

# contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Julio B.J. Maier | ¿Democratización del Poder Judicial?

Pág. 7

Arturo E. Sampay | La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo

Pág. 20

Laura Clérico | El Caso Atala de la Corte IDH: posibilidades y perspectivas

Pág. 81

James Bradley Thayer | Origen y alcance de la doctrina estadounidense del derecho constitucional

Pág. 102

Mario Cámpora (h) | En los orígenes de los derechos del hombre: la polémica Jellinek-Boutmy

Pág. 129



Instituto de Estudios Avanzados  
en Derechos y Estado



**Defensoría del Pueblo**  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

*Dra. Alicia B. Pierini*

---

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Venezuela 842 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.: 4338-4900 / 0810-333-3676

Correo electrónico: [consultas@defensoria.org.ar](mailto:consultas@defensoria.org.ar)

Página web: [www.defensoria.org.ar](http://www.defensoria.org.ar)

---

Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Número 06 - Septiembre 2013 - 1º Edición

Editada por el Área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Directora Responsable: Dra. Alicia B. Pierini

Coordinador Editorial: Lic. Pablo G. Fernández

Edición: Prof. Karina Casanova Pettigrew

Diseño: Lic. Luciana Garrido - Silvana Ferrary

---

Es una publicación propiedad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Propiedad intelectual Nro. 5034368

# contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**Directora honoraria:** Alicia B. Pierini

**Director académico:** Raúl Gustavo Ferreyra

**Secretaria académica:** Camila Carril

**Miembros estables:** Susana Ayala Ferraro, Silvina Bacchiega, Graciela Benín Chirico, María Sol Blasco, Nora Cattáneo, Patricio Clare, Pablo Corradini, Nerina Da Rin, Eduardo Fachal, Marcela González Ibarra, Alejandro Grossman, Valentín Héctor Lorences, Silvia Madrazo, Gustavo Murano, Silvina Pennella, Juan Pablo Pisano Torres, Fabián Pugliese y Horacio Spandonari

Por Resoluciones 510/10, 1296/11 y 1935/12, respectivamente, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la UBA validó la realización del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como curso de posgrado de esa casa de altos estudios.

## ABIERTO A DEBATE

Por el doctor Raúl Gustavo Ferreyra (\*)

Con la publicación del volumen 6, la colección *Contextos* –una de las expresiones escritas del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires– desarrolla su existencia y concreta la edición total de 28 contribuciones. Si acaso existiese un denominador común en las piezas reunidas, residiría en el rigor y la apertura del debate.

La reforma de algunos aspectos de la estructura del Poder Judicial federal ha marcado, en 2013, un debate público interesante. Este año se cumplirán 30 años de democracia constitucional. Probablemente, la discusión legislativa, jurisdiccional, académica y pública constituya uno de los momentos más intensos de estas tres décadas. En “¿Democratización del poder judicial?”, Julio Maier alumbra sobre el “verdadero papel que cumple el Poder Judicial en una República” y entiende que el nacimiento del “movimiento reformista” significa un “buen augurio para aquellos que desean transformar las instituciones judiciales”. También postula una “horizontalización de la organización de los jueces y tribunales”, y da aliento a sus propias letras al acreditar que “aquí no acaba la discusión del tema, sino que tan sólo comienza este debate” que pretende provocar y que *Contextos* recibe y aloja con significativo agradecimiento.

Durante el invierno de 1957, Arturo E. Sampay –“refugiado en patria ajena”– publicó el opúsculo *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*, del cual ninguna de las bibliotecas públicas argentinas con mayor patrimonio de obras jurídicas posee un ejemplar, excepto la de la Facultad de Derecho de la UBA, que tiene uno en su haber. Generosamente, en el invierno de 2003 Alejandro W. Slokar obsequió al autor de estas líneas un ejemplar que había sido adquirido en una librería de obras usadas en Montevideo. El propósito de Sampay en esta pieza desconocida en la literatura jurídica vernácula fue mostrar “los diversos tipos de contralor de la constitucionalidad de las leyes ofrecidos por las organizaciones políticas contemporáneas” porque su examen “ayudará a filiar el régimen adoptado por la Constitución uruguayana”. Nuevamente, quienes integramos el seminario y editamos *Contextos* homenajeamos al maestro Sampay con la publicación de este trabajo, y agradecemos además a su hijo Arturo por otorgarnos su respaldo y autorización para reproducirlo en este volumen 6.

María Laura Clérico, al igual que Julio Maier, ha participado activamente en el seminario desde su fundación, y ahora nos entrega su contribución “Impacto del Caso Atala de la Corte IDH: posibilidades y perspectivas”, en la que se concentra en el análisis del “derecho a la igualdad”. Allí asegura que “la argumentación en Atala aclara los objetivos de cualquier empresa colectiva de construcción y discusión sobre el *ius commune constitucionale*”, destaca “la fuerza argumentativa de la sentencia de la Corte IDH” y concluye que ésta “ofrece un abanico robusto de fundamentos que pueden ser utilizados más allá del caso concreto”. Sin embargo, subraya que “la Corte IDH poco ordena como medidas reparatorias generales” y finaliza construyendo algunos inquietantes interrogantes: “¿Por qué lo hace? ¿Se trata de una solución de coyuntura o es el inicio de una nueva metodología de trabajo de la Corte IDH?”.

Hace 120 años James B. Thayer publicó *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. Thayer dio a conocer su opinión en coincidencia, quizá casual, con el 90° aniversario de la invención del control judicial de constitucionalidad: “*Marbury v. Madison*”, resuelto por la Supreme Court de EE.UU. Si se tomase, con poca disputa, como punto de partida el año 1803, en 210 años, la dogmática estadounidense ha discutido, discute y seguramente seguirá discutiendo sobre los fundamentos, alcances, límites, ventajas y desventajas del control judicial de constitucionalidad. Descripciones genuinas que contienen tanto alabanzas como críticas feroces. En la República Argentina, 160 años después de la sanción de la Constitución federal, aunque se adoptó la teoría del control judicial, lamentablemente, en nuestras playas, pampas y montañas, todavía, no se ha producido una literatura semejante a la estadounidense; consistente, en especial en torno a la crítica y a las desventajas; porque, en general todo fluye hacia el elogio. Una de las insinuantes afirmaciones de Thayer: “The doctrine which we are now considering is this, that in dealing with the legislative action of a co-ordinate department, a court cannot always, and for the purpose of all sorts of questions, say that there is but one right and permissible way of construing the constitution... the ultimate question is not what is the true meaning of the constitution, but whether legislation is sustainable or not.... They [the judges] must not step into the shoes of the law-maker...”. Se agradece la fiel y rigurosa traducción del inglés a nuestra lengua realizada por Mariano Vitetta y el confornte posterior de Juan Ignacio Ferreyra.

Finalmente, Mario Cámpora da pie desde su contribución “En los orígenes de los derechos del hombre: la polémica Jellinek-Boutmy” a una reconstrucción de “la notable controversia respecto del origen histórico

de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789” que desarrollaron los juristas citados a principios del siglo XX, donde asegura que el debate se erigió como “la primera discusión transnacional sobre la naturaleza de los derechos subjetivos”. Es intención del staff de *Contextos* publicar, a partir de los próximos números, las piezas que dieron rienda precisamente al debate.

Nuestro agradecimiento a todos y cada uno de los autores, y un reconocimiento especial a toda el área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría en la persona de su responsable, el licenciado Pablo Fernández. Su equipo es el encargado de corregir, diseñar, divulgar y distribuir esta publicación. Y un último gracias para nuestra directora honoraria, Alicia Pierini: su aliento y aporte constantes permiten concretar esta contribución científica.

(\*) Director académico del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

# ¿DEMOCRATIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL?

1. Sucedió en la Argentina, con más precisión en Buenos Aires. Conviene contar cómo surgió este “movimiento”, si así es posible bautizarlo, para comprender su contenido según el momento histórico y las formas de su aparición en nuestro mundo. Un grupo pequeño de dirigentes de la asociación profesional que nuclea a jueces y otros funcionarios judiciales, cuyo número y nombre en realidad se ignora, o yo ignoro, cometieron el error de atribuir aquello que sólo era expresión política particular de ellos o, quizás, de un grupo, mayor o menor, a todos los integrantes de la asociación gremial, a quienes aspiraban a representar políticamente. Con la misma intención política, se unieron a esa asociación algunos estamentos institucionales de los tribunales de la República. El error consistió, claramente, en atribuirse la representación política de todos, cuando, en cambio, sólo se ostentaba una representación que podríamos llamar “mutual” o, por extensión, mínimamente institucional, y, por lo contrario, existían indicios serios de que, en materia política, no existía acuerdo sino, antes bien, desacuerdo entre los integrantes de aquella asociación y los miembros individuales de todos los tribunales de la República.

El error se tradujo, rápidamente, en una contrariedad: quienes no se sentían representados por esas definiciones, ni por esas quejas, ni por esas palabras, reaccionaron y la reacción consistió, precisamente, en expresar públicamente que no estaban representados por aquella opinión política, a pesar de que la urgencia del caso impedía conocer si los contrariados que reaccionaban estaban nucleados por una misma expresión política o por opiniones coincidentes, total o parcialmente, sobre ciertas realidades del Poder Judicial tanto nacional como de las provincias argentinas. Esta otra asociación —por nombrarla de algún modo— dio en llamarse “justicia legítima”, un título que, a mi juicio, le queda algo estrecho. Y la diferencia formal consistió, precisamente, en que quienes reaccionaban daban a conocer sus identidades individuales, aspecto de suma importancia para el caso: ellos no se amparaban en un sello colectivo, sino que

exponían su pensamiento nominalmente.

Muy rápidamente y con cierta astucia política, el Gobierno nacional o alguien del campo político que hoy comulga con el Gobierno, quizás nuestra presidenta —para indicar el hecho de que yo no puedo señalar al autor— nombró al contenido de esta reacción como la necesidad de “democratizar el Poder Judicial”, nombre que creo le cae mejor al movimiento según la descripción que de él haré y sus propuestas básicas. No se trata, en cambio, de “democratizar la justicia” —salvo que por esta última palabra se entienda el poder que, institucionalizado, se denomina “judicial”, según antes observamos—, pues la palabra “justicia”, en sí misma, implica un resultado de aquello que pretende hacer el Poder Judicial o que se pretende que él haga, pero que también pretenden otros, incluso con distinto contenido, sino, antes bien, se trata de crear o modificar instituciones que hacen a la vida práctica de ese poder republicano.

Si todavía se desea ir más atrás históricamente, diríamos que ciertos grupos económicos y mediáticos, opuestos hoy al Gobierno nacional, utilizan al remedio judicial del “amparo” y, dentro de él, a una medida cautelar de no innovar, de dejar las cosas como están, para paralizar la puesta en ejecución de leyes parlamentarias o medidas gubernativas. Unido a los tiempos judiciales, que se cuentan casi por décadas, ello ha dado lugar a varias respuestas de aquél contra el cual se dirige el llamado amparo. Una de ellas fue recusar a los jueces que intervienen tanto en la instancia como en el recurso de apelación y pronto reaccionó la prensa menor y el mismo Gobierno escarbando el pasado de algunos jueces, especialmente porque aceptaban invitaciones, hasta de viajes al extranjero, de aquellos grupos económicos que siempre constituyen fundaciones a través de las cuales se cursan esas invitaciones.

2. Sin la menor duda, la tarea que encierra el nombre es una a la que, como mínimo, podemos adjetivar de “peliaguda”, para decirlo con una palabra vulgar. Ella dista de ser sencilla; es, antes bien, extremadamente difícil y generará discusiones acerca del verdadero papel que cumple el Poder Judicial en una República, debates que dependerán del punto de vista político, de la opinión de clase y forma sobre la organización social que preside nuestra vida gregaria, esto es, en definitiva, opiniones subjetivas de quien observa el fenómeno judicial; pero cualquiera que sea la definición de este fenómeno, lo cierto es que la creación o reforma de parámetros y reglas prácticas de actuación, para cualquiera de las tendencias políticas posibles, será sumamente dificultosa y arrojará a la arena política, según yo lo veo, un mar de discusiones e, incluso, de

contradicciones entre quienes, de alguna manera, se ubican en un mismo campo político. Tengo mi experiencia en ello, pues, en la época del gobierno de Raúl Alfonsín, ese gobierno me encargó planear y ejecutar algo que, en materia penal, también creímos que consistía en “democratizar” la práctica judicial y cuyo contenido integra todavía hoy una de las propuestas generales para “democratizar el Poder Judicial”, que he escuchado en esta ocasión. En aquella oportunidad fracasamos, pues nuestra propuesta de una nueva organización judicial, que comprendía al ministerio y a la defensa públicos, ni siquiera fue tratada parlamentariamente, de la misma manera que las pequeñas reformas al Código penal vigente para posibilitar la reforma, y el Código procesal penal de la Nación que propusimos, si bien fue tratado y aprobado en comisión por los partidos principales —radicalismo y justicialismo— con algunos retoques menores, no llegó a ser tratado por la Cámara de origen pues el presidente del Gobierno, como se recordará, abdicó antes de tiempo y Carlos Menem, su sucesor, resolvió dejarlo de lado para adoptar el proyecto originario que hoy es la base del Código procesal penal de la Nación. Sin embargo, no todo fue en vano: aquel movimiento reformista, con la afirmación básica del juicio oral y público y —por primera vez— de una absolutamente distinta organización judicial, logró arar bien el campo para la llegada de aquella institución, el juicio público previo a la sentencia, maguer el atraso considerable que para muchos representó la adopción del proyecto que sustituyó nuestra propuesta, al punto de recrear la fórmula explicativa de que el nuevo código “nació viejo y caduco”. Por lo demás, poco a poco se fueron “colando” ciertas instituciones en el mismo Código procesal penal sancionado legislativamente, con sucesivas leyes reformistas, en ocasiones fuera de contexto o con textos poco felices, algunas provincias reformaron su legislación siguiendo el proyecto primitivo y, más aún, el lenguaje académico del Derecho procesal penal varió 180°, hacia nombres y menciones diferentes en la materia. Ese movimiento reformista no sólo se vivió en la República Argentina, sino, antes bien, repercutió en toda la América hispánica, y todavía hoy se vive en alguno de esos países.

No sé si este movimiento actual, cuyos alcances todavía no conocemos en profundidad, alcanzará tamaño predicamento, pero su nacimiento es, sin duda, un buen augurio para aquellos que desean transformar las instituciones judiciales. Expresada esta introducción, estimo conveniente al encargo que me concedieron los alumnos, indicar brevemente aquellos temas que preocuparon en un primer encuentro llevado a cabo por este motivo en la Biblioteca Nacional, en Buenos Aires, matizado, además,

por el discurso de apertura de las sesiones del Congreso de la Nación que expuso la presidenta de la República. Intentaré, como trabajo personal, ponerle rango a cada una de las aspiraciones que trascendieron.

3. Con lo dicho, sin embargo, apenas si he tratado de revelar la dificultad formal que enfrentarán los proyectos que pretendan “democratizar al Poder Judicial”, esto es, el camino sinuoso y plagado de obstáculos que deberán atravesar antes de verse realizados y tan sólo parcialmente. Creo además que, hoy en día, ese camino es varias veces más difícil de recorrer que en el pasado, por ejemplo, en la experiencia relatada, porque en aquella ocasión casi todos estaban dispuestos a colaborar para hallar el camino y superarlo; hoy, según creo, una gran parte de la población, sobre todo en la ciudad capital de la República, que culturalmente pesa en el desarrollo total del país —nótese todo lo que le costó al Código procesal penal de Córdoba de 1939, una verdadera reforma judicial en materia penal, llegar a determinar al parlamento nacional para variar el modo del enjuiciamiento penal—, no está dispuesta a colaborar en una reforma y, más aún, está dispuesta a obstaculizarla, como ya se ha visto en otros ámbitos materiales, en defensa de sus intereses, absolutamente distintos a cualquier variación de sentido en la organización estatal.

Si debiera tomar a mi cargo señalar todos los factores que influyen en la tan mentada “democratización”, diría que su realización es extremadamente difícil ya no por razones formales, sino, antes bien, por razones materiales. A mi juicio, la última bandera política que nos dejó la Ilustración sigue siendo hoy meta vigente: libertad, igualdad y fraternidad. Sólo que la explicación de esos ideales requiere que establezcamos cuál de ellos es —no más importante, sino— presupuesto de los otros. Y, sin comprometerme con una explicación amplia, estimo que el ideal de la igualdad es el presupuesto de que podamos ser ciudadanos libres y fraternos —o, lo que es lo mismo, solidarios— entre nosotros. Y a no confundir, no se trata de la igualdad jurídica, ante la ley, porque la ley, dicho genéricamente, hoy no discrimina o, cuando lo hace, desarrolla el fundamento racional que autoriza a discriminar (por ejemplo: los jóvenes menores de cierta edad no están autorizados para votar en los comicios o para conducir automóviles, los menores de tal edad no son imputables penalmente, conforme a cuantificaciones de cualidades, cuyo límite siempre es discutible) y, en caso de que sucediera lo contrario, no se dudaría en anular su efecto por referencia a la ley básica, la Constitución. Por lo contrario, se trata de la igualdad real, de la igualdad de oportunidades de cada uno de los ciudadanos respecto del otro, ideal para cuyo alcance no basta

declamarlo por ley, abstractamente, sino que consiste en conseguirlo, en mayor o menor medida, en el mundo real.

Se trata de aquello denominado “justicia distributiva”, que influye como factor no sólo en el ámbito judicial, sino en todos los ámbitos de la vida humana. Valgan ejemplos: la medicina es única como ciencia, pero, sujeta la enfermedad o el dolor, no goza de la misma medicina —en definitiva, del mismo derecho a la salud o a la vida— quien tiene poder económico o quien es pobre; unos y otros no viven en viviendas comparables. Con el Derecho o la ley, sucede algo similar: el Poder Judicial significa algo bien distinto para pobres que para ricos o, al menos, satisfechos, tanto es así que alguien ha dejado trascender la determinación de que el Derecho penal es el aplicable a los pobres —basta visitar una cárcel para coincidir con el aserto sin demasiadas verificaciones empíricas—, mientras que el Derecho privado es el Derecho de los ricos o satisfechos. Por supuesto, la aproximación mayor o menor al ideal de la igualdad es una de las tareas de la democratización del Poder Judicial y un parámetro de la medida en la que ello se ha logrado o se puede lograr, pero, como se observa, esa aproximación es, por así decirlo, externa al Poder Judicial mismo, no depende de él —así como no depende de la ciencia médica dar iguales oportunidades de salud o de vida a cada uno de los enfermos o sanos—, sino, antes bien, depende de factores externos a él que, necesariamente, influirán decisivamente tanto en la misión que le cabe al Poder Judicial, como en otros ámbitos de la vida gregaria.

Esta justicia distributiva ha dado en llamarse, en la actividad judicial, acceso a la justicia. El nombre opera desde el reclamo de derechos por parte de los ciudadanos, tanto al Estado como a otras personas, pero debe extenderse también a la persecución penal y a la pena estatal, para que ellas pesen por igual, en la mayor medida posible, para cualquiera de los habitantes de la República. Esta es, así, una tarea que debe abarcar la mentada democratización del Poder Judicial, pero que, en gran medida, depende de factores y acciones distintos, previos o presupuestos a él. Y, a la par, ya se puede calcular el origen de la dificultad con la que contamos cuando hablamos de democratizar la justicia: ella no reside tan sólo en obstáculos formales, sino, antes bien, en logros materiales necesarios que medirán el grado de democracia que alcanzamos en toda nuestra vida gregaria según el grado mayor o menor de realización de ciertos ideales.

Dicho sea de paso: los jueces pueden auxiliar a esa igualdad de oportunidades sintiéndose, ellos también, ciudadanos de la República, solidarios o fraternos con los demás, en términos directos y fáciles de comprender,

mediante el cumplimiento de la obligación de pagar impuestos sobre sus ingresos en la medida en la que la ley lo marca para todos los ciudadanos del país, obligación tributaria que, como se sabe, sólo es posible de cumplir como tal mediante una retención ordenada genéricamente por la ley y por quien gobierna el Poder Judicial.

4. Una preocupación a nuestro alcance debe ser la democratización interna del Poder Judicial, en especial de la organización relativa a los jueces que deciden los asuntos. Esa democratización puede ser vista como independencia interna de los jueces, aspecto que nunca ha sido bien estudiado y desarrollado por la vigencia de aquello que alguien llamó “cultura inquisitiva”, de más que larga tradición histórica no sólo entre nosotros, sino, en más o en menos, en todos los países de la Europa continental. En cierta manera, en esta democratización de la organización de quienes dicen justicia reside la independencia de cada una de las personas-jueces en el momento de juzgar. En ella reside, también, la igualdad entre ellos. Tal labor reclama, en la mayor medida posible, una horizontalización de la organización de los jueces y tribunales, a la par de ciertas consecuencias en el reglamento procesal. La organización horizontal constituye el opuesto contradictorio al principio vertical que hoy rige la organización judicial, el eslabonamiento de los tribunales en inferiores y superiores, en varias instancias, que nació con la Inquisición de la mano de las máximas de delegación del poder de juzgar en funcionarios o tribunales inferiores y de devolución o avocamiento posterior, para el control del ejercicio de ese poder delegado, a tribunales superiores. Ello se realiza hoy, en gran medida, mediante el mecanismo procesal de los recursos, pero históricamente se llevaba a cabo también de oficio, esto es, sin queja alguna, también en un número relevante de casos, según sucedió en las colonias americanas y constituyó uno de los factores de la independencia de los países surgidos en ellas. La democratización interna es parte de la democratización del Poder Judicial.

La organización contraria, vertical, también significa, es preciso acentuarlo, una prolongación temporal considerable del procedimiento formal para decidir la justicia del caso. Los recursos son los culpables principales de la lentitud que caracteriza el lograr una decisión judicial ejecutable sin más y el señalamiento correcto de aquello que adeudamos los juristas cuando divisamos la oración, justicia lenta y atrasada no es justicia cumplida.

No se debe ignorar que nuestras constituciones parten de cierta organización vertical de los tribunales. En nuestro caso, la Constitución nacional ya predica la creación de una Corte Suprema y de los demás tribunales

de la Nación. Pero ella misma ha dejado gran libertad a la ley para organizar los “tribunales inferiores” de modo horizontal, básicamente. Ello importa, a mi juicio, prescindir de los recursos como forma de control de las decisiones judiciales, con lo cual prescindiremos también, al menos en gran medida, de los tribunales superiores como indicadores del camino que deben tomar los inferiores y suprimiremos, al mismo tiempo, las diferencias irrelevantes entre los jueces de un mismo Estado. En verdad, los recursos suponen una desconfianza en quienes los detentadores del poder de juzgar delegan ese poder, razón por la cual la última palabra les corresponde a los superiores jerárquicos por devolución de ese poder, avocamiento y control, conforme a un mecanismo procesal. Detrás de esta explicación se esconde el argumento de que esa desconfianza reside en el hecho del número o de la clase de jueces que integran el llamado “tribunal superior jerárquico”. A mí me parece que sería mucho más sencillo discurrir acerca de cuántos y cuáles jueces estimamos, políticamente, que nos garantizan una adecuada administración de justicia. La integración, para el caso, de un tribunal con la clase y el número de jueces que estimemos adecuado, superará, en gran medida —sobre todo temporal—, al sistema de recursos. Ello lograría, a la vez, la deseada horizontalización judicial, en el sentido de que todos los jueces serían, por ejemplo, jueces de la Nación o de cada una de las provincias, y se repartirían el trabajo entre ellos de conformidad con las funciones que, en cada caso, les toca cumplir, reglamentariamente. Al mismo tiempo, ello permitiría el autogobierno de tribunales integrados por un número equis de jueces: si tribunal se define como la integración de todos los jueces que poseen un mismo poder, una misma competencia material y territorial, la autogestión consistiría en que el pleno de ellos voten a los jueces de ese tribunal que, durante el año, cumplan la función de administrar el tribunal y ejecutar su presupuesto, para que ellos, al final del año presenten la memoria y el balance del ejercicio, memoria y balance que, aprobados en plenario, debería tratar el Consejo de la Magistratura, de persistir institucionalmente esa organización central.

No puedo extenderme más en presentar este tipo de organización judicial que, por otra parte, parcialmente no es extraña a varios países de cultura occidental. Pero debo decir que, en materia penal, tampoco es posible prescindir de todo recurso sobre la condena. Constituye un derecho del condenado intentar la revisión de su condena. El derecho al recurso o al llamado doble conforme no sufre, sino que, por lo contrario, gana con una organización horizontal. Básicamente, ese derecho consiste en exponer las quejas del condenado acerca de su condena y, para ello,

tener frente a sí un tribunal integrado por un número y una clase de jueces determinado por la ley, distintos a aquellos que lo condenaron, para que examine la seriedad de sus impugnaciones y, en su caso, determine el reenvío a un nuevo juicio público, que sólo puede finalizar reafirmando la condena (doble conforme), condenando a una reacción más favorable para él o absolviendo (prohibición de la *reformatio in peius*). Pero, como creo haberlo demostrado en múltiples artículos, en mi libro sobre Dpp y hasta como testigo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esa labor puede ser llevada a cabo por jueces organizados horizontalmente con la única condición de ser personas distintas a aquellas cuyas decisiones controlan, en razón del principio de imparcialidad. Y, más aún, la organización horizontal, o la caída de la organización vertical, o la supresión de los recursos del acusador, como mejor prefieran, es presupuesto necesario del derecho al recurso del condenado: la máxima *ne bis in idem* prohíbe un recurso en su contra, un nuevo juzgamiento, el sometimiento del acusado a un renovado riesgo de condena —salvo excepciones razonables que hoy no puedo tratar—, la prohibición de la *reformatio in peius* impide que ese mecanismo procesal sea utilizado en contra del condenado y la razón nos indica que, si se permite el recurso acusatorio, como hasta ahora, el procedimiento judicial apunta teóricamente —según una regla matemática— a la imposibilidad de su finalización (*regressus in infinitum*).

