

ARTURO E. SAMPAY

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO URUGUAYO^(*)

PREFACIO

Cada vez que he ceñido mi actividad intelectual en los límites del derecho positivo, me he ocupado de la magnífica institución del examen jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. En los comienzos de mi labor jurídica, en el año 1938, publiqué en Montevideo mi ensayo sobre “El contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en la Constitución uruguaya”. Después, en 1942, apareció en Buenos Aires otro estudio titulado “Los modos de promover el contralor de la constitucionalidad de las leyes en la provincia de Entre Ríos”. Publiqué otros dos estudios sobre el tema en los años subsiguientes, que en 1951 aparecieron recopilados en mi libro “Estudios de Derecho Público”.

En el año 1948 desarrollé intensivamente en mi cátedra de Ciencia Política, en el curso del doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata, el tópico de la superlegalidad constitucional; y entonces me ocupé, desde el punto de vista filosófico, de la institución que ahora estudio en este trabajo. En 1950, como Profesor de Derecho Constitucional de los cursos de Abogacía de la misma facultad, dirigí un trabajo colectivo de investigación sobre el examen de la constitucionalidad de las leyes en el orden federal argentino y en cada una de las provincias. Y ante los estrados de la Suprema Corte Nacional Argentina y de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, he intervenido como abogado en cerca de medio millar de juicios de inconstitucionalidad.

^(*) Publicado por Editorial Medina, Montevideo (Uruguay), 1957. La presente reproducción fue autorizada por el Dr. Arturo Enrique T. Sampay, hijo del autor, especialmente para *Contextos*.

Aquellos estudios doctrinarios y esta experiencia profesional permiten que ahora pueda tratar sintéticamente y con seguridad de juicio, la institución en el derecho uruguayo. Por eso, para intentar pagar con algo útil la familiar hospitalidad de los orientales y para no ocuparme en temas pertenecientes a la filosofía jurídica o política, que implican una toma de posición en problemas esenciales, polémicos y apasionantes, me decidí a escribir sobre el tópico precitado, pues, la jurisprudencia, la dogmática jurídica como se dice en nuestro tiempo, o sea, el estudio de cómo debe entenderse el derecho positivo para luego aplicarlo, es una disciplina adíadora, según la expresión acuñada por los estoicos: un saber indiferente a los juicios de valor; o, para expresarlo con el lenguaje de Gide, no es “literatura comprometida”. Y tal género de estudios resulta el más adecuado para quien está refugiado en patria ajena.

A.E.S.

Montevideo, 28 de junio de 1957

We are a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is...
Chief Justice Charles Evans Hughes

I. Conceptos de Constitución y de inconstitucionalidad de las normas jurídicas

1. Diversas especies de Constitución

A modo de acceso al tema expondremos el concepto de *Constitución jurídica positiva* del Estado, pues así se facilitará la comprensión del *instituto procesal* que aquí nos proponemos estudiar y cuyo objeto reside en salvaguardar la legitimidad constitucional de las normas jurídicas comunes.

El vocablo “Constitución” connota varios significados en la Ciencia Política. En efecto, en primer término, todo Estado tiene una *Constitución natural*; asimismo, posee una Constitución sociológica; por último, lo conforma una *Constitución jurídica positiva*, dictada en congruencia al aquí étnico-geográfico y al *ahora* histórico-sociológico de la Nación que organiza. Precisaremos el concepto de cada una de estas tres especies de Constitución para que resalte nítidamente la idea de *Constitución jurídica positiva*.

La *Constitución natural u ontológica* es la modalidad psíquica de un pueblo, o sea, está formada por los caracteres naturales que individualizan a ese Estado con respecto a los otros Estados pertenecientes coetáneamente a la misma civilización. Burke y De Maistre se referían a esta especie de Constitución cuando, en actitud polémica frente a la doctrina animadora de la labor constituyente de la Revolución francesa, expresaban que las Constituciones no pueden ser productos de fabricación humana sino obra de Dios, como que es el creador de las cosas naturales. Ambos, pues, confundían *Constitución natural* con *Constitución jurídica positiva*, ya que, en verdad, esta última es hechura de los hombres, aunque su confección debe acomodarse a las exigencias de la *Constitución natural*, como corresponde que el sastre corte el sayo a la medida del cuerpo. Pero, dicho sea también de pasada, en la aceptación de ese necesario condicionamiento de la *Constitución jurídica positiva* por la *Constitución natural* del Estado residía la razón valedera del ataque formulado por los nombrados filósofos a los doctrinarios del iluminismo, mentores de la Revolución francesa, pues ellos creían que la inteligencia del legislador puede suministrar *ex nihilo* una Constitución, igual que de la cabeza de Zeus nació Palas Atenea.

La *Constitución sociológica* es la estructura real de poderes, con sus modos y formas peculiares de sujeción social, existente en una cierta comunidad política durante una época dada. Esta estructura real de poderes surge del predominio de determinados sectores sociales. En cambio, los modos y formas de sujeción social —digamos formas de gobierno— son legitimados por las creencias políticas vigentes en esa coyuntura histórica. Si una *Constitución jurídica positiva* no concuerda con la respectiva *Constitución sociológica* del país que debe ordenar, se convierte en una mera “tira de papel”, según dice Fernando Lassalle, el autor que primero conceptuó las *Constituciones sociológicas*, por él llamadas *reales*, en su estudio titulado “Qué es una Constitución”.

2. *Noción y contenido de las Constituciones jurídicas positivas. Constitución jurídica positiva en sentido material. Constitución jurídica positiva en sentido formal. Constitución escrita o codificada. Constitución flexible y Constitución rígida. Parte dogmática y parte orgánica de las Constituciones jurídicas.*

En primer término, la *Constitución jurídica positiva* fija los fines de la comunidad política, que son la resultante de una conjunción del fin universal del Estado con las necesidades de la época y del lugar a los cuales se aplica ese fin absoluto. Además, demarca las relaciones del

poder político con los miembros de la comunidad sometidos a él. Por último, estatuye la organización y funciones de los órganos del Estado, estableciendo también los procedimientos para designar a las personas que ejercen las diversas funciones públicas.

La totalidad de las normas jurídicas que reglan las materias constitucionales que acabamos de determinar, cualesquiera que sean sus modos de establecimiento y las autoridades de donde dimanen, verbigracia, leyes, reglamentos, costumbres, forman la *Constitución jurídica material del Estado*. En cambio, la *Constitución jurídica formal*, por algunos denominada impropriamente *Constitución escrita* cuando más bien le convendría el nombre de *Constitución codificada*, comprende el conjunto de los preceptos constitucionales *ratione materiae*, agrupados y sistematizados por el legislador en un documento escrito. A pesar de que la *Constitución jurídica en sentido formal* intenta absorber en su texto a la *Constitución jurídica material*, nunca se da una perfecta coincidencia entre ambas, porque el conjunto de las normas jurídico-políticas rebasa el contenido preceptivo del código constitucional.

Si a la *Constitución codificada* la puede cambiar o modificar el legislador ordinario, se tiene una Constitución flexible. Al contrario, se está en presencia de una *Constitución rígida* cuando la *Constitución codificada* no puede ser objeto de sustitución o reformas por parte del legislador ordinario y por los procedimientos comunes de legislar, sino que, para realizar estas operaciones, se requiere la intervención de un órgano legislativo extraordinario llamado Convención Constituyente, o que el propio cuerpo legislativo ordinario cumpla aquellas tareas llenando recaudos especiales para expresar su voluntad constituyente, así, por ejemplo, la exigencia de un *quórum* superior al común y de una mayoría reforzada para decidir. A propósito del auge contemporáneo de las *Constituciones rígidas*, señalaremos, en una brevísima digresión, que ellas surgen con el advenimiento de los regímenes republicanos universalizados a partir de la Revolución Francesa, y tienen por finalidad reemplazar el elemento de permanencia que en los regímenes monárquicos constituyen las dinastías y los cuadros burocráticos hereditarios que son anejos a esa forma de gobierno; puesto que, como un Estado debe poseer objetivos de largo alcance, inmutables sobre las cambiantes miras de los elencos gubernativos de duración periódica, en las monarquías, esos designios políticos permanentes de la comunidad se transmiten por herencia doméstica, mientras que en las repúblicas se mantienen a través de normas jurídicas de difícil modificación, en cierto modo petrificadas, a las cuales los sucesivos gobernantes deben ajustar su acción. Por eso Inglaterra, el único país que

en nuestros días conserva la Monarquía en su plenitud clásica, es, a la par, el solo Estado que tiene una *Constitución flexible*.

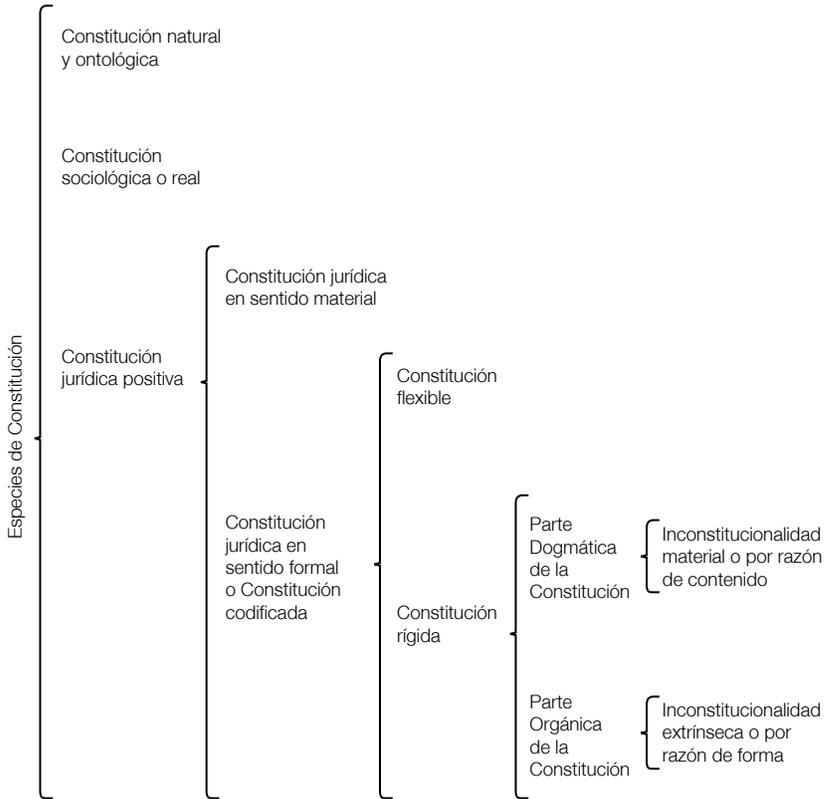
En los casos en que una norma jurídica sancionada por el Poder Legislativo infringe una *Constitución rígida*, esa norma resulta inaplicable por ser inconstitucional, puesto que si hay dos preceptos que obligan a cumplir acciones entre sí antitéticas, y una tiene por fuente el órgano constituyente y la otra, el órgano legislativo, se debe preferir la norma constitucional, porque aunque la ley sea de posterior nacimiento no deroga la Constitución debido a que tiene prevalencia jurídica el órgano constituyente sobre el órgano legislativo.

Las *Constituciones codificadas* se componen de una parte *dogmática* y de otra parte orgánica. En la sección dogmática de una Constitución se establecen los fines del Estado, los derechos y los deberes de los miembros de la comunidad. Por esta razón, la parte *dogmática* de una Constitución tiene un contenido ético material, desde que está animada por un sistema de conducta causado por una determinada concepción del bien humano. En la parte *orgánica* de la Constitución se estructuran los poderes gubernativos, se reglan los modos de elegir las autoridades y se fijan los procedimientos que estas últimas deben seguir para manifestar la voluntad estatal. Por ende, la parte orgánica de una Constitución es rigurosamente instrumental, ya que en ella se monta un aparato gubernativo con el fin de que persiga los objetivos de la parte dogmática y secunde a los particulares, por medios directivos o coactivos, en la obligación que éstos tienen de realizar esos propósitos comunes.

3. Inconstitucionalidad material o por razón de contenido e inconstitucionalidad extrínseca o por razón de forma

Cuando una norma jurídica ordinaria contrasta con un derecho reconocido en la parte *dogmática* de la Constitución se configura una *inconstitucionalidad material* o “por razón de contenido”, según el léxico de la Constitución uruguaya. A su vez, cuando una norma jurídica se dicta quebrantando una regla de procedimiento o de competencia estatuida en la parte *orgánica* de la Constitución se tiene una *inconstitucionalidad extrínseca* o “por razón de forma”, como expresa la Constitución uruguaya. Se hace notorio, por tanto, que el contralor de la constitucionalidad de las normas jurídicas, juntamente con los recursos contencioso-administrativos y el *habeas corpus*, infunden vida a los derechos personales consagrados en una Constitución, puesto que sólo existen derechos donde hay acciones jurisdiccionales para hacerlos efectivos, de conformidad con el inveterado principio *ubi jus ibi remedium*, tan preferido por el buen tino político de

los ingleses en reemplazo de las vanilocuentes declaraciones jacobinas. Antes de proseguir con el desarrollo de nuestro tema dejaremos comprendido en una sinopsis las anotadas especies de Constitución y la necesaria relación que guarda la *Constitución jurídica positiva* con el contralor de la constitucionalidad de las leyes.



II. Clasificación de los sistemas de examinar la constitucionalidad de las normas jurídicas

1. Criterios para formular la clasificación

Ahora mostraremos los diversos tipos de contralor de la constitucionalidad de las leyes ofrecidos por las organizaciones políticas contemporáneas, pues su examen ayudará a filiar el régimen adoptado por la Constitución uruguayaya.

Los sistemas de contralor de la constitucionalidad de las normas jurídicas se tipifican de acuerdo a las variaciones que ofrecen los siguientes elementos que integran la institución: 1°) según quién sea el titular de la acción para promover la inconstitucionalidad de las leyes; 2°) según el modo procesal de promover la declaración de inconstitucionalidad; 3°) según el órgano estatal encargado de juzgar la inconstitucionalidad de las leyes; 4°) según los efectos que surta la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con respecto a su posterior vigencia.

2. Clasificación de los distintos sistemas vigentes en el derecho constitucional contemporáneo

Considerando el primero de los sobreindicados elementos tipificantes de la institución, o sea, la determinación del titular de la acción o recurso, existen algunas Constituciones que consagran una *acción popular* para pedir la inconstitucionalidad de las leyes, así la de Cuba de 1936 y la de Renania de 1947. En virtud de este sistema, cualquier ciudadano o asociación puede promover una acción declarativa de inconstitucionalidad, sin tener en cuenta si la ley impugnada le afecta o no un interés personal. A despecho de la bondad ideal de un régimen que instituye a todos los miembros de la comunidad en guardianes de la Constitución, la experiencia no aconseja su adopción porque la misma liberalidad otorgada para promover la supervisión de la constitucionalidad de las leyes se vuelve al final en detrimento de la institución, puesto que se corre el riesgo de transformarla en un arma de lucha política, ya que brinda la oportunidad a quienes se oponen a la sanción de una ley por motivos partidistas de proseguir ante los tribunales, sin solución de continuidad, su resistencia apasionada, quedando los jueces comprometidos en semejantes pujas, y la historia enseña que la atmósfera caldeada del Foro no debe entrar al Pretorio si se quiere que desde allí se dispense justicia. La suerte de esta institución se encuentra tan estrechamente unida a la necesidad de aislarla de la política, que la Suprema Corte americana, no obstante que el régimen procesal de los Estados Unidos concede el derecho de promover la inconstitucionalidad solamente a las personas afectadas por la ley, ha creado la doctrina de la no interferencia judicial en las "*political questions*". Esta doctrina, iniciada por el célebre juez Marshall en el caso "*Foster v. Neilson*", sostiene que la Corte está impedida de abocarse al conocimiento de causas en las que se cuestiona la constitucionalidad de cualquier medida gubernativa que se refiera a la seguridad pública interior y exterior, o en las que se discuta si una ley o decreto del Presidente vulnera la "forma republicana de gobierno" que consagra la Constitución,

pues estas apreciaciones deben ser resueltas por las “dependencias políticas” del Estado, es decir, Poder Ejecutivo y Congreso, dentro de sus respectivas atribuciones. Los autores americanos que han hecho un estudio crítico de la institución están contestes en afirmar que la válvula de escape creada por la doctrina de las “*political questions*” —que en sustancia viene a ser una prudente concesión a favor de la imprescindible “razón de Estado”— constituye la clave de la perduración más que centenaria del contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos¹.

Otras Constituciones confían la acción de promover la inconstitucionalidad de las leyes a órganos del Estado y no a particulares lesionados en sus intereses por la norma jurídica impugnada. La Constitución francesa de 1946 atribuye al Presidente de la República, juntamente con la mayoría del Consejo de la República, la facultad de requerir del Comité Constitucional la decisión acerca de si una ley votada por la Asamblea Nacional implica una reforma de la Constitución. La Constitución federal austríaca de 1920, sustituida por la Constitución corporativa de Dollfuss, pero ahora repuesta en vigor, establece que la Alta Corte Constitucional debe resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes provinciales a requerimiento del Gobierno federal; y de las leyes federales, a solicitud de un Gobierno provincial; y de oficio cuando debe aplicar una ley inconstitucional. Este sistema, al no conceder ninguna acción a los particulares, desvirtúa el carácter defensivo de los derechos personales que tiene la institución.

Por último, dentro de la misma categoría que venimos tratando, hay Constituciones que confieren la acción de promover la inconstitucionalidad de las leyes a quienes la norma jurídica atacada les vulnera un interés directo y personal. Este sistema goza de ventajas sobre los demás porque conserva a la institución su carácter de recurso estrictamente jurisdiccional.

Con respecto al modo procesal de iniciar el contralor de la legitimidad constitucional de las normas jurídicas existen dos tipos simples, y un tercero compuesto por la adopción conjunta de los otros dos. El primero es el clásico sistema americano, seguido por el procedimiento federal argentino, mediante el cual se promueve la inconstitucionalidad de una

¹ Véanse: Maurice Finkelstein, “Judicial Self-Limitation”, en *Harvard Law Review*, vol. 37, 1924, pp. 338-364; Melville Fuller Weston, “Political Questions”, en *Harvard Law Review*, vol. 38, 1925, pp. 296-333; Edward S. Corwin, *The President, Office and Powers*, New York 1948, pp. 214-216. Acerca de la doctrina sobre la no justiciabilidad de las cuestiones políticas en el derecho alemán actual, véase Gerhard Leibholz, “La giurisdizione costituzionale nello Stato democratico secondo la Costituzione di Bonn”, en *Rivista internazionale de Filosofia del Diritto*, An. XXXII, 1955, pp. 149-167.

ley subsumiendo la cuestión como fundamento jurídico de la demanda o de la defensa en una lite instituida mediante ejercicio de alguna de las acciones procesales comunes. En la ciencia jurídica constitucional se denomina a este sistema “excepción de inconstitucionalidad”. El otro sistema legisla una acción declarativa de inconstitucionalidad para ser promovida directamente ante un órgano jurisdiccional del Estado. El tercer tipo, según ya lo adelantamos, consagra los otros dos procedimientos, aunque para ser utilizado, en cada caso, exclusivamente uno solo de ellos.

La tipificación realizada atendiendo al órgano del Estado que debe juzgar la inconstitucionalidad de las leyes presenta dos especies, a saber: el régimen *difuso* y el régimen *concentrado*. El sistema *difuso* se caracteriza por el hecho de que cualquier juez, que debe aplicar una ley, puede analizar y decidir acerca de su inconstitucionalidad. El rasgo específico del sistema *concentrado* reside en que un solo órgano estatal monopoliza la función de examinar la inconstitucionalidad de las leyes, quedando los jueces ordinarios interdictos de intervenir en cuestiones de ese género. Este sistema se diversifica según que el órgano monopolizador de esa función sea el superior tribunal ordinario, como lo establece la Constitución uruguaya; o una Corte Constitucional especial, aunque de conformación jurisdiccional, cual la legislada por la Constitución italiana de 1947; o un Comité político-legislativo, según lo hacen las recientes Constituciones de las llamadas “democracias populares”, Bulgaria, Yugoslavia, Albania, Alemania Oriental, Hungría y China, en las que el Poder Legislativo es el encargado de vigilar la constitucionalidad de sus acciones, con lo cual deviene una parodia la institución que precisamente tiene por objeto salvaguardar los derechos personales de los ataques perpetrados por ese órgano del Estado.

