción entre la mutación y la inconstitucionalidad.

3. De todas formas, se reconoce que, en casos excepcionales, se presentan situaciones en que la invocación de la inconstitucionalidad deja de ser razonable, ya que la realidad se puede manifestar con tal contundencia que el razonamiento jurídico formal no puede aceptarse.

4. Al igual que ocurre con los casos de revoluciones o golpes de Estado, la mera imposición de algo inconstitucional no puede ser aceptable, sino que la mutación para ser aceptable debe presentar algunas características básicas: a) extensión de la situación en el tiempo (de lo contrario no es posible distinguir entre inconstitucionalidad y mutación válida y bastaría con que alguien adopte una decisión inconstitucional y la presente como mutación), b) debe existir algún tipo de aceptación o respaldo de la situación, sea a través de la reiteración de la conducta, apoyo mayoritario a nivel doctrinal y jurisprudencial, etc., y c) la regla de reconocimiento de HART o la noción de convicciones colectivas de CASSINELLI, se transforman en elementos, quizás no aplicables en todos sus términos, pero sí relevantes y apropiados para determinar si existe o no “aceptación válida”, para guiar al intérprete en el análisis de los casos de mutación. En algunas ocasiones surgen de la propia Constitución elementos que apoyan la aceptación de la mutación como válida, como ocurre con el artículo 216 de la Constitución uruguaya, con el derecho a la seguridad jurídica y con la certeza jurídica.

Si no se cumple con lo anterior, no podrá aceptarse a la mutación como válida, sino que deberá ser considerada inconstitucional y desaplicarse.

5. En cuanto a la evolución interpretativa sufrida por el artículo 72 de la Constitución uruguaya, debe reconocerse que se encuentra en una zona límite entre la mutación en sentido estricto y la mutación impropia (en mi opinión, encuadra dentro de la segunda). De todas formas, en cualesquiera de las dos posiciones deberá considerarse como válida la actual interpretación de esta disposición. En el caso de considerarla mutación impropia, por ser ajustada a la Constitución (se avanzó en el ámbito que la propia disposición permite hacerlo) y, en caso de considerarla mutación en sentido estricto, en la medida que se ha cumplido con los requisitos mencionados en el punto anterior.

6. Respecto al inciso 2 del artículo 216 de la Constitución uruguaya, parece ser claro que se ha producido una mutación en sentido estricto y que ésta resulta válida. En efecto, están presentes todos los elementos necesarios para aceptar su validez y, a su vez, existen elementos constitucionales (derecho a la seguridad y la certeza jurídica, derechos adquiridos y buena fe) que reafirman la validez de la mutación.

7. Por último, en materia de derechos humanos, el orden internacional y la directriz de preferencia de normas, impedirá la exclusión de un derecho o que su protección se realice por debajo de los estándares mínimos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (2001): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BALKIN, Jack M. (2011): *Living originalism* (Kindle edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England).
- BENNET, Robert W. and SOLUM, Lawrence B. (2011): *Constitutional originalism. A debate* (Kindle, Cornell University Press).
- BREWER CARÍAS, Allan (2009): “La ilegítima mutación de la Constitución y la ilegitimidad de la jurisdicción constitucional: la ‘reforma’ de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional”, presentado en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima 2009), (disponible en 2016 en [www.brewercarias.com/content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41](http://www.brewercarias.com/content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41)).
- BÜLOW, Erico (2001): “La Legislación”, en *Manual de Derecho Constitucional*, (Segunda edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid), pp. 727-765.
- BURSTIN, Darío, DELGADO MANTEIGA, Serrana, FRANCOLINO, Leandro, GÓMEZ LEIZA, José, RODRÍGUEZ, GUZMÁN, SARLO, Óscar (2010): *La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible?* Montevideo (Edit. Facultad de Derecho, Udelar).
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (1996): “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996, pp. 155-179.
- CARBONELL, Miguel (2013): *Introducción General al Control de Convencionalidad*, (Edit. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México).
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María (2015): *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo* (Edit. Universidad Andrés Bello, Caracas).

- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio (1985): *Derecho Público*, (FCU, Montevideo), tomo I.
- CHEMERINSKY, Erwin (2006): *Constitutional Law, Principles and policies* (New York, Aspen Publishers).
- CHEMERINSKY, Erwin (2010): *The conservative assault on the constitution* (New York, Edit. Simon & Schuster, New York, London, Toronto, Sydney).
- DE VERGOTTINI, Giuseppe (2000): *Diritto Costituzionale* (Edit. Cedam, Padua), segunda edición.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo (1990): “Nuevamente sobre la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia respecto a la inclusión en las leyes presupuestarias o de rendición de cuentas de disposiciones comprendidas en las prohibiciones establecidas por el inciso 2 del artículo 216 de la Constitución”, en *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político* (tomo VII, N° 39, Montevideo), pp. 299-303.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo (1972): “Una errónea interpretación del inciso 2 del artículo 216 de la Constitución”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo (tomo 72, pp. 69-75).
- GAMARRA, Diego (2014): “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo”, en *La Justicia Uruguaya* (año LXXV, tomo 149, marzo de 2014, Montevideo), pp. 57-66.
- HAMILTON, MADISON, JAY (1999): *The Federalist papers* (Introduction and notes by Charles R. KESLER), (Edit. A. Signet Classic, New York).
- HART, H.L.A. (1963): *El concepto de Derecho* (Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires).
- HAURIUO, Maurice (2003): *Principios de derecho público y constitucional* (Edit. Comares, Granada).
- HELLER, Hermann (1955): *Teoría del Estado* (Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires).
- HESSE, Konrad (2011): *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid, Edit. Democracia y Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- JELLINEK, Georg (1991): *Reforma y mutación constitucional de la Constitución*, (traducción de Christian Förster), (Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid).
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (1965): “Una ley de presupuesto no puede extender a las Cajas de Asignaciones Familiares un privilegio procesal de la Administración Pública”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, (Montevideo, tomo 63), pp. 65-69.

- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (1946): *La Constitución Nacional* (Edit. Medina, Montevideo), tomo VII.
- KELSEN, Hans (1949): *Teoría General del Derecho y del Estado* (Editorial Universitaria de México).
- KORZENIAK, José (1987): *Curso de Derecho Constitucional 2* (FCU, Montevideo).
- LOEWENSTEIN, Karl (1970): *Teoría de la Constitución* (Edit. Ariel, Barcelona).
- LÓPEZ CADENA, C.A. (2007): “Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana: concepto, justificación y límites”, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid (disponible en 2016 el 10.7.2013 en <http://goo.gl/CTxH4>).
- MCCONNELL, Michael W. (2004): “The story of Marbury v. Madison Defeat Look Like Victory”, in DORF, Michael C., *Constitutional Law Stories* (Foundation Press, New York), pp. 13-31.
- MENÉNDEZ, Agustín José (2012): “La mutación constitucional en la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Nº 96, septiembre-diciembre 2012), pp. 41-98.
- REAL, Alberto Ramón (2005): “Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Los principios generales de Derecho en el derecho uruguayo y comparado* (FCU, Montevideo), pp. 35-83.
- RELLNERT LIERN, Göran (2014): “La mutación constitucional. Entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 101, mayo-agosto (2014), pp. 125-155.
- RISSO FERRAND, Martín (1999): “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución Uruguaya”, en *Derechos Humanos* (Edit. Amalio Fernández, Montevideo, 1999), pp. 61-71.
- RISSO FERRAND, Martín (2010): “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay* (Año 2010, Nº 8), pp. 301-322.
- RISSO FERRAND, Martín (2011 a): *¿Qué es Constitución?* (Montevideo, Edit. Universidad Católica del Uruguay).
- RISSO FERRAND, Martín (2011 b): *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, (FCU, Montevideo, segunda edición ampliada).
- RISSO FERRAND, Martín (2014): “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, en *Estudios Constitucionales* (Año 12, Nº 2, 2014, Talca), pp. 239-283.

- RISSO FERRAND, Martín (2015): *Derecho Constitucional, tomo I* (Montevideo, reimpresión, Edit. Fundación de Cultura Universitaria).
- SAGÜÉS, Néstor (2006): *La interpretación judicial de la Constitución* (Buenos Aires, Edit. LexisNexis).
- SAGÜÉS, Néstor (2007): *El concepto de desconstitucionalización* (disponible en 2016 en Internet [https://dialnet.com/index.php?url=la\\_gaceta\\_juridica/aniversario](https://dialnet.com/index.php?url=la_gaceta_juridica/aniversario)).
- SAGÜÉS, Néstor (2014): “La cláusula de las garantías. El artículo 43 de la Constitución Nacional a veinte años de la reforma de 1994”, en *XXI Encuentro argentino de profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* (disponible en 2016 en [www.cadprocesalconstitucional.com/publicaciones.html](http://www.cadprocesalconstitucional.com/publicaciones.html)).
- SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria (2000): “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 20, N° 58, enero-abril de 2000), pp. 105-135.
- SANT’ANA PEDRA, Adriano (2012): “Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura se relaciona con los cambios informales de la Constitución”, en *Estudios Constitucionales*, (Año 10, N° 2, Chile), pp. 369-390.
- SCALIA, Antonin (1998): *A matter of interpretation. Federal Courts and the law (with commentary by Amy Gutmann, Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin)* (New Jersey, Edit. Princeton University Press).
- SCHWABE, Jürgen (2003): *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán* (Fundación Konrad-Adenauer- Stiftung, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá).
- STRAUSS, David A. (2010): *The living constitution* (New York, Oxford University Press).
- SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald (2004): *Constitutional Law* (New York, Foundation Press, New York, New York, Thomson West).
- WOODS, Thomas E. y GUTZMAN, Kevin R.C. (2008): *Who killed the constitution. The fate of American Liberty from World War I to George W. Bush* (New York, Edit. Crown Forum).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2007): *El derecho dúctil* (Madrid, Ediciones Trotta).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

“Remolacheras y Azucareras del Uruguay (RAUSA) c/ ANEP. Acción de inconstitucionalidad”, Suprema Corte de Justicia, 1988, sentencia 317 de 19 de

diciembre de 1988, inconstitucionalidad, disponible en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, N° 28, Montevideo, pp. 404-407, IUE 42/88. “B.A., G.I. c/ ANEP. Excepción de inconstitucionalidad”, Suprema Corte de Justicia, 1990, sentencia 90 de 6 de agosto de 1990, inconstitucionalidad, disponible en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, N° 39, Montevideo, pp. 272-277, IUE 159/89.