Estas razones me condujeron, cuando escuché el discurso presidencial de iniciación de las sesiones parlamentarias, a advertirle a la Sra. presidenta, en pocas líneas, aquello que representaba crear otra instancia y, consiguientemente, otro recurso procesal, líneas que no fueron publicadas por el periódico al que fueron enviadas. En primer lugar, ese nuevo tribunal y ese nuevo recurso importarán, otra vez más, una prolongación inadmisibles de los procedimientos —ya bastante prolongados según el Derecho vigente—; en segundo lugar, ambos propósitos constituirán una contradicción con la declamada horizontalización y democratización del Poder Judicial; y, finalmente, no contribuirán, como no ha contribuido tribunal intermedio alguno, a eliminar la saturación de casos que debe resolver la Corte Suprema, que se debe a otros motivos, aspecto sobre el cual tampoco puedo ingresar ahora.

5. Existe otro propósito conectado directamente a la organización horizontal de los tribunales de justicia. Se trata del ya famoso entre nosotros juicio por jurados, expuesto triplemente, como derecho del ciudadano, como deber legislativo del Congreso (parlamento nacional)

de establecerlo por ley para toda la Nación y como definición de la organización judicial en materia penal —modelo institucional—, tanto en nuestra Constitución nacional, como en los antecedentes patrios desde 1811. Y, sin embargo, pese a un puñado de intentos, de él se habla, pero no se establece. No soy de los que piensan que todos los casos deben ser resueltos por esta vía, ni siquiera en materia penal, pero sí soy de los que piensan que establecerlo por ley general para toda la Nación forma parte, al menos para nosotros, de aquello que entendemos por Poder Judicial en una República democrática. Tampoco soy de aquellos que explican que la integración del tribunal juzgador por —pongamos— doce personas que no son juristas ni funcionarios y el reglamento procesal consiguiente conduzca a la administración de justicia a popularizarse, necesidad democrática basada en el principio de la mayoría, a regresar a las manos de quienes, políticamente, conceden el poder. Pero sí soy de aquellos que piensan que los jurados pueden contribuir a desentronizar una justicia de clase, deshacer el lenguaje encriptado con el que ella se expresa, en ocasiones sin posibilidad de ser entendido por fuera de un círculo menor de ciudadanos, a similitud de una casta sacerdotal, a tornar menos esotérica la administración de justicia, a desmitificar al Derecho y a la ley, que pretenden conducir nuestros actos sociales y, fundamentalmente en materia penal, a requerir cierto tipo de aprobación ciudadana para la aplicación de la coacción estatal grave. Sirva de ejemplo, nuevamente, el Derecho penal: en mi último trabajo legislativo proponía que los crímenes (delitos graves) y los hechos dolosos de funcionarios públicos fueran juzgados por jurados, los delitos de mediana gravedad, por tribunales escabinados y los delitos leves sólo por jueces profesionales, con lo cual pretendía cumplir con las cláusulas constitucionales relativas al juicio por jurados.

6. La adopción constitucional del juicio por jurados señala también, indiciariamente, el tipo de procedimiento judicial que nuestra ley básica considera “democrático” o, si se quiere, transparente, abierto a los ciudadanos en general, para el control de la labor de sus jueces. Se trata del debate público de las cuestiones a decidir, aspecto del procedimiento judicial que ya ha tenido principio de realización en el Derecho y los tribunales penales. La asamblea reunida en la Biblioteca Nacional reclamó esta manera de proceder también para los litigios de Derecho privado o de Derecho público, para todos los asuntos judiciales. Yo agregó ahora, para todas las cuestiones a decidir por los jueces, incluidas allí también las llamadas “interlocutorias”, es decir, aquellas que deben ser resueltas

durante el procedimiento y antes de la sentencia definitiva, que examina el llamado “fondo del asunto”. Ellas también deben ser decididas en audiencias públicas, básicamente mediante el modo de comunicación oral, con intervención de los protagonistas del litigio o asunto de que se trate, con la prueba eventual exhibida en la audiencia y con la presencia voluntaria de quienes, si bien no tienen un interés legítimo que defender en ella, desean presenciar el procedimiento judicial. Se trata del así llamado “procedimiento judicial por audiencias”, en todo caso sucesivas.

7. Algo más difícil es aplicar horizontalidad en el caso de funcionarios muy ligados a la labor judicial, pero que de manera alguna deciden los casos, es decir, no juzgan. Me refiero especialmente al ministerio público, bien sea él el ministerio público fiscal, encargado de perseguir ante los tribunales el cumplimiento de la ley, en aquellos casos de orden público que legitiman el impulso o la opinión judiciales del Estado, o bien, de otro modo, la defensa oficial de quienes no pueden o no desean ser defendidos ante los tribunales por profesionales del Derecho, entrenados judicialmente (a la manera de un servicio de salud hospitalario a cargo del Estado). Su regulación requiere suma prudencia pues, por historia y funcionalmente, la tarea de estos funcionarios estuvo y en cierta manera está gobernada por el principio jerárquico, propio de labor ejecutiva que ambas funciones representan, aun cuando nuestra ley básica nacional —y muchas de las provinciales—, en su texto actual, se inclina claramente hacia la constitución de órganos extra-poder con funciones especiales. No sería prudente aquí desarrollar esa posibilidad, dado que, atento a lo expresado, son presumibles ciertas pautas, casi de filigrana, para reglar los principios de devolución y de delegación, propios de los órganos administrativos, ordenados jerárquicamente.

8. Toda una novedad representó para mí la elección popular de los integrantes del Consejo de la Magistratura, organismo institucional que debería ser el máximo competente para administrar el Poder Judicial, para llevar a cabo las acciones que le competen en el nombramiento de los jueces profesionales y que le caben en su destitución. Hasta ahora se había pretendido su conformación por estamentos, cuya elección se confiaba al propio estamento (legisladores, abogados, juristas o científicos académicos). Voy a revisar mis ideas sobre esta institución y su formación, pero seré sincero, no me disgusta, en principio, el nuevo punto de partida, ni su argumentación de apoyo. Efectivamente, creo que la elección popular de los miembros del Consejo se corresponde con el

principio de la mayoría, propio de la democracia, siempre que también se garantice cierta objetividad y la representación de la minoría. Estimo, sin embargo, que será complicado regular jurídicamente estos aspectos del problema.

Sólo me animo a decir que la aparición en nuestro país de estos consejos, con competencias no siempre idénticas pero sí similares, puede ser, a la vez, computado positivamente y también negativamente. Ha representado un avance el hecho de que, en gran medida, su intermediación en el nombramiento de jueces, si bien no ha garantizado el nombramiento de los mejores postulantes o los más aptos para el cargo, ha mejorado sensiblemente los nombramientos puramente políticos —“acomodaticios” o con “dedómetro” en idioma vulgar— mediante el esfuerzo y el riesgo que significa un concurso público para optar por la candidatura, la exposición de los antecedentes y la prueba de idoneidad. Que yo sepa, todo procedimiento para el nombramiento de jueces tiene rendijas por las que drenan decisiones malas o injustas y, por ende, da pie para la crítica —lo dice alguien que, en el ámbito nacional, ha renunciado a ser, en el futuro, jurado de esos concursos, luego de dos intervenciones—, pero, frente al sistema anterior, proveniente de la Constitución de 1853/60 —designación puramente política por el Poder Ejecutivo nacional y acuerdo del Senado de la Nación—, debe reconocérsele una mejoría sustantiva, no exenta de algunas críticas. Empero, todo el procedimiento ha revelado un espacio temporal inadecuado y, muy recientemente, ciertas complicaciones debido a que el Consejo nacional perdió capacidad de decisión, también por razones políticas de peso.

Me parece que los puntos negativos referidos pueden ser solucionados, al menos parcialmente. Me animo a recomendar que los concursos precedan por principio a las necesidades de nuevos nombramientos en virtud de vacantes. Se podría, por ejemplo, llamar a concurso para un determinado cargo en plazos temporales fijos y su resultado debería indicar, con orden de mérito, todos los candidatos que resulten idóneos para el cargo; esa decisión del concurso debería quedar vigente por un tiempo prudencial —tres años, por ejemplo— y caducar por el transcurso del lapso, luego del cual los candidatos que no han sido designados, si persisten en la candidatura, deberían concursar nuevamente (algo similar postuló la llamada “reforma universitaria de 1918” en Córdoba para las cátedras universitarias, propuesta que hoy se cumple conforme a estatutos básicos en Argentina). El Poder Ejecutivo debería elegir de todos los declarados idóneos para el cargo o de un grupo de ellos, según el orden de mérito, a quién designa si se produce una vacante. Ello permitiría un

ahorro considerable de tiempo y esfuerzo, esto último tanto para los candidatos como para quienes deciden el concurso.

En punto al problema material acerca del estamento social del cual provienen los candidatos, no soy optimista en relación a aquello que he escuchado. Los jueces profesionales deben ser, según estatutos básicos institucionales, abogados con varios años de ejercicio de su profesión libre o en cargos judiciales que requieran ese título, considerados “ejercicio profesional”. El mero hecho de haber tenido estudios universitarios completos en Derecho, cuyo conocimiento y aprendizaje siempre fue considerado competencia de las universidades, impedirá que esos jueces profesionales, a grandes rasgos, no representen a un estamento social específico. La única forma de neutralizar este aspecto del problema es confiar en esos jueces y en su sabiduría técnica para desarrollar el procedimiento que permita adoptar una decisión sobre el asunto de que se trata y en otros jueces, de otra clase, para decidir, al menos en los asuntos graves, aquello que, en idioma concreto, significa admitir el juicio por jurados.

De todos modos, creo también relevante invertir el procedimiento del concurso para que, al comienzo, los candidatos superen una prueba de idoneidad y sólo luego aquellos que la aprueben satisfactoriamente presenten los antecedentes que permitan conformar el orden de mérito. Creo también necesario que la reglamentación mencione claramente a cuáles antecedentes nos estamos refiriendo, para acabar con la acumulación de “papelitos”, hoy más un negocio de los cursos de posgrado que un antecedente de relevancia para decidir la idoneidad que supone el nombramiento.

9. En la asamblea fue mencionada, también, la constitución de un nucleamiento de los jueces críticos para ocuparse, precisamente, de estos problemas. No creo que ello sea esencial, mientras la asociación existente conserve sólo su representación mutua o de corporación, pero estimo que, políticamente, esa nueva asociación podría cumplir un papel significativo en la política judicial seria, no bien se comporte como lo han hecho, por ejemplo, los “jueces para la democracia” y su órgano de difusión en España.

10. Quizás debería decir, por mi cuenta, que a los jueces que integran el Poder Judicial les deberían ser recortados alguno de los “poderes” o “competencias” que hoy, entre nosotros, integran su propio “poder”. Me refiero a remedios como el amparo, que sólo es concebible para

restablecer, prácticamente en forma inmediata, un derecho básico desconocido, a la manera del *habeas corpus* para la libertad locomotiva, razón por la cual el procedimiento no puede depender de un período de prueba complicado y extenso temporalmente, según ha terminado por desarrollarse ese remedio entre nosotros, como procedimiento sustituto, preferible y discrecional del reglado por la ley para el asunto concreto a resolver. Me refiero también a las medidas cautelares, sobre todo a aquellas plenamente satisfactorias del objeto reclamado en un litigio, y, en este capítulo, a la posibilidad de que cualquier juez incumpla una norma parlamentaria por estimarla disconforme con la Constitución (sistema llamado “difuso”), caso en el cual, a más de desconfiar en atribuir a todos los jueces la habilitación o competencia para ello, postularía la competencia básica de la Corte Suprema como tribunal constitucional. Soy consciente, sin embargo, de que aquí no acaba la discusión del tema, sino que tan sólo comienza ese debate, que pretendo provocar.

# LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO URUGUAYO<sup>(\*)</sup>

## 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.

<sup>(\*)</sup> 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*.

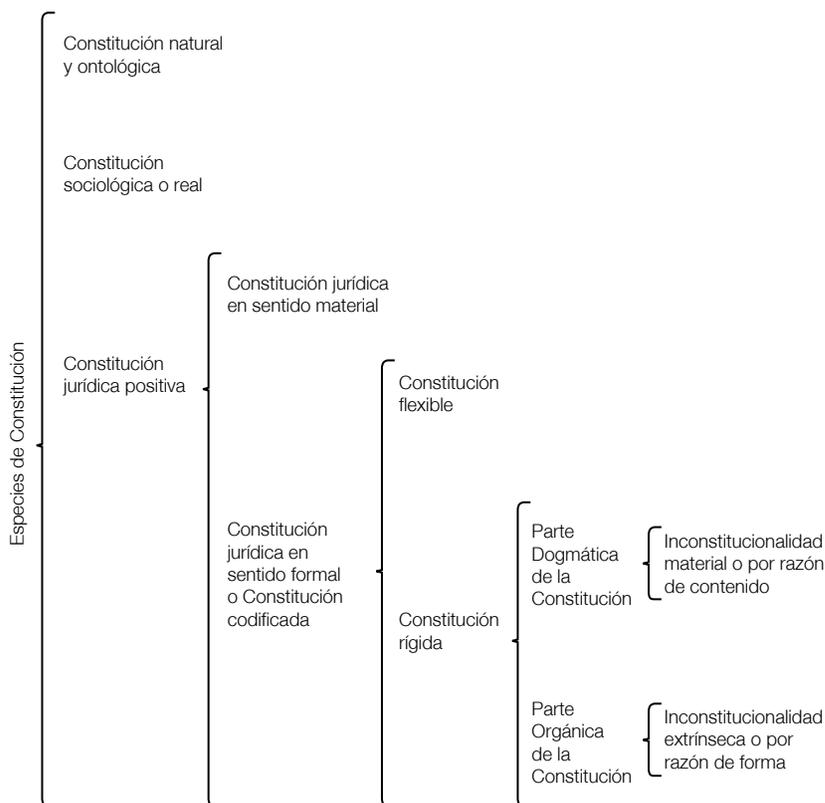
En los casos en que una norma jurídica sancionada por el Poder Legislativo infringe una *Constitución rígida*, esa norma resulta inaplicable por ser inconstitucional, puesto que si hay dos preceptos que obligan a cumplir acciones entre sí antitéticas, y una tiene por fuente el órgano constituyente y 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 compendiado 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 Unidos<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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*”<sup>2</sup>.

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.

---

<sup>2</sup> 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.

Clasificación de los sistemas de controlador de la constitucionalidad de las leyes

Según quién sea el titular de la acción para promover la inconstitucionalidad

- 1) Acción popular.
- 2) Acción a cargo de un órgano del Estado.
- 3) Acción a cargo de quien la ley inconstitucional le afecta un interés personal.

Según el procedimiento para promover la inconstitucionalidad

- 1) Acción directa declarativa de inconstitucionalidad.
- 2) Plateamiento de la inconstitucionalidad por vía de excepción.
- 3) Acción directa y vía de excepción para interponer, según el caso, una de ellas.

Según cuál sea el órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes

1) Régimen difuso o en el cual a todo juez le incumbe juzgar la constitucionalidad de las leyes.

2) Régimen concentrado o en el cual el controlador de la constitucionalidad está monopolizado por un órgano del Estado.

- a) Controlar a cargo del superior tribunal ordinario.
- b) Controlar a cargo de un órgano especial pero de función jurisdiccional.
- c) Controlar a cargo del poder legislativo o de una comisión legislativa.

Según el efecto que la declaración de inconstitucionalidad surte sobre la vigencia de la ley

- 1) La declaración de inconstitucionalidad sólo surte efecto entre las partes del juicio.
- 2) La declaración de inconstitucionalidad abroga la ley declarada inconstitucional.
- 3) La declaración de inconstitucionalidad extrínseca abroga la ley viciada, y la declaración de inconstitucionalidad material sólo tiene efecto entre las partes del juicio.
- 4) La declaración de inconstitucionalidad surte efecto entre las partes del juicio, pero la interpretación doctrinal enunciada en la sentencia del caso es obligatoria para los demás jueces.

### **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 Representantes<sup>3</sup>. 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

---

<sup>3</sup> 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”<sup>4</sup>. De lo expuesto se desprende que la

---

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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 natural<sup>6</sup>.

---

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

<sup>6</sup> 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 Windscheid<sup>7</sup>.

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.

<sup>7</sup> 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*<sup>8</sup>. 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,

---

<sup>8</sup> 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 superior<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> 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 Hirschhom 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 concluida 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 correspondiente<sup>10</sup>.

### *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

---

<sup>10</sup> 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 inconstitucionalidad<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> 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 juzgada<sup>12</sup>.

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.

<sup>12</sup> 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 común<sup>13</sup>.

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

---

<sup>13</sup> 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.

Abrogación tácita y juzgamiento por parte de la Suprema Corte de Justicia de las leyes y decretos inconstitucionales

Leyes nacionales sancionadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1934

Inconstitucionales en razón del contenido

quedan derogadas tácitamente; y el examen de esta derogación puede cumplirlo cualquier juez o tribunal en el acto de aplicarlas en un procedimiento ejecutado en ejercicio de su competencia.

Inconstitucionales en razón de la forma

quedan derogadas tácitamente; y el examen de esta derogación puede cumplirlo cualquier juez o tribunal en el acto de aplicarlas en un procedimiento ejecutado en ejercicio de su competencia.

Leyes nacionales sancionadas con posterioridad a la vigencia de la C. de 1934

Inconstitucionales en razón del contenido

se promueve la inconstitucionalidad, sea por vía de acción o por vía de excepción, y la resuelve la Suprema Corte de Justicia estimándola con los preceptos vigentes en el momento del juzgamiento.

Inconstitucionales en razón de la forma

se promueve la inconstitucionalidad, sea por la vía de acción o por la vía de excepción, y la resuelve la Suprema Corte de Justicia juzgándola con los preceptos vigentes en el momento en que la ley impugnada fue sancionada.

Decretos departamentales sancionados con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1952

Inconstitucionales en razón del contenido

quedan derogados tácitamente y el examen de esta derogación puede cumplirlo cualquier juez o tribunal en el acto de aplicarla en un procedimiento de su competencia.

Inconstitucionales en razón de la forma

se requiere de la S. Corte de Justicia, sea por vía de acción o por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad, la cual debe estimarse con los preceptos constitucionales vigentes en el momento en que fue sancionado el decreto departamental que se impugna.

Decretos departamentales sancionados con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1952

Inconstitucionales en razón del contenido

se promueve la inconstitucionalidad, sea por vía de acción o por vía de excepción, y la resuelve la Suprema Corte de Justicia con los preceptos constitucionales actualmente vigentes.

Inconstitucionales en razón de la forma

se promueve la inconstitucionalidad, sea por vía de acción o de excepción; y se las juzga con los preceptos constitucionales actualmente vigentes.

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 lável* 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*<sup>14</sup>.

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

---

<sup>14</sup> 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 atingentes 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 general<sup>15</sup>.

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

---

<sup>15</sup> 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:

Objeto del Contencioso Administrativo uruguayo

<p>Actos administrativos materialmente ilegales o "contrarios a una regla de derecho". (Art. 309).</p> <p>Actos administrativos ilegales en razón de contenido y de forma (contrarios a la Constitución, ley, reglamento o a una regla de derecho que conagra un derecho subjetivo). (Informe de la C. de R. C. de la C. R., I, 631 y 632).</p>	<p>Actos administrativos subjetivos (resoluciones) ilegales. (Informe de la C. de R., C de la C. R., I, 632).</p>	<p>Modo de ponerlos en conocimiento del destinatario.</p> <p>Titular de la demanda de anulación</p> <p>Quórum para emitir el fallo de anulación y efecto que éste produce</p> <p>Consecuencias del fallo respecto al contencioso de reparación</p>	<p>Mediante notificación personal. (Art. 317).</p> <p>El sujeto a quien se le viola o lesiona un derecho o un interés directo, personal y legítimo (Art. 309).</p> <p>Se necesitan tres votos conformes de los cinco miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; el fallo vale exclusivamente para las partes (Art. 310 y 311).</p> <p>Queda expedita la vía del contencioso de reparación ante la justicia ordinaria (Art. 312).</p>
<p>Actos administrativos objetivos (reglamentos contrarios a una regla de derecho o a la buena administración, informe de la C. de R. C. de la C. R., I, 632 y Art. 311).</p> <p>Actos administrativos materialmente ilegales o "con desviación de poder" (Art. 309).</p>	<p>Actos administrativos objetivos (reglamentos contrarios a una regla de derecho o a la buena administración, informe de la C. de R. C. de la C. R., I, 632 y Art. 311).</p>	<p>Modo de ponerlos en conocimiento del destinatario.</p> <p>Titular de la demanda de anulación</p> <p>Quórum para emitir el fallo de anulación y efecto que éste produce</p> <p>Consecuencias del fallo respecto al contencioso de reparación</p>	<p>A través de la publicación en el Diario Oficial. (Art. 317).</p> <p>El sujeto que, no habiendo sido lesionado por un acto administrativo subjetivo, puede serlo ciertamente, pues un acto administrativo objetivo, ilegal o inoportuno, autoriza a afectarle un derecho o interés suyo.</p> <p>Se necesitan cuatro votos conformes de los cinco miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Art. 310); el fallo, sea en interés de la regla de derecho, sea en interés de la buena administración, abroga al acto administrativo objetivo o reglamento (Art. 311).</p> <p>a) Si se anula por cuatro votos conformes, queda expedita la vía para promover el contencioso de reparación ante la justicia ordinaria (Art. 312).</p> <p>b) El acto administrativo objetivo queda confirmado si sólo tres votos declaran su anulación, sin embargo, a los interesados les queda expedita la vía del contencioso de reparación ante la justicia ordinaria. (Arts. 310 y 312).</p>

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 humana<sup>16</sup>.

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

---

<sup>16</sup> 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*, París 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 informado 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*, París 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 Leviatan, 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:

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 políticas<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> 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*”<sup>18</sup>. 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

---

<sup>18</sup> 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”<sup>19</sup>. 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

---

<sup>19</sup> 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 *contestán* —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”<sup>20</sup>.

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

---

<sup>20</sup> 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 censurada<sup>21</sup>. 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 inconstitucional<sup>22</sup>. 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.

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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 Aires<sup>23</sup>. Más recientemente, ha consagrado este mismo

---

<sup>23</sup> 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<sup>o</sup> 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 inconstitucionalidad<sup>24</sup>. 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 políticos<sup>25</sup>.

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).

---

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

<sup>25</sup> 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)<sup>26</sup>.

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

---

<sup>26</sup> 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”<sup>27</sup>. 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*”<sup>28</sup>.

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 solución<sup>29</sup>.

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

---

<sup>27</sup> Véase: *De Legibus*, lib. II, 5.

<sup>28</sup> Véase: *De Legibus*, lib. III, 3.

<sup>29</sup> 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 “*Knauff 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 Trianón, 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

# EL CASO ATALA DE LA CORTE IDH: POSIBILIDADES Y PERSPECTIVAS<sup>1</sup>

## I. Introducción

En el año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) dictó sentencia en el caso Atala sobre discriminación por orientación sexual<sup>2</sup>. El caso llega a la Corte IDH luego de haber pasado por una instancia de solución amistosa en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). Esta instancia, aunque no llegó al puerto deseado, fue sin embargo valorada en forma positiva por los protagonistas del caso. Esta instancia fue percibida como un espacio de intercambio que posibilitó visibilizar las voces del colectivo

---

<sup>1</sup> Agradezco la lectura atenta y crítica de este escrito a Liliana Ronconi, Leticia Vita y Martín Aldao. Además, agradezco a los participantes del Coloquio Iberoamericano del Max Plack Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht celebrado el 12/7/2012 en Heidelberg sobre el caso Atala por sus interesantes preguntas y comentarios, en especial, a Armin v. Bogdandy, Rodolfo Arango, Mariela Morales y a mis compañeras de panel Flavia Piovesan, Judith Schönsteiner y Encarnación Carmona. [Este trabajo es una versión levemente modificada del publicado como: Clérico, L., "Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas", en: Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F., *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Ed. Porrúa, 2012].

<sup>2</sup> Escribí este artículo en 2012. Mientras me encontraba escribiendo estas breves reflexiones sobre el caso Atala Riffo, recibía por correo electrónico comunicados de la CIDH que alertaban sobre el asesinato de personas trans en América Latina y el Caribe. En estos comunicados la Comisión advierte que "continúa recibiendo información sobre asesinatos, torturas, detenciones arbitrarias y otras formas de violencia y exclusión contra lesbianas, gays y personas trans, bisexuales e intersex". La actualidad del caso Atala pronunciado recientemente por la Corte IDH es evidente. V. comunicados de Prensa: 73/12 - CIDH condena asesinato de adolescente LTBI en México, 25 de junio de 2012; 71/12 - CIDH condena asesinato de adolescente LTBI en México, 22 de junio de 2012; 69/12 - CIDH condena asesinato LGTBI en México, 18 de junio de 2012; 59/12 - CIDH condena asesinato de mujer trans en Venezuela, 7 de junio de 2012; 51/12 - CIDH urge a los Estados a poner fin a la homofobia y la transfobia, 17 de mayo de 2012; R46/12, Relatorías de Libertad de Expresión, de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos y la Unidad para las Personas LGTBI condenan asesinato de activista y comunicador en Honduras; 23/12 - CIDH celebra reunión sobre violencia e impunidad contra personas LGTBI, 1 de marzo de 2012; 115/11 - CIDH crea Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo, 3 de noviembre de 2011; 42/11 - CIDH condena asesinato de defensor de los derechos humanos LGBTI en México, 10 de mayo de 2011; 4/11 - CIDH observa con profunda preocupación asesinatos de integrantes de la comunidad transgénero en Honduras, Washington, D.C., 20 de enero de 2011, entre otros. <http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/>

LGBTTI por intermedio de la actora, Karen Atala. El espacio de la CIDH fue percibido también como un espacio de interacción fluida entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Academia y las ONG<sup>3</sup>.

El caso llegó como denuncia a la CIDH fruto de un reclamo presentado el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo, representada por abogados de la Asociación Libertades Públicas, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas<sup>4</sup>. Se diría que el caso llega a la CIDH por los canales profesionalizados en el ámbito jurídico en la exigibilidad de los derechos humanos.

Ahora bien, la Corte IDH pronuncia sentencia en el caso cuando se encontraba (y encuentra) en pleno debate en varios Estados de América Latina y el Caribe la inclusión del matrimonio igualitario o matrimonio entre personas del mismo sexo o similares en la legislación civil. Estas discusiones surgieron en varios Estados de la región como estrategias de visibilización de los derechos de las personas del colectivo LGBTTI desde una agenda promovida desde los movimientos de base. Es decir, no ya como expresión de acciones de ONG profesionalizadas en el llamado “litigio estratégico de incidencia colectiva” o “litigio de interés público”; sino como expresión de organizaciones y movimientos de base que pensaron que el lenguaje de los derechos bajo el lema de la igualdad podía ser un canal (exitoso) de visibilización de los reclamos<sup>5</sup>.

