

BASES PARA UNA TEORÍA AMERICANA DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD (DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD DE LAS LEYES)*

Enrique VESCOVI**

SUMARIO

I. *La declaración de la inconstitucionalidad de la ley en los países de América. Los orígenes de la institución.* II. *Caracteres generales del sistema americano. La declaración de inconstitucionalidad, facultad del poder judicial.* III. *Otros aspectos del sistema. Los fines del instituto. Su naturaleza jurisdiccional.* IV. *El juicio de inconstitucionalidad. Proceso que tiende a resolver un litigio en el que existe un derecho subjetivo concreto o un interés legítimo.* V. *Se trata de un proceso contencioso en el que se ejerce la acción.* VI. *Proceso contradictorio, con intervención de partes y Ministerio Público.* VII. *Las diversas vías para solicitar la declaración de inconstitucionalidad.* VIII. *Procedimiento de declaración de inconstitucionalidad por vía indirecta (excepción). Carácter prejudicial del mismo.* IX. *Inconstitucionalidad por vía directa (de acción).* X. *Inconstitucionalidad planteada de oficio.* XI. *Otros problemas procesales.* XII. *Apéndice.*

I. *La declaración de la inconstitucionalidad de la ley en los países de América. Los orígenes de la institución*

La posibilidad de declarar inaplicables las leyes dictadas por el Poder Legislativo, en virtud de su oposición a la norma constitucional se origina en la facultad que ejerció el Poder Judicial en los Estados Unidos de Norteamérica, inicialmente, y en diversos países latinoamericanos posteriormente. Es cierto que se buscan remotamente los orígenes de la institución, pero esta incursión histórica no tiene otro sentido que señalar que el "conflicto entre las leyes fundamentales del Estado y las otras que re-

* Este trabajo, se realiza tomando por base los regímenes de los diversos países de América y con especial referencia a nuestro derecho uruguayo. Su sentido es contribuir —en esta minúscula parte— a formar una teoría procesal latinoamericana, o americana. Sabemos que corremos muchos riesgos de imprecisiones por la falta de información que va, desde el desconocimiento de la legislación, hasta la más absoluta distancia intelectual, entre países vecinos que hablan la misma lengua. En reciente conferencia de Facultades de Derecho (Santiago de Chile) propusimos la creación de servicios de intercambio. A poner un grano de arena para esta construcción, tiene este trabajo.

** Profesor de la Facultad de Derecho, Montevideo, Uruguay.

gular las relaciones entre los hombres"¹ ha sido un problema jurídico de vigencia permanente.

La cuestión de la inconstitucionalidad de la ley con perfiles jurídicos definidos, sólo pudo plantearse en los Estados modernos, luego de la aparición de las Cartas constitucionales. Es la jurisprudencia norteamericana que da origen, realmente, al instituto y posteriormente lo desarrolla a través de una interesante evolución.²

Fundándose en la existencia de un Poder Judicial cuya majestad e independencia aparecen como indiscutidos en doctrina y en el derecho positivo, la jurisprudencia, haciendo aplicación de los principios lógicos del derecho, especialmente el de no contradicción, que a su vez se sirve de otros, como el de jerarquía, ha decidido que no debía darse primacía a la ley, sino a la constitución, en caso de oposición entre ambas. No es extraña al instituto, la defensa de la competencia de los órganos nacionales o federales frente a la legislación estadual, en lo que se ha dado en llamar inconstitucionalidad "horizontal" por oposición a la anterior, calificada de "vertical". Se trata siempre de una mera consecuencia de la normal actividad del juez que, ante dos actos, uno válido y otro que no lo es, debe dar preferencia al primero, anulando el segundo.³

La misma solución fue adoptada por la mayoría de los países latinoamericanos durante el siglo pasado; unas veces expresamente en las constituciones⁴ otras por medio de su doctrina⁵ o jurisprudencia.⁶ Y debemos recalcar que la facultad de inaplicar la ley contraria a la constitución se

¹ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo de costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957, p. 2. Toda esta obra está dedicada a esa indagación histórica desde Grecia hasta el momento en que recién se forman los Estados de la época contemporánea.

² Mucho se ha escrito sobre el tema. Ver entre otros: Salvatore Catinella, *La Corte Suprema Federale nel Sistema Costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1934, especialmente pp. 155 y ss.; Leda Boechat Rodríguez, *A Corte Suprema e o direito constitucional Americano*.

³ Dice Cappelletti que resulta indiscutible la existencia de un principio general en virtud del cual el juez puede siempre desaplicar los actos, nulos o anulables para el caso concreto. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, p. 77.

⁴ Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Brasil de 1891 y de su ley núm. 221 de 20 de noviembre de 1894; de la Constitución de Bolivia de 1880 (artículos 111, 138 y 139); de Colombia de 1886 (artículos 90 y 151); de Guatemala de 1879 (artículo 85); de Cuba de 1901 (artículo 83); de Panamá de 1904 (artículo 105); de Nicaragua de 1911 (artículos 122 y 124), etcétera.

⁵ En el Uruguay tal opinión fue defendida por Justino E. Jiménez de Aréchaga. *Inaplicabilidad de leyes inconstitucionales*.

⁶ En Argentina primero muy tímida y excepcionalmente y luego con más vigor, los jueces ejercen esa facultad, aun sin reconocimiento constitucional expreso. Ver Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1961; Plinner, *Inconstitucionalidad de las leyes*. Para Brasil puede verse, también, Loureiro Junior, *O contróle da constitucionalidade das leis*, S. Paulo, 1957; Alfredo Buzaid, "Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro", en *Revista de Facultad de Derecho de Montevideo*, 1958, Año ix, p. 225.

entendió, no sólo ante la inconstitucionalidad formal, sino aun cuando la contradicción se refiera al contenido de las normas.⁷ En ese sentido la jurisprudencia norteamericana es amplia y abundante y de su evolución se extrae toda la doctrina sobre el punto.⁸

Solución contraria era la que se daba en los países del continente. La indiscutible primacía de la doctrina constitucional francesa, imponía la solución negativa. En efecto, en ese país, a pesar de que su historia constitucional registra diversos proyectos sobre el punto desde el siglo xviii,⁹ predominó la opinión contraria que recoge y alienta un famoso libro de Lambert, en el que se sostiene que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, ejercitada por los jueces norteamericanos, había sido "el medio más idóneo para frenar la legislación social y económica progresista".¹⁰

Aun cuando esa opinión no es unánime, no hay duda que es la que responde más cabalmente a la mentalidad francesa y a la propia estructura constitucional, en la cual al Poder Judicial no se le reconoce ni la independencia ni la jerarquía ni las funciones que en América.¹¹ Debe

⁷ Porque en lo referente a la inconstitucionalidad formal, ésta fue admitida, generalmente, también en esa época, en Europa.

⁸ Catinella, *op. cit.*, *supra*, nota 2, Boechat Rodríguez, *op. cit.*, *supra*, nota 2.

⁹ Sieyès en la Convención presentó un proyecto por el que se crea un "jury" constitucional con la misión de "juzgar todos los reclamos contra cualquier atentado a la Constitución". (Discurso ante la Convención del 2 Thermidor del año iii.) El diputado Le Chapelier presentó un proyecto en el mismo sentido (Battaglini, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 173).

¹⁰ Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, 1921. Y agrega: "el control judicial de la constitucionalidad de las leyes con sus dos complementos: la construcción de leyes a la moda americana y el gobierno por *injocition* es sin duda el instrumento de estática social más perfecto al que se puede recurrir para quebrar la legislación obrera, y retener al legislador en la caída hacia el intervencionismo económico. Es muy recomendable primero y puede ser su principal mérito, por la comodidad de su empleo" (pp. 224 y 25).

Con la misma aprehensión estudia el instituto un constitucionalista moderno de la talla de Burdeau (*Traité...*, tomo iii especialmente pp. 346 y 47).

No obstante eminentes autores franceses, aunque sin mayor eco, han defendido la tesis de que los jueces pueden declarar inaplicables las leyes. Podemos citar entre ellos a Jèze, Hauriou, Barthelemy y Duguít que se adhirió a la opinión afirmativa.

¹¹ Es evidente que la concepción del Poder Judicial, aún hoy, en Francia, dista mucho de la organización que tiene en nuestros países de América. No olvidemos, por ejemplo, que en la Constitución francesa actual "el presidente de la República es el garante de la independencia del Poder Judicial". No olvidemos que constitucionalistas modernos califican a los órganos judiciales como "políticamente secundarios". Así Châtelain dice al respecto: "los jueces deben precisar el derecho en vigor... pero... todo juicio sobre la constitucionalidad de una ley es al mismo tiempo aun bajo una forma discreta, un juzgamiento al legislador. Este es un rodaje superior del Estado; y representa una fuerza política preponderante, y no admitirá, pues, ser controlado por jurisdicciones que no son sino órganos secundarios" (*La nouvelle Constitution et le régime politique de la France*, Paris, 1959, pp. 170 a 172).

aceptarse, entonces, que existe realmente lo que un famoso constitucionista francés calificó como una "corriente histórica muy desfavorable para remontar".¹²

Resulta así perfectamente explicable que esta facultad de los jueces de declarar inconstitucionales las leyes, o inaplicarlas en el caso concreto, por contradecir las formas o contenidos de la Carta fundamental, aparezca muy excepcionalmente en Europa durante el siglo pasado en las constituciones¹³ y en la jurisprudencia.¹⁴ Y aún en nuestro siglo hasta la Primera Guerra Mundial, la existencia de normas expresas es muy rara.¹⁵ Con posterioridad a ésta, en cambio, van apareciendo rápidamente en las diversas constituciones¹⁶ de la Europa nueva. Inclusive se crearon, en ese continente, órganos especiales con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley con efecto general, como la Corte austríaca bajo la inspiración de Kelsen, la que instauró la República Española en la Constitución de 1931, y la Corte Constitucional italiana de la constitución de 1947, a cuya existencia y desarrollo doctrinario debemos tantas enseñanzas... y a veces tantas dudas.

II. Caracteres generales del sistema americano. La declaración de inconstitucionalidad, facultad del Poder Judicial

Para un mejor entendimiento de las cuestiones procesales que desarrollaremos, debemos considerar algunas características generales del régimen americano, que pueden señalarse dentro de la diversidad de sistemas.

En general podemos decir que el instituto es admitido casi unánimemente en América. En unos casos otorgándole la facultad expresamente a un órgano determinado del Poder Judicial (generalmente a la Suprema Corte de Justicia), como en las Constituciones de Bolivia de 1945/47, Colombia de 1957, Cuba de 1959, Chile de 1933/1943, Ecuador de 1946/1948, El Salvador de 1950, Haití de 1957, Honduras de 1956, Panamá de 1954/56, Venezuela de 1953, Uruguay de 1934/1942. En otros casos, la facultad aparece consagrada, a veces expresamente, otras en forma im-

¹² Paul Duez, "Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois" en *Melanges Hauriou*, p. 244.

¹³ Caso excepcional es el de la constitución Suiza de 1874 (art. 113) aun cuando el sistema es parcial pues se refiere sólo a las leyes y reglamentos cantonales.

¹⁴ Así sucede, por ejemplo en Rumania. Ver en *Melanges Paul Negulesco*, estudios sobre el tema de Alexiano (pp. 5 y ss.) y Viforeano pp. 823 y ss. También en Noruega (V. Esmein, *Traité...*, p. 633).

¹⁵ Como sucede en la Constitución de Portugal del año 1911.

¹⁶ Así sucede con la Constitución checoslovaca de 1920, la de Austria de 1920, la del Principado de Liechtestein de 1921, la de Irlanda de 1922, la de España de 1931. Inclusive puede mencionarse la Constitución de Weimar de 1920 que adopta un sistema parcial. En muchos de estos países se mantiene el instituto en sus actuales Constituciones, habiéndose extendido el sistema en Europa, donde marca una etapa fundamental la creación de la Corte Constitucional Italiana en la Constitución de 1947.

plícita pero indiscutida, a favor de los tribunales y juzgados en ocasión de aplicar la ley, caso de Argentina, Brasil, Colombia, México, Panamá, Nicaragua, Perú y Paraguay.

En estos regímenes se ha desarrollado, pues, la facultad de declarar inaplicables las leyes por inconstitucionales, dentro del Poder Judicial. No se ha creado un órgano especial.¹⁷ Si bien se admite que la función del órgano jurisdiccional, representa un control de la actividad legislativa, esa no es la esencia del instituto, como puede sostenerse en algunos países de Europa¹⁸ sino simplemente el normal ejercicio de la actividad del Poder Judicial con amplísimas facultades para aplicar la ley al caso concreto y anular toda clase de actos que se opongan a los jurídicamente válidos. Esta función, que en algunos casos ha servido (debemos reconocer la parte de razón que asiste a Lambert) para frenar o dilatar la evolución de los derechos sociales y económicos, en general, por el contrario, ha sido aplicada para la defensa jurisdiccional de la libertad individual.¹⁹

Bajo esa égida, el instituto se ha desarrollado ampliamente aunque con

¹⁷ Solamente podía citarse, en los regímenes americanos que pudimos estudiar, el caso excepcional de Cuba, en cuya Constitución vigente de 1959 se establece un Tribunal de garantías constitucionales (art. 160). Era el mismo régimen que ese país ya tenía instaurado.

¹⁸ Este carácter resulta especialmente de los sistemas europeos, como hace notar con respecto a Italia, Carlo Cereti, quien destaca que la naturaleza de la Corte Constitucional, cuya principal función es ejercitar un control de constitucionalidad, por lo que se coloca, dentro de las actividades estatales, entre los llamados órganos de control ("Funzione legislativa e controllo di legittimità". *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, p. 27). Resulta extraño a nuestros sistemas hablar del "proceso al legislador" o de la existencia de un superjuez o superlegislador en el sentido de Carnelutti ("Aspetti problematici del processo al legislatore" en *Riv. Dir. Proc.*, 1959, tomo 1, p. 1).

¹⁹ Este carácter, de defensa de los derechos individuales se acentúa a través de las disposiciones constitucionales, y la jurisprudencia en los diversos países de América. En cuanto a los Estados Unidos, si bien podemos admitir, parcialmente, la opinión de Lambert como decimos en el texto, resulta evidente que allí, como en otros países del mundo, la mayor parte de los casos de declaración de inconstitucionalidad configuran defensa de los derechos humanos en general y de los derechos de las minorías en especial. En ese sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos reiteradamente ha impuesto a los Estados del Sur la supresión de normas de la discriminación racial, limitado el poder del Ejecutivo en materia de deportación de extranjeros, declarado la inconstitucionalidad de leyes que exigen el juramento de los empleados estatales (Oklahoma, 1951), invalidado, luego de terminada la guerra, el juzgamiento de civiles (japoneses en el caso) por Tribunales militares, etcétera. (Leda Boechat Rodríguez, señala distintos períodos en la jurisprudencia de la Corte, colocando en el año 1937 el final del que titula "el gobierno de los jueces"). Dentro del régimen latinoamericano, la vinculación del instituto con la defensa de los derechos individuales es indiscutible. Por ello se encuentran vinculados a éste, aunque tengan otro sentido pero la misma finalidad, otros institutos que son característicos de algunos países americanos, como el mandado de seguridad del Brasil y el recurso de amparo mexicano recogido también en Cuba (art. 48) y Guatemala (art. 79) (ver Vallarta, *E juicio de amparo y el writ de habeas corpus*, especialmente pp. 430 y ss.).

vacilaciones y múltiples problemas técnicos, explicables en la historia de una institución, tan esencial como carente de antecedentes y estudios. Por eso esta contribución, debida a una circunstancia tan justa como feliz, tiene el fin de plantear algunas bases que permitan un posterior estudio orgánico de los diversos problemas.

En nuestro continente el instituto nace así históricamente, a diferencia de lo que sucede en Europa donde, con motivo de alguna reforma constitucional, se crea un órgano especial, inspirado en la previa elaboración doctrinaria.

Aquí en cambio se desarrolla como una facultad del Poder Judicial, al cual se coloca en lugar prominente, y como defensor de los derechos humanos y de las constituciones que fueran la base de los Estados nacidos de la revolución.

III. *Otros aspectos del sistema. Los fines del instituto. Su naturaleza jurisdiccional*

La historia del sistema de inconstitucionalidad, dentro de los diversos países de América, demuestra que la finalidad del instituto, deja completamente a salvo el principio de separación de poderes, el que resulta aplicado en su verdadero sentido de distribución constitucional de competencias y recíproco control, sin afectar la autonomía ni la función específica de cada uno. La facultad del Poder Legislativo permanece respetada, la declaración de inconstitucionalidad no es sino declaración de inaplicabilidad para el caso concreto, sin derogar la ley.²⁰ Inclusive se excluyen, en la aplicación doctrinaria y jurisprudencial de las normas sobre este sistema, el control de las cuestiones políticas.²¹

²⁰ Fuera del caso de Cuba, señalado, debemos mencionar el de El Salvador (Constitución de 1950) donde la declaración se efectúa con efecto general y obligatorio.

Asimismo, conviene mencionar tres casos especiales Brasil, Colombia y Panamá. En estos países, además del régimen general, similar a los que estudiamos de declaración de inaplicabilidad de la ley los jueces (difuso) coexiste otro especial. En Colombia (Constitución de 1957, arts. 90 y 214) y Panamá (Constitución de 1956 arts. 131 y 167) existe un contralor previo a la aprobación de la ley, cuando ésta es vetada por el Ejecutivo por inconstitucional. En Brasil existe un caso especial (Constitución de 1946 art. 7 inciso VII y la ley 2271 de 22 de julio de 1954) que faculta al Procurador General de la República para solicitar la intervención del Supremo Tribunal Federal cuando una norma (o acto) inconstitucional viole los principios fundamentales de ese art. 7º núm. VII). El procedimiento puede concluir con la intervención del Congreso nacional. Dice el ilustre profesor Buzaid que en este caso el derecho brasileño se aparta de la tradición americana (*op. cit., supra*, nota 6, p. 256).

²¹ Existe un general acuerdo, desde el famoso caso resuelto por el juez Marshall, acerca de que deben excluirse las cuestiones políticas de la facultad del órgano que declara la inconstitucionalidad. (Recientemente, sin embargo, en Río de la Plata, Boffi Boggero miembro de la Suprema Corte Argentina ha defendido la tesis contraria y se refiere al abandono de la posición de exclusión del contralor de los actos políticos que habría hecho la Suprema Corte de los Estados Unidos en el fallo

Frente a esta limitación aparece, por el contrario, como reafirmación de la designación de Cappelletti ("Jurisdicción constitucional de la libertad"), una amplia tendencia a la interpretación extensiva de los derechos individuales consagrados en las constituciones. Efectivamente, siguiendo una línea progresiva, esas constituciones han incluido —después de la Primera Guerra Mundial, a semejanza de las de Europa— capítulos especiales sobre declaración de derechos, deberes y garantías. Y más recientemente artículos declarando la preeminencia de las normas sobre los derechos humanos, en cuanto a su interpretación que no excluye otros no mencionados, pero que derivan de la naturaleza humana y la forma democrática de gobierno, y a su aplicación, que no quedará supeditada nunca a la existencia de leyes que reglamenten su ejercicio.²² Así el control de constitucionalidad

Baker v. Carr de 26 de marzo de 1963, insistiendo en que aquella exclusión anula las garantías de los derechos individuales). La dificultad que tienen los autores es en encontrar una fórmula que pueda concretar esta posición. La tesis radica en sostener que la función del Poder Judicial no es la de controlar al legislador, sino los actos legislativos en cuanto ellos afectan las normas constitucionales. Se trata de contraponer el juicio de legitimidad, que es admitido, al juicio de mérito, que es rechazado. Así lo señala Redenti, *Legittimità delle legge e Corte Costituzionale*, Milano, 1957, en un país donde la ley (11 de marzo de 1953, núm. 87, art. 28), recoge esta distinción, frente a las dudas de Calamandrei sobre las posibilidades de fundarla científicamente (*Riv. Dir. Proc.* 1956, tomo I, p. 51). Quiere decir que deben abstraerse del juicio, que conduce a la decisión las razones particulares y contingentes que han podido inducir al legislador ordinario a instituir, aunque sea en vía excepcional, una ley especial, o la consideración de si apreció bien o no las circunstancias de hecho por las que dictó esa ley. Así, en la discusión de la ley italiana referida, se dijo, que si la Constitución permite al legislador instituir la pena de muerte para un determinado delito o suprimirla en otro caso, el órgano jurisdiccional no podrá, luego, entrar a juzgar la oportunidad o la circunstancia que determinaron dicha decisión o abolición a opinión del diputado Tesauro, "Trabajos parlamentarios" Battaglini-Minnini *Manuale legislativo della Corte Costituzionale* Padova, 1961, p. 102).

²² Además de las normas "programáticas" que crean algunos problemas, por cuanto en realidad no se trata de disposiciones que pueden entrar en colisión con una norma concreta de ley, sino que deben ser desarrolladas en lo que se ha dado en llamar "interpretación-actuación" (Cappelletti, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración del Uruguay*, tomo 59, p. 133), nos encontramos con disposiciones existentes en diversas constituciones americanas que establecen un concepto amplio en lo que se refiere a los derechos individuales. Así, por ejemplo, dice la Constitución uruguaya (norma establecida en la de 1934 y mantenida en la vigente de 1952): art. 72 "la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye otras que son inherentes a la persona humana o derivan de la forma republicana de gobierno". Art. 32: "Los preceptos de la presente Constitución que reconoce derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a la doctrina generalmente admitida". Disposiciones análogas, especialmente a la primera contienen entre otras, la Constitución Argentina (de 1853/1957 art. 32); de Bolivia (de 1945/47, arts. 28 y 33); la de Cuba (1949, art. 40); la de El Salvador (1950, art. 221); la de Guatemala (1956, art. 72); la de Nicaragua (1950, art. 126); la de

extiende su ámbito y ratifica su condición de protector de los derechos humanos, aun frente al Parlamento.

El ejercicio de esta facultad se realiza mediante un procedimiento de naturaleza jurisdiccional.

En primer lugar contribuye a sostener este carácter la circunstancia de que en todos los países de América la facultad se acuerda a órganos del Poder Judicial (criterio formal), sea a los diversos jueces o tribunales con motivo de aplicar la ley (difuso) o al órgano supremo (concentrado). Así se atribuye a la "Suprema Corte de Justicia" (Bolivia, Colombia, Chile, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay). "Corte Federal" (Venezuela) "Tribunal Supremo en número total de Jueces" (Puerto Rico), "Cortes de Casación reunidas" (Haití), etcétera.

Estudiando la naturaleza misma de la actividad del órgano que declara la ley inconstitucional, se confirma su carácter jurisdiccional. Y esto cualquiera sea el criterio que utilicemos para caracterizar esta función del Estado. Así, si usando un criterio material ya objetivo, ya teleológico, nos inclináramos por la concepción publicista de Chiovenda viendo en esta función la actuación del derecho objetivo, de la voluntad concreta de la ley²³ o por la posición intermedia carneltutiana (al conciliar el interés público y privado) de la justa composición de la *litis*,²⁴ en el caso en estudio estaríamos justamente dentro de tales actividades. Hay una *litis* —como luego veremos que se resuelve con la solución del problema jurídico en cuestión: la finalidad de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, es, simplemente, su inaplicabilidad para dicha *litis*, cuya composición se logra, de ese modo, mediante la actuación del derecho objetivo.

También tendríamos que concluir que se trata de función jurisdiccional si nos atenemos a los criterios normativos que caracterizan la actividad por el efecto jurídico (cosa juzgada), que se deriva del acto jurisdiccional.²⁵ Si apelamos, por último, a la actividad substitutiva de las partes que ejerce el

Paraguay (1940, art. 6); la de Puerto Rico (1952, cap. II, sec. 19); la de la República Dominicana (1947, título II, art. 7). Ver más ampliamente, Alberto Ramón Real, "Los principios generales de derecho", *Revista de Derecho Público y Privado*, tomo 40, p. 196 y José Frederico Marques, comentando una disposición que considera muy importante de la Constitución del Brasil (art. 141, numeral IV) en *Revista de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 13).

²³ *Istituzioni*, v, I, parágs. 19 y ss.; *Principii*, parágs. 13 y ss.

²⁴ Carnelutti, *Istituzioni*, núms., 29 y ss., Calamandrei, *Studi*, Padova, 1930, p. 362.

²⁵ Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. p. 43. En general la doctrina dominante se inclina por sostener que no puede darse un concepto de jurisdicción absoluto sino que el mismo varía a través del tiempo (Calamandrei, *Istituzioni*, I, p. 24).

juez²⁶ al componer la *litis*, situándose en el imparcial plano del tercero,²⁷ como nota específica de la jurisdicción, es evidente que nuestro instituto la posee claramente.

La declaración de inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionalidad, en los regímenes que estudiamos, en general, consiste en una tarea jurisdiccional, mediante la cual el órgano judicial determina (con forma de juicio y efecto para el caso concreto), qué norma jurídica debe aplicarse, dando primacía a la Constitución, en virtud de un principio general del derecho.²⁸

Nos atreveríamos a decir, como conclusión, que estamos en presencia de uno de los típicos casos de jurisdicción, aunque se hable de jurisdicción especial.²⁹

La cuestión se plantea dentro de límites estrictamente jurídicos, excluyéndose, como vimos, la apreciación del mérito o conveniencia de la disposición.

Esta circunstancia, de tratarse de una cuestión de puro derecho, pero referida a una contienda entre partes, no le puede quitar el carácter jurisdiccional, ni el de contencioso, como veremos en el párrafo siguiente. Normalmente los jueces resuelven *litis*, que plantean cuestiones de puro derecho, en su actividad corriente, y en la jurisdicción contenciosa.

Nos parecen completamente inaplicables a nuestros regímenes, casi todas las explicaciones que se dan en los países donde la facultad se acuerda a un órgano especial, fuera del Poder Judicial, y su decisión tiene efecto general y llega a derogar la ley. Por ello no pueden aplicarse la mayoría

²⁶ De acuerdo al concepto expuesto por Chiovenda en las obras citadas. Ver también la bibliografía latinoamericana que sigue esta opinión: Alsina, *Tratado*, 2^a ed., tomo II, 2, cap. 12; Couture *op. cit.*, *supra*, nota 25, p. 44. Lazzano, "Jurisdicción y competencia" en *Estudios en honor a Alsina*, p. 269; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas...*, 3er. Tiragem, p. 94; José Frederico Marques, *Instituciones...*, tomo II.

²⁷ Mauro Cappelletti ha llamado la atención acerca de esta característica de "terzeita" del juez, aclarando que el concepto de jurisdicción nos pone frente a un poder artibuido a un tercero por un lado y a un deber de las partes, sujetos a ese poder, por otro lado. Aquel poder es la potestad (*jus dicendi*) super partes, *Riv. Dir. Proc.*, 1960, p. 402.

²⁸ Se trata, como dijimos ya en el texto, de un principio de lógica jurídica que no necesita ser expresado. A pesar de ello algunas constituciones latinoamericanas, a mayor abundamiento, establecen como norma expresa el principio de la primacía de la norma constitucional. Así por ejemplo la Constitución de Nicaragua en el art. 123 establece la gradación de las normas en una disposición expresa; la de Haití dice expresamente que la ley no deroga la constitución (art. 38); otras establecen simplemente la preponderancia o preferencia de la norma constitucional (Bolivia, etcétera).

²⁹ Los autores la designan con el nombre de jurisdicción constitucional Sandulli *op. cit.*, *infra*, nota 30, p. 24; Jaeger, *Riv. Dir. e proc. civ.*, 1978, p. 786, Buzaid, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 262. Cappelletti ha señalado que estamos en presencia no de un derecho ordinario de acción sino de un derecho subjetivo fundamental de acción (*Riv. Dir. Proc.*, 1960, tomo I, 382/3; *op. cit.*, *supra*, nota 3 parte II, sec. II) José Frederico Marques, *op. cit.*, nota 22, p. 16.

de los argumentos de la doctrina italiana, que debate arduamente el tema con posiciones encontradas³⁰ aunque conviene señalar que la mayoría de los autores se inclina también por la naturaleza jurisdiccional de la función de la "Corte Costituzionale" con referencia a la actividad estudiada.

En conclusión, en los regímenes de América podemos afirmar, en general, pese a su diversidad, que el instituto se desarrolla plenamente (formal y materialmente) en el ámbito jurisdiccional.

IV. *El juicio de inconstitucionalidad. Proceso que tiende a resolver un litigio en el que existe un derecho subjetivo concreto o un interés legítimo*

El juicio de inconstitucionalidad (declaración de inaplicabilidad de una ley al caso concreto) tal como está organizado en casi todos los países americanos³¹ es un procedimiento jurisdiccional, que, en "ocasión de un litigio"³² decide sobre la legitimidad constitucional, a efectos de apartarla —si se opone a la norma fundamental— para el "caso concreto".³³

Esta preexistencia de la *litis*, que subyace en el fondo de la cuestión, y la cual se resuelve —por lo menos indirectamente, o parcialmente— cuando se decide sobre la legitimidad de la ley, esto es su aplicación o apartamiento del caso, tiene una importancia decisiva para resolver la cuestión de la naturaleza del proceso, su desarrollo, y también, la posición de las partes en el mismo.

En los países en los cuales se acuerda a la sentencia eficacia general (*erga omnes*) u opera la derogación de la ley, o impone —para respetar ese poder estático— que el Poder Legislativo la derogue, convenimos que se creen dudas acerca de si se trata de la solución de un litigio o no. Esto nos explica las vacilaciones de los maestros italianos que van desde la afirmación de que en el referido procedimiento no hay partes ni se trata de

³⁰ En las discusiones planteadas en los trabajos preparatorios, de la Constitución y de las diversas leyes, ya aparece en Italia esta cuestión (opiniones vertidas en Cámara o en Comisión recogidas en obras citadas de Battaglini-Minnini, pp. 92, 98-100, 103 a 105, 118 a 119. En estas últimas páginas se recoge la opinión de Calamandrei que se inclina por la naturaleza mixta). Posteriormente la doctrina es tan abundante como contradictoria: Azzaritti, *Riv. Trim. e Proc.* 1959, p. 437; Sandulli, *Riv. Dir. Publ.*, 1959, 23; Redenti, *Legittimità delle leggi costituzionale*, Milano, 1957, p. 24; Pierandrei, *Scritti in memoria di Orlando*, 1955, p. 88; Calamandrei, *op. cit.*, *supra*, nota 21, pp. 13 y 39; De Fina, *Riv. Dir. Proc.* 1961, tomo I, p. 40; Cappelletti, *op. cit.*, *supra*, nota 27 pp. 382 y ss.), etc.

³¹ Salvo los casos excepcionales mencionados (Cuba, El Salvador) con carácter general, o la coexistencia al lado del régimen normal de casos especiales (Brasil, Colombia).

³² Constitución de Haití, art. 123.

³³ Esta expresión textual aparece en diversas constituciones, como la de Guatemala (art. 187), Honduras (art. 239) y Uruguay (art. 259). Este artículo lo transcribimos con las demás disposiciones constitucionales del Uruguay a que hacemos referencia, en un apéndice a este trabajo.

la resolución de una *litis*³⁴ hasta quien la ha calificado de la "máxima *litis*"³⁵.

En los regímenes, en cambio, como la mayoría de los estudiados, en los cuales el efecto de la sentencia (inaplicabilidad de la ley) no va más allá del caso concreto, consideramos que se deben apartar todas las vacilaciones.

Aun en el caso de aquellos regímenes, como Italia, cuando se trata de la inconstitucionalidad planteada en un juicio, ante lo cual se eleva el expediente a la Corte Constitucional, también entendemos que existe una *litis* que se decide con la cuestión de legitimidad, aunque luego el efecto de la sentencia que la declara excede los límites de aquél. Tan es así, que los propios autores italianos señalan las dificultades que se le plantean a un particular a quien puede afectar una ley, sin que se le vaya a aplicar en un juicio, para obtener la declaración de inconstitucionalidad y careciendo de la vía directa ("de acción") en su sistema, llegan a sostener la posibilidad de que ese particular provoque una *litis* ("*fictio litis*"),³⁶ a efectos de tener de esa manera abierta la vía para plantear, incidentalmente, la cuestión de inconstitucionalidad.³⁷

Creemos que la disputa sobre la validez (legitimidad) de la ley con el fin de apartarla de la aplicación a un caso concreto (aun cuando luego, el efecto secundario, llamémosle, aunque sea más trascendente, sea otro) el cual de esa manera queda resuelto, no difiere, en esencia, de cualquiera otra cuestión de derecho que se someta a la decisión de los jueces, con el fin de resolver, de ese modo, una *litis* o conflicto de intereses. En su primer momento el planteo —cuestión jurídica mediante la cual se resuelve el litigio— no difiere en nada del de cualquier otro juicio. Y su esencia no se modifica luego, porque la decisión sobre la cuestión se sustraiga al juez de la causa cometiéndosele a otro (prejudicialidad), ni porque esa decisión, además de operar en el campo limitado (objetiva y subjetivamente) de la *litis* planteada, adquiera, por razones diversas, un alcance mayor, cualquiera sea este (inclusive la derogación de la ley).

En nada modifica este planteo el tipo de controversia jurídica de cuya resolución se trata. La esencia del acto jurídico (sentencia) no se altera por la diversidad de cuestiones jurídicas que se presentan ante el juez, esto es, porque una vez tenga que resolver entre dos leyes (una general otra es-

³⁴ Ésta es la posición entre otros, de De Fina, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 51. Expresa este autor que "la existencia al comienzo del procedimiento de una controversia no constitucional" es sólo, "una condición que califica el interés (de los litigantes o del juez) de poner en ser la condición necesaria para que la Corte pueda..." y dice más adelante que el "*sindacato*" de constitucionalidad prescinde de la relación procesal como de la sustancial.

³⁵ Todavía debemos citar la opinión de Cappelletti de que en el juicio de legitimidad constitucional no se trata de la resolución de un *litis* (que puede haber dado origen al proceso principal) sino de una *cuestión* (de inconstitucionalidad) *op. cit.*, *supra*, nota 27, p. 20.

³⁶ Pascuale Gurci, *La Corte Costituzionale*, Milano, 1957, p. 62.

³⁷ Calamandrei, *op. cit.*, *supra*, nota 21, pp. 13-18.

pecial, una derogada o no, etcétera) o entre una ley y un reglamento, o porque se le plantee un problema de eficacia de la ley en el espacio, o porque tenga que decidir ante una colisión entre la ley y la constitución. El proceso lógico para determinar la elección de la norma aplicable a un caso concreto, se efectúa de igual manera en todos los juicios.³⁸

Por esta razón se sostuvo, como vimos, que aun sin texto expreso, cualquier juez, al aplicar la norma de derecho podía —frente al conflicto entre ley y constitución— dejar de lado ésta.

Esto dicho en general, y con alcance para todo sistema.

Pero en la mayoría de los países estudiados, la afirmación de que el juicio de inconstitucionalidad supone la existencia de una *litis* adquiere una mayor nitidez, cuanto que la inaplicabilidad tiene un límite objetivo —el caso concreto— y su eficacia se limita al procedimiento en que se ha pronunciado y para las partes (límite subjetivo).

En efecto, en los países de América, en los cuales la facultad de declarar inconstitucionales las leyes se acuerda a todos los jueces, en los juicios en que deban aplicar la norma los límites resultan de dicho juicio, y no pueden exceder de él. Y en la mayoría de los otros, en los cuales esta competencia se otorga a un solo órgano (generalmente la máxima autoridad del Poder Judicial) se limita expresamente el alcance de la decisión al caso concreto.³⁹ Es decir que la razón de acordarlo a este órgano (de naturaleza jurisdiccional y actuando en función jurisdiccional) es simplemente, como dijimos, la unificación de la jurisprudencia y la consideración de la importancia de la cuestión, puesto que está en juego la validez de una ley.

Aunque se trate de una decisión con alcance para un caso concreto, y el fin sea otro, como vimos, en forma indirecta hay un juicio sobre la actividad legislativa.

En nuestro concepto, pues la *litis* es la inicial, y no otra nueva que se habría originado con el planteo de la cuestión de inconstitucionalidad. Ésta no tiene autonomía; se plantea con el fin de dar solución a la contienda entre las partes y no excede en sus efectos de este objetivo.

El proceso tiene pues un límite, objetivo, y otro subjetivo.

Por eso se exige, expresamente en algunas constituciones, implícitamente en todos estos regímenes⁴⁰ que quien reclama sea titular de un interés “directo, personal y legítimo”.

³⁸ Conforme Moretti. “La inconstitucionalidad de las leyes y su declaración por el Poder Judicial”. *Revista La Justicia Uruguaya*, tomo XLVII, sec. Doctr. p. 136.

³⁹ Ver supra nota 33.

⁴⁰ Expresamente se dice en Constituciones como en la de Guatemala, Honduras y Uruguay. En nuestro país se agrega que el fallo “sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se halla pronunciado”. Implícitamente debe aceptarse esta limitación en los demás países, pues en virtud de plantearse en un juicio, su aplicación no puede trascender del mismo.

V. *Se trata de un proceso contencioso en el que se ejerce la acción*

No se había dudado, entre nosotros, que quien reclamaba la inconstitucionalidad de una ley, frente a la lesión de su derecho subjetivo, o interés legítimo, ejercitaba el derecho de acción.

La doctrina italiana, frente a una legislación distinta, como vimos, planteó el problema y creó la duda. Algunos autores dijeron que en realidad no se trataba de acción sino de "denuncia".⁴¹ Lamentablemente, a nuestro juicio, esta doctrina ha sido aceptada en nuestro continente, en algunos casos. Así la Suprema Corte de Justicia del Uruguay sostiene esta posición, especialmente cuando se reclama la inconstitucionalidad por vía directa ("de acción").⁴² Veremos especialmente la cuestión en el parágrafo 9.

Nosotros participamos de la opinión de que el que pide la inconstitucionalidad ejerce *siempre* una acción en sentido técnico. Y consideramos que esta opinión debe resultar indiscutible en los textos constitucionales a que nos referimos.

En general, sustentamos esta posición por compartir lo que podríamos llamar —con gran riesgo— la novísima posición dominante de la doctrina italiana encabezada por Cappelletti⁴³ y compartida por Carnelutti,⁴⁴ aunque con grandes reservas y discrepancias por parte de otros autores.⁴⁵

Quien plantea la inconstitucionalidad por vía directa ejerce acción, en el sentido de la definición más generalmente admitida de este concepto,⁴⁶ como el que lo hace en vía indirecta (o de "excepción", como dice la constitución uruguaya). Mayor problema suscita el caso que la inconstitucionalidad sea planteada de oficio por el juez. En este caso también mantiene Cappelletti su posición señalando que no debemos asombrarnos de ver que el magistrado estaría ejerciendo una acción.⁴⁷

Mucho más indiscutible nos parece la afirmación de que, por lo menos las partes —y creemos también el juez— ejercitan el derecho de acción en los regímenes que estudiamos. Nos encontramos ante el ejercicio de un derecho autónomo, que tiene por base una pretensión para que la función jurisdiccional sea prestada (derecho abstracto) para declarar que, en una

⁴¹ Así lo han sostenido entre otros, Calamandrei *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* p. 52; Andreoli, *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, p. 283, etc.

⁴² Esta posición comenzó en 1956 (*La Justicia Uruguaya*, tomo 33, Casos 4259, p. 60 y 4298) y se ha mantenido hasta ahora a pesar de la reciente oposición del Fiscal de Corte a que nos referiremos más adelante.

⁴³ *Op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 25, en notas, pp. 136 a 138 y nota 56, p. 146.

⁴⁴ Ver opiniones de Carnelutti en *op. cit.*, *supra*, nota 18, pp. 10 a 12; y 1960, tomo 1, p. 286.

⁴⁵ Así De Fina en *op. cit.*, *supra*, nota 30, pp. 46 y ss.

⁴⁶ También aquí, podremos decir que, dentro de las posiciones más admitidas aunque diversas del concepto de acción, estaríamos en el ejercicio típico de este derecho (Pekelis, *Nuovo Digesto Italiano Voz azione*, p. 91; Couture, *Fundamentos*, pp. 7 y ss.; Alcalá-Zamora y Castillo en *Estudios en honor a Alsina*, p. 759... etc.

⁴⁷ *Op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 139 a 143.

determinada situación de hecho, entre partes, debe ser aplicada una norma y no otra (derecho concreto).

Se trata de un caso común del ejercicio de acción en un proceso contencioso.

No podemos considerar admisible para nuestros sistemas la posición del eminente Cappelletti, cuando sostiene, con indiscutible profundidad, que se trataría no de jurisdicción contenciosa, sino voluntaria,⁴⁸ tesis que es ratificada por Carnelutti.⁴⁹

La finalidad del proceso en los países de América es, como dijimos, la solución de una *litis*, o conflicto de intereses, aunque sea indirectamente, y su consecuencia (resultado) es el apartamiento de la norma constitucional en el caso concreto. Esto hace participar al proceso de la naturaleza contenciosa.

Nos parece esto bastante claro en los regímenes estudiados, aunque la posición de nuestra Suprema Corte de Justicia que comentaremos más adelante la lleva a derivar —aunque no lo haya hecho conscientemente— al carácter de proceso voluntario, especialmente de acuerdo a los estudios de esta jurisdicción hechos recientemente, en virtud de los cuales se ha extendido su esfera de aplicación.⁵⁰

VI. *Proceso contradictorio, con intervención de partes y Ministerio Público*

Este proceso contencioso, en el que se discute la aplicabilidad de la ley cuya posible inconstitucionalidad es la "*quaestio juris*" de cuya solución depende (o puede depender) la resolución de la *litis* (pues en otro caso no se plantea) debe tener los caracteres del contradictorio. Es la consecuencia que generalmente deriva, aunque no ineludiblemente⁵¹ del carácter contencioso. En el mismo deben existir las dos partes cuya *litis* o conflicto ha determinado el planteo de aquella cuestión. Es decir, que si quien pide la inconstitucionalidad (apartamiento de la norma legal) ejercita el derecho de acción, existe otra parte legitimada que es aquella frente (o contra) quien se acciona, aquella a la cual la decisión judicial (inaplicabilidad de la ley) va a afectar, también en su derecho subjetivo, o interés legítimo, y debe tener las garantías del contradictorio.

⁴⁸ *Id.*, p. 20 y 25 en nota.

⁴⁹ *Op. cit.*, *supra*, nota 18 y 44.

⁵⁰ Efectivamente, como se pudo ver en el reciente Congreso de Venecia, la tendencia —impulsada por Carnelutti— entre los estudiosos del Derecho Procesal es a la extensión de esta jurisdicción. (Ver notas sobre el Congreso. *Riv. Dir. Proc.*, 1962, p. 275). El caso del "proceso a la ley" sin intervención de partes, frente a una "denuncia" coloca este juicio entre los negocios voluntarios (Gelsi Bidart, *De los efectos de las providencias de jurisdicción voluntaria*, pp. 32-34. Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, *infra*, nota 51, pp. 51-55.

⁵¹ Los autores señalan que no siempre que hay contencioso debe haber contradictorio. "La contenciosidad posee como rasgo especial y diferenciativo un valor del que carece la contradictoriedad" Alcalá-Zamora y Castillo. "Premisas para determinar la índole de la jurisdicción voluntaria". *Studi in onore a Redenti*, p. 16. Conforme del mismo autor. *Proceso autocomposición y defensa*, México, 1947. Parag. 3, p. 17.

Esto se ve claro cuando la inconstitucionalidad se plantea en un proceso pendiente, y resulta un tanto más difícil de apreciar, cuando se ejerce por vía directa. No obstante, existe igualmente en ambos casos, como veremos en el estudio particular de cada uno de los procedimientos, pues deriva de la naturaleza misma del proceso.

La intervención del Ministerio Público aparece a veces indicada en la propia norma constitucional, o legal reglamentaria, en otras surge de la propia función de este órgano del Estado, y de las cuestiones de interés público que se dirimen en la contienda, aunque la solución de ésta no tenga más eficacia que para el caso concreto. Aquí los regímenes son diversos, y la mayoría de las constituciones estudiadas no prevén la forma del procedimiento ni la intervención de las partes ni la del Ministerio Público, lo que queda librado a la ley posterior.

VII. *Las diversas vías para solicitar la declaración de inconstitucionalidad*

Históricamente el primer recurso para obtener la declaración de que una ley era inconstitucional y por consiguiente inaplicable a un caso concreto, fue la excepción. En un procedimiento en el cual se pretendía aplicar a la parte (generalmente a la demandada) una ley, ésta podía, como medio de defensa, alegar que ella era contraria a la constitución.

Más tarde se pensó que el juez, en su función de aplicador del derecho y del principio "*jura novit curia*", podía, de oficio, suplir la solicitud de la parte y declarar la ley inaplicable, sin texto expreso.

Jaffin⁵² estudiando la evolución jurisprudencial de los Estados Unidos, tan rica en el desarrollo de este instituto, señala la existencia progresiva de tres medios. Explica como, al lado del procedimiento de excepción, se admitió, por razones de equidad, la "*injocion*" para evitar los perjuicios que una ley inconstitucional podía causar a un particular fuera del juicio. Por ese medio se podía solicitar a un tribunal, sin existencia de juicio, que declarara la inconstitucionalidad de una ley, emitiendo una orden que impidiera la realización de un acto, basado en dicha ley, por parte de un funcionario público o la simple aplicación de aquélla. Más tarde, en una evolución muy controvertida la Corte admitió la tercer vía, esto es, que se solicitara una sentencia declarativa de inconstitucionalidad por medio de una acción.

En los restantes países de América cuyas constituciones preveían la declaración de inconstitucionalidad, sin especial referencia a procedimientos, se discutió sobre la procedencia de este último medio. En ciertos casos su no admisión implicaba la posibilidad de que se aplicaran leyes inconstitucionales frente a los particulares inermes de toda defensa. Muchas veces la doctrina, aplicando los principios generales, entendió que cabía dicho procedimiento, aun en ausencia de disposición expresa.⁵³

⁵² *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert y Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración de Montevideo*, tomo xxxvii, p. 129.

⁵³ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, tomo 37, p. 137.

Posteriormente algunos países incluyeron en las constituciones la previsión de las tres vías.⁵⁴ Otros aceptan la de acción sólo en ciertos casos especiales, aun cuando el mecanismo normal es por medio de la excepción.⁵⁵

Parece lógico admitir que, cuando la ley puede afectar los derechos subjetivos de un particular, sin necesidad de juicio, se acepte el procedimiento, aunque su procedencia sea muy discutida en los países en los cuales no hay disposición constitucional expresa.⁵⁶

En efecto, existen leyes que producen sus efectos instantáneamente, por el solo acto de su promulgación, o que pueden ser aplicadas sin proceso, o que la resistencia del particular puede ser superada sin recurrir al juicio, por lo cual esta vía, es, indiscutiblemente, necesaria.

Estudiaremos cada uno de estos medios y su desarrollo procesal.

VIII. *Procedimiento de declaración de inconstitucionalidad por vía indirecta (excepción). Carácter prejudicial del mismo*

Hemos clasificado las constituciones americanas, entre aquellas que atribuyen la facultad en forma difusa a todos los jueces y tribunales, y aquellas que sólo la conceden a un órgano especial. En el primer caso la vía indirecta es la única que existe para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En los otros, generalmente, se admite también este procedimiento, pero la solución de la cuestión debe ser sometida a otro tribunal (superior) a quien se envían los autos suspendiéndose, mientras tanto, el juicio principal.

Cuando se trata de resolver la cuestión por el mismo juez, no aparecen mayores problemas desde el punto de vista procesal. Se trata de una cuestión que se plantea como previa, o conjuntamente con los diversos puntos sometidos a la resolución del juez, o que éste mismo trae al proceso en la labor intelectual que forma parte de la génesis de la sentencia, consistente en buscar la norma jurídica aplicable al caso que debe resolver.

Cuando se confía la decisión de esta cuestión a otro órgano judicial, la naturaleza del procedimiento no cambia.

Se trata de un incidente, en virtud de la conexión con el juicio principal, que adquiere el carácter de cuestión prejudicial. En los regímenes en los que la eficacia de la sentencia es general, y conduce a la derogación de la ley, planteada esta incidencia —sobre la legitimidad de la ley— tiene una lógica autonomía, pues la cuestión prejudicial no actúa dentro de los límites del proceso principal, sino que trasciende de ellos, adquiriendo verdadera independencia, especialmente desde el punto de vista del resultado.

⁵⁴ Así la Constitución del Uruguay, la de Honduras, etc.

⁵⁵ Ver nota N° 20.

⁵⁶ Catinella *op. cit., supra*, nota 2, p. 112; Calamandrei, *op. cit., supra*, nota 21, pp. 13 a 18; Curci *op. cit., supra*, nota 36, pp. 58 y 61 a 62.

Por ello en países, como en Italia, se discute sobre si realmente es o no incidente, si hay o no prejudicialidad.⁵⁷

En los regímenes que estudiamos, de la mayoría de los países de América, en cambio, la solución nos parece más clara. No se trata de una nueva contienda que se plantea, sino que es la misma, como lo hemos afirmado, cuya resolución tiene carácter previo, a la sentencia principal. El propio juez en unos casos resuelve esta cuestión, en otros, se somete la misma a un tribunal especial, por razones de política general. En ese caso el proceso se suspende hasta el momento en que dicho tribunal decide sobre la "quaestio". Estamos en presencia de una típica prejudicialidad.

El proceso ante el tribunal especial (Suprema Corte de Justicia), no asume completa autonomía; ontológicamente se trata del mismo proceso, pues en definitiva se tiende a la resolución de la misma *litis*. Su efecto, lo reiteramos una vez más, no excede de los límites de la cuestión principal.

Esto nos lleva a soluciones diferentes a las que corresponden en aquellos países, donde puede señalarse la autonomía del juicio de constitucionalidad.

Las partes serán las mismas, y deberán tener las garantías del contradictorio para la resolución de esta "quaestio".

La conexión de la cuestión sobre constitucionalidad con la principal será, entre nosotros, de mayor intensidad. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que se sostiene en Italia⁵⁸ en nuestros sistemas la extinción del proceso principal, por cualquier causa, produce también la de la cuestión incidental.

Por ello, también existen límites impuestos a veces por el derecho positivo, o por la jurisprudencia, dentro de los cuales se puede plantear, en juicio principal, la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la ley. Así la Suprema Corte de Justicia del Uruguay ha declarado que no puede plantearse la cuestión sobre la inconstitucionalidad de la ley aplicada por el juez en la sentencia principal, luego que ésta ha adquirido firmeza, en el momento de la ejecución de la misma. Es decir que si el juez ha hecho aplicación irrevocable de la ley, no cabe plantear la cuestión.⁵⁹

Un punto que se discute en diversos países de América es si dentro del juicio, la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearla el demandado, o también el que tiene la posición de actor. La controversia tiene más trascendencia en aquellos países en que no se admite la vía de acción, pues en estos últimos el actor podría, siempre, elegir este camino.

Entre nosotros el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que ese derecho sólo cabe al demandado,⁶⁰ y el profesor Raúl Moretti defiende esta posición señalando que cuando se habla de excepción (como en la Constitución del Uruguay) debe tomarse esa palabra en su sentido técnico, que permite usar sólo la defensa al demandado.⁶¹

⁵⁷ Cappelletti. *Op. cit.*, *supra*, nota 3, donde se trata el tema en extenso con abundantes citas y referencias a las diversas opiniones.

⁵⁸ Cappelletti. *Op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 49.

⁵⁹ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 11 de febrero de 1963, N° 7.

⁶⁰ Sentencia publicada en *La Justicia Uruguaya*, tomo 35, p. 196.

⁶¹ *Op. cit.*, *supra*, nota 58, L. J. U., p. 137.

Nosotros nos inclinamos por la otra solución, inclusive, frente al texto de nuestro régimen positivo. Creemos que la diferencia entre lo que nuestra constitución llama impropriadamente, "acción" o "excepción", radica realmente en una separación entre lo que debería llamarse vía directa y vía indirecta, la primera cuando sin juicio previo (aunque frente a una contienda) una persona se presenta directamente (en nuestro país) ante la Suprema Corte de Justicia, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En la vía indirecta, en cambio, deben comprenderse la alegación de inconstitucionalidad de la ley que hace cualquiera de las partes en el juicio ya iniciado. El *quid* está dado, entonces, por la existencia o no de juicio pendiente; si se da esta condición sólo es posible la vía indirecta.⁶² Es además la solución más lógica: pensar que cualquiera que tenga la calidad de parte puede plantear la cuestión, como también el juez.

Se pregunta también en qué juicios puede alegarse la inconstitucionalidad. Respecto del primer punto la tendencia es hacia el criterio amplio, comprendiéndose no sólo los procesos contenciosos sino también los de jurisdicción voluntaria, aunque en una exposición más amplia convendría hacer ciertas precisiones según los diversos tipos de éstos.⁶³

Con referencia a la forma de plantear la inconstitucionalidad y a la facultad del juez de realizar un examen previo de la "*quaestio*" antes de remitirla a la Corte u órgano competente, en nuestros regímenes no se acuerda al magistrado la facultad de controlar la entidad de la impugnación rechazándola en casos especiales. Quedaría, solamente, la facultad general del magistrado de examinar los presupuestos procesales y requisitos de forma como se hace con respecto a cualquier demanda principal o incidental. (No cabe apreciar, como en Italia, la "*manifesta infondatezza*".)

IX. Inconstitucionalidad por vía directa (de acción)

Una parte de la doctrina americana, con grandes vacilaciones y muchas opiniones en contra, ha admitido la posibilidad de que se ejercite la acción de inconstitucionalidad por vía directa, esto es, en ausencia de juicio.

Se trata, a nuestro parecer, de la aplicación de principios generales. La facultad de ejercer la acción ante la jurisdicción se admite, normalmente, sin necesidad de una lesión efectiva del derecho, basta la mera incertidumbre, como en este caso, para solicitar un pronunciamiento declarativo.

Algunas constituciones de América (caso del Uruguay y Honduras en todos los casos, Brasil en una determinada situación, etcétera) recogieron

⁶² Conforme opinión del Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación "Inconstitucionalidad de las leyes". Exposición de motivos, p. 64. Creemos que la modificación del texto constitucional de 1952 que excluyó la palabra excepción sólo tiene como fin, oponer este régimen al medio directo (de acción dice la Constitución). Así resulta de la historia de la sanción de la Constitución (Actas, Representantes tomo 1, p. 627). Conforme exposición de motivos del Proyecto Penadés. Distribuido 282/62 del Senado p. 48. Ver asimismo Curci, *op. cit.*, *supra*, nota 36, pp. 65 y ss.

⁶³ Ver Proyecto Penadés, *cit. supra*, nota 62, pp. 51 a 56.

expresamente esta solución en el derecho positivo, admitiendo esa nueva vía para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley violatoria de la máxima norma jurídica.

Al incorporar este medio al derecho positivo o aceptarlo sin norma expresa, aparecieron inmediatamente diversos problemas procesales, por cuanto salimos del esquema de la inconstitucionalidad planteada en un juicio concreto, que se dilucidaba entre las mismas partes y con efecto frente a ellas.

Así por ejemplo, se suscitó la cuestión de la naturaleza que tenía la declaración de inconstitucionalidad pedida por vía de acción: si se trataba en este caso de una verdadera acción o una simple denuncia, como lo señaló parte de la doctrina italiana; se preguntó qué tipo de proceso (contencioso o voluntario) era éste: si existía o no parte demandada; etcétera.

Las constituciones que hemos tenido a la vista, (especialmente la de nuestro país que previó expresamente desde 1952 este tipo de procedimiento de declaración de inaplicabilidad de la ley y la de Honduras que reproduce casi textualmente nuestros artículos), no resuelven en forma expresa la cuestión, aunque sí, a nuestro juicio lo hacen, claramente, en forma indirecta. De este modo puede deducirse que no se trata de introducir en los sistemas americanos un "proceso objetivo a la ley", sino que, manteniéndose dentro de los límites del instituto determinados por el origen histórico a que hicimos referencia, estamos en presencia de un simple procedimiento contencioso, similar al que se plantea por vía de excepción, con la diferencia de que aquél se inicia por vía directa.

Sin embargo nuestra Suprema Corte de Justicia, desde el año 1956, ha sostenido la otra posición, declarando que estamos frente a un verdadero proceso a la ley, y que existe una transformación de la naturaleza de la jurisdicción que se otorga a la Corte en este caso.⁶⁴

Con esta posición discrepa el actual Fiscal de Corte con razones muy fundadas.⁶⁵ También la cátedra ha señalado su oposición declarando que nos encontramos en este caso ante un:

proceso jurisdiccional de carácter contencioso y con efecto subjetivo; porque presupuesto de la promoción de este contralor jurisdiccional es el interés directo personal y legítimo del promotor, y de ninguna manera el interés general de la constitucionalidad de la ley ni la preservación de la constitución, porque la acción de inconstitucionalidad no es una acción popular y el objeto del proceso es simplemente la inaplicabilidad de la ley al caso concreto y limitado en sus efectos objetiva y subjetivamente.⁶⁶

De acuerdo a lo ya anticipado en el desarrollo del tema, nos inclinamos

⁶⁴ Sentencias de la Suprema Corte de Justicia; *La Justicia Uruguaya*, tomo xxxiii, Casos 4259 y 4298.

⁶⁵ El Dr. Guido Berro Oribe en un profundo estudio sobre el tema destaca, a nuestro juicio, en forma ilevantable, la naturaleza de nuestro proceso, de precisos límites objetivos y subjetivos.

⁶⁶ Moretti, *op. cit.*, *supra*, nota 36, p. 136.

por esta solución que es la que más se compagina en nuestra estructura institucional y los textos constitucionales, y que, asimismo, no hace otra cosa que seguir la línea del instituto en América. En efecto, para nosotros (americanos) que siempre admitimos la institución, no implicó ella una nueva concepción, ni la creación de un órgano especial que realice un proceso al legislador, sino una simple derivación, como hemos dicho, de la actividad del juez y de su importante posición dentro del ordenamiento jurídico. Y la vía de acción una forma diversa de solicitar el mismo pronunciamiento, con idéntica eficacia.

Nuestra constitución, por ejemplo, como puede verse en el apéndice, limita expresamente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a la inaplicabilidad de la ley, y al caso concreto en que se pronuncia y requiere interés directo y personal aunque se ejerza el derecho por la vía directa.

Quiere decir que nos encontramos en realidad ante un proceso autónomo, porque no existe otro previo, como en el caso de la excepción, pero dirigido a componer una *litis* preexistente y subyacente, que se resuelve, en este caso, mediante una cuestión de puro derecho que decide qué norma le es aplicable.

No cabe recurrir a los conceptos de la doctrina italiana que se refieren a un derecho positivo diferente en el cual se crea un órgano independiente para juzgar la legitimidad constitucional de la ley, y su sentencia tiene efecto general y vinculatorio, operando la desaparición (anulación) de la ley del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, admitida esta premisa, las conclusiones deben ser idénticas a las que llegamos en el capítulo referente a la vía indirecta (párrafo 8). Así debe seguirse el procedimiento con las garantías del contradictorio, e intervención del Ministerio Público y de la parte demandada. Ésta será aquélla eventualmente afectada por la inaplicación de la ley en el caso planteado por el actor. En ausencia de disposiciones expresas se deberán aplicar las normas procesales comunes.

X. Inconstitucionalidad planteada de oficio

De acuerdo con los principios generales expuestos, cualquier juez puede plantear (jurisdicción concentrada) o declarar (jurisdicción difusa), de oficio, la inconstitucionalidad. Sería en todo caso la aplicación del principio "*jura novit curia*".

La constitución uruguaya establece expresamente el derecho de que el juez promueva la acción por su propia iniciativa, cuando se encuentra ante dos normas de distinto grado y opuestas (artículo 258, *in fine*).

La doctrina discute qué naturaleza tiene la cuestión cuando la introduce el magistrado, sosteniendo algunos que estamos en un caso similar al de la consulta que plantea el tribunal. Como dijimos antes, entendemos que se trata realmente de una acción, siguiendo en esto la posición de una parte

de la doctrina italiana⁶⁷ que el magistrado puede plantear, al solicitar al órgano a quien se le ha dado la competencia exclusiva de declarar la inconstitucionalidad de la ley, que pronuncie dicha decisión. No nos sorprende esta solución, porque entendemos que existen algunos otros casos en el derecho en los cuales el juez (naturalmente no de defensa de un interés privado, sino como órgano tal como está actuando en el proceso) plantea una acción que debe resolver otro órgano distinto, aunque integrante del mismo poder, como en el caso de la contienda de competencia.⁶⁸

Al sustraerse al juez ordinario la competencia para resolver esta especial cuestión se le da el derecho de plantearla ante el órgano correspondiente.

XI. Otros problemas procesales

No queremos terminar este trabajo, sin mencionar algunas otras cuestiones procesales que pueden plantearse en el proceso de inconstitucionalidad con el simple propósito que queden algunas sugerencias que no podemos desarrollar sin excedernos de los límites materiales impuestos a este trabajo.

Las partes que ejercitan la acción (o excepción de inconstitucionalidad), de acuerdo con la naturaleza del instituto, deben ser aquellas a quienes afecta en su derecho subjetivo la mencionada ley, pues estamos en presencia del ejercicio del derecho de acción en virtud de la eventual lesión a un derecho subjetivo. Por ello es natural que en las constituciones se establezca ese requisito como indispensable, y que cuando la previsión no es expresa deba entenderse requerido tácitamente.

Resulta evidente que la persona que plantea la inconstitucionalidad puede ser pública o privada, con tal que defienda un interés legítimo o un derecho subjetivo concreto.

Se ha discutido si el Poder Ejecutivo luego de promulgar una ley puede promover la inconstitucionalidad. En este sentido hay quienes entienden que dado su carácter de órgano colegislador, estaría implicado de hacerlo. Otros distinguen el caso de que el Poder Ejecutivo haya vetado la ley o no, admitiendo que sólo en el primer caso puede ejercer la acción de inconstitucionalidad, pues en el segundo, al promulgar la ley inconstitucional quedaría implicado de hacerlo. Nos parece que si se da el caso (desde luego que muchas veces difícil de concretar) de que el Poder Ejecutivo pueda alegar que está afectado su derecho o interés legítimo, podría, en todos los casos, ejercer la acción de inconstitucionalidad.

Otro problema es la intervención del tercero en el juicio de inconstitucionalidad, que debe ser admitida de acuerdo con los principios generales, dentro de los límites en que se desarrolla el instituto.

⁶⁷ Mauro Cappelletti, *op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 139/42.

⁶⁸ Queda así rechazada la objeción de la Suprema Corte, en los fallos mencionados de que "resultaría una auténtica contradicción de que la justicia sería la parte actora, y la justicia también la que actuaría como juez" (L. J. U. tomo 33, p. 70).

Por último queda por resolver la naturaleza de la sentencia. La doctrina italiana en su mayoría se inclina por el carácter constitutivo de la misma, por entender que la ley recién es inconstitucional cuando la declara la Corte, y desde ese momento empieza a tener efecto la declaración que opera la anulación de la ley.⁶⁹

Esta doctrina cuenta entre nosotros con respaldo de opinión autorizada⁷⁰ pese a lo cual no la compartimos. Consideramos que dentro del mecanismo procesal estudiado la declaración de inconstitucionalidad de la ley tiene efecto declarativo. En efecto, la esencia del acto judicial es meramente declarativo no traduce ninguna modificación en la validez de la ley ni impone su derogación.

En ese sentido coincidimos con la opinión que se ha dado también en Italia donde algún autor ha formulado una distinción, sosteniendo que si la jurisdicción que declara la inconstitucionalidad es difusa y vale sólo para el caso concreto es declarativa y, en cambio, cuando se acuerda a un órgano especial con efecto general (*erga omnes*), es constitutiva.⁷¹

XII. *Apéndice*

Constitución de la República Oriental del Uruguay (1952), Sección xv, Capítulo ix.

Artículo 256. Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razones de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes.

Artículo 257. A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

Artículo 258. La declaración de inconstitucionalidad de una Ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

1º Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

2º Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una Ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución.

⁶⁹ Cappelletti, *op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 58 a 61; Calamandrei, *La illegittimità*, p. 62; Redenti, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁰ Moretti, *op. cit.*, *supra*, nota 38, p. 138; Curci, *op. cit.*, *supra*, nota 36, pp. 77 a 88. En realidad en ese país se han sostenido las más diversas posiciones al respecto (De Fina, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 44).

⁷¹ Garabagnatti, *Scritti in onore a F. Carnelutti*, tomo iv, p. 208.

En este caso y en el previsto por el numeral 2º, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

Artículo 259. El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado.

Artículo 260. Los decretos de los Gobiernos Departamentales, que tengan fuerza de Ley en su jurisdicción, podrán también ser declarados inconstitucionales, con sujeción a lo establecido en los artículos anteriores.

Artículo 261. La Ley reglamentará los procedimientos pertinentes.