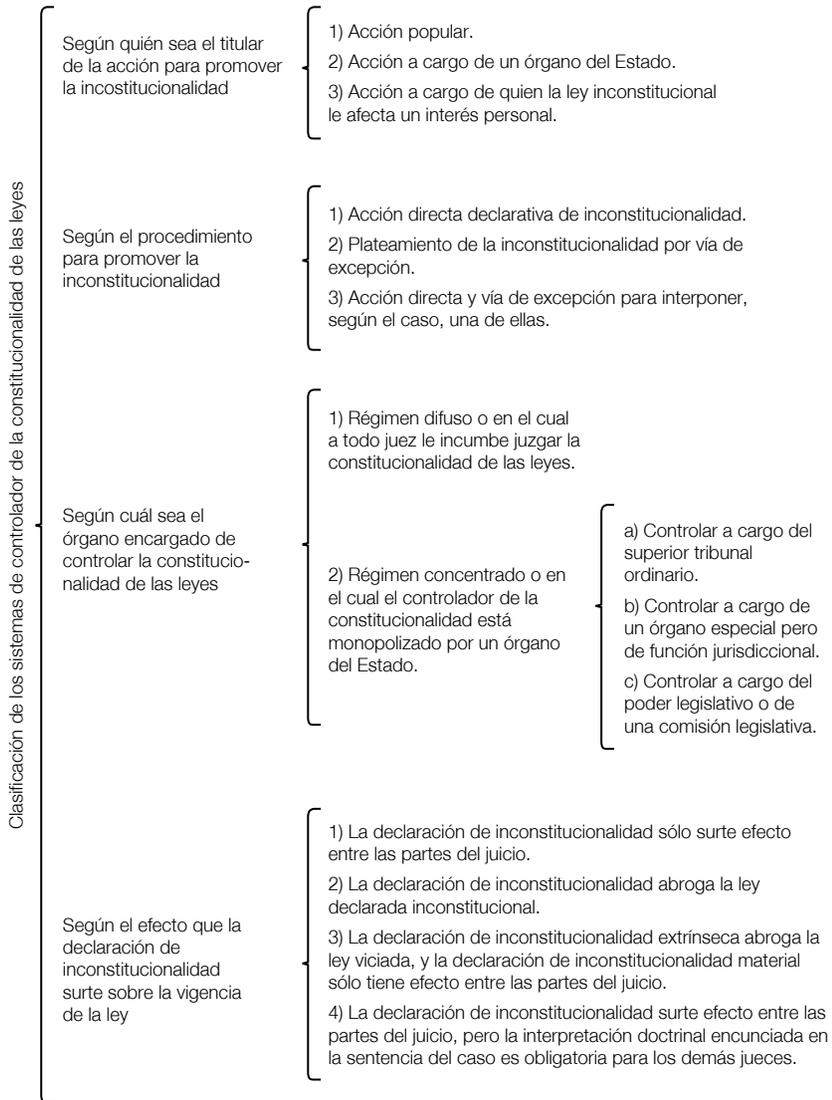
Según los efectos producidos por la declaración de inconstitucionalidad se tiene, en primer término, el régimen que a la declaración de inconstitucionalidad le hace surtir efecto únicamente entre las partes del juicio; es decir, el tribunal se limita a desaplicar la ley en beneficio de quien promovió el litigio de inconstitucionalidad. El sistema opuesto concede efectos universales, esto es, abrogatorios de la ley, a la declaración de inconstitucionalidad, como preceptúan las Constituciones de Austria e Italia, a cuyo fin el tribunal notifica su decisión al Gobierno o al Poder Legislativo para que promulguen la derogación de la ley anulada o tomen las medidas pertinentes para subsanar el vicio revelado en la sentencia. Por tanto, en el primer sistema, el contralor de la constitucionalidad de las leyes resulta una función rigurosamente jurisdiccional; en cambio, en el

otro régimen, el órgano controlador de la constitucionalidad de las leyes desempeña una función legislativa, no en su fase positiva, es decir, de *estatuir* una norma, sino en su aspecto negativo, o sea, de *anular* una disposición legislativa sancionada por otra autoridad. Expresamos lo anterior, según se habrá notado, de acuerdo con la aguda dualización de la labor legislativa que estableció Montesquieu al distinguir la “*faculté de statuer*” y la “*faculté d’empêcher*”².

Existe un sistema intermedio de los dos anteriores creado por la ley española de 1933 que reglamentó el Tribunal de Garantías Constitucionales de la segunda República, que consiste en otorgar a la declaración de *inconstitucionalidad extrínseca* efecto abrogatorio sobre la ley cuestionada; y a la declaración de *inconstitucionalidad material*, efecto exclusivo entre las partes del juicio. Las diferentes consecuencias de ambas inconstitucionalidades se fundamentan en el hecho de que la declaración de *inconstitucionalidad extrínseca* descubre un acto jurídico inexistente, puesto que faltaría la voluntad legislativa por no haber sido expresada de modo regular; en cambio, la *inconstitucionalidad material* comprueba que dos normas jurídicas regularmente creadas disponen actos contrarios entre sí, y la declaración de inconstitucionalidad decide, en esencia, que esa antinomia se resuelva aplicando la norma jurídica de rango superior. En la reforma constitucional argentina de 1949 el autor de este estudio ideó otro sistema compuesto por los dos tipos simples arriba indicados. En efecto, según el artículo 94 de la Constitución argentina reformada —ahora dejada sin vigencia— el fallo de la Suprema Corte de Justicia que declaraba la inconstitucionalidad de una ley valía para las partes del juicio, pero la interpretación doctrinaria que con ese motivo hacía el alto Tribunal tenía en cierto modo el carácter de una interpretación auténtica de los textos constitucionales y legales cuestionados, pues debía ser aplicada obligatoriamente por los jueces nacionales y provinciales, sin que esto fuera un obstáculo para promover la revisión de esa jurisprudencia en las situaciones indicadas por la ley.

Como lo hicimos para las distintas especies de Constitución, ahora dejaremos asentada en un esquema sinóptico la clasificación que acabamos de dar de los sistemas de contralor de la constitucionalidad de las leyes.

² Véase *L’esprit des Lois*, liv. X, ch. VI; J. J. Chevalier, « De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d’empêcher », en Maurice Hauriou, *Mélanges*, Paris 1929, p. 139.



III. Los modos de examinar la constitucionalidad de las normas jurídicas establecidos por la Constitución uruguaya

1. Visión de conjunto de los distintos modos de promover el examen de la constitucionalidad de las normas jurídicas instituidos por la Constitución uruguaya

La Constitución del Uruguay adopta varios dispositivos para examinar la constitucionalidad de las leyes. Antes de estudiarlos detalladamente, adelantaremos una visión panorámica de ellos.

El artículo 256 establece que las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales “por razón de contenido” y “por razón de forma”. El artículo 260 extiende el mismo recurso a los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción. El artículo 258 preceptúa que podrá solicitar la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley nacional o decreto departamental todo aquel que se considere lesionado en un interés directo, personal y legítimo. Asimismo, el precitado artículo concede a los jueces, tribunales y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la facultad de promover la declaración de inconstitucionalidad de la ley o decreto que debieran aplicar en algún juicio en que intervinieran en virtud de su competencia. El mismo precepto también dispone, para demandar la inconstitucionalidad de una ley o decreto, la opción entre la vía directa ante la Suprema Corte de Justicia y la vía de excepción en un juicio instaurado en cualquier Juzgado o Tribunal, con la particularidad de que al ser promovida la excepción de inconstitucionalidad, lo sea por una de las partes del litigio o de oficio por un Juez o Tribunal, se suspenden las actuaciones y se las eleva a la Suprema Corte de Justicia, pues el artículo 257 estatuye que sólo a este órgano jurisdiccional le incumbe resolver originariamente las cuestiones de inconstitucionalidad. Por último, el artículo 259 legisla que el fallo de la Suprema Corte de Justicia surte efecto únicamente en el juicio en que se haya pronunciado la declaración de inconstitucionalidad.

Además, en su artículo 309 la Constitución establece que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de los actos administrativos definitivos realizados por la Administración Nacional, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, contrarios a una regla de derecho. Evidentemente, en el concepto insuperablemente amplio de “regla de derecho” cabe, en primer lugar, la Constitución, como expresamente lo puso en claro el informe en mayoría de la Comisión especial de Reforma Constitucional

de la Cámara de Representantes³. En virtud del artículo 311, cuando la anulación dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo versa sobre un acto administrativo objetivo, esto es, sobre un reglamento administrativo, el fallo tiene efectos generales. Tratándose de actos administrativos subjetivos, es decir, de resoluciones individuales, la sentencia surte efecto únicamente en el proceso en que se pronuncie.

En su artículo 303 la Constitución crea también un recurso de apelación ante la Asamblea General, para ser ejercido contra los decretos de las Juntas Departamentales y las resoluciones de los Concejos Departamentales contrarios a la Constitución y a las leyes y no susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Corresponde promover este recurso a mil ciudadanos inscriptos en el Departamento o a un tercio del total de los miembros de la Junta Departamental, dentro de los quince días de promulgado el decreto o la resolución imputados de inconstitucionalidad o ilegalidad. Si la decisión de la Asamblea General es favorable a la pretensión de los actores, el decreto o la resolución queda derogado.

Por otra parte, como el artículo 329 de la Constitución preceptúa la abrogación automática de las normas jurídicas sancionadas antes de entrar aquella en vigencia, que contrasten con sus preceptos de contenido, se deriva que cualquier juez o tribunal, en un caso concreto a resolver, puede reconocer esa abrogación, que en esencia viene a ser una declaración de inconstitucionalidad en razón del contenido, sin que para ello sea menester ninguna intervención de la Suprema Corte de Justicia.

Resulta evidente, entonces, que para revisar las normas jurídicas presuntamente inconstitucionales, el estatuto básico del Uruguay instituye diversos procedimientos, que aquí sólo señalaremos sin dar explicación de ellos, pues más adelante lo haremos con toda detención.

1º) La Constitución consagra la acción directa para demandar ante la Suprema Corte de Justicia la inconstitucionalidad material de las leyes nacionales sancionadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1934, y de los decretos departamentales vigentes después de la reforma constitucional de 1952. La misma vía sirve para demandar la inconstitucionalidad formal de las leyes nacionales y de los decretos departamentales sancionados en cualquier época y vigentes en la actualidad. Corresponde anotar que esta última especie de inconstitucionalidad se juzga con los preceptos constitucionales vigentes en la época en que las normas jurídicas impugnadas fueron emitidas. 2º) Para utilizarla en

³ Véase: Publicación de la Cámara de Representantes, Reforma Constitucional de 1951, tomo I, p. 631.

situaciones que más adelante determinaremos, la Constitución del Uruguay establece la vía de excepción para promover la inconstitucionalidad material de las leyes nacionales sancionadas a partir de la Constitución de 1934, y de los decretos departamentales dictados después de la vigencia de la reforma constitucional de 1952; también se estatuye esta vía para promover la inconstitucionalidad formal de las leyes nacionales y de los decretos departamentales emitidos en cualquier época, pero con vigencia actual. 3º) En todo proceso las partes pueden excepcionar, o los jueces resolver *motu proprio*, en el acto de sentenciar, que una ley nacional sancionada con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1934, o que un decreto departamental vigente desde antes de la sanción de la reforma constitucional de 1952, se encuentra abrogado, pues su materia preceptiva contrasta con normas de contenido de la Constitución vigente. 4º) La Constitución establece que por medio de la demanda contencioso administrativa se puede impugnar la inconstitucionalidad de un acto administrativo objetivo o subjetivo, de autoridad nacional o local, que directamente la viole. 5º) Por medio de la apelación ante la Asamblea General se pueden impugnar los decretos inconstitucionales de las Juntas Departamentales y las resoluciones inconstitucionales de los Concejos Departamentales, que no puedan ser objeto de demanda contencioso administrativa.

Ahora puntualizaremos los distintos tipos puros de contralor de la constitucionalidad de las leyes ensamblados armónicamente por la Constitución uruguaya. Como se habrá observado, la titularidad de las acciones jurisdiccionales pertenece tanto a los particulares afectados en sus intereses como a los jueces, tribunales y representantes del Ministerio Público en los juicios en que sean partes. En cambio, para poner en movimiento la revisión legislativa de las normas departamentales que vulneren la Constitución, se instituyen una *acción popular* a favor de cierto número de electores y una acción pública a cargo de un tercio de los miembros de las Juntas Departamentales. En lo atinente al efecto que causa la declaración de inconstitucionalidad sobre la vigencia de la norma jurídica irregular, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia valen para las partes del juicio en que se las pronunció; en vez, la inconstitucionalidad de las normas jurídicas departamentales declarada por la Asamblea Legislativa tiene efectos generales, esto es, abroga la norma ilegítima. La declaración de la inconstitucionalidad de un acto administrativo subjetivo surte efectos entre las partes del proceso contencioso administrativo, mientras que la declaración de inconstitucionalidad de un acto administrativo objetivo tiene efectos generales. Respecto al órgano encargado

de resolver la inconstitucionalidad de las normas jurídicas, la Constitución uruguaya acepta como regla general el sistema llamado *concentrado*, es decir, aquel que establece que sólo corresponde a la Suprema Corte de Justicia pronunciar las inconstitucionalidades. Mas para la inconstitucionalidad material de las leyes nacionales sancionadas antes de entrar en vigor la Constitución de 1934, y para la de los decretos departamentales de sanción anterior a la vigencia de la reforma constitucional de 1952, da cabida al sistema *difuso*, o sea, a aquel en el que cualquier juez o Tribunal puede resolver en un caso concreto la inaplicabilidad de una norma jurídica en pugna con un precepto material de la Constitución vigente. Por otra parte, el sistema *concentrado* se establece en dos procedimientos más, pues la Constitución reconoce que, en ciertos casos, compete al órgano legislativo de la Nación el examen de la constitucionalidad de las normas jurídicas departamentales, y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el de la inconstitucionalidad de los actos administrativos nacionales y locales.

A esta altura de nuestro estudio podemos encarar el análisis prolijo de los textos de la Constitución uruguaya referentes a nuestro tema, pues ya tenemos definidos los caracteres esenciales de sus diversos mecanismos destinados a resguardar la constitucionalidad de las normas jurídicas.

2. Normas cuya constitucionalidad corresponde juzgar originariamente a la Suprema Corte de Justicia. Determinación de las normas constitucionales cuya violación configura la inconstitucionalidad en razón de forma y la inconstitucionalidad en razón de contenido. Inconstitucionalidad de las normas jurídicas que violan derechos subjetivos políticos no enumerados por la Constitución pero que derivan de la forma republicana de gobierno. Inconstitucionalidad de las normas jurídicas violatorias del derecho natural

Principiaremos por examinar los procedimientos estatuidos por la Constitución para obtener de la Suprema Corte de Justicia la declaración originaria y exclusiva de inconstitucionalidad de una norma jurídica.

En primer término es de advertir que el juzgamiento originario y exclusivo de dicho Tribunal puede versar únicamente sobre la inconstitucionalidad material de las leyes nacionales y de los decretos departamentales dictados, respectivamente, con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1934 y a la de la reforma constitucional de 1952, y sobre la inconstitucionalidad extrínseca de las leyes nacionales y decretos departamentales actualmente vigentes, cualesquiera que sean sus fechas

de promulgación. Ahora bien: formalmente hablando, leyes nacionales son las normas sancionadas por el Poder Legislativo y promulgadas por el Poder Ejecutivo; y decretos departamentales son las normas sancionadas por las Juntas Departamentales y promulgadas por los Concejos Departamentales.

Enseguida corresponde que determinemos qué preceptos de la Constitución, al ser vulnerados por las leyes nacionales y por los decretos departamentales, configuran las dos especies de inconstitucionalidad que aquélla legisla. Existe inconstitucionalidad “en razón de la forma” cuando leyes nacionales y decretos departamentales violan preceptos de la Constitución que fijan las competencias y los procedimientos de los órganos legislativos de la nación y de los departamentos. La “inconstitucionalidad en razón de contenido” se opera cuando una ley nacional o decreto departamental contraviene un derecho subjetivo concedido expresa o implícitamente por la Constitución. Pues el reconocimiento expreso de los derechos subjetivos no tiene el carácter de una consagración taxativa de ellos, ya que el artículo 72 de la Constitución preceptúa que dicha “enumeración no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

La forma republicana de gobierno es aquella en la cual los ciudadanos gozan del derecho de participar en el manejo de la cosa pública eligiendo a los gobernantes, y pudiendo ser elegidos a su vez como tales; y por medio de la fiscalización de las gestiones que realizan los poderes públicos. Entonces, la libertad y la igualdad políticas hacen a la esencia de esta forma de gobierno. Consecuentemente, sería inconstitucional la norma jurídica que menoscabase cualquier derecho subjetivo emergente de los principios de libertad e igualdad políticas, aún cuando ese derecho no se encontrara nombrado por el texto constitucional.

La precitada disposición del artículo 72, que concede vigencia a los derechos subjetivos no escritos en la Constitución pero que “son inherentes a la personalidad humana”, significa incorporar al orden jurídico positivo todos los preceptos que por vía de conclusión derivan de los principios generales de la ley natural. La doctrina y la jurisprudencia americanas dan el mismo sentido a la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, la cual dice que “la enumeración de ciertos derechos, contenida en la Constitución, no se interpretará como negación o restricción de otros derechos reservados por el pueblo”⁴. De lo expuesto se desprende que la

⁴ Véase: Charles Grove Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, 2ª ed. California 1932 p. 29 y ss., 206 y ss. En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776 se afirma “la verdad, evidente por sí misma”, de que “a todos los hombres el Creador los dota de derechos

Constitución uruguaya, conceptualmente más precisa que la americana, imprime vigor y fuerza de ley positiva a todos los otros derechos inherentes a la personalidad humana, esto es, a los derechos emergentes de la naturaleza del hombre.

Dicha fórmula atesora una magnífica tradición teórica y constituye el alma de la cultura jurídica de Occidente. Trae su origen de Aristóteles, que la enuncia en la *Ética a Nicómaco* y en la *Retórica*; Cicerón, en *De Officiis* y en *De Legibus*, la repite con frases tajantes: “*juris natura fons est*”, “*lex est ratio summa insita in natura*”; Santo Tomás de Aquino la recoge en las dos *Suma* y en el *Comentario a la Ética* aristotélica; también la hacen suyas Leibniz y Montesquieu; y en todo tiempo la adoptan las filosofías asentadas en el realismo ontológico.

En ceñidas palabras intentaremos resumir el fundamento filosófico y el contenido de la fórmula de referencia. A este propósito partamos recordando que todo ser sustancial apetece desarrollarse, o sea, planificar sus tendencias operativas para alcanzar su destino natural. Justamente, el bien de cada ser consiste en lograr este fin natural; y el mal, en desviar sus operaciones de esa debida meta. Ahora bien: lo antedicho vale tanto para el todo como para las partes de cada ser; de tal suerte, entonces, que aplicando estos principios al ser humano resulta que cada una de sus facultades tiende a su propio fin natural, pero todas ellas se encuentran encauzadas en dirección al fin de la naturaleza humana entera, que es la de ser un animal racional.

Debido, por una parte, a que todo ser obra por algún fin, al cual se inclina y ordena según su propia esencia o naturaleza y, por otra, a que la esencia del hombre, definida como animal racional, comprende tres estratos, a saber, una naturaleza de ser sustancial, una naturaleza genérica de ser sensible y una naturaleza específica de ser racional, vienen a resultar tres órdenes de disposiciones naturales que animan correlativamente diversas especies de principios de la actividad humana.

En primer término, el hombre tiene la inclinación común a todos los seres sustantivos de apetecer su conservación; por ende, de promover lo necesario para lograr el sustento, el abrigo y la salud de su cuerpo. De esta tendencia derivan el derecho a defenderse contra las agresiones ilegítimas y la prohibición de cualquier especie de homicidio; igualmente de ella nace el derecho de trabajar, de transitar, de contracambiar y transportar

inalienables”. Thomas Jefferson, redactor de ese documento histórico, en carta a Henry Lee, del 8 de mayo de 1825, le expresaba que dicho reconocimiento de los derechos naturales del hombre se hizo en armonía con las ideas que a la sazón flotaban en el ambiente, “manifestadas en conversaciones, cartas, ensayos impresos, o en los libros elementales de derecho público, como Aristóteles, Cicerón..., etc.”. Véase: *The writings of Thomas Jefferson*, ed. de 1869, vol. VII, p. 407.

cosas para lograr el sustento, etc.

En segundo lugar, el hombre posee la inclinación común a todos los animales de tender a la procreación sexual y al cuidado de los frutos de este instinto, con el objeto de perpetuar y propagar la especie. De esta inclinación natural nacen los derechos de constituir una familia, de protegerla, de engendrar y educar los hijos, etc.

Por último, existe en el hombre una tendencia innata hacia los bienes que responden a su naturaleza de ser inteligente. Esta disposición natural presenta un aspecto individual y otro social. Del aspecto individual de la naturaleza inteligente del hombre, nacen los derechos de averiguar la verdad y consiguientemente, el de realizar los bienes morales indicados por ese conocimiento especulativo de la verdad. Del aspecto social de dicha naturaleza inteligente, surgen los derechos de conseguir el bien común de las sociedades naturales en las que se integra el hombre, así la familia, la asociación profesional, el Estado, etc.; y también de ahí surgen las recriminaciones de las injusticias sociales quebrantadoras de la paz pública. Estos derechos nacidos de la naturaleza humana racional abonan, entonces, las libertades intelectuales para la adquisición de la verdad, las libertades morales para la realización del bien personal y las libertades sociales para alcanzar los bienes comunes de la sociedad política, de la familia, del estamento profesional, etc., etc.⁵

En definitiva, la Suprema Corte de Justicia está capacitada para declarar no sólo la inconstitucionalidad de las leyes nacionales y decretos departamentales que violen los derechos subjetivos expresamente consagrados por la Constitución sino también para hacerlo cuando esas normas jurídicas infringen derechos naturales no escritos en la Constitución. De esta forma, el estatuto básico del Uruguay resuelve positivamente el problema planteado en otros países respecto a si compete a los órganos jurisdiccionales del Estado la función de invalidar las reglas de derecho positivo que contravienen principios del derecho natural⁶.

⁵ Véase: Gallus M. Manser, *Das Naturrecht*, Freiburg in der Schweiz 1944, pp. 84-88.

⁶ Respecto a Italia, por ejemplo, Garbagnati parte reconociendo la existencia de una Superconstitución jurídica formada por las normas de derecho natural, que tanto obligan al legislador común como al legislador constituyente, y concluye afirmando el derecho del juez, que debe aplicar una ley común o precepto constitucional injustos, de elevar de oficio la cuestión a la Corte Constitucional para obtener la declaración de la inconstitucionalidad de dichas normas violatorias del derecho natural. Véase Edoardo Garbagnati, "Il giudice di fronte alla legge ingiusta", en *Revista JUS*, 1951, p. 450. Frente a la tesis de Garbagnati, Groppali advierte que la Corte Constitucional, creada por la Constitución jurídica positiva, ejerce función jurisdiccional dentro del derecho positivo y está destinada a juzgar exclusivamente las inconstitucionalidades cometidas respecto a dicha Constitución. Véase: Alessandro Groppali, "Il diritto naturale e la Corte Costituzionale", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1953, pp. 38-50. En la República Argentina, Tomás D. Casares ha sostenido una tesis similar a la expuesta por Garbagnati en Italia. Cuadraría el recurso de inconstitucionalidad contra una ley violatoria de los principios de la justicia natural. Véase: Tomás D. Casares, "El orden de la Justicia y el recurso de inconstitucionalidad", publi-

3. *Quienes pueden plantear una cuestión jurisdiccional de inconstitucionalidad*

Según reza el artículo 258 de la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad puede ser solicitada “por todo aquel que se considere lesionado en un interés directo, personal y legítimo”. Es de notar que esta fórmula expresa el concepto de *derecho subjetivo*, que ya lo daba por sobreentendido como *facultas agendi* la filosofía clásica del derecho —lo que es corriente ignorar— pero que sólo fue definido cabalmente por los grandes pandectistas alemanes del siglo pasado, especialmente por Savigni, Jhering y Windscheid⁷.

Ahora bien: el vocablo “interés”, introducido por Jhering en la ciencia jurídica con el propósito de conceptualizar el *derecho subjetivo* (recuérdese que lo definía como “un interés jurídicamente protegido”), no posee la acepción materialista impresa a esa palabra por la filosofía moral utilitaria, como se piensa comúnmente, sino que significa el anhelo de una persona por conservar la pertenencia y el goce de bienes suyos, sean bienes intrínsecos respecto a sí mismo —los cuales, entonces, pueden ser corporales o morales—, sean bienes exteriores que les satisfacen necesidades de cualquier índole. Y como por definición los bienes son las cosas que satisfacen las exigencias corporales y espirituales de la naturaleza humana, los individuos experimentan la apetencia de esos bienes y un condigno afán por conservarlos y disponerlos. Consecuentemente, en el lenguaje jurídico contemporáneo y en el sistema de Jhering si se lo entiende correctamente, el término “interés” viene a expresar el natural empeño del ser humano en mantener con relación a los “otros” (*ad alterum*) la pertenencia y la disposición de sus bienes intrínsecos y extrínsecos. El término “interés”, entonces, expresa elípticamente el concepto de *derecho subjetivo*.

“Interés legítimo” significa que la pertenencia y disfrute de los bienes aludidos están reconocidos y tutelados por la ley; en el caso que nos ocupa, por una superley que es la Constitución.

cado como apéndice de su libro *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires 1935, pp. 223-226. Por mi parte he expresado que la colisión entre un precepto de derecho positivo y una norma de derecho natural, si ésta no se encuentra explícita o implícitamente incorporada en la parte dogmática de la Constitución, es una cuestión que desemboca en el derecho de resistencia pasiva a las leyes injustas, problema ajeno a la dogmática jurídica y propio de la justicia natural. El juez aplica el derecho escrito y recurre al derecho no escrito en los casos en que éste ha sido subsidiariamente puesto en vigencia por el derecho positivo. Evidentemente, cuando una ley positiva contraviene una norma de derecho natural, el juez, que obligado por su conciencia deja de aplicarla, conforma un acto personal de resistencia pasiva a una ley injusta. Véase mi trabajo sobre “Las facultades financieras de las Convenciones Constituyentes”, publicado en mi libro *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires 1951, p. 103.

⁷ Véase: Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris 1952; Hyacin-Thus Hering, “De jure subjective sumpto apud S. Thoman”, en *Angelicum*, Roma 1935, pp. 295-297.

El interés “personal y directo” atañe a un bien privativo; es decir, se trata de un concepto contrapuesto al de interés personal por un bien público físico o moral, puesto que éstos igualmente son, por reflujo, bienes personales de cada miembro de la sociedad. Pues el provecho recibido por el todo se difunde entre las partes; de donde deriva que el interés por un bien público involucra un interés indirectamente personal de cada componente de la sociedad.

Por tanto, el titular de un interés legítimo, personal y directo es la persona física o jurídica que tiene protegidos por la ley la pertenencia y el poder de disposición de un bien, frente a las violaciones que pudieran inferirles los particulares o los poderes públicos. Consiguientemente, pues, cuando la Constitución confiere la facultad de incoar la inconstitucionalidad de una ley nacional o de un decreto departamental a “todo aquel que se considere lesionado en un interés directo, personal y legítimo”, en rigor viene a significar que ese pronunciamiento puede ser requerido por el titular de un *derecho constitucional subjetivo* vulnerado por alguna de dichas normas jurídicas.

Pero si se tiene presente la noción que ya dimos de “inconstitucionalidad por razón de contenido” y de “inconstitucionalidad por razón de forma” que consagra el artículo 256 de la Constitución, se inferirá que el titular de un *derecho constitucional subjetivo* tiene la prerrogativa de promover una cuestión de inconstitucionalidad no sólo cuando una ley nacional o un decreto departamental le contraviene el contenido de ese derecho sino también cuando esas normas, sin llegar a contravenírsele sustancialmente, han sido dictadas sin acatar las reglas de procedimiento y de competencia estatuidas por la Constitución. Es decir, cabe la promoción de inconstitucionalidad en los casos en que un *derecho constitucional subjetivo* ha sido vulnerado sustancial o formalmente por una ley nacional o por un decreto departamental.

Por último, cabe agregar que no sólo las personas privadas, sino también los entes públicos con personería jurídica pueden promover una cuestión de inconstitucionalidad cuando una ley nacional o un decreto departamental les afecta un interés propio garantido por la Constitución. Así lo tiene resuelto la Suprema Corte del Uruguay en sentencia del 17 de octubre de 1956, pronunciada en el caso “*Pelizza c. A. F. E.*”: “Cualquier titular —expresó el alto Tribunal—, sea entidad privada, sea entidad pública, puede plantear la inconstitucionalidad de una ley, pues el texto de la Carta otorga esta facultad a todo el que se considere lesionado en un interés directo, personal y legítimo”.

4. La acción declarativa de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad. Análisis de ambos mecanismos. Variación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia acerca de la oportunidad en que debe plantearse la excepción de inconstitucionalidad. La excepción de inconstitucionalidad interpuesta de oficio por un Juez, Tribunal, o por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Casos en que los representantes del Ministerio Público pueden interponer la excepción de inconstitucionalidad

Las personas en condiciones de promover una de las cuestiones de inconstitucionalidad que deben ser decididas originariamente por la Suprema Corte de Justicia, pueden hacerlo, según prescribe el artículo 258 de la Constitución, ya sea instaurando una acción directa ante ese Tribunal o interponiéndola como excepción en cualquier procedimiento judicial. Para el caso de corresponder este último camino, la Constitución preceptúa que deben suspenderse las actuaciones y elevarlas a la Suprema Corte de Justicia.

Si queremos fijar el alcance de la Constitución Uruguaya al establecer la acción directa de inconstitucionalidad, debemos considerar sus siguientes particularidades: primero, según ya lo tenemos visto, el promotor de una acción directa de inconstitucionalidad, igual que quien planteara una inconstitucionalidad por vía de excepción, debe considerarse lesionado, por la norma que impugna, en un interés directo, personal y legítimo; segundo, el artículo 259 estatuye que el fallo de la Suprema Corte de Justicia, que pone término a una cuestión de inconstitucionalidad promovida por vía de acción o por vía de excepción, “se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”. Recogidos y sistematizados, estos dos preceptos demuestran a las claras que el litigio de inconstitucionalidad iniciado mediante una acción directa deberá trabarse y su resolución tendrá efecto entre los sujetos de una relación jurídica establecida. Siendo actor el sujeto activo de esa relación, o sea, el titular de un bien constitucionalmente protegido, y demandado el sujeto pasivo de esa misma relación, es decir, el órgano público o la persona particular obligada a respetar ese bien del otro, pero que en virtud de una ley nacional o de un decreto departamental ha sido autorizado a menoscabar dicho bien en beneficio suyo. Pues si para accionar contra la inconstitucionalidad de una norma jurídica hay que poseer la calidad de titular de un interés directo, personal y legítimo, lo cual comporta, como acabamos de decir, una relación jurídica establecida que a su vez entraña un “obligado” con referencia al sujeto activo

de esa relación, y el fallo de inconstitucionalidad surte efecto singular en la situación jurídica de quien promueve esta cuestión, ¿cómo podría valer la decisión de la Suprema Corte de Justicia para el sujeto pasivo de esa relación jurídica establecida, si él, en la sustanciación del juicio donde se emitió el fallo, no fue oído en su condición de parte?

Para hacer ver con claridad lo expuesto anteriormente y también lo que diremos enseguida, conviene recordar estas ideas ya expuestas renglones arriba: un derecho subjetivo equivale a una relación establecida entre dos sujetos, causada y especificada por un objeto; el objeto es un bien físico o espiritual que pertenece al sujeto activo de la relación en virtud de un precepto jurídico. Por consiguiente, este objeto de la relación jurídica constituye un “*suum*” del sujeto activo, y el sujeto pasivo reconoce que ese objeto es de pertenencia de aquél y por su uso o adquisición se constituye en deudor suyo. Además, para entender en toda su amplitud el tema que venimos desarrollando, recordemos también que Windscheid ha descubierto que un derecho subjetivo puede ser absoluto o relativo; según sea, respectivamente, oponible a todos o a determinadas personas, es decir, según que el sujeto pasivo de una relación jurídica establecida esté constituido por todas las personas indeterminadamente o por una o más personas determinadas. Los derechos reales y los derechos sobre la propia persona son *derechos subjetivos absolutos*; en cambio, los derechos personales o de obligación son *derechos subjetivos relativos*⁸. En consecuencia, cuando una ley nacional o un decreto departamental autorice a vulnerar un *derecho subjetivo relativo*, determinado como derecho subjetivo por la Constitución —y de aquí que lo vengamos especificando como *derecho constitucional subjetivo*—, la parte demandada en el juicio instaurado por el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad debe ser el sujeto pasivo de esa relación jurídica, sea él un órgano público o una persona particular. Si una ley nacional o un decreto departamental concediera a todos los miembros de la sociedad la prerrogativa de contravenir un *derecho subjetivo absoluto*, la contraparte del juicio debe ser el Ministerio Público que representa los intereses de la comunidad ante la Suprema Corte de Justicia. Nótese que cosa distinta ocurre en los países donde el fallo que resulta de una acción directa de inconstitucionalidad tiene efectos generales, abrogatorios de la ley viciosa, pues en estos sistemas un representante del Estado defiende la legitimidad constitucional de la ley. La sentencia, entonces, constituye un pronunciamiento abstracto, un acto sustancialmente legislativo,

⁸ Véase: Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 4ª ed., Düsseldorf 1875, vol. I, p. 104, paragr. 43, Note 8.

no una decisión jurisdiccional, solamente válida para las partes de una controversia concreta.

Se aclarará lo que acabamos de exponer si con ejemplos ilustramos cada uno de los supuestos indicados. Si el locador de un inmueble, que estima inconstitucional la ley que permite a su locatario prorrogar *motu proprio* la vigencia del contrato, acciona directamente ante la Suprema Corte de Justicia, la contraparte del juicio debe ser dicho locatario, o sea, la persona sobre la cual también surtirá efecto la decisión jurisdiccional provocada por el locador. En cambio, un contribuyente que demandara directamente la inconstitucionalidad de un tributo departamental, debe hacer comparecer al juicio, en calidad de parte, al Gobierno local que impuso la carga cuestionada. Supongamos, por último, que una ley estableciera que toda persona, según sus necesidades, puede apropiarse de los frutos provenientes de cualquier fundo y que el propietario de un campo pidiera directamente la declaración de inconstitucionalidad de esa ley: en este caso, los demandados, que serían los sujetos pasivos indeterminados de ese derecho subjetivo absoluto que constituye la propiedad privada, deberían estar representados por el Ministerio Público, ya que no existe otra posibilidad de hacerlos comparecer al juicio.

Entramos ahora en el análisis de la segunda vía consagrada por la Constitución uruguaya para lograr el reconocimiento de la inconstitucionalidad de una ley nacional o de un decreto departamental. Ante todo corresponde hacer esta advertencia: desde que la “excepción de inconstitucionalidad” es un procedimiento universalizado en la legislación actual, y mediante ese nombre conceptualizado por la ciencia jurídica constitucional contemporánea, forzoso resulta interpretar la institución de acuerdo a los caracteres impresos por ésta, pues, cuando un precepto legal adopta vocablos que expresan conceptos específicos en una determinada rama de la ciencia jurídica, con ese sentido hay que comprenderlos, ya que existe la presunción de que así los utilizó el legislador.

Pues bien, el concepto de “excepción” en los regímenes del contralor de la constitucionalidad de las leyes, difiere del que expresa el vocablo en el derecho procesal. En efecto, en la ciencia constitucional es amplio su significado; aquí, en cierta manera, recobra el sentido lato que tenía en el derecho romano junto a la acepción restringida que aún conserva en la ciencia jurídica procesal, ya que en aquella acepción lata, el actor también podía a veces incluir una excepción como fundamento de la demanda. En su alcance amplio, excepción significa excluir un caso determinado de lo que dispone una regla general. Y ciertamente esto es lo que acontece con la llamada “excepción de inconstitucionalidad”:

tanto el actor como el demandado, en cualquier especie de juicio, pueden pedir la exclusión de la regla jurídica común aplicable al caso, por ser contradictoria de una norma constitucional. De aquí se concluye que con propiedad los escritores y jueces americanos denominaron “excepción” a ese modo de promover el examen de la constitucionalidad de las leyes. Podríamos consignar párrafos de obras jurídicas americanas y fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos en donde se utiliza con tal sentido la frase “excepción de inconstitucionalidad”. No obstante la utilidad que hacerlo revestiría, pues, como se sabe, el mecanismo que estamos estudiando es una creación pretoriana de ese alto Tribunal, aquí, para no extendernos demasiado, mencionaremos solamente la enseñanza de Geny, puesto que prueba la univocación que el término “excepción” ha ganado cuando se refiere a un determinado procedimiento de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El jurista francés, en efecto, asevera lo siguiente: la excepción de inconstitucionalidad se realiza cuando el Poder Judicial, al cumplir su misión específica de aplicar el derecho objetivo, reconoce, en base a la excepción que se le plantea, que el texto legal invocado por una parte contradice, como se lo señaló la parte adversa, un precepto de derecho superior en fuerza, y, en consecuencia, rehúsa aplicar la ley más débil para asegurar el imperio de la norma superior⁹.

⁹ Véase : Francois Geny, *Science et Technique de droit privé positif*, Paris 1924, T. IV, p. 91 y ss. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Uruguay, en sentencia del 24 de diciembre de 1956, pronunciada en el caso *Abraham Hirschhorn c. Estado*, ha dicho, equivocadamente según nuestra opinión, que “los vocablos acción y excepción (que usa el artículo 258 de la Constitución) han sido tomados en su sentido procesal”. “En el régimen anterior” —dice el Tribunal refiriéndose al estatuido por las Constituciones de 1934 y 1942, en el que sólo podía ser interpuesta una cuestión de inconstitucionalidad por el actor o por el demandado de un juicio concreto— “no había acción directa ante la Corte. La impugnación de inconstitucionalidad debía efectuarse ante el Juez o el Tribunal por quien tuviera interés en la declaración respectiva, se tratara del actor o del demandado, es decir, por vía de acción como por vía de excepción”. “La modificación introducida por la Constitución actual denuncia claramente el propósito de distinguir, procesalmente, la acción de la excepción. Si se trata de la acción, debe comparecerse directamente ante la Corte (presentación no autorizada en las Constituciones anteriores); si se trata de la excepción, debe oponerse, en defensa, en el juicio en trámite. La solución es lógica, y, además, procura una economía procesal. Si el actor es el que impugna la ley de inconstitucionalidad, ahorra tiempo y dinero presentándose directamente ante la Corte, en vez de iniciar un proceso que puede resultar inútil. Esto cuando se trata de litigios a resolverse por la justicia ordinaria. Tratándose de asuntos administrativos puede resultar necesario acudir en primer término ante el Tribunal, para evitar la caducidad de la acción. Pero, al mismo tiempo, corresponde acudir ante la Corte a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad”. Por lo que se acaba de ver, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo interpreta que la reforma constitucional de 1951, con respecto a la institución que estudiamos, no tuvo por objeto crear, junto ni procedimiento entonces vigente llamado “vía de excepción”, un nuevo mecanismo destinado a lograr directamente de la Suprema Corte de Justicia la declaración preventiva de inconstitucionalidad de una ley, sino que sólo instituyó dos competencias distintas para instaurar aquel procedimiento primitivo. Pues, según la sentencia que comentamos, si la presunta inconstitucionalidad afectara al actor de un juicio común, éste, antes de promoverlo, debería accionar ante la Suprema Corte en demanda de la declaración de inconstitucionalidad; en cambio, si el afectado por la inconstitucionalidad de una ley fuera el demandado de un juicio, en este juicio debería interponer la excepción de inconstitucionalidad. Empero, arguye el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si durante la tramitación del juicio declarativo de inconstitucionalidad promovido ante la Suprema Corte de Justicia, el actor corre el riesgo de que caduque o prescriba la acción para hacer valer frente al deudor remiso su derecho vulnerado, debe paralelamente ejercitar, en el

Por tanto, la excepción de inconstitucionalidad debe ser interpuesta en el momento procesal en que las partes, según la ley reglamentaria del juicio donde se la promueve, deben aducir, so pena de perder el derecho de hacerlo, los fundamentos de su pretensión y, por consiguiente, antes de quedar conformada la lite a resolver por el juez o tribunal. Lo cual significa, entonces, que la excepción de inconstitucionalidad no es un juicio con entidad propia, que funciona al lado de los otros juicios, sino que se trata de una controversia incidental introducida en cualesquiera de los juicios comunes y que consiste en averiguar si hay o no la colisión de una norma jurídica común con una norma jurídica constitucional, y, en caso de existir, ordenar la aplicación de la norma constitucional.

Empero, en el primer tiempo la Suprema Corte de Justicia del Uruguay aceptó que las excepciones de inconstitucionalidad podían ser introducidas en cualquier tramo de todas las instancias de un procedimiento judicial, siempre que se lo hiciera antes de haber cosa juzgada. En sentencia del 30 de abril de 1954, recaída en el caso “*Municipio de Montevideo c. CUTCSA*”, el Alto Tribunal expresó: “la defensa de inconstitucionalidad procede en cualquier momento procesal antes de sentencia que agote y finalice el juicio, afirmando un criterio amplio y sustancial más concorde con los textos que estructuran el instituto de la declaración de inconstitucionalidad y con el espíritu rector que los anima, ofreciéndose así, a este respecto, la tesis opuesta, como infundadamente restrictiva y formalista”.

En un fallo posterior, del 18 de junio de 1954, pronunciado en el caso “*Pancera Maeso, Rubén Pedro y otros c. Carleo Itri, Jenaro*”, la Suprema Corte de Justicia modificó notoriamente su primera doctrina, pues sostuvo no sólo de modo expreso que la excepción de inconstitucionalidad debía ser promovida con precedencia a la emisión del fallo de primera instancia, sino que también insinuó que en rigor correspondería instaurarla en la coyuntura procesal fijada por la ley para que las partes expongan los hechos y el fundamento de derecho en que apoyan sus

Tribunal competente, esa acción, en el caso de referencia, promover la demanda contenciosa administrativa. Y semejante duplicación de juicios, promovidos por el mismo titular de un idéntico interés que busca amparo jurisdiccional —juicios que una vez iniciados restan inconexos— se basaría, según el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el principio procesal de la economía de juicios, es decir, en la necesidad de unificar las controversias originadas en torno a una misma relación jurídica establecida. A semejante resultado fue conducido el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por confundir el significado específico que la frase “vía de excepción” tiene en el derecho constitucional y con el cual la usó el constituyente de 1951 en el artículo 258 de la Constitución, según lo expresó diáfananamente. En efecto, dice el Informe en mayoría de la Comisión especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes: “Entre el régimen vigente y el proyectado, existe la diferencia de que por éste se da una nueva vía para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley, por medio de la acción directa ante la Suprema Corte. En el texto vigente, sólo podía plantearse por vía de excepción, es decir, en juicio contradictorio”. Véase: Publicación de la Cámara de Representantes, Reforma Constitucional, T. I, p. 627.

respectivas pretensiones. “El demandado —decía el Tribunal en esa mentada ocasión— ha tenido oportunidad de plantear esta cuestión en el momento de ser citado de excepciones y no lo hizo. Esperó la decisión de la sentencia de primer grado y, sólo entonces, al interponer el recurso de apelación, plantea la cuestión de inconstitucionalidad que estuvo en condiciones de proponer durante todo el juicio hasta esa oportunidad”. “La pretendida inconstitucionalidad —agregaba la Suprema Corte de Justicia— existía desde la iniciación del procedimiento administrativo. El demandado debió alegarla en las oportunidades citadas. Y no lo hizo. No es posible pronunciamiento ahora, cuando ya existe una sentencia de primera instancia”. “Admitir la posibilidad de que pueda proponérsela en cualquier momento, en cualquier etapa del procedimiento, con la única limitación de la cosa juzgada, es crear un instrumento propio a la malicia y útil para el logro de fines perturbadores y dilatorios”.

Por lo que se lee en ese último fallo se echa de ver que la Suprema Corte de Justicia viene replegando la excepción de inconstitucionalidad hacia el cauce procesal propio de la institución.

Según ya lo tenemos dicho, el artículo 258 de la Constitución, además de autorizar al titular de un interés directo, personal y legítimo a interponer la excepción de inconstitucionalidad, preceptúa que el Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, “podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución”. Claramente surge del texto transcrito que al prescribir la Constitución que el Juez o Tribunal debe promover la cuestión de inconstitucionalidad “antes de dictar resolución”, viene a significar la obligación de hacerlo después de formulado el auto que da por conclusa la causa, pues entonces se está en el momento procesal en que los órganos jurisdiccionales toman conocimiento formal de la litis ya conformada y del derecho objetivo aplicable a ella.

La facultad de interponer la excepción de inconstitucionalidad concedida a los órganos jurisdiccionales del Estado tiene su fundamento en el hecho de que el Juez o Tribunal se encuentra con dos normas jurídicas contradictorias aplicables a una controversia que debe dirimir, y como una de esas normas tiene prevalencia legal sobre la otra, resulta lógico que provoque la resolución de dicho problema jurídico. La cuestión de inconstitucionalidad, pues, es un conflicto entre leyes internas de un Estado, por tanto, configura una controversia de puro derecho. Ahora bien: respecto a los juicios, los órganos jurisdiccionales se hallan colocados frente a dos órdenes de cuestiones que se relacionan con la declaración

de los hechos y con la aplicación del derecho. Con referencia a los hechos están obligados, además de mantenerse dentro de los límites de la demanda, a referirse tan sólo a los hechos alegados y verificados por las partes, de acuerdo a los siguientes principios clásicos: *ne procedat iudex ex officio*, “el juez no proceda de oficio”; *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*, “el juez debe juzgar conforme a lo alegado y probado por las partes”; *ne eat iudex ultra petita partium*, “no vaya el juez más lejos de lo que piden las partes”. En cambio, en lo que concierne a la aplicación de las normas jurídicas vale el principio general siguiente: *iura novit curia*, “el tribunal ya conoce el derecho”. Que este último principio fundamenta la facultad de los jueces y tribunales de interponer de oficio la excepción de inconstitucionalidad, es cosa que lógicamente se desprende de todo lo anteriormente dicho.

Puesto que la Constitución uruguaya no otorga a los miembros del Ministerio Público la atribución de promover *ex officio* la inconstitucionalidad de las normas jurídicas, se infiere que sólo pueden hacerlo cuando proceden como *parte principal* de un juicio, esto es, cuando en virtud de la representación que invisten son demandantes o demandados. No pueden interponer la excepción de inconstitucionalidad cuando intervienen en un proceso concertado entre otras partes o cuando la ley requiere su dictamen en juicios de jurisdicción voluntaria. En estos casos, actuando como auxiliares de los jueces, a lo sumo pueden señalar en sus dictámenes la existencia de una cuestión de inconstitucionalidad, para que éstos interpongan de oficio la excepción correspondiente¹⁰.

5. Delimitación de las órbitas en que funcionan la acción declarativa de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad

Ahora nos abocaremos al estudio del problema más arduo y sutil que plantea la Constitución uruguaya con referencia al tópico de este ensayo. Como se acaba de ver, para provocar la declaración judicial de la inconstitucionalidad de una ley nacional o de un decreto departamental, la Constitución adopta conjuntamente la vía de acción directa y la vía de excepción, pero no demarca las órbitas de funcionamiento de ambos mecanismos. Se impone, pues, puntualizar los casos en que debe funcionar uno de esos procedimientos con exclusión del otro, ya que debemos descartar de plano que el constituyente haya instituido dos recursos para ser utilizados por idénticas partes, en igual situación

¹⁰ Artículos 136 del Código de Procedimiento Civil y 175 del Código de Organización de los Tribunales. Véase también: Rafael Gallinal, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Montevideo 1929, T. I, pp. 178-179.

jurídica y por el mismo objeto litigioso. De no ser así, ello constituiría un desorden, pues violaría el principio procesal que prohíbe yuxtaponer dos juicios sobre una misma causa, principio básico que posibilita el juego de dos piezas maestras de los procesos como son las excepciones de *litispendencia* y de *cosa juzgada*. Empero, sea como fuere, lo cierto es que el jurista, que está obligado a resolver todas las cuestiones que se le presentan, trabaja en base a los supuestos lógicos de la *plenitud hermética* y de la *unidad sistemática* del ordenamiento jurídico que constituye la materia de su ciencia, es decir, debe reputar necesariamente que todas las situaciones encuentran solución dentro de ese ordenamiento jurídico y que en él tampoco existen contradicciones internas. Por consiguiente, compete a la doctrina jurídica la función de colmar las lagunas y eliminar las contradicciones del cuerpo legal que estudia, creando a ese fin soluciones al tenor de las que dictaría el legislador.

Pues bien; para elucidar con pulcritud metódica la cuestión indicada, forzoso es repetir aquí los siguientes conceptos, antes emitidos: primero, tanto para oponer la excepción de inconstitucionalidad como para demandarla mediante la acción directa, el actor debe ser el titular de un interés directo y personal protegido por la Constitución y lesionado por una ley nacional o por un decreto departamental; segundo, la Suprema Corte de Justicia, en los dos procedimientos, decide originariamente la cuestión de inconstitucionalidad, pero en ninguno de ambos asume jurisdicción para pronunciarse acerca de lo pedido por el actor en el conflicto de fondo, pues dicho fallo se circunscribe a formular la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las disposiciones afectadas; tercero, el fallo de la Suprema Corte de Justicia, dictado en uno u otro procedimiento, surte efecto únicamente en la causa en que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad. Evidentemente, la Constitución uruguaya luego de establecer conjuntamente la “vía de excepción” y la “vía de acción” y de conceder a ambos procedimientos el mismo promotor e idéntico efecto al fallo, nada más dispone al respecto. En realidad, se reduce a consagrar indiferenciadamente esos dos procedimientos; empero, el mismo hecho de designarlos como a cosas diversas indica a las claras que el constituyente adoptó dos mecanismos destinados a funcionar en distintas situaciones jurídicas. Por consiguiente, se impone que extrayendo normas de la naturaleza de estas instituciones delimitemos las órbitas en que ellas deben actuar.

Ahora bien: cuando una relación jurídica entra en estado de incumplimiento total o parcial, nace a favor del acreedor de la obligación insatisfecha un derecho de accionar para que el órgano jurisdiccional competente

constraña a su deudor a darle lo que le debe o, en su defecto, a cargar con las consecuencias de ese incumplimiento. En esta situación, evidentemente, el actor y el demandado están en aptitud de interponer una excepción de inconstitucionalidad. En cambio, si el débito sobre el cual incide la norma jurídica presuntamente inconstitucional no ha caído en mora, los sujetos de esa relación jurídica establecida carecen de capacidad procesal para interponer una excepción de inconstitucionalidad, ya que este mecanismo funciona exclusivamente como incidente de un juicio principal. En esta otra situación, pues, los sujetos de una relación jurídica establecida pueden sólo instaurar un litigio de inconstitucionalidad si utilizan la acción directa ante la Suprema Corte de Justicia. Vale decir, se abre la vía de la acción directa cuando un bien personal, protegido por la Constitución y objeto de una concreta relación jurídica, puede ser vulnerado en un futuro cierto, debido a que una ley nacional o un decreto departamental ha creado, con respecto a ese bien, un contrapuesto derecho a favor del otro sujeto de la relación jurídica; entonces el actor pide una sentencia destinada puramente a dejar en claro la prevalencia de su *derecho subjetivo constitucional*, sobre el *derecho subjetivo legal* del demandado, con el propósito de que, a causa de dicha declaración, este último se abstenga de hacer valer el derecho suyo en ocasión de devenir exigible. Ejemplificando, tenemos que el propietario de una casa alquilada, antes de vencer el término de la locación, puede demandar directamente la inconstitucionalidad de la ley que faculta a los arrendatarios a prorrogar los contratos por su exclusiva voluntad. Si la sentencia acoge su demanda, la declaración de inconstitucionalidad le da la certidumbre de que su derecho de propiedad sobre la casa alquilada no será contravenido al término de la locación, pues podrá disponer libremente de ella. Empero, si al cabo del contrato, el locador desatendiera la obligación de desocupar la casa, no cabría ejecutar la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, sino promover el juicio de desalojo. Sólo si en este juicio el demandado adujera el derecho de permanecer en la casa merced a la ley declarada inconstitucional e inaplicable con referencia a su contrato de locación, correspondería al actor interponer la excepción de cosa juzgada.

Por tanto, la acción directa para promover la inconstitucionalidad de una norma jurídica tiende a eliminar, además de la incertidumbre acerca de un derecho garantido por la Constitución, el temor justificado al daño que de esa incertidumbre puede derivarse. En esencia, se trata de una acción de tutela preventiva de los *derechos subjetivos constitucionales*.

Ahora estamos en condiciones de considerar la siguiente cuestión: la persona en aptitud de promover un juicio de condena dirigido a reparar

la lesión que se ha infligido a un derecho suyo, juicio en donde puede intercalar la excepción de inconstitucionalidad de la norma jurídica que hizo factible esa lesión, ¿puede, si le place, iniciar una acción directa de inconstitucionalidad? A este interrogante no le cabe una respuesta unívoca, pues, en principio, gracias por una parte a la naturaleza de la función jurisdiccional contenciosa, que por regla general está destinada a dirimir conflictos de intereses ya desatados; y por otra a la economía de los juicios, que manda concentrar en una sola litis todas las controversias brotadas de una determinada relación jurídica, se resuelve que no puede accionar para obtener la mera certeza de un derecho, quien se halla en situación de defender ese derecho mediante la acción de condena. Pero, como el promotor de una acción directa de inconstitucionalidad debe afirmar y probar los hechos de los que nace el interés en demandar esa inconstitucionalidad, podría suceder que afirmara y probara el interés en lograr meramente la declaración de inconstitucionalidad y no en obtener una consecuente sentencia de condena. Por ejemplo, el propietario de una casa alquilada, que tuviera convenido un compromiso de venta donde se fijaran distintos precios según se pueda o no desalojar a los arrendatarios al término de sus contratos, podría tener interés, no obstante haber vencido el plazo de la locación, en conseguir la declaración de inconstitucionalidad de la ley que permite a los inquilinos prorrogar por sí el contrato y no tenerlo en lograr la sentencia de condena que mandara desocupar el inmueble de referencia. En el mismo caso, si el propietario sólo tuviera interés en obtener el desalojo del inquilino, no podría recabar la declaración directa de inconstitucionalidad de la ley que le menoscaba la libre disposición de su propiedad, sino que estaría obligado a iniciar el juicio de condena y, en esta causa principal, a interponer la excepción de inconstitucionalidad¹¹.

¹¹ Véase Federico Cammeo, "Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nordamericano", en *Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova 1927, pp. 208-209. Conviene recordar que las doctrinas alemana, austríaca, inglesa y finesa sostienen que el actor está absolutamente impedido de solicitar la mera declaración de certeza, cuando se encuentra en condición de accionar para la condena. Véase: G. Chiovenda, "Azioni e sentenze di mero accertamento", en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. X, Parte I, 1933, pp. 11, 14; "Azione di mero accertamento", en *Nuovo Digesto italiano*, Torino 1937, vol. II, p. 131.

Frente a esa doctrina extrema que sin excepción niega la admisibilidad de la acción declarativa cuando cabe la acción de condena, se presenta la teoría opuesta, en cierto modo sostenida por Chiovenda en los estudios precitados y adoptada expresamente por la ley americana del 14 de junio de 1934, que acepta una franca e incondicionada facultad de promover la acción declarativa aun cuando estén reunidos los extremos para interponer la demanda de condena. Véase el texto de la referida ley sobre "Declaratory Judgments in the Federal Courts", escollido con los antecedentes legislativos y jurisprudenciales, en *Harvard Law Review*, vol. XLIX, 1936, pp. 1351-1361.

La primera de esas opiniones extremas es inaceptable, porque deja sin acción a un posible interés por lograr una declaración de inconstitucionalidad para resolver un conflicto, en casos en que ese interés no existe por obtener una sentencia de condena. La amplitud desmedida que la otra opinión extrema asigna

Después de las explicaciones dadas hasta aquí, tocantes a la vía de acción directa para promover la inconstitucionalidad de una norma jurídica y a las diferencias que guarda ésta con la vía de excepción encaminada a alcanzar el mismo objetivo, vamos a poner en claro los caracteres peculiares de esa institución. Pero es menester, para nuestros efectos, que antes precisemos el concepto de *acción declarativa de mera certeza*, género al cual pertenece la acción directa que consagra la Constitución uruguaya. Pues bien; estas acciones son las que se promueven con el propósito exclusivo de obtener una verificación sobre el alcance y contenido de una relación jurídica establecida, mediante una sentencia que no puede ser seguida de ejecución, aun cuando vincula a las partes con los efectos de la cosa juzgada¹².

Es de advertir que la sobredicha definición se refiere a la estructura esencial de las *acciones declarativas de mera certeza*; por tanto, no comprende las notas individuales que, añadidas a tal esencia, forman las texturas reales con que esa institución se corporiza en los distintos derechos positivos. Y como sólo cabe definición de lo universal y abstracto, no de lo singular y concreto, resulta imposible tener un conocimiento cabal de las instituciones de un derecho positivo particular, sino se las hace objeto de nociones descriptivas, supuesta, claro está, la definición esencial destinada a dar la naturaleza de la institución que se estudia. Consecuentemente, dejaremos consignados los rasgos individuales de la acción declarativa de inconstitucionalidad que adopta la Constitución uruguaya, la cual, según se verá enseguida, comparada con las existentes en el derecho procesal civil, es más restringida tanto en lo que concierne al objeto como al titular de dicha acción. Efectivamente, en primer término, corresponde destacar que sólo puede ser materia de una sentencia declarativa la especie de relación jurídica calificada de constitucional porque el bien sobre el cual versa esa relación es un “*suum*” del actor garantido por la Constitución. En segundo lugar, la acción declarativa de inconstitucionalidad pertenece únicamente al titular de un bien protegido por la Constitución y sobre el cual una ley nacional o un decreto departamental ha creado un estado de inseguridad, pues, respecto a ese bien, ha concedido un contrapuesto derecho a favor del otro sujeto de la relación jurídica. De donde resulta, entonces, que la persona favorecida por una norma jurídica presumiblemente inconstitucional, no

al objeto de las demandas declarativas, posibilita que la función jurisdiccional de los tribunales, que principalmente reside en decidir lo que es justo en una controversia real de intereses, entre a desempeñar un papel puramente consultivo, lo que acarrearía inconvenientes de toda naturaleza.