A su vez, en el transcurso de la resolución del caso, se fueron ampliando los canales o espacios de visibilización de los derechos de las personas del colectivo LGBTTI. Por un lado, en algunos países se aprobaron (o encuentran en tren de aprobación) normas de reconocimiento de la identidad trans por la mera expresión de la voluntad de la persona acerca de su identidad autopercibida (y sin necesidad de realizarse tratamientos quirúrgicos o terapias hormonales para cambio del sexo o tener que pasar por sede judicial para realizar el cambio de identidad). Por otro lado, se creó en el ámbito de la CIDH, en 2011, la Unidad para los Derechos de

---

<sup>3</sup> V. Jorge Contesse Singh (2011), “Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos”, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27969.pdf>; v. Liliana Ronconi/ Martín Aldao, “Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N° 2011-III (Junio) Abeledo Perrot, ISSN 1851-1201, pp. 262/276.

<sup>4</sup> En la petición inicial la señora Atala indicó que la Fundación Ideas era representada por Francisco Estévez Valencia y nombró como sus representantes ante la Comisión Interamericana a Verónica Undurraga Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales y Domingo Lovera Parmo (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1533 y 1572). En la Corte IDH, la Sra. Atala fue representada por Macarena Sáez, Helena Olea y Jorge Contesse.

<sup>5</sup> Pecheny, M. y de la Dehesa, R., “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Clérico/Aldao (coords.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, EUDEBA, 2010.

las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersex. La primera pregunta es, entonces, en qué medida sirvió la instancia de la Corte IDH como espacio de visibilización de los derechos de las personas del colectivo LGBTTI. La respuesta es, sin duda, positiva en clave de igualdad de acuerdo con lo que sostengo en los apartados III y IV. Sin embargo, antes me interesa plantear qué espacios de interacción argumentativa generó o amplió la Corte IDH en el caso Atala. Así, si bien me centraré en la relación del caso Atala con el derecho a la igualdad; primero, propongo reflexionar sobre el contexto en el que llega el caso a la Corte IDH. Esto me permitirá conjeturar acerca de qué tan permeable es la Corte IDH, como instancia de discusión, para procesar los reclamos de derechos que le vienen de una agenda formulada desde los movimientos de base sobre igualdad, más allá de las particularidades de cómo llega el caso Atala al SIDH. Segundo, me dedicaré a plantear en este contexto algunas preguntas sobre el impacto del examen de igualdad en Atala en las discusiones sobre reformas de normas de derecho común que discriminan por orientación sexual en América Latina y el Caribe: sostendré que la Corte IDH cumple una función de reforzamiento de los argumentos que ya circulaban en diversas arenas judiciales y políticas a favor de los derechos de las personas LGBTTI. Luego plantearé algunas preguntas sobre las medidas reparatorias generales ordenadas en el caso a la luz del tipo de examen de igualdad desarrollado por la Corte IDH. En este sentido, me preguntaré, además, sobre el significado que la Corte IDH le quiere atribuir al control de convencionalidad como “medida reparatoria”. Por último, plantearé algunas conjeturas acerca de la estrategia argumentativa de la Corte IDH en el actual contexto del SIDH.

## **II. ¿Qué interacciones argumentativas (¿diálogos?) se generaron en la sentencia?**

Aquí interesa la sentencia como espacio que posibilita interacciones<sup>6</sup> argumentativas. Si bien estas interacciones son fotográficas, pues no se explicita el proceso de ida y vuelta de la mirada para la construcción del argumento final, a partir de las citas se puede conjeturar sobre con quién interactúa en materia de igualdad y orientación sexual la Corte IDH. Hay un tipo de interacciones que son las endógenas. Son las interacciones

---

<sup>6</sup> Sobre interacciones, v. Góngora Mera, Manuel, *Inter-American Judicial Constitutionalism*, IIDH, San José de Costa Rica, 2011; Arango, R., “Constitucionalismo Social Latinoamericano”, en von Bogdandy, A. [et. al.], *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, T. II. 2010.

que genera la misma lógica de resolución del caso: estas interacciones son continuas. En tanto el objeto de la discriminación proviene de las sentencias y comportamiento de los jueces del Estado denunciado, la sentencia de la Corte IDH interactúa constantemente con el contenido de estas producciones. Estas interacciones se dan entre dos discursos sobre la igualdad: un discurso conservador y un discurso del reconocimiento. Otro tipo de interacciones endógenas se produce con las declaraciones de los peritos<sup>7</sup>. La tercera se refiere al diálogo fluido con la propia jurisprudencia del tribunal y sus opiniones consultivas.

Hay otro tipo de interacciones que son las exógenas. Una de ellas se genera desde el tribunal hacia otros organismos de protección internacional de los derechos humanos por medio de las citas de jurisprudencia, informes, observaciones, resoluciones, entre otros. En el caso Atala abundan las del sistema de protección internacional de los derechos humanos; del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este tipo de interacciones exógenas son horizontales, pues, tanto el que cita como el que es citado no se encuentran en relación jerárquica alguna.

Hay otro tipo de relación exógena: se trata de los *amici curiae*<sup>8</sup>. Este caso generó la presentación de varios escritos provenientes de ONG, universidades, académicos. Sin embargo, estos escritos no provienen, en general, de las organizaciones de base sino nuevamente de la academia y de las ONG profesionalizadas en el litigio de derechos humanos. Esto puede marcar un contraste respecto de los que reclaman a favor de la ampliación de los derechos de los colectivos LGBTTI en el orden interno. En estos ámbitos se ve claramente que las estrategias de reclamo y visibilización fueron iniciadas y se sostienen por la participación de las organizaciones y movimientos de base<sup>9</sup>. Aun, la sentencia en el caso Atala puede estimular una mayor relación entre movimientos de base y académicos/universidades/ONG. El SIDH también serviría para poner los reclamos de igualdad aún insatisfechos “en la mira” de los defensores de DD.HH. profesionalizados.

Por último, pero no menos importante, están las otras relaciones exógenas que responden a un diálogo traccionado desde abajo hacia arriba, se

---

<sup>7</sup> V., por ejemplo, párr. 128 del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Corte IDH, 24/2/2012 (en adelante, caso Atala).

<sup>8</sup> V. Anexo I de este escrito.

<sup>9</sup> Por ejemplo, si se analiza la estrategia de reclamo en Argentina, se puede comprobar que ésta partió desde las bases, desde los movimientos del LGBT (v. [www.falgbt.org.ar](http://www.falgbt.org.ar)) y como parte de la estrategia fueron éstos que realizaron articulaciones con dependencias estatales que tienen como misión luchar contra la discriminación (INADI), el legislativo, y más tarde las ONG profesionalizadas en el litigio en derechos humanos. V. Hiller, R., “Matrimonio Igualitario y espacio público en Argentina”, en Clérico/Aldao (coords.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, EUDEBA, 2010.

trata de la recepción de razones que se desprenden de la jurisprudencia de tribunales de América Latina, el Caribe y Norteamérica. Al respecto existe una abundante jurisprudencia sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual<sup>10</sup>. Sin embargo, las citas de esta jurisprudencia en Atala son escasas<sup>11</sup> y se reducen a la de la Corte Constitucional Colombiana<sup>12</sup> y a México<sup>13</sup>. También se agregan referencias a casos provenientes de Canadá<sup>14</sup> y EE.UU. de Norteamérica<sup>15</sup>.

Por el contrario, la Corte IDH se refiere ampliamente y en general –es decir, no respecto de la discriminación por orientación sexual– a la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y Tribunales Superiores e inferiores de América Latina que aplicaron el control de convencionalidad (retomamos este tema en el apartado IV de este artículo) e interpretaciones de la CADH provenientes de la jurisprudencia de la Corte IDH: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica<sup>16</sup>, el Tribunal Constitucional de Bolivia<sup>17</sup>, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana<sup>18</sup>, el Tribunal Constitucional del Perú<sup>19</sup>, la Corte Suprema de

---

<sup>10</sup> V. von Opiela, C., “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari/v. Opiela, *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618*, 1a ed. Buenos Aires, La Ley, 2011, págs. 133-160; Clérico, L., “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico/Aldao (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, 2010.

<sup>11</sup> Por el contrario, v. el caso *Gelman vs. Uruguay* Corte IDH, 24/2/2011. Serie C. Nº 221, en la que la Corte IDH tuvo en cuenta la jurisprudencia de Argentina (párr. 215); Chile (párr. 216/17); Perú (párr. 218); Uruguay (párr. 219); Honduras (párr. 220); El Salvador (párr. 221) y Colombia (párr. 222/23) como antecedentes para resolver el caso.

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507 de 1999; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373 de 2002; sobre autonomía en general: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003 (autonomía); Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998.

<sup>13</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 336 y 338; 263, 264 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Canadá: Caso *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360) estableció que “[l]a orientación sexual es más que simplemente un ‘estatus’ que un individuo posee: es algo que es demostrado por medio de la conducta de un individuo por la elección de una pareja”.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre.

<sup>16</sup> Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

<sup>17</sup> Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente 2006-13381-27-RAC), apartado III.3. sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

<sup>18</sup> Resolución 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

<sup>19</sup> Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente 2730-2006-PA/TC), fundamento 12 y sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

Justicia de la Nación de Argentina<sup>20</sup>, la Corte Constitucional de Colombia<sup>21</sup>, la Suprema Corte de la Nación de México<sup>22</sup> y la Corte Suprema de Panamá<sup>23</sup>. Por último, la Corte IDH recepta una larga cita sobre jurisprudencia de tribunales chilenos que, según el Estado de Chile, demostrarían apego de la jurisprudencia nacional al derecho internacional<sup>24</sup>.

Sin embargo, queda la pregunta abierta: ¿por qué la Corte IDH evitó o eludió interactuar fluidamente con la jurisprudencia de Tribunales de América Latina y el Caribe sobre la cuestión relevante del caso: la prohibición de discriminación por orientación sexual, más allá de los casos de Colombia y México?

### **III. El desarrollo argumentativo sobre la igualdad: impacto en las discusiones actuales: la tesis del refuerzo**

La Corte IDH reafirma los argumentos esgrimidos (en otros contextos) para reformar leyes que discriminan por orientación sexual:

A. Las enumeraciones de categorías prohibidas del artículo 1.1. de la CADH son enumerativas y no taxativas. Pueden ser ampliadas

La Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la CADH. Por ello concluye que está “proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual<sup>25</sup>.”

Así, no se puede seguir sosteniendo con razones serias que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe discriminar en virtud

---

<sup>20</sup> Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, considerando 6 y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.

<sup>21</sup> Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6.

<sup>22</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Expediente Varios 912/2010, decisión de 14 de julio de 2011.

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acuerdo 240 de 12 de mayo de 2010, mediante el cual se da cumplimiento a la sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Santander Tristán Donoso contra Panamá*.

<sup>24</sup> V. Caso Atala, párr. 266 nota al pie 278.

<sup>25</sup> Caso Atala, párr. 91, cfr. 86-92.

de la orientación sexual en desmedro de las personas de los colectivos LGBTTI. Este es un argumento que suelen esgrimir, por ejemplo, los que se oponen a la inclusión del matrimonio igualitario. Aunque ya con anterioridad al fallo Atala se podía sostener con buenos sub-argumentos que el DIDH no podía ser utilizado para sostener la discriminación contra los colectivos LGBTTI, el fallo de la Corte IDH enumera con claridad estos sub-argumentos:

A.1. La interpretación de la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe realizarse bajo la pauta de interpretación *pro homine*. Así, siempre “debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”<sup>26</sup>.

La Corte IDH interpreta su práctica en el contexto de una práctica del SIDH que desde hace unos años viene pronunciándose en contra de la discriminación por orientación sexual. Así se enmarca en la línea de las cuatro resoluciones de la OEA aprobadas desde 2008 respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios<sup>27</sup>.

A.2. En diálogo al estilo de cita (pertinente) con la jurisprudencia relevante del TEDH, se apoya en las razones de esas producciones para sostener la prohibición de discriminación<sup>28</sup>. Algo similar realiza con la gran cantidad de Declaraciones de la ONU, informes de los relatores especiales de Naciones Unidas<sup>29</sup>, Observaciones y casos relevantes del Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos de la ONU, en especial, la Observación General 20 del Comité de DESC, que determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”<sup>30</sup>. Asimismo, agrega que el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Párr. 86.

<sup>27</sup> Párr. 86.

<sup>28</sup> Párr. 87.

<sup>29</sup> Párr. 87-90.

<sup>30</sup> Párr. 89.

<sup>31</sup> Párr. 92.

B. Cuando una clasificación está prohibida significa que el Estado que quiera excluir a alguna persona de lo que le otorga a otra debe basar ese trato diferenciado en razones de peso que nada tengan que ver con la orientación sexual de las personas. Estándar del daño concreto y real en contraposición con el mero daño especulativo

Este es el centro del examen de igualdad. La Corte IDH da una pauta interpretativa: no es necesario sostener que la totalidad de la decisión del Estado se basó en la orientación sexual de la persona discriminada. Alcanza con “que de manera explícita o implícita se haya tenido en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”<sup>32</sup>.

Dos son los actos estatales que deben ser analizados para evaluar si estos resultaron discriminatorios: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. A su vez, para analizar si existió un “vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica”<sup>33</sup>, tuvo en cuenta:

- 1) los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales,
- 2) sus conductas,
- 3) el lenguaje utilizado y
- 4) el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales.

Ahora bien, si nos tomamos en serio lo sostenido por la Corte IDH en párrafos anteriores, un trato diferenciado en desmedro de los derechos de una persona LGBTI nunca podría ser justificado por la orientación sexual, sería una suerte de razón excluida de la argumentación. Esta condición social no puede ser tomada en cuenta como elemento para decidir sobre una tuición o custodia para la protección del fin legítimo alegado por el Estado de protección del interés superior de las niñas. Por ello, el trato diferenciado debería basarse en razones independientes de la orientación sexual de las personas, de lo contrario, se incurre en discriminación. Así, es el Estado quien tiene la carga de la prueba y de la argumentación agravada: “En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas”<sup>34</sup>.

El estándar del daño concreto, específico y real será el prisma bajo el cual se evaluarán los argumentos del Estado. Este estándar es mucho más

---

<sup>32</sup> Párr. 94.

<sup>33</sup> Párr. 95.

<sup>34</sup> Párr. 124, cfr. 131.

exigente que el del mero daño especulativo esgrimido por las sentencias en los procesos de tuición (en el caso, el tribunal interno se limitó a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas<sup>35</sup>).

Para aprobar con éxito el estándar del daño concreto, específico y real, es necesario que en las decisiones judiciales sobre temas de tuición se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño.

Esta relación de conexidad no queda demostrada si el Estado alega:

- la pre-concepción<sup>36</sup>, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales (la alegada confusión de roles que habrían presentado las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo<sup>37 38</sup>);
- la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala<sup>39</sup>;
- la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas<sup>40</sup>, y
- el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre<sup>41</sup> (“el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”). Veamos.

C. Evitar la discriminación social de las niñas no puede ser utilizado por el Estado para separarlas de su madre o padre por su orientación sexual

El argumento de evitar la discriminación de las niñas en la escuela u otros ámbitos sociales también se suele alegar en el contexto de las discusiones para la inclusión del matrimonio igualitario, adopción, entre otras. Así, la Corte IDH haciéndose eco de las discusiones que se dan en otros

---

<sup>35</sup> Párr. 129, con cita de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

<sup>36</sup> La Corte IDH agregó que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

<sup>37</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672).

<sup>38</sup> Párrafos 123; 131; 127; 130.

<sup>39</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Idem*.

contextos (interacción exógena) da vuelta el argumento. No es ingenua, conoce el diagnóstico, sabe que persisten sociedades racistas, machistas, sexistas, etc. Sin embargo, esta no es una razón para el Estado para poner sobre las discriminadas (las niñas y su madre) la carga de la discriminación, en este caso, separándolas de su madre.

Por el contrario, la discriminación social es un diagnóstico que alerta sobre la urgencia de realizar acciones por parte del Estado para terminar con esas discriminaciones:

Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición<sup>42</sup>.

Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R. Este argumento tampoco podría ser alegado en contra de la inclusión, por ejemplo, del matrimonio igualitario o de la adopción de niños por parejas del mismo sexo y por la misma línea argumentativa alegada por la Corte IDH (impacto como refuerzo).

D. La CADH protege la diversidad de las familias. No existe un modelo único

Las niñas fueron separadas de su madre por el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia “normal y tradicional”. Por el contrario, la Corte IDH interpreta que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, unívoco, tampoco se define y protege sólo un modelo familiar “tradicional”.

La Corte IDH analizó el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una

---

<sup>42</sup> Caso Atala, párr. 119.

“familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”. Interpretó entonces que este lenguaje reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia.

Asimismo, volvió a enfatizar que la CADH no privilegia un modelo único de familia cuando se refirió al derecho a la protección de la vida familiar y a vivir en ella (artículo 11.2 de la Convención Americana y artículo 17 de la Convención). Aquí se valió de diversos pronunciamientos de órganos de derechos humanos para sostener nuevamente que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. Luego lo aplicó al caso Atala. La Corte IDH determinó que era visible que se había constituido un “núcleo familiar” que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, este Tribunal concluyó también que la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas, constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.

E. Estereotipos de género: imagen cristalizada sobre el papel de la “mujer” en la sociedad. Inclusión de la discriminación en razón del género

Si bien la mayor parte de la argumentación de la Corte IDH está enmarcada en consideraciones sobre orientación sexual e identidad de género, considero que en este punto se incluye una perspectiva de género sobre el papel de las mujeres en la sociedad. La Corte Suprema chilena y el Juzgado de Menores de Villarrica habían alegado que la señora Atala había privilegiado sus intereses personales por sobre su papel de madre. La Corte IDH consideró, por el contrario, que exigirle a Karen Atala que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de las niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala, tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas. Este mismo argumento sería trasladable a cualquier tipo de discriminación contra las mujeres cuando se las excluye sobre la base de estereotipos en relación con el “rol” de la “mujer” en la sociedad.

F. Orientación sexual y autonomía: desmarcándose del discurso del liberal abstencionista

La argumentación de la Corte IDH avanza en la distinción entre autonomía e intimidad. La Corte IDH interpretó que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Por ello, el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios, éste va más allá del derecho a la privacidad (entendida como intimidad). Aquí sostiene en especial su argumentación a partir de razones provenientes de pronunciamientos recientes del TEDH. En especial, “el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional”<sup>43</sup>.

En este sentido, la Corte IDH se desmarca de varios discursos discriminatorios. Por de pronto, se aleja del discurso del desconocimiento, aquí no se habla de tolerar la homosexualidad como un “mal”<sup>44</sup>. Y en especial se desmarca del discurso conservador que solicita tolerar un número discreto de cosas que pueden ser toleradas en privado (la homosexualidad) que no pueden ser toleradas en público<sup>45</sup>. Interpretamos así que la Corte IDH se acerca a un discurso de la igualdad como reconocimiento. Estamos en presencia de un discurso que sacude las distinciones realizadas entre privado y público. Como el liberal abstencionista, no define el contenido de lo bueno o lo malo; pero, a diferencia del liberal abstencionista, no es ciego a un *status quo* desigualitario. Por ello, el discurso de reconocimiento se pronuncia a favor de la ampliación de los lugares para el ejercicio de los derechos<sup>46</sup>; por ejemplo, en este punto la sentencia es

---

<sup>43</sup> Cfr. T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido* (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57 (“... There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of [“]private life[“]”), T.E.D.H., *Caso P.G. y J.H. Vs. Reino Unido* (No. 44787/98), Sentencia de 25 de septiembre de 2001. Final 25 de diciembre de 2001, párr. 56. Cfr. T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29. Sobre estos casos v. el trabajo de Flavia Piovesan en: Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F., *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Ed. Porrúa, 2012.

<sup>44</sup> Meccia, Ernesto, “Los peregrinos a la ley. Una tipología sobre discursos de expertos, jueces y legisladores en torno a las demandas LGTB y al matrimonio igualitario”, en Clérico, Laura y Martín Aldao (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, EUDEBA, 2010, pp. 63-84.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> Nancy Fraser, “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser/Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid/Coruña, Ed. Morata/Padeia, 2006, pp. 36, 42, 45: “ser reconocido de forma errónea es... ser representado por unos patrones institucionalizados de valor cultural de un modo que impide la participación como igual en la vida social... Como ejemplos podemos señalar las leyes matrimoniales que excluyen a las parejas del mismo sexo como ilegítimas...”. Para que la paridad participativa pueda darse tienen que cumplirse dos condiciones:

clara cuando habla de la pluralidad respecto de los modelos de familia que deben ser protegidas bajo el paraguas de la CADH.

#### **IV. Conclusiones intermedias: predominio de un examen de igualdad como principio antidiscriminatorio aplicado en forma bien intensiva. ¿Rastros sobre la (des)igualdad estructural?**

En general, la Corte IDH en el caso Atala realiza un examen de igualdad desde la concepción del principio antidiscriminatorio, en una versión de escrutinio bien estricto. Esto es un avance porque despeja las dudas sobre a qué tipo de examen deben ser sometidas las normas e interpretaciones de normas que discriminan en desmedro de las personas LGBTTI.

Asimismo, en ese examen agrega una perspectiva de igualdad como reconocimiento. En otro lugar explicamos<sup>47</sup> que la idea de igualdad como reconocimiento busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficit que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales. En este sentido, proponen la revaluación de subjetividades no respetadas, en nuestro caso, la de los colectivos LGBTTI<sup>48</sup>. Por lo expuesto hasta aquí en relación con la argumentación en el caso Atala, es claro que la Corte IDH en su sentencia analiza el caso de la discriminación por orientación sexual desde la perspectiva de la falta de reconocimiento.

Por lo demás, sobre el final de la sentencia la Corte IDH parece querer ampliar la mirada respecto del contexto en el que se produce la (des)

---

*una condición objetiva y otra intersubjetiva. La condición objetiva dice que la "distribución de recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la 'voz' de todos los participantes". La condición intersubjetiva requiere que "los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social".*

<sup>47</sup> Clérico, L.; Aldao M., "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", en *Revista Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, Santiago/Chile, julio 2011 (disponible también en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>).

<sup>48</sup> Fraser, N., *op. cit.*, *loc. cit.*

igualdad (igualdad como no-dominación o sometimiento)<sup>49</sup>, ¿como complemento del principio antidiscriminatorio?:

La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (supra párr. 92), particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo<sup>50</sup> hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI<sup>51</sup>.

Esto queda en el marco de los enunciados (aunque no por ello sea un punto menor en términos de impacto argumentativo de la sentencia más allá del caso concreto). No se constata en el marco de las acciones reparatorias por dos puntos que someto a discusión. El primero se refiere a la evaluación de la garantía de imparcialidad judicial<sup>52</sup> y el segundo, al contenido de las medidas reparatorias generales. Me concentraré en este último punto, dejaré el primero para discutir en otros lugares.

El prólogo de la desigualdad es contundente, la intención de las medidas reparatorias deben tender hacia la transformación. Sin embargo, cuando se leen las medidas reparatorias en el caso Atala, estas parecen insuficientes en relación con el estándar “transformador” que la propia Corte IDH anuncia.

En especial interesan las medidas reparatorias generales de no repetición. La primera se refiere a (continuar) la capacitación de funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial sobre: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI, en un plazo razonable. Esta es una apuesta a largo plazo y podría tener efectos

<sup>49</sup> V. Saba, R. “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007; Clérico/Aldao, *op. cit.*

<sup>50</sup> En similar sentido, cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) de la Corte IDH.

<sup>51</sup> Caso Atala, párr. 267.

<sup>52</sup> Dejo este punto para ser desarrollado en otro trabajo, v. párrafos 182-192 de la sentencia de la Corte IDH en el caso Atala.

transformadores. Sin embargo, estos efectos dependerán de cómo se implemente la capacitación y de cómo se trabajen los contenidos.

La segunda se refiere al pedido de la CIDH para que ordene al Estado chileno “la adopción de medidas correctivas como legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”. Por el contrario, la Corte IDH considera que no es pertinente hacer lugar a esta solicitud. Para ello, volvió sobre la cuestión del caso: la Corte IDH evaluó la relación entre la interpretación de normas de derecho interno y prácticas discriminatorias. La cuestión no giró en torno a la compatibilidad de una determinada norma con la Convención Americana, ni fue ello materia de este caso.

Esta mirada de la Corte IDH habla de las dificultades que tiene en concreto para pensar canales de reparación frente a la desigualdad estructural. Cuando analiza la viabilidad o no de medidas reparatorias, parece volver a una mirada de la discriminación sufrida como algo puntual y aislado. Sin embargo, esta discriminación responde a una historia de discriminación sistemática y de ejercicio de la violencia física o psíquica contra lesbianas, gays, travestis, transexuales, transgéneros, intersexuales y bisexuales. En este sentido, es curioso que la Corte IDH no desconfíe de las normas de derecho común<sup>53</sup>. Aún siguen vigentes normas, por ejemplo, referidas al matrimonio, a la identidad de las personas, a la adopción que no son neutrales sino que son instrumento de la discriminación. En palabras de Fraser: “las leyes matrimoniales representan instituciones, que estructuran la interacción por un patrón institucionalizado de valor cultural que considera normativas unas categorías de actores sociales y deficientes o inferiores a otras: heterosexual es normal, gay es perversa... En todos los casos, el efecto consiste en la creación de una clase de personas devaluadas a las que se impide participar en pie de igualdad con los demás en la vida social”<sup>54</sup>.

En este sentido, en clave de vocación transformadora la Corte IDH algo debió haber dicho sobre el pedido solicitado por la CIDH. Tenía varias

---

<sup>53</sup> “...los patrones de valor que impiden la paridad siguen regulando la interacción en las instituciones sociales más importantes; prueba de ello son la religión, la educación y la ley. Sin duda esos patrones de valor no configuran una red perfecta, coherente, omniabarcadora e irrompible, como en la sociedad regida por el parentesco, y ya no se dan por supuestos. Sin embargo, las normas que favorecen a los blancos, europeos, heterosexuales, hombres y cristianos están institucionalizadas en muchos lugares de todo el mundo. Siguen impidiendo la paridad de participación y, en consecuencia, definiendo los ejes de subordinación de estatus”. Nancy Fraser, “La justicia social en la era de la política de la identidad”, *op. cit. supra*, nota 47, p. 80.

<sup>54</sup> *Ibid.* pp. 36-37.

alternativas, desde las más precisas en cuanto a la implementación de los medios necesarios a las que ordenan hacer algo, pero sin determinar los medios ni las formas.

Por último, si bien no obliga a adoptar normas, parece que las acciones reparatorias con vocación transformadora podrían llegar si los jueces recuerdan que deben realizar control de convencionalidad. Este parece ser el segundo caso en el que el control de convencionalidad aparece pensado en el lugar de las medidas reparatorias y para controlar no sólo la incompatibilidad de normas sino las interpretaciones sobre las normas: “En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso”<sup>55</sup>. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana<sup>56</sup>. ¿El control de convencionalidad como reaseguro?

## **V. Consideraciones finales: ¿hacia la construcción de un derecho constitucional interamericano?**

a) En lo inmediato, la argumentación en el caso Atala nos confirma un listado de razones que no pueden ser alegadas con éxito para seguir sosteniendo normas y prácticas que implican discriminación por orientación social o identidad de género.

b) Más allá del caso, la argumentación en Atala aclara los objetivos de cualquier empresa colectiva de construcción y discusión sobre el *ius commune constitutionale*. El Estado chileno argumentó que no existía consenso entre los derechos de los Estados del SIDH sobre la orientación sexual como una categoría prohibida.

La Corte IDH debilita este argumento en forma concisa y clara. La Corte IDH le marca al Estado un salto argumentativo en su razonamiento: porque aun cuando existan normas y prácticas discriminatorias al interior de los Estados, de ahí no se sigue que éstas deban ser. Es decir, la interpretación de la CADH es una cuestión normativa, de deber ser en el que hay que argumentar.

---

<sup>55</sup> Caso Atala, párr. 284, con cita de caso *López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 228: “En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (supra párr. 225), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso”.

<sup>56</sup> Caso Atala, párr. 282-284.

Este es el punto, no se trata sólo de recolectar adhesiones o no a determinadas instituciones o interpretaciones, sino de argumentar. Aquí subyacen dos visiones de construcción de un piso común.

Por un lado, el acumulativo por mayoría: cuanto más Estados reconocan, entonces tanta más fuerza para que ese contenido sea declarado como común a todos. Cuanto menos Estados lo reconozcan, mayor debilidad argumentativa para incluirlo como común a todos. Esta es la posición del TEDH en el caso *Kopf y Schalck vs. Austria* (2010) cuando aplica el margen de apreciación de los Estados para no ordenar la modificación del derecho común austríaco, que aún no habilita el matrimonio entre dos personas del mismo sexo<sup>57</sup>. Dos problemas: el primero, cómo se calculan las mayorías; pero el más importante, el segundo, no se trata de la mera acumulación de adhesiones (cuestión de hecho) sino de por qué o no aceptarlo como común. Esta última, por el otro lado, es la posición acertada que toma la Corte IDH cuando contesta al Estado de Chile y afirma que esta es una cuestión de obligaciones y, así, se niega a aplicar el llamado margen de apreciación de los Estados:

En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido... El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo

---

<sup>57</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 24/06/2010, *Schalk y Kopf vs. Austria*. El Tribunal en su posición mayoritaria concluye que no hubo discriminación por parte del Estado austríaco que no reconoce el matrimonio igualitario. En este punto, es más convincente el voto en disidencia de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, quienes critican a la posición mayoritaria en tanto el Gobierno austríaco no esgrimió argumento alguno para la diferencia de trato, fundándose tan sólo en su margen de apreciación. Y agregan que en tanto no dieron argumento no sería posible escudarse en este margen, "de hecho, sólo en caso de que las autoridades nacionales ofrezcan fundamentos de justificación, la Corte puede interpretar, teniendo en cuenta la presencia o la ausencia de un enfoque común [entre las legislaciones de los estados partes], que están mejor ubicados que ella para tratar eficazmente la cuestión", párr. 8. Queda claro que el margen de apreciación de los Estados no es una razón de peso suficiente para justificar una diferencia de trato ni menos aún para ser la primera y única ratio. v. *Kermelmajer de Carlucci, A./Herrera, M.*, "El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal", en *La Ley*, Buenos Aires, 6/07/2010.

debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana<sup>58</sup>.

En suma, no existe margen de apreciación de los Estados para discriminar por orientación sexual. Nuevamente la discriminación por orientación sexual está proscrita como concluye la Corte IDH<sup>59</sup>.

c) El arma argumentativa secreta del caso Atala: cuando mucho se argumenta y poco se ordena como medida reparatoria.

En reiteradas oportunidades de este trabajo resaltamos la fuerza argumentativa de la sentencia de la Corte IDH en el caso Atala. La sentencia ofrece un abanico robusto de argumentos que pueden ser utilizados más allá del caso concreto. El impacto de la argumentación de la sentencia arroja un saldo positivo.

Sin embargo, como tratamos de demostrar en apartados anteriores, la Corte IDH poco ordena como medidas reparatorias generales en el caso concreto. ¿Por qué lo hace? ¿Se trata de una solución de coyuntura o es el inicio de una nueva metodología de trabajo de la Corte IDH?

## Anexo I

Análisis de los escritos en calidad de *amici curiae* presentados en el caso Atala en la instancia de la Corte IDH:

### Amici Curiai



Fuente: informaci3n consignada en el párr. 10 del Fallo Atala (2012): [www.corteidh.or.cr/](http://www.corteidh.or.cr/)  
Elaboraci3n LC.

<sup>58</sup> Caso Atala, párr. 92.

<sup>59</sup> Caso Atala, párr. 91.

Asociaciones de Magistrados (total: 1)

1) Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile<sup>60</sup>.

Organizaciones No Gubernamentales (total: 4)

1) Organización Ombudsgay<sup>61</sup>;

2) de Colombia Diversa y del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional<sup>62</sup>; y

3) del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas<sup>63</sup>.

Mixto: ONG y personas

4) Lisa Davis, Jessica Stern, Dorothy L. Fernández, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer, Erin I Herlihy y Justin D. Hoogs<sup>64</sup>.

Universidades (total: 4)

1) el Núcleo de Derechos Humanos del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro<sup>65</sup>;

2) del Seminario de Investigación en el Derecho de Familia y las Personas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina<sup>66</sup>;

3) del Centro para la Justicia Global, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho de la Facultad de Derecho de Regent University<sup>67</sup>;

4) del rector y algunos miembros de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo<sup>68</sup>.

---

<sup>60</sup> El escrito fue presentado por Leopoldo Llanos Sagristá, Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco, Chile, y Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile.

<sup>61</sup> El escrito fue presentado por Geraldina González de la Vega, Consultora Jurídica, y Alejandro Juárez Zepeda, Coordinador General.

<sup>62</sup> El escrito fue presentado por Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva de Colombia Diversa, y Mauricio Noguera Rojas y Santiago Medina Villareal en representación de Colombia Diversa; y Viviana Bohórquez Monsalve en representación del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional.

<sup>63</sup> El escrito fue presentado por Estefanía Vela Barba y Alejandro Madrazo Lajous, del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

<sup>64</sup> El escrito fue presentado por Lisa Davis, Clinical Professor of Law, de la International Women's Human Rights Clinic at the City University of New York School of Law; Jessica Stern, de la International Gay and Lesbian Human Rights Commission; y Dorothy L. Fernández, Justin D. Hoogs, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer y Erin I. Herlihy, de Morrison & Foerster LLP. En este escrito participaron Amnistía Internacional; ARC Internacional; Centro de Derechos Constitucionales; Consejo para la Igualdad Mundial, Human Rights Watch; Lawyers for Children Inc; Sociedad de Ayuda Legal de Nueva York; Legal Momentum; MADRE; Centro Nacional de Derechos Lésbicos; Iniciativa Nacional de Derechos Económicos y Sociales; la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York; Women's Link Worldwide y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES).

<sup>65</sup> El escrito fue presentado por Márcia Nina Bernardes, Profesora del Departamento de Derecho y Coordinadora del Núcleo de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro; Andrea Schettini, Luiza Athayde, Maria Fernanda Marques, Isabella Benevides, Isabella Maioli, Julia Rosa, Juliana Streva, Karen Oliveira y María Eduarda Vianna, y Felipe Saldanha.

<sup>66</sup> El escrito fue presentado por Jorge Nicolás Lafferriere y Úrsula C. Basset, Co-Directores del seminario.

<sup>67</sup> El escrito fue presentado por Lynne Marie Kohm, en representación del Centro para la Justicia Global, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho perteneciente a la Facultad de Derecho de Regent University.

<sup>68</sup> El escrito fue firmado por Hugo Calienes Bedoya, Rector y Director del Instituto de Bioética de la USAT, y por Carlos Tejeda Lombardi, Director de la Escuela de Derecho de la USAT; Rafael Santa María

Docentes e investigadores con pertenencia institucional (total: 15)

Chile (total: 5)

- 1) José Pedro Silva Prado, Profesor de Derecho Procesal y Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal;
- 2) José Ignacio Martínez Estay, Catedrático Jean Monnet de Derecho Público de la Unión Europea de la Universidad de los Andes, Chile;
- 3) Alejandro Romero Seguel y Maite Aguirrezabal Grúnstein, Profesores de Derecho Procesal en la Universidad de los Andes, Chile;
- 4) María Sara Rodríguez Pinto, Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile;
- 5) Jorge Rafael Scala, Profesor en la Maestría en Desarrollo Humano de la Universidad Libre Internacional de las Américas y Profesor Honorario de la Universidad Ricardo Palma.

Argentina (total: 3)

- 1) Diego Freedman, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires;
- 2) Úrsula C. Basset, Profesora e investigadora de la Universidad de Buenos Aires<sup>69</sup>;
- 3) Laura Clérico, Liliana Ronconi, Gustavo Beade y Martín Aldao, docentes e investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

México (total: 1)

- 1) Luis Armando González Placencia, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, y José Luis Caballero Ochoa, Coordinador de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana.

Colombia (total: 1)

- 1) Álvaro Francisco Amaya Villareal, Bárbara Mora Martínez y Carolina Restrepo Herrera.

EE.UU. de Norteamérica (total: 3)

- 1) Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot de la Universidad de California, Berkeley;
- 2) James J. Silk, Director de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos Allard K. Lowenstein de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale;

---

D'Angelo, Coordinador del Área de Historia y Filosofía del Derecho; Javier Colina Seminario, Asesor Legal de la USAT; Rosa Sánchez Barragán, Coordinadora del Área de Derecho Civil; Erika Valdivieso López, Decana de la Facultad de Derecho de la USAT; Angélica Burga Coronel, Profesora de Protección Jurídica de los Derechos; Ana María Olguin Britto, Directora del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia de la USAT; y Tania Díaz Delgado, todos ellos profesores de la Facultad de Derecho y del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y Familia de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

<sup>69</sup> Úrsula C. Basset es Miembro del Comité Ejecutivo de la Academia Internacional para la Jurisprudencia sobre la Familia y del Comité Ejecutivo de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia.

3) Suzanne B. Goldberg y Michael Kavey, Abogados de la “Sexuality & Gender Law Clinic” de la Universidad de Columbia y Adriana T. Luciano, Abogada de Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP.

Uruguay (total: 1)

1) Carlos Álvarez Cozzi, Catedrático de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración y Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay.

Italia (total: 1)

1) Carlo Casini, Antonio Gioacchino Spagnolo y Joseph Meaney<sup>70</sup>.

Directores, coordinadores, miembros de equipos con pertenencia institucional en una ONG (total: 8)

1) Natalia Gherardi, Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, y Josefina Durán, Directora del Área de Justicia de dicha organización;

2) María del Pilar Vázquez Calva, Coordinadora de Enlace Gubernamental de Vida y Familia A.C.;

3) Elba Núñez Ibáñez, Gabriela Filoni, Jeannette Llaja y Gastón Chillier<sup>71</sup>;

4) Brent McBurney y Bruce Abramson, Abogados de “Advocates International”;

5) Gail English, Presidente de “Lawyers Christian Fellowship”, y de Shirley Richards;

6) Piero A. Tozzi y Brian W. Raum de “Alliance Defense Fund”;

7) María Inés Franck, Presidenta de la Asociación Civil Nueva Política, y Jorge Nicolás Lafferriere, Director del Centro de Bioética, Persona y Familia;

8) Andrea Minichiello Williams y Ruth Ross, y Mark Mudri<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Carlo Casini es Diputado del Parlamento Europeo, Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo y Presidente del Movimiento por la Vida Italiano. Antonio Gioacchino Spagnolo es Profesor ordinario de Bioética y Director del Instituto de Bioética de la Universidad Católica del Sagrado Corazón con sede en Roma. Joseph Meaney es Director de Coordinación Internacional de Vida Humana Internacional.

<sup>71</sup> Elba Núñez Ibáñez es Coordinadora Regional del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Gabriela Filoni es Responsable del Programa de Litigio del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Jeannette Llaja pertenece al Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer de Perú. Gastón Chillier es Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales.

<sup>72</sup> Andrea Minichiello Williams es Directora General de “Christian Legal Center / Christian Legal Fellowship”. Ruth Ross es Directora Ejecutiva de “Christian Legal Fellowship”. Mark Mudri es Facilitador Regional de “Advocates Oceania”.

# ORIGEN Y ALCANCE DE LA DOCTRINA ESTADOUNIDENSE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL<sup>1 2</sup>

## I

¿Cómo surgió en nuestro país la doctrina que permite al Poder Judicial declarar la inconstitucionalidad de las leyes y tratarlas como si fueran nulas? ¿Cuál es su verdadero alcance?

Llama la atención que las constituciones de los Estados no hayan otorgado esta facultad de manera expresa, sino implícita. En la primera constitución que se sancionó, nada se dijo que pudiera dar lugar claramente a esta doctrina. Recién después de la aprobación de la Constitución federal se mencionó algo al respecto, como en el artículo XII de la Constitución de Kentucky de 1792. Al principio, en algunos distritos se negaba o se ponía en duda la existencia de esa facultad. Recién en 1825, en un fuerte voto en disidencia, el juez Gibson, de Pensilvania, uno de los magistrados más destacados de los Estados Unidos que posteriormente presidió la Suprema Corte de ese estado, negó rotundamente dicha facultad en tanto no estuviera expresamente incluida en una constitución. Por lo tanto, la negó de manera genérica según las disposiciones de las constituciones

---

<sup>1</sup> Traducción del inglés al español realizada por Mariano Vitetta, traductor público de inglés y estudiante avanzado de abogacía de la Universidad de Buenos Aires. Título original: *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, publicado originalmente en *Harvard Law Review*, tomo 7, número 3 (25 de octubre de 1893), pp. 129-156.

<sup>2</sup> Conferencia pronunciada en Chicago el 9 de agosto de 1893 en el Congreso de Filosofía del Derecho y Reforma Legislativa.

estaduales, al tiempo que admitió que en la Constitución de los Estados Unidos dicha facultad estaba conferida por la segunda cláusula del artículo VI, en la que se dispone que la Constitución y las leyes y tratados concluidos en virtud de ella “serán la ley suprema del país; los jueces de los estados estarán obligados por ellos, independientemente de que existan disposiciones contrarias en la Constitución o en las leyes de un estado”<sup>3</sup>.

Resulta insuficiente fundamentar esta notable facultad en el mero hecho de que una constitución sea escrita o en que los jueces hayan jurado defenderla. Ni la forma escrita ni el juramento de los jueces implica necesariamente el derecho de revocar o rechazar un acto emanado del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo que estos poderes están autorizados a emitir conforme a la Constitución, ni la afirmación por parte de estos poderes de que están autorizados para así obrar. Para confirmar esta aserción, basta con referirse al hecho de que otros países, como Francia, Alemania y Suiza, tienen constituciones escritas y esta facultad no se reconoce en ellas. En su admirable obra *Law of the Constitution* (El derecho de la Constitución), Dicey sostiene que “los límites a los actos del Congreso conforme a la Constitución de Francia no son, en realidad, leyes, dado que no son reglas que en última instancia puedan ser aplicadas por los tribunales. Su verdadero carácter es el de máximas de moralidad política, que derivan la fuerza que tengan de estar incluidas formalmente en la Constitución y del consiguiente apoyo de la opinión pública”<sup>4</sup>.

¿Cómo llegamos a adoptar esta destacable práctica? Principalmente, como resultado natural de nuestra experiencia política previa a la Guerra de la Independencia, como colonos gobernados por cédulas reales escritas provenientes de la Corona inglesa. Los términos y los límites de estas cédulas, como muchas constituciones escritas, se ejecutaban a través de

---

<sup>3</sup> Aunque parezca extraño, este fallo ha caído en el olvido. Contiene el tratamiento más calificado que he visto, sin exceptuar la sentencia de Marshall en *Marbury v. Madison*, que, en mi opinión, ha sido sobreestimada. Gibson luego adhirió a la doctrina generalmente aceptada. En *Norris v. Clymer*, 2 Pa. St., p. 281 (1845), el presidente de la Corte manifestó a los letrados: “Me aparté de ese fallo por dos razones: por un lado, porque la última convención [todo parece indicar que se refiere a la que dio lugar a la Constitución de Pensilvania de 1838] aprobó, con su silencio, la pretensión de los tribunales de examinar libremente los actos legislativos y, por el otro, sobre la base de mi experiencia en cuanto a las necesidades planteadas por cada caso en particular”.

<sup>4</sup> Capítulo II, p. 127, 3a ed. El presidente Rogers, en el prefacio a una valiosa colección de artículos sobre la “Constitutional History of the United States, as seen in the Development of American Law” (Historia constitucional de los Estados Unidos, según el desarrollo del derecho estadounidense), p. 11, destaca que “en la actualidad, no existe en Europa tribunal alguno con competencia para fallar sobre la constitucionalidad de las leyes nacionales. Pero, en Alemania y en Suiza, si bien los tribunales federales no pueden revocar una ley federal, si pueden declarar la invalidez de una ley cantonal o estadual en caso de que entre en conflicto con el derecho federal”. Compárese Dicey, *ut supra*, y Bryce, *Am. Com.*, i. 430, nota (primera edición), respecto de posibles observaciones a esta afirmación.

diferentes medios: por la pérdida de las cédulas, por ley del Parlamento, por la anulación directa de la legislación por parte de la Corona, por un proceso judicial y un recurso en última instancia ante el Consejo Privado del Monarca. Nuestra práctica fue el resultado natural de esto, pero bajo ningún punto de vista fue un resultado necesario. Todo este sistema colonial de restricciones constituía sólo el ejercicio normal y habitual del poder. Una autoridad externa había impuesto los términos de las cédulas, la autoridad de un gobierno principal, totalmente organizado y equipado para lidiar con cualquier problema de desobediencia, con un rey, un poder legislativo y tribunales propios. El derecho y la autoridad superiores de este gobierno eran fundamentales aquí, así como plenamente reconocidos; era sólo un trámite usual, ordenado y necesario que nuestros tribunales hicieran valer los mismos derechos que reconocían los tribunales de apelación de Inglaterra. Estas cédulas eran, en sentido estricto, derecho escrito: tal como sus restricciones sobre las legislaturas coloniales eran ejecutadas por los tribunales ingleses de última instancia, también podían ejecutarse mediante los tribunales coloniales, considerándose nulo todo lo que las contradijera<sup>5</sup>.

Llegó la Revolución, ¿y qué pasó después? Fácil: cortamos el cordón que nos unía a Gran Bretaña y ya no hubo un soberano externo. Nuestra concepción fue que “el pueblo” había tomado ese lugar; es decir, nuestra propia población –ubicada en los diferentes estados– era el soberano. Si bien las instituciones existentes no se tocaron, sí se interpretaron mediante la traslación del nombre y del estilo del soberano inglés al nuevo gobernante: nosotros mismos, el pueblo. Después de esto, las cédulas, y con más razón las nuevas constituciones, no eran órdenes que venían desde afuera, respaldadas por un gobierno externo organizado que simplemente cumplía una función de rutina al ejecutarlas; eran preceptos emanados del pueblo mismo que iba a ser gobernado, dirigidos a cada uno de sus habitantes y especialmente a aquellos responsables de llevar adelante el gobierno. No existía un poder superior que respaldara estas órdenes mediante los métodos de coacción habituales. El soberano mismo, habiendo escrito estas expresiones de su voluntad, se esfumó; en la práctica, no tenía órgano alguno para ejecutar su voluntad, excepto aquellos a quienes se dirigían sus órdenes en estos documentos. Entonces, ¿cómo se ejecutaría su Constitución escrita si estos organismos no le

---

<sup>5</sup> Para conocer los casos más famosos *Lechmere v. Winthrop* (1727-28), *Phillips v. Savage* (1734) y *Clark v. Tousey* (1745), véase Talcott Papers, Conn. Hist. Soc. Coll., iv 94, nota. Agradezco a Mellen Chamberlain, de Boston, por la referencia de este volumen. La decisión del Consejo Privado del Monarca, contenida en *Lechmere v. Winthrop*, mediante la que se declara la nulidad de una ley provincial que rigió durante casi treinta años, se encuentra en Mass. Hist. Soc. Coll., sexta serie, v. 496.

obedecían, si fallaban o funcionaban mal?

En este punto surge un problema diferente del que se había presentado en el viejo orden y, sin embargo, nos encontramos con que no se dictaron nuevas disposiciones para abordarlo. Se siguieron los métodos y las concepciones de antaño. En 1776, en Connecticut, mediante una mera ley, la cédula de 1662 se declaró continuadora de la “Constitución civil del estado, bajo la única autoridad de su pueblo, independiente de todo rey o príncipe”; también se agregaron dos o tres reglas fundamentales y conocidas sobre la libertad y el buen gobierno. El pueblo de Connecticut vivió conforme a este régimen hasta 1818. En Rhode Island, la cédula, sin modificaciones, rigió hasta 1842, y, como se sabe, en relación con ella surgió uno de los primeros casos de acción judicial frente a un acto legislativo para solicitar la aplicación preeminente de disposiciones constitucionales conforme al nuevo orden, específicamente, el caso *Trevett v. Weeden*, en la Suprema Corte de Rhode Island en 1786<sup>6</sup>.

Pero resulta instructivo ver que esta nueva aplicación del poder judicial no tuvo aceptación universal. Fue rechazada por varios miembros de la convención federal y varios jueces se refirieron a su inestabilidad durante las últimas dos décadas del siglo pasado. La sorpresa de la Legislatura de Rhode Island frente a la acción del tribunal en *Trevett v. Weeden* parece indicar que pensaban que el cambio de la dependencia colonial hacia la independencia había transformado al Congreso en un sustituto del Parlamento, con una omnipotencia similar<sup>7</sup>. Parece que en Vermont la doctrina establecida en el período era que el Poder Judicial no podía desestimar un acto legislativo, y la misma visión se sostuvo en Connecticut, tal como lo expresó Swift –quien luego se convertiría en presidente de la Suprema Corte de ese estado– en 1795. En el prefacio de I.D. Chipman’s (Vermont) Reports, 22 y siguientes, el sabio compilador, que escribía (en 1824) sobre el período de la Constitución de Vermont de 1777, manifestó: “No se sostenía que el Poder Judicial tuviera facultad alguna de analizar la constitucionalidad de los actos del Congreso, de

---

<sup>6</sup> Informe del caso de Varnum (Providence, 1787); s. c. 2 Chandler’s Crim. Trials, 269.

<sup>7</sup> Y lo mismo con el entusiasmo generado por la supuesta anulación de un acto legislativo en Nueva York en 1784, en el caso *Rutgers v. Waddington*. Edición de este caso por Dawson, “With an Historical Introduction” (Con una introducción histórica) (Morrisania, 1866), págs. xxiv y siguientes. En un “Address to the People of the State” (Discurso al pueblo del estado) emitido por el comité de una reunión pública de los “violentos Whigs”, se declaró (pág. xxxiii): “el hecho de que deba existir una facultad correspondiente a los tribunales de justicia por medio de la cual se controle el poder legislativo supremo nos parece absurdo en sí mismo. Esas facultades en manos de los tribunales destruirían la libertad y eliminarían la seguridad de la propiedad”. Por la referencia de este caso y de varios otros, estoy agradecido a un esclarecedor artículo sobre “The Relation of the Judiciary to the Constitution” (La relación del Poder Judicial con la Constitución) (19 Am. Law Rev. 175), del Dr. William M. Meigs, matriculado en el Colegio de Abogados de Filadelfia. Cita todos los primeros casos que se plantearon. Como remarca Meigs, el caso de Nueva York no parece referirse a la declaración de *inconstitucionalidad* de una ley.

declararlos nulos por algún motivo o incluso de cuestionar su validez”. En la página 25, en referencia al año 1785, agregó: “Mucho después del período al cual hemos aludido, la doctrina de que la Constitución es la ley suprema de la nación y de que los tribunales pueden anular leyes que sean contrarias a ella era considerada antirrepublicana”. En 1814<sup>8</sup>, por primera vez, creo, encontramos un tribunal que declara que una ley de la Legislatura estadual es “nula por contradecir las Constituciones del estado y de los Estados Unidos, e incluso las leyes de la naturaleza”. Cabe destacar que la doctrina por la que se declara la nulidad de ciertos actos legislativos por considerarlos contrarios a la Constitución probablemente haya surgido gracias a una teoría que encontró adeptos entre nuestros ancestros en la época de la Revolución, consistente en que los tribunales podían desestimar dichas leyes en caso de ser contrarias a las máximas fundamentales de la moral o, como se decía en ese entonces, de las leyes de la naturaleza. Se cree que dicha doctrina fue postulada por escritores ingleses e incluso por jueces, en algún momento, pero nunca se aplicó. Ha sido repetida aquí, como especulación, por nuestros primeros jueces y ocasionalmente por otros más recientes, pero no me consta que se la haya aplicado como único y necesario fundamento de una decisión, ni se la puede aplicar, a menos que tome la forma de una medida revolucionaria<sup>9</sup>.

En “System of the Laws of Connecticut” (Sistema de las leyes de Connecticut), publicado en 1795<sup>10</sup>, el autor ataca con fuerza y argumentos la facultad del Poder Judicial de desconocer una norma legislativa, al tiempo que afirma que la opinión contraria “es muy popular y está muy extendida”. Manifiesta: “Se estará de acuerdo en que es tan probable que el Poder Judicial declare la inconstitucionalidad de leyes que no son inconstitucionales como que el Congreso se exceda en sus atribuciones constitucionales”. Pero admite que pueden darse casos tan monstruosos (por ejemplo, una ley que autorice a condenar por un delito sin pruebas o que asegure los escaños de los legisladores de por vida), “tan abiertamente inconstitucionales que parecería equivocado exigir que los jueces respetaran esa ley en sus fallos”. En 1807 y 1808, la Legislatura

---

<sup>8</sup> *Dupuy v. Wickwire*, 1 D. Chipman, 237.

<sup>9</sup> Este tema es objeto de un detenido análisis en la nota a *Paxton’s Case* (1761), *Quincy’s Rep.* 51, en relación con los *Writs of Assistance*, supuestamente confeccionados por el Dr. Horace Gray, actualmente juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Véase la nota en las páginas 520-530. James Otis manifestó en su alegato que “una ley del Parlamento contraria a la Constitución es nula” (*Quincy*, 56, n., 474). Se concluirá, luego de un examen pormenorizado, que los casos estadounidenses referidos a la nulidad de un acto legislativo, al ser contrarios a los principios de la moral o de gobierno –por ejemplo, en *Quincy*, 529, cita de *Bowman v. Middleton*, 1 Bay, 252 y en 1 *Bryce*, *Am. Com.*, 431, n., 1a ed., cita de *Gardner v. Newburgh*, *Johns. Ch. Rep.* 162–, no requerirán dicha explicación.

<sup>10</sup> *Vol. i. p. 50 y ss.*

de Ohio sometió a juicio político a jueces que habían fallado que leyes emanadas de ese órgano eran nulas<sup>11</sup>.

## II

Cuando finalmente esta facultad del Poder Judicial quedó establecida y se agregó al resto de los baluartes de nuestras constituciones escritas, ¿cómo habría de concebirse este poder? Estrictamente como una facultad judicial. Las constituciones estatales habían sido escrupulosas al dividir los poderes de gobierno en tres y, al dar a cada uno una facultad, les había prohibido a su vez, con curiosa explicitud, el ejercicio de facultades propias de otros poderes. En 1780, la Constitución de Massachusetts establecía que el Poder Legislativo<sup>12</sup>.

“No podrá ejercer jamás los poderes ejecutivo ni judicial; el Poder Ejecutivo no podrá ejercer los poderes legislativo ni judicial; el Poder Judicial no podrá ejercer los poderes legislativo ni ejecutivo; en suma, se tratará de un gobierno de leyes y no de hombres”.

Con énfasis similar, en 1792, la Constitución de Kentucky<sup>13</sup> estableció:

“Cada uno estará confiado a un órgano separado; es decir, los que pertenezcan al Poder Legislativo, los que pertenezcan al Poder Ejecutivo y los que pertenezcan al Poder Judicial. Ninguna persona o grupo de personas, que pertenezcan a dichos poderes, ejercerán facultades propias de los otros, con las excepciones que se admiten expresamente a continuación”.

Por lo tanto, como la facultad en cuestión era meramente judicial, en primer lugar, había muchos casos en los que no era operativa. En el caso de actos puramente políticos y del ejercicio de la mera discrecionalidad, no importaba que los demás poderes violaran la Constitución, ya que el Poder Judicial no podía interferir; todo lo contrario: debían aceptar y ejecutar sus actos. Hace poco el juez Cooley expresó<sup>14</sup>:

“La impresión común es, sin dudas, que, en caso de legislación en la que se desestimen los límites de la autoridad constitucional, el Poder Judicial es totalmente competente para lograr una solución adecuada; que la ley deba de hecho ser nula y que cualquier ciudadano, así como el Poder Judicial mismo, pueda considerarla nula y negarse a obedecerla. Sin embargo, esto está lejos de ser así en los hechos”.

---

<sup>11</sup> Cooley, *Const. Lim.*, 6a ed., 193, n.; 1 *Chase's Statutes of Ohio*, prefacio, 38-40. Por la última referencia, debo agradecer al profesor Wambaugh.

<sup>12</sup> Parte I, Art. 30.

<sup>13</sup> Art. I.

<sup>14</sup> *Journal of the Michigan Pol. Sc. Association*, vol. i. p. 47.

Nuevamente, cuando la facultad del Poder Judicial sí tenía aplicación, este era su alcance total, es decir, determinar, a los meros efectos de fallar una cuestión presentada debidamente ante el tribunal, si un ejercicio de esa facultad objeto de controversia estaba prohibido por la Constitución. Al obrar así, el tribunal actuaría de manera tal de no privar a otro poder de sus facultades propias ni de limitarlas en función de su discrecionalidad. Estas cuestiones, una vez presentadas ante los tribunales para instar la acción de la justicia, no sólo requieren un método particularmente amplio en su tratamiento, sino que específicamente requieren que los jueces acepten el rango vasto e indefinible de las facultades y decisiones legislativas, ese amplio margen de consideraciones referidas exclusivamente a criterios de orden práctico de un órgano legislativo. Dentro de ese margen, como en todas esas consideraciones legislativas, los legisladores constitucionales deben tener permitido cierto grado de libertad. En tanto las decisiones legislativas, libres de restricciones, pueden traducirse en una forma de acción u otra, los jueces no deben interferir, ya que la naturaleza de la cuestión planteada ante ellos es meramente judicial.

Asimismo, tal es la naturaleza de esta particular cuestión judicial que la determinación preliminar del Congreso es un hecho de gran importancia, ya que las constituciones expresamente confían al Poder Legislativo esta determinación; no pueden actuar sin llevarla a cabo. Además, las constituciones no sólo encomiendan a las legislaturas una determinación preliminar de la cuestión, sino que contemplan que esta determinación puede ser la definitiva, ya que no garantizan revisión alguna de ella. Sólo a medida que surjan litigios y que su trámite ponga sobre el tapete el tema de la constitucionalidad pueden emerger cuestiones para los tribunales de manera regular. Puede darse, entonces, el caso de que la decisión legislativa logre resultados en todo el país de una importancia fundamental antes de que surja o pueda decidirse una cuestión judicial, como en el caso de la primera y la segunda edición de la carta orgánica del Banco de los Estados Unidos y de las leyes sobre moneda de curso legal de hace treinta años y posteriores. La constitucionalidad de la carta orgánica de un banco dividió al gabinete de Washington tal como dividió a los partidos políticos durante más de una generación. Sin embargo, cuando se dictó la primera carta orgánica, en 1791, que estaría en vigor veinte años, no fue impugnada en sede judicial y fue renovada en 1816. Sólo tres años después surgió la cuestión de su constitucionalidad ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Es particularmente importante observar que ese resultado no es excepcional o imprevisto; ha sido claramente previsto. Es al Congreso al que se otorga esta facultad,

que no se limita sólo a la aprobación de leyes, sino a la fijación de una interpretación de la Constitución que afectará profundamente a toda la nación, cambiará radicalmente e incluso revolucionará los asuntos más graves, excepto que un sujeto decida por su propio interés llevar el asunto a los tribunales. Lo mismo puede decirse de la legislación sobre moneda de curso legal de 1863 y la posterior. Sería difícil pensar en una norma más importante, más íntimamente ligada a los intereses de cada miembro de nuestra población. Si bien ahora se la confirmó, su constitucionalidad fue rechazada en un primer momento por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los tribunales locales estaban divididos y la opinión de los profesionales siempre ha estado dividida. Sin embargo, fue el Congreso el que determinó esta cuestión, no sólo de forma primaria, sino de una vez y para siempre, salvo que algún sujeto considerara provechoso para su interés interponer una acción judicial.

Es claro que cuando se otorga una facultad tan trascendental como esta autoridad primaria para interpretar, las determinaciones efectivas del órgano al que se otorga esa facultad tienen derecho al correspondiente respeto; y esto no se basa en razones de cortesía o respeto convencional, sino en fundamentos muy sólidos y significativos de política y derecho. Los jueces bien pueden razonar que si han sido considerados por el pueblo como la protección principal ante las violaciones legislativas de la Constitución, no se les podría haber confiado este mero control incidental y posterior. Se les habría permitido, como se pretendió en algunas convenciones, una revisión de las leyes antes de que entraran en vigor<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> La Constitución de Colombia, de 1886, en su art. 84 dispone que los jueces de la Corte Suprema pueden participar en los debates legislativos de "proyectos relacionados con asuntos civiles y el procedimiento judicial". Y, en el caso de los proyectos de ley objetados por "el Gobierno" por considerarlos inconstitucionales, si el Congreso insiste en el proyecto, en contra del veto del Gobierno, se presentará a la Corte Suprema, que decidirá en última instancia sobre esta cuestión. Artículos 90 y 150.

Siempre pensamos que el Poder Judicial tiene facultades de revisar los actos del resto de los poderes, lo que nos garantiza una protección ante la opresión y la ruina. Pero es de destacar lo poco que esto importó en los debates. Las principales protecciones eran un sufragio amplio, cargos cortos, un Poder Legislativo con dos cámaras y el llamado veto del Poder Ejecutivo. En general, existía un gran rechazo a otorgar al Poder Judicial facultad alguna en la aprobación de legislación. Sin embargo, en Nueva York, la Constitución de 1777 estableció un Consejo de Revisión –del que formaban parte varios jueces– a quienes se presentarían todos los actos legislativos antes de que entraran en vigor, previo a lo cual se requería de su aprobación. Este mecanismo existió durante más de cuarenta años, lo que dio lugar en la Constitución de 1821 al recurso ordinario de requerir la mera aprobación del Poder Ejecutivo o, en caso de que este la rechazara, de volver a aprobar la ley, tal vez mediante un voto con mayoría agravada, por ambas cámaras del Poder Legislativo. En Pensilvania (Constitución de 1776, Art. 47) y en Vermont (Constitución de 1777, Art. 44) se instituyó un Consejo de Censores que, elegidos cada siete años, investigarían la conducción de los asuntos y llamarían la atención, entre otras cosas, sobre todas las violaciones de la Constitución por alguno de los poderes del Estado. En Pensilvania, este arreglo duró sólo entre 1776 y 1790; en Vermont, entre 1777 y 1870. Al elaborar la Constitución de los Estados Unidos, varios de esos recursos y otros fueron instados y, a veces, adoptados; por ejemplo, en el caso de Nueva York. En diferentes oportunidades se propuso que el gobierno pudiera rechazar toda la legislación de los estados; que los gobernadores de los estados fueran designados por los Estados Unidos y pudieran rechazar la legislación estadual; que se designara un Consejo Asesor para el presidente, compuesto en

El hecho de que la oportunidad de los jueces de controlar y corregir leyes inconstitucionales sea tan limitada puede ayudarnos a entender por qué su control, cuando tienen la oportunidad de ejercerlo, debe ser de tan limitado alcance.

En ese entonces, era francamente indiscutible, además de previsible, que una gran parte de lo que es dañoso e inconstitucional puede entrar en vigor sin que los tribunales lo puedan evitar, dado que su poder es esencialmente judicial. Su intervención era sólo una de las diferentes garantías y su alcance era acotado.

Muchas veces se reconoce, sin cortapisas, el rigor de esta limitación sobre la acción judicial, aunque de un modo perverso que en realidad opera para ampliar la función judicial más allá de sus justos límites. Suelen decirnos que el deber de los tribunales consiste simplemente en interpretar dos escritos y compararlos, como en el caso de dos contratos o dos leyes que se interpretan y comparan cuando se alega un conflicto; también, que consiste en declarar el verdadero significado de cada uno de ellos y, en caso de que se opongan, de hacer valer la Constitución como una obligación de rango superior. Esta es una tarea judicial ordinaria y humilde, como suelen decir los mismos tribunales. Este enfoque lleva fácilmente a una errónea desestimación de las consideraciones legislativas: no sólo conduce a que se les niegue operación directa como fundamento de una sentencia, sino, lisa y llanamente, a que no se las tome en cuenta. En vez de tomárselas en cuenta y permitirseles fungir de posibles fundamentos para la acción legislativa, hay un tratamiento pedante y académico de los textos de la Constitución y de las leyes. Y, de este modo, nos vemos privados de la combinación entre el rigor de un abogado y la amplitud de miras de un estadista que debería encontrarse al lidiar con este tipo de cuestiones en el derecho constitucional. De este método mezquino tenemos muchas muestras; se encuentra con mucha facilidad en los volúmenes de nuestros repertorios actuales.

Sin embargo, para evitar caer en estos métodos estrechos y lineales, para evitar que los tribunales se olviden de que, como dijo Marshall, “estamos hablando

---

parte por jueces, y que el presidente y las dos cámaras del Congreso pudieran solicitar la opinión de la Corte Suprema. Finalmente, la convención rechazó estas propuestas, se pronunció respecto de los recursos comunes de las dos cámaras legislativas, que representarían un control mutuo entre ellas, y de la revisión ejecutiva y el veto, calificado por la facultad legislativa de reconsideración y aprobación con mayoría de dos tercios; sobre la base de estas consideraciones y de que la Constitución, las leyes constitucionales y los tratados serían la ley suprema del país y obligarían a los jueces de los diferentes estados. Esta disposición, como lo indican sus palabras, fue insertada pensando en asegurar la autoridad del gobierno general frente a los estados, es decir, como característica esencial de cualquier sistema federal y no en referencia directa al resto de los poderes de los Estados Unidos. Su primera postulación fue que “las leyes de los Estados Unidos y los tratados son la ley suprema de los respectivos estados y obligan a los jueces de los estados por sobre sus propias leyes”.

de una Constitución", estos preceptos literales sobre la naturaleza de la tarea judicial han estado acompañados por una regla de administración que ha tendido, en manos idóneas, a dar a los asuntos un cariz muy diferente.

### III

Observemos el curso que han seguido los tribunales al ejercer esta interesante facultad jurisdiccional.

Comenzaron basándose en el simple argumento de que el Poder Legislativo sólo tenía una autoridad delegada y limitada conforme a las constituciones y que estos límites, para ser operativos, debían considerarse normas de derecho, lo que implicaría que debían ser interpretados y aplicados por los tribunales. Esto se propuso como algo normal. El razonamiento era simple y de corte restrictivo. Tal fue el método de Hamilton en el *Federalista*, en 1788<sup>16</sup>, al referirse a la Constitución federal, pero con fundamentos aplicables –desde su punto de vista– a todas las demás constituciones. En 1787, la Suprema Corte de Carolina del Norte estableció que ninguna ley emanada del Poder Legislativo podía alterar la Constitución<sup>17</sup> y que los jueces estaban obligados por la Constitución al igual que por cualquier otra ley; asimismo, toda ley contraria a la Constitución debía considerarse derogada. Wilson, en sus *Lecciones de Filadelfia* en 1790-1791<sup>18</sup>, expresó que la Constitución era la ley suprema y que los jueces debían interpretarla y aplicarla. La legislación subordinada debía ceder ante la Constitución, y el hecho de que un poder del Estado infringiera la Constitución no justificaba que otro poder fuera cómplice de ello. En 1793, en Virginia, los jueces manifestaron que los tribunales simplemente debían tener en consideración el derecho todo, incluida la Constitución: sólo debían exponer el derecho y aplicar la parte de él que fuera fundamental<sup>19</sup>. Patterson, uno de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1795, en el circuito de Pensilvania<sup>20</sup>, manifestó que la Constitución es la licencia del Poder Legislativo; si sus leyes no concuerdan con ella, carecen de toda autoridad. En 1796, en Carolina del Sur<sup>21</sup>, el asunto fue tratado por el tribunal como una mera cuestión de adecuación con la ley principal. Y ese fue, en 1802, el razonamiento del Tribunal General de Maryland<sup>22</sup>. Finalmente, en 1803 llegó *Marbury*

---

<sup>16</sup> Nº 78, publicado por primera vez el 28 de mayo de 1788. Véase la edición de Lodge, pp. xxxvi y xlv.

<sup>17</sup> *Den d. Bayard v. Singleton*, 1 Martin, 42.

<sup>18</sup> Vol. i, p. 460.

<sup>19</sup> *Kemper v. Hawkins*, Va. Cas. 20.

<sup>20</sup> *Vanhome's Lessee v. Dorrance*, 2 Dall. 304.

<sup>21</sup> *Lindsay v. Com'rs*, 2 Bay, 38.

<sup>22</sup> *Whittington v. Polk*, 1 H. & J. 236.

v. *Madison*<sup>23</sup>, con la misma línea argumental. El pueblo, se afirmaba, estableció límites escritos al Poder Legislativo; esos límites se aplican a todos los actos legislativos viciados que, por serlo, no son derecho. Esta teoría está esencialmente ligada a la existencia de una constitución escrita. Corresponde al Poder Judicial decir qué es el derecho y, en caso de conflicto entre dos leyes, cuál debe imperar. En suma, el Poder Judicial debe declarar nulas las leyes contrarias a la Constitución; caso contrario, este instrumento carece de sentido. Después se agregó que esta facultad está expresamente otorgada en la Constitución federal.

La rigurosidad de estas observaciones es innegable. Tal como estaba presentado el asunto, las conclusiones fueron necesarias. Sin embargo, parte de esta argumentación omitió las notables peculiaridades del caso; se desarrolló como si la Constitución se tratara de una carta poder del derecho privado y como si el deber del tribunal fuera similar a cualquiera de sus operaciones más comunes.

Pero estos simples preceptos se vieron complementados por una importante regla de administración que corrigió la operación de esos preceptos y trajo a colación importantes consideraciones que no habían sido advertidas en el razonamiento mencionado. En 1811<sup>24</sup>, Tilghman, presidente del Tribunal de Pensilvania, al reafirmar la facultad de los tribunales de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero rechazando su ejercicio en un caso en particular, expresó esta regla de la siguiente manera: “Por razones de peso, se ha aceptado como principio en materia de interpretación constitucional por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de este tribunal y de cualquier otro tribunal prestigioso del país, que una ley del Poder Legislativo no se declarará nula a menos que la violación del texto constitucional sea tan manifiesta que no quede margen para una duda razonable”.

¿Cuándo surgió esta regla de administración? Muy temprano. Observamos que hay referencias de que se hallaba plenamente establecida en 1811. En la consideración judicial más antigua que se conoce sobre las facultades de los tribunales en la materia y de la que se conservan registros –una discusión incidental que se dio en Virginia en 1782–<sup>25</sup>, si bien la facultad general del tribunal aparece declarada por otros jueces con énfasis histriónico, Pendleton, presidente del tribunal, al negarse a expedirse sobre el tema, adelantó las razones de esta regla, al expresar lo siguiente: “¿En qué medida este tribunal, en cuyo seno podría decirse que están

---

<sup>23</sup> I Cranch, 137.

<sup>24</sup> *Com. v. Smith*, 4 Bin. 117.

<sup>25</sup> *Com. v. Call*, 4 Call, 5.

concentradas las facultades jurisdiccionales, tendrá poder para declarar la nulidad de una ley aprobada conforme a los procesos previstos por el Poder Legislativo, sin ejercer las facultades propias de ese poder, en contra de los claros términos de la Constitución? Esta es una pregunta profunda, importante y –agregaría– de enorme trascendencia, cuya respuesta implicaría consecuencias respecto de las cuales los caballeros no han expresado sus ideas”.

Agregó que no era la oportunidad de considerar el tema. En 1793, cuando el Tribunal General de Virginia declaró la inconstitucionalidad de una ley, el juez Tyler remarcó<sup>26</sup>: “Pero la violación debe ser directa y clara; de lo contrario, existe el peligro de que el Poder Judicial impida la operatividad de leyes que podrían producir un gran beneficio público”.

En la convención federal de 1787, si bien se reconoció la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, también se admitió la existencia de límites a dicha facultad. En un intento por que los jueces revisaran todos los actos legislativos antes de que entraran en vigor, Wilson destacó que las leyes podrían ser peligrosas y destructivas o “tan inconstitucionales que se justificaría que los jueces rechazaran su entrada en vigor<sup>27</sup>”. En 1796, el juez Chase, de la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>28</sup>, afirmó, sin determinar si un tribunal puede declarar la nulidad de una ley del Congreso: “soy libre de declarar que nunca ejerceré dicha facultad a menos que se trate de un caso muy claro”. Y en 1800, en el mismo tribunal<sup>29</sup>, en relación con una ley de Georgia, el juez Patterson, que ya había declarado la invalidez de una ley de Pensilvania como juez de circuito en 1795, expresó que para justificar la declaración de nulidad de una ley por parte de un tribunal, debía existir “una violación clara e inequívoca de la Constitución, no una insinuación dudosa y discutible”.

En 1808, en Georgia<sup>30</sup>, se trató el tema con vigor, en un pasaje citado por otros tribunales con aprobación. Al sostener la constitucionalidad de una ley, el juez Charlton, que redactó el voto del tribunal, reafirmó esta facultad en tanto la consideró inseparable de la organización del Poder Judicial. Pero luego se preguntó por el modo en que debía ejercerse dicha facultad:

Al decidir sobre la operatividad constitucional de una ley, no debe recurrirse a dudas sutiles, a una exposición crítica de palabras, ni a

---

<sup>26</sup> *Kemper v. Hawkins*, Va. Cases, p. 60.

<sup>27</sup> 5 *Ell. Deb.* 344.

<sup>28</sup> *Ware v. Hylton*, 3 Dall. 171.

<sup>29</sup> *Cooper v. Telfair*, 4 Dall. 14.

<sup>30</sup> *Grimball v. Ross*, Charlton, 75.

reglas abstractas de interpretación, que son métodos aceptables en una disputa entre particulares. La violación de un derecho constitucional debe ser tan evidente como la comprensión de una verdad axiomática, como que las partes son iguales al todo. Procuraré ilustrar este concepto del siguiente modo: la primera sección del artículo segundo de la Constitución establece que la función ejecutiva corresponde al gobernador. Entonces, si el Poder Legislativo cediera el poder ejecutivo a una comisión permanente de la Cámara de Representantes, todos percibirían instantáneamente la inconstitucionalidad de la ley. Sin dudas, el Poder Judicial estaría autorizado a declarar la inconstitucionalidad de esa ley. Pero cuando existen dudas respecto de si el Poder Legislativo violó la Constitución, debe evitarse un conflicto, ya que existe la posibilidad de que la Constitución habilite al Poder Legislativo.

En Carolina del Sur, en 1812<sup>31</sup>, el juez Waties, que siempre se distinguió por sostener la facultad del Poder Judicial de hacer caso omiso de las leyes inconstitucionales, repitió y reafirmó con solidez su posición:

Tengo tanta noción del peso de este deber que, en caso de que una violación constitucional fuera manifiesta, no sólo declararí la nulidad de esa ley, sino que pensarí que presté un servicio más importante para mi país que al llevar adelante las tareas cotidianas de mi despacho durante muchos años. Pero, si bien reconozco esta facultad e insisto en su gran valor para el país, soy también consciente de la alta deferencia que se le debe a la autoridad legislativa. Esta autoridad es suprema en todos los casos en que no sea limitada por la Constitución, y, como es deber de los legisladores y de los jueces consultar la Carta Magna y conformar sus actos a ella, también debe presumirse que sus actos se adecuan a las disposiciones constitucionales a menos que lo contrario sea evidente. Esta confianza es necesaria para asegurar la debida obediencia a su autoridad. Si esto fuera puesto en tela de juicio con frecuencia, tenderí a disminuir la veneración por las leyes que resulta esencial a los efectos de la seguridad y la felicidad de todos. Por ende, no estoy dispuesto a analizar con precisión escrupulosa la validez de una ley. Sería

---

<sup>31</sup> *Adm'rs of Byrne v. Adm'rs of Stewart*, 3 Des. 466.

poco prudente. La interferencia del Poder Judicial en los actos legislativos –en caso de ser habitual y sobre la base de motivos dudosos– podría ocasionar una gran envidia hacia este poder y un perjuicio general que llevarían a la toma de medidas que derivarían en la pulverización de la independencia de los jueces y, por ende, del mejor mecanismo que existe para preservar la Constitución. La validez de una ley no debería cuestionarse a menos que sea tan manifiestamente violatoria de la Constitución que, al ser declarada por los jueces, toda persona razonable de la comunidad pueda percibir dicha violación. Mediante un ejercicio cuidadoso de esta facultad de control judicial, no se generará envidia alguna, se promoverá la confianza pública y sus efectos saludables se apreciarán en su justa medida<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Esta conocida regla fue establecida por Cooley (Const. Lim., 6a ed., 216) y defendida en enérgicas declaraciones judiciales y en una larga lista de citas provenientes de todo el país. En *Ogden v. Saunders*, 12 Wheat. 213 (1827), el juez Washington, luego de remarcar que la pregunta era dudosa, expresó: “Si pudiera basar mi opinión en favor de la constitucionalidad de la ley sólo en esta duda, sentida y reconocida, eso solo –desde mi punto de vista– sería una defensa satisfactoria de ella. Presumir la validez de una ley hasta que se pruebe que viola la Constitución más allá de una duda razonable representa un respeto debido al órgano legislativo que dicta las leyes. Tal ha sido siempre el criterio de este tribunal ante este asunto y sé que expresa la opinión sincera de todos y cada uno de los miembros de este órgano”. En los *Sinking Fund Cases*, 99 U. S. 700 (1878), el juez Waite, que redactó el voto del tribunal, expresó: “Esta declaración [de que una ley del Congreso es inconstitucional] no debería hacerse nunca, excepto en un caso claro. Las leyes se presumen válidas desde todo punto de vista hasta que se demuestre lo contrario más allá de una duda razonable. Un poder del Estado no puede invadir las competencias de otro sin correr serios riesgos: la seguridad de nuestras instituciones depende en gran medida del riguroso cumplimiento de esta saludable regla”. En *Wellington et al., Petitioners*, 16 Pick. 87 (1834), el juez Shaw, que redactó el voto del tribunal, destacó que correspondía “repetir lo que tanto han sugerido los tribunales de justicia de que, cuando se les solicite la declaración de invalidez de una ley, nunca lo harán a menos que la nulidad o la invalidez de la ley se encuentre demostrada –a su juicio– más allá de una duda razonable”. En *Com. v. Five Cents Sav. Bk.*, 5 Allen, 428 (1862), el juez Bigelow, presidente del tribunal, que redactó el voto de dicho órgano, manifestó: “Corresponde citar la regla afianzada por este tribunal de que las leyes aprobadas conforme a todas las formalidades y solemnidades requeridas para que tengan efecto como tales gozan de la presunción de validez en su favor; por ende, los tribunales no pueden declarar su invalidez a menos que esta se demuestre más allá de toda duda razonable”. Y finaliza con el corolario de esta regla establecida. En *Ex parte M’Collum*, 1 Cow. p. 564 (1823), el juez Cowen (que redactó el voto del tribunal) explicó: “Para que un tribunal considere obligatorio declarar la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, debe presentarse un caso en el que no pueda haber una duda razonable”. En *The People v. The Supervisors of Orange*, 17 N. Y. 235 (1858), el juez Harris (que redactó el voto del tribunal) expresó: “No se puede declarar la nulidad de una ley por un mero conflicto interpretativo entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Antes de declararse la nulidad, mediante sentencia judicial, de un producto del poder legisferante, debe surgir claramente que la ley no encuentra apoyo en un objetivo razonable o en una presunción admisible”. En *Perry v. Keene*, 56 N. H. 514, 534 (1876), el juez Ladd (con la adhesión del resto de los miembros del tribunal) escribió: “Ciertamente el tribunal no debe amilanarse ante el cumplimiento de un deber constitucional, pero, al mismo tiempo, no le corresponde al Poder Judicial sentar un precedente de invasión de las competencias de los otros poderes. Hoy es una regla elemental en los estados de la Unión decir que antes de que podamos declarar la inconstitucionalidad de una ley, debemos estar totalmente convencidos –más allá de una duda razonable– de que el objetivo por el que se autoriza el impuesto es privado y no público”. En *The Cincinnati, etc., Railroad Company*, 1 Oh. St. 77 (1852), el juez Ranney (que redactó el voto del tribunal) dijo: “Si bien el derecho y el deber de interferencia en un caso concreto están claros, los principios por los que un tribunal debería guiarse en un análisis de ese tipo también son igual de claros, tanto desde el punto de vista del principio rector como del de la autoridad. El Poder Judicial sólo puede negar la operatividad de una ley cuando hay una diáfana suposición de autoridad y una clara incompatibilidad entre la Constitución y la ley. Nunca se puede permitir

## IV

Acumulé estas citas, llegando hasta sus orígenes, para que quede claro que la regla en cuestión es algo más que una mera cuestión lingüística, una mera expresión de cortesía y deferencia. Implica mucho más. Los tribunales percibieron con mayor o menor claridad que este ejercicio de la función judicial va, en verdad, mucho más allá de los asuntos cotidianos que los jueces suelen describir. Si su deber en realidad consistiera mera y simplemente en determinar el significado del texto constitucional y de la ley atacada, a fin de establecer –como una cuestión académica– si, en opinión del tribunal, están en conflicto, sin dudas se trataría de un asunto elevado e importante, que implicaría importantes consideraciones públicas, pero, aun así, sería una función mucho más simple de lo que en realidad es. Dicho esto, aún queda por responder la pregunta trascendental: si, a pesar de todo, el tribunal puede desestimar la ley. No lo puede hacer como un mero trámite habitual, simplemente porque se concluya que, según una interpretación justa y fiel, la ley es inconstitucional. Este es específicamente el significado de la regla de adjudicación que establecen los tribunales. Sólo pueden desestimar la ley cuando advierten que los legisladores no cometieron un mero error sino uno muy claro que no puede ser puesto en duda de manera racional. Este es el estándar que aplican los tribunales respecto de los actos legislativos, es decir, el criterio que aplican: no sólo su consideración respecto de la constitucionalidad, sino su conclusión de qué se le permite a otro poder del Estado que, conforme a la Constitución, tiene la facultad de dictar las leyes. Esta regla reconoce que, teniendo en cuenta las exigencias importantes, complejas y siempre crecientes del Gobierno, muchas parecerán inconstitucionales para un hombre o grupo de hombres, pero tal vez no para otros; que la Constitución admite diferentes interpretaciones; que hay una variedad de opciones y opiniones; que en dichos casos, la Constitución no impone al Poder Legislativo opinión alguna, sino que deja abierto este abanico de

---

tal interferencia en un caso dudoso. Esto es una consecuencia de la naturaleza misma de la cuestión en análisis. En los casos decididos se puede ver una línea argumental uniforme a este respecto. En los tribunales estatales también se encuentra una misma cadena ininterrumpida de sentencias en el mismo sentido". En *Syndics of Brooks v. Weyman*, 3 Martin (La.), 9, 12 (1813), el tribunal estableció: "Nos reservamos la facultad de declarar la nulidad de toda ley que sea abiertamente violatoria de la Constitución, lo que debe surgir de manera manifiesta, sin lugar a dudas" (citado con aprobación en *Johnson v. Duncan*, lb. 539). En *Cotton v. The County Commissioners*, 6 Fla. 610 (1856), el juez Dupont (que redactó el voto del tribunal), manifestó: "Es una facultad de la mayor trascendencia e importancia; no puede ejercerse a la ligera, ni en aquellos casos en que no pueda determinarse de manera certera e indubitable que el Poder Legislativo se excedió en sus facultades. En caso de que el tribunal tuviera alguna duda razonable, la presunción es en favor de la ley. Se pueden citar muchísimos fallos de los tribunales estatales en respaldo de esta posición. En caso de que exista alguno que constituya una excepción a la doctrina general, podemos asegurar que no lo hemos encontrado".

opciones; y que cualquier opción racional es constitucional. Este es el principio que confirma y respalda la regla que desarrollé. Su significado y efectos quedan insinuados, de manera clara y concisa, por un comentario del juez Cooley<sup>33</sup>, en relación con que un miembro del Poder Legislativo puede votar contra una medida que, en su opinión, sea inconstitucional y, luego, si esa persona se convierte en juez y la medida que fue aprobada a pesar de su oposición llega a él por la vía judicial, puede tener que aceptar como su deber el declararla constitucional, a pesar de no haber cambiado un ápice su opinión.

Puede que alguien piense que estoy siendo sobreabundante sobre este tema y hurgando mucho en la forma de una frase. No creo que sea así. Soy consciente del peligro que dicha conducta entrañaría. Pero independientemente de lo que se pueda decir de casos específicos de textos judiciales descuidados o indecisos, no me parece posible explicar de manera liviana las tempranas, constantes y enérgicas declaraciones sobre este asunto. Su forma es tan conocida por los tribunales y tiene un significado tan claramente definido, adoptado con un acuerdo tan amplio y remarcado con tanta energía que no podemos permitirnos pensar en ella como un mero lugar común transmitido de manera cortés y sin complicaciones. Se ha tenido que sostener ante las negaciones y las controversias. Por cierto, el juez Gibson la cuestionó en 1825, al rechazar el poder general de declarar inconstitucional una ley<sup>34</sup>. Si existe tal facultad, insistió (en la página 352), los derechos de las partes “dependerían, no de la significatividad de la supuesta discrepancia con la Constitución, sino de la existencia misma de una discrepancia”. Pero la mayoría del tribunal reafirmó la facultad, y las limitaciones a ella, con el mismo énfasis. Esta regla también fue rechazada en 1817 por Jeremiah Mason, uno de los líderes del Colegio de Abogados de Nueva Inglaterra, en su alegato del caso del Dartmouth College, en su instancia anterior, en Nuevo Hampshire<sup>35</sup>. Esto fue, en resumen, lo que dijo: “Aún prevalece una opinión errada por la cual los tribunales deberían actuar con precauciones mayores a las ordinarias, que no deberían declarar inconstitucionales las leyes del Congreso a menos que lleguen a esa conclusión con una certeza absoluta y con argumentos tan manifiestos y evidentes que nadie pueda dudar”. Admitió que los tribunales deben tratar al Poder Legislativo “con mucho decoro, pero la decisión final, como en otros casos, debe basarse en los dictados de la imparcialidad según su entendimiento”. Arguyó que

---

<sup>33</sup> Const. Lim., 6a ed., 68; citada con aprobación por Bryce, *Am. Com.*, 1a ed., i. 431.

<sup>34</sup> *Eakin v. Raub*, 12 S. & R. 330.

<sup>35</sup> *Farrar's Rep. Dart. Coll. Case*, 36.

las leyes requieren, para su aprobación, al menos una mayoría en el Congreso, y que los argumentos contra la validez de la ley no pueden, por lo general, ser tan claros como para no dejar algún margen de duda. Por ende, la regla lleva a que el tribunal renuncie a su jurisdicción. “La experiencia muestra que los órganos legislativos tienen la costumbre de ejercer su poder con la mayor extensión posible”. Si los tribunales retroceden, cada vez que haya un posible margen de duda, el Congreso absorberá todo el poder. Esta era su posición, pero, no obstante, la Suprema Corte de Nuevo Hampshire estableció que ella no podía actuar sin “una convicción clara y sólida” y, en la instancia de apelación, en 1819, Marshall, en su celebrado voto de Washington, redactado en nombre del tribunal, expresó “que en ningún caso dudoso declararía que una ley es contraria a la Constitución”.

Nuevamente, cuando el gran caso *Charles River Bridge*<sup>36</sup> tramitó ante los tribunales de Massachusetts, en 1829, Daniel Webster, alegando –junto con Lemuel Shaw– en favor del actor, rechazó la existencia o la corrección de esta regla. En la página 442, afirmó que todos los casos de esa naturaleza implican algún tipo de duda; no puede imaginarse que el Congreso apruebe leyes que sean abiertamente inconstitucionales. El argumento adecuado es que el tribunal intervendrá cuando se advierta que un caso que parece dudoso es, en verdad, un caso de clara colisión con la Constitución. Agregó, además: “los miembros del Congreso muchas veces votan una ley sobre cuya constitucionalidad dudan, teniendo en cuenta que esa cuestión puede ser dirimida por los jueces”. Esta ley se aprobó en la Cámara de Representantes con una mayoría de cinco o seis.

Podríamos demostrar, si correspondiera, que más de seis legisladores votaron en favor de la ley porque su inconstitucionalidad era dudosa, dejando la determinación final en manos de este tribunal. Si el Congreso aprueba una ley porque su inconstitucionalidad es dudosa y el juez confirma su validez porque su inconstitucionalidad es dudosa, me temo que los ciudadanos están en un aprieto. El Congreso la aprobó de manera condicional; si la cuestión no se decide aquí, no hay nadie que asuma la responsabilidad. Corresponde a los jueces estadounidenses decidir las cuestiones constitucionales. Los tribunales de justicia son los únicos adecuados para la investigación de complejas cuestiones de derechos de los particulares.

---

<sup>36</sup> 7 Pick. 344.

Pero el tribunal no cedió ante este ingenioso intento de convertirlo en un panel de resolución de acertijos legislativos. En vez de desviarse de la línea de su deber a los efectos de corregir los errores del Congreso, el tribunal sostuvo que el Poder Legislativo tiene sus propios deberes y su propia responsabilidad. En su voto, el juez Wilde expresó: “Dicha declaración sólo debe hacerse cuando el caso es claro y evidente para toda mente inteligente. Debemos suponer que el Congreso cumplió con su deber y debemos respetar sus derechos y facultades constitucionales”. Cinco años después, Lemuel Shaw, que se desempeñó como letrado asociado de Webster en el caso mencionado –y que ahora es presidente de la Suprema Corte de Massachusetts–, reiteró con mucho énfasis, en un caso<sup>37</sup> en el que Jeremiah Mason era uno de los abogados, “lo que han sugerido en diferentes oportunidades los tribunales de justicia: que los tribunales nunca declararán la nulidad de una ley a menos que la nulidad y la invalidez se demuestren más allá de una duda razonable”.

Una regla atacada con argumentos tan fuertes y mantenida tan explícitamente debetarse como si hubiera sido pensada deliberadamente, tanto desde el punto de vista del fondo como de la forma. Respecto de su forma, llama más la atención porque marca un criterio conocido e importante, de aplicación cotidiana en nuestros tribunales, en situaciones en las que deben armonizarse los derechos, las acciones y la autoridad de los diferentes poderes, diferentes funcionarios y diferentes individuos. Puede agregarse que se trata de una distinción y una prueba que cobran cada vez más relevancia a medida que se complejiza y refina nuestra jurisprudencia. En una de sus aplicaciones, como todos sabemos, se utiliza constantemente en el derecho penal en materia de defensa propia, y en el derecho civil en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en temas de culpa: al responder la pregunta de qué habría supuesto razonablemente como verdadero una persona que tiene el derecho y tal vez el deber de actuar en determinadas circunstancias. Es el criterio establecido para resolver la difícil cuestión de la responsabilidad de un soldado conforme al derecho patrio común cuando actuó conforme a las órdenes de su superior militar. Dicey, en su *Law of the Constitution* (Derecho de la Constitución)<sup>38</sup>, explica que “el soldado podría haber sido fusilado por una corte marcial en caso de que desobedeciera una orden y podría haber sido condenado a la horca por un juez y un jurado si la obedecía”. Continuó, citando con aprobación uno de los libros del juez Stephen, “Probablemente, se terminaría decidiendo que la orden

---

<sup>37</sup> Wellington, Perr., 16 Pick, 87.

<sup>38</sup> 3a ed., 279-281.

de un superior militar justificaría a sus subordinados al ejecutar órdenes respecto de las cuales podían suponer, con cierto grado de certeza, que su superior tenía buenas razones para impartirlas. La única línea que se presenta en mi pensamiento es que un soldado debe ser protegido por órdenes respecto de las cuales pueda creer razonablemente que su superior tenía buenas razones”<sup>39</sup>. Esta es la distinción advertida por Lord Blackburn en un precedente moderno del derecho de la difamación”<sup>40</sup>. Dijo: “Cuando el tribunal decide si un determinado conjunto de palabras es o no es difamatorio, los jueces tienen que tomar una decisión sobre una cuestión totalmente diferente de la que tienen que resolver al determinar si otro tribunal no sostendría irrazonablemente que dichas palabras son difamatorias”. Es la misma discriminación sobre la base de la cual todos los días se revisan los veredictos de los jurados en los tribunales, como en el famoso caso en el que Lord Esher la aplicó hace unos años, al negarse a revocar un veredicto”<sup>41</sup>. Afirmó que “debe parecer que personas razonables no podrían arribar a la conclusión del jurado. De hecho, se ha dicho que la diferencia entre [esta] regla y la pregunta de si los jueces habrían decidido de la misma manera que el jurado es evanescente y que la solución en ambos casos depende de la opinión de los jueces. La última parte de la observación es verdadera, pero el modo en que se aborda el asunto marca la mayor diferencia. Preguntarse si habríamos llegado al mismo veredicto definitivamente no es lo mismo que preguntarse si hay posibilidad de una razonable diferencia de opinión”. Del mismo modo, en relación con la actividad legislativa, suele plantearse una cuestión última –que fue resuelta en favor de los jueces en un reciente caso de gran trascendencia en la Corte Suprema de los Estados Unidos–<sup>42</sup>: la de la razonabilidad del ejercicio por el Congreso de sus facultades más indudables, la del límite admisible de esas facultades. Si un Congreso se compromete a ejercer la potestad tributaria, la facultad de dominio eminente o alguna de las atribuciones propias de ese campo residual vasto y no clasificado de la facultad legisferante que se llama –no siempre atinadamente– “poder de policía”, esta acción no puede degenerar en un exceso irracional, para convertirse, en la realidad, en algo diferente

---

<sup>39</sup> Así se sostuvo en *Riggs v. State*, 3 Cold. 85 (Term., 1866) y en *United States v. Clark*, 31 Fed. Rep. 710 (U. S. Circ. Ct., E. Dist. Michigan, 1887, juez Brown). Estoy en deuda por estos casos con la valiosa colección de *Cases on Criminal Law* (Casos de Derecho Penal) (Cambridge, 1893) del profesor Beale. La misma doctrina fue establecida por el juez Hare en 2 Hare, Am. Const. Law, 920.

<sup>40</sup> *Cap. & Counties Bank v. Henty*, 7 App. Cas. p. 776.

<sup>41</sup> *Belt v. Lawes*, Thayer's Cas. Ev. 177, n.

<sup>42</sup> *Chic. & c. Ry. Co. v. Minnesota*, 134 U. S. 418. La cuestión bajo análisis era la constitucionalidad de una ley que creaba una comisión regulatoria de las tarifas de trenes y que privaba a las partes del acceso a los tribunales para una revisión judicial final del actuar de la comisión.

y prohibido, como por ejemplo, la privación de la propiedad sin un debido proceso; y dicha determinación está en cabeza de los jueces<sup>43</sup>. Sin embargo, debe recordarse que, en esos casos, la cuestión judicial siempre es secundaria. El Poder Legislativo, al decidir qué se debe hacer o qué es razonable hacer, no divide su deber con el de los jueces, ni debe adecuarlo a la concepción que tengan los tribunales de lo que es legislación prudente o razonable. La función judicial consiste meramente en fijar el límite externo de la acción legislativa razonable, la frontera que no pueden traspasar el poder tributario, el del dominio eminente y el poder legisferante en general sin violar las prohibiciones de la Constitución ni cruzar la línea de las disposiciones por las que esta otorga derechos<sup>44</sup>. De hecho, debe tenerse especialmente presente, al aplicarse en la esfera judicial este criterio acerca de qué podría pensar razonablemente un Congreso, que siempre han de atribuirse a dicho órgano virtud, buen sentido y conocimiento cabal. Los asuntos públicos siempre deben llevarse adelante sobre la base de convenciones y presunciones de ese tipo. El juez Gibson afirmó: "Es un postulado en la teoría de nuestro gobierno que las personas son inteligentes, virtuosas y capaces para manejar sus propios asuntos"<sup>45</sup>. El juez Marshall expresó<sup>46</sup>: "sería extremadamente indecente, en un contrato entre dos particulares, inquirir respecto de la corrupción del poder soberano de un Estado". Por lo tanto, en la revisión judicial de los actos legislativos, así como de los actos de un jurado, el tribunal siempre presumirá que está frente a un órgano debidamente instruido; y la pregunta no es sólo qué harían racionalmente las personas que vemos en nuestros órganos legislativos, personas que pueden ser ignorantes, rebeldes, desconsideradas, insensatas, incompetentes,

---

<sup>43</sup> Compárese con *Law and Fact in Jury Trials*, 4 Harv. Law Rev. 167, 168.

<sup>44</sup> Suele haber una falta de discriminación en las expresiones judiciales sobre esta materia, como si se supusiera que el Congreso debería adecuarse a la opinión de razonabilidad del juez de una manera diferente de la indicada arriba. El juez Cooley, en sus *Principles of Const. Law* (Principios de Derecho Constitucional), 2a ed., 57, menciona la verdadera visión, cuando dice lo siguiente en referencia a una cuestión en particular: "En primer lugar, la determinación de qué es fin público corresponde al Congreso y su proceder no está sujeto a revisión o límites en tanto no sea claramente engañoso. Todos los casos de duda deben resolverse en favor de la validez de la acción legislativa, por la razón obvia de que el asunto es legislativo y sólo se transforma en judicial cuando hay un manifiesto exceso de autoridad legisferante. Los tribunales sólo pueden suspender el proceso y declarar la nulidad del embargo cuando la ausencia de interés público en el propósito para el que se recaudan los fondos es tan clara y palpable que cualquier persona puede percibirla inmediatamente". En un asunto distinto, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, expresó el juez Waite, C., en *Terry v. Anderson*, 95 U. S. p. 633: "En todos esos casos, la cuestión se refiere a la razonabilidad y, por ende, sólo tenemos que considerar si este plazo de prescripción es razonable teniendo en cuenta las circunstancias. Sobre eso, el principal juez es el Congreso, y no podemos anular la decisión de ese poder del Estado a menos que se haya cometido un error manifiesto". Véase *Pickering Phipps v. Ry. Co.*, 66 Law Times Rep. 721 (1892), y un valioso voto del juez Ladd, en *Perry v. Keene*, 56 N. H. 514 (1876).

<sup>45</sup> *Eakin v. Raub*, 12 S. & R., p. 355.

<sup>46</sup> *Fletcher v. Peck*, 6 Cr., p. 131.

sino qué pueden hacer las personas capaces, bien instruidas, sagaces, atentas, interesadas sólo en el bien público, idóneas para representar a un pueblo soberano, tal como nuestra teoría de gobierno presume que son las encargadas de nuestros asuntos públicos; qué pueden pensar o hacer razonablemente esas personas, cuál es la visión de lo permitido para ellas. En caso de que, por ejemplo, se presentara ante el tribunal una cuestión sobre la constitucionalidad de una ley que se tacha de ser *ex post facto*, no puede suponerse la ignorancia, aunque probable, respecto de ningún aspecto en un debate de alto nivel sobre ese asunto. Y lo mismo puede decirse de la prohibición de ser sometido a juicio dos veces por el mismo asunto o de declarar en contra de uno mismo, o de la pérdida de derechos civiles o del juicio por jurados. Entonces, la duda razonable de la que hablan nuestros jueces es la duda razonable que persiste en la mente de una persona capaz o debidamente instruida que se ha detenido a analizar la cuestión. La opinión razonablemente permisible de la que hemos hablado es la opinión razonablemente permisible a una persona de estas características.

El argumento en el que los tribunales se basan para establecer este criterio de la duda razonable para los jurados en el ámbito penal es la gravedad de afectar a un hombre con un delito. La razón por la que lo establecen para sí mismos al revisar el veredicto civil de un jurado es diferente, porque están revisando el trabajo de otro poder con un deber propio, sin tener ellos derecho alguno de asumir ese deber, excepto el derecho de contener al otro poder dentro de un límite de interpretación razonable y de ejercicio de sus facultades. El tribunal no debe, ni siquiera de manera negativa, expedirse sobre los hechos en los casos en que haya un jurado. La razón por la cual la misma regla se establece en relación con la revisión de los actos legislativos no es ni una ni la otra, sino ambas. Los tribunales revisan el trabajo de un poder coordinado y no deben, ni siquiera negativamente, legislar. Y, nuevamente, no deben actuar a menos que el caso sea muy claro, porque las consecuencias de declarar la nulidad de leyes pueden ser muy graves.

En caso de que se argumentara que la declaración de invalidez de leyes es diferente de los demás casos porque la cuestión última se relaciona con la interpretación de un escrito; que este tipo de cuestión siempre es una cuestión judicial y que no puede admitirse que haya dos interpretaciones legales del mismo instrumento; que se la puede interpretar correcta o incorrectamente, pero que hay sólo un modo correcto; y que le corresponde al tribunal, en última instancia, decir cuál es ese modo correcto, esta sugerencia, a primera vista, parece tener

mucha fuerza. Pero, en realidad, se plantea un interrogante. La opinión de Lord Blackburn en el caso de difamación<sup>47</sup> se refería a la interpretación de un escrito. La doctrina que estamos considerando es la siguiente: al lidiar con la acción legislativa de un poder coordinado, un tribunal nunca puede decir que sólo hay una manera correcta y permisible de interpretar la Constitución. Cuando un tribunal interpreta un escrito sólo para determinar o aplicar su verdadero sentido, entonces sólo hay un significado permisible; es decir, el que el tribunal considere el significado correcto. Pero cuando la cuestión no es esa, sino si ciertos actos de otro poder, funcionario o particular son legales o permisibles, esto no es así. En el tipo de casos que vimos, la cuestión en última instancia no es el verdadero significado de la Constitución, sino si la legislación puede sostenerse o no.

Puede sugerirse que este no es el modo en que los jueces tratan el asunto, por ejemplo que Marshall, en *McCulloch v. Maryland*<sup>48</sup>, pretende establecer la opinión propia del tribunal sobre la constitucionalidad de la ley que crea el Banco de los Estados Unidos. Sin embargo, aun reconociendo que esto suele ser verdad, debemos recordar que, cuando un tribunal confirma una ley y la considera constitucional, es correcto que así lo declare, y dicha declaración es todo lo que se necesita en el caso; esa declaración resuelve el asunto. Pero no siempre es así. Hay muchos casos en los que los jueces confirman una ley porque están en duda sobre ella; casos en los que no dan su propia opinión respecto de su constitucionalidad, sino que simplemente dejan intacta una determinación del Congreso, como en el caso en que un juez de Massachusetts adhirió al voto de sus colegas respecto de que una ley era “apta para ser aprobada por el Congreso y no inconstitucional sobre la base del único argumento de que la ley no es tan claramente inconstitucional, ni su invalidez está tan libre de duda razonable, como para que sea un deber del Poder Judicial declararla nula en vista de los diferentes intereses involucrados en el resultado”<sup>49</sup>. La continua declaración de los jueces de que para ellos no se trata de una mera y simple preponderancia de razones a favor y en contra, sino de lo que es claro y evidente, claro más allá de toda duda razonable, es realmente un anuncio firme de que sus decisiones en favor de la constitucionalidad de la legislación no conllevan su propia opinión de la interpretación de la Constitución, y de que el significado estricto de sus palabras al declarar la constitucionalidad de una ley sólo significa que

---

<sup>47</sup> *Cap. & Count. Bank v. Henty*, 7 App Cas. 741.

<sup>48</sup> 4 Wheat. 316.

<sup>49</sup> Según el juez Thomas, *The Opinion of Justices* (La opinión de los jueces), 8 Gray, p. 21.

no es inconstitucional más allá de una duda razonable. Puede agregarse que aquí reside la explicación para algunas de las decisiones que han alarmado a muchos en los últimos años, como si los tribunales fueran de poco fiar<sup>50</sup>. Se pueden esperar muchas más opiniones de ese tipo, ya que, si bien los Congresos suelen faltar a su confianza, los jueces a veces deben admitir los límites de su propio poder.

Creo que todo se reduce a esto. La regla en discusión contiene un reconocimiento implícito de que el deber judicial en cuestión entra en el campo de la administración política y está delimitado por las necesidades y propiedades de la administración. Si nuestra doctrina de derecho constitucional –vaciada, como hemos visto, en el molde de un principio sustantivo expresado restrictivamente, con una regla de administración que expande una regla que, de lo contrario, sería muy restringida en su alcance– admite ahora una concepción más justa y más simple, estamos en presencia de algo muy habitual en el desarrollo del derecho. Esto fue lo que en verdad ocurrió al adoptarse nuestra teoría del derecho constitucional: presentamos, por primera vez, una aprobación judicial en el manejo del gobierno entre los grandes poderes del Estado; no completa, sino parcial. Los jueces quedaban autorizados, de manera indirecta y en cierta medida, a revisar el accionar de otros poderes y a declarar su nulidad. En rigor de verdad, si bien esta es una mera función judicial, implica, debido a la materia de la que se ocupa, participar, secundariamente, en la conducción política del Estado. Si esto es así, entonces los jueces deben aplicar métodos y principios a la altura de su tarea. En dicho trabajo, no puede existir arreglo permanente o adecuado entre los diferentes poderes a menos que cada uno esté seguro de la total cooperación del resto, en tanto su acción se adecue a una visión razonable y bastante permisible de su poder constitucional. El árbitro final de lo que es racional y permisible siempre es el Poder Judicial, siempre y cuando lleguen a él controversias que incluyan la cuestión. Esto pone en manos de nuestros tribunales una notable labor jurisdiccional. Sólo se pondrá en peligro al conjunto si se busca darles más que eso. Los jueces no deben ponerse en el lugar del legislador ni hacer caso omiso del consejo que contiene el sagaz comentario de un obispo inglés de hace casi dos siglos, citado más tarde de las palabras del juez Holmes<sup>51</sup>:

---

<sup>50</sup> “Poco importa, ya que el tribunal ha caído y no es probable que pueda volver a actuar como control eficaz de la voluntad popular o, en caso de que intentara hacerlo, que tenga éxito en ese intento”, dijo un escritor deprimido, pero interesante e incisivo, al comentar, en 1885, las sentencias sobre la moneda de curso legal de la Corte Suprema de los Estados Unidos. “The Consolidation of the Colonies” (La consolidación de las colonias) de Brooks Adams, 55 *Atlantic Monthly*, 307.

<sup>51</sup> Citado por el profesor Gray en 6 *Harv. Law Rev.* 33, n., donde señala con acierto que el comentario evidencia “que los caballeros de toga corta muchas veces comprenden los principios jurídicos mejor

“Quien tiene autoridad absoluta para interpretar las leyes escritas u orales es quien actúa como legislador, a todos los efectos, y no la persona que las escribió o pronunció por primera vez”<sup>52</sup>.

## V

Finalmente, permítaseme hacer brevemente una o dos consideraciones que suelen obviarse y que son importantes para lograr un entendimiento claro de la materia. Los jueces a veces tienen oportunidad de expresar su opinión respecto de la constitucionalidad de una ley cuando la regla que hemos considerado no se aplica o se aplica de un modo diferente del ordinario. Hay al menos tres situaciones que deberían distinguirse: 1) cuando los jueces se pronuncian sobre la validez de los actos de un poder coordinado; 2) cuando actúan como asesores de otros poderes; 3) cuando, en representación de un gobierno de autoridad preeminente, se ocupan de actos de un poder que no es coordinado.

1) El caso del tribunal que se expide sobre la validez de una ley de un poder coordinado es la situación normal, a la que se aplican las observaciones anteriores. No necesito decir nada más al respecto.

2) En relación con el segundo caso, la emisión de opiniones consultivas no constituye ejercicio de la función judicial, y las opiniones dadas en ese sentido no tienen nivel de autoridad judicial<sup>53</sup>. Un fallo excepcional y sin apoyo, del estado de Maine, dictado en una época de gran entusiasmo político<sup>54</sup>, y una doctrina del estado de Colorado, basada

---

que muchos abogados”.

<sup>52</sup> Sermón del obispo Hoadly pronunciado ante el rey el 31 de marzo de 1717, sobre “The Nature of the Kingdom or Church of Christ” (La naturaleza del reino o la Iglesia de Cristo). Londres: James Knapton, T717. Debe tenerse en cuenta que el obispo Hoadly habla de una situación en la que el supuesto legislador, luego de dictar la ley, nunca se entromete. Ese no es exactamente el caso que tenemos entre manos; sin embargo, podemos recordar lo señalado por Dicey sobre la modificación de la Constitución de los Estados Unidos: “El soberano de los Estados Unidos se ha puesto en acción, pero sólo una vez en noventa años. Necesitó del trueno de la Guerra Civil para interrumpir su reposo y es dudoso que algo que no sea una revolución inminente lo vuelva a llamar a la actividad. Pero un monarca que duerme durante años es como un monarca que no existe. Una constitución federal es susceptible de ser reformada, pero, a pesar de ello, una constitución federal tiende a la inmutabilidad”.

<sup>53</sup> *Com. v. Green*, 12 Allen, p. 163; *Taylor v. Place*, 4 R. I., p. 362. Véase el *Thayer's Memorandum on Advisory Opinions* (Memorando de Thayer sobre las opiniones consultivas) (Boston, 1885), Jameson, Const. Conv., 4a ed., Apéndice, nota e, pág. 667, y un valioso artículo de H. A. Dubuque, en 24 Am. Law Rev. 369, sobre “The Duty of Judges as Constitutional Advisers” (El deber de los jueces como asesores constitucionales).

<sup>54</sup> *Opinion of Justices* (La opinión de los jueces), 70 Me., p. 583 (1880). *Contra*, juez Kent, en 58 Me, p. 573 (1870): “Sin dudas, es verdad que las decisiones emitidas en virtud de un pedido de este tipo no tienen fuerza judicial alguna y que no pueden vincular ni controlar la acción de un funcionario de cualquier poder. Nunca se han considerado vinculantes para el órgano que las solicita”. Y, en el mismo sentido, el juez Tapley, *ibid.*, p. 615: “Sin considerar jamás que esas decisiones eran concluyentes, sino abiertas a revisión en la ocasión adecuada”; y el juez Libby, en 72 Me., pp. 562-3 (1881): “En tanto cualquier decisión que se emita ahora no surtirá efecto alguno si el asunto se lleva a los tribunales mediante el proceso adecuado, y ante el temor de incumplir un deber constitucional si me niego a responder, expondré

en consideraciones específicas de la Constitución de ese estado<sup>55</sup>, no inspiran ninguna observación a la afirmación general de que esas opiniones, dictadas por nuestros jueces –como las conocidas opiniones emitidas en Inglaterra para asesorar a la Cámara de los Lores, que fueron el antecedente de nuestra práctica– son meramente consultivas y bajo ningún punto de vista constituyen sentencias autorizadas<sup>56</sup>. Nuestras constituciones no permiten esas opiniones. En los seis o siete estados donde las constituciones las prevén, suelen informarse como parte de las decisiones ordinarias, así como se suelen citar las respuestas de los jueces en el caso de Queen Caroline y en el caso MacNaghten, como si tuvieran la misma jerarquía de fallos con contenido dispositivo. En relación con dichas opiniones, los escrúpulos, las precauciones y las advertencias a las que me he referido, y la regla de la duda razonable, que hemos visto remarcada por los tribunales respecto de las decisiones judiciales sobre la constitucionalidad de las leyes, no tienen aplicación. Lo que se solicita es la opinión personal del juez.

3) En el tercer supuesto entran las preguntas sobre la existencia de nuestro sistema doble, con dos constituciones escritas, y dos gobiernos, uno de los cuales tiene, dentro de su ámbito, mayor autoridad que el otro. La relación con los estados del gobierno principal en general, y su deber en todas las cuestiones relacionadas con las atribuciones del gobierno general para mantener dicho poder frente a los estados en su totalidad, también parecen dejar establecido el deber de cada uno de los poderes, que consiste en mantener esta autoridad superior en su justa y debida proporción, que cada poder determinará por sí mismo. Si una legislatura estadual aprueba una ley que es impugnada durante el trámite del litigio ante los tribunales nacionales por estar en conflicto con la ley suprema de la nación, esos tribunales pueden tener que hacerse una pregunta diferente de la que correspondería si las leyes provinieran de un poder coordinado. Cuando la pregunta se refiere a qué se admite como no perteneciente al poder nacional, cualquiera que interprete una constitución estadual, ya sea el Poder Judicial nacional o estadual, debe permitir a esa legislatura el más amplio margen de interpretación racional. Sin embargo, cuando la pregunta es si un acto estadual se adecua a la Constitución principal, la ley máxima del país, estamos frente a un caso diferente. Fundamentalmente, se trata, en un caso como este, de la

---

muy sumariamente mi opinión sobre la cuestión presentada". El juez Walton adhirió; los otros jueces no dijeron nada sobre este punto.

<sup>55</sup> *In re Senate Bill*, 12 Colo. 466, decisión que me parece, en algunos aspectos, poco meditada.

<sup>56</sup> *Macqueen's Pract. Ho. of Lords*, pp. 49-50.

adjudicación de poder entre dos gobiernos; dónde se trazará esa línea. Es verdad que el Poder Judicial aún está debatiendo si una legislatura ha traspasado su límite, pero los poderes no son coordinados y el límite está en un punto diferente. El Poder Judicial ahora habla en representación de una Constitución y de un Gobierno principales, cuyo deber consiste, a través de todos sus poderes, en permitir a esa Constitución nada menos que su justa y correcta interpretación, y, hecho esto, en protegerla de avances externos.

Me he referido al Poder Judicial nacional. Respecto de cómo debe tratar el Poder Judicial estadual una controversia de inadecuación entre su propia Legislatura y la Constitución principal, se ha dicho, con razón, que debería regirse por la misma regla que aplicarían los tribunales federales. Dado que las apelaciones recaen en los tribunales federales, se ha dicho que estos dos tribunales deberían proceder sobre la base de la misma regla, al ser parte de un mismo sistema. Pero, conforme a la Ley de Organización del Poder Judicial, no todas las decisiones pueden apelarse, sino sólo aquellas en las que subyace el derecho estadual. Tal vez sería sensato, a esta altura, aun si se permitiera la apelación en todos los casos, adherir a la regla general de que los jueces deben seguir la opinión que hubiera adoptado la Legislatura coordinada. En todo caso, conforme a la legislación existente, parece adecuado que los tribunales estaduales obren de este modo, por la razón práctica de que es necesario para preservar el derecho de apelación<sup>57</sup>.

La visión que se ha presentado me parece de suma importancia. No pretendo formular una nueva doctrina, sino que intento replantear con más exactitud y rigor una que ya está admitida. Si lo que he expuesto tiene solidez, sería muy bienvenido que los tribunales lo aplicaran en su máxima extensión. Se ha sostenido que los derechos privados suelen ser más respetados por los Congresos de los países que no tienen Constitución escrita que por el nuestro. No hay dudas de que nuestra doctrina del derecho constitucional ha tenido tendencia a dejar afuera cuestiones de justicia y derechos, y a llenar la cabeza de los legisladores con pensamientos sobre la mera legalidad, es decir, lo que permite la Constitución. De hecho, en relación con la legalidad, han sentido poca responsabilidad: "si estamos equivocados, los tribunales lo corregirán",

---

<sup>57</sup> Juez Gibson, en *Eakin v. Raub*, 12 S. & R., p. 357. Compárese *ib.*, p. 352. En líneas generales, el tribunal llega al mismo resultado, en *Tonnage Tax Cases*, 62 Pa. St. 286: "Un caso de simple duda debe resolverse en favor del derecho estadual, dejando la corrección del eventual error al Poder Judicial federal. La presunción en favor de un poder coordinado del Estado, la relación de sus tribunales con el Estado y, sobre todo, la necesidad de preservar el sistema económico clave para su bienestar, exigen esto de nuestra parte" (del juez Agnew, redactor del voto del tribunal).

dicen<sup>58</sup>. Si lo que he dicho hasta aquí es verdad, el camino seguro y continuo hacia la reforma es el de recalcarle a nuestro pueblo un sentido más fuerte del que tienen respecto del amplio margen de posible dañosidad y maldad que nuestro sistema permite y debe permitir a los Congresos, y de los claros límites del Poder Judicial, a fin de que se dé a la responsabilidad el lugar que le corresponde. El control y el recorte de la facultad legisferante, a través de numerosas y detalladas prohibiciones constitucionales, no puede lograrse sin reducir al Estado a una entidad insignificante y deficiente. Este proceso ya ha llegado demasiado lejos en algunos de nuestros estados. En ningún sistema el poder de los tribunales puede llegar tan lejos como para salvar a un pueblo de la ruina; nuestra principal protección reside en otra parte. Si esto es así, es de la mayor importancia pública exponer el asunto en su verdadera dimensión<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> “Una consecuencia singular de la importancia de la interpretación constitucional en los Estados Unidos es que el Poder Legislativo de los Estados Unidos ha estado muy ocupado en debates puramente jurídicos. Los asuntos jurídicos pueden eclipsar y oscurecer el tema (mucho más medular) de los principios y las políticas, distrayendo la atención del país así como las habilidades de los congresistas de ese aspecto tanto más importante”, I Bryce, Am. Com., 1a ed., 377. En la página 378 cita a uno de los escritores más conocidos de derecho constitucional, el juez Hare: “En el tratamiento refinado y sutil que sigue, muchas veces se confunde lo que corresponde o se trata como sinónimo de lo que podría ser. Se da por sentado que lo que permite la Constitución también está aprobado, y que las medidas que son legales no pueden ser contrarias a la moral”. Véase también Ib., 410.

<sup>59</sup> *La volonté populaire : tel est, dans les pays libres de l'ancien et du Nouveau Monde, la source et la fin de tout pouvoir. Tant qu'elle est saine, les nations prospèrent malgré les imperfections et les lacunes de leurs institutions : si le bon sens fait défaut, si les passions l'emportent, les constitutions les plus parfaites, les lois les plus sages, sont impuissantes. La maxime d'un ancien : quid leges sine moribus ? Est, en somme, le dernier mot de la science politique.* — Le Systeme Judiciaire de la Grande Bretagne, de le Comte de Franqueville, i. 25 (Paris: J. Rothschild, 1893).

# EN LOS ORÍGENES DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE: LA POLÉMICA JELLINEK-BOUTMY\*

## I. Introducción

Este artículo reconstruye la notable controversia respecto del origen histórico de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (en adelante “la DF”) que mantuvieron el alemán Georg Jellinek y el francés Emile Boutmy a principios del siglo XX.

La polémica es significativa, pues versa sobre el origen del texto bajo el cual se ha formado el derecho positivo de los Estados de Europa y de América y con él, la esencial noción de los derechos subjetivos del hombre.

La cuestión apunta por esa vía al origen histórico jurídico de las constituciones como expresión de una forma de derecho político. El origen de la DF está íntimamente ligado al origen del derecho constitucional: en cierto aspecto, son el mismo problema.

La polémica consta de 4 movimientos. En 1895, el alemán Georg Jellinek publica un trabajo en el que examina el origen histórico de la Declaración<sup>1</sup>. Profesor de Derecho público, Filosofía del derecho y Derecho internacional público de la Universidad de Viena y de Heidelberg, Jellinek es

---

\* En la polémica Jellinek-Boutmy anida el debate original por la ampliación de los derechos, el cual en nuestra Argentina remite a la lucha por la protección del más vulnerable, del más desprotegido. Es entonces auspicioso recordar sus términos en el marco del Seminario de Derechos Fundamentales de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Agradezco por ello muy especialmente a Alicia Pierini y a Raúl Gustavo Ferreyra la posibilidad de haber expuesto y debatido este trabajo con distinguidos colegas en ese ámbito el 2 de julio de 2013.

<sup>1</sup> Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, traducción de la segunda edición y estudio preliminar por Adolfo Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908.

esencialmente uno de los más prominentes miembros de la escuela del positivismo legal. De hecho, Hans Kelsen, asistente a los seminarios que dicta Jellinek en Heidelberg, reconoce en él a su inolvidable maestro<sup>2</sup>.

Del otro lado del Rin, sus conclusiones despiertan en 1902 la respuesta airada del francés Émile Boutmy<sup>3</sup>, profesor de Derecho público, de Historia comparada de las civilizaciones y de la arquitectura; fundador de la Escuela Libre de Ciencias Políticas de París (Sciences Po). Ese mismo año contesta Jellinek<sup>4</sup>. Finalmente, en 1907, Boutmy amplía su respuesta en sus *Études Politiques*<sup>5</sup>.

En el origen de la polémica se encuentra la tesis central de Jellinek, que cuestiona la idea que la DF es un producto 100% francés. De hecho, considera que es un producto 100% anglosajón, que se origina en las colonias inglesas de Norteamérica, y –supremo desafío a los franceses– remonta el origen de la declaración a la reforma protestante y a la organización política de los pueblos alemanes del Medioevo.

La cuestión merece una fulminante respuesta por parte de la Academia francesa: Émile Boutmy no tarda en escribir un texto desestimando la tesis de Jellinek. De acuerdo a su posición, la DF es el resultado del pensamiento del siglo de las luces europeo.

De este intercambio trata este trabajo.

## II. El objeto de la polémica

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DF) fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. Al establecer que el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación, pone un término a la monarquía absoluta de los Capetos en Francia; establece que el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del individuo, y que esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; la igualdad; la presunción de

---

<sup>2</sup> En el Prólogo de la *Teoría general del Estado*, escribe Kelsen “Compréndase que de modo especial me haya referido a la Teoría general del Estado de Georg Jellinek, cuyo mérito más duradero es el de haber sintetizado de modo perfecto y magistral la teoría del Estado de la última centuria; en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el standard work de mi inolvidable maestro” (p. IX).

<sup>3</sup> Boutmy, Émile, *La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek*, *Annales des sciences politiques*, Revue bimestrielle, Dix-septième année, 1902, pp. 415-443.

<sup>4</sup> Jellinek, Georg, « *La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen* ». *Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy*. *Revue du Droit public et de la Science Politique*, T. XVIII, 1902, pp. 385-400.

<sup>5</sup> Boutmy, Émile, *Études Politiques*, *La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek*, *Annales des sciences politiques*, Librairie Armand Colin, Paris, 1907, pp. 119-182.

inocencia e irretroactividad de la ley; la libertad de opinión, de prensa y de conciencia<sup>6</sup>.

De esta forma, supone la existencia del individuo con derechos: se erige entonces en la afirmación del hombre frente al Estado con un ámbito de libertad que no depende de aquél. Desde esta perspectiva, constituye un momento crucial para la comprensión moderna de los derechos fundamentales. Veamos cuál es el contenido de la polémica analizando las tesis de sus protagonistas.

### III. La tesis de Jellinek

Jellinek plantea en *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* su posición desde la óptica del positivismo, como un científico: explica que busca el origen de la DF independientemente de su valor histórico, filosófico y social.

Su aporte se transforma en un gran éxito académico y se traduce al francés<sup>7</sup>, al inglés<sup>8</sup> y al español<sup>9</sup>. El texto, explica el autor, es en realidad un estudio previo a su monumental *Teoría General del Estado*.

A pesar de ser una de las obras más significativas del derecho constitucional, es una obra corta<sup>10</sup>, dividida en 10 capítulos concatenados con una eficaz prelación lógica que intentaré resumir a continuación.

En el primero de ellos, titulado *La Declaración de Derechos francesa del 26 de agosto de 1789 y su significación*<sup>11</sup>, Jellinek explica que la DF es uno de los acontecimientos más importantes de la Revolución Francesa. Su alcance despierta apasionados debates. Ciertos estudiosos suelen concluir que sus fórmulas abstractas eran ambiguas y, por tanto, peligrosas en la medida en que no respondían a la realidad política e implicaban desconocimiento de las cuestiones prácticas del Estado. Otros por el contrario, principalmente franceses, han valorado que constituye un fundamento eterno del orden político.

Sea cual fuera su valor, gracias a esta declaración se ha formado con toda amplitud en el derecho positivo la noción hasta entonces sólo conocida en el derecho natural de los derechos subjetivos del miembro del

---

<sup>6</sup> Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 y 11.

<sup>7</sup> *La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, traduit de l'allemand par Georges Fardis. Edition Française revue de l'auteur et augmentée de nouvelles notes, avec un Préface de M. F. Larnaude. Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1902.

<sup>8</sup> *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens*, Authorized translation from the German, by Max Farrand. Revised by the author, Henri Holt and Company, New York, 1901.

<sup>9</sup> Es la edición de Posadas, que se citó en la nota 1.

<sup>10</sup> Consta de 110 páginas en la edición que nos llega en español, traducida en 1908 con el citado estudio de Adolfo Posada.

<sup>11</sup> Capítulo I.

Estado frente al Estado todo: en efecto, la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 fijó una serie de derechos naturales y civiles garantidos por la constitución sobre la base de la DF. En las constituciones europeas posteriores, estos catálogos de derechos se reprodujeron a gran escala.

Es por ello que resulta esencial la formulación de estos principios abstractos, aunque su operatividad esté sujeta a las normas que los reglamenten en detalle. A continuación, Jellinek se ocupa de buscar desde una investigación histórico-jurídica el origen de la DF.

Empieza por desvirtuar la opinión según Jellinek más extendida: que el *Contrato Social* de Rousseau sea la fuente de la DF<sup>12</sup>.

Sostiene que en esencia, el Contrato Social se resume en la cláusula siguiente: la que establece la enajenación de todos los derechos del individuo es la sociedad. En los términos de Rousseau, explica que la propiedad misma pertenece a los individuos sólo en virtud de concesión del Estado; la libertad civil consiste en lo que queda al individuo en la definición de sus deberes cívicos. Así, no hay ley fundamental que pueda ligar a la comunidad, ni aun el Contrato Social mismo.

Jellinek nota que ciertos derechos de libertad han sido declarados por Rousseau como directamente contrarios al Estado: en primer término, la libertad religiosa (debe profesarse la religión civil); y en segundo término, el derecho de asociación. Rousseau las consideraba contraproducentes: si dividen al pueblo, favorecen la dispersión y, por tanto, impiden la expresión de la voluntad general.

La conclusión de Jellinek es la siguiente: Rousseau no quería asegurar una esfera infranqueable a la libertad del individuo, y por esa razón los principios del Contrato Social son absolutamente contrarios a la DF, dado que ella quería reconocer los derechos del individuo y no la omnipotencia de la voluntad general.

En conclusión, aunque Jellinek reconoce algún influjo del Contrato Social en la DF, sostiene que su fuente en tanto reconoce derechos subjetivos, debe ser otra.

El modelo de la DF son los “*bills of Rights*” de los Estados particulares de la Unión Norteamericana<sup>13</sup>.

Descartada la fuente francesa, Jellinek sostiene que el modelo de DF son las declaraciones de derechos –los *bills of Rights*– de los Estados particulares de la Unión Norteamericana.

En ese tránsito, recuerda el proyecto que presentase Lafayette en la

---

<sup>12</sup> Capítulo II.

<sup>13</sup> Capítulo III.

Asamblea Nacional el 11 de julio de 1789. Sostiene que este texto fue inspirado en la Declaración de Independencia de América del Norte del 4 de julio de 1776 (DA), que sería a su vez la primera exposición normativa de una serie de derechos del hombre. El marqués de Lafayette, recuerda Jellinek, fue testigo privilegiado no sólo de los acontecimientos revolucionarios que alumbraron el texto de la DA, sino también partícipe de los debates que alumbraron la DF.

Prosigue explicando que la DA implicó para las colonias de Norteamérica romper los lazos con la potencia colonial británica. En particular, el texto comienza afirmando que esos derechos son *self evident*, es decir, evidentes por sí mismos<sup>14</sup>.

Jellinek considera a la DA como un texto general y universal. Sostiene que esas características impiden que pueda inferirse del mismo un sistema de derechos. Apela a los escritos de Lafayette, en cuyas memorias sostuvo que en la DA únicamente se formuló el principio de soberanía popular y el derecho a cambiar la forma de gobierno. Los otros derechos se encuentran contenidos en forma implícita dado que el Congreso de la Nueva Confederación no estaba en situación de declarar reglas de Derecho para las colonias particulares que se habían elevado al rango de Estados soberanos.

Jellinek sigue apoyando su argumento en Lafayette: esta limitación de naturaleza política y propia del naciente federalismo americano no corría para los Estados particulares. Sus constituciones iban precedidas de declaraciones de derechos con fuerza obligatoria para los representantes del pueblo. La primera de ellas fue la declaración de derechos del estado de Virginia, que Lafayette tomó entonces como inspiración para su propuesta en los debates de la DF. Para justificar la difusión de los textos americanos en Europa en el siglo XVIII, Jellinek precisa que ya habían sido traducidos y circulaban desde 1778 por Francia y Suiza.

Desde esta perspectiva, concluye que la DF está tomada en su conjunto de los *bills of right* o *Declaration of rights* de los estados de la unión. Explica que todos los proyectos de Declaración francesa, desde las actas hasta los 21 artículos, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas. Y agrega: las adiciones originales sólo

---

<sup>14</sup> La parte pertinente de la Declaración dice: "Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se vuelva destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que base sus cimientos en dichos principios, y que organice sus poderes en forma tal que a ellos les parezca más probable que genere su seguridad y felicidad".

contienen desarrollos de doctrina pertenecientes, más bien, al dominio de la metafísica política.

Así, Jellinek sostiene que la declaración de Virginia y la de otros estados norteamericanos<sup>15</sup> son la fuente de la DF. A la Declaración de Derechos de Virginia, adoptada el 12 de junio de 1776 (3 semanas antes que la DA) la valora como la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia en la medida en que el documento proclama a todos los hombres por naturaleza libres e independientes. También les reconoce una serie de derechos inherentes de los cuales no pueden ser privados: el “goce de la vida”; el “goce de la libertad”; a “los medios para adquirir y poseer propiedades”; a la “felicidad”; a la “seguridad”; el derecho a la democracia, y el derecho a la resistencia.

Seguidamente, compara textualmente la declaración francesa y las americanas<sup>16</sup>, y llega a la conclusión que unas y otras son igualmente abstractas: nada hay en la DF nuevo o desconocido por los americanos.

Pero explica que la gran diferencia es que la francesa sólo encara tímidamente la libertad religiosa, para no afectar a los miembros religiosos de la asamblea nacional francesa y al pueblo; en ese sentido, anota, la DF no es una imitación de la DA, pues las condiciones políticas eran totalmente distintas en uno y otro caso.

Sí encuentra identidad en los textos en tanto establecen la limitación legal de la libertad individual en la que no debe penetrar el Estado. En este punto, los franceses no han tenido ninguna idea original.

Respecto de los efectos de una y otra, anota que la DA fue aceptada por las comunidades en las que se aplicó, mientras que en Francia, tras la DF se produjeron revueltas que, si bien no pueden atribuirse a fórmulas de la misma, son ilustrativas de las perturbaciones que pueden resultar de la aceptación prematura de instituciones extranjeras.

Se pregunta entonces Jellinek cómo llegaron los americanos a formular semejantes cláusulas legislativas. Presume, entonces, que las leyes inglesas –el *bill of rights* de 1689, el *habeas corpus* de 1679 y la Magna Charta *libertatum*– parecen ser los precursores del *Bill of Rights* de Virginia: los americanos las consideraban leyes propias.

Sin embargo, anota que hay un abismo entre unas y otras leyes: las leyes inglesas están muy lejos de querer reconocer los derechos generales del hombre. No apuntan a reconocer un derecho eterno, natural, sino que limitan el reconocimiento a “los derechos antiguos, indiscutibles del pueblo inglés”, que fueron heredados de generación en generación: la

---

<sup>15</sup> Capítulo IV.

<sup>16</sup> Capítulos V y VI.

seguridad, la libertad y la propiedad. En Inglaterra, explica Jellinek, las leyes tampoco tienen fuerza ni vocación a limitar los factores legislativos ni formular principios para el futuro. En ese parlamentarismo, el parlamento es omnipotente y su vocación no se encuentra limitada por el texto de la ley. Examinado con atención, explica, el *Bill of Rights* inglés trata muy poco de los derechos individuales.

Las declaraciones americanas, por el contrario, establecen que los hombres nacen absolutamente libres y que todo individuo tiene derechos. Esos derechos son innatos e inalienables. Las declaraciones de los estados americanos están por encima del legislador ordinario; son la obra del constituyente, y un juez se asegura de la supremacía constitucional. Las declaraciones de derechos son la garantía práctica para las minorías: es lo que las distingue de los derechos garantizados en los Estados europeos.

Visto los dos modelos, ¿de dónde viene esta elección por la supremacía, por la generalidad y la universalidad de los derechos en las declaraciones americanas?

Jellinek encuentra entonces la noción de libertad religiosa en las colonias angloamericanas como origen de la idea de consagración legislativa de un derecho universal del hombre<sup>17</sup>. Sostiene que la idea democrática surge de la reforma religiosa europea, según la cual la comunidad ha establecido un pacto con Dios por el que se han sometido a Cristo. A su vez, esa idea surge del movimiento anglicano reformista liderado por Roberto Brown, que bajo el influjo de John Robinson se transformó en congregacionismo. En este movimiento debe encontrarse la forma primitiva del independentismo, según Jellinek.

Explica que los principios del Congregacionismo son la separación del Estado y la Iglesia; y el derecho de gobernarse y administrarse en los asuntos espirituales. Ello, mediante el consentimiento libre y común del pueblo bajo la autoridad inmediata de Cristo. Como esta libertad no había sido otorgada por ningún poder terrenal, no podía ser limitada por ningún poder terrenal.

Nuestro autor considera que estas doctrinas se transportaron al campo político: en forma originaria, todo el pueblo, hombre por hombre, habría pactado su parte en el contrato comunitario.

Explica que las primeras huellas de estas ideas político-religiosas son anteriores a la Reforma, pero se aplican realmente en las comunidades coloniales británicas que se instalan en la costa este de Norteamérica en

---

<sup>17</sup> Capítulo VII.

el siglo XVII a través de los “pactos de establecimiento”.

Los colonos ingleses estimaban necesario estos acuerdos para fundar una colonia de conformidad con sus principios eclesiásticos y políticos. Jellinek cita en concreto el caso de los peregrinos congregacionistas a bordo del *May Flower* el 11 de noviembre de 1620, y también el de los Puritanos de Salem que en 1629 arman una colonia. Pero explica que la intolerancia religiosa de estos modelos sociales causó disidencias rápidamente: por ello en 1636 Roger Williams funda nuevas colonias donde predica la separación de la Iglesia y del Estado, y establece la convivencia en absoluta libertad religiosa: nacen entonces Providence y Aquedneck. En su pacto fundacional, los secesionistas prometen obedecer a las leyes dictadas por la mayoría, sólo en cuestiones civiles: la cuestión religiosa queda al margen.

En todas estas colonias primaba la idea de la necesidad de un contrato social al fundar una nueva colonia.

Es así que estas ideas encontraron un buen contexto geográfico y ambiental en el nuevo mundo: Jellinek ve en ellos puñados de hombres que se dispersan por la inmensa tierra y comienzan una obra civilizadora; que creían vivir en un estado de naturaleza y cuando dejaban ese estado lo hacían libremente sin que intervenga ninguna potencia terrenal. Por el resto, su pequeño grupo permitía organizar un sistema democrático directo a través de las asambleas ciudadanas (*town meetings*) como centros de toma de decisión.

Jellinek explica que las ideas políticas que inspiraron a los redactores de la DA surgían de una generación que tenía estas bases políticas.

También agrega que la libertad religiosa fue obtenida por estos colonos en forma jurídica oficial: el rey de Inglaterra Carlos II se las otorgó en 1663 a las colonias de Rhode Island, también en la católica Maryland, en Nueva Jersey (1664) y Nueva York (1665). William Penn lo plasma ese mismo año en una constitución. La libertad religiosa que se negaba en forma terminante en la metrópoli sí estaba autorizada en las colonias. La idea de consagrar por ley derechos naturales inalienables e inviolables del individuo no es de origen político, sino religioso.

Seguidamente sostiene que la doctrina del derecho natural no ha creado por sí sola el sistema de los derechos del hombre y del ciudadano<sup>18</sup>. Aun supuesta toda la eficacia de las teorías del derecho natural (que reconocen en teoría el derecho a la vida, libertad y propiedad), no puede deducirse de ella sola la idea de una declaración de derechos, tal como en primer

---

<sup>18</sup> Capítulo VIII.

lugar se realizó en América. Era menester que concurrieran otras fuerzas para desenvolver los gérmenes legislativos existentes. Y estas fuerzas no podían ser otras que las fuerzas de la vida histórica.

Se ocupa, entonces, de la formación del sistema de los derechos del hombre y del ciudadano durante la revolución americana<sup>19</sup>. Explica que las instituciones democráticas de las colonias en el siglo XVIII a menudo entraron en contradicción con la metrópoli por nuevos intereses económicos y políticos: la metrópoli apareció entonces como el extranjero cuyos intereses diferían de los de las colonias.

Las antiguas concepciones puritanas e independentistas comenzaron a actuar en un nuevo sentido de acuerdo al cual los derechos no surgen de las constituciones escritas sino que son inherentes por naturaleza e inseparables de las personas: desde esa óptica, las cartas pueden cambiar, pero esos derechos durarán hasta el fin del mundo.

Esta visión conlleva límites absolutos al Poder Legislativo: límites establecidos por dios y por la naturaleza. En primer orden menciona los límites al derecho de cobro de impuestos de la metrópoli, que ya se perfilaba como el principal objeto de desencuentros.

Desde las colonias, el argumento era el siguiente: imponer contribuciones sin el consentimiento de los representantes de los pueblos de Norteamérica no iba en contra de las leyes de la metrópoli, pero sí en contra de las leyes imprescriptibles de la libertad.

Es en este sentido, según Jellinek, que los norteamericanos redefinen las doctrinas de John Locke y de Juan Jacobo Rousseau. Mientras que para éstos el individuo se sujeta al designio de la mayoría –la cual tiene como límites el fin del Estado–, en el caso americano es el individuo quien da condiciones según las cuales consiente estar en sociedad y conserva derechos propios ante el Estado.

De esta forma, las declaraciones de derechos de los estados no han hecho otra cosa que expresar en fórmulas generales una organización jurídica de hecho, que incluyen la libertad personal, la propiedad y libertad de conciencia; los derechos nuevos: libertad de reunión de prensa y de establecimiento; la petición y el debido proceso.

Jellinek expresa la noción eficazmente: la presión que los poderes dominantes ejercen sobre los movimientos libres del individuo determinan la idea de que a cada una de las direcciones de la presión corresponda un derecho del hombre.

Explica que la existencia de estos derechos supone delinear un plan de

---

<sup>19</sup> Capítulo IX.

gobierno en torno a la división del poder, la responsabilidad y temporalidad de los funcionarios públicos. Todo esto se apoya en el principio de la soberanía del pueblo; en la idea de que la constitución es un pacto concertado por todos los hombres libres, pues Jellinek remarca que la esclavitud seguía siendo la norma tras la DA.

Y en este final Jellinek vuelve a la DF: lo que los americanos proclaman en 1776 como un patrimonio eterno de los pueblos libres es lo que ya poseían; por el contrario, los franceses procuran en 1789 lo que no tienen aún: las instituciones en relación con los principios generales. Tal es la diferencia más importante entre los dos textos.

En *Los derechos del hombre y la concepción germánica del derecho*<sup>20</sup>, la última pregunta de Jellinek remite al origen de su razonamiento, ¿por qué la idea de los derechos originarios del hombre y del contrato social alcanzó tanta importancia primero en Inglaterra y después en sus colonias?

Presume que, por un lado, en Inglaterra no hubo una fuerte influencia del derecho romano. En particular, nunca rigió la concepción del absolutismo romano del Estado. En vez, el derecho público estuvo influenciado por las ideas jurídicas germanas: en ese esquema, el Estado es débil, frente a la preponderancia de la familia, de la tribu, de las asociaciones corporativas. Y aun cuando la monarquía puede haber sido omnipotente en las islas británicas tras la llegada de los normandos, hay un límite que no puede sobrepasarse, que se plasma en la *bill of rights* y en la Magna Carta.

Por otro lado, el movimiento de la reforma religiosa ya explicada favoreció esta concepción, en la medida en que marcó los límites del poder estatal y eclesiástico en la Edad Media: es según Jellinek la definición moderna que delimita respectivas esferas de acción entre el Estado y la Iglesia en los países que adoptaron la reforma.

En esta concepción, el Estado no crea libertad, sino que se limita a reconocer un concepto histórico que ya estaba escrito en los pueblos germanos. El espacio libre así definido más que un derecho es una situación de hecho.

Concluye, entonces, Jellinek: El contrato social de Rousseau no deja margen para la existencia de derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre: no puede ser entonces la fuente de una DF que sí los reconoce; tampoco es la DA: ella es demasiado abstracta y general, y no reconoce derechos.

Sostiene que la fuente son las declaraciones de derechos que figuraban en las constituciones de los estados (especialmente Virginia), que habían

---

<sup>20</sup> Capítulo X.

surgido de los pueblos congregacionistas, herederos, a su vez, de la mentalidad de la Reforma protestante. En última instancia, esa cuestión debe remontarse a la influencia que los pueblos germanos conservaron sobre los pueblos anglosajones.

### III. La respuesta de Boutmy

Émile Boutmy cuestiona la idea central de Jellinek según la cual la DF fue construida en base a las declaraciones de derechos (*Bill of Rights*) de las constituciones de los estados americanos. Sospecha además de las motivaciones del profesor alemán: “No indagaré en si el Señor Jellinek ha obedecido, sin darse cuenta, al deseo más que natural de hacer remontar a una fuente alemana la manifestación más brillante del espíritu latino de fines del siglo XVIII; es esa una cuestión que deberá resolver por sí mismo, en su conciencia más íntima. Estudió su tesis como estudiaría la de un especialista puro, sin buscar sus motivaciones más recónditas”<sup>21</sup>. Cuando Jellinek sostiene que la idea y el hecho de la DF son absolutamente contrarios a los principios del Contrato Social, Boutmy responde que en ese contrato está ínsita la idea de igualdad ante la ley, que siempre debe ser general: desde el principio hay algo fijo que queda fuera del arbitrio del soberano, y ese algo puede ser objeto de una declaración de derechos.

De todos modos, sostiene Boutmy, la DF no es más el resultado de la obra de Rousseau que la de Locke, ni de la *bill of Rights*, sino que tiene una causa invisible: el gran movimiento del pensamiento de la Ilustración en el siglo XVIII.

Desestima las pruebas indirectas que Jellinek encuentra en las *bills of rights*, al sostener que no fueron mencionadas en la Asamblea más que una vez (la de Virginia), y que Lafayette no las mencionó en sus intervenciones en ese marco; en realidad, concluye Boutmy, Lafayette recién hizo el acercamiento entre la declaración de Virginia y la DF al escribir sus memorias, mucho tiempo después, en la búsqueda de dar unidad de pensamiento a lo sostenido en su vida pública.

Respecto del método comparativo que utiliza Jellinek, Boutmy afirma que la comparación textual artículo por artículo de las constituciones estaduales que precedieron a la DA con el texto de la declaración de la DF resulta defectuosa. En cada caso, explica que Jellinek elige y recorta el artículo que mejor se adapta a su necesidad. Boutmy impugna la metodología:

---

<sup>21</sup> *Idem* nota 3, p. 416 (traducción del autor).

otros textos –u otros artículos de esas mismas constituciones– podían ser utilizados para demostrar tesis diversas a la propuesta por Jellinek. La comparación es entonces tendenciosa, pues recorta el texto de 7 u 8 constituciones locales para enfrentarlas con un solo texto de la DF: de esa forma, el parecido surge selectivamente, mas no genuinamente en su conjunto.

En realidad –dice Boutmy– todos los razonamientos de la constituyente francesa parecen haber surgido del análisis de las nociones de libertad e igualdad, es decir, de una concepción del cuerpo político que bien podría surgir del pensamiento de Rousseau.

Más aún, todo el pensamiento del siglo XVIII, en las letras de Locke, Montesquieu, Voltaire y Rousseau había penetrado occidente, incluyendo las colonias británicas: es de ese pensamiento ya absorbido que surge la parte especulativa de las declaraciones de derechos. En estos términos, la DA y la DF son ambas producto de esta forma similar de pensamiento. Por el resto, no hay por qué pensar que el pensamiento del derecho británico, ampliamente conocido en la Francia del siglo XVIII, debía pasar por el tamiz americano para llegar a los revolucionarios de 1789.

Respecto de los objetivos de la DA y de la DF, Boutmy sostiene que no podrían ser más disímiles: mientras que las declaraciones de derechos americanas pretendían reconocer derechos exigibles ante los tribunales, y redactadas con estilo meticuloso y jurídico –a veces también lloroso y tierno cuando reconoce, por ejemplo, el derecho a gozar de la felicidad, acota Boutmy–, la DF resulta una pieza oratoria que no es susceptible de fundar un juicio, sino que pretende expresar la idea del filósofo que propone al mundo una verdad. La DF le habla a los pueblos, mientras que las *Bill of Rights* han sido delineadas para ventaja y comodidad de los ciudadanos de Norteamérica. No hay, concluye, dos textos más distintos en el mundo.

Boutmy descarta que la fuente de la libertad religiosa venga de las comunidades reformadas de América del Norte. Jellinek remonta la DF a las declaraciones de derecho estatales, al brownismo, y a la Reforma protestante. Este tránsito es, en realidad, una afirmación que Jellinek no demuestra. Más aun, Boutmy afirma que esa explicación falla, porque deja absolutamente de lado toda mención a la posible influencia de la filosofía del Iluminismo.

Así, para Boutmy la Reforma no engendró más libertad de conciencia, sino que profundizó la fe: en las colonias primó el puritanismo; precisa que el caso de Rhode Island y la experiencia de Roger Williams resultan absolutamente anecdóticas; de hecho, explica que esas comunidades

causaron escándalo en América por su organización social, y no respondieron al patrón general de las comunidades instaladas en la costa este de Norteamérica.

Boutmy explica que es la idea de tolerancia la que permite el desarrollo de la libertad religiosa en América, y reitera que esa idea de tolerancia es ajena a la que motivó la fundación de Rhode Island y otras comunidades satelitales. La idea de tolerancia surge del Iluminismo europeo y avanza en América por la necesidad de atraer inmigrantes europeos cuyas creencias eran diversas.

Seguidamente, Boutmy pretende buscar la fuente de las otras libertades civiles y políticas: sostiene que los colonos, al haberse encontrado en América lejos de la autoridad central, se organizaron en torno a la igualdad ante la ley, ante el fisco y para el acceso a los cargos: de ello se derivó naturalmente la libertad electoral, es decir, de elegir sus gobernantes, en el entendimiento que la autoridad del rey era nominal y muy lejana.

Concluye diciendo que es el pensamiento del siglo XVIII, destructor de tradiciones y creador de derechos naturales entendidos en un determinado medio social y político el que explica la DF.

#### **IV. De nuevo Jellinek a Boutmy, y Boutmy a Jellinek**

Jellinek redacta en 1902 una respuesta específica a Boutmy. En ella ratifica su tesis, su método, y pone particular empeño en desestimar la presunción nacionalista que deslizó el académico francés: “M. Boutmy parece creer que me he dejado llevar, quizá inconscientemente, por el deseo de atribuir al genio germánico ‘la más brillante manifestación del espíritu latino a fines del siglo XVIII’. Lo declaro abiertamente: cuando se trata de profundizar en una cuestión científica, sea la que fuere, mi principio consiste en mantener siempre en la misma disposición de espíritu Busco exclusivamente la verdad, y me importa muy poco satisfacer un sentimiento de vanidad nacional”.

En 1907 se baja el telón, cuando aparece en forma póstuma *Études Politiques* de Émile Boutmy. Agrega en ese texto que la metodología utilizada por Jellinek es facticia y sospechosa. En síntesis, dice, la comparación entre textos normativos constituye un asunto anti-científico<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> *Idem* nota 5, p. 135.

## V. Conclusión

Así es la notable controversia entre Jellinek y Boutmy relacionada con el origen, el alcance y el valor de la Declaración de 1789. ¿Quién prevalece en el debate?

Las posiciones son menos irreductibles y más compatibles de lo que a primera vista parecen. Adolfo Posada, el profesor español que dedicó gran examen a la cuestión considera que las causalidades de Jellinek están probadas y resultan sólidas. Explica que Jellinek intenta un trabajo de historia jurídica donde busca cada eslabón para terminar armando una línea de causalidades históricas.

Pero no es esa su conclusión. Su conclusión es que, ante todo, la historia es un conjunto complejo de ideas, de corrientes, de hechos e intereses a veces concordantes, muchas veces contrapuestos.

En ese sentido, dice Adolfo Posada, las conclusiones dependen en gran medida de la posición de cada uno, y del criterio general según el cual se concibe la historia.

Ante la misma pregunta sobre el origen de la DF, Jellinek no alcanzará la misma respuesta al bucear en las corrientes íntimas, intensas y oscuras que sólo el análisis descubre, que Boutmy cuando propone el análisis a la luz de las grandes corrientes de pensamientos que atravesaron en la modernidad el tiempo y el océano para influir sobre los constituyentes americanos y asambleístas franceses.

Es, por otra parte, claro que no puede separarse la obra de Rousseau de la Revolución francesa, tal vez no por el hecho de que en el *Contrato Social* se encuentren las cláusulas abstractas que nutren la DF y que, por tanto, inspiraron los legisladores de la constituyente francesa de 1789, sino porque, como marca Adolfo Posada en forma general resultaría imposible negar a Rousseau una influencia en el espíritu que sopla en la obra entera de la Revolución francesa.

Boutmy lo dice con claridad, y el punto no es menor: resultaría más lógico imaginar que las ideas británicas que fundaron la monarquía parlamentaria en base a las ideas de Locke cruzaron simplemente el Canal de La Mancha para llegar a París, sin que resulte evidente la necesidad de que hayan necesitado cruzar el Atlántico, ser examinada y trabajada primero por las constituciones estatales, y después por Jefferson y los restantes autores de la DA para volver en 1789 a Francia.

¿No sería históricamente más probable imaginar que la DF retoma en la senda del Iluminismo las ideas muy conocidas por esa época del parlamentarismo británico?

Jellinek desestima esta opción, al considerar que el alcance general a futuro es el resultado de la dimensión de derechos universales que le dieron los americanos: para los ingleses esos derechos eran propios del pueblo inglés por herencia y, por ende, no universales.

Así, la polémica es ante todo un debate de juristas que trasluce dos formas diferentes de abordar el problema: el alemán con rigorismo metódico, señalando los jalones históricos, buscando los hitos de una evolución; el francés con espíritu, elocuencia y fluidez literaria pretende encontrar el ambiente universal –algo nebuloso– de las ideas del siglo de las luces. En ese sentido, son dos formas de abordar un problema conceptual, revelador de dos formas de ver el mundo.

En nuestras tierras, Carlos Sánchez Viamonte plantea elegantemente el paralelo de los dos textos: el sistema sajón de catalogar derechos tenía una finalidad práctica, inmediata y durable, que consistía en oponer la autoridad de la ley a la autoridad de los hombres. La mística democrática de los franceses tenía una finalidad trascendente, ideal, metafísica, que abarca todos los aspectos de la posible perfección humana. La actitud sajona es jurídica; la actitud francesa es moral y hasta religiosa. Para los norteamericanos, los derechos del hombre eran un código, para los franceses, un decálogo. Los norteamericanos, como los ingleses, se proyectaban hacia atrás, hacia el pasado, para rectificarlo o corregirlo; los franceses se proyectaban hacia adelante, hacia el futuro, para construirlo. Por eso es tan diferente el tono emocional de las dos declaraciones y sus términos tan parecidos<sup>23</sup>.

Finalmente, no se puede dejar de lado el trasfondo de nacionalismo que esbozan ambos autores: Jellinek termina en el capítulo X remontando todo su razonamiento al espíritu germánico del derecho: en estos términos, la DF tendría como fuente indirecta la organización política del Medioevo germano.

Boutmy se rebela contra esta interpretación, y comienza su respuesta deslizando que Jellinek, a pesar de ser un gran científico, ha sido sin quererlo preso de un sentimiento de patriotismo.

Jellinek contraataca: niega cualquier tipo de influencia en su pensamiento, y sostiene que su tarea ha sido tan aséptica como puede ser la tarea del científico. Sostiene que sólo pretendió demostrar el tributo de la Declaración francesa respecto de esas declaraciones; luego, el tributo de esos estados de Estados Unidos respecto de la doctrina luterana; finalmente, el tributo de la doctrina luterana al alma y el espíritu de la libertad

---

<sup>23</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, *Los Derechos del hombre en la Revolución Francesa*, Ediciones de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1956, p.17.

de las antiguas tribus germánicas. Y así, a través de los siglos, invita al ciudadano a pensar que la DF es de origen alemán.

Esta conclusión, en el clima de rivalidad franco-alemana que se vive en el tránsito del siglo XIX al XX, equivale a una provocación. Émile Boutmy necesita esforzarse para reducir los argumentos del alemán y pretende dejar de lado la cuestión de orgullo nacional.

Vale de todos modos resaltar que el contexto político del contrapunto no es menor: la polémica transcurre entre 1895 y 1907, es decir, en el intervalo histórico entre la guerra franco-prusiana de 1870/1 –culmina en una derrota francesa– y la primera guerra mundial, que termina en 1918 en una derrota alemana; es, en suma, un tiempo de enorme rivalidad entre dos Estados preponderantes de Europa.

En el campo intelectual, Francia pretende conservar a través de los valores laicos de la IIIª república la influencia en Europa; se siente la heredera de los valores republicanos de la revolución de 1789, y custodia de esos valores.

De más está decir que el nivel del nacionalismo subliminal que conduce uno y otro autor son conjeturas que en ningún caso parecen obvias. Lo que sí resulta interesante es poder concluir que diversas metodologías permiten llegar a resultados contrarios sobre la misma cuestión. Desde esta perspectiva, el debate es uno que trasciende la coyuntura política de la época, entre sabios científicos que se apegan a las técnicas de la investigación jurídica positiva.

Por el resto, bien vale decir que este debate ha tenido trascendentales consecuencias en el siglo XX: de hecho, se erige en la primera discusión transnacional sobre la naturaleza de los derechos subjetivos; cincuenta años más tarde, tras los horrores de la segunda guerra mundial, las naciones los invocarán para escribir la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

## Julio B.J. Maier

Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba). Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Director del Departamento de Graduados de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Titular Consulto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó 7 libros, el último se titula *Crítica de la razón impura o Crónica de la sinrazón pura* (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010). Desde el 11 de diciembre de 1998 hasta el 1 de octubre de 2009 ejerció como Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

---

## Arturo Enrique Sampay (1911-1977)

Se recibió de abogado en 1932 en la Universidad Nacional de La Plata, donde también fue docente. Realizó estudios de posgrado en Europa. Autor intelectual de la Reforma de la Constitución Federal de 1949: fue convencional constituyente y miembro informante y a su pensamiento se debe el determinante artículo 40 sobre la organización de la riqueza y la explotación para el bienestar del pueblo argentino. Profesor de Derecho Constitucional en la UBA. Autor de numerosos ensayos, artículos y notas sobre Derecho Constitucional, Teoría del Estado y Filosofía. Probablemente una de sus obras más caracterizadas sea su *Introducción a la Teoría del Estado*, publicada originalmente en 1951. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

## Laura Clérico

Abogada (Universidad de Buenos Aires), Magister Legum (LLM), Doctora en Derecho (Dr. Jur.) por la Universidad de Kiel (Alemania) y ex-becaria DAAD. Investigadora del CONICET y profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el grado y en el doctorado. Ha escrito libros y artículos sobre el examen de proporcionalidad, la prohibición de insuficiencia en el derecho constitucional, el examen de igualdad, el derecho a la salud y otros temas de derechos fundamentales.

---

## James Bradley Thayer (1831-1902)

Nació en Haverhill (Massachusetts) el 15 de enero de 1831. Se recibió en el Harvard College en 1852 y se graduó en la Facultad de Derecho de Harvard en 1856, año en que fue admitido en el Colegio de Abogados del condado de Suffolk y en que comenzó a ejercer la abogacía en la ciudad de Boston. Entre 1873 y 1883 se desempeñó como profesor de Derecho en la cátedra Royall; en 1883 fue transferido a la cátedra que después de 1893 recibió el nombre de Weld, que ocupó hasta su muerte, el 14 de febrero de 1902. Se interesó especialmente en la evolución histórica del Derecho. Fue reconocido por promover la reforma arancelaria y la asignación de tierras a los aborígenes. Entre sus obras, se destacan las siguientes: *Cases on Constitutional Law* (1895); *The Development of Trial by Jury* (1896); *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (Tratado preliminar sobre la prueba en el Common Law) (1898) y una pequeña biografía de John Marshall (1901).

---

## Mario Cámpora (h)

Abogado (Diploma de Honor y Abanderado en la Universidad de Buenos Aires). LLM por la Universidad de Nueva York (NYU, Becario Philip E. Semel '23). Secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y profesor adjunto interino de Elementos de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA.



Instituto de Estudios Avanzados  
en Derechos y Estado



Defensoría del Pueblo  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires