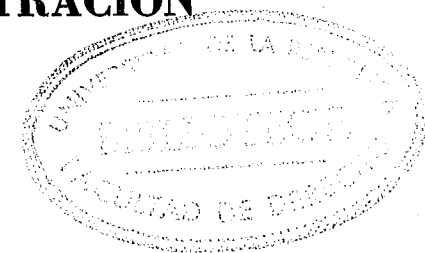


**LA REVISTA DE DERECHO,
JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION**



t. 55

*La revista de derecho, jurisprudencia y
administración.*

1957 Vol.55 nro.1-12 c4



FD-UY/RDJA551-121957C4

Director:

Dr. Jorge Peirano Facio

Sub Director:

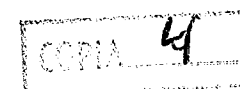
Dr. José Pedro Varela Seré

Secretario de Redacción:

Dr. Gilberto Canón Nieto

MONTEVIDEO

1957



del delito de desacato
 no supiera que la
 público. Empero,
 público en el
 delito de inju-
 error en el
 examinarse de res-
 existe dolo,
 desobedien-
 cobar al
 de la opo-
 conciencia

de que el mismo es un funcionario público en legítima actividad funcional.

15. *Responsabilidad.* — En lo que dice relación a la responsabilidad penal por el delito en estudio, la misma es sensiblemente más atenuada que la que concierne al delito de atentado.

En efecto, el delito se castiga con pena de prisión, cuyos extremos oscilan entre un límite mínimo de tres meses y un máximo de dieciocho meses.

La responsabilidad es agravada, sea por la condición de jefe o promotor en el agente (art. 172 inc. 4º) sea por las calidades del paciente material de la conducta, concretadas en el art. 172 inc. 2º e inc. 5º según lo preceptuado por la norma de integración contenida en el art. 174 del Código Penal.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Constitución. — Decaimiento. — Derogación. — Inconstitucionalidad. — Estatuto de los funcionarios. — Carrera administrativa. — Derecho al ascenso. — Gobiernos Departamentales.

La Constitución no deroga los actos legislativos anteriores que se le opongan, sino que los vuelve inconstitucionales (1).

La Suprema Corte de Justicia tiene competencia exclusiva en las cuestiones de inconstitucionalidad.

El art. 12 del Estatuto del Funcionario de 1943 se opone a los arts. 60, 61 y 62 de la Constitución de 1952.

Los funcionarios departamentales tienen derecho al ascenso, el cual no está diferido hasta que cada Gobierno Departamental establezca el Estatuto de sus funcionarios.

La carrera administrativa de los funcionarios departamentales es una norma preceptiva y de aplicación inmediata, que sólo admite la excepción de los cargos de carácter político o de particular confianza, así declarados por tres quintos de votos del total de ediles.

Montevideo, febrero 20 de 1957.
 Nº 11.

VISTOS: Para sentencia, la cuestión de inconstitucionalidad planteada en los autos seguidos ante el TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, por JUAN JOSE GOMEZ PONS contra el GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE COLOMIA, acción de nulidad.

(1) OPOSICION SUPERVENIENTE: ¿DEROGACION O INCONSTITUCIONALIDAD?

I

INTRODUCCION

1. — En esta sentencia del máximo órgano judicial, se encuentran razonamientos y citas atinentes a tres cuestiones independientes: la supremacía jurídica de la Constitución; la pertinencia del procedimiento estatuido en el capítulo IX de la Sección XV

RESULTANDO: A. — QUE Juan José Gómez Pons demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la nulidad del acto administrativo definitivo dictado por la *Intendencia Municipal de Colonia* y por el cual se designa a Jorge Raúl Antonio Cafferatta para ocupar el cargo de Secretario General de la nombrada Intendencia, siendo esa persona totalmente ajena a los cuadros funcionales de la Administración Departamental.

Afirma ser titular de un derecho subjetivo violado por ese acto administrativo: el derecho al ascenso que asegura la carrera administrativa, así como que tiene interés directo, personal y legítimo, por ser el único funcionario en situación legal de ser promovido para dicho cargo en virtud de su colocación en el escalafón administrativo y en mérito a sus antecedentes pues es funcionario de esa Intendencia desde el año 1946 en que ingresó a la misma con el cargo de Auxiliar de Secretaría, y desde el 30 de junio de 1947 ocupa el cargo de Prosecretario de la Intendencia, inmediato anterior en el escalafón y planilla, al cargo de Secretario General, vacante.

Afirma, igualmente, que el cargo lo obtuvo de acuerdo al resultado del concurso de oposición realizado entre los funciona-

de la Constitución, cuando se trate de leyes anteriores a la Constitución; el estatuto actual de los funcionarios departamentales.

La primera cuestión es entre nosotros definitivamente histórica: la supremacía normativa de la Constitución no puede ser seriamente discutida en un régimen de constitución rígida donde existen además textos expresos sobre la inconstitucionalidad de las leyes ordinarias. Las citas de Kelsen, Eisenmann, Bielsa, Alberti, Esmein, Berthélémy-Duez, Posada, Sánchez Viamonte, Matienzo, Blondel, Bryce, Mirkiné Guetzévitch, no pueden ser materia de polémica (1).

La tercera cuestión, cuya solución en el caso nos parece justa, será objeto de una nota de próxima publicación.

Sentimos, en cambio, la necesidad de ordenar las ideas en cuanto a la segunda, que ha dividido a nuestros dos órganos jurisdiccionales supremos (2).

(1) Lo que puede contestarse, en cambio, son las consecuencias que a veces se pretende deducir de tal principio, atribuyéndole un valor trascendente que no tiene. *Infra*, § 36 y § 40.

(2) En efecto: la jurisprudencia unánime y constante del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostiene que las leyes y decretos legislativos anteriores a la nueva Constitución y que se le opongan quedaron derogados por ésta, y deben dejarse de lado sin necesidad de solicitar de la Suprema Corte de Justicia la declaración de su inconstitucionalidad e inaplicabilidad, porque no hay en tales casos ley inconstitucional sino ley derogada. Véanse muy especialmente las sentencias publicadas en esta Revista, t. 52, p. 183 — redactada por Zubillaga — y p. 196 — redactada por el profesor Moretti —, con nota de Gros Espiell (De esta nota, interesa al tema que desarrollamos aquí el ordinal 6, p. 189 a 192).

rios municipales; que durante siete años viene desempeñando esas funciones, sin observaciones ni sanciones de especie alguna, y que, por el contrario, ha merecido el reconocimiento de la Superioridad por la labor realizada; y que, en el transcurso de la actual Administración Departamental, iniciada el 15 de febrero

2. — En la sentencia comentada, se sostienen estas tesis:

a) La Constitución dice "clara e interversablemente que las normas de la Constitución no pueden tener sobre las leyes ordinarias una eficacia abrogativa o de derogación tácita que actúe ipso jure".

b) La declaración de inconstitucionalidad por la Corte tampoco tiene eficacia abrogativa.

c) El régimen de la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad alcanza tanto a las leyes anteriores como a las posteriores a la Constitución.

d) La Suprema Corte de Justicia es el único órgano competente para entender en la "cuestión de inconstitucionalidad" o de "inconciliabilidad de una ley con la Constitución".

Las cuatro tesis se presentan planteadas de tal manera, que exige una serie de precisiones previas a su crítica. Se habla indistintamente de legitimidad constitucional, regularidad constitucional, conformidad al contenido de las normas constitucionales, y de ilegitimidad constitucional, contraste normativo, inconstitucionalidad. Y estas palabras no tienen siempre el mismo significado. En apoyo de sus tesis, sólo cita la Corte a José Pedro Massera, Hans Kelsen y Pietro Nuvolone las demás citas son contrarias o no tienen relación con las tesis que comentamos. Es extraño que no se haya apoyado, por ejemplo, en el magnífico trabajo de Giuseppe Guarino sobre derogación e inaplicabilidad de las leyes ilegítimas publicado en 1951⁽³⁾.

3. — De los argumentos expuestos en la sentencia que motiva esta nota, aquellos que corresponden al desarrollo de la opinión de Massera⁽⁴⁾ siguen pareciendo los mejores fundamentos de la tesis acogida.

Massera vió que la tarea intelectual de quien ha de apreciar la conformidad del contenido de una ley con una Constitución no depende de las fechas de una y otra.

Ello es cierto, y es así porque esa tarea intelectual consiste en comparar el contenido de la ley con el contenido de la Constitución. El resultado de esa confrontación puede ser la comprobación de que la norma legal es contraria a la Constitución o la de que es conforme a ésta, es decir, que existe oposición entre sus contenidos o que son compatibles.

Massera reconoce que esta cuestión de la conformidad de la ley con la Constitución se puede plantear con dos objetos diver-

⁽³⁾ Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime, en Jus Rivista di scienze giuridiche, t. 2, p. 356 (Milano 1951). En el mismo sentido se pronuncia un amplio sector de la doctrina italiana, algunos de cuyos representantes están citados en la llamada 105. Sobre la receptibilidad en Uruguay de estas doctrinas italianas, infra, § 14, §§ 24 a 33, § 37 y llamadas 112, 166 y 167.

⁽⁴⁾ Rev. D. J. A., t. 36, p. 238.

de 1951, fué designado, en varias oportunidades, para ocupar interinamente el cargo de Secretario General, y en dos de esos interinatos desempeñó el puesto durante el término de tres meses, con la más completa satisfacción del jerarca.

Sostiene, que, el a. 12 del Decreto-Ley de Estatuto del Funcionario (ley n° 10.388) de 13 de febrero de 1943, en que la

sos: ora para ver si una ley anterior a la Constitución está derogada, ora para ver si una ley posterior a la Constitución ha de ser desaplicada por inconstitucional.

La Suprema Corte razona, en cambio, así: cuando la Constitución habla de leyes inconstitucionales por razón de contenido, quiere decir leyes que se opongan a la Constitución; luego el contralor de constitucionalidad mediante el procedimiento del capítulo IX de la sección XV es el método para resolver la cuestión de si una ley es conforme o contraria a la Constitución.

Y como el resultado de ese método no es la abrogación de la ley contraria a la Constitución sino su inaplicabilidad al caso concreto, conclúyese que las leyes anteriores contrarias a la Constitución siguen vigentes y eficaces aunque se le opongan, sin perjuicio de que su aplicación pueda evitarse en cada caso mediante la solicitud de declaración de inconstitucionalidad y el consiguiente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia.

Es decir: el camino lógico de la Corte parte de la identificación entre la oposición de una ley con la Constitución, y la inconstitucionalidad de la ley. Prosigue encontrando en el art. 257 una atribución exclusiva de competencia en la cuestión de inconstitucionalidad o de conformidad. Y por tanto concluye en la afirmación de su propia competencia exclusiva para declarar si una ley es conforme o contraria a la Constitución. Mas como la declaración de la Corte sólo tiene efectos en el caso concreto, según el art. 259, se llega también, como conclusión marginal, a que la Constitución no deroga las leyes anteriores. No puede pues interpretarse el art. 329 como abrogativo de la legislación anterior contraria a la Constitución.

4. — El Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁽⁵⁾ parte del art. 329, y piensa: este artículo expreso deroga las leyes anteriores que se opongan a la Constitución⁽⁶⁾. El procedimiento del capítulo IX de la sección XV, que tiende a la desaplicación en el caso concreto, no tiene sentido respecto de leyes derogadas. Luego, la declaración de inconstitucionalidad sólo puede ser requerida tratándose de leyes posteriores a la Constitución. Hay que distinguir, pues, la inconstitucionalidad de la derogación.

⁽⁵⁾ Sentencia citada, Rev. D. J. A., t. 52, p. 196.

⁽⁶⁾ El pasaje de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que dice "derogación expresa" (Rev. D. J. A., t. 52, p. 200, segunda columna) no se refiere a la contraposición entre las dos formas de derogación definidas en el art. 10 del código civil, que no se aplica a la derogación ope constitutionis. La crítica del actor (resultando C, p. 163 del presente tomo) no es ajustada, porque el Tribunal quiso hacer notar que el efecto derogativo resultaba de un texto expreso (el art. 329), según surge de la lectura de la sentencia (p. 201 del tomo 52 de esta Revista).

Intendencia funda el nombramiento que impugnan, ha quedado derogado en forma implícita y conforme a lo establecido en el a. 329 de la Constitución, por ser su contenido contrario a lo dispuesto en los a. 60 y 61 de la misma Carta, que aseguran la

La exposición del Tribunal es más fina⁽⁷⁾, pero baste por ahora ese esquema que muestra hasta dónde son simétricos los caminos opuestos elegidos por la Corte y el Tribunal.

La única manera de superar la controversia es analizar las relaciones existentes entre la cuestión de si una ley es contraria o conforme a una Constitución, la cuestión de los efectos jurídicos de la respuesta de aquélla, y la cuestión del funcionamiento de las leyes contrarias a una Constitución.

Lo intentaremos en los ordinales subsiguientes.

II

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

5. — La cuestión de si una ley es conforme o contraria a una Constitución, puede plantearse en dos sentidos diversos. O bien se piensa en un conflicto entre normas que pretenden disponer sobre un mismo hecho, o bien se piensa en un acto jurídico emitido bajo una norma, es decir, que integra la categoría sobre que dispone la norma.

En el primer sentido, dos normas son conformes entre sí cuando no existe entre ellas contradicción lógica, es decir, cuando no se da el caso de que una de ellas prohíba una conducta que la otra permita.

Esta cuestión de la conformidad u oposición entre normas se plantea como problema en virtud del principio lógico-jurídico de no contradicción⁽⁸⁾. El problema puede, teóricamente, resolverse de varias maneras, tales como las siguientes:

- a) no aplicar ninguna de las normas que se oponen entre sí.
- b) aplicar la norma más benigna.
- c) aplicar la norma más severa.
- d) aplicar la norma más prohibitiva.
- e) aplicar la norma más permisiva.

Hasta aquí los criterios ejemplificados atienden al contenido de las normas. También puede usarse un criterio extrínseco, que atienda al acto jurídico que confiere positividad⁽⁹⁾ a la norma, como por ejemplo:

⁽⁷⁾ La parte medular de la exposición del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre este punto se encuentra en las páginas 201 a 203 de la sentencia redactada por Moretti, citada (Rev. D. J. A., t. 52).

⁽⁸⁾ GARCIA MAYNEZ, Principios supremos de la ontología formal del Derecho y de la lógica jurídica, en Rev. D. J. A., t. 55, p. 97.

⁽⁹⁾ Aquí, "positividad" quiere decir incorporación formal a un orden jurídico, lo que Kelsen llamó "Geltung". El concepto es designado por los traductores al español de las obras de Kelsen con el vocablo "validez"; pero no hemos querido usar esa

carrera administrativa a todos los funcionarios sin excepción y garantizan el derecho al ascenso para todos los cargos del respectivo escalafón, como único medio jurídico de hacer efectiva dicha carrera, y porque no vulnera tal conclusión la invocación

a) aplicar la norma emanada primeramente.

b) aplicar la norma emitida ulteriormente.

c) aplicar la norma emitida con cierto procedimiento, cuando la opuesta ha sido emitida con otras formas determinadas de procedimiento.

6. — En el segundo sentido, un acto jurídico es contrario a una norma cuando su forma, su contenido o su designio no se ajustan al modelo previsto en la norma para los actos de su categoría.

Los actos jurídicos contrarios a una norma jurídica se llaman ilegítimos, y pueden ser irregulares en la forma, irregulares en el contenido o desviados en el designio.

Esta cuestión de la legitimidad de los actos jurídicos no se plantea en virtud de un principio de lógica jurídica⁽¹⁰⁾, sino en función de reglas de derecho positivo que reconocen juridicidad⁽¹¹⁾ a actos que no se ajustan enteramente a los modelos que el orden jurídico respectivo ha establecido como formas de crear derecho.

La cuestión de los actos ilegítimos, teóricamente, podría no plantearse si se negara juridicidad a los actos que se apartaran de cualquier modo del modelo respectivo. No habría zona intermedia entre el acto jurídico legítimo y el acto no jurídico, llamado acto jurídico inexistente.

Pero cuando el derecho positivo admite la relevancia jurídica de los actos ilegítimos, surgen dos problemas que tocan al propio derecho positivo resolver: en qué consisten los efectos jurídicos del acto ilegítimo, y cuál es el linde entre la zona de la ilegitimidad y la zona de la inexistencia⁽¹²⁾.

7. — El problema de la inconstitucionalidad de las leyes no se presenta en aquellos regímenes en que la ley contraria a la

palabra porque puede confundirse con la validez en sentido técnico. Un acto inválido (no inexistente) es hábil para incorporarse formalmente una norma al orden jurídico positivo, en el cual tiene efectos jurídicos ciertos. Algunos autores de lengua alemana usan los vocablos "Geltung" y "Gültigkeit", para aludir a lo que hemos llamado "positividad" y a la validez stricto sensu, respectivamente.

⁽¹⁰⁾ KELSEN, Teoría general del Derecho y del Estado, trad. García Máynez, p. 42-43 (México 1950).

⁽¹¹⁾ "Juridicidad" mienta la calidad de jurídico, es decir, jurídicamente relevante, y no la calidad de arreglado a derecho, que se llama "legitimidad". El uso de la expresión "antijurídico" como sinónimo de "ilegítimo" ha introducido el vicio terminológico de llamar "juridicidad" a la legitimidad.

⁽¹²⁾ Con diversa terminología, CONSO, Il concetto e le specie d'invalidità, p. 58 (Milano 1955). Conso llama "imperfezione" a la ilegitimidad, e "invalidità" a cualquier especie de debilitación de la eficacia formal (infra, llamada 13). Conso defiende su terminología en op. cit., p. 17.

de los a. 19 y 24 de la Ley Presupuestal n° 11.923 pues la calificación de cargos como de carácter político y de particular confianza no es materia específicamente presupuestal sino propia del Estatuto del Funcionario, y no sería posible asignar a tales dis-

Constitución no resulta gravada por el orden jurídico con un defecto que debilite su eficacia formal⁽¹³⁾.

Tampoco se presentaría en un régimen en que la ilegitimidad constitucional produjese la nulidad absoluta y de pleno derecho de la ley afectada.

Entre ambos extremos se encuentran los sistemas que, como el uruguayo, gravan a la ley contraria a la Constitución con una debilidad peculiar, que nosotros llamamos "inconstitucionalidad".

Deben pues distinguirse tres fases en el problema: (a) el hecho de que una ley se oponga a la Constitución; (b) la calificación que el orden jurídico haga de la ley, por el hecho de oponerse a la Constitución; (c) los efectos que tiene dicha calificación sobre la eficacia formal de la ley⁽¹⁴⁾.

La cuestión (a) es de orden lógico, en cuanto no supone una aplicación del derecho.

La cuestión (b) es de orden jurídico: para resolverla hay que aplicar una norma jurídica —premisa mayor— al hecho de la oposición normativa —premisa menor— para concluir en la cali-

(13) Usamos la expresión "eficacia formal", a falta de otra mejor, para referirnos a la manera de ser de los efectos jurídicos del acto, en cuanto perteneciente a una categoría (*), su amplitud y modo de hacerlos cesar. La eficacia formal de un acto está determinada por el orden jurídico: así, la eficacia formal de un acto jurisdiccional ejecutoriado está integrada por la cosa juzgada con efecto entre las partes, tanto en el aspecto de cosa juzgada formal como material, y por la eficacia respecto de terceros (**); la eficacia formal de un acto legislativo está integrada por su efecto potencialmente genérico, su carácter vinculante de la Administración y sus formas especiales de ser derogada o desaplicada.

(14) Véanse las atinadas precisiones de CONSO, op. cit. p. 59 - 60.

(*) La clasificación de los actos jurídicos "en sentido formal" debe ser referida a esta eficacia formal, mejor que al procedimiento de su formación, el cual es por lo general la condición de su particular eficacia formal. Así, desde el punto de vista formal los decretos-leyes emitidos hasta el 14 de febrero de 1943 en virtud del artículo E de la Constitución de 1942, son actos legislativos; tienen la misma eficacia formal que las leyes promulgadas luego de seguir el procedimiento de la Sección VII de la Constitución. Del mismo modo, en los Estados propiamente federales (donde no rija el principio "Bundesrecht bricht Landesrecht") o en los de descentralización legislativa formal regional (como Uruguay desde 1919 e Italia — en menor grado — desde 1948), los actos legislativos regionales pueden ser clasificados así si seguimos el criterio de su eficacia formal ("fuerza de ley", dice nuestro artículo 260), mientras que si nos atuviéramos al procedimiento de su formación deberíamos hacer con ellos una categoría aparte (como hace SAYAGUES, *Tratado de Derecho administrativo*, § 11, p. 31 y § 54, p. 98; sin embargo, el mismo autor insinúa el criterio de la eficacia formal cuando habla de "eficacia normativa", § 68, p. 122, y de atribución de "funciones legislativas" "en el aspecto formal", mentando los decretos-leyes y los actos legislativos regionales, § 17, p. 37, llamada 3).

(**) LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, p. 95-129 (Milano 1935); *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, en Rivista di diritto processuale civile, t. 13, I, p. 237 (Padova 1936).

posiciones legales un sentido violatorio de la norma constitucional, y si se planteara la duda correspondería optar por la que acuerda un sentido en armonía con la Constitución.

ficación de la ley como nula, inválida, inconstitucional, etc.⁽¹⁵⁾.

La cuestión (c) es la del funcionamiento de la nulidad, invalidez, inconstitucionalidad, etc. Es el aspecto dinámico de la cuestión anterior. Aquí puede haber infinidad de posibilidades: desaplicación, anulación, abrogación, revisión, etc., por órganos especiales o por órganos jurisdiccionales comunes, con efectos absolutos, o panprocesales, o relativos, ... según procedimientos provocados a instancia de interesados, o del Ministerio Público, o de oficio, etc.

8. — La cuestión de si una ley es conforme u opuesta a la Constitución, es plurívoca, porque no se determina con cuál Constitución se confronta la ley. Por lo tanto, esta cuestión tendrá tantas soluciones como Constituciones hayan sido promulgadas en el país de que se trate.

Pero esta cuestión lógica sólo nos interesa cuando tenga una relevancia jurídica.

Por lo común, la conformidad o disconformidad será jurídica-relevante cuando haya un contacto entre las normas, capaz de dar origen a un conflicto: este contacto puede ser de varias maneras, cuya precisión exige introducir los conceptos de vigencia y de eficacia material de una norma jurídica⁽¹⁶⁾.

Entendemos por vigencia de una norma, la extensión temporal de la categoría sobre que la norma dispone. La disposición de la norma se aplica pues a los hechos ocurridos durante su vigencia.

Eficacia material, en cambio, es la posibilidad jurídica de que, habiéndose producido un hecho de la categoría, se cumpla con la disposición. El cumplimiento efectivo de una norma supone que se haya producido un hecho de la categoría prevista durante su vigencia, y que además la norma sea actualmente eficaz.

Obviamente, la eficacia material no puede ser anterior al perfeccionamiento del acto jurídico que da origen a la norma⁽¹⁷⁾; la vigencia, en cambio, puede ser anterior.

(15) Esta es la cuestión de derecho positivo que resolvieron en sentidos discrepantes la Corte y el Tribunal; la primera entendió que ambos sentidos de la disconformidad (supra, § 5 y § 6) conducían a la calificación de la ley como inconstitucional, aunque la oposición se encontrase respecto de una Constitución posterior a la promulgación de la ley; el segundo entiende que la calificación de inconstitucionalidad debe hacerse siempre con respecto a la Constitución vigente al tiempo de promulgarse la ley que se ha de calificar. En puridad el problema es más complejo: infra, llamada 152.

(16) No se confunda nuestro concepto de eficacia material con el de efectividad sociológica de la norma, a veces llamada "eficacia" por los traductores de la escuela vienesa (KELSEN, op. cit., trad. cit., p. 41. Cuando escribe en alemán, usa Kelsen la palabra "Wirksamkeit").

(17) Puede ocurrir una aparente excepción a esta regla, cuando se empieza a aplicar una norma antes de que se haya perfeccionado el acto que le dará positividad, confiando en que éste

B. — QUE el Fiscal Letrado Departamental de Colonia, en representación procesal de la Intendencia Municipal del mismo Departamento, en su contestación a la demanda de nulidad, historia los hechos sucedidos y postula que corresponde el nombra-

9. — Los conflictos de orden lógico-jurídico (oposición entre el contenido de normas, supra, § 5) son siempre conflictos por razón de contenido. Para descubrirlos no se requiere conocer más que el contenido de las normas en conflicto.

Los conflictos de orden jurídico-positivo (ilegitimidad del acto jurídico a cuyo través nace la norma), cuyo estudio requiere el conocimiento de los elementos del acto y no sólo del contenido de la norma, pueden ser conflictos por razón de contenido, de forma o de designio (supra, § 6).

La oposición normativa puede llamarse conflicto material, y la ilegitimidad de un acto respecto de la norma bajo la cual se emitió, puede llamarse conflicto formal.

Es evidente que las variadas especies de conflicto pueden darse simultáneamente.

Para que exista posibilidad de conflicto material por razón de contenido, la ley y la Constitución que se confrontan deben tener un instante común de eficacia material: ambas deben pretender ser eficaces en el momento en que se plantea la cuestión. Pero además, debe existir un hecho común a sus dos categorías: ambas deben pretender disponer sobre un mismo hecho, lo que exige una intersección no vacía de vigencias.

El conflicto material por razón de contenido se presenta cuando ley y Constitución son eficaces en el instante de su aplicación y vigentes en el instante del hecho de que se trate, y siempre que lo dispuesto por una y otra norma fuese contradictorio.

El conflicto formal por razón de contenido, o conflicto por razón de competencia, se presenta cuando una ley fué producida durante la vigencia de una Constitución que dispone sobre el contenido de las leyes, sin respetar estas disposiciones, y ambas normas son eficaces en el instante de su aplicación.

El conflicto por razón de forma se presenta cuando una ley fué producida durante la vigencia de una Constitución que dispone sobre forma de producción de las leyes, sin respetar estas disposiciones, y ambas son eficaces en el instante de su aplicación.

El conflicto por razón de designio se presenta cuando una ley fué producida durante la vigencia de una Constitución que dis-

ta de llegar, convalidando la aplicación prematura. Pero en realidad no hay allí cumplimiento del acto futuro, sino incumplimiento del orden jurídico por motivos extrajurídicos (la esperanza en la convalidación o en un bill of indemnity). LAWRENCE LOWELL (*Le gouvernement de l'Angleterre*, trad. Nerinx, París 1910, t. I, p. 13, llamada 1) cita la costumbre inglesa de recaudar los derechos aduaneros desde que son votados en la Cámara de los Comunes, para lo cual la ley facultaba a percibirlos desde antes de la sanción real, con cargo de devolución si ésta fuere denegada. Pero ello debe interpretarse como síntoma de que la sanción en tales casos ya ha dejado de integrar el perfeccionamiento, trasladándose a la categoría de acto de aprobación.

miento efectuado pues el a. 12 de la Ley n° 10.388 de Estatuto del Funcionario establece que el cargo provisto es ajeno a las leyes del ascenso, y puede, consiguientemente, ser designado directamente por el jerarca, por no haber el Gobierno Departamental sancionado aun el Estatuto para sus funcionarios impuesto

pone sobre el designio que habrían de tener los actos legislativos, con un designio diferente, y ambas normas son eficaces en el instante de su aplicación.

Para que el conflicto material por razón de contenido tenga solución jurídica, es necesario y suficiente que resulte de una interpretación aislada de las normas en conflicto, pero que el orden jurídico a que pertenecen ambas normas contenga criterios normativos para decidir, en cada caso, cuál de las eficacias, cuál de las vigencias o cuál de las disposiciones es sólo aparente.

Para que el conflicto formal —por razón de forma, de contenido o de designio— tenga solución jurídica, es necesario y suficiente que el orden jurídico regule las consecuencias de la ilegitimidad constitucional.

10. — La manera más ingenua de resolver el conflicto en caso de disconformidad entre una ley y la Constitución es asimilar la ley opuesta o ilegítima a la ley inexistente, es decir, considerar que un acto del Poder Legislativo contrario a la Constitución no es una ley⁽¹⁸⁾. Esta era la posición teórica de Hamilton, citada por la Corte en la sentencia que comentamos. Pero llevada a sus consecuencias lógicas extremas, conduce de hecho a un desequilibrio de poderes a favor del Ejecutivo, pues a pretexto de su inexistencia el administrador se dispensaría de ejecutar las leyes que él juzgase contrarias a la Constitución. La circunstancia de ser el ejecutor de la ley lo convertiría en juez de su legitimidad, controlando al Legislativo y sustituyendo al Judicial⁽¹⁹⁾.

Esta primera solución cándida debe ser moderada con arbitrios de técnica jurídica que restablezcan el equilibrio entre los poderes del gobierno.

11. — En una ordenación progresiva de diferenciación técnica del régimen, a esta primitiva solución de inspiración privatística sigue la de asimilar la ilegitimidad de la ley a la ilegitimidad del acto administrativo.

(18) Esta fórmula tuvo origen en la aplicación de los principios privatísticos del mandato a la relación entre la Nación y los legisladores; pero pudo también fundarse en una construcción publicística; el defecto de la fórmula es político, no proviene de un error lógico.

(19) La existencia de un contralor a posteriori de la actividad administrativa, capaz de inducir a los administradores a apreciar detenidamente las cuestiones de inconstitucionalidad, no es suficiente, del mismo modo como no es conveniente dar a los subordinados, en la organización jerárquica, la facultad de aprehender irrestrictamente la legitimidad de las órdenes y reglamentos que están destinados a llevar a la práctica, y desaplicarlos, aunque exista una responsabilidad a posteriori por el abuso de aquella facultad.

por el a. 62 de la Constitución, rigiendo entonces las mismas disposiciones que la Ley ha determinado para los funcionarios públicos, y por consecuencia, el mencionado a. 12 de la Ley n° 10.388 ratificado expresamente por el a. 19 de la ley 11.923 de 27 de marzo de 1953, posterior en más de un año a la Constitución vigente, tiene que prevalecer hasta tanto se sancionen los estatutos respectivos.

El acto administrativo es inválido si infringió una norma a la que debió ceñirse, lo cual puede ocurrir de dos maneras: una, que el acto se oponga en su contenido a una regla de derecho que sea actualmente eficaz y que lo haya sido también cuando se perfeccionó el acto (invalidez material por razón de contenido); otra, que el acto se haya perfeccionado durante la vigencia de una regla de derecho actualmente eficaz, violando sus disposiciones referentes al contenido, a la forma o al designio que habría de tener el acto (invalidez formal por razón de contenido, de forma o de designio). El status del acto administrativo inválido consiste en una debilitación de su eficacia formal que da lugar a la anulación administrativa discrecional, a la anulación jurisdiccional por los órganos de lo contencioso administrativo y a la desaplicación jurisdiccional. Si luego de perfeccionado el acto sobreviene una regla de derecho que haga ilegítima la permanencia del contenido de un acto administrativo, este acto sufre automáticamente una adaptación de su contenido a las normas supervenientes, modificándose en la parte de su vigencia que interfiera con la vigencia de la regla posterior. Esta dualidad de soluciones se funda en la presunción de legitimidad de la actividad administrativa.

Sabido es que se ha pretendido hacer una construcción unitaria de la invalidez, como desadecuación del acto a los presupuestos de legitimidad, agregando a los presupuestos que han de darse en el momento de su emisión, aquellos que deben permanecer o sobrevenir para legitimar la persistencia de la vigencia de la norma contenida en el acto; es el conocido problema de la "invalidez sucesiva", muy estudiado por la doctrina italiana, pero rechazado o aceptado con restricciones que desnaturalizan el concepto por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia (20).

La jurisprudencia italiana ha hecho uso, algunas veces, del concepto de ilegitimidad superveniente de un acto administrativo, causante de invalidez y no de derogación. Pero se trataba de cambios en los presupuestos del acto ocurridos con efecto retroactivo, de modo que más que de invalidez superveniente debería hablarse de invalidez retroactivamente originaria (21).

(20) CONSO, op. cit., p. 78. En favor del concepto ampliado, BARILE, La costituzione come norma giuridica, p. 70 (Firenze 1951).

(21) El consejero de Estado italiano Andrea LUGO anotó una sentencia de la Corte di Cassazione en ese sentido, haciendo notar que la repugnancia a considerar extinguido el acto se relacionaba en la especie con la prohibición de anular actos administrativos que pesa en Italia (y en Uruguay) sobre los jueces judiciales: ver Giustizia civile, t. VI, I, p. 598 (Milano 1956). La observación es aguda; la cesación de la vigencia por modificación de elementos exteriores al acto no es una anulación, y

C. — QUE abierto el juicio a prueba y producida la certificada a fs. 47 se mandó alegar a las partes por su orden y en esa oportunidad la parte de Juan José Gómez Pons interpone la inconstitucionalidad contra el a. 12 del Decreto-Ley n° 10.388 (Estatuto del Funcionario) por su inconciliabilidad con los a. 60, 61 y 62 de la Constitución de la República; y, fundamentándola postula el oponente:

En Uruguay, la invalidez superveniente del acto administrativo no es congruente con la Sección XVII de la Constitución. La cesación de las condiciones de hecho que legitiman la vigencia de una norma, no produce la invalidez del acto que le dió origen, sino que produce la obligación de revocarlo ex nunc (abrogarlo). El interesado podrá defenderse mediante el art. 318; si recurriera directamente al art. 317, se vería oponer la firmeza del acto impugnado (22). Y la cesación de las normas de derecho que legitiman la vigencia del acto, no produce la invalidez sino la modificación automática del orden jurídico y eventualmente la obligación de declarar extinguido el acto en interés de la certeza jurídica.

12. — La tercera etapa está constituida por soluciones propias del derecho constitucional. La ley contraria a una Constitución resultará calificada con criterios especiales, que la incluirán en categorías especiales, entre las que viene a jugar la de la inconstitucionalidad. La inconstitucionalidad es así una categoría jurídica del mismo género que la invalidez: un status propio de algunos actos ilegítimos, que se traduce en una peculiar debilitación de la eficacia formal del acto (23).

La debilidad de la eficacia formal consiste en la existencia de medios, adicionales a los corrientes, de disminuir o eliminar dicha eficacia; o bien en su disminución de pleno derecho.

Aquellos medios adicionales pueden tender a la producción de varios efectos, entre los cuales son frecuentes la anulación, la abrogación y la inaplicabilización.

La anulación es la cesación de la eficacia material, y surte el mismo efecto que la supresión total de la vigencia, incluso anterior a la anulación.

La abrogación es la cesación de la vigencia, y no quita eficacia material a la norma abrogada, que seguirá cumpliéndose respecto de los hechos producidos durante la vigencia.

La inaplicabilización consiste en hacer posible y preceptiva la desaplicación de lo dispuesto por la norma, a algún caso concreto de su categoría.

Con la ayuda de los conceptos expuestos, pasamos a revisar la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, en un capítulo de cuya longitud pedimos excusas al lector.

puede ser reconocida como consecuencia de un hecho superveniente por cualquier órgano; en cambio, la cesación de la eficacia, o la supresión retroactiva de la vigencia, coincide con la anulación del acto.

(22) CASSINELLI MUÑOZ, Recurso erróneo contra un acto administrativo firme, en el presente tomo de La Revista, p. 36, §§ 1, 2, 8 y 13.

(23) Supra, § 7 y llamada 13.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo por sentencias dictadas el 28 de junio y el 2 de setiembre de 1954, en los autos: "DI LORENZO, P. con CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNO" y "MALLARINI, Mario y TRIANON, Eduardo con CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNO" (Rev. D.J.A., t. 52, págs. 191 y 196, respectivamente), declaró que el a. 12 del Decreto-Ley n° 10.388 "se ha extinguido frente a los a. 60 y 61 de la Constitución, perdiendo definitivamente por consiguiente, toda su fuerza y vigor en el instante mismo en que aquélla entró en vigencia" pues sobre la materia disciplinada por esa disposición legal, "la actual Constitución ha establecido un distinto ordenamiento jurídico, en sustitución del que regía entonces, sin perjuicio de su complementación en el porvenir, conforme a la Carta Fundamental" (en la primera parte de las sentencias mencionadas); y que, "la inaplicabilidad del a. 12 al caso considerado, está fundada, no en su invalidez por ilegitimidad constitucional, sino en su inexistencia por derogación expresa por el mismo Constituyente" (aclarando aquí el oponente de la inconstitucionalidad que cree se haya querido decir derogación tácita, porque en ninguna parte de la Constitución se menciona el a. 12 para declararlo expresamente derogado, lo que a su juicio, tiene gran importancia). El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, consecuente con esa tesis, afirmó, implícitamente, su competencia para decidir "la inaplicabilidad del a. 12 del Estatuto, sin declaración previa de 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

III

LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA ANOTADA

13. — Antes de analizar los considerandos en que se funda el fallo que motiva esta nota de jurisprudencia, haremos referencia a la argumentación del actor, tan prolijamente expuesta en el resultando C, y a la posición del Fiscal de Corte, resumida en el resultando D.

El actor distingue dos modos de ser afectada la ley por una Constitución posterior: la derogación y la inconstitucionalidad. Y propone como criterio discriminante la circunstancia de que el contraste con la Constitución afecte totalmente el artículo legal, suprimiéndolo del ordenamiento vigente, o afecte tan sólo su aplicación a algunos casos ("concretos", agrega, favoreciendo la asociación mental con el art. 259 de la Constitución).

El criterio parece falaz; quizá ha surgido de dos fuentes: una, la elipsis de lenguaje del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al calificar de "inexistente" la norma cuestionada (24); otra, la distinción que floreció en Italia entre normas constitu-

(24) Lo inexistente es la parte de vigencia de la norma, posterior a la entrada en vigencia de la norma opuesta. La misma elipsis aparece en casi todos los artículos sobre la materia, y especialmente en la enérgica discordia de Macedo a la sentencia comentada.

para declarar la inexistencia de la ley derogada, como si se tratara de la derogación de una ley ordinaria anterior por otra posterior de la misma especie".

En esas dos sentencias, sostiene el oponente de la inconstitucionalidad, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha declarado derogado el a. 12 del Decreto-Ley n° 10.388, eliminado definitivamente y absolutamente del ordenamiento jurídico vigente, ya que no otra cosa puede significar declarar la inexistencia de dicha norma legal. Y en mérito a esa comprobación de inexistencia y no de inconstitucionalidad, es que se declara competente para resolver su inaplicabilidad y su sustitución por la disposición constitucional, inmediatamente preceptiva, que ha venido así a integrar, por manifiesta voluntad del constituyente, el Estatuto del Funcionario.

cionales con efecto derogatorio y normas con efecto meramente invalidante (25).

Veamos si resiste al análisis científico la idea de que mientras la oposición total vuelve inexistente la norma, la oposición parcial "implica que la norma persiste en el orden jurídico positivo, y que sólo se trata de su inconstitucionalidad o constitucionalidad en determinados casos concretos".

El problema ha de resolverse atendiendo a la dualidad vigencia-eficacia material. Si la derogación total de una ley es quitarla del conjunto de las reglas vigentes, no es eliminarla de la clase de las reglas materialmente eficaces, puesto que normalmente la derogación no se retrotrae: corta la parte futura de vigencia, pero deja intacta la parte anterior; y habrá muchos casos en que, después de haber sido derogada, la regla deberá aplicarse en función de hechos ocurridos durante su vigencia.

De modo que, normalmente, la derogación total (y la parcial a fortiori) no equivale a la desaparición de la ley derogada, sino a su modificación. Modificación que, en el caso de la derogación total, afecta la categoría sobre que dispone la ley, reduciéndola en extensión temporal.

No es pues contradictoria la tesis del Tribunal (26) cuando afirma que respecto de los funcionarios del Estado el art. 12 de la ley 10.388 está derogado (eliminado del orden jurídico

(25) La distinción tiene en cada autor matices diferentes. In-fra, § 14. Como lo hace notar THOMAS, Die ersten Urteile des italienischen Verfassungsgerichtshofs, en Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, t. 17, p. 649 (Stutt-gart 1957), esta construcción sirvió en Italia para revisar la jurisprudencia anterior sobre el alcance de muchas normas constitucionales, que la Corte di Cassazione consideraba meramente programáticas y que en realidad tenían efecto vinculante, sin poner de manifiesto la discrepancia: en vez de decir que era erróneo calificar cierto precepto de mero programa, la Corte Costituzionale pudo decir que si bien era programático y por ende no derogante, era suficiente para fundar una declaración de ilegitimidad constitucional, porque algunas disposiciones programáticas tenían efecto invalidante.

(26) Sentencia N° 44 de 19 de agosto de 1955, en autos "Pastorini, Juan Antonio c. Gobierno Departamental de Florida (Intendencia Municipal), acción de nulidad", que La Revista publicará en un próximo número.

Considera que la solución en la práctica y a los efectos de la certidumbre del derecho, debe ser aceptada, pero una vez aceptada, debe ser llevada a sus últimas e inevitables consecuencias jurídicas, no debiendo en tales casos, la decisión judicial, rozar la competencia de la Suprema Corte; los Jueces, sostiene, están autorizados para declarar la inexistencia — pues en cuanto inexistente una norma no puede ser objeto del contralor de constitucionalidad —; es inaplicable erga omnes; pero lo que está vedado al Juez o Tribunal del proceso, es la interpretación, en cada caso, del grado de adecuación de la ley anterior al texto constitucional posterior, porque eso implica que la norma persiste en el orden jurídico positivo, y que sólo se trata de su inconstitucionalidad o constitucionalidad en determinados casos concretos, y esto sólo lo puede realizar la Suprema Corte por expresa voluntad constitucional.

En reciente sentencia del mismo Tribunal de lo Contencioso

vigente) y a la vez, que respecto de los funcionarios del Gobierno Departamental está vigente. La nueva Constitución habría derogado parcialmente aquel artículo, modificando la categoría sobre que disponía, en el sentido de reducirla eliminando de ella los ascensos de funcionarios centrales que se produzcan después de 1952 (27).

Pero además, nuestro artículo 329 constitucional ha enfocado el problema con luminosa intuición, adelantándose a la técnica jurídica de su época (el art. 329 es casi igual desde 1830).

En efecto: en vez de adoptar una visión destructiva del impacto de las nuevas normas sobre las antiguas, declarando derogadas las que se opusieran al nuevo orden, enfocó el fenómeno del lado constructivo, con la mejor técnica, como efecto modificativo, adaptador de la legislación antigua a la Constitución nueva (28):

Decláranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido, en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a la presente Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo.

Las leyes anteriores, pues, no desaparecen ni se vuelven inconstitucionales. Ni inexistencia superveniente, ni inconstitucionalidad sucesiva. Las leyes anteriores persisten en cuanto no se opongan, por su contenido — "materias y puntos" (29) — a la

(27) Nuestra afirmación de que no existe la contradicción denunciada no significa que compartamos la tesis de la sentencia en mayoría; nuestra opinión sobre el fondo del asunto coincide con la de los miembros discordes LARGHERO y GARICOÏTS, y será fundada en una nota de jurisprudencia de próxima publicación.

(28) La fórmula derogatoria fué usada, por ejemplo, en el Statuto italiano de 1848: "Ogni legge contraria al presente Statuto è abrogata" (art. 81). La fórmula de nuestra Constitución aparece también en otras, como por ejemplo, la alemana de 1919.

(29) El art. 329, al mentar las "materias y puntos" muestra claramente que actúa sobre el contenido de las leyes anteriores sin tomar en cuenta ni el procedimiento ni el designio con que hayan sido dictadas en su tiempo.

Administrativo, dictada en los autos PASTORINI con GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE FLORIDA, con la discordia de los Ministros doctores Larghero y Garicoïts, ha venido éste a contradecir sus propias conclusiones anteriores, pues admite ahora que no se trata ya de derogación o inexistencia del a. 12 del Estatuto; dicha norma subsistiría como tal en el ordenamiento positivo, integrando el Estatuto del Funcionario, y únicamente habría considerar inconstitucional su aplicación a los funcionarios presupuestados de la Administración Central, pues tal es lo que significa declarar "la sobrevivencia del mismo con respecto a otro de los sectores aplicables (a. 40) como son los funcionarios municipales".

Ante ello, sostiene el oponente de la inconstitucionalidad, que no pueden disimularse las graves consecuencias que proyecta esa última sentencia, pues, o bien el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha declarado la inconstitucionalidad de la norma legal cuando se trata de su aplicación a determinados casos excediéndose de sus potestades e invadiendo la esfera de competencia de la Suprema Corte privativa y originaria, o esa sentencia incurre en flagrante inconstitucionalidad al pretender aplicar

nueva Constitución o a las leyes ordinarias posteriores. Y en lo que se opongan, quedan cercenadas por la nueva Constitución (30).

No es congruente emparejar el dúo oposición total-oposición parcial con el binomio extinción de la norma-desaplicación en casos especiales. En uno y otro caso existe modificación del contenido de la norma, y en uno y otro caso la norma será aplicable a los hechos de su categoría (tal como quedó modificada) y será inaplicable a los hechos que no integren su categoría.

Que frente a estos últimos hechos no se aplique la norma, no quiere decir que se la desaplique en el sentido técnico de la palabra: desaplicación significa exclusión de un caso de la categoría (tal como quedó modificada).

Estas razones alcanzan por igual a las dos especies que se pretende separar.

14. — Y nuestro pensamiento roza aquí la otra fuente posible de la distinción del actor: la partición italiana entre normas con "eficacia abrogante" y normas sin tal efecto.

(30) GROS ESPIELL, en la nota citada en llamada 2, dice que la pérdida de la fuerza y vigor de las leyes anteriores cuyo contenido se oponga directa o indirectamente a la nueva Constitución, se desprende de una interpretación a contrario sensu del art. 329. En rigor técnico, no existe allí interpretación a contrario. La ley cuyo contenido pugna con la Constitución, permanece en su "fuerza y vigor" en cuanto no se oponga, es decir, en cuanto no se trate de regir casos regulados en distinta forma por la Constitución. Permanece pues la ley vieja, pero sólo en cuanto no se oponga; queda modificada, adaptada al nuevo régimen, en forma automática; y esta adaptación, en el caso extremo de incompatibilidad total, consiste en la supresión de la vigencia posterior a la nueva Constitución. De modo que la derogación no es un caso contrario, no previsto en el art. 329, sino el caso extremo, cubierto por el texto, en que la ley permanece eficaz pero con vigencia reducida al pasado.

una norma inexistente ya que se considera con potestad para revivir una norma ya extinguida y que es más de lo que podría hacer el propio legislador nacional o municipal — que ya no puede volver a dictar una norma con el mismo contenido del citado a. 12 que consagra la más absoluta arbitrariedad en la provisión de vacantes.

Estima que la disyuntiva es de hierro: o el a. 12 ha sido abolido y ya nadie lo puede revivir, o tiene vigencia y sigue integrando el ordenamiento positivo, y sólo se trata de determinar — en algunos casos concretos, si es o no conciliable con la Constitución, y éste es asunto que corresponde decidir, únicamente, a la Suprema Corte de Justicia. Lo que ningún órgano jurisdiccional puede establecer, es que, una disposición legal ha sido derogada, y al mismo tiempo que persiste y tiene vigor. El supuesto jurídico que legitima la actuación del Tribunal de lo Con-

El discrimen entre ambas categorías presenta variantes propias de cada autor, desde aquellos que la reducen a la distinción entre reglas programáticas y preceptivas (31), hasta aquellos que hablan de normas de principio y normas específicas (32), o de normas de eficacia inmediata o diferida, o normas dirigidas al legislador y normas dirigidas a la administración y a los súbditos.

Es explicable la importancia que se da en Italia a estas distinciones, porque la Constitución de 1947 deja abierto el problema de su aplicación inmediata, pues sólo trae soluciones para casos especiales, en los que, precisamente, opta por diferir la vigencia de los nuevos textos, o subordinarla a la reglamentación legal.

Nuestra Constitución, en cambio, ha puesto cada vez más énfasis en su aplicación sin intermediarios. Actualmente es la Constitución que sepamos con más vocación de efectividad. Ello está implícito en todo el ordenamiento, pero resalta especialmente en los artículos 329 y 332. La inercia legislativa que entre nosotros demoró, por ejemplo, la utilidad del art. 271 de la Carta de 1934, ha sido eficazmente contrarrestada por los arts. 329, 332, J, K, L, M y N de la Carta vigente.

(31) La Corte di Cassazione italiana (siguiendo a su primo presidente EULA) distingue entre normas programáticas, normas preceptivas de aplicación diferida y normas preceptivas de aplicación inmediata, reservando el efecto abrogatorio a las últimas, y dejando que la Corte Costituzionale resuelva la cuestión de si las otras dos especies de normas coliden con la Constitución. Esta actitud de la Corte di Cassazione ha sido muy bien criticada por ANDRIOLI, *Questione di illegittimità costituzionale manifestamente fondata?* en Rivista di diritto processuale, t. 11, II, p. 229. Léanse especialmente la llamada de p. 233-234 y el § 2, p. 235 (Padova 1956).

(32) La distinción entre normas de principio y normas específicas que propone LIEBMAN, *Invalidità e abrogazione delle leggi anteriori alla Costituzione*, en Rivista di diritto processuale, t. 11, II, p. 161 (Padova 1956), es la consecuencia de querer encasillar la derogación ope constitutionis en el artículo 15 de las "Disposizioni sulla legge in generale" del codice civile de 1942. Las "normas de principio" no derogarían a las leyes anteriores porque *leges speciales per generalem non derogatur*. Pero es erróneo, porque el criterio de la derogación entre leyes ordinarias no es aplicable al caso: infra, § 29.

tencioso Administrativo, es completamente distinto al que obliga al conocimiento de la Suprema Corte, y al haber dictado esa última sentencia el Tribunal de lo Contencioso destruye el supuesto de las anteriores, dándose afirmación y negación de una competencia, lo que constituye una *contradictio in adjectio* lógicamente imposible y jurídicamente inadmisibles. La discordia del doctor Garicoïts — dice — restablece las cosas en su lugar y mantiene las consecuencias lógicas y jurídicas del planteamiento de las anteriores sentencias del Tribunal de lo Contencioso, pues como lo estableció "el Estatuto del Funcionario que existe actualmente y que debió ser aplicado por el Intendente de Florida en el nombramiento que se discute, es el Estatuto del Funcionario, sin el artículo 12, es decir, sin la facultad de la designación directa para el cargo de que se trata. Correspondía, de acuerdo con los a. 60-61 de la Constitución, ya citados, llenar el puesto por ascenso. Obsérvese que la derogación del artículo 12 del Estatuto del Funcionario y la disposición del a. 62 de la Constitución, más arriba citado, entran en vigencia simultáneamente, en el momento mismo en que empieza a regir la Constitución. Es decir que cuando el Intendente hizo el nombramiento impugnado ya no

a) Las normas programáticas (por ejemplo, el art. 43) no derogar el régimen legal anterior, pero, por las mismas razones, tampoco lo vuelven inconstitucional (33). Por lo general, estas normas regulan el designio que han de tener las leyes, y su valor se relaciona con el problema de la desviación de poder legislativo (34).

b) Las normas de vigencia diferida (por ejemplo, el art. G) no producen la derogación inmediata de las leyes anteriores, pero tampoco las vuelven inconstitucionales. En la fecha señalada cesa la vigencia de las leyes anteriores, como lo prevé expresamente la disposición transitoria G de la Constitución (35), sin que haya lugar a ningún problema de inconstitucionalidad.

(33) Sin perjuicio de que una vez cumplido el programa por el legislador, el artículo programático pueda invocarse para sostener la inconstitucionalidad de una ley que derogara la ley programada.

(34) Infra, llamada 36.

(35) El art. G de la Constitución dice: "Las normas referentes a los Gobiernos Departamentales establecidas en la Sección XVI se aplicarán a partir del 15 de febrero de 1955, salvo en todo lo que se relaciona con las elecciones de los primeros Concejos y Juntas Departamentales. Hasta esa fecha quedan en vigencia todas las actuales disposiciones relativas al Gobierno y Administración de los Departamentos. Las actuales Juntas Departamentales fijarán antes de la fecha de las próximas elecciones, las dotaciones de los miembros de los primeros Concejos Departamentales". La oración que hemos subrayado pospone el efecto derogatorio (o modificador) de la Sección XVI sobre las normas referentes a los departamentos (sean constitucionales, legatarios o reglamentarias). Alguien observó que interpretada a contrario, dicha oración derogaría estas normas desde el 15 de febrero de 1955, aunque no se opusieran a los nuevos textos, produciendo un vacío normativo; pero no corresponde aquí la interpretación a contrario sensu. Desde dicha fecha, todas aquellas normas siguen en vigencia en todas las materias y puntos que no se opongan a la nueva Sección XVI.

existía el artículo 12, de modo que, en la designación debió haber aplicado — como se ha dicho — las reglas del ascenso".

Sienta el recurrente las siguientes conclusiones:

1) El a. 12 del Estatuto del Funcionario ha sido eliminado del ordenamiento jurídico positivo, y ha sido sustituido por los a. 59, 60, 61 y 62 de la Constitución, según sean sus destinatarios;

La comprobación de la inexistencia excluye la declaración de inconstitucionalidad en relación con el sector de funcionarios de la Administración Central;

2) Ninguna autoridad pública tiene potestades para revivir una norma abolida por la Constitución. Ello implicaría una flagrante inconstitucionalidad del carácter más grave;

3) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, una vez que ha declarado la "inexistencia" del a. 12 del Decreto - Ley nº 10.388, por decaimiento provocado por la entrada en vigencia de la Constitución posterior, no puede, legítimamente, pretender aplicarlo a ninguna relación funcional;

4) Si el a. 12 pervive y tiene vigencia para alguno de los destinatarios del Decreto - Ley nº 10.388, se trata entonces de que, bajo el pretexto de derogación, se ha declarado su inconstitucionalidad con respecto a los funcionarios presupuestados de la Administración Central, por violatorio de lo dispuesto en el a. 60 de la Constitución;

5) En base a la tesis de inexistencia, que es la que estima cierta, el acto administrativo de provisión del cargo vacante en la Administración Departamental de Colonia que se impugna, hecha en forma de designación directa y con violación de las reglas del ascenso y garantías de la carrera, debe ser anulado por el Tribunal por ser violatorio de la regla de derecho contenida en el a. 62 de la Constitución;

6) En base a la tesis de supervivencia, su flagrante inconstitucionalidad frente a los a. 62 y 60, debe ser previamente declara-

c) *Las normas dirigidas al legislador — fuera de las meramente programáticas —, si prescriben determinado contenido de las leyes, pueden configurar una oposición indirecta con las leyes anteriores, pero en principio no hay contraste actual. A falta de texto expreso, por lo tanto, estas disposiciones sólo podrían invocarse contra los legisladores o contra el Estado legislador, a quien tocan directamente, y no frente a las leyes ya dictadas. No producirían pues, frente a dichas leyes, ni derogación ni inconstitucionalidad. Pero, en Uruguay existen dos textos expresos, los artículos 329 y 332, que cambian la solución. El primero agrega a la hipótesis de oposición directa, la oposición indirecta; el segundo, para determinados casos, prescribe la manera de integrar el régimen legal cuando las leyes anteriores son insuficientes para el nuevo régimen constitucional, prescindiendo de la inercia legislativa.*

De modo que en Uruguay, las leyes anteriores persisten en tanto cuanto su contenido no se oponga a las normas constitucionales, sea en virtud de colisión directa, sea en virtud de preceptos sobre el contenido de las leyes que hayan sido dirigidos al legislador.

rada por la Suprema Corte de Justicia, para luego procederse a la anulación del acto administrativo.

La posición sustentada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declarando la vigencia y validez del a. 12 del Estatuto para los funcionarios dependientes de los Gobiernos Departamentales, le obliga a plantear la inconstitucionalidad por razón de fondo y para ante esta Corte, por vulnerar esa disposición legal los principios de aplicación inmediata contenidos en el a. 62 de la Constitución y que aseguran a los funcionarios municipales las mismas garantías de la carrera administrativa y del ascenso consagradas por los a. 60 y 61 de la misma Carta Fundamental.

D. — QUE el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, atento a la cuestión de inconstitucionalidad planteada y de conformidad con lo dispuesto por el a. 258 de la Constitución suspendió los procedimientos y dispuso la remisión de los autos a la Corte, y una vez elevados, se confirió traslado de la inconstitucionalidad al señor Fiscal de Corte, quien para mejor dictaminar, consideró indispensable tener a la vista la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en los autos PASTORINI con GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE FLORIDA y a que alude el promotor de la inconstitucionalidad, así como de las discordias de los señores Ministros doctores Larghero y Garicoits también referidas por aquél, solicitando se recabe copia auténtica de la sentencia y de las discordias referidas, a lo que la Corte accedió, y elevadas volvieron los autos para el traslado al señor Fiscal de Corte, y evacuándolo aconseja se declare la inconstitucionalidad y por ende la inaplicabilidad en el caso de la disposición legal impugnada, sosteniendo:

a) uno de los problemas planteados, para el caso de llegar a la conclusión de que se da colisión entre el a. 12 del Estatuto del Funcionario y los a. 60-61 de la Constitución, es el concerniente a determinar si hay derogación o inconstitucionalidad, toda vez que la norma legal es anterior a la Constitución, en su vigencia en el tiempo. Sobre este aspecto considera técnicamente irrefutable la afirmación del doctor MARTIN C. MARTINEZ que lo consideró "un problema sin sentido". Si la inconstitucionalidad de la ley consiste en el vicio de haber quebrantado ésta — en la forma, en el fondo o en el designio — algún precepto

Esta observación tiene por efecto equiparar, en el derecho uruguayo, el conflicto normativo material por razón de contenido con el conflicto formal por razón de contenido. La equiparación juega tanto cuando se estudia la derogación de un texto anterior, como cuando se estudia la inconstitucionalidad de una ley posterior. Respecto de la derogación, esta equiparación se manifiesta en la frase "directa o indirectamente" del art. 329; respecto de la inconstitucionalidad, ella justifica la indistinción del art. 256 entre las dos especies de conflicto por razón de contenido.

15. — El Fiscal de Corte, cuyo dictamen está relatado en el apartado a del resultando D, comienza por admitir que la inconstitucionalidad de una ley anterior a la Constitución con la cual se la mide, es un problema sin sentido, porque "la inconstitu-

constitucional al cual ha debido ceñirse, resulta algo realmente evidente que de ese vicio (que provoca el impacto de la ley en la Constitución, no el de ésta en aquélla) únicamente puede adolecer la ley frente a una Constitución ya vigente en el momento de ser ella promulgada, y por lo tanto, de una Constitución anterior a la ley. Aparte de que una elemental regla de razón hace imposible entender y hasta concebir que una ley haya incurrido en el quebrantamiento de una norma constitucional, cuando la norma pretendidamente violada no existe. No es correcto, pues, jurídicamente, definir ese conflicto como suscitando un problema de inconstitucionalidad, pues la propia enunciación de tal situación evidencia que sólo puede suscitarse un problema de derogación de la ley por la Constitución, o de vigencia de la ley, pues es siempre de derogación o de vigencia de la ley la cuestión que se plantea cuando a una norma legal en vigor sobreviene otra que le es contrapuesta: cuando una ley nueva contradice a otra anterior. No se ve por qué ha de descaracterizarse el conflicto entre la norma nueva y la norma vieja, perdiendo su verdadera y propia naturaleza de conflicto de vigencia de la ley, para asumir otra distinta, en virtud, exclusivamente, de que en lugar de pertenecer las dos a leyes ordinarias, la anterior perteneciera a una ley ordinaria, y la posterior a una Carta Constitucional, pues esta circunstancia, por sí sola, no afecta a la identidad de ambos conflictos, que siguen conservando una misma y única naturaleza común, aunque por su carácter constitucional, el precepto más reciente sume, a la fuerza derogatoria que toda ley posee, la mayor energía de este Poder, emergente de la universalidad de la regla constitucional, de su natural preeminencia en el orden de la jerarquía jurídica e instrumental de las normas, todo lo cual determina la prevalencia de la última sobre la primera, en mérito de lo que ha de reputarse que, frente a aquélla, ésta perdió definitivamente toda su fuerza y vigor desde el instante mismo en que debió producirse la coexistencia de las dos. Pero si bajo ese aspecto estima irreprochable la aseveración

cionalidad de la ley consiste en el vicio de haber quebrantado ésta — en la forma, en el fondo o en el designio ⁽⁸⁶⁾ — algún precepto constitucional al cual ha debido ceñirse". El problema planteado es, pues, de derogación y no de inconstitucionalidad.

⁽⁸⁶⁾ Es discutible si en Uruguay el quebrantamiento del designio (desviación de poder legislativo) permite solicitar la declaración de inconstitucionalidad. El artículo 256 parece excluir el tenido; a no ser que entendamos que el vocablo "contenido" está utilizado en forma impropia, abarcando a la vez el fondo y el designio. La cuestión se ha debatido en Italia, con motivo del alcance de la frase "illegittimità costituzionale", pero la polémica italiana está teñida en parte de consideraciones políticas: CALAMANDREI, Corte costituzionale e autorità giudiziaria, en Rivista di diritto processuale, t. 11, I, p. 52 (Padova 1956); ID., La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo costituzionale delle libertà, p. 136, llamada 400 (Milano 1955); ESPOSITO, Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, en Rivista di diritto processuale, t. 5, I, p. 302 (Padova 1950); GIANNINI, L'illegittimità degli atti normativi e delle norme, en Rivista italiana per le scienze giuridiche, t. 90, p. 39 (Milano 1954); GUARINO, op. cit., p. 381; PALADIN, Osser-

del ilustre Maestro citado, no ocurre lo mismo en lo concerniente a la solución que da en definitiva al problema encarado, por las consideraciones que expone y que si no son enteramente coincidentes con las desarrolladas por el doctor MASSERA, conducen, en el orden práctico a una conclusión que, en lo esencial, no difiere de la por éste sentada al respecto. En primer lugar porque, aún cuando en el plano de la teoría el instituto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes se configura, de una manera general, como un resorte de garantía contra los actos de extralimitación funcional del P. L., estima innegable que, con sujeción a nuestra preceptiva constitucional, la gestión respectiva está autorizada y la jurisdicción especial para conocer de ella instituida, no exclusiva ni principalmente con el objeto de impedir se tenga por vigente una ley que pueda ser juzgada inconstitucional en sí misma, por razón textual estricta, desde su emisión. La finalidad de la autorización y creación jurisdiccional referida es, esencialmente, otra mucho más concreta y efectiva: la de hacer imposible, en cualquiera de los procedimientos mencionados en la Carta, la actuación de una ley que adolezca de una inconstitucionalidad real, es decir, de una ley cualquiera respecto de la cual, en el momento del fallo, pueda juzgarse que, de ser aplicada, contravendrá ineludiblemente a la Constitución; en otras palabras: la aplicación concreta y efectiva de esa ley. De suerte que, tratándose de una ley dictada conforme a la Constitución vigente a su promulgación y contradicha por un texto de otra Carta Constitucional promulgada más tarde, debe reconocerse que si bien es cierto que ella no puede ser objeto de impugnación de inconstitucionalidad en cuanto a su texto, puede serlo, en cambio, en cuanto a su aplicación posterior a la vigencia de la Constitución superveniente. Y, en segundo lugar, porque debiendo tenerse como principio consagrado constitucionalmente, el de que la Suprema Corte es el único Juez de la interpretación de la Constitución en los casos concretos, toda alegación o tacha de una ley que implique un juicio de valor sobre la Carta (como generalmente lo implica la de que la aplicación de la primera violaría la última) priva del ejercicio de

Sin embargo, el Dr. Abadie Santos aduce dos razones para sostener que, no obstante estar fuera de un problema de inconstitucionalidad de la ley, el órgano jurisdiccional está privado de resolverlo y debe estar a la decisión de la Suprema Corte de Justicia. Esas dos razones son:

a) El capítulo IX de la Sección XV no tiene por objeto principal impedir que se tenga por vigente una ley inconstitucional "en sí misma, por razón textual estricta", sino hacer imposible "la aplicación concreta y efectiva de esa ley" en oposición al orden constitucional vigente "en el momento del fallo".

vazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario, en Rivista trimestrale di diritto pubblico, t. 6, p. 993 (Milano 1956); AZZARITI, Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi, en Rivista di diritto processuale, t. 5, I, p. 200-204 (Padova 1950); RESTA, La legittimità degli atti giuridici, en Rivista trimestrale di diritto pubblico, t. 5, p. 28 (Milano 1955); PERGOLESI, Diritto Costituzionale, p. 377 (Padova 1955).

su jurisdicción en la causa, a este respecto, a los jueces de la misma y transfiere el conocimiento de la cuestión así planteada a la jurisdicción extraordinaria de la Suprema Corte de Justicia. Entiende, pues, el Fiscal, que no apareja promoción de incidente de inconstitucionalidad de la ley, la alegación de no ser aplicable ésta en el caso concreto, por haber sido objeto de abrogación o derogación expresa por una Constitución posterior, en razón de que la determinación de ésta sólo demanda la comprobación objetiva de la existencia de la norma derogatoria, y en ningún caso una interpretación constitucional; pero que, en cambio sí, la comporta, con los efectos jurisdiccionales expresados, la alegación de que la ley debe ser declarada inaplicable porque su aplicación será violatoria de la Constitución vigente en el momento de hacerse efectiva (sea la Carta de promulgación anterior o posterior a la ley); e, igualmente provoca el incidente

Se trata de la distinción, esbozada por el actor, entre el contraste de la ley con la Constitución (que se resuelve con la teoría de la derogación) y el contraste con la Constitución de una aplicación concreta de la ley.

b) La distinción entre contraste con la ley y contraste con la aplicación concreta de la ley en el momento del fallo, por sí sola, no conduciría a la subsunción de este caso en el procedimiento y en la competencia especiales del capítulo IX. Por eso es esencial, en el razonamiento del Procurador General de la Nación, la segunda razón que expone:

"...porque debiendo tenerse como principio consagrado constitucionalmente, el de que la Suprema Corte es el único juez de la interpretación de la Constitución en los casos concretos..."

Esta afirmación empezó a circular ya desde los primeros comentarios a la Constitución de 1934, y ha sido recogida incluso por intérpretes de la ilustración del Dr. Abadie Santos. Pero la Suprema no es el único juez de la interpretación de la Constitución en los casos concretos; en cada caso concreto, el juez de la causa debe interpretar la Constitución, ora para darle directa aplicación, ora para verificar si las leyes aplicables son constitucionalmente regulares. El recinto exclusivo y originario de la Corte sólo aparece cuando se solicita la declaración de inconstitucionalidad para desaplicar actos legislativos, y cuando se den las hipótesis de los arts. 239 y 313 (37).

"...toda alegación o tacha de una ley que implique un juicio de valor sobre la Carta (como generalmente lo implica la de que la aplicación de la primera violaría la última)... transfiere el conocimiento de la cuestión así planteada a la jurisdicción extraordinaria de la Suprema Corte de Justicia".

La presentación de esta oración como consecuencia de la anterior obliga a entender que "juicio de valor" es un giro de len-

(37) Infra, § 43 (a). En el Consejo de Estado (La reforma constitucional de 1942, Montevideo, 1946, p. 272 y 328) se agregó la competencia de la Suprema Corte de Justicia para entender en las contiendas de competencia basadas en la Constitución, siguiendo una sugerencia del profesor CARBAJAL VICTORICA. Este proponía un artículo así: "Toda contienda sobre compe-

en cuestión, la pretensión de la desaplicación de la ley formulada a través de la simple alegación de haber sido ésta abrogada o derogada tácitamente por una Constitución posterior, porque tal comprobación impone ineludiblemente un juicio de interpretación valoratorio de la Constitución.

b) La carrera administrativa de la Administración está consagrada en los a. 60 y 61 de la Constitución, en tanto que, el a. 62 de la Carta Fundamental preceptúa que mientras los Gobiernos Departamentales no sancionaren sus Estatutos de acuerdo con las normas contenidas en los a. 60 y 61, "...regirán para ellos las disposiciones que la ley establezca para los funcionarios públicos". En Colonia, no se ha dictado Estatuto para los funcionarios municipales por cuyo mérito debe regir el Decreto-Ley nº 10.388, pero evidentemente el a. 12 de éste colide con los a. 60 y 61 de la Constitución, toda vez que por la vía oblicua de la designación directa que hace posible la norma del mencionado a. 12 se obstaculiza la justa carrera administrativa consagrada in genere por los a. 60 y 61 de la Constitución vigente en cuanto se racionaliza al amparo de reglas de ascenso, consecuencia jurídica claramente extensible también a los funcionarios municipales. Y, es natural y obvio que la aludida colisión de textos materializa, no una situación de derogación de la ley anterior por la Carta de vigencia posterior, sino una situación de inconstitucionalidad lisa y llana.

E. — QUE los autos pasaron a estudio por su orden y se convocó para sentencia, y habiendo solicitado oportunamente el promotor de la inconstitucionalidad señalamiento de audiencia para que su Letrado informara in voce, una vez cumplido el pasaje a estudio, así lo dispuso la Corte señalando al efecto audiencia, la que se efectuó como lo ilustra la constancia de fs. 106, acordándose con posterioridad, esta sentencia.

guaje que significa "interpretación que requiera captar matices de significado"; y agregamos esto de los matices porque el Fiscal distingue de inmediato entre la derogación expresa, que no demandaría interpretación constitucional (adde: "opinable", pues

tencias basadas en la Constitución, será resuelta por la Suprema Corte de Justicia. / Toda contienda sobre competencias de administración pública, basadas en la legislación, será resuelta por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo". El artículo aprobado se justificaba así en el informe redactado por el profesor AMEZAGA: "En primer término se establece que en las contiendas sobre competencias basadas en la Constitución entenderá la Suprema Corte de Justicia, aún después de ser creado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por ser la Suprema Corte la autoridad que debe resolver las cuestiones sobre constitucionalidad en los casos particulares que se presentan. Quedan así, causa de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los conflictos sobre competencia basados sobre la legislación". El error del gran civilista desaparecido es evidente: ni las contiendas de competencia son cuestiones de constitucionalidad, ni es la Suprema el órgano que entiende en todas las cuestiones de constitucionalidad. Además, debatiéndose una contienda fundada en la legislación, pueden surgir cuestiones de constitucionalidad, e incluso podrá el Tribunal solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley en que se funde una de las pretensiones de competencia.

CONSIDERANDO: I. — QUE la cuestión de inconstitucionalidad planteada se relaciona con el derecho al ascenso de los funcionarios dependientes de los Gobiernos Departamentales, sosteniéndose en síntesis la incompatibilidad entre el régimen establecido por los a. 12 y 40 del Decreto-Ley nº 10.388 del 13 de febrero de 1943, de Estatuto del Funcionario, con las disposiciones de los a. 60, 61 y 62 de la Constitución vigente.

Las disposiciones impugnadas de inconstitucionalidad del mencionado Decreto-Ley nº 10.388, disponen:

"Artículo 12. — Las vacantes de empleos de Dirección y Subdirección, cargos confidenciales o de particular confianza, Secretarios, Inspectores e Investigadores podrán ser provistas por designación directa y no se contarán en el porcentaje establecido en el artículo 7º.

"Los empleados que ocupen los cargos confidenciales o de particular confianza, serán amovibles.

"Artículo 40. — El presente Decreto-Ley es de aplicación obligatoria a los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, salvo los empleos diplomáticos, consulares, docentes, militares, navales, policiales, de institutos penales, bancarios y de judicatura, que se regirán por leyes especiales en vigencia o a dictarse".

Y, las disposiciones constitucionales con las que colidirían las recién transcritas del Decreto-Ley de Estatuto del Funcionario son:

"Artículo 60. — Establécese la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central, que se declaren inamovibles, sin perjuicio de lo que sobre el particular disponga la Ley por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara y de lo establecido en el inciso 3º de este artículo.

"Su destitución sólo podrá efectuarse de acuerdo con las reglas establecidas en la presente Constitución.

"No están comprendidos en la carrera administrativa, los funcionarios de carácter político o de particular confianza, estatuidos, con esa calidad, por Ley aprobada por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los que serán designados y podrán ser destituidos por el órgano administrativo correspondiente.

"Artículo 61. — Para los funcionarios de carrera, el Estatuto del Funcionario establecerá las condiciones de ingreso a la Administración, reglamentará el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad; las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección XVII".

"Artículo 62. — Los Gobiernos Departamentales sancionarán el Estatuto para sus funcionarios, ajustándose a las normas establecidas en los artículos precedentes, y mientras no lo hagan regirán para ellos las disposiciones que la Ley establezca para los funcionarios públicos.

interpretación siempre hay) y la derogación tácita (38). La tesis del Ministerio Público consiste pues en distinguir la

(38) La separación de la derogación expresa fué insinuada "con una certa perplessità" por CALAMANDREI, La prima sentenza della Corte Costituzionale, en Rivista di diritto processuale,

"A los efectos de declarar la amovilidad de sus funcionarios y de calificar los cargos de carácter político o de particular confianza, se requerirán los tres quintos del total de componentes de la Junta Departamental".

¿Coliden las disposiciones de los a. 12 y 40 del Decreto-Ley nº 10.388 de 13 de febrero de 1943, con los a. 60, 61 y 62 de la Constitución?

El a. 12 del Decreto-Ley nº 10.388, autoriza la provisión, por designación directa, entre otros cargos del escalafón administrativo, de los de Secretarios, y esa disposición ha sido extendida a los Municipios por el a. 40 del mismo Decreto-Ley.

Siendo así, estima la Corte que esa disposición legal es absolutamente incompatible con el a. 60 de la Constitución vigente que establece la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central, así como con el a. 61 que consagra el derecho al ascenso de los funcionarios de carrera, e igualmente con el a. 62 que reconoce expresamente esos mismos derechos para los funcionarios de los Gobiernos Departamentales.

En efecto: La Constitución vigente determina clara e inequívocamente, cuáles son los funcionarios que están comprendidos en la carrera administrativa, así como los que quedan excluidos de la misma; y a todos los funcionarios comprendidos en la carrera, les reconoce el derecho al ascenso.

Sólo quedan fuera de la carrera, conforme al inciso 3º del a. 60 de la Constitución, los funcionarios de carácter político o de particular confianza, estatuidos, con esa calidad, para la Administración Central por ley aprobada por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara y que serán así los únicos que podrán ser designados y destituidos por el órgano administrativo correspondiente, y los funcionarios de los Gobiernos Departamentales que sean estatuidos con esa calificación por los tres quintos del total de componentes de la Junta Departamental (inc. 2º del a. 62 de la Constitución).

Significa lo expuesto que, ni la ley para los funcionarios de la Administración Central, ni el Decreto que constituye el acto legislativo municipal (a. 273 parte inicial e inc. 1º y a. 260 de la Constitución), podrán excluir, en caso alguno, de la carrera administrativa a otros funcionarios que no sean de los mencionados en el inc. 3º del a. 60 de la Constitución, ya que es la propia Constitución quien ha determinado los casos en que la ley o el decreto municipal, con determinados requisitos formales, podrán excluir, de la carrera administrativa, a determinados funcionarios.

La carrera administrativa tiene, pues, existencia constitucional, con o sin ley o decreto municipal, y ese derecho debe ser respetado como un deber correlativo del Estado conforme a lo

derogación expresa de la derogación tácita, y reservar ésta al pronunciamiento de la Suprema, porque implica una interpretación

t. 11, II, p. 155 (Padova 1956). La distinción nos parece infundada, porque una derogación "expresa" puede también presentar problemas interpretativos opinables.

dispuesto en el a. 332 de la Constitución.

Por otra parte, los propios antecedentes de la reforma constitucional de 1951, imponen la misma solución. Ya en la exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional, se dijo:

"Como es notorio, los Partidos a que pertenecen los legisladores que suscriben, han considerado que existe suma conveniencia para el país en la adopción de reglas que modifiquen fundamentalmente algunas de las secciones de la Constitución actual, dando una nueva organización al Poder Ejecutivo y a los Gobiernos Departamentales, reforzando al mismo tiempo, la autonomía de éstos; estableciendo normas que regulen y garanticen la situación de los funcionarios públicos," etc. (Reforma Constitucional de 1951, t. 1 pág. 75).

En el informe de la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes, se expresa, al respecto:

"La Sección II ("Derechos, Deberes y Garantías"), manteniendo la actual capitulación, introduce variantes de importancia en uno de sus artículos, el 24, y agrega disposiciones fundamentales referentes al Estatuto del Funcionario..."

"... En efecto, los artículos 58 a 66 proyectados son nuevos y establecen las normas básicas del Estatuto, determinando las garantías de la carrera administrativa y abarcan a los funcionarios públicos.

"De manera que mientras el artículo 57 de la Constitución vigente establecía una norma genérica, dejando a la Ley la estructuración de un Estatuto, las disposiciones en estudio van mucho más allá; porque imperativamente se afirma la carrera administrativa, y aunque deja a la Ley la estructuración de un Estatuto completo, fija desde ya las bases que prevén, incluso el establecimiento de comisiones de colaboración en los Entes Autónomos, integradas con representantes del personal.

"No exageramos al subrayar que en estas disposiciones se encierra una de las valiosas conquistas del proyecto de ley constitucional en estudio".

"Señalamos especialmente que el régimen de inamovilidad, sólo podrá convertirse en el de la amovilidad, por la Ley, por mayoría absoluta de votos, y que las excepciones relativas a los funcionarios políticos o de particular confianza, sólo podrán también decretarse por ley, aprobada por mayoría absoluta de votos.

"De manera que, mientras en la actualidad la Ley llamada del Estatuto del Funcionario, deja amplios márgenes de discrecionalidad para el ascenso y para la definición de los funcionarios de confianza, por el actual proyecto, es la Constitución la que marca un criterio estricto que no permitirá a la Ley márgenes ni aún pequeños, ya que no habrá excepciones para la carrera administrativa, y los llamados «cargos de confianzas» habrán de enumerarse taxativamente y en un sentido muy restringido, tal como surge de la letra del artículo 59 del proyecto en estudio". (Op. y t. citados, págs. 618 - 619).

Y más adelante, analizando expresamente los artículos modificados por la Comisión, expresa:

"ARTÍCULO 60. — Este artículo da la base principal del Estatuto. Establece la carrera administrativa para los funcionarios públicos y su inamovilidad.

crítica de la Constitución. Pero el artículo 257 reserva a la Corte la competencia mentada en el art. 256, y éste habla de

"Las excepciones pueden ser de dos clases, pero ambas dictadas por la ley por mayoría absoluta de votos.

"Una excepción, es el régimen de amovilidad, que puede ser impuesto por la especial naturaleza de determinados servicios.

"La otra excepción, se refiere a los funcionarios de carácter político o de particular confianza. Pero la Constitución señala al respecto una garantía que impide toda burla al precepto de la carrera administrativa. Dicha garantía es la necesidad de que los cargos de confianza sean estatuidos en esa calidad, esto es, taxativamente, por la Ley aprobada por mayoría absoluta de votos. De esta manera se quita toda discrecionalidad en la enumeración de los cargos políticos o de particular confianza, al órgano administrador.

"ARTÍCULO 61. — Esta disposición es una adaptación del tercer apartado del actual artículo 57, y señala las condiciones que han de llenar el Estatuto del Funcionario, agregando la mención final a la Sección XVII, a fin de abarcar entre los recursos de que dispone el funcionario contra las resoluciones que lo afectan, el contencioso administrativo que se regula en el actual proyecto.

"ARTÍCULO 62. — Por esta disposición proyectada, las garantías del Estatuto se amplían a los funcionarios de Gobiernos Departamentales, ya que éstos deberán dictarlo, ajustándose a las normas precedentes y señalando que mientras no lo hagan, regirán las que la Ley establece para los funcionarios públicos de la Administración Central.

"La amovilidad y la calificación de los cargos de confianza, deberá dictarse por el órgano legislativo municipal, esto es, por la Junta Departamental, y por tres quintos de votos. Esta mayoría especial exigida, permite que la minoría representada intervenga en el Estatuto a dictarse" (Op. y t. citados, págs. 639 - 640).

Significa lo expuesto que, tanto los textos constitucionales correctamente interpretados, como la historia fidedigna de su sanción, autorizan a afirmar que la Constitución garantiza directamente la carrera administrativa de todos los funcionarios, así como que, tales garantías se amplían a los funcionarios de los Gobiernos Departamentales, a cuyos Gobiernos se encomienda dictar sus propios Estatutos pero con sujeción a las reglas fundamentales establecidas por la Constitución, y mientras tal no hagan dispone la aplicabilidad temporaria o temporal del Estatuto de los Funcionarios de la Administración Central, el que, a su vez, deberá ajustar igualmente a los principios declarados y reconocidos por los artículos 60 y 61 de la Constitución.

La Constitución ha establecido, en forma definitiva, la carrera administrativa y ha reconocido así esa conquista para el derecho de los funcionarios; y ha establecido esa carrera inmediatamente, sin que pueda concebirse lógicamente, ante afirmación tan categórica, la simple posibilidad de un lapso, que iría entre la vigencia de la Constitución y la de los Estatutos, en que no existiese esa carrera administrativa. Admitir que pueda suprimirse el ascenso o que pueda ser simplemente postergado hasta que se dicten los Estatutos del Funcionario de los Gobiernos Departamentales, significaría tanto como frustrar por vía de interpretación la clarísima finalidad de la Constitución en su artículo 60, dilatando por un tiempo que ni siquiera sería posible prever, la aplicación de los principios constitucionales de inmediata aplicación que garantizan y amparan los derechos

la declaración de inconstitucionalidad de las leyes: no habla de interpretación de la Constitución, ni separa entre interpreta-

de los funcionarios, pues bastaría con que los Gobiernos Departamentales nunca dictaran los Estatutos de sus Funcionarios para que se frustrara en su ejercicio ese derecho ampliamente reconocido por la Constitución, lo que rechaza el más elemental sentido de justicia. Y, si el Estatuto del Funcionario, contiene disposiciones como las de los artículos 12 y 40 del Decreto-Ley n° 10.388 debe reconocerse que, con ellas, se ataca clara e inequívocamente el régimen constitucional establecido para los funcionarios municipales. El régimen del a. 12 del Decreto-Ley n° 10.388 es absolutamente inconciliable con el régimen establecido por la Constitución vigente.

QUE no es de recibo la tesis que postula que la reforma del artículo 60 del proyecto primitivo, efectuada por el Senado al dictarse el proyecto de ley constitucional, haya sido inspirada en el propósito de excluir de las garantías constitucionales a los funcionarios de los Gobiernos Departamentales. La modificación realizada consistió en sustituir la expresión "FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA" contenida en el artículo 60 del proyecto aprobado por la Cámara de Representantes, por la actual de "FUNCIONARIOS PRESUPUESTADOS DE LA ADMINISTRACION CENTRAL".

Debe en primer término puntualizarse que la Constitución vigente, en vez de un Estatuto único, aplicable a todos los funcionarios, adoptó el sistema de los Estatutos múltiples: Administración Central, en el artículo 60; Gobiernos Departamentales, en el artículo 62; y Entes Autónomos, en el artículo 63; y mientras no se dicten esos Estatutos especiales continúan vigentes las normas legales anteriores en cuanto no coliden con las disposiciones específicas de garantía dictadas por la Constitución, por lo que, en interpretación racional, la modificación efectuada en el Senado al artículo 60 que se refiere a los funcionarios de la Administración Central, nada tiene que ver con las garantías reconocidas a los de los Gobiernos Departamentales por el artículo 62 de la Constitución.

Pero, además, aquí también la historia fidedigna de la modificación, lleva a esa misma conclusión (Reforma Constitucional de 1951, t. 3, págs. 154, 155, 157, 180, 695 y sigts. y 843), ya que, de la misma resulta:

a) al considerar la Comisión de Reforma del Senado, el artículo 60 del proyecto aprobado por la Cámara de Representantes, observa el senador Gallinal, que, de acuerdo con el texto, parecería que también se declara inamovibles a los actuales funcionarios eventuales, precarios y contratados, siendo a consecuencia de las dudas suscitadas por tal observación que se decidió que ese artículo pasara a estudio de una Subcomisión especial integrada por los doctores Cutinella, Echegoyen y Gallinal (págs. 102 - 103).

b) consta, en el acta n° 4 de la Comisión que, invitado por el señor Presidente el doctor Echegoyen, para exponer el informe de la Subcomisión sobre el artículo 60, éste manifestó que,

ción automática e interpretación más difícil. Por ello, y con el debido respeto a la ilustración del Fiscal de Corte, no nos pa-

"después de haber examinado el punto con algunos integrantes de la Comisión y con los señores Alvaro Vargas Guillemette y Renán Rodríguez, ha llegado a una conclusión que, en su concepto haría innecesario estudiar el punto en la Subcomisión. Expresa que el artículo 60, en su primer inciso, instituye la carrera administrativa y establece un carácter esencial de los funcionarios de la Administración Pública, al declarar que son inamovibles, sin perjuicio de la posibilidad de excepción que indica.

"Es una disposición de fondo, sustancialmente idéntica al artículo 158, inciso 15, de la actual Constitución. Su propósito no es el de modificar el carácter que, en este momento, tengan dichos funcionarios, desde ese punto de vista, de acuerdo con las leyes vigentes, atribuyendo a todos los que ahora tienen carácter de amovibles, la calidad de inamovibles, sino únicamente, disponer el régimen que se aplicará a partir de la vigencia del nuevo texto. Entiende — agrega — que, al referirse a la Administración Pública, no comprende a los que actúan en sectores administrativos sometidos, según este mismo proyecto de Constitución, a régimen especial, como los entes autónomos, en el sentido de la inamovilidad que supone la necesidad de venia del Senado para la destitución.

"Por otra parte, la amovilidad no significa ausencia de garantías; ningún empleado, aún teniendo ese carácter, puede ser separado sino por causa legítima. La discrecionalidad no exime de la obligación de ajustarse a un procedimiento, con el consiguiente derecho de defensa para el funcionario. La circunstancia de que un empleado sea eventual o por un tiempo determinado, o mientras exista un fondo para su pago, no excluye ese régimen".

Los señores Cutinella, Bayley y Ferrer Serra consideran que el alcance del artículo 60 queda perfectamente aclarado correlacionando ese artículo con los artículos 61, 62 y 63 de esta Constitución, tesis que el senador Manini Ríos estimó justa y atinada como interpretación de un cuerpo de leyes en vigencia, pero consideró que, no habiéndose todavía aprobado el artículo, era preferible su corrección (op. y t. citados, pág. 155).

c) considerándose nuevamente este artículo (Acta 6ª, en la obra y t. citados, pág. 180), el senador Gallinal dice que, a pesar del interesante informe del senador Echegoyen ratifica su punto de vista contrario al artículo tal como está redactado: "Cree que el deber del Constituyente es aclarar este grave problema de los eventuales". El senador Manini Ríos concuerda con el criterio del senador Gallinal, y el doctor Chiarino repite que el asunto tiene gran entidad. El senador Bayley, también concuerda con el criterio del senador Gallinal, aunque cree que no sea tan grave el riesgo creado porque el legislador podría, en breve plazo, solucionar el problema en examen. El representante Ferrer Serra entiende que el problema está planteado en los mismos términos en la Constitución de 1934 y en la actual. Estos problemas, dijo, ya se debatieron en la otra Cámara y se llegó a una conclusión distinta a la del senador Gallinal. Cree que los funcionarios eventuales designados contra la voluntad de la ley, no están dentro de la carrera administrativa y, por lo tanto, no están comprendidos en el artículo que se debate. El senador Bayley no acepta totalmente la afirmación de que la incorporación de funcionarios eventuales constituya siempre una ilegalidad. Después de un cuarto intermedio, se vota afir-

rece "natural y obvio" que el caso anotado sea "una situación de inconstitucionalidad lisa y llana" (resultando D, apartado b

mativamente este artículo con su redacción original y con la constancia del voto negativo de los senadores Rodríguez Larreta, Chiarino y Chouhy Terra.

d) en el informe de la Comisión al Senado (op. y t. citados, págs. 191-196, y especialmente en la pág. 192) se ratifica el propósito de la Reforma Constitucional en cuanto a la constitucionalización de la garantía para los funcionarios, diciéndose: "... lo concerniente a la protección de los derechos esenciales de los funcionarios, mediante la constitucionalización, a texto expreso, de normas de garantía que amparen sus legítimos intereses, con prescindencia de factores políticos, y aseguren la buena administración;..."

e) en la 7ª sesión ordinaria del Senado, se reabre la discusión para considerar el artículo 60, y entonces, el senador Rodríguez Larreta, dijo:

"En realidad, yo había solicitado la palabra cuando mi colega, el doctor Gallinal, fué quien planteó esta cuestión en la Comisión.

"Nosotros le atribuimos una enorme importancia a esta disposición, y entendemos que no se trata de una disposición dudosa que, con el debate en el Senado y con las manifestaciones de los miembros informantes, pueda encararse y evitar las consecuencias a que ella dará lugar..."

"Esta disposición es categórica, clara, contundente. Toda la gimnasia intelectual que se hizo en la Comisión por hombres tan inteligentes y tan aptos para estos debates como los doctores Echegoyen y Bayley, no pudo contra la realidad de esta disposición, que dice categóricamente: «Establécese la carrera administrativa para los funcionarios de la Administración Pública, que se declaran inamovibles». Lo demás no interesa.

"Quiere decir, pues, que este artículo declara inamovibles a todos los funcionarios públicos, comprendiendo en ellos no solamente a los presupuestados, sino a los eventuales o sino a los de los servicios descentralizados y autónomos.

"La realidad es que esta disposición declara inamovibles a miles de funcionarios que actualmente son amovibles. Es por eso que su trascendencia es tan grande que me parece imposible que se intente pasar esta disposición por el Senado, que de mantenerse le costará al erario público sumas enormes, un gran número de juicios y causará, especialmente a los servicios descentralizados y autónomos, un daño que no podrán soportar. En la administración pública el número de empleados eventuales es muy considerable..."

"Pero no es solamente el perjuicio pecuniario que pueda resultar para el Estado de la vigencia de esta disposición...; es algo a mi juicio peor: es la desnaturalización de la calidad de los entes autónomos y de los servicios descentralizados, que por definición deben tener empleados amovibles en toda su organización, si es posible, salvo casos excepcionales, por una razón obvia, por la simple razón de que están obligados a competir con las empresas particulares o que están obligados a desempeñar funciones que son típicamente de naturaleza particular, funciones comerciales o industriales..."

"Por eso, nosotros vamos a proponer, señor Presidente, una enmienda a este artículo que diría así: «Establécese la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central — sólo dos palabras —, que se declaran inamovibles. Esos son en rigor los que deben mantener su carácter inamovible..."

"Con esto no quiero desarmar totalmente, entiéndase bien, a los funcionarios eventuales o de los entes, autónomos..." (Op. y t. citados, págs. 695 - 698).

in fine).

16. — La Suprema Corte de Justicia proclama en la sentencia

El senador Echegoyen expresó entonces que no es posible extraer del texto, la consecuencia de que rige para todos los funcionarios de la administración pública, fuera de la administración central, porque aún en el supuesto de que en el artículo 60 se comprendiera a todos los funcionarios del Estado, en general, siempre quedarían fuera de la comprensión de ese precepto, los empleados de los gobiernos departamentales y de los entes autónomos, porque hay otras disposiciones que los contemplan específicamente. Corrientemente se entiende por administración pública, el concepto de administración central, administración que corresponde a la que tiene como jerarca superior al Poder Ejecutivo. "Los artículos que específicamente prevén la situación de los agentes de los gobiernos departamentales y de los entes autónomos, son el 62 y el 63", con cuyas disposiciones, "se sustraen al régimen general, todos los agentes de los Gobiernos Departamentales, y se les somete a las reglas que cada gobierno disponga acerca de la estabilidad de sus agentes. Entonces, el concepto de administración pública inicial, ya no se puede tomar en su acepción total o general, desde que hay un texto específico que establece un régimen concreto para el personal de esos gobiernos... ¿Para qué queda entonces reducida esta disposición? Para la administración central. ¿Cuál es su alcance? El mismo que ha tenido hasta ahora..."

En la discusión que siguió con intervención de los senadores Manini Ríos, Rodríguez Larreta y Cutinella, todos coincidieron en que, la situación de los funcionarios municipales se encontraba determinada por el artículo 62 (op. y t. citados, págs. 699-710);

f) en la 73ª sesión ordinaria del Senado, se propone la modificación al artículo 60 sustituyendo la expresión "funcionarios de la Administración Pública" por la de "funcionarios presupuestados de la Administración Central", votándose entonces el artículo con tal modificación afirmativamente (op. y t. citados, págs. 844-845).

Emerge así, de la historia del proceso de sanción de este artículo, que la limitación a los "funcionarios presupuestados de la Administración Central" se refirió, única y exclusivamente, al carácter de su inamovilidad que, en definitiva, se declaró "sin perjuicio de lo que sobre el particular disponga la Ley por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara" y de lo establecido en el inciso 3º del mismo artículo, que deja fuera de la carrera administrativa a los funcionarios de carácter político o de particular confianza, estatuidos con esa calidad, por Ley aprobada por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los que serán designados y podrán ser destituidos por el órgano administrativo correspondiente.

Por consecuencia, y mientras no se dicte la Ley o los Decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, y que cumpliendo con las garantías constitucionales determine cuáles son los funcionarios de carácter político o

anotada que el derecho al ascenso existe con acto legislativo o sin él, que los arts. 60, 61 y 62 son preceptivos y de inmediata

de particular confianza, no existe excepción alguna a la carrera administrativa establecida constitucionalmente y con carácter general para todos los funcionarios que sirven al Estado, en cualquiera de sus organismos, ya que la limitación contenida en la frase "funcionarios presupuestados de la Administración Central" se refiere únicamente a su condición de inamovilidad.

Para los funcionarios presupuestados de la Administración Central y para los funcionarios de los Gobiernos Departamentales, la Constitución establece la carrera administrativa, y por tanto, el derecho al ascenso para los funcionarios de carrera, ya que la Constitución al referirse en este aspecto a los funcionarios de los Gobiernos Departamentales, ordena que las normas de los Estatutos a dictarse por éstos, deberán ajustarse a las establecidas en los artículos precedentes (artículos 60, 61 y 62). Por consecuencia, la regla constitucional es la del ascenso de los funcionarios, y su excepción el nombramiento directo.

Es la Constitución la que establece el derecho al ascenso de los funcionarios de los Gobiernos Departamentales, pues al disponer en el artículo 62 que éstos sancionarán el Estatuto para sus funcionarios, "AJUSTÁNDOSE A LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS ANTERIORES", y que contiene específicas garantías constitucionales, sólo le asignó la facultad de reglamentación de los derechos de sus funcionarios y, entre ellos, el del ascenso, consagrados en los artículos 60 y 61 de la Constitución. La falta de reglamentación, no impide la aplicación de las normas constitucionales, dadas en soluciones preceptivas y de aplicación inmediata, pues la propia Constitución ordena en su artículo 332: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas". Significa ello que, a falta del correspondiente Estatuto, que deben dictar cada uno de los Gobiernos Departamentales, sus funcionarios pueden invocar su derecho al ascenso y requerir que tal derecho les sea reconocido por estar consagrado en la Constitución.

Pero, la Constitución dispone, igualmente, que mientras no se dicten por los Gobiernos Departamentales los Estatutos para sus funcionarios, "regirán para ellos las disposiciones que la ley establece para los funcionarios públicos" (a. 62 de la Constitución), y aquí se invoca como excepción al derecho al ascenso el artículo 12 del Decreto-Ley nº 10.388, disposición extendida a los Municipios por el artículo 40 del mismo Decreto-Ley, pero cuyas disposiciones son absolutamente inconciliables e incompatibles con el sistema constitucional vigente que garantiza la carrera administrativa y el derecho al ascenso de los funcionarios, sin más excepciones que aquellas taxativamente determinadas por la propia Constitución y que no responden en su esencia a las del artículo 12 del Decreto-Ley citado. La remisión constitucio-

aplicación, en virtud del art. 332 de la Constitución (considerando I).

nal a las disposiciones legales para los funcionarios públicos, es, para cuando esta ley es conforme y arreglada a las normas específicas de garantía y de protección establecidas por la propia Constitución y las del citado artículo 12 no sólo no ajustan a ellas sino que abiertamente las infringen, y es por ello que está en contradicción flagrante con la norma constitucional, preceptiva y de aplicación inmediata, que garantiza la carrera administrativa y el derecho al ascenso de los funcionarios, sin otra excepción que aquella determinada por la propia Constitución para los cargos de carácter político o de particular confianza así declarados por tres quintos de votos del total de componentes de la respectiva Junta Departamental.

QUE en el Departamento de Colonia, no se ha dictado el Estatuto para los funcionarios municipales. Rige, por tanto, para éstos, el Estatuto del Funcionario dictado por el Decreto-Ley nº 10.388 con fecha 13 de febrero de 1943, que en su artículo 12 autorizaba la designación directa entre otros para los cargos de Secretarios y que es precisamente, el cargo cuya provisión se impugna, y dió lugar al contencioso de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como para que se impugnara esa disposición legal por inconstitucional por el promotor Juan José Gómez Pons, cuando el asunto se encontraba a conocimiento del citado Tribunal.

Pero, ese artículo 12 del Estatuto del Funcionario (Decreto-Ley nº 10.388) pugna con los artículos 60 y 61 de la Constitución de la República que consagran inequívocamente el derecho al ascenso, como derecho integrante de la carrera administrativa, y cuyas disposiciones son de aplicación a los funcionarios de los Gobiernos Departamentales conforme a lo ordenado en el artículo 62 de la Constitución, por lo que, cuando se efectuó el nombramiento de una persona ajena a la administración departamental para desempeñar ese cargo, estando ya en vigencia la Constitución, debió haberse promovido mediante ascenso y no por designación directa.

II. — QUE queda ahora por determinar el problema de los efectos de la Constitución sobre las leyes anteriores que son incompatibles con ella. Tal problema, profundamente estudiado por la doctrina, nos pone ante dos corrientes contradictorias. Conforme a una de ellas, cuando una Ley anterior a la Constitución contiene normas inconciliables con las de ésta, se operaría, en puridad, su derogación o decaimiento, que puede ser declarado por el Juez del proceso. La otra encuentra un caso de inconstitucionalidad, y postula por consecuencia que, la consiguiente declaración de que la ley anterior es incompatible con la Constitución, y por consiguiente, inaplicable al caso, sólo puede ser efectuada por la Suprema Corte de Justicia, por ser el órgano específico encargado constitucionalmente de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y su inaplicabilidad al caso concreto.

QUE en la doctrina nacional reconoce un distinto planteamiento

Luego entra, en el considerando II, al problema que motiva esta nota. Puede prescindirse de las opiniones de Justino Jiménez de Aréchaga (1850-1904), Justino E. Jiménez de Aréchaga (1883-1927), y Martín C. Martínez, emitidas bajo las Constitu-

en las Constituciones de 1830 y de 1918 que guardaron silencio acerca del derecho de los Jueces o de un órgano específico de defensa de la regularidad constitucional de las leyes, y con las Constituciones posteriores de 1934, 1942 y 1952 que reglaron específicamente el instituto de la inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales.

En la vigencia de la Constitución de 1830, la doctrina enseñada en la Cátedra de Derecho Constitucional durante cuarenta años, fué concretada por su ilustrado titular JUSTINO JIMENEZ DE ARECHAGA en el año 1903 y con ocasión del proyecto de reforma de la Administración de Justicia, en estos términos:

"Nuestro régimen institucional no permite que el Poder Judicial declare inconstitucionales las leyes y deje de aplicarlas. Esa atribución política del Poder Judicial, sumamente justa en doctrina, ideada por los norteamericanos y aplicada por ellos y una que otra república sudamericana, pero desconocida e impugnada por la legislación europea y por la mayor parte de los constitucionalistas del viejo mundo, no le ha sido acordada por la Constitución al Poder Judicial. Por el contrario, estableciendo el artículo 152 de nuestra ley fundamental que corresponde exclusivamente al Poder Legislativo interpretar la Constitución, se le ha negado expresamente a la magistratura judicial el derecho de declarar una ley inconstitucional y de dejar de aplicarla" (JUSTINO E. JIMENEZ DE ARECHAGA, Sobre inaplicabilidad de leyes inconstitucionales, págs. 6-7).

Esta interpretación fué patrocinada en la Cátedra hasta 1911, en que se hizo cargo de uno de sus cursos el ilustrado maestro JUSTINO E. JIMENEZ DE ARECHAGA, postulando la facultad constitucional de los jueces de no aplicar las leyes inconstitucionales, como consecuencia del régimen de constitución escrita y de separación de Poderes, señalando que una equivocada razón histórica ha desviado por obra de la cátedra, de la prensa y de los mismos jueces, a la justicia del país de su función más trascendente.

"Para que nuestros tribunales — escribía — dentro de un régimen constitucional que consagra la distinción de leyes constitucionales y leyes ordinarias, pudieran apartarse de su deber orgánico de oponer la Constitución a la Ley ordinaria, sería necesario que la misma Constitución se lo prohibiera en forma expresa, y eso no es posible lógicamente, donde, además de aquella primera distinción, se consagra la separación de los Poderes y la independencia del Poder Judicial. La separación de Poderes repudia la soberanía de los parlamentos, que se afirmaría ilimitada si los jueces tuvieran que solidarizarse en las violaciones de la Constitución, dando ejecución a leyes que la contrarían. La igualdad jurídica de los Poderes desaparecería igualmente si el Poder Judicial no fuera más que un agente de ejecución de la voluntad legislativa. Y tanto la separación de Poderes como la independencia del Poder Judicial están expresamente consagradas en nuestra Constitución. Lo dicen los artículos 14 y 91 y se expresa terminantemente por Ellauri, tanto en el informe de la Comisión de Legislación y Constitución como en el Manifiesto a los pueblos. Siendo así, y no importando el artículo 152 de la Constitución una expresa prohibición de oponer la Constitución a la ley ordinaria, sino el reconocimiento de la facultad legislativa de interpretar, por vía

ciones de 1830 y de 1918, cuando el problema planteado era otro: el de si los jueces podían desapplicar una ley inconstitu-

"de autoridad, sin exclusión de las otras formas de interpretación, la Corte puede y debe hacer valer las disposiciones constitucionales, a pesar de las leyes que pretendan restringirlas, sobre todo cuando aquellas disposiciones son atributivas de funciones de gobierno que jamás pueden quedar libradas, en un país de Constitución escrita, al capricho de los Parlamentos..." (JUSTINO E. JIMENEZ DE ARECHAGA, op. citada, especialmente a págs. 24-25).

Con posterioridad y ante la Constitución de 1918, se ocupó especialmente de este problema el ilustrado jurista doctor MARTIN C. MARTINEZ (Ante la nueva Constitución, Cap. XVII, Las leyes inconstitucionales), expresando:

"Podrá extrañar que con la preocupación de evitar demasías del poder, la nueva Constitución, nada haya dicho, sea sobre el derecho de los jueces, o de la más alta judicatura, de no aplicar las leyes inconstitucionales. Dentro del marco estrechado por el tiempo y por los acontecimientos, en que nos movíamos, sólo quisimos ocuparnos de aquellas soluciones que implicarían una importante limitación, capaz de influir en el progreso político del país, y no creímos que ese carácter revistiese el precisar y legislar tal facultad judicial; pero, nótese que la facultad no ha sido negada; queda el problema planteado como hasta aquí. Si nuestras instituciones judiciales se robusteciesen, y pudiesen oponerse los Tribunales a las leyes dictadas por el Parlamento, casi siempre con la colaboración, la inspiración o el asentimiento al menos del Ejecutivo, la puerta no habría sido cerrada a la doctrina según la cual la declaración de inconstitucionalidad, emana de la facultad elemental de aplicar las leyes. Se sabe que no hay en la Constitución Americana disposición alguna que acuerde expresamente tal derecho a las Cortes, de reputar una ley inconstitucional y de no aplicarla por esa razón. Se cuenta el caso de un abogado inglés que, enterado de esa extraordinaria facultad de la Justicia Americana empleó dos días leyendo y releendo la Constitución, asombrado de no encontrar nada. Su consulta, aunque más explicable, tenía algo de aquel pedido que en 1793 hizo Héault des Séchelles a la Biblioteca Nacional para que le remitiera un ejemplar de las leyes de Minos. En efecto: en la Constitución sólo hay estas palabras de las que, con ayuda de la hermenéutica, se ha exprimido todo el poder de las Cortes de Justicia: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que sean conformes a sus disposiciones, y todos los Tratados, etc., serán la ley suprema del país. La cosa se ha desarrollado allí como tantas instituciones inglesas, por aplicación de los principios generales. Las facultades del Congreso, se ha dicho, están limitadas por instrucciones escritas en la Constitución. Cuando las ultrapasa su acto no vale, como no vale el de cualquier mandatario que excede el mandato. Las leyes hechas conforme a las disposiciones de la Constitución son leyes; y las que no estén conformes no son leyes. En conflicto entre la Constitución y la ley, el juez aplica la ley superior, la ley de las leyes, y descarta la ley ordinaria, por el mismo principio en cuya virtud si encuentra en contradicción una ley nacional con la ley de uno de los Estados, la primera anula la segunda. Todo dentro del caso sub *judice*, y sin la pretensión de hacer una resolución generalmente obligatoria: la cuestión podrá, pues, volverse a plantear en otro pleito, y renovarse indefinidamente y cambarse la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de la ley impugnada. No se ha armado aparatosamente al Poder Judicial de esa facultad, mediante el artículo constitucional que busca en vano el inglés, sino que aquél ha aplicado doctrinas comunes. Lo principal fué encontrar gobierno y pueblo suficientemente educados en el culto de la ley y el respeto a la

cional. Las opiniones que interesan a nuestro problema son las del mismo Martínez de 20 de mayo de 1938, donde afirma que

JURISPRUDENCIA

"justicia, para que el fallo de una Corte — que no se precisa que sea la Corte Suprema Federal, sino que puede ser una Corte cualquiera — tenga tal fuerza que ante él, una vez apurados los recursos procesales, se inclinen Presidentes y Congresos, Gobernadores y Legislaturas!... Los Constituyentes de 1916, le gítimamente pudieron carecer de bastante optimismo para creer que nuestras Cortes mantuvieran la partida airosamente con los poderes políticos, y, caso de conflicto que valiese la pena, no fueran apabulladas por leyes de ocasión, las que, como se ve no se hizo asco de dictar el mismísimo Congreso de la Gran República. Es frecuente que a un cuerpo a una autoridad, en vez de alzarla se la abata, aumentándose, en la letra escrita, sus atribuciones, y exponiéndola a embates que no la dejan crecer en la medianía y con el abrigo necesario para adquirir robustez y desafiar más tarde los temporales... Lo que el país debe esperar de la Justicia, es su protección del derecho en la esfera normal de las actividades ordinarias. Es también, una colaboración eficaz, civil y penal, para reprimir el fraude o la violencia en materia electoral. Mucho más interesante esto que esa facultad principiaría de vetar él también las leyes por inconstitucionales, leyes que no son, de cierto, las grandes culpables de las subversiones de la Constitución".

Tiempo después, y ya en vigencia la Constitución de 1934 que recibió el instituto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes por razón de forma o de contenido (a. 232-235), el ilustrado juriconsulto, en consulta evacuada a pedido del diario "EL BIEN PUBLICO", refiriéndose a la constitucionalidad del escrutinio general de restos, expresó lo siguiente:

"Dados los términos en que se plantea la cuestión, habrá siempre impropiedad en hablar de inconstitucionalidad de la ley de 1925. ¿Cómo declarar inconstitucional esa ley a la luz de una Constitución dictada nueve años más tarde? El recurso de inconstitucionalidad, que sólo puede ejercerse ante la Corte de Justicia, va contra las leyes dictadas con infracción de la Constitución vigente. Cuando la Constitución es posterior a la ley, lo que puede suceder es que la nueva Constitución derogue aquella ley, con mayor razón de lo que podría hacerlo una ley ordinaria ulterior cualquiera. La declaración de la inconstitucionalidad de la ley, atribución exclusiva de la Alta Corte de Justicia, es, en el caso, problema sin sentido, porque la ley impugnada es de 1925 y la Constitución de 1934" ("EL BIEN PUBLICO" de 20 de mayo de 1938, pág. 3).

Esa misma, fué la tesis afirmada por el ilustrado ex Fiscal de Corte doctor MELITON ROMERO (L. J. U. caso n° 955):

"En general, puede afirmarse que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley debe decidirse con arreglo a las normas contenidas en la Constitución en vigor en el momento de su promulgación. Las normas de derecho constitucional son de naturaleza instrumental, vale decir, normas que al crear los órganos de gobierno les atribuyen los poderes necesarios para el desempeño de las funciones respectivas. De este modo los distintos órganos correspondientes a cada uno de los Poderes del Estado, cumplen sus cometidos dentro de límites precisos, compartiendo separadamente en la formación de la voluntad ética. Por consiguiente para delimitar la legítima, o constitucionalmente válida, esfera de actividad de un órgano del Es-

la inconstitucionalidad se refiere a las leyes "dictadas con infracción de la Constitución" y que si la ley es anterior a la Constitución con la que contrasta, hay derogación y la inconstitucionalidad es "problema sin sentido"; la del Fiscal de Corte Dr. Melitón Romero, para quien "la constitucionalidad de una ley debe determinarse, exclusivamente, por las normas constitu-

tado, para deducir la eficacia de los actos realizados, debe averiguarse si el órgano tiene los poderes necesarios para imponer una determinada norma. Y esta comprobación debe hacerse de conformidad con la Constitución en vigor en el momento en que los respectivos poderes son ejercitados... En definitiva, pues una ley es constitucional cuando ha sido dictada de acuerdo con las normas contenidas en la Constitución, en el momento de su promulgación. Este es un principio general que se aplica tanto a los actos de derecho público, como a los actos de derecho privado. La capacidad de un órgano o de un particular para realizar un acto jurídico, o la eficacia jurídica del acto cumplido, debe regularse por las normas en vigor en el tiempo que esos actos son realizados. En el tránsito de una Constitución a otra, las leyes promulgadas de acuerdo con la Constitución vieja, permanecen en vigor siempre que no exista en la nueva Constitución una norma que declare expresa o tácitamente su derogación, pero ellas no pueden, de ningún modo ser impugnadas de inconstitucionales, a título de que las normas nuevas, impusieron distintas limitaciones a los poderes o a la actividad del Poder Legislativo. Ahora bien, el recurso de inconstitucionalidad conculcado en la Constitución de 1934, no puede ejercerse para declarar inconstitucional una ley dictada bajo un diferente régimen constitucional, puesto que, como se ha dicho, la constitucionalidad de una ley debe determinarse, exclusivamente, por las normas constitucionales en vigor al tiempo de su promulgación. Pero esta afirmación no importa implícitamente que la ley subsista al cambio constitucional operado, porque las normas de la nueva Constitución pudieron derogar las leyes anteriores, ya expresamente, ya tácitamente. La Constitución de 1934 contiene normas que consagran expresamente estos principios generales. En efecto, el artículo 282 declara en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a la Constitución; y, en el apartado B de las Disposiciones Transitorias se declaran ratificadas y en vigor, en cuanto no se opongan a la Constitución, todas las disposiciones legislativas y administrativas dictadas desde el 30 de marzo de 1933 hasta la instalación de la nueva legislatura y que no hubieran sido derogadas... Por consiguiente... respecto a todas las leyes que hasta la promulgación de la Constitución han regido en todas las materias, el problema de su eficacia se plantea dentro de los términos generales de su derogación o de su vigencia, vale decir, que debe resolverse si la ley citada contiene o no disposiciones que no pueden conciliarse con las normas establecidas en la Constitución. Planteada la cuestión en estos términos, se comprende que no se trata de averiguar si la ley impugnada es o no inconstitucional, sino simplemente en determinar si esa ley ha sido derogada o no tácitamente por la nueva Constitución. Ahora bien: averiguar si una norma legal está o no derogada, es una cuestión que debe resolver el Juez o Tribunal que conozca de la causa en razón de las normas generales de su competencia, porque la especialidad de que esa norma legal haya podido ser derogada por una norma constitucional, no cambia la naturaleza de la cuestión y, a los efectos de determinar la competencia del Tribunal, debe asimilarse enteramente a la cuestión que en la misma causa se promoviera respecto a la derogación de una ley por otra ley posterior..."

Totalmente distinta fué la opinión sustentada por el eminente juriconsulto doctor JOSE PEDRO MASSERA (Rev. D. J. A., t. XXXVI, págs. 235-247): Plantea la cuestión, preguntando si

cionales en vigor al tiempo de su promulgación"; y las de los profesores José Pedro Massera y Justino Jiménez de Aréchaga (1910-), cuyas aseeraciones e inquietudes estudiaremos en seguida.

17. — Massera, en una nota de administración publicada en la presente Revista, t. 36, p. 235, parcialmente transcrita por la

todo Juez, al aplicar la ley en los casos sometidos a su jurisdicción, debe imponer la ley constitucional, cuando, a su juicio, la ley ordinaria está en contradicción con ella y la viola, y sostiene que, esa doctrina podría tener conveniente aplicación, dados los amplios fundamentos en que se asienta, si nada hubiera dicho al respecto la Constitución, y ella fué el cierto asidero que tuvieron ciertos jueces, en nuestro país, durante la vigencia de la Constitución de 1830 que nada decía al respecto, para declarar la inconstitucionalidad de ciertas leyes en asuntos sometidos a su fallo.

"Pero, después de haber consignado la Constitución de 1934 que es de la competencia directa y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, ya no sería dable sostener que resta una facultad implícita para otras jurisdicciones, fuera de aquella conferida a la Suprema Corte en cuanto a ese control, porque al depositarse en ella exclusivamente esa alta competencia, ha quedado excluida, sin posible duda, la que, sólo en caso de silencio de la ley fundamental, hubiera podido corresponder a todos los jueces, fuese cual fuese la materia en que le estuviese permitido juzgar".

La única misión del Juez con arreglo a lo dispuesto en los artículos 233 y 234 de la Constitución de 1934, en esos casos es suspender los procedimientos y elevar los autos a la Suprema Corte de Justicia hasta el fallo del incidente por el único juez capaz constitucionalmente de sentenciarlo. Considera que ésa es la única conducta admisible en tal supuesto, porque el artículo 232 de la Constitución (de 1934) no hace el menor distingo respecto de las leyes a las que puede referirse la instauración del recurso, por lo cual debe entenderse que todas las leyes están comprendidas en el artículo, y bastará que se plantee el problema de la inconstitucionalidad, en un asunto concreto de su

Corte, es quien ha expuesto mejor la tesis de que sólo el procedimiento del capítulo IX de la Sección XV de la Constitución de 1934 permite descartar la aplicación de una ley antigua cuyo contenido no está de acuerdo con la Constitución vigente.

Con acierto dice Massera que la frase "a quien compete el conocimiento y resolución originaria y exclusiva de la materia", insertada en el art. 234 de la Constitución de 1934, es una excepción al principio de que los jueces al aplicar el derecho, deben resolver los conflictos normativos en función de los criterios de jerarquía, de derogación, de especialidad, etc., de modo que si hubiera contradicción entre una ley y una Constitución deberían dejar de lado la ley. La excepción, consiste en que cuando se presenta "la materia" aludida en el art. 234 citado, el juez a quien compete aplicar el derecho en un caso no puede dejar de lado una ley sin sujetarse al previo pronunciamiento de inconstitucionalidad por la Suprema.

La "materia" aludida en aquel artículo era para Massera "la función especialísima de declarar la inconstitucionalidad de las leyes", al efecto de que no se apliquen a un caso concreto.

El ámbito de aplicación del capítulo IX de la Sección XV depende pues del alcance que se dé a la expresión "declarar la inconstitucionalidad de las leyes". Esa es la porción de competencia absorbida por la Suprema Corte en desmedro de todos los demás órganos.

jurisdicción, ante un Juez, fuere cual fuere la especialidad de su competencia, para que éste tenga la ineludible obligación de desentenderse del especial problema y de llevarlo ante los estrados de la Suprema Corte de Justicia. Ningún Juez, con arreglo a la Constitución, salvo la Suprema Corte de Justicia, en todas las jurisdicciones del país, goza de la función especialísima de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y hasta ese privilegio le ha sido sensatamente retaceado por la propia Constitución, limitando los efectos de su declaración, de inaplicabilidad de la ley que repunte inconstitucional, al asunto en que se planteó el problema, y nada más, como lo ordena el artículo 234 (de la Constitución de 1934).

"Y es así —escribía— que esta alta Magistratura, en cuyas luces, rectitud e independencia se ha confiado para entregarle la solución de los más arduos problemas del orden judicial, cae de toda competencia para derogar por imperio constitucional, y por lo tanto, declarar inexistentes y sin ningún valor legal, las leyes ordinarias cuya aplicación se invoca ante los estrados judiciales. La misión de la suprema autoridad judicial, si bien es exclusiva, es también estricta. Las sentencias no tienen efectos para todos y en todos los asuntos posibles; no penetran en la entraña misma de las leyes que seguirán cumpliéndose en tanto no se recurra en la forma estatuida por el art. 233 contra ellas..."

Ocupándose de la opinión del doctor Martín C. Martínez, a que ya se hizo referencia, dice:

"Lo que no me resuelvo a admitir es que el recurso de inconstitucionalidad de la ley no va sino contra las leyes dictadas posteriormente con infracción de la Constitución vigente, y que, por consiguiente, cuando la ley es anterior a la Constitución lo que ocurre es una derogación, por lo cual resulta sin sentido para el doctor Martínez, que en este caso se hable de declaración de inconstitucionalidad de la ley. El art. 232 de la Constitución (de 1934), al establecer el recurso por inconstitucionalidad, no le fija limitación alguna en razón de la fecha de la ley afectada por el vicio: Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales, por razón de forma o de contenido... dice. Si la ley no distingue, en sus transparentes vocablos, parecería indudable que la ley anterior puede ser materia del recurso. Podrá decirse: este artículo no distingue porque en la Constitución está el art. 282 que prevé expresamente los casos de vigencia de las leyes anteriores. Podrá contestarse: verdad es que el art. 282 se refiere a los casos de derogación de las leyes, como también es cierta la premisa sobreentendida, que la ley que deroga debe ser posterior a la derogada; pero todo ello no obsta a que el recurso de inconstitucionalidad, con arreglo al texto explícito del artículo 232, pudiera ser insaurado y resuelto, si se interpusiese en un caso concreto en

La interpretación amplia de aquella excepción es preconizada por Massera en mérito a las siguientes razones:

a) El art. 232 de la Constitución de 1934 (idéntico al 256 actual), no atiende a la fecha de la ley viciada. En consecuencia, la Suprema Corte está obligada a entender en la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de cualquier ley.

b) Tratándose de "una garantía de amparo de derechos", la interpretación debe ser amplia. La afirmación de que es una garantía de amparo de derechos, se basa en que ningún juez

"el cual se pretendiera hacer valer una ley que, aunque de fecha anterior a la Constitución, estuviese en pugna con disposiciones de ésta. Podría la Suprema Corte de Justicia rechazar un recurso así deducido, alegando que sólo se puede interponer contra leyes posteriores a la Constitución, porque debe contemplarse un elemento de infracción a la misma, y no contra toda ley, sea cual fuere, que resulte en pugna con sus disposiciones? Si tal hiciera, la Suprema Corte violaría la Constitución, porque el sentido del art. 232 es inequívoco, y no debe interpretarse un texto claro, sino cumplirse. Y tratándose de una garantía de amparo de derechos, no debería nunca restringirse la interpretación de un texto, para disminuir esa garantía. ¿Se aducirá que el agraviado no quedará en desamparo, porque alguien declarará la caducidad de la ley? Pero, ¿qué Juez se atrevería a asumir esa responsabilidad? La derogación de las leyes ordinarias entre sí es función comprendida en la facultad de interpretar las leyes, correspondiente a la calidad de juzgador. Pero tratándose de la derogación de una ley por su incompatibilidad con la Constitución ¿no estaríamos en presencia de un caso de inconstitucionalidad de una ley por razón de su contenido, prevista en el artículo 232 citado, declaración que sólo puede hacer la Suprema Corte de Justicia, según el artículo 234? Y el Inferior, al resolver el asunto, después de esta incidencia, o antes sin elevarlo a la Suprema Corte, por entender que no era un caso de recurso de inconstitucionalidad, sino de derogación por ser la ley anterior a la Constitución, ¿no violaría ese artículo 234 de la Constitución que ha quitado al Juez ordinario toda competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aunque el asunto le fuese presentado bajo el rótulo de derogación de leyes? Yo entiendo que, dados los términos de los artículos 232 a 234 de la Constitución, si bien todos los jueces gozan, por su función natural, del derecho de juzgar derogada, expresa o tácitamente, una ley por otra posterior, dentro de su especial competencia, y también por cierto, con la limitación a la cosa juzgada, no la tiene desde la sanción de la Constitución de 1934, cuando se trate de conflicto con una ley constitucional, porque resolverían, en sustancia, bajo la carátula engañosa de derogación, que una ley ordinaria no era aplicada por estar en abierta contradicción con la Constitución. Y eso es lo que ésta ha querido, deliberadamente, que resolviera únicamente la Suprema Corte de Justicia. La declaración de inconstitucionalidad de la ley ¿no estaría por ventura, implícita, o explícita, en esa re-

(salvo la Suprema Corte) se atrevería a asumir la responsabilidad de dejar de lado una ley derogada por la Constitución.

c) La derogación de una ley por su incompatibilidad con la Constitución es un caso de inconstitucionalidad de una ley por razón de contenido. La decisión que deja de aplicar una ley antigua porque ha sido derogada por la Constitución lleva implícita o explícita la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

d) No importa la diferencia que existe entre la inconstitucionalidad de una ley posterior y la derogación de una ley anterior; en ambas hipótesis hay un punto común, la inconciliabilidad de una ley con la Constitución (39).

e) No importa la contravención o extralimitación del Poder Legislativo que dicta una ley infringiendo la Constitución vi-

(39) Con más rigor terminológico debería decirse "incompatibilidad" (contradicción lógica entre los contenidos), porque conviene reservar la palabra "inconciliabilidad" al criterio de la derogación tácita entre leyes que establece el art. 10 del código civil. Infra, § 29.

"solución? ¿Qué importa la diferencia existente en los casos comparados, si entre ellos hay un punto común, la inconciliabilidad de una ley con la Constitución, que es esencial para aceptar en ellos, necesariamente, la exclusiva competencia de la Suprema Corte de Justicia para resolverlos? Quiero recordar aquí, que la Suprema Corte de Justicia ha admitido implícitamente el entendimiento que yo atribuyo al art. 232 de la Constitución, en el asunto instaurado por el señor Alfredo Bocage al pedir la declaración de inconstitucionalidad de varias leyes, anteriores a la Constitución, que cercenaban, inconstitucionalmente, a su juicio, el monto de su jubilación. Ni el señor Fiscal de Corte, ni la Suprema Corte de Justicia opusieron el menor reparo al dar andamiento a esa acción, en razón de la fecha de esas leyes. Resolvieron el caso sin preocuparse de si se trataba de leyes anteriores o posteriores a la Constitución de 1934, limitándose a averiguar, única labor que les ha sido encomendada, si esas leyes eran o no contrarias a la Constitución, pues en eso es que estriba la razón de ser de esta clase de recursos y la competencia originaria y exclusiva atribuida a la Suprema Corte de Justicia. En resumen, yo creo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley ordinaria no es un problema sin sentido por la mera circunstancia de ser esa ley anterior a la Constitución, porque en toda derogación de ley por causa de implicación con la Carta Fundamental, tiene que haber una declaración, por lo menos implícita, de inconstitucionalidad. El efecto es el mismo en ambos supuestos: la ley inconstitucional es inaplicable en el caso debatido. Lo importante no es la contravención, la extralimitación que pueda cometer un Parlamento al dictar una Ley contraria a la Constitución vigente. El factor tiempo y la intención del legislador no cuentan; sólo la irreductible oposición entre una ley y la Constitución es lo que confiere a la primera el carácter de inconstitucional. Es así que en ambos casos existe declaración de inconstitucionalidad de la ley. Si ésta es posterior a la Constitución, existe porque, de cumplirla, habría que violar algún texto o princi-

gente; no importa la intención del legislador: sólo la oposición entre una ley y la Constitución confiere a la primera el carácter de inconstitucional.

f) Cuando la derogación de una ley es causada por la incompatibilidad de sus preceptos con alguno de la Constitución que ha venido después, "salimos del caso jurisdiccional corriente y entramos en el terreno del derecho público".

g) El artículo 282 de la Constitución de 1934 (casi idéntico al actual art. 329), equivale a decir: "las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes; las ordinarias pueden serlo por las constitucionales, pero también por las de carácter ordinario, siempre que sean incompatibles con otra de fecha anterior". Pero no regula la competencia para juzgar si existe en cada caso derogación.

18. — Las razones invocadas por Massera deben ser ponderadas cuidadosamente. La señalada con la letra (a), se rebate observando que nuestra tesis no impide la declaración de inconstitucionalidad de las leyes anteriores, sino que se limita a afirmar que dicha inconstitucionalidad ha de medirse con la Constitución bajo la cual se promulgó la ley objetada (40).

Las señaladas como (c), (d) y (e) dan por probado lo que se quiere demostrar: esto es, que por inconstitucionalidad de

(40) Infra, § 21, § 24 y § 30.

"pio básico de la Constitución; si es anterior, existe también "porque ha perdido su fuerza activa, en atención a su implicación con la Ley fundamental. Nótese que la derogación no se "produce, en este último caso, porque la ley ordinaria sea incompatible con otra de su misma clase, lo cual entraría, como "he dicho, en la función corriente de los jueces, sino que la derogación es causada por la INCOMPATIBILIDAD de sus preceptos con ALGUNO DE LA CONSTITUCION que ha venido "después. Salimos así del caso jurisdiccional corriente y entramos en el terreno del derecho público. Es por haberse producido la contraposición entre una ley ordinaria y otra constitucional que el Juez competente, para entender de ella, ya no "es el mismo, y no puede serlo sino la Suprema Corte de Justicia, con arreglo a textos inconcisos de la Constitución... La "Sección XIX de la Constitución de 1934, lleva por título «DE "LA OBSERVANCIA DE LAS LEYES ANTIGUAS, CUMPLIMIENTO Y REFORMA DE LA PRESENTE CONSTITUCION». "Su Capítulo I, con un único artículo, el 282, trata de la observancia de las leyes antiguas, sin que en nada se refiera esta "Sección, este Capítulo, este artículo, a las jurisdicciones a quienes pudiese atribuirse la declaración de la vigencia o no vigencia de las Leyes anteriores. Es abusivo, pues, invocar esta "disposición para confeccionarse una competencia constitucional "con facultad especial de declarar la inconstitucionalidad de las "Leyes. Si el objeto de este artículo no bastara, que basta, para "llegar a esta conclusión, podría agregarse que la pequeña enmienda, que en la sesión de 21 de marzo de 1934, se hizo al "artículo sancionado en la sesión anterior (Diario de Sesiones

una ley debe entenderse, en el art. 256, la inconciliabilidad entre los contenidos normativos de la ley y de la Constitución ahora vigente⁽⁴¹⁾. El argumento (f), no lo comprendemos.

Quedan por examinar aquí las razones (b) y (g).

La proposición (g) es evidente, y la compartimos. Su alcance fué puntualizado en los §§ 13 y 14. El art. 329, al estatuir sobre la vigencia de las leyes anteriores, deja como resultante una regla de derogación. Nada dice este artículo sobre la competencia para declarar la derogación en casos determinados. Por eso tiene razón Massera al afirmar que el art. 329 no puede servir para cercenar la competencia establecida en otro artículo. Pero volvemos al nudo: queda sin demostrar que el otro artículo (el 256) establezca la competencia de la Corte en materia de derogación de leyes por Constituciones.

La proposición (b) descansa en un error que asombra en Massera. Sólo en un sentido muy especial, del que hablaremos más adelante⁽⁴²⁾, puede decirse que el capítulo IX de la Sección XV instituye "una garantía de amparo de derechos"⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Con la aclaración de la llamada 39. Además, para sostener esta tesis hay que olvidar la inconstitucionalidad por razón de forma, respecto de la cual nadie ha pensado que deba medirse con la Constitución actualmente vigente aunque se trate de leyes anteriores. Solamente nuestra opinión encara todas las especies de inconstitucionalidad con criterio unitario. *Infra*, § 42.

⁽⁴²⁾ *Infra*, § 43 (d) y § 46.

⁽⁴³⁾ El error deriva de confundir dos instituciones que en los Estados de Derecho más técnicamente organizados se distinguen nítidamente: el control de la legislación, y el amparo de los derechos fundamentales. En Alemania Federal, por ejemplo, la Constitución instituye el *Normenkontrolle*, y una ley ordinaria creó además una *Verfassungsbeschwerde* en defensa de los derechos fundamentales.

"de la Convención N. Constituyente, t. II págs. 205, 206 y 217) "contribuye a una más completa demostración de que nadie pudo "sospechar, en aquella Asamblea, que en el texto aprobado en "definitiva cupiera el menor asomo de jurisdicción constitucional... relativa al control de la constitucionalidad de las leyes. "En efecto, la modificación tuvo por fin abandonar el texto adoptado anteriormente y sancionar, en vez, a la letra, el del artículo 174 de la Constitución de 1917, que era asimismo el 148 "de la Constitución de 1830. Basta leer las consideraciones aducidas, en nombre de la Comisión de Constitución, por el doctor Canessa..., para que no quede duda respecto del alcance "especificado por los términos del artículo, pues siendo él (282 "de la Constitución de 1934), la nueva reproducción de aquéllos, "no podía conferir, implícita ni explícitamente, la facultad "— que, por otra parte recién hizo su aparición en las leyes constitucionales de 1934 — relativa al control de la constitucionalidad de las leyes, en favor de un órgano que, si bien existía "legalmente antes de 1934, no había sido incorporado a la Constitución con las enormes atribuciones que ahora se le confían. "En la sanción del artículo aprobado en la sesión del 20 de "marzo de 1934, se restringía el principio general de la derogación de las leyes, pues se limitaba su texto a decir que SE "DECLARAN EN SU FUERZA Y VIGOR LAS LEYES QUE "HASTA AQUI HAN REGIDO EN LAS MATERIAS Y PUNTOS "QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE NO SE OPONGAN A "LA CONSTITUCION. El artículo 174 de la Constitución de 1917 "era más amplio, pues añadía: Y A TODAS LAS LEYES QUE "DICTE EL CUERPO LEGISLATIVO. Era en realidad, la incorporación a las normas fundamentales del artículo 9 del Código "Civil sobre derogación de leyes. Esto equivalía a decir simplemente: LAS LEYES NO PUEDEN SER DEROGADAS SINO "POR OTRAS LEYES; LAS ORDINARIAS PUEDEN SERLO POR "LAS CONSTITUCIONALES, PERO TAMBIEN POR LAS DE "CARACTER ORDINARIO, SIEMPRE QUE SEAN INCOMPATIBLES CON OTRAS DE FECHA ANTERIOR. Se advierte así,

El argumento en que se apoya Massera (la suposición de cobardía judicial frente a las leyes derogadas por la Constitución) es, en primer lugar, extrajurídico. Y en segundo lugar, la búsqueda del telos del capítulo IX nos conduce justamente a descubrir que ese régimen especial, lejos de ser una defensa contra la posible timidez de los jueces, es una defensa contra la osadía excesiva en que pudiesen incurrir. Se ha rodeado la desaplicación de los actos legislativos de especiales garantías, impidiendo que cualquier órgano, en desmedro del equilibrio entre los poderes del gobierno, declare inconstitucional y desaplique un acto legislativo, con abuso o ligereza. Si se hubiese temido la resistencia de los jueces a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sería absurdo que se les prohibiera declararlas. En ningún caso se les permite declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo; en ciertos casos se les permite negarla (cuando no cabe o no ha sido propuesta la excepción de inconstitucionalidad); ello significa que se teme el exceso en lo primero, y no la cortedad. Si el fundamento fuese el amparo de los derechos del interesado, ¿qué mejor solución que entregar las cuestiones de inconstitucionalidad al juez de la causa e instituir un recurso constitucional o de amparo⁽⁴⁴⁾ para ante la Suprema Corte? En

⁽⁴⁴⁾ Tal como la *Verfassungsbeschwerde* alemana citada en llamada 43, o el amparo mejicano, o la *staatsrechtliche Beschwerde* helvética, la *Beschwerde* austríaca *ex art. 144*, etc. CAPPELLETTI, op. cit.

"claramente, que el propósito de los constituyentes de 1934 está "limitado a LA OBSERVANCIA DE LAS LEYES ANTIGUAS, "según el propio acápite de esta Sección, sin el menor asomo "de determinación respecto de quiénes pudieran tener competencia, y en qué condiciones, para declarar su caducidad. Habría que buscar en otra parte esa competencia. La jurisdicción "común a todos los funcionarios del orden judicial, con la facultad de interpretar las leyes, encierra naturalmente la función de declarar qué leyes están vigentes y cuáles han sido derogadas. Esto en cuanto a las leyes ordinarias; pero en lo que "se refiere a la caducidad en mérito a la oposición con una ley "constitucional, ya no es posible admitir que todas las jurisdicciones tienen capacidad para declararlas, desde el momento en "que la misma Constitución de 1934, ha entregado terminantemente, esa función a la Suprema Corte de Justicia. No puede, "pues, fundarse... en el texto del artículo 282 que no se refiere, ni puede referirse, por su índole y por su historia, a las "autoridades capaces de declarar la caducidad de una ley por "ser contraria a la Constitución".

Por último, JUSTINO JIMENEZ DE ARECHAGA (La Constitución Nacional, pág. 188-193) comienza señalando su perplejidad ante el problema diciendo:

"Los argumentos del doctor Massera son concluyentes. Sin embargo, yo pienso que hay que afinar un poco más el examen "de este asunto. Las bases para pensarlo (yo no he dicho que "me animo a resolverlo) creo que deben ser éstas".

Luego, sienta esta premisa para la valoración de la doctrina extranjera que se basa en textos distintos:

"El artículo 279 de la Constitución (hoy 329) tiene por objeto "establecer que la reforma constitucional no aniquila la legislación de fecha anterior. De un modo general la declara en vigencia en cuanto no se oponga a la Constitución o a las leyes "que más adelante se dicten. La función de esa disposición no "es derogar las disposiciones anteriores que se opongan a las "nuevas contenidas en la Constitución" (Op. citada, pág. 188).

cambio, el art. 257 concentra en un órgano y en una sola instancia la competencia para declarar que una ley es inconstitucional, y no la concentra cuando se trata de declarar que la ley es constitucionalmente regular⁽⁴⁵⁾.

19. — Jiménez de Aréchaga, en los párrafos que la Corte cita de sus clases de Derecho Constitucional dictadas en el pasado decenio, expuso a sus alumnos las dificultades de un planteo correcto del problema. Después de deslindar derogación e inconstitucionalidad, concluye su exposición sembrando pedagógicamente la inquietud en el estudiante: es muy difícil decir cuándo resulta evidente la derogación de leyes anteriores por la Constitución nueva, y cuándo "se crea una incompatibilidad entre

⁽⁴⁵⁾ Piénsese por ejemplo en los procedimientos administrativos, o en cualquier otro caso en que no quepa solicitar la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción (CASSINELLI MUÑOZ, *Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad*, en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957): en tales casos el capítulo IX de la Sección XV tiene por efecto retardar la desaplicación de la ley inconstitucional (pues para ello ha de esperarse el fallo de la Suprema), mientras que no se retarda su aplicación en desmedro de los derechos amparados por la Constitución.

Señala después el ilustrado catedrático la distinción entre "derogación" e "inconstitucionalidad" (Op. citada, págs. 189-190) y nos dice:

"Obsérvese que el hecho de que la Constitución haya atribuido "a la Suprema Corte el poder de declarar la inconstitucionalidad "de las leyes, supone que esas leyes están en vigor. No tiene "sentido que se declare la inconstitucionalidad de una ley ordinaria que no está en vigor, que ha sido derogada. Por consiguiente "si desde el punto de vista práctico se puede admitir que existe "cierto parentesco muy próximo entre la declaración de derogación de una ley por un texto constitucional posterior, y la declaración de inconstitucionalidad de una ley por ser su contenido inconciliable con el de la Constitución, desde el punto "de vista técnico existe una diferencia sustantiva entre las dos "hipótesis por cuanto declarar que algo ha sido derogado es admitir que ello no existe, y declarar que algo es inconstitucional es admitir que ello no ha sido derogado... Hay que admitir que la Constitución se propone dos cosas distintas con este "artículo y con los que tratan de la declaración de inconstitucionalidad. Y que si sólo puede declararse inconstitucional una "ley vigente, no se puede sostener que el procedimiento de "declaración de inconstitucionalidad sea el medio para decidir "que una ley no está vigente, que ha sido derogada por la reforma de la Constitución, toda vez que ésta declare que sólo "quedan en vigor las leyes anteriores que no sean contrarias a "los nuevos textos".

Con la sinceridad que le caracteriza, el ilustrado catedrático no oculta la dificultad del problema, expresando:

normas anteriores y preceptos nuevos de la Constitución". La dicotomía insinuada se emparenta con la que sostuvo en Italia, por ejemplo, Liebman⁽⁴⁶⁾, y se funda en la mayor o menor evidencia o notoriedad del contraste normativo. El criterio es eminentemente relativo y subjetivo, como lo reconoció en aquellas mismas clases nuestro gran profesor, y da lugar a una zona gris. Y estas zonas grises, como lo señala agudamente Andrioli⁽⁴⁷⁾, no sólo son contrarias a la seguridad jurídica, sino que no tienen apoyo en el derecho positivo italiano. Y menos aún en el uruguayo, cuya Constitución tiene la más enérgica vocación de efectividad inmediata⁽⁴⁸⁾.

Aquella distinción "empírica"⁽⁴⁹⁾ no puede recibirse entre nosotros. A los inconvenientes prácticos señalados por Calamandrei en una nota de jurisprudencia que reitera su tesis de la competencia amplia de la Corte Costituzionale⁽⁵⁰⁾, se agregan razones decisivas de derecho positivo: ni del capítulo IX de la

⁽⁴⁶⁾ *Invalidità...* cit., loc. cit. LIEBMAN, luego de reconocer que la tesis de la competencia de la Corte Costituzionale para declarar la "illegittimità" de las leyes anteriores opuestas a la nueva Constitución era para la opinión pública italiana una exigencia más históricopolítica que jurídica, propone distinguir entre *norme di principio*, preceptivas pero genéricas, con efecto invalidante pero no directamente abrogatorio, y *norme specifiche*, suficientemente determinadas para provocar inmediatamente la abrogación de la ley anterior. *Supra*, llamada 32.

⁽⁴⁷⁾ Loc. cit. en llamada 31.

⁽⁴⁸⁾ *Supra*, § 14.

⁽⁴⁹⁾ BARILE, op. cit., p. 73.

⁽⁵⁰⁾ *La prima sentenza...* cit., p. 149.

"Reconozco, como Uds. habrán advertido, que hay una zona "gris. La distinción que yo he pretendido fundar no es tajante. "Es muy difícil decir cuándo resulta evidente que el texto "nuevo de la Constitución viene a derogar normas anteriores, "y cuándo lo que ocurre es que se crea una incompatibilidad "entre normas anteriores y preceptos nuevos de la Constitución" (Op. citada, pág. 193).

QUE la disposición legal impugnada por inconstitucional (a. 12 del Decreto-Ley n° 10.388), es de fecha 13 de febrero de 1943, y por tanto la ley anterior a la Constitución vigente que fué sancionada el 26 de octubre de 1951, plebiscitada el 16 de diciembre del mismo, y promulgada el 25 de enero de 1952. Es ello lo que plantea el problema a que se viene de hacer referencia, acerca de si se trata de una *derogación tácita* o de una *inconstitucionalidad por razón de contenido*, y como corolario lógico, el de determinar si, en caso de tratarse de *derogación tácita* la declaración puede ser hecha por el juez del proceso, o prima la potestad específica acordada a la Corte sobre el contralor de la constitucionalidad de las leyes y es ésta por consiguiente quien está facultada exclusiva y originariamente para formular la correspondiente declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley al caso concreto.

El contralor de la regularidad constitucional de una ley, en cuanto a su contenido, para establecer si sus disposiciones son conformes al contenido de las normas constitucionales, y que bien podría denominarse igualmente contralor de *conformidad*, consiste siempre en la confrontación entre el contenido de dos normas jurídicas, y que se concluye cuando se establece que están en contraste, con asignar la prevalencia a la *norma más resistente*, y por tanto, a la Constitución cuando la Ley está en pugna con aquélla.

Sección XV ni del artículo 329, ni de ninguna norma constitucional, explícita o implícita, se desprende una distinción de competencias fundada en el carácter más o menos opinable de la incompatibilidad entre el contenido de la norma legal y el de la nueva Constitución (51).

20. — Inmediatamente después de transcribir los párrafos de Jiménez de Aréchaga, la Suprema Corte ensaya un planteo propio del problema. Oponer la derogación a la inconstitucionalidad, correlacionando la primera a la competencia del juez del proceso y la segunda a su propia y exclusiva competencia. Luego asume posición en el ya mentado núcleo del problema, siguiendo el esquema utilizado por Calamandrei en 1950 (52), que identifica el "contralor de la regularidad constitucional de una ley en cuanto a su contenido", con el "contralor de conformidad":

El mecanismo del sindacato materiale di legittimità, che si potrebbe anche chiamare sindacato di conformità, ... consiste ...

(51) Supra, § 14. La misma conclusión vale para Alemania Federal, y así lo reconoce la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht. BÜRSTEDDE, *La cour constitutionnelle de la République fédérale allemande*, en *Revue internationale de droit comparé*, t. 9, p. 69 (Paris 1957).

(52) *La illegittimità...* cit., p. 10.

Este contralor de *contenido* o *material* de regularidad constitucional de una Ley, presupone un contraste de voluntad entre dos normas jurídicas, cada una de las cuales, tomada aisladamente, sería formalmente regular y válida. Para dirimir tal contraste, se pueden seguir dos criterios: a) el *temporal* y conforme al cual, de dos normas que se contradicen prevalece siempre la emanada posteriormente (*lex posterior derogat priori*); o, b) el jerárquico y conforme al cual, las normas jurídicas se distinguen en diversas categorías, en función de sus fuentes o de sus formas, se distinguen en diversas categorías graduadas en orden de prioridad, por manera que, si se encuentran en conflicto dos normas pertenecientes a diversas categorías, deba siempre prevalecer y aún cuando haya emanado con anterioridad, la que tiene la precedencia.

Dentro del ordenamiento jurídico que supone el Estado Cons-

in un raffronto tra il contenuto di due norme giuridiche, che si conclude, quando si accerti che esse sono in contrasto, col dare la prevalenza alla norma più resistente (alla legge, se è in contrasto col regolamento, nel primo caso; alla norma costituzionale, se è in contrasto colla legge, nel secondo caso).

Questo sindacato materiale di legittimità presuppone dunque un contrasto di volontà tra due norme giuridiche, ciascuna delle quali, presa in sé, sarebbe formalmente regolare e valida. Per sciogliere questo contrasto, si possono seguire due criteri: uno è il criterio *temporale*, secondo il quale di due norme che si contraddicono prevale in ogni caso quella emanata posteriormente (*lex posterior derogat priori*; ...); l'altro è il criterio che si potrebbe dire *gerarchico*, secondo il quale le norme giuridiche, in base alla loro fonte o alla loro forma, sono distinte in diverse categorie graduate in ordine di priorità, in modo che se vengono in conflitto due norme appartenenti a diverse categorie, debba in ogni caso prevalere, anche se emanata anteriormente, quella che nella graduatoria ha la precedenza.

La Corte agrega que el criterio jerárquico para resolver los conflictos normativos se funda en el principio de la supremacía de la Constitución, en apoyo de lo cual vienen muchísimas citas.

Este desarrollo es pacífico, pero es neutro frente a la encrucijada inconstitucionalidad-derogación. Lo que no se ha demostrado, es que la materia del capítulo IX de la Sección XV sea nada más y nada menos que el contralor de conformidad u oposición de las leyes respecto de las Constituciones.

La competencia exclusiva de la Corte es la de declarar que una ley es inconstitucional; y la sentencia anotada no demuestra que "ley inconstitucional" significa "ley cuyo contenido se opone a cualquier Constitución". Nosotros, con Brunori y Carnelutti (53), entendemos que el adjetivo "inconstitucional" integra el mismo género que "inválido"; se refiere al acto legisla-

(53) Opiniones vertidas en un debate recogido en la revista *Justitia*, t. 5 (Roma 1952), p. 62 (BRUNORI) y p. 77 (CARNELUTTI). La opinión de Brunori ha sido publicada también bajo el título *La Corte Costituzionale*, p. 32 (Firenze 1952), y la de Carnelutti había sido expuesta anteriormente a propósito de la derogación del delito de colaboracionismo.

tucional o de Derecho, no todas las normas tienen la misma jerarquía, sino que, por el contrario, se dan diferentes grados del orden jurídico, constitutivo de la única manera posible de asegurar la necesaria armonía de un sistema normativo y evitar el caos y la anarquía. Es fácilmente perceptible la confusión que se daría en un Estado en que tuvieran la misma jerarquía o valor todas las normas jurídicas: Constitución, leyes, decretos, ordenanzas municipales, resoluciones, etc., y es ello lo que impone la necesidad de la graduación jerárquica de las diversas especies de normas en función del principio de la supremacía de la Constitución.

Observa KELSEN — exponiendo su concepción de la *pirámide jurídica* — que

"El análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de "supra y subordinación, siendo éstas figuras de lenguaje de "dole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a esta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya "personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que "se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de "normas. La unidad de éstas hállase constituida por el hecho "de que la creación de una norma — la de grado más bajo — "se encuentra determinada por otra — de grado superior —, cuya "creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. "Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la "circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado "más alto, o norma básica, que representa la suprema razón "de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica "del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente

tivo, atribuyéndole un vicio *connatural*, como "inválido" atribuye un vicio al acto administrativo (54). La Corte, con Massera, entiende que aquel adjetivo se refiere no al acto sino a la norma, por lo menos en lo que respecta a la inconstitucionalidad por razón de contenido (55), y que abarca casos análogos a la invalidez y casos de oposición sin vicio de origen.

Ninguno de los argumentos de la sentencia anotada incide sobre este punto decisivo de interpretación.

21. — Luego de las citas que van de Kelsen a Mirkine-Guetzévitch, acerca de la supremacía de la Constitución, vuelve a

(54) Supra, §§ 11 y 12, e infra, §§ 36 y siguientes.

(55) Ya hicimos notar (llamada 41) que la tesis que combatimos no puede dar una solución unitaria al problema de la inconstitucionalidad; necesita atribuir dos significados diferentes a la palabra "leyes" en el art. 256: como norma, respecto de la inconstitucionalidad por razón de contenido, y como acto, respecto de la inconstitucionalidad por razón de forma.

"en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma "fundamental, la Constitución representa el nivel más alto del "tro del derecho nacional" (Teoría general del Derecho y de Estado, págs. 128 - 129).

Por su parte, Charles EISENMANN, dice:

"La Constitución constituye el grado supremo o, desde el punto "de vista dinámico, la fuente, el principio del orden estatal "terro; no se encuentra en la esfera del derecho interno, nada "por encima de las reglas constitucionales, nada que les sea superior porque no hay nada que les sea lógicamente anterior. "Las normas constitucionales — reglas de la legislación ordinaria o de la legislación constitucional — son soberanas en el "orden interno, no están ni pueden estar limitadas. O si se "priere considerar los órganos de la creación del derecho más "bien que las reglas de derecho que ellos crean, el legislador "constituyente en sentido estricto, es decir histórico — es justamente "rídicamente soberano: él obligará, pero nada le obliga". Según "este tratadista, "la supremacía de la Constitución — revestida o no de una forma distintiva — en el Estado confiere a "la misma, naturalmente, la cualidad de medida suprema de la "regularidad jurídica" (La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, págs. 12 - 13).

"Cuando se sanciona una Constitución — enseña Rafael "BIELSA — se establecen normas destinadas a cierta duración, "normas más comprensivas y sólidas que las legislativas. Con "ello se quiere, precisamente, poner un dique a las corrientes "transitorias o circunstanciales de los cuerpos legislativos. La "Constitución establece normas fundamentales que en sus preceptos aseguran estabilidad y certeza. El instinto de conservación del cuerpo político-social de la nación explica esa "vergencia de casi todos los partidos en punto a las normas "fundamentales. Cuando se sanciona una Constitución se quiere "fijar normas fundamentales e insalvables. Y son fundamentales, "les, porque se estiman necesarias para la existencia del Estado "y de su orden jurídico. Esas normas, por eso mismo, están "bre todo otro poder, y desde luego, sobre el legislador. Si no "fuera así, no tendría razón de ser un sistema básico de normas, "mas, pues bastaría librarlo todo al legislador" (La protección constitucional y el recurso extraordinario, pág. 52).

El principio de la supremacía de la Constitución, constituye la garantía más eficiente de la libertad y de la dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental, o ley de las leyes, conforme a la ajustada expresión de ALBERTI (Obras selectas, t. 14, pág. 72). Si los actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica que las normas constitucionales, la Constitución — y, con ella, todo el sistema de amparo — podría ser en cualquier momento dejada sin efecto por los órganos institucionales a los cuales aquélla quiere limitar en su actuación. Como observa ESMEIN

"las leyes constitucionales no se imponen solamente al legislador ordinario en el sentido de que él no podría modificarlas: "pueden también restringir sus poderes en el dominio legislativo "mismo; pueden prohibirle legislar sobre ciertos objetos o en "determinado sentido; sobre esta idea es que reposa, como sabemos, la garantía constitucional de los derechos individuales" (A. ESMEIN y H. NEZARD. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. 1 pág. 626).

hablar la Corte para hacer notar que aquel principio necesita un procedimiento para su actuación práctica; y dice que ese

HAMILTON, en EL FEDERALISTA expresaba:

"No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben. Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios". (HAMILTON - JAY - MADISON, El Federalista, págs. 339-340).

BARTHELEMY-DUEZ, postulan igualmente que la supremacía de la Constitución, principio generador de la legalidad y la estabilidad jurídica, encarna la democracia organizada, y entienden que

"esta idea de la Constitución, ley suprema del país, es propia de la democracia. En una organización constitucional dominada por el principio monárquico, no hay lugar para ella; si existe una Constitución ella está por debajo del monarca; aparece bajo la forma de una carta otorgada, simple producto de la voluntad de este monarca que consiente en una frágil autolimitación de sus poderes. La supremacía de la Constitución no es compatible, por otra parte, con las tendencias actuales que intentan abrir una brecha en el principio democrático. El sindicalismo revolucionario y el bolcheviquismo, caracterizados por la dictadura de una clase, suponen lo arbitrario en el gobierno y la apelación a la violencia para la conquista y el mantenimiento del poder; dos nociones que son antípodas de la legalidad y de la estabilidad jurídica incluidas en la idea de la supremacía de la Constitución. El imperio de la Constitución es un aspecto fundamental de la religión del derecho; y así, esta supremacía de la Constitución se opone igualmente a las doctrinas anarquistas, negadoras del derecho. La supremacía de la Constitución, en segundo lugar, es una idea propia de la democracia organizada... La democracia organizada es aquella en la cual la fórmula del gobierno para todos no es una palabra vana. Quienes detentan el poder, no tienen derecho o mejor, competencia sino en la medida útil para servir el interés general. Es necesario para el orden social precisar esta com-

procedimiento es en Uruguay el del capítulo IX. Pero si consideramos que la derogación de leyes por Constituciones de-

"petencia: lo que será el objeto de la Constitución. La democracia organizada es también aquella en la cual la fórmula del «gobierno para todos» es realizada". (Traité de droit constitutionnel, pág. 183).

A su vez, hace notar Adolfo POSADA, que la superioridad de la norma constitucional como super-ley señala con un valor técnico-jurídico un grado en la jerarquía de las normas en el derecho positivo, merced a la cual, se procura o se puede procurar la estabilidad requerida y una garantía a los derechos que se regulan en las normas.

"Si suponemos esta jerarquía de la ley constitucional y la ley ordinaria — escribe — el resultado técnico-jurídico será que un derecho regulado en ley constitucional tiene la garantía de estabilidad o de respeto que supone la superioridad de la ley constitucional respecto de la ley no constitucional y de las demás normas. La jerarquía de las normas es, como veremos, la determinación del sistema de recursos jurisdiccionales en el régimen constitucional". (Tratado de derecho político, t. 2 págs. 84-85).

Observa SANCHEZ VIAMONTE, que

"la república democrática — creada por los Estados Unidos y consagrada por Francia, sobre la base de los derechos del hombre y del ciudadano, declarados antes de la estructuración del gobierno — presenta como rasgo primordial y definitivo el constitucionalismo. Es decir, la existencia de una Constitución escrita, que contiene un orden jurídico estable, dentro del cual debe desarrollarse toda la vida de una nación, lo mismo para el pueblo gobernado que para sus gobernantes, escogidos y controlados por él. El constitucionalismo significa el imperio del derecho por medio de la ley, de la norma jurídica, que excluye toda arbitrariedad circunstancial, intencionada o caprichosa: *na die será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe*. La república democrática separó con nitidez el poder constituyente del poder legislativo ordinario. La ley que manda en última instancia es la Constitución, dentro de cuyo marco deben desarrollarse todas las posibilidades de la función gubernativa, en sus tres poderes". (Carlos SANCHEZ VIAMONTE, Derecho constitucional, t. 1. pág. 90).

Señalaba con acierto José Nicolás MATIENZO que

"esta supremacía de la Constitución no solamente se hace efectiva sobre las provincias, sino también sobre las autoridades nacionales, y si éstas no procedieran de acuerdo con la Constitución, no tendrían el derecho de ejercer supremacía sobre las autoridades provinciales. Es así que una condición indispensable para que el gobierno nacional tenga la supremacía de que venimos hablando, es la de conformar todos sus actos con la Constitución, a fin de que, en definitiva, la supremacía sea de la Constitución y no de los hombres o de los funcionarios". (Lecciones de derecho constitucional, págs. 207-208).

Más recientemente André BLONDEL pone de manifiesto que si bien el principio de la supremacía de la Constitución hecho efectivo mediante la declaración de inconstitucionalidad encuentra

riva⁽⁶⁶⁾ de la supremacía de la Constitución (lo cual es por otra parte innecesario), nada nos impide decir que en estos casos

(66) La estructura lógica de la relación entre el principio de supremacía de la Constitución y la derogación o inconstitucionalidad se analiza infra, § 36.

un medio favorable en el Estado federal, la unidad de criterio y decisión sobre un cierto número de materias de importancia fundamental, será siempre necesaria, como que el mencionado contralor está vinculado con la existencia de las constituciones rígidas (Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, pág. 31 y nota).

Hacia notar James BRYCE que

"se engañan quienes consideran las funciones que acabamos de describir como especiales de los tribunales americanos, y como constitutivas de un carácter propio y esencial del gobierno federal. La prueba de que estas funciones no son propias de una federación, es que la distinción de las leyes, en leyes fundamentales y leyes inferiores, puede también existir en un gobierno unitario, habiendo además existido, de hecho, en cada una de las colonias hasta 1776, y en cada uno de los trece Estados desde 1776 a 1789, y por último, existe en nuestros días en cada uno de los cuarenta y cinco Estados". (La república Norteamericana, t. 2 pág. 27).

En definitiva, el principio de la supremacía de la Constitución se presenta como uno de los rasgos esenciales y característicos del sistema de constituciones rígidas y como la garantía efectiva del imperio de la Constitución. No otra cosa afirma el ilustrado profesor JUSTINO JIMENEZ DE ARECHAGA, cuando estima que el principio de la jerarquización de las normas tiene tal trascendencia en nuestro sistema jurídico que le hace afirmar que se estructura en base a él (La Constitución Nacional, pág. 151). La institución del contralor de la constitucionalidad de las leyes, ha sido considerada por Boris MIRKINE GUETZEVITCH, como uno de los fenómenos del proceso de racionalización del poder.

"La supremacía del poder constituyente — escribe — que los pueblos modernos han heredado de la revolución francesa, tiene su expresión concreta en el control de la constitucionalidad de las leyes. Únicamente ese control puede dar garantías reales de la legalidad superior de la Constitución...". (Modernas tendencias del derecho constitucional, págs. 32-33).

Por su notable trascendencia institucional, el principio de la supremacía de la Constitución, podría llegar a constituir una mera declaración teórica, si la Constitución omitiera la organización de un procedimiento para hacerlo efectivo en la dinámica, y es eso lo que se ha organizado en la Constitución Nacional con el régimen del contralor de la constitucionalidad de las leyes.

aquel principio se actúa mediante procedimientos normales, ajenos al capítulo IX. Este capítulo, en efecto, no trata en general de la supremacía de la Constitución, sino específicamente de la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos.

Por eso nos parece que los párrafos siguientes no traen nuevas razones en favor de la tesis de Massera. Esos párrafos se han inspirado seguramente en Calamandrei⁽⁶⁷⁾; pero este gran abogado, con mejor lógica, no pretende deducir de su exposición una conclusión sobre el punto crucial de esta nota, sino que se remite a otro lugar de su obra:

(67) La illegittimità... cit., p. 11.

QUE reconocida entre las varias categorías de normas jurídicas una graduación de resistencia, cuando se contradicen normas jurídicas resistentes en distinto o diverso grado, la más resistente, aún cuando sea más antigua, prevalece siempre, lo que no es más que la consecuencia práctica de nuestro sistema de constitución rígida, y nos permite establecer la graduación entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, así como decir que para que las últimas puedan ser aplicadas a un caso concreto no deben ser atacadas por contener normas contrarias a la Constitución, en cuanto a la inconstitucionalidad de la ley, por razón de contenido, único aspecto que interesa al caso.

Por encima, pues, de las leyes ordinarias, que en los regímenes de constituciones flexibles representan la más alta e ilimitada expresión de voluntad del Estado, se encuentra, en nuestro sistema constitucional, como suprema fuente del ordenamiento jurídico, la Constitución, que si es norma jurídica en línea de principio, se distingue profundamente de las leyes ordinarias, no sólo por su contenido sino también por su forma. Así por la existencia en el vértice del Estado, de esta superley, que constituye un límite para el propio legislador ordinario, tenemos más allá de la legalidad, una superlegalidad a la que, las leyes ordinarias deben conformarse.

Es así, como se presenta el concepto de que una ley ordinaria puede ser inconstitucional, no ya porque sea irregular en la forma, sino porque no es conforme a la Constitución en su con-

Qui si stabilisce tra le varie categorie di norme giuridiche (...) una graduatoria di resistenza: quando si urtano fra loro norme giuridiche resistenti in diverso grado, quella più resistente anche se più antica prevale sempre... Questo è appunto il significato pratico di quel sistema della costituzione rigida, che è stato introdotto in Italia col nuovo ordinamento. Il principio della rigidità, che sotto il vecchio ordinamento viveva nei rapporti tra la legge formale e il regolamento... si riproduce oggi, con le debite differenze, tra le leggi costituzionali e le leggi ordinarie, delle quale ultime si può dire, adattando ad esse la stessa formula, che per essere valide non devono contenere norme contrarie alla Costituzione e alle altre leggi costituzionali.

In questo modo, al di sopra delle leggi ordinarie, che nel precedente ordinamento a costituzione flessibile rappresentavano la più alta e illimitata espressione di volontà dello Stato, sono poste oggi, come suprema fonte dell'ordinamento giuridico, le leggi costituzionali, le quali si distinguono da quelle ordinarie non solo per il loro contenuto, ma anche per la loro forma (...). Così per l'esistenza al vertice dello Stato di queste superleggi che costituiscono limiti per lo stesso legislatore ordinario, esiste oggi, al disopra della legalità, una superlegalità alla quale le leggi ordinarie debbono, per essere valide, conformarsi.

Sorge in tal modo il concetto... di una legge illegale (= inconstituzionale), di una legge ordinaria che è illegale, non perchè sia irregolare la sua forma, ma perchè non è conforme alla Costituzione il suo contenuto. Da ciò la necessità di accertare, al momento in cui si deve applicare una legge ordinaria, se essa

tenido, y de ahí, la necesidad de establecer, en el momento en que se debe aplicar una ley ordinaria, si es o no conforme a la norma constitucional, pues en eso precisamente consiste el contralor de la regularidad constitucional de las leyes ordinarias.

La Constitución ordena que: "LAS LEYES PODRAN SER DECLARADAS INCONSTITUCIONALES POR RAZON DE FORMA O DE CONTENIDO, DE ACUERDO CON LO QUE SE ESTABLECE EN LOS ARTICULOS SIGUIENTES" (a. 256).

Como se ve, la Constitución nada dice en cuanto al tiempo en que se haya dictado la ley sujeta al contralor de la regularidad constitucional; se refiere sólo y exclusivamente a las leyes, y éstas pueden ser, anteriores o posteriores a la vigencia de la Constitución.

sia o non sia conforme alla norma costituzionale: e in ciò consiste appunto quel sindacato di *conformità costituzionale* sulle leggi ordinarie che la nostra Costituzione chiama sindacato di "legittimità costituzionale".

... c) L'art. 134 della Costituzione nulla dice in quanto al tempo in cui debbono essere stati emanati gli atti soggetti a sindacato: se cioè il sindacato riguardi soltanto le leggi e gli atti aventi forza di legge emanati dopo la entrata in vigore della Costituzione, o se si estenda ugualmente anche a quelli emanati prima e rimasti in vigore: la questione sarà trattata più avanti (n. 21).

D'altra parte la pregiudiziale di costituzionalità può essere sollevata in ogni tempo; per la proposizione di essa non è stato stabilito alcun termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione della legge: la seconda Sottocommissione dell'Assemblea Costituente aveva proposto che la pregiudiziale di incostituzionalità non potesse più esser sollevata dopo che fosse trascorso un biennio all'entrata in vigore della legge; ma poi, nel seguito delle discussioni, la limitazione fu tolta, perchè "si toglierebbe l'incertezza sulla sua validità; ma verrebbero anche meno il presidio del controllo e la difesa dei diritti violati".

Como se ve, en estos dos últimos apartados la Corte uruguaya se separa del profesor italiano. Éste no considera suficiente para decidir la cuestión, el hecho de que el art. 134 de la Constitución italiana no distinga según las fechas de las leyes examinadas; y se remite a los argumentos del § 21 de su libro (58). La Corte tampoco da aquí por resuelto el problema; pero en la edición mimeográfica de su sentencia aparece una variación que trastorna el sentido del último apartado que acabamos de transcribir.

Si en Italia se sacrificó la certeza de la inimpugnabilidad de la ley después de un bienio en homenaje a la defensa de los derechos violados, no se comprende cómo en Uruguay la limitación del tiempo en que puede solicitarse la declaración de inconstitucionalidad de una ley "busca la certeza jurídica de su validez".

Pero aún prescindiendo de esto, debe observarse que ni la

(58) Estos argumentos serán examinados en el § 24 de esta nota de jurisprudencia.

Concordantemente con ello obsérvese que la inconstitucionalidad de la ley, puede ser planteada en cualquier tiempo, pues para su proposición, la Constitución no ha establecido ningún plazo, que tendría forzosamente que ser de caducidad, y a contar de la publicación de la ley. La Constitución ha dejado abierto el camino para la defensa de la regularidad constitucional de las leyes, no sólo buscando la certeza jurídica de su validez, sino en defensa permanente de los presuntos derechos violados, garantizando así la efectividad del contralor en cualquier tiempo.

El problema se plantea con dos aspectos diversos: eficacia de la Constitución sobre las leyes anteriores que la contrarían en su contenido; y eficacia sobre las leyes contrarias posteriores a la Constitución. La duda, sólo se presenta con relación a las

indistinción temporal del art. 256 ni la inexistencia de un plazo de caducidad para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo, pueden decidir el problema central. Basta recordar que la derogación no destruye la eficacia de la ley, sino que reduce su vigencia; de modo que aún la ley derogada puede ser objeto del procedimiento ex art. 256 et seq., a los efectos de su desaplicación a un hecho ocurrido durante su vigencia. En tal caso, la Suprema juzgará la legitimidad de la ley impugnada tomando como medida la Constitución vigente al tiempo de su promulgación (58 bis).

22. — La Suprema Corte de Justicia desarrolla en seguida un razonamiento paralelo al que hizo Paolo Barile en un opúsculo publicado en 1951, pero lo cierra con conclusiones que son diferentes a las del constitucionalista italiano. Decía este autor (59):

El problema presenta dos aspectos diversos: eficacia de la constitución sobre las leyes anteriores, eficacia sobre las leyes contrarias posteriores a la emanación de ella. ...

Sull'incostituzionalità delle leggi posteriori all'entrata in vi-

(58 bis) Esta observación destruye la objeción que hace SAMPAY, *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*, p. 51 (Montevideo 1957), a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo publicada en la presente Revista, t. 52, p. 196. Dice SAMPAY: "Con el criterio del Tribunal... 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" (*rectius*: de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y de fallar sobre su regularidad constitucional cuando haya habido solicitud por vía de excepción, infra, llamada 149 — H. C. M.), "la casi totalidad del derecho vigente hasta ese momento".

No es así. Todas las leyes siguen sujetas al contralor de la Suprema; si eran inconstitucionales bajo la anterior Constitución, la Corte conserva intacta su competencia de declararlo así, esto es, de declarar que aquellas leyes eran inconstitucionales con respecto de la Constitución anterior. La facultad de desaplicarlas a hechos posteriores, por oponerse a la nueva Constitución, no se le quita a la Corte por la sencilla razón de que nunca la tuvo. ¿Cómo habría de tenerla, si la nueva Constitución no existía?

(59) Op. cit., p. 65, §§ 26 y 27.

leyes anteriores, pues respecto de las posteriores ninguna duda cabe acerca de que corresponde mover el instituto de la inconstitucionalidad. La Corte entiende que el problema debe resolverse con solución unitaria, válida tanto en relación a las leyes ordinarias anteriores como para las posteriores, cuyo contenido contrasta o colide con la Constitución. Es del concepto unitario de eficacia que emergen necesariamente consecuencias conceptualmente unívocas, y válidas para uno y otro aspecto del problema. Las normas constitucionales prohíben, *in primis et ante omnia*, cualquier actividad contraria y en particular modo la legislativa, que se encuentre en colisión con la Constitución. En puridad, las normas constitucionales tienen —por defini-

gore della costituzione nessun dubbio si ha in dottrina. Assai dibattuta è invece la questione dell'efficacia della costituzione rispetto alle leggi anteriori. ...

Credo che anzitutto debba affermarsi che il problema dev'essere risolto mediante una soluzione unitaria, che sia valido tanto nei riguardi delle leggi ordinarie anteriori, quanto delle leggi posteriori in contrasto con la costituzione. Dal concetto unitario di efficacia, infatti, devono discendere necessariamente conseguenze concettualmente univoche, valide e per l'uno e per l'altro aspetto del problema.

Si è detto sopra (§ 23) che le norme costituzionali vietano, *in primis et ante omnia*, ogni attività, in particolare modo legislativa, ma non soltanto legislativa, in contrasto con esse. In realtà, le norme costituzionali hanno per definizione l'effetto di paralizzare tutte le attività statali, giurisdizionali ed esecutive, che nascono dall'applicazione di leggi ordinarie in contrasto con esse. Tale paralisi si produce non soltanto nei rispetti dell'emanazione di leggi in contrasto, ma anche dell'applicazione, degli effetti di esse. Se il primo aspetto dell'efficacia della costituzione è dunque quello di rendere incostituzionale l'attività statale con essa in contrasto; se la costituzione, come si è visto, è fonte di validità dell'ordinamento giuridico; è chiaro che, per principio generalissimo, tutte le norme ordinarie in contrasto con essa diventano costituzionalmente illegittime; e che questo vale in modo identico sia per le leggi anteriori, sia per quelle posteriori all'emanazione della costituzione. ...

Hasta aquí el razonamiento de Barile es seguido por la sentencia anotada, con la diferencia de que donde Barile afirmaba la ilegitimidad constitucional como fenómeno sustantivo, la Suprema Corte afirma la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad como fenómeno procesal. Continúa Barile su párrafo de esta manera (60):

... Le singole costituzioni positive potranno o meno regolare l'accertamento e gli effetti ulteriori di tale inconstituzionalità: ma questo effetto se produrrà comunque, anche indipendentemente dal fatto che il costituente lo abbia o meno previsto o disciplinato: si produrrà *ipso jure*. Quando si dice che le norme costituzionali sono tutte norme giuridiche —nel senso e nei limiti es-

(60) Op. cit., p. 68. Lo transcrito es la continuación inmediata del mismo § 27.

ción— el efecto de paralizar todas las actividades jurídicas que emerjan de la aplicación de las leyes ordinarias en contraste con la Constitución, y tal parálisis se produce no solamente con relación a la emanación de la ley en contraste con la Constitución, sino a su aplicación jurisdiccional de los efectos de la misma. Si el primer aspecto de eficacia de la Constitución es el de autorizar a denunciar la inconstitucionalidad de una ley

posti nel capitolo precedente— si deve riconoscere implicitamente che la loro efficacia è *dello stesso genere* di quella che caratterizza le leggi ordinarie valide; che i due tipi di norme non sono affatto su un *diverso piano*, anche se si deve riconoscere una *diversità di grado* fra le une e le altre, dovuta alla *maggiore resistenza* delle leggi costituzionali rispetto a quelle ordinarie. ...

Más adelante (61) trata este autor el problema de la competencia para reconocer el contraste entre una ley ordinaria y una disposición constitucional, cuando la Constitución prevé —como en Italia— un órgano especial encargado de declarar la invalidez de las leyes inconstitucionales (62). Sostiene a ese respecto que coexisten siempre dos efectos:

... la possibilità di disapplicazione della legge vecchia da parte del giudice ordinario per c. d. abrogazione e la possibilità di annullamento (*rectius*, di dichiarazione di nullità) da parte dell'organo speciale.

Y luego de pasar revista a la doctrina italiana sobre el tema, concluye (63):

Discende dai principi affermati sopra (§ 29) che anche dove esiste un organo speciale che monopolizza il sindacato di legittimità costituzionale, i giudici ordinari potranno sempre conoscere degli effetti della costituzione sulle leggi anteriori, limitatamente all'abrogazione di esse; e sulle leggi posteriori, limitatamente alla costituzionalità formale di esse, cioè ai requisiti di *esistenza* delle medesime, come altrove ho detto.

Como se ve, estos párrafos sientan como principio una posición aún más radical que la nuestra en cuanto a reconocer la competencia de los jueces de la causa para interpretar si existe derogación por efecto de la Constitución. Y no hay contradicción en Barile; es que la supremacía de la Constitución es lógicamente independiente de la competencia para resolver los conflictos normativos en cada caso. Estos conflictos pueden resolverse en una derogación o adaptación de la ley vieja a la Constitución nueva, o en la inexistencia de la ley cuando el apartamiento de las formas constitucionales es suficientemente grave —caso de la ley no promulgada—, o en la figura específica de la ley viciada de inconstitucionalidad.

23. — A esta altura toca la sentencia el problema del fundamento del capítulo IX de la Sección XV. Esta parte ha de leerse

(61) Op. cit., § 29 (p. 72) y § 35 (p. 89).

(62) Op. cit., p. 92.

(63) Op. cit., p. 99.

ordinaria que la contradice en su contenido; si la Constitución es la fuente de validez del orden jurídico; es claro que, por principio generalísimo, todas las leyes ordinarias que la contradicen 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.

El fundamento del contralor de la regularidad constitucional de la ley, por razón de contenido, se encuentra siempre en el contraste de voluntad normativa entre la norma constitucional y la ley ordinaria, produciéndose así una verdadera y auténtica antinomia que se debe resolver asignando la prevalencia a la norma más resistente, y no a la posterior como se debe hacer cuando se trata de conflicto entre leyes ordinarias. Todo el mecanismo del contralor de constitucionalidad sustancial, tal como ha sido elaborado por la jurisprudencia norteamericana, está fundado en este concepto: el poder que tienen los jueces de no aplicar las leyes que sean contrarias a la Constitución, no es un poder excepcional que coloque a los jueces más allá de la ley, sino el que normalmente tienen los jueces de encontrar cuál es la ley aplicable al caso y de recibir cuando se da contradicción entre dos normas, la que debe prevalecer. HAMILTON, en EL FEDERALISTA, ya señalaba que pertenece a los jueces determinar el significado de las leyes que provengan del cuerpo legislativo.

"Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores... Sucede con frecuencia que coexisten dos leyes que se oponen en todo o en parte... La regla que ha prevalecido en los tribunales para determinar la validez relativa de las leyes, dispone que la última en tiempo sea preferida a la anterior... Les pareció razonable que entre dos ac-

con cuidado, pues, a nuestro parecer, en el fundamento del régimen especial se encuentra la pauta interpretativa que ha de decidir el punto central de esta nota.

La sentencia vuelve a seguir de cerca el desarrollo de Piero Calamandrei⁽⁶⁴⁾, quien ordenaba sus ideas para encontrar una explicación racional del artículo 136 de la Constitución italiana⁽⁶⁵⁾, de esta manera:

... el fundamento di questo sindacato si trova nel contrasto di volontà normativa tra una norma costituzionale e una legge ordinaria: si produce così una vera e propria antinomia che si deve risolvere col dare la prevalenza, anziché alla norma posteriore (come si dovrebbe fare se il conflitto fosse tra leggi ordinarie), alla norma più resistente, cioè alla norma costituzionale. Tutto il meccanismo del sindacato di costituzionalità sostanziale, quale è stato elaborato dalla giurisprudenza nordamericana, è fondato su questo concetto: il potere che hanno i giudici di non applicare le leggi che siano contrarie alla Costituzione non è un potere eccezionale, che ponga, com'è stato detto, i giudici al di sopra della legge: ma è il potere che normalmente hanno i giudici di trovare qual è la legge applicabile al caso, e di scegliere,

⁽⁶⁴⁾ La illegittimità... cit., p. 78.

⁽⁶⁵⁾ Dicho art. 136 está transcrito infra, § 31.

"tos incompatibles de una autoridad igual gozase de primacía la que representaba la última irradiación de su voluntad. Sin embargo, por lo que hace a los actos incompatibles de una autoridad superior y otra subordinada, de un poder original y otro derivado, la naturaleza de las cosas y la razón indican que se debe seguir la regla inversa... y que, consiguientemente, siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apegarse a la segunda y hacer caso "omiso de la primera" (Op. citada, págs. 340 - 341).

Con arreglo, pues, a un texto clásico de la doctrina constitucional norteamericana, el mecanismo del contralor de constitucionalidad, está enteramente colocado en el plano de la interpretación y aplicación judicial de la ley: es un modo para resolver jurisdiccionalmente un conflicto entre dos normas que no pueden coexistir en un mismo plano, y entre las cuales es menester, necesariamente, dar la prevalencia a la una y considerar a la otra como no escrita. Pero este mecanismo tan simple lleva necesariamente a considerar una de las dos normas como ineficaz desde el principio, o sea, desde que se ha exteriorizado el conflicto entre ella y la norma prevalente. Cuando la incompatibilidad se verifica entre leyes ordinarias en que la prevalencia se asigna a la ley posterior, la ley anterior cesa de tener vigencia por derogación tácita o abrogación implícita en el mismo instante en que entra en vigor la ley ordinaria posterior incompatible con ella. Pero cuando el conflicto se presenta, como en el caso, entre una norma constitucional y una norma ordinaria, se está siempre ante la inconstitucionalidad de la ley: es la situación que se presenta siempre que se revele una incompatibilidad de contenido entre dos normas destinadas a ser aplicadas a un mismo asunto; no pueden tener vigencia contemporá-

quando vi è contrasto tra due norme, quella che deve prevalere: "Tocca ai giudici..."

(Transcribe aquí el preclaro florentino una traducción de Hamilton, y continúa):

... Secondo questo che è un testo classico della dottrina costituzionale americana, il meccanismo del sindacato di costituzionalità è posto interamente sul piano della interpretazione e applicazione giudiziaria delle leggi: è un modo per risolvere in via giudiziaria un conflitto tra due norme che non possono coesistere sullo stesso piano, e tra le quali bisogna necessariamente dar la prevalenza ad una e considerare l'altra come non scritta. Ma questo meccanismo così semplice porta necessariamente a considerare una delle due norme come inefficace fino da principio, cioè fino da quando si è manifestato il conflitto tra essa e la norma prevalente. Se la incompatibilità si verifica tra leggi ordinarie in cui la prevalenza dev'esser data alla legge posteriore, la legge anteriore cessa di aver vigore per implícita abrogazione, nel momento stesso in cui entra in vigore la norma posteriore incompatible con essa; ma se il conflitto si verifica tra una norma costituzionale e una norma ordinaria, questa, anche se emanata dopo, non può mai entrare in vigore in contrasto colla norma costituzionale preesistente. Questa è la situazione che si produce tutte le volte che si rileva una incompatibilità tra due norme ambedue applicabili sullo stesso piano di rapporti: non possono aver vigore contemporaneamente due leggi che si con-

nea dos leyes que entre sí se contradicen y que mutuamente se neutralizan; y la existencia objetiva de tal incompatibilidad desde que se verifica, debería quitar vigencia o impedir que la adquiriera, la ley menos resistente.

Pero, si se parte de esta teoría que está en la base misma de la jurisprudencia norteamericana, ¿cómo se justifica el artículo 256 de la Constitución? Conforme a nuestra Constitución, la ley ordinaria puede ser declarada inconstitucional, por razón de contenido, cuando se encuentra en contraste o colide con una disposición constitucional, y esa declaración por expreso mandato constitucional compete, en su conocimiento y resolución originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia (a. 257), que podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella (a. 258) y cuyo fallo se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo ten-

traddicono e che a vicenda si neutralizzano; la esistenza oggettiva di questa incompatibilità basta essa sola, fin da quando si verifica, a toglier vigore (o ad impedir che mai acquisti vigore) alla legge meno resistente.

Ma se si parte di questa teoria, che sta alla base della prassi nordamericana, come si fa a giustificare razionalmente la disposizione dell'art. 136 della nostra Costituzione?

Expuesto el principio general de la desaplicación jurisdiccional de los actos ilegítimos, Calamandrei y la Suprema Corte de Justicia tenían que desembocar en la pregunta: ¿cómo se justifica el art. 256 de la Constitución?

Nosotros diríamos: se justifica como excepción al principio de Hamilton, en homenaje al acto legislativo. El maestro de Firenze, frente al art. 136 de la carta italiana, ensayaba una construcción según la cual las normas constitucionales no afectarían directamente las relaciones entre los sujetos de derecho, sino que tendrían por destinatario inmediato e intermediador necesario al Poder Legislativo y a la Corte Costituzionale⁽⁶⁶⁾. Y no ocultaba su insatisfacción ante la solución⁽⁶⁷⁾:

... Così tra le leggi ordinarie e le leggi costituzionali non vi è mai quella possibilità di una diretta collisione sullo stesso piano, che, se ci fosse, porterebbe necessariamente a far ritenere la legge ordinaria, per incompatibilità con una norma costituzionale, come inefficace fino da principio. Le norme costituzionali, secondo questa concezione, vivono nell'empireo... non scendono mai sul piano inferiore dei rapporti individuali, su cui operano le leggi ordinarie; pongono doveri per gli organi legislativi su questo piano superiore, ma non arrivano a regolare direttamente i rapporti dei cittadini...

Non dico che questa soluzione mi soddisfi: dico che essa è la sola (se non m'inganno) che permetta di giustificare razionalmente la disposizione dell'art. 136.

La sentencia comentada, en cambio, no responde a la pregunta que plantea, limitándose a describir el procedimiento excepcional

⁽⁶⁶⁾ Op. cit., p. 80 a 85.

⁽⁶⁷⁾ Op. cit., p. 82.

drá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado (a. 259). Es decir: que mientras la Corte no reconoce y declara la existencia de tal contraste normativo, no puede dejarse de aplicar la ley porque colida con la Constitución, ya que ninguna otra autoridad fuera de la Corte y por el procedimiento establecido por la Constitución puede formular tal declaración de inaplicabilidad concreta de la ley, al caso en decisión. Entre la ley ordinaria y la norma constitucional, no se da la posibilidad de una directa colisión en el mismo plano, como se da, en cambio, entre dos leyes ordinarias. Obsérvese que conforme a la Constitución, las leyes ordinarias que la contrarían, no son nulas, sino que sólo pueden ser objeto de su declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, con referencia exclusiva al caso concreto y teniendo solamente efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado, lo que significa decir clara e intergiversablemente que las normas de la Constitución no pueden tener sobre las leyes ordinarias una eficacia abrogativa o de derogación tácita que actúe ipso iure independientemente, pues eso tampoco se logra con el pronunciamiento de la Corte.

La Corte entiende que no puede limitarse el instituto de la inconstitucionalidad de las leyes, a aquellas que se dictaren con posterioridad a la vigencia de la Constitución, porque abriendo

del capítulo IX de la Sección XV, cuidando de intercalar, cada vez que cabe, la afirmación, implícita o explícita, de que la inconstitucionalidad por razón de contenido es el contraste o colisión con una disposición constitucional. Otra vez aparece el nudo sin justificación. Nosotros exigimos el contraste con el orden constitucional bajo el cual se promulga la ley; la Corte alude al contraste con una Constitución vigente en un momento posterior.

24. — Refiriéndose Calamandrei a la doctrina y jurisprudencia italianas (anteriores a la instalación de la Corte Costituzionale) según las cuales existían algunas disposiciones en la Constitución de 1947 que eran "directamente aplicables a las relaciones individuales, con la misma eficacia que las leyes ordinarias, y por tanto tales que se deban considerar como ya entradas inmediatamente en vigencia, sin necesidad de ser traducidas en leyes ordinarias", expresa⁽⁶⁸⁾:

Ma questa opinione sembra in contrasto coll'art. 136. Se infatti secondo quest'articolo le leggi ordinarie contrarie alla Costituzione non sono nulle, ma soltanto annullabili, questo vuol dire che le norme della Costituzione non possono mai avere sulle norme ordinarie una efficacia abrogativa diretta (possono averla soltanto sulle norme costituzionali anteriori, per le quali anche la Costituzione, disp. trans. XVI, prevede la possibilità di una abrogazione implícita) che operi ipso iure independientemente dalla pronuncia della Corte costituzionale.

Nè si potrebbe replicare che l'art. 136 è scritto per le leggi nuove cioè per le leggi ordinarie che saranno emanate dopo la

⁽⁶⁸⁾ Op. cit., p. 83.

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.

Es de interés al respecto, lo que escribió KELSEN quien, examinando este mismo problema observa que, instituido el Tribunal Constitucional, los jueces ordinarios pierden el poder de juzgar la compatibilidad con la Constitución de las leyes precedentes no expresamente derogadas, lo que llevaría a negar a la nueva Constitución fuerza abrogativa frente a las leyes anteriores que ella misma no ha expresamente anulado y a sustituirla con el poder de anulación del Tribunal Constitucional (KELSEN, La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice constitutionnelle, en: Revue de droit public, 1928, página 236).

Si las leyes ordinarias anteriores a la Constitución y que con ella actualmente coliden o son contrastantes, quedan sujetas al

entrata in vigore della Costituzione, non per quelle che erano in vigore prima: l'art. 134, ammettendo il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi, non distingue tra leggi precedenti e leggi successive alla Costituzione; ed autorevolmente è stato espresso al Senato l'avviso che a tale sindacato siano soggette nello stesso modo tanto le leggi emanate dopo, quanto le leggi emanate prima (1)...

En la llamada al pie de la página, Calamandrei cita a Persico, y agrega:

Importantissimo, su questo punto, è ciò che scrive il Kelsen, La garantie jurid. cit., pag. 236, il quale, esaminando lo stesso problema osserva che, istituito il Tribunale costituzionale, i giudici ordinari perdono il potere di giudicare la compatibilità colla Costituzione delle leggi precedenti non espressamente abrogate, "ciò che porterebbe a negare alla nuova Costituzione forza abrogativa di fronte alle leggi precedenti che essa non ha espressamente annullato ed a sostituirla col potere d'annullamento del Tribunale costituzionale".

En el texto (pág. 84) continúa Calamandrei:

...Dunque se anche le leggi ordinarie, emanate prima della Costituzione ma con essa contrastanti, sono soggette al sindacato di legittimità costituzionale della Corte, in forza del quale possono perdere efficacia solo dal giorno successivo a quello della pronuncia della Corte (69), questo dimostra, se non m'in-

(69) Quiso decir: de la publicación oficial de la decisión de la Corte.

contralor de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia, y sólo a virtud de la sentencia que ésta dicte declarando su actual inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, con efecto exclusivo al caso concreto y en el procedimiento en que se haya pronunciado, ello mismo está demostrando que, hasta ese instante, las leyes ordinarias que coliden o contrastan con la Constitución en su contenido, están en vigencia y hasta el pronunciamiento de la Corte no han sido objeto de derogación tácita, ni pueden serlo con él.

La Corte estima que siempre que esté comprometido el exa-

ganno, che fino a quel giorno le leggi ordinarie contrastanti colla Costituzione sono rimaste in vigore, e che fino a quel giorno la Costituzione non ha avuto su di esse diretta ed immediata efficacia abrogativa...

La Suprema Corte de Justicia ha adaptado el desarrollo del ilustre profesor al derecho positivo uruguayo, en la parte nuclear de la sentencia anotada.

Veamos si el trasplante a terreno uruguayo de las razones calamandreyanas admite su aclimatación, o si por el contrario quedan vacías de sentido respecto de la Constitución nacional.

Observa la Suprema Corte de Justicia que "conforme a la Constitución, las leyes ordinarias que la contrarían (rectius: las leyes inconstitucionales, pues no se ha demostrado que la ley contrariada por una Constitución posterior deba calificarse como inconstitucional) no son nulas, sino que sólo pueden ser objeto de su declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, con referencia exclusiva al caso concreto y teniendo solamente efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado". Con la rectificación del paréntesis, la oración es exacta; pero de ella no se deduce que la Constitución no pueda derogar tácitamente y de pleno derecho una norma legal ordinaria.

El período siguiente de la sentencia reitera el argumento de que el texto no limita el instituto de la inconstitucionalidad a las leyes posteriores a la Constitución (70). Ya observamos que la posibilidad de controlar la legitimidad constitucional de una ley anterior a la Constitución última no implica que el patrón de medida haya de ser esta Constitución, en vez de la Constitución vigente cuando se promulgó la ley de que se trata (71). Como dice la Corte, "cualquier ley, dictada en cualquier tiempo, puede ser declarada inconstitucional por razón de contenido" (y nosotros agregamos: o por razón de forma, midiéndose en uno y otro caso la inconstitucionalidad con respecto a la Constitución bajo la cual fué promulgada la ley). En cuanto a la opinión de Kelsen, no es aplicable al régimen uruguayo. El Verfassungsgeschichtshof austríaco y sus similares, que Kelsen tenía

(70) El período paralelo del libro de CALAMANDREI se apoya además en la opinión de algunos senadores italianos al discutirse la ley constitucional de 11 de marzo de 1953, que estaba en trámite cuando Calamandrei escribía. Por otra parte, en Italia el argumento de que la Constitución no distingue según las fechas es más fuerte que en Uruguay; infra, § 32 (b).

(71) Supra, § 18 y § 21.

JURISPRUDENCIA

men de la norma constitucional y la adecuación de una ley a la misma, no existe otro procedimiento que el de la inconsti-

en vista en 1928, responden a una teleología diferente de la uruguaya: su objeto principal es la preservación del equilibrio constitucional total entre el Estado federal y los Estados miembros. Las Constituciones austríacas no contienen un artículo expreso que consagre la derogación tácita, o adaptación automática, como el 329 uruguayo; cada reforma, en Austria, ha sido acompañada de una ley constitucional de transición que resuelve casi todos los problemas del cambio de régimen.

La sentencia no se ha limitado a sostener que la apreciación de que una ley antigua fué derogada por la Constitución es una cuestión de inconstitucionalidad que compete al sumo colegio judicial (tesis de Massera); la sentencia niega que aquella derogación se haya producido, siguiendo en este aspecto demasiado de cerca a Calamandrei.

Sabido es que el ilustre florentino interpretó el art. 136 de la Costituzione italiana en el sentido de que la Constitución no derogaba las leyes anteriores, sino que éstas permanecían con toda su vigencia y eficacia hasta el día siguiente al de la publicación de la sentencia de la Corte Costituzionale que las declarase constitucionalmente ilegítimas. Las disposiciones constitucionales no actuarían directamente sobre las leyes, sino que habilitarían a la Corte Costituzionale para emitir el pronunciamiento con efecto abrogatorio no retroactivo. El mismo profesor desaparecido, defensor de esta interpretación, se mostró perplejo por sus resultados (72), el primero de los cuales era que la sentencia declarativa de ilegitimidad sería irrelevante en el juicio en que había sido planteada la cuestión de ilegitimidad constitucional.

Calamandrei, ante la ley ordinaria de 11 de marzo de 1953 (73), posterior a los dos trabajos citados, que reconoció que además del efecto abrogatorio de la publicación de la sentencia existe un efecto desaplicatorio (74), insistió en la necesidad política de apoyar la competencia exclusiva de la Corte Costituzionale como medio de limpiar el orden jurídico italiano de muchos textos de inspiración fascista (75).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia ya citada (76) hace notar la impertinencia del primer argumento calamandreyano en el derecho uruguayo, donde no existe el artículo 136. El otro argumento político, obviamente, tampoco cabe: una, porque no hubo en Uruguay un "ventennio della vergogna"; otra, porque como el fallo declarativo de inconstitucio-

(72) Lettera dedicatoria al proff. Enrico Redenti, en La illegittimità... cit., p. XVIII, reeditada con el título La Corte Costituzionale e il processo civile, en Studi in onore di Enrico Redenti, t. I, p. 203 (Milano 1951).

(73) No se confunda esta ley ordinaria, de dudosa legitimidad constitucional, con la ley constitucional de la misma fecha.

(74) CALAMANDREI, Corte costituzionale... cit., p. 26.

(75) Corte costituzionale... cit., p. 34-35; La prima sentenza... cit., p. 149.

(76) Rev. D. J. A., t. 52, p. 201.

tucionalidad de la ley, ni otra competencia para decidirlo que la privativa y específica de la Corte, sin distinguir entre incons-

nalidad no tiene en Uruguay efecto general, la concentración de la competencia en la Suprema no servirá para limpiar los textos legales de disposiciones derogadas (77).

25. — Pero dejemos de lado la fuente circunstancial de aquella afirmación, y analicémosla en sí. ¿Qué diferencia hay entre la tesis de Massera y la tesis de Calamandrei trasplantada al Uruguay por la Suprema Corte en mayoría?

Creemos que la diferencia tenía sentido en Calamandrei, porque el fallo de la Corte Costituzionale sólo tenía efectos futuros, según la primitiva opinión del gran procesalista. Pero, la distinción que en Italia se ha intentado entre el efecto anulatorio y el efecto desaplicatorio panprocesal (78) no tiene sentido en Uruguay, donde el fallo de la Suprema Corte tiene efecto desaplicatorio referido exclusivamente al caso concreto que motivó los procedimientos respectivos.

En la posición original de Calamandrei, la diferencia entre su tesis y la que había expuesto Massera doce años antes era la siguiente: para el primero, la oposición entre una ley y la Constitución tiene por único efecto abrir la posibilidad de que la Corte Costituzionale derogue la ley. Pero hasta el día siguiente al de la publicación de la sentencia declarativa de la ilegitimidad constitucional, la ley rige con toda su vigencia y eficacia, que continúa después de la sentencia respecto de los hechos anteriores (y de ahí la perplejidad del autor). Para el segundo, la oposición tiene por efecto la derogación, pero esta derogación sólo puede ser puesta de manifiesto en cada caso por la Suprema Corte. En el intervalo entre la promulgación de la nueva Constitución y el fallo de la Corte, ningún órgano público podría reconocer que hubo derogación (79). Pero emitido el fallo declarativo de inconstitucionalidad, la ley objetada se desaplicaría al respectivo caso, que por lo general estará constituido por hechos anteriores a la sentencia.

Trasplantada la fórmula calamandreyana al Uruguay, la diferencia se vuelve cuestión de palabras y pierde sentido jurídico. Los órganos públicos deben cumplir, sígase una u otra tesis, con el régimen legal mientras no haya declaración de la Suprema. El fallo de ésta, adóptese la tesis de la derogación sólo

(77) Que la preocupación decisiva de Calamandrei era esa, se ve en su nota de jurisprudencia citada (La prima sentenza...), § 6: "In fondo, a parer mio, la soluzione di questo problema... non può esser cercata altro che nella diversità funzionale... La sentenza del giudice decide un caso singolo, inter partes; il provvedimento della Corte Costituzionale... non decide un caso singolo, ma dichiara inefficace erga omnes... una norma di legge" (loc. cit., p. 155 - 156). Véase además el § 9 con que termina dicha nota (loc. cit., p. 159 - 160).

(78) Infra, § 31.

(79) El acto administrativo comentado por Massera en aquella famosa nota de administración, suponía justamente descartar la aplicación de la ley electoral de 1925 en los puntos en que se oponía a la Constitución de 1934.

titucionalidad originaria y superveniente, pues sería absurdo admitir, en la unidad del orden jurídico, la coexistencia de dos

conocible por la Corte o la tesis de la inconstitucionalidad superveniente sin derogación, se aplica al caso concreto, aunque sea anterior a la sentencia. Las personas privadas, con la una o con la otra, pueden incumplir la ley si confían en que la Corte ha de fallar en su favor.

26. — La tesis mayoritaria, según la cual las leyes antiguas permanecen vigentes en cuanto no se opongan a la nueva Constitución, y la eventual derogación puede ser reconocida por el órgano público llamado a aplicar el derecho en cada caso, tiene por resultado práctico —obvio es señalarlo— que los órganos públicos (jueces, administradores) tienen el poder-deber de descartar las disposiciones legales anteriores que se opongan a la Constitución, sin esperar a que la Suprema Corte diga su palabra.

Nosotros los administrados estamos frente a la ley objetable en la misma posición que con la otra tesis; pero recibimos un efecto indirecto diferente, el que resulta de que los órganos públicos que nos rodean compartirán nuestra posición frente a la ley derogada, lo cual no podrían hacer frente a la ley propiamente inconstitucional en virtud de la exclusividad de la Suprema Corte en la materia⁽⁸⁰⁾.

Y esto tenderá, por lo general, a una mejor y más pronta efectividad de los principios constitucionales.

27. — Detengámonos en la estructura lógica del considerando de la sentencia, en la parte que acabamos de comentar.

Este período ya no es un intento de demostración de su tesis, sino que, dándola por demostrada, la Corte deduce un corolario: admitido que las leyes anteriores a la Constitución y colidentes con ésta quedan sujetas al contralor de legitimidad constitucional del capítulo IX de la Sección XV, la Suprema Corte en mayoría concluye que "las leyes ordinarias que coliden o contrastan con la Constitución en su contenido, están en vigencia" y no han sido objeto de derogación.

Este corolario, de ser lógicamente correcta la deducción, sería una demostración ad absurdum de que la Corte se equivoca. Porque este corolario significa que las leyes anteriores permanecen en vigencia tal como eran, aunque se opongan a la nueva Constitución. Y esto está expresamente negado en el artículo 329: las leyes anteriores permanecen en vigencia en cuanto no se opongan, directa o indirectamente, a la nueva Constitución^(80 bis).

⁽⁸⁰⁾ ESPOSITO, *Il controllo...* cit., p. 297-299; con referencia a nuestra Constitución, CASSINELLI MUÑOZ, *La apelación para ante la Asamblea General según el artículo 303 de la Constitución*, en Rev. D. J. A., t. 55, p. 131 (§ 7 y llamada 18).

^(80 bis) El profesor argentino Arturo Enrique SAMPAY — en el libro citado