¹² Véase: Edwin M. Borchard, “The Declaratory Judgment”, Reprinted from the *Yale Law Journal*, November and December 1918, pp. 4, 37 ss., 77.

puede tomar la iniciativa de recabar de la Suprema Corte de Justicia el esclarecimiento de la constitucionalidad de esa norma, ya que a su favor juega la presunción de constitucionalidad que acompaña a todo precepto legal de orden común¹³.

Siguiendo con el ejemplo puesto más arriba, tenemos que el inquilino, a quien una ley faculta a prorrogar por su cuenta el contrato de arrendamiento del que es parte, no tiene acción para verificar la constitucionalidad de esa ley, así tenga dudas al respecto de ella y justificado interés en saber con anticipación a qué atenerse al término del contrato.

6. Leyes y decretos inconstitucionales vigentes con anterioridad a la sanción de la Constitución. Jurisprudencia al respecto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de la Suprema Corte de Justicia

Corresponde estudiar ahora el problema de cómo actúa la institución del examen jurisdiccional de las leyes, al consagrársela en un cierto momento de la vida jurídica de un Estado, frente a las leyes antiguas que resultan incongruentes con esa nueva Constitución. O sea: ¿puede ser declarada inconstitucional una ley vigente con anterioridad a la Constitución que crea la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes?, o ¿la nueva Constitución, gracias a una derogación tácita, deja sin efecto las leyes anteriores que se le oponen? En el área de los principios puros, la cuestión se resuelve en el sentido de que una ley preexistente, cuya materia preceptiva contrasta con una norma de contenido del estatuto básico, es inconstitucional, pues trátase de solucionar una antinomia entre dos reglas jurídicas con vigencia actual, sin que para ello juegue para algo la cronología de sus respectivas promulgaciones. Esto dicho se refiere, es evidente, a la inconstitucionalidad material o de contenido, ya

¹³ A propósito del principio americano de la presunción de constitucionalidad de las leyes y de que la duda juega a favor del acto legislativo, véase: Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations*, 7ª ed., Boston 1903, pp. 252-257. En el caso *Adkins v. Children's Hospital*, del año 1923, el Supremo Tribunal americano expresó lo siguiente: "La Corte, en una serie ininterrumpida de sentencias desde los tiempos de Marshall hasta hoy, ha adherido siempre con fidelidad a la regla de que todas las presunciones posibles están a favor de la validez del acto legislativo" (261 U. S. 525). En igual sentido se ha manifestado la Corte Suprema argentina en el caso *Avegno c. Provincia de Buenos Aires*: "Para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra ley sean absolutamente incompatibles: que haya entre ellas una evidente oposición. Así lo exige el respeto que se debe a los altos poderes que concurren a la formación de las leyes". (Fallos 14, 425).

También la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, en el caso *Fiscalía Letrada de Tacuarembó c. Florencio Ortega*, ha afirmado la misma regla con las siguientes palabras: " Toda ley en principio debe reputarse, presuntivamente, que es constitucional. Si se abrigan únicamente dudas sobre su inconstitucionalidad, corresponde optar sin vacilación por la interpretación que admite la concordancia con la Constitución; sin una oposición manifiesta y evidente entre esas dos normas jurídicas no puede prosperar la proclamación de la inconstitucionalidad de la ley" (sentencia publicada en la *Rev. D. J. A.*, t. 47, p. 70).

que la formal se juzga con lo dispuesto por la Constitución vigente en el momento que aquella ley nació. Por consiguiente, el interrogante sobre si la Constitución abroga tácitamente los preceptos de la legislación ordinaria preexistente que se le oponen, se resuelve negativamente, puesto que el principio que reza que las normas posteriores derogan a las anteriores si son contradictorias, no funciona entre reglas jurídicas autónomas pertenecientes a distintos grados dentro del orden legal establecido.

Las soluciones que acabamos de indicar se fundan en los principios emergentes de la institución, en el supuesto, claro está, de que el contexto constitucional no disponga otra cosa sobre el tópico. Pues precisamente, enseguida veremos que la Constitución uruguaya consagra una solución original, que en parte difiere de la dada por los principios abstractos arriba señalados.

En efecto, la Constitución uruguaya vigente desde 1934 instituyó el examen jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, a la par que adoptó un precepto que venía rigiendo en el país a partir de la Constitución de 1830. Se trata del artículo que actualmente lleva el número 329, pero que antes de las reformas parciales de 1942 y 1952 llevaba el 282. Este precepto deja sin su “fuerza y vigor” a “las leyes que hasta aquí han regido” y “que directa o indirectamente se opongan a esta Constitución”. La coexistencia en la Constitución uruguaya, de preceptos que consagran, por una parte, la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes; y por otra, la abrogación tácita de las leyes inconstitucionales, con vigencia desde antes de la adopción de ese mecanismo jurisdiccional, origina un problema que hay que resolver armonizando ambas instituciones y no abatiendo a una en aras de la otra.

Para comprender cabalmente el sentido del artículo 329, es indispensable traer previamente a luz los principios que gobiernan las diversas especies de derogaciones de las reglas de derecho positivo. En primer término, las normas jurídicas pueden derogarse de modo expreso por los órganos legislativos que las sancionaron. En segundo lugar, pueden derogarse tácitamente cuando el órgano legislativo sustituye a las normas jurídicas que dictó antes, con otras que contradicen el contenido de las anteriores. Por último, se produce la caducidad de una ley cuando el orden legal atribuye la facultad de realizar esa abrogación a un órgano superior al Poder Legislativo ordinario. Por consiguiente, en materia de derogación de leyes, la regla fundamental reside en que las normas jurídicas deben abrogarse expresa o tácitamente por el mismo órgano legislativo que las sancionó; verbigracia: las leyes ordinarias, por el Poder Legislativo; las normas constitucionales, por el órgano constituyente; los

decretos departamentales, por el órgano legislativo local. Y para que la abrogación de una norma jurídica pueda ser ejecutada por una instancia distinta al órgano legislativo que la sancionó, el derecho positivo debe conferirle expresamente esa facultad, sea como un recurso extraordinario dentro del proceso normal de la creación del derecho; sea que el órgano constituyente, en virtud de la incondicionada supremacía de que goza dentro del orden jurídico positivo, decida abrogar las normas comunes preexistentes a la Constitución que dicta. Esto último es lo que sucede con el precitado artículo 329 de la Constitución: anula las leyes vigentes con anterioridad a la sanción de la Constitución, que directa o indirectamente se opongan a sus preceptos de contenido. Además, es útil agregar, el vocablo “ley” está utilizado por el artículo 329 con su sentido material, comprensivo de los decretos departamentales con fuerza de ley. Si no se lo interpretara así, habría que pensar que el constituyente quiso permitir la vigencia de normas jurídicas antiguas que contrariaran la Constitución, lo que es absurdo.

Bien, después de lo expuesto, estamos en condiciones de resolver el problema planteado. Pensamos que las leyes nacionales sancionadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1934, que son contradictorias de los preceptos constitucionales de contenido actualmente vigentes, están abrogados; y que esta abrogación puede ser declarada por cualquier juez o tribunal en el acto de aplicar la ley, declaración que dichos órganos jurisdiccionales están facultados para realizar *motu proprio* o a pedido de parte interesada. La fecha de la sanción de la Constitución de 1934, en la cual empezaron a coexistir el examen jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y la abrogación de las leyes materialmente inconstitucionales vigentes desde antes de esa sanción, constituye el *divortium aquarum* de las dos instituciones: las leyes antiguas materialmente inconstitucionales, quedan derogadas; las leyes nuevas, materialmente inconstitucionales, deben ser declaradas tales por la Suprema Corte de Justicia.

Las leyes nacionales viciadas de inconstitucionalidad formal, cualquiera sea la fecha de su sanción, deben ser invalidadas por la Suprema Corte de Justicia a la luz de los preceptos de competencia y de procedimiento vigentes en el momento de esa sanción, pues están sometidas al principio *tempus regit actum*, “el tiempo gobierna las formalidades del acto”. Pues obvio resulta que no puede haber derogación tácita de las leyes que fueron sancionadas de acuerdo a normas constitucionales formales derogadas por una nueva Constitución, al establecer ésta un procedimiento o competencia distintos a los vigentes en aquella época de su sanción.

Ahora bien: la fecha de sanción de la Constitución de 1934 delimita los campos en que juegan las dos instituciones. Las reformas constitucionales de 1942 y de 1952 cambiaron la ubicación del artículo 329, ya que en esas fechas se realizaron reformas parciales de la Constitución de 1934, y no la sanción de dos nuevas. En efecto, la disposición que sancionó la Constitución de 1934 reza: “aprúebase el proyecto de nueva Constitución”, y los preceptos que hicieron lo propio con las de 1942 y 1952, expresan respectivamente: se “ha decretado el siguiente texto de Reformas a la Constitución vigente”, y “refórmase el texto de la Constitución vigente”.

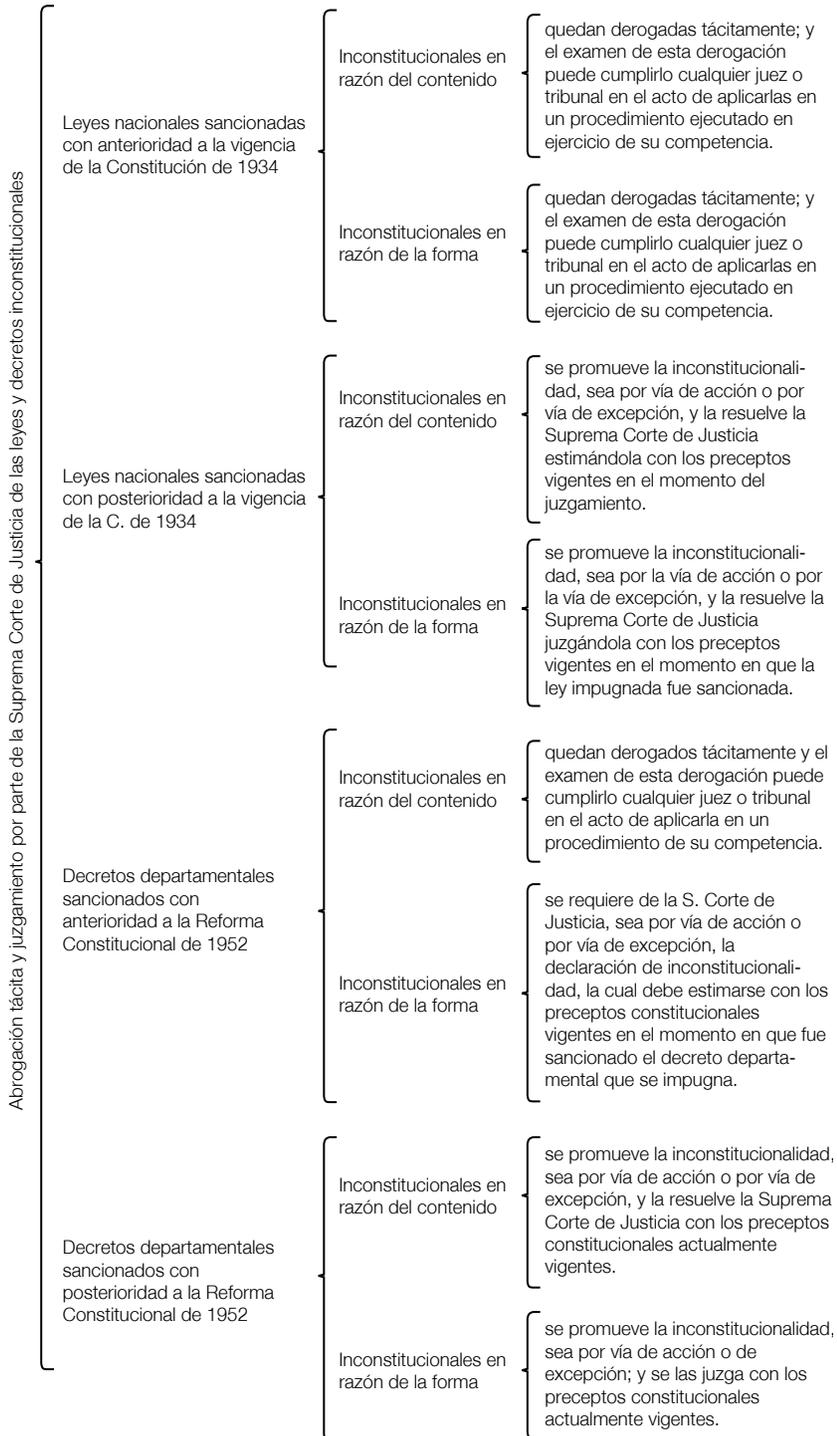
Con los decretos departamentales sucede algo distinto: la Suprema Corte de Justicia en el caso “*Municipio de Montevideo c. Juan J. Brito del Pino*”, del 24 de junio de 1942, entendió que la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes estatuida por la Constitución de 1934 no comprendía los decretos departamentales con fuerza de ley. El legislador que realizó la reforma constitucional de 1952 entendió lo mismo, desde que expresamente instituyó el examen de la constitucionalidad de los decretos departamentales a cargo de la Suprema Corte de Justicia. A partir de esta sanción, por tanto, coexisten la abrogación tácita de los decretos departamentales materialmente inconstitucionales, y la declaración jurisdiccional de su inconstitucionalidad material. Lo mismo que para las leyes nacionales, la inconstitucionalidad formal de los decretos departamentales debe ser declarada por la Suprema Corte de Justicia, cualquiera que sea la fecha de su sanción, y juzgada con los preceptos constitucionales de competencia y de procedimiento vigentes en la época de su elaboración.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia emitida en el caso “*Mallarini, Mario y Trianón, Eduardo c. Consejo Nacional de Gobierno*”, de fecha 2 de setiembre de 1954, al partir entendiendo que la reforma constitucional de 1952 importaba la sanción de una nueva Constitución, afirma que las leyes materialmente inconstitucionales, vigentes con anterioridad a esa fecha de sanción, deben considerarse abrogadas en virtud del artículo 329 de la Constitución, y que entonces el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede resolver inconstitucionalidades materiales de leyes vigentes desde antes de dicha sanción. “En nuestro ordenamiento constitucional —dice el fallo de referencia— está resuelto expresamente el problema de la abrogación de las leyes ordinarias anteriores por la ley constitucional posterior”. “El Tribunal —agrega—, consecuente con esta tesis, ha afirmado implícitamente su competencia para decidir la inaplicabilidad del artículo 12 del Estatuto del Funcionario,

sin declaración previa de su inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, porque establecido el principio de la derogación de la ley ordinaria por la ley constitucional, debe admitirse, como inevitable consecuencia lógica, la competencia del juez del proceso para declarar la inexistencia de la ley derogada, como si se tratara de la derogación de una ley ordinaria anterior por otra ley posterior de la misma especie”. Con el criterio del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Suprema Corte de Justicia, después de cada reforma parcial, vería salir de su potestad de examinar de modo originario y exclusivo la constitucionalidad de las leyes, la casi totalidad del derecho vigente hasta ese momento. Reaccionando contra semejante jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia, en el caso “*Gómez Pons c. Gobierno Departamental de Colonia*”, en sentencia de 20 de febrero de 1957, sostiene que “todas las leyes ordinarias que contradicen a la Constitución en su contenido pueden ser declaradas inconstitucionales, y esto es así tanto para las leyes anteriores como para las posteriores a la vigencia de la Constitución”. Y agrega:

La Corte entiende que no puede limitarse el instituto de la inconstitucionalidad de las leyes a aquellas que se dictaron con posterioridad a la vigencia de la constitución, porque abriendo la constitución el contralor de la regularidad constitucional de las leyes, no distingue ni autoriza a distinguir, entre leyes anteriores y leyes posteriores a la constitución, sino que todas las leyes anteriores o posteriores quedan sometidas igualmente al contralor de la regularidad constitucional de la ley. Cualquier ley, dictada en cualquier tiempo, puede ser declarada inconstitucional por razón de contenido; y cuando la cuestión de inconstitucionalidad sea propuesta por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, ella deberá ser siempre examinada por el único Juez constitucionalmente competente: la Suprema Corte de Justicia.

Nótese que esta jurisprudencia, con el afán de defender la plenitud de una atribución que le ha sido otorgada por la Constitución, deja absolutamente sin efecto el artículo 329, que, sin embargo, permanece, en vigor, que *jeppur si muove!* La solución, entonces, está —como nosotros proponemos— en establecer una fecha inmóvil que delimite en el tiempo el alcance de la institución que abroga tácitamente el *jus vetus* contrario a los preceptos de contenido de la Constitución vigente, de la institución del examen jurisdiccional sobre la constitucionalidad material del *jus novus*, a cargo exclusivo de la Suprema Corte de Justicia. He aquí esquematizadas las soluciones del complejo problema que acabamos de tratar.



7. *Los actos administrativos inconstitucionales. Nociones previas sobre lo contencioso administrativo uruguayo. Las distintas especies de actos administrativos inconstitucionales. Modos de impugnarlos*

Puesto que en este sitio nos toca considerar las circunstancias en que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo interviene en resguardo de la superlegalidad constitucional, estamos obligados a estudiar previa y sucintamente el mecanismo destinado al examen jurisdiccional de los actos administrativos, pues, según se ha de comprobar enseguida, la función específica de dicho órgano abarca esta otra de la cual nos ocuparemos aquí: la anulación de los actos administrativos inconstitucionales.

Ante todo conviene adelantar que de la inteligencia de los textos constitucionales se colige que el contencioso administrativo uruguayo presenta modalidades muy singulares, por lo cual debemos penetrar al tema no mediante la tipología corriente extraída de los sistemas francés e italiano, dechados de la materia, sino hacerlo derechamente, concentrando la atención sobre el intrincado objeto de conocimiento que constituyen los preceptos de la sección XVII de la Constitución; de tal suerte que combinando ordenadamente esos artículos, desentrañemos la unidad sistemática que ellos contienen. Esto antedicho no importa desconocer —de nuevo lo advertimos— que la institución que tratamos en concreto tiene la esencia común, el conjunto de rasgos fundamentales que caracterizan en abstracto al recurso contencioso administrativo, cuya finalidad reside en hacer abolir, por una instancia jurisdiccional, los actos definitivos de la Administración que padezcan de uno o más de los siguientes vicios: primero, vulnerar el derecho subjetivo de un administrado (*ilicitud* del acto administrativo); segundo, haber sido formulado en infracción a las reglas de competencia o de procedimiento prescriptas por el derecho positivo (*ilegitimidad* del acto administrativo); tercero, ser manifiestamente inadecuado para satisfacer el bien público que persigue (*inoportunidad* del acto administrativo o acto impropio de una *buena administración*), pues la aptitud del medio elegido por la autoridad para obtener el fin de interés general propuesto es lo que especifica la bondad intrínseca de un acto de la Administración.

En primer término individualizaremos al titular del recurso contencioso administrativo. En efecto, el artículo 309 de la Constitución estatuye que la demanda de nulidad de un acto administrativo podrá ejercitarse por el “titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo” violado o lesionado por ese acto administrativo. Frente a este texto, recuérdese el similar del artículo 258 estableciendo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley podrá solicitarla quien se considere lesionado en “un

interés directo, personal y legítimo”. Téngase presente, además, que esa locución, según lo demostramos más atrás, expresa el concepto de *derecho subjetivo*. En síntesis, quede de nuevo asentado que se encuentra en condiciones de promover una cuestión de inconstitucionalidad la persona a quien una ley nacional o un decreto departamental le viola, sustancial o formalmente, un derecho subjetivo; esto es, respectivamente, que le contraviene un derecho constitucionalmente concedido, inviolable por parte de cualquier norma jurídica subordinada a la Constitución, o le ataca un derecho subjetivo común, en sí limitable o cancelable por órganos públicos sometidos a la Constitución, pero que, en el caso, lo ha sido por una autoridad incompetente según la Constitución, o por una autoridad competente que, al obrar, lo hizo quebrantando los procedimientos constitucionales prescriptos. Cuadra, en consecuencia, averiguar lo siguiente: la precitada fórmula del artículo 309, ¿peca por redundancia cuando adiciona el vocablo “derecho” a la locución “interés directo, personal y legítimo” que figura exclusivamente en el artículo 258?, o ¿concede dicho precepto, para promover la demanda contenciosa administrativa, una titularidad más vasta que la que otorga el artículo 258 para instaurar un litigio de inconstitucionalidad? En realidad, no obstante estar incluido en la idea de “interés directo, personal y legítimo”, como sustrato suyo, el concepto de *derecho subjetivo*, el constituyente uruguayo, al legislar el tópico de lo contencioso administrativo y formular la distinción entre “derecho” e “interés”, no hizo sino determinar las diversas especies del género *derecho subjetivo* que son usuales en la ciencia jurídica administrativa. Efectivamente, en esta disciplina se estima que es titular de un *derecho subjetivo perfecto* la persona que goza de una propiedad o prerrogativa o facultad de obrar que no puede ser extinguida ni modificada por actos de la Administración. Se considera, además, que una persona es titular de un *derecho subjetivo lábil* o *interés condicionalmente protegido* cuando una propiedad o prerrogativa o facultad de obrar suya, por motivos de bien público puede ser limitada o cancelada por la Administración. Estos derechos subjetivos se encuentran amparados de eventuales ataques provenientes de terceros y también de la propia Administración, siempre que esta última no obre en ejercicio de atribuciones que le están reservadas. Sin embargo, si un *derecho subjetivo lábil* es revocado o limitado por acto de Administración cumplido en la esfera de sus atribuciones, pero que no guarda las reglas de forma o de buena administración, el titular de ese derecho subjetivo afectado, que tiene interés directo en mantener su situación jurídica preexistente, goza de titularidad para demandar la nulidad de ese acto administrativo objetivamente ilegal. Se trata, pues,

de la posición de quien siendo titular de un derecho subjetivo plenamente garantido, excepto, según ya dijimos, por el lado en que ese derecho se encuentra sometido al poder eminente de la Administración, tiene interés directo en anular un acto administrativo que desmedra o extingue ese derecho suyo, ya que si bien ese acto administrativo fue dictado en virtud de aquella potestad, ante la cual debería ceder si hubiera sido ejercitada de acuerdo con los recaudos de competencia y forma y con las exigencias de la buena administración, en el caso no se cumplieron todos o algunos de estos recaudos o exigencias. Los demás administrados no tienen un interés personal directo en lograr esa anulación, ya que no están comprendidos en la concreta relación jurídica que ese acto administrativo modifica o extingue. Por último, se estima que es titular de un *derecho subjetivo reflejo o interés legítimo protegido* y, por ende, que puede ser demandante en el juicio contencioso administrativo, la persona a quien un acto de la Administración, dado en beneficio de otra y que viola una regla dictada en interés general, le menoscaba un bien propio. Por ejemplo, si la autoridad administrativa, dentro de un radio urbano donde está prohibido hacerlo, concede autorización para que se instale una fábrica que exhala gases insalubres, el propietario de la casa contigua al local de la fábrica tiene, independientemente del interés general de preservar la salud pública, el interés personal en que se observe la norma infringida, pues el indicado acto administrativo afectará, según los casos, el valor económico de su propiedad o el bien de su salud corporal. En definitiva, ser titular del recurso contencioso administrativo porque se le viola un *interés*, equivale a serlo porque un acto administrativo, objetivamente ilegal o notoriamente contrario a la buena administración si se trata de un acto administrativo objetivo, le lesiona un *derecho subjetivo lábil* o porque una resolución, destinada a un tercero, de reflejo le menoscaba un derecho subjetivo. En cambio, serlo una persona por motivo de que se le viola un *derecho*, significa que un acto administrativo, del cual es destinatario directo, le hiere un *derecho subjetivo perfecto*¹⁴.

A renglón seguido determinaremos los actos sometidos a la revisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Considerado en cuanto a la extensión, este juzgamiento abarca todos los actos administrativos del Gobierno nacional, Gobiernos departamentales, Entes Autónomos y Servicios descentralizados, excepción hecha de los actos administrativos provenientes de los Poderes Legislativo y Judicial. Desde un punto de

¹⁴ Véase: Vittorio Emanuele Orlando, *Principi di Diritto Amministrativo*, Firenze 1952, pp. 406-407; Umberto Borsi, *La Giustizia Amministrativa*, Padova 1941, pp. 48-52; Enrico Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, Padova 1954, pp. 37-44.

vista cualitativo, quedan excluidos de dicha revisión jurisdiccional solamente dos tipos de actos cumplidos por la Administración. En primer lugar, las medidas del Poder Ejecutivo llamadas actos de gobierno, que son las directamente atinentes a la conservación, seguridad y existencia de la Nación (nótese que con esta inmunidad jurisdiccional a favor de los *actos de gobierno* reaparece, en otro distrito de la vida jurídica, la antes mentada doctrina de la no interferencia judicial en las cuestiones políticas). En segundo término, también quedan excluidos del juzgamiento contencioso administrativo los *actos de gestión*, que son los concertados entre la Administración y los particulares en un plano de igualdad, de justicia conmutativa, razón por la cual, entonces, se rigen por el derecho privado y son enjuiciables ante el fuero civil.

Son anulables por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo los actos administrativos subjetivos, o sea, las resoluciones individualizadas; y los reglamentos o actos administrativos objetivos, esto es, los destinados a una pluralidad indeterminada de sujetos.

Según los artículos 309 y 311 de la Constitución, los vicios que hacen anulables a los actos administrativos son la ilegalidad material, la desviación de poder y la violación de los principios de la buena administración. La *ilegalidad material* de una regla de derecho importa no sólo el incumplimiento de una norma jurídica, sino también alcanza a los casos cuando a ésta se la hace objeto de una mala interpretación o, cuando se la aplica falsamente en ocasión de motivarse esa aplicación en hechos que no son los que contempla la norma o, cuando se considera existente a una norma que no existe o que ha dejado de tener vigor o, cuando se tiene por inexistente a una norma que tiene vigor. La *desviación de poder* es el incumplimiento espiritual de una regla de derecho organizadora de una institución administrativa, ya que significa el ejercicio de una prerrogativa pública con un fin diferente al que determinó la creación de esa potestad. Un acto administrativo viola los principios de la *buena administración* cuando debido a la errónea apreciación de las circunstancias o a la inadecuada elección de los medios, resulta notoriamente contraproducente para alcanzar el bien público que dio lugar a ese acto. Se trata, pues, del mal uso del poder discrecional que tiene la autoridad administrativa. El eje del contencioso administrativo uruguayo está constituido por la distinción entre acto administrativo subjetivo y acto administrativo objetivo, ya que, en virtud de los preceptos constitucionales, según se trate de una u otra especie, varía el modo de notificárselos, el número de votos conformes de los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para decretar las respectivas anulaciones, los efectos particulares o generales

del fallo y las consecuencias del mismo sobre el juicio contencioso para hacer efectiva la reparación de los daños ocasionados al recurrente por el acto administrativo anulado. Efectivamente, de acuerdo con el artículo 317 de la Constitución, los actos administrativos deben ser notificados personalmente, si correspondiere; de lo contrario, deben ser publicados en el Diario Oficial. Sabido es que el criterio distintivo de la publicación respecto a la notificación de los actos administrativos reside en la indeterminación de los destinatarios. Se notifican personalmente los actos administrativos subjetivos, es decir, los que tienen destinatarios determinados o razonablemente determinables por la autoridad administrativa; se publican los actos administrativos objetivos, esto es, los reglamentos de contenido general¹⁵.

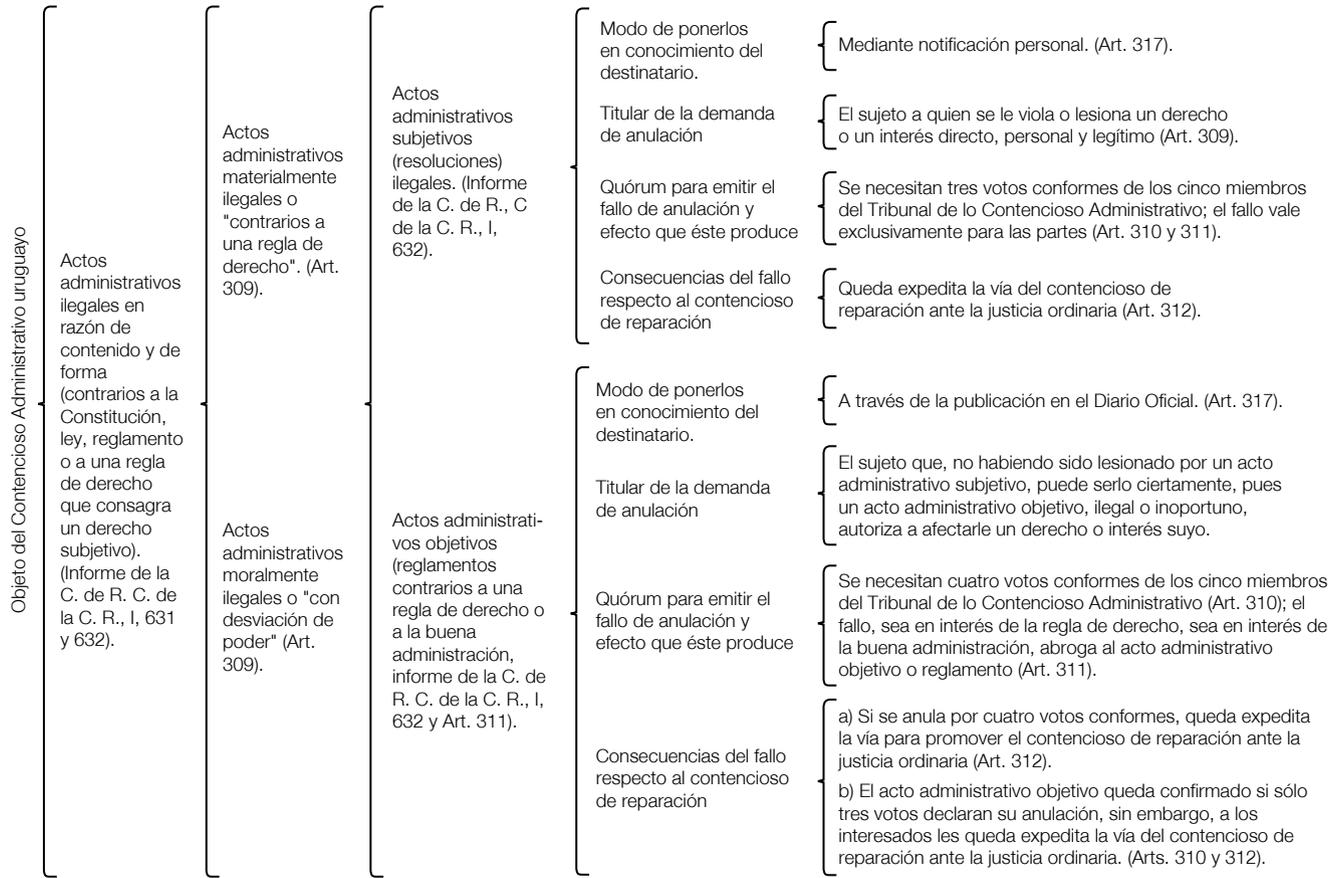
Según el artículo 310 de la Constitución uruguaya, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para dictar resolución, deberá sesionar con la presencia de sus cinco miembros, pero bastarán tres votos conformes para declarar la nulidad del acto que cause inmediatamente la lesión de un derecho subjetivo del demandante. Establece el artículo 311 que en estos casos, es decir, tratándose de actos administrativos subjetivos, la decisión tendrá efectos únicamente entre las partes del proceso en que se dicte. Cuando el acto administrativo es general, o sea, en la situación en que el demandante todavía no ha sido objeto de una resolución directa, que de modo actual le cause la violación o lesión de un derecho subjetivo pero que tales cosas, inminente y ciertamente pueden ocurrirle, porque un acto objetivo administrativo autoriza a ocasionarle esos daños, se necesitan cuatro votos conformes para anular ese acto administrativo objetivo. Es de notar que únicamente el acto administrativo objetivo, además de ser impugnable por ilegalidad en sentido amplio como lo son los actos administrativos subjetivos, puede serlo por violar las exigencias de la *buena administración*. Pues el artículo 311 de la Constitución dispone que cuando se “declare la nulidad del acto administrativo en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos”; y obvio es que sólo pueden derogarse los efectos generales de un acto administrativo cuando este acto posee un contenido general. A propósito del artículo precitado, también es de hacer notar que el constituyente uruguayo ha impreso un significado original a la frase “nulidad en interés de la regla de derecho”, que en la legislación francesa se utiliza en los casos en que el Procurador General de la Corte de Casación, haciendo abstracción de cualquier interés personal, reclama

¹⁵ Véanse: Vittorio Ottaviano, *La comunicazione degli Atti Amministrativi*, Milano 1953, p. 247; Maurice Hauriou, *La Jurisprudence administrative*, París, 1929, T. II, pp. 296 y ss.

la anulación de ciertos actos administrativos objetivos en razón de que son contrarios a alguna disposición legal. En cambio, en la Constitución uruguaya, “la nulidad del acto en interés de la regla de derecho” debe entenderse en el sentido de que el fallo que deroga los efectos generales de un acto administrativo objetivo, no sólo ha sido dado para satisfacer el interés personal del demandante, sino que también ha sido formulado, precisamente en virtud de sus efectos generales, en interés de la regla de derecho de superior valencia, vulnerada por ese acto administrativo ilegal.

En lo que se refiere a la conexión causal del juicio contencioso de anulación con el juicio de reparación, del artículo 312 de la Constitución surge que al demandante, luego de anulado un acto administrativo subjetivo, le queda expedita la acción de reparación ante la justicia ordinaria, debiendo probar en este fuero la existencia y monto del daño sufrido. También, de los artículos 310 y 312 de la Constitución se concluye que si un acto administrativo objetivo es anulado por cuatro votos conformes, los interesados tienen franqueada la vía para promover el contencioso de reparación ante los tribunales comunes. Empero, si sólo tres miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo votan por la anulación, el acto administrativo objetivo resulta confirmado, puesto que la declaración acerca de su invalidez no alcanzó a contar el número de votos necesarios para decidirla; mas a los afectados les queda abierta la vía del contencioso de reparación ante la justicia ordinaria para los casos en que la aplicación concreta de ese acto administrativo objetivo les infrinja un daño.

Para que aparezca más clara la exposición que acabamos de ofrecer, la damos resumida en el cuadro siguiente:



Después de haber delineado la estructura básica del contencioso administrativo uruguayo y examinado los dispositivos jurisdiccionales destinados a verificar la constitucionalidad de las normas jurídicas, podemos andar deprisa en este tramo de nuestro estudio en el cual describiremos los procedimientos para invalidar los actos administrativos inconstitucionales. Mas para ser claros conviene que volvamos a tomar en cuenta dos hechos que precedentemente expusimos: uno, que los actos administrativos materialmente ilegales son aquellos “contrarios a una regla de derecho”, según estatuye el artículo 309 de la Constitución; otro, que el concepto genérico de “regla de derecho” incluye, en primer término, a la Constitución, según lo expresó el constituyente en el párrafo del informe que ya mencionamos páginas atrás. De nuevo pues, debemos detener nuestra atención en esa regla de oro que contiene el artículo 72 de la Constitución uruguaya y de ahí derivar esta consecuencia: un acto administrativo no sólo es nulo cuando viola un derecho expresamente garantido por la Constitución, sino también cuando vulnera cualquiera de los “otros que son inherentes a la persona humana”. De este modo, la Constitución uruguaya resuelve positivamente el problema de la nulidad de los actos administrativos contrarios a derechos naturales no reconocidos expresamente por la legislación; asimismo, pone el fundamento de esos derechos en la naturaleza humana¹⁶.

Pues bien; de todo lo expuesto hasta aquí respecto al tema de los

¹⁶ En el derecho inglés son anulables los actos administrativos contrarios a los principios de la “Natural Justice”. Empero, las aplicaciones de la Justicia Natural son tocantes a aspectos formales y procesales de los actos administrativos, no al contenido de dichos actos. Véase: Carleton Kemp Aleen, *Law and Orders*, London 1945, pp. 143 y ss., 150 y ss. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés acepta, a partir de esta última trasguerra, la censura de los actos administrativos que violan los principios generales del derecho. Véase: Benoit Jeanneau, *Les Principes Généraux de Droit dans la Jurisprudence administrative*, Paris 1954. El miembro del Consejo de Estado francés M. Letourneur ha tomado a su cargo la tarea de hallar el fundamento real de la susodicha jurisprudencia de aquella corporación. Después de descartar al derecho natural como fundamento, pues, según él, es informalado e impreciso, concluye afirmando lo siguiente: “Cuando el Consejo de Estado aplica los principios generales no escritos y le confiere el valor de textos de derecho positivo, lo hace interpretando la voluntad del legislador; ya que no puede hacerlo así sino porque estima que estos principios corresponden a esa voluntad y que ellos no están escritos porque su existencia es tan cierta y tan evidente que no tienen necesidad de ser materialmente adoptados por un texto”. Véase: M. Letourneur, « Les Principes Généraux de Droit dans la Jurisprudence du Conseil d’Etat », en *Conseil d’Etat. Etudes et Documents*, Paris 1951, pp. 28-29. Si Letourneur se remite a los principios generales del derecho que debe acatar el propio legislador, en verdad, su idea es igual a la que expresa el artículo 1° del Código Civil Suizo, el cual, repitiendo una frase de Aristóteles, estatuye que el Juez, ante una laguna de la ley, debe juzgar de acuerdo a las reglas que establecería si actuara como legislador. En rigor, es una remisión a la justicia natural. En cambio, si se remite a los principios generales que emergen de la voluntad incondicionada del legislador, expresada en el acto de instituir cualquier forma de Estado, se cae en la fórmula del artículo 12 del Código Civil fascista, que establece, para los mismos casos, que el Juez decidirá según “los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. ¿El jurista de nuestro siglo, terminará alguna vez por comprender que si no acepta la existencia de derechos naturales, esto es, de derechos “inherentes a la persona humana”, como sabiamente expresa la Constitución uruguaya, queda apresado por el monstruo a quien escapa, el Leviatán, que ahora se llama Estado totalitario?

actos administrativos inconstitucionales, se siguen las conclusiones que indicaremos enseguida. Primeramente, un acto administrativo objetivo o subjetivo, que de modo directo viola algún precepto sustancial o formal de la Constitución, a pedido de parte interesada debe ser anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Además, cuando a alguien se le lesiona un derecho, mediante un acto administrativo objetivo o subjetivo, indirectamente inconstitucional porque lo es la ley o decreto en que se apoya, y esta ley o decreto ha sido sancionado con posterioridad a las vigencias, respectivamente, de la Constitución de 1934 y de la reforma Constitucional de 1952, se debe demandar la anulación de dicho acto ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, como fundamento del recurso, interponer la excepción de inconstitucionalidad de la norma jurídica cuestionada, y este último litigio, como sabemos, debe ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia. Cosa distinta sucede cuando el acto administrativo es aplicación de una ley nacional o decreto departamental inconstitucionales sancionados, respectivamente, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1934 y de la reforma Constitucional de 1952, pues, entonces, se debe demandar la anulación del acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y ahí aducir, como fundamento legal, el hecho de encontrarse derogada la norma jurídica inconstitucional, y esta cuestión, también lo tenemos sabido, debe ser resuelta por el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el fallo sobre el pedido de anulación del acto administrativo impugnado. En los casos en que un acto administrativo lesiona un derecho o interés personal en razón de que emana de un reglamento viciado de inconstitucionalidad, se debe demandar la nulidad de ese acto ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y la sentencia, dictada por tres votos conformes de sus miembros, vale exclusivamente para las partes del proceso.

Por último, para demandar la nulidad de un acto administrativo objetivo viciado de inconstitucionalidad, debe recurrirse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y el fallo favorable a la petición del actor, pronunciado por cuatro votos conformes de sus miembros, abroga el acto atacado.

Al ceñido análisis que terminamos de hacer sobre los modos de invalidar los actos administrativos inconstitucionales puede vérselo, para su mejor comprensión, en el esquema siguiente:

Modo de anular los actos administrativos inconstitucionales

Acto administrativo objetivo o subjetivo dictado en violación directa de la Constitución.

Se demanda la anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Acto administrativo objetivo o subjetivo dictado en virtud de una ley nacional o decreto departamental inconstitucional, sancionados, respectivamente, después de regir la Constitución de 1934 y la Reforma Constitucional de 1952.

Se pide la anulación del acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, como fundamento de la demanda, se interpone la excepción de inconstitucionalidad, la cual debe ser resuelta por la Suprema Corte de Justicia.

Acto administrativo objetivo o subjetivo dictado en virtud de una ley nacional o decreto departamental inconstitucional, sancionados, respectivamente, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1934 y a la Reforma Constitucional de 1952.

Se demanda la anulación del acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y se aduce que están abrogadas las normas inconstitucionales en que se fundamenta el acto impugnado, lo que debe ser decidido por el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Acto administrativo subjetivo, cumplido en virtud de un reglamento viciado de inconstitucionalidad.

Se demanda su anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el fallo vale para las partes del proceso.

Acto administrativo objetivo viciado de inconstitucionalidad.

Se demanda su anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el fallo tiene efectos abrogatorios.

8. Recursos legislativos contra los decretos y resoluciones departamentales viciados de inconstitucionalidad

Conocidas las instituciones jurisdiccionales encargadas de vigilar la constitucionalidad de las normas jurídicas, corresponde que nos ocupemos del recurso que un tercio del total de los miembros de la Junta Departamental o mil ciudadanos inscriptos en el Departamento pueden promover ante la Asamblea Legislativa contra los decretos y resoluciones locales contrarios a la Constitución y a las leyes, siempre que no puedan ser impugnados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Este recurso, instituido por el artículo 303 de la Constitución debe ser interpuesto dentro de los quince días de la promulgación de esas normas. Cuando dicho recurso es ejercido por mil ciudadanos o cuando la apelación verse sobre un decreto que tenga por objeto el aumento de las rentas departamentales, la apelación no tendrá efecto suspensivo. En cambio, lo tendrá

cuando la apelación sea promovida por el tercio de los miembros de la Junta Departamental, siempre, lógicamente, que no se trate sobre un decreto creador de nuevos recursos financieros. Añade el susodicho precepto constitucional: “si transcurridos sesenta días después de recibidos los antecedentes por la Asamblea General, ésta no resolviera la apelación en reunión de ambas Cámaras, el recurso se tendrá por no interpuesto”. “La Asamblea General dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se dé cuenta de la apelación, podrá solicitar por una sola vez, antecedentes complementarios, quedando, en ese caso, interrumpido el término hasta que estos sean recibidos”.

“El receso de la Asamblea General interrumpe los plazos fijados precedentemente”.

De lo arriba expuesto se deduce que la determinación de los actos que pueden ser objeto del recurso legislativo se logra mediante un criterio residual: los decretos y las resoluciones no enjuiciables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo constituyen la materia de apelación ante la Asamblea Legislativa. Consecuentemente, vienen a ser recurribles los decretos departamentales con fuerza de ley, los actos administrativos de gestión regidos por el derecho común y los actos de gobierno especificados como tales por la sustancia política que contienen. Pues, respecto a estos últimos, aun cuando se encuentran excluidas de la competencia de los gobiernos locales las medidas de seguridad pública, de defensa exterior y las gestiones diplomáticas —que son las fuentes donde nacen los tópicos de los actos políticos— pueden restar todavía, entre las medidas a tomar por las autoridades locales, providencias de esa especie, sobre todo los casos en que por necesidad o por delegación del Gobierno nacional, asuman funciones supremamente políticas¹⁷.

¹⁷ El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 30 de setiembre de 1955, recaída en el caso *Vidal y otros c. Gobierno Departamental de Tacuarembó*, en un conflicto planteado acerca de la ilegalidad de la resolución que nombraba Presidente de la Junta Departamental, dijo que cuando esta corporación “elige su Presidente realiza un acto político o de gobierno, porque obra como órgano político o como órgano de gobierno”. “La elección de Presidente —agregaba el tribunal— no tiene por objeto directo e inmediato la satisfacción de los intereses de los administrados. El interés que se satisface con ese acto es el interés interno propio del órgano, inherente a su organización institucional, y persigue inmediatamente asegurar su adecuado y normal funcionamiento. La finalidad de ese acto es, pues, fundamentalmente, una finalidad política”. Y el Tribunal concluía de esta guisa: “por tanto, la forma de elección del Presidente, por la naturaleza misma de ese cargo y por las funciones que debe desempeñar, es una manifestación típica de un órgano de gobierno y, por tanto ese acto es un acto político. Según nuestra legislación positiva, los actos de esta clase no están sometidos al contralor jurisdiccional de este Tribunal”.

Somos de opinión —consignémosla al pasar— de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el caso arriba referido, no tenía a resolver un litigio sobre la nulidad de un acto administrativo, juzgamiento legislado por el artículo 309 de la Constitución, que es donde juega la doctrina de la no enjuiciabilidad de los actos de gobierno, sino que debía decidir un conflicto entre miembros de una Junta Departamental, juzgamiento que le compete realizar en virtud del artículo 313 y que casi siempre versa sobre cuestiones de índole política. En este artículo 313 se establece que el referido Tribunal “entenderá en las contiendas

Con referencia a los decretos departamentales con fuerza de ley violatorios de la Constitución, que lo mismo pueden ser objeto de la revisión jurisdiccional por parte de la Suprema Corte de Justicia como del recurso de apelación ante la Asamblea Legislativa, no existe deslinde de materias para realizar exclusivamente uno y otro de estos juzgamientos; por tanto, se debe extraer del contexto constitucional un criterio de armonización que evite el desorden de las decisiones encontradas.

Pues bien: en los casos en que el recurso legislativo suspende la vigencia del decreto impugnado, o sea, cuando lo plantea el tercio de los miembros de la Junta Departamental, y no se trata de un decreto destinado a acrecer los recursos fiscales, la solución resulta fácil, pues la Suprema Corte de Justicia no puede aplicar ni desaplicar leyes en suspenso (*vacationis legis*). Si después la Asamblea Legislativa declarase la inconstitucionalidad del decreto recurrido, él queda derogado y, por consiguiente, es imposible que lo juzgue la Suprema Corte de Justicia.

En cambio, si se trata de un decreto departamental cuya aplicación no se suspende por el hecho de ser apelado ante la Asamblea Legislativa, o sea, en los casos en que un decreto es recurrido por mil ciudadanos o por un tercio de los miembros de la Junta Departamental siempre que se trate de los que aumentan las rentas locales, la Suprema Corte de Justicia, si tuviera tiempo para hacerlo en el ínterin, puede resolver la inconstitucionalidad del mismo decreto cuestionado ante la Asamblea Legislativa, y esta decisión sólo beneficiaría a la parte interesada que la demandó. Y en el supuesto de que la Asamblea General revocara posteriormente el decreto, en nada mudarían las situaciones particulares juzgadas, desde que el acto legislativo abrogatorio surte efectos *ex nunc*, esto es, la derogación del decreto inconstitucional se efectúa en la fecha de esa decisión. Por ejemplo: si la Asamblea Legislativa deroga por inconstitucional un decreto que impuso cierta tasa, no puede repetirse lo pagado durante el período en que dicho decreto estuvo vigente.

Por último, si la Asamblea Legislativa confirma un decreto apelado por estimárselo inconstitucional, este acto no impide que la Suprema Corte de Justicia decida después, en los litigios concretos que se le sometan, la inconstitucionalidad de ese decreto. Pues aun cuando la Asamblea Legislativa haya reforzado la sanción de un decreto departamental, este

o diferencias que se produzcan entre los mismos integrantes de... las Juntas Departamentales", etc., "siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano". El mismo Tribunal, en una sentencia del 24 de mayo de 1954, pronunciada en el caso *Dirección de la Universidad del Trabajo c. Consejo Directivo de la Universidad del Trabajo*, resolvió no intervenir en un conflicto semejante, basado en que sólo puede hacerlo si la diferencia no ha sido zanjada "por el procedimiento normal". Pareciera que este criterio pudo resolver el caso de la Junta de Tacuarembó, sin necesidad de introducir la doctrina de la no enjuiciabilidad de los actos políticos, en campo ajeno.

decreto no queda dispensado del examen jurisdiccional que le incumbe cumplir a la Suprema Corte de Justicia, ya que bajo ningún aspecto lo están los actos del Poder Legislativo nacional.

Tales son los arbitrios procesales instituidos por la Constitución uruguaya para conservar su prevalencia dentro del total del orden jurídico, prevalencia que actúa principalmente como garantía de los derechos subjetivos reconocidos por ella. En suma, pues, no queda gozando de inmunidad jurisdiccional ningún distrito del ordenamiento jurídico del Uruguay susceptible de padecer vicios de inconstitucionalidad.

IV. Reparos al proyecto de ley reglamentario de los litigios de inconstitucionalidad preparado por la Suprema Corte de Justicia

1. Consideraciones preliminares sobre la estimativa jurídica

El artículo 261 de la Constitución preceptúa que una ley reglamentará los procedimientos pertinentes para examinar la constitucionalidad de las leyes. Con el propósito de llenar este vacío, la Suprema Corte de Justicia tiene presentado un proyecto de ley ante la Asamblea Legislativa del Uruguay. No vamos a analizar los trámites procesales que propone, ya que es una tarea que rebasa el objeto de este ensayo circunscripto al estudio del armazón constitucional del instituto que tratamos. Únicamente nos concretaremos a destacar los puntos en que, según nuestra opinión, no existe una rigurosa concordancia entre las disposiciones pertinentes de la Constitución y el proyecto confeccionado por la Suprema Corte de Justicia. Además señalaremos la ausencia del dispositivo más eficaz para alcanzar la finalidad que campea a todo lo largo del proyecto, esto es, impedir que la institución sea usada maliciosamente para retardar los pleitos.

Empero, antes de abocarnos a la tarea arriba indicada, vamos a intercalar la siguiente digresión: la labor que cumpliremos en esta parte de nuestro estudio es enteramente distinta a la que ya realizamos dentro de los muros de la *dogmática jurídica*, pues en ese distrito —ya el genio de Dante lo previno— la función del jurista se limita primero a comprender y después a aplicar el derecho “según el pensamiento de la ley”, “*secundum sensum legis*”¹⁸. Y justamente, de esta obligación que tienen los jueces y jurisconsultos de atenerse sólo a lo preceptuado por el legislador para resolver las cuestiones litigiosas, le viene al estudio de un determinado

¹⁸ Véase: *De Monarquía*, II, 11.

derecho positivo el nombre de *dogmática jurídica*, traído por analogía de la Teología Dogmática, pues la materia de conocimiento de esta ciencia, que es la Sagrada Escritura, ha sido dada como artículo de fe por una instancia superior y, por tal motivo, sobre ella no cabe tarea alguna de juzgamiento sino únicamente de interpretación, de hermenéutica. También el vocablo “hermenéutica”, usual en la ciencia del derecho positivo (*hermeneutica iuris*), pertenece originariamente a la Teología y significa el arte de descifrar los textos sagrados.

En cambio, cuando el jurista valora la justicia o aprecia la oportunidad o mide la eficacia de una ley o proyecto de ley, hace *estimativa jurídica*. Lo antedicho exige explicar de qué modo el derecho positivo puede ser objeto de esas tres especies de estimación.

En primer término tenemos una *estimativa moral*, la cual verifica si la norma jurídica positiva, que equivale decir lo justo estatuido por el legislador, guarda congruencia con lo justo natural; por tanto, se trata de saber si una determinada ley deja de dar o quita a alguien lo que le es debido en un contracambio de bienes realizado con la sociedad o con otra persona privada, conforme, respectivamente, a un criterio de igualdad geométrica o de igualdad aritmética.

En segundo lugar, hay una *estimativa política o constitucional*, que juzga a la ley común, conculca con el *ethos* o sistema de conducta establecido por el régimen político vigente, ya que, como asevera Aristóteles, “la ley (*nomos*) debe armonizar con la Constitución (*politeia*)”, y de “donde resulta —agrega— que las leyes concordantes con regimenes políticos puros son justas y las que lo son con los regimenes impuros son injustas”¹⁹. Efectivamente, si la ley de cierto país confisca sin indemnización un campo, debido a que el régimen constitucional ahí vigente es la *Dictadura del Proletariado*, que tiene por finalidad la extinción de los propietarios, dicha ley, no obstante ser constitucional, resulta injusta, porque injusto o impuro es el régimen político con cuyo *ethos* ella se conforma.

Por último, existe una *estimación prudencial o sociológica*, que aprecia si la norma jurídica ha sido formulada por el legislador de acuerdo a los siguientes cánones: primero, si hay correspondencia entre la realidad y el concepto que él tiene de esa realidad a la que aplica, mediante la ley dada, los principios de la justicia natural o de la Constitución positiva, según los casos; segundo, si tuvo en cuenta las inclinaciones de la naturaleza humana y aprehendió correctamente las modalidades y costumbres predominantes entre los destinatarios de la ley que dicta; tercero, si eligió

¹⁹ Véase: *Política*, 1292 b.

adecuadamente los medios para alcanzar el bien que persigue a través de la ley que formula.

Es evidente, entonces, que cuando el jurista se mueve en el campo abierto de la *estimativa jurídica* no desempeña el papel de fiel seguidor de las órdenes del Estado, como acontece al trabajar en la esfera de la *dogmática jurídica*, sino que hace las veces de guía del legislador. Después de mostrada esta diferencia existente entre las dos funciones que cumple el jurista cuando por un lado entiende y por otro estima a un determinado cuerpo de derecho positivo, cerramos el paréntesis abierto renglones arriba y pasamos a ocuparnos del referido proyecto de ley.

2. Crítica de los artículos 7, 9 y 14 del proyecto

Pues bien; el artículo 7° del proyecto establece: “La declaración de inconstitucionalidad como excepción o defensa, sólo podrá solicitarse hasta que se pronuncie sentencia de primera instancia”. Si bien esta solución propuesta por la Suprema Corte de Justicia, concordante con su última jurisprudencia al respecto, que nosotros ya mentamos, supera la opinión doctrinaria que antes aceptó, la cual sostenía que las cuestiones de inconstitucionalidad pueden introducirse en cualquier momento de las distintas instancias por donde transcurre un proceso, no deja por ello de dislocar innecesariamente el lógico desenvolvimiento de los juicios y de no ajustarse al verdadero concepto de “excepción de inconstitucionalidad” consagrado por el estatuto básico del Uruguay. La cuestión de inconstitucionalidad no es un mero argumento jurídico que se aduce en el momento de alegar el derecho en cualquier instancia de un proceso, sino que se trata de una *excepción* especial que se promueve en la coyuntura oportuna y que, como tal, debe ser interpuesta en la fase procesal en que las partes *contestan* —en la acepción prístina del vocablo que entonces viene a significar “convienen”— el punto litigioso que someten al Juez y que a partir de la cual se desarrolla la contienda que concluye en la sentencia jurisdiccional. Cualquier argumento esgrimido a favor de la conveniencia de facilitar la misión del Juez y de las partes en una libre búsqueda de la verdad en los juicios está contradicho por la disposición que tiene gran parte de los hombres a hacer de la falta de un orden procesal la oportunidad de preparar ardides y maniobras destinadas a imponer sus intereses, sin preocuparse de la verdad del derecho que se debe buscar en los juicios. Si bien se mira la cosa, resulta que la evolución del derecho procesal está causada por el afán de impedir que el Juez sea arbitrariamente parcial y que los litigantes conviertan un debate esclarecedor de la verdad en una guerrilla de emboscadas, trampas y contratretas en la que

sólo se persigue la derrota del contrincante. Y para lograr ese propósito, la experiencia no ha indicado al legislador nada más eficaz que establecer que el juicio se cumpla de un modo rigurosamente predeterminado, que cada acto tenga su función, lugar y tiempo fijados y que el proceso, después de la concertación de la litis (*litis contestatio*), avance sin retrocesos ni desvíos. Puesto que emerge de la naturaleza de los juicios, todavía es actual la afirmación de San Antonino formulada en el siglo XV, que es del siguiente tenor: “la *litis contestatio* es el fundamento de las causas judiciales y sin ella no puede edificarse ningún proceso”²⁰.

La parte del proyecto referida a la acción directa de inconstitucionalidad merece una objeción más franca aún, pues sustituye radicalmente la institución creada por los preceptos constitucionales pertinentes. En efecto, el artículo 9 establece lo siguiente: “Cuando la declaración de inconstitucionalidad fuere interpuesta por vía de acción, se substanciará con un traslado al Fiscal de Corte que deberá expedirse en el término de treinta días prorrogables”. Es evidente que el proyecto consagra el procedimiento apropiado para formular declaraciones abstractas, impersonales y desinteresadas de inconstitucionalidad, tal como lo hacen los países que otorgan funciones abrogatorias de las leyes inconstitucionales a un órgano judicial.

Así se explica que el precitado artículo del proyecto haga del Fiscal de Corte la contraparte de todo juicio de inconstitucionalidad iniciado por vía de acción. En cambio, como ya lo sabemos, el artículo 259 de la Constitución establece que “el fallo de la Suprema Corte se referirá exclusivamente al caso concreto, y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”. Esto significa que tanto para el procedimiento por vía de excepción como para el procedimiento por vía de acción, la Constitución requiere la presencia de un “caso concreto”, esto es, un litigio entre partes, el cual sólo existe si el actor constituye en demandado a la persona privada o ente público con quien está ligado por una relación jurídica regida por la norma cuya legitimidad constitucional cuestiona, y que es contra quien pretende, con esa demanda, hacer valer un interés suyo amparado por la Constitución. En consecuencia, el proyecto posibilita que un sujeto de cierta relación jurídica sea hecho condenar por el otro sujeto sin que aquel haya sido citado, es decir, sin la sustanciación de un debido proceso, lo cual, además de violatorio de lo que la Constitución legisla acerca de la acción directa de inconstitucionalidad, es contrario a la regla de justicia natural que obliga a oír a la persona sobre la

²⁰ Véase: *Summa Theologica Moralis*, Pars III, tit. 9, cap. 13.

que recaerá una sentencia.

El apuntado error del antes citado artículo del proyecto, referente a la naturaleza de la acción directa para lograr la declaración de inconstitucionalidad de una ley que consagra el estatuto básico del Uruguay, aparece de nuevo en el artículo 14 cuando establece que “toda sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley será comunicada a la Asamblea General”. Preceptos iguales a este figuran en las Constituciones que dan a la declaración de inconstitucionalidad la virtud de derogar la ley censurada²¹. Pero cabe preguntar: ¿qué objeto tiene esa notificación en el sistema constitucional uruguayo, en ese aspecto igual al americano, que establece que la declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto únicamente en los procedimientos en que se haya pronunciado? ¿Por qué motivo el proyecto descarta la posibilidad de que se pueda cambiar la jurisprudencia de la Suprema Corte? La preciosa jurisprudencia americana, a la cual debemos recurrir en busca de enseñanzas puesto que ella constituye la matriz de la institución, nos muestra que en cuestiones de alto interés público no es muy raro que la Suprema Corte cambie de opinión. Ella también nos indica cómo, a través de una aguda casuística, la opinión del Alto Tribunal va precisando las situaciones en que una misma ley, según se la interprete de uno u otro modo, resulta o no inconstitucional²². Y cuando la jurisprudencia acerca de la inconstitucionalidad de una norma jurídica es categórica y perdura invariable, dicha regla de derecho pierde su vigencia por *desuetudo*, y entonces el Poder Legislativo no tarda en convertir el desuso en derogación o en modificar la ley para acomodarla a la Constitución.

²¹ Véase: Hans Kelsen, “Judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and American Constitutions”, en *Journal of Politics*, 1942, pp. 183 y ss.

²² Para tener una idea respecto a la sabia prudencia con que la Suprema Corte de los Estados Unidos, frente al Congreso de la Nación, hace valer su excelso poder de gobernar a través del examen de la constitucionalidad de las leyes, daremos aquí las siete reglas extraídas de su propia jurisprudencia por el Juez Brandéis, que éste enunció en el año 1936, en el caso *Ashwander v. T. V. A.* La primera regla afirma que la Corte no hace declaraciones en controversias amigables, sino en los casos en que existen reales adversarios en torno a intereses encontrados. La segunda, que la Corte no decide una inconstitucionalidad sino cuando es absolutamente necesaria para la solución de la causa. Tercera, que la Corte no formula una declaración de inconstitucionalidad más amplia que la requerida para resolver el caso concreto. Cuarta, que la Corte no decide la inconstitucionalidad de una ley cuando se puede resolver el litigio mediante la aplicación de otra ley no cuestionada en su constitucionalidad. Quinta, que la Corte no resuelve la inconstitucionalidad de una ley si el actor de la excepción no prueba el daño que sufre por su aplicación. Sexta, que la Corte no decide sobre la inconstitucionalidad de una ley cuando la cuestión es presentada por una parte que se ha servido de los beneficios creados por la propia ley. Séptima, que la Corte, antes de pronunciar la inconstitucionalidad de una ley, se cerciora si no es posible formular una interpretación de la ley por la cual dejaría de ser inconstitucional (297 U. S. 288).

Corresponde agregar que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Uruguay, en sentencia del 29 de junio de 1956, pronunciada en el caso *Marchetti c. Estado*, adoptó expresamente la sobreindicada séptima regla de la jurisprudencia de la Suprema Corte americana. “Cuando un texto legislativo admite dos interpretaciones —dijo el nombrado Tribunal—, una de las cuales conduce a la inconstitucionalidad del mismo y la otra a su plena constitucionalidad”, se “debe desechar la primera y aceptar imperativamente la segunda”.

3. Necesidad de adoptar el dispositivo procesal consagrado por otras legislaciones y que tiende a impedir la desnaturalización de los litigios de inconstitucionalidad. Posibilidad de aplicarlo por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia

El resorte procesal que impide transformar el examen jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en un artificio para demorar los pleitos, consiste en facultar a los jueces, ante quienes se promueve un litigio de inconstitucionalidad, para resolver si en la cuestión propuesta existe o no un problema de ese carácter y, por lo tanto, conceder o denegar el recurso ante el Tribunal encargado de decidir en última instancia la legitimidad constitucional de las leyes. Para el caso en que el Juez o Tribunal inferior no conceda el recurso de inconstitucionalidad, se instituye un recurso de queja o de hecho para que el Tribunal Supremo resuelva, en base al escrito presentado por el excepcionante y en el que se debe resumir la cuestión de inconstitucionalidad promovida, si el recurso extraordinario estuvo bien o mal denegado. Empero, aun cuando el Juez o Tribunal inferior conceda el recurso, el Tribunal Supremo analiza de entrada si correspondió hacerlo, es decir, examina previamente si en las actuaciones elevadas a su consideración hay o no una verdadera cuestión de inconstitucionalidad. Adoptan este procedimiento el sistema federal de los Estados Unidos, el de la República Argentina y el régimen de la Provincia de Buenos Aires²³. Más recientemente, ha consagrado este mismo

²³ Una "federal question", esto es, la inconstitucionalidad de una norma jurídica respecto a la Constitución federal de los Estados Unidos, puede ser llevada ante la Suprema Corte a través de tres distintos caminos. Uno es el "certify" por el cual una Corte seccional de apelaciones consulta a la Suprema Corte de Justicia acerca de una cuestión de inconstitucionalidad y solicita instrucciones para resolver la causa. La Suprema Corte puede dar las instrucciones pedidas o solicitar la remisión de la causa para resolverla. El otro camino es el "Writ of certiorari" (oficio de cercioramiento), por medio del cual una parte de un juicio solicita directamente a la Suprema Corte que reconsidere una sentencia de la Corte seccional de apelaciones o de un Tribunal de última instancia de un Estado, y el Supremo Tribunal Federal solicita los antecedentes del litigio y en base a ello resuelve si existe una cuestión de inconstitucionalidad, para intervenir. Por último, existe la simple apelación (appeal) ante la Suprema Corte de Justicia, que se da cuando la sentencia de un Tribunal de última instancia de un Estado ha decidido una cuestión de inconstitucionalidad a favor de una ley local impugnada por ser violatoria de la Constitución federal o porque se puso en duda la validez de una ley federal o tratado internacional y la contienda se resolvió a favor de una ley local. Véase: Charles W. Bunn, *Jurisdiction and Practice of the Courts of the United States*, 4^o ed., St. Paul 1939, pp. 137 y ss.

En el fuero federal de la República Argentina, el Tribunal Superior de la causa debe pronunciarse sobre el recurso extraordinario interpuesto para ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia en los casos en que se promovió una cuestión de inconstitucionalidad. Cuando el Tribunal Superior de la causa deniega el recurso extraordinario, porque considera que no hay una verdadera cuestión de inconstitucionalidad, el interesado puede interponer el recurso de queja, denominado también directo y de hecho. La Suprema Corte de Justicia, en consecuencia, resuelve si el recurso estuvo bien o mal denegado. Véase: Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El Recurso Extraordinario*, Buenos Aires 1943, pp. 232, 252.

En la Provincia de Buenos Aires, si el Tribunal ordinario de última instancia no concede el recurso de inconstitucionalidad, el afectado apela esta resolución ante la Suprema Corte de Justicia. Si tampoco el Tribunal le concede la apelación interpuesta, cabe, entonces, contra esta segunda denegatoria, un re-

expediente la ley italiana que regula el procedimiento para examinar la legitimidad constitucional de las leyes. Este antecedente debe tomarse muy en cuenta porque la ley italiana sigue al original sistema uruguayo sobre el modo de promover la excepción de inconstitucionalidad, el cual, según ya lo sabemos, consiste en que una vez interpuesta dicha excepción, por una de las partes o por el Juez de la causa, se la eleva para ser resuelta originaria y exclusivamente por el órgano jurisdiccional que monopoliza esa función. Sin embargo, el Juez, ante quien se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad, puede negarle curso si ella resulta manifiestamente infundada. Para mejor ilustración transcribimos el artículo 1° de la aludida ley italiana del 9 de febrero de 1948, que reza lo siguiente: “La cuestión de ilegitimidad constitucional de una ley o de un acto que tiene fuerza de ley de la República, promovida de oficio o interpuesta por una de las partes en el curso de un juicio y no considerada por el Juez manifiestamente infundada, se remite a la Corte Constitucional para su decisión”.

Concluimos afirmando la necesidad de que la ley reglamentaria del procedimiento para juzgar la constitucionalidad de las normas jurídicas adopte el mecanismo preventivo que acabamos de describir, si se quiere que la institución no se transforme en una rémora de los juicios. Sin embargo, pensamos que la jurisprudencia, entretanto, podría consagrar dicho expediente. Así autoriza a hacerlo el artículo 332 de la Constitución, al preceptuar que las facultades atribuidas a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, desde que ésta podrá ser suplida “recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”. El Juez o Tribunal debe analizar si el litigante formula realmente una cuestión de inconstitucionalidad, sin que esto signifique opinar sobre si existe o no la inconstitucionalidad denunciada. A este respecto, el Juez Fermín Garicoits sentó muy acertadamente la doctrina de que “a la Suprema Corte corresponde el conocimiento y solución originaria y exclusiva de la materia, pero que la materia consiste en decir si una ley es o no constitucional”. Por tanto, “no basta que el litigante diga que usa del derecho consagrado en las disposiciones” que legislan la excepción de inconstitucionalidad “para que la jurisdicción del Juez de la causa quede suspendida”. “Es necesario que el derecho usado sea efectivamente ese”,

curso de hecho, que debe, deducirse directamente ante la Suprema Corte de Justicia provincial. Véase: Manuel Ibáñez Frocham, *Los recursos en el proceso civil de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires 1943, pp. 187 y ss.

es decir, que haya en realidad una cuestión de inconstitucionalidad²⁴. Y ante una apreciación equivocada del Juez, al no dar curso a la excepción de inconstitucionalidad interpuesta, el interesado podría ocurrir directamente por vía de queja a la Suprema Corte de Justicia, según el recurso que estatuye el artículo 635 del Código de Procedimiento Civil. Entonces la Corte, previo informe del Juez o Tribunal *a quo*, resolvería si estuvo bien o mal denegado el curso de la excepción de inconstitucionalidad. En definitiva, con disposiciones procesales comunes se puede componer el mecanismo para impedir la desnaturalización del examen jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas.

APÉNDICE

Los actos políticos no justiciables

Hemos pensado que convendría dar una noción precisa de los llamados actos políticos; sobre todo, esclarecer los fundamentos de su no justiciabilidad a la luz de la filosofía jurídica.

El hecho de no ser justiciables ciertos actos de los poderes públicos se debe a la necesidad de dejarlos incólumes y sin escudriñarlos porque se vinculan directamente con el manejo de los supremos intereses de la comunidad; expresado lo mismo de otro modo: la “razón de Estado” fundamenta la inmunidad jurisdiccional de los actos políticos²⁵.

La susodicha doctrina se encuentra corroborada por la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado italiano que enseguida resumiremos. “El carácter político de un acto se deduce de la naturaleza intrínseca de ese acto”, (Cons. de Est., 16-3-1935). “Una resolución administrativa dada sobre un empleado público no adquiere carácter político por el hecho de que tal empleado pertenezca a un organismo estatal investido de funciones eminentemente políticas. Por tanto, no es por sí sola acto político la resolución que remueve del cargo a un oficial del Servicio de Informaciones del Ejército”, (Cons. de Est., 22-3-1935). “La naturaleza política de una resolución emerge de sí misma y no del poder que la dicta”, (Cons. de Est., 26-7-1938). “Acto político es solamente aquel que constituye una emanación de la suprema actividad directiva del Estado y que atañe a intereses fundamentales para la propia vida del Estado, no cualquier acto que tenga un móvil político”, (Cons. de Est., 13-3-1942).

²⁴ Véase el fallo recaído en el caso de *José Cabo c. Municipio de Montevideo*, publicado en *La Justicia Uruguaya*, 1941, T. II, p. 34.

²⁵ Véase: Andrés Gros, *Survivance de la raison d'Etat*, Paris, 1933; M. Willibalt Apelt, « L'acte de gouvernement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne », publicado en *Le Conseil d'Etat. Livre Jubilaire*, Paris 1952, p. 634.

“Actos políticos sustraídos a la revisión jurisdiccional pueden considerarse sólo aquellos que están directamente conectados a los supremos intereses del Estado o que conciernen a la dirección suprema de la vida del Estado. Conforme a este criterio, entonces, no puede calificarse de acto político el relevo del comandante de una nave de guerra, así sea en tiempo de guerra, causado realmente por la conducta técnica de ese comandante”. (Cons. de Est., 16-1-1946). “El móvil político no es suficiente para transformar un acto administrativo en acto político. Para que el acto asuma esta cualidad, debe ocurrir que concretamente tenga una inmediata y directa vinculación con los intereses supremos del Estado, sin que sea suficiente que la tenga con los poderes políticos, abstractamente considerados, y de donde ese acto emana”, (Cons. de Est., 21-6-1946). “Deben calificarse de políticos los actos cuya causa específica reside en tutelar y satisfacer los supremos intereses internos y externos del Estado considerado en su unidad”, (Cons. de Est., 22-10-1948)²⁶.

Ahora bien: como en la filosofía política occidental son corrientes una idea verdadera y otra falsa sobre la “razón de Estado” —a la falsa le vendría más bien el nombre de “razón del tirano”—, vamos a discriminar ambos conceptos. Mas, para cumplir con método esta distinción, debemos antes precisar los bienes públicos que persigue el Estado, o sea, los fines naturales que constituyen su razón de ser. En primer lugar, el Estado tiende a que los hombres, una vez congregados, vivan en paz. En segundo término, trata de que esos hombres, unidos por el vínculo de la paz, obren bien, esto es, vivan según la virtud. En tercer lugar, se ocupa de que la comunidad esté abastecida de las cosas imprescindibles para vivir bien. Por último, le incumbe salvar a la comunidad de las asechanzas y ataques de los enemigos exteriores. Nótese que estos bienes públicos tienen una jerarquía según sus respectivos valores intrínsecos y otra distinta según el orden de sus realizaciones. En efecto, encarado el problema desde un punto de vista ontológico, el supremo bien público reside en lograr que los ciudadanos vivan virtuosamente; empero, sin paz interior, con carencia de las cosas necesarias para sustentarse y puestos a merced de la explotación de los enemigos exteriores, el ciudadano no puede vivir libremente con miras a ser virtuoso, es decir, a planificar su naturaleza de ser racional.

Pues bien: el Estado, para satisfacer esos bienes públicos, actúa a través del orden jurídico que sanciona. Por este motivo Cicerón asevera que “las leyes se inventaron para salvar a los ciudadanos y a los Estados, y con

²⁶ Véase: “La Giurisprudenza Amministrativa nel Periodo 1935-1950”, publicado en volumen por la *RIVISTA AMMINISTRATIVA DE LA REPUBBLICA ITALIANA*, Roma 1952, pp. 58-59.

vistas a alcanzar la tranquilidad y la felicidad de los hombres”²⁷. Y lógicamente, de acuerdo al orden de realización de los bienes públicos, el fin superior de las leyes reside en la salvación de la comunidad, que se cumple al asegurarle su paz interior, pues la anarquía disuelve las sociedades, y al preservarla de los enemigos exteriores, ya que estos buscan el aniquilamiento del propio ser de la comunidad. Por eso Cicerón también afirma que los gobernantes deben tener como “ley suprema la salvación del país”, “*ollis salus populi suprema lex esto*”²⁸.

En consecuencia, atento a que el legislador debe ante todo poner en su obra la intención de salvaguardar la comunidad, los que ejercen los supremos poderes del Estado están obligados a interpretar las leyes con ese sentido primordial; y en el caso concreto en que una ley no resulte conducente a ese supremo bien público, los gobernantes están dispensados de cumplirla, si para la salvación del país no queda otra solución²⁹.

Por tanto, en lo que va del hecho de interpretar una ley con la intención presumida del legislador más que con su voluntad expresada en la letra del texto legal, hasta la decisión extrema de incumplir una norma jurídica positiva, existe una inmensa gama de actitudes que puede tomar el gobernante en defensa de los supremos intereses del Estado. De aquí que los organismos jurisdiccionales, los cuales por la naturaleza de su función deben exclusivamente decir el derecho según la ley positiva, sientan la necesidad de abstenerse de juzgar leyes y resoluciones que se relacionan directamente con cuestiones tocantes a la seguridad y existencia de la Nación.

Ahora bien: Maquiavelo, extrayendo reglas de la experiencia histórica, creó un arte de gobierno para salvar al Estado de las asechanzas de los enemigos exteriores y para afianzar su paz interior. Pero en este arte político identificó el objetivo de salvar la comunidad con el objetivo personal del gobernante por retener el poder en la lucha con que se lo disputan sus adversarios. Infelizmente identificó, pues, como regla general, la salvación del país con la salvación de cualquier especie de gobernante. Y lo malo es que la naturaleza humana empuja a los políticos —seres con vocación de poder— a confundir frecuentemente su interés por mantenerse en el gobierno con los supremos intereses de la comunidad.

Justamente, para evitar que los gobernantes caigan en semejante confusión es que la ley y las decisiones del Gobierno no deben determinar los problemas que involucran cuestiones políticas no justiciables, sino que

²⁷ Véase: *De Legibus*, lib. II, 5.

²⁸ Véase: *De Legibus*, lib. III, 3.

²⁹ Véase: SANTO TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologica*, p. I-II, q. 96, a. 6.

son los propios jueces quienes deben fijarlas, como lo tienen resuelto las jurisprudencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos y del Consejo de Estado francés. Por el mismo motivo, los jueces no definen los actos políticos en atención al órgano estatal de donde emanan, pues sería conceder inmunidad jurisdiccional a los actos de ciertos gobernantes, sino que determinan las cuestiones políticas que transforman en no justiciables a ciertos actos de los poderes públicos. Por último, la determinación jurisprudencial de los actos políticos no es exhaustiva, universal e inmutable, ya que las cuestiones directamente vinculadas a la seguridad de cada Estado varían al tenor de las circunstancias históricas y locales. La más reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos es ilustrativa al respecto. Efectivamente, en el año 1950, en el caso “*Kn-auff v. Shaughnessy*”, ha sostenido que la expulsión de un extranjero es una “cuestión política”, exenta del control jurisdiccional (338, U. S. 537). Y en el año 1948, en el caso “*Chicago and Southern Air Lines v. Waterman Co.*”, ha incorporado a la lista de las cuestiones políticas no justiciables la negativa por parte del Civil Aeronautics Board de conceder licencia para establecer líneas aéreas internacionales, siendo que considera objeto de revisión judicial la denegatoria que versa sobre líneas aéreas internas (333, U. S. 103). Ahora bien: la experiencia más reciente del arte militar totalitario advierte que se ha reemplazado la preparación de la artillería, como operación previa para el ataque de la infantería, por la dislocación psicológica del adversario, que se realiza mediante la propaganda subversiva, causante de la desmoralización, el desorden y la indefensión del país que después es atacado militarmente. Estas avanzadas enemigas están constituidas predominantemente por fingidos inmigrantes, hombres de negocios, etc. Se explica, entonces, que la expulsión del extranjero, a cargo de los órganos políticos de los Estados Unidos, haya sido considerada una cuestión no justiciable. Con respecto al otro tópico señalado, cabe agregar que está probado el papel que pueden jugar las líneas aéreas internacionales en los servicios de información de los enemigos. También se comprende, pues, que la denegatoria de una licencia para establecer esas líneas aéreas, que en última instancia la decide el Presidente de los Estados Unidos, haya sido considerado una “*political question*” por la Suprema Corte de dicho país.

Registro de las sentencias citadas

Suprema Corte de Justicia del Uruguay

Pelizza c. A. F. E

Municipio de Montevideo c. C. U. T. S. A

Pancera Maeso, Rubén Pedro y otros c. Carleo Itri, Genaro

Fiscalía Letrada de Tacuarembó c. Florencio Ortega

Municipio de Montevideo c. Juan J. Brito del Pino

Gómez Pons c. Gobierno Departamental de Colonia

Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Uruguay

Abraham Hirschhom c. Estado

Mallarini, Mario y Triánón, Eduardo c. Consejo Nacional de Gobierno

Vidal y otros c. Gobierno Departamental de Tacuarembó

Dirección de la Universidad del Trabajo c. Consejo Directivo de la Universidad del Trabajo

Marchetti c. Estado

Juez Doctor Fermín Garicoits

José Cabo c. Municipio de Montevideo

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos

Foster v. Neilson

Adkins v. Children's Hospital

Ashwander v. T. V. A.

Knauff v. Shaughnessy

Chicago and Southern Air Lines v. Waterman Company

Suprema Corte de Justicia de la República Argentina

Avegno c. Provincia de Buenos Aires

Consejo de Estado Italiano

Sentencia del 16 de marzo de 1935

Sentencia del 22 de marzo de 1935

Sentencia del 26 de julio de 1938

Sentencia del 13 de marzo de 1942

Sentencia del 21 de junio de 1946

Sentencia del 10 de octubre de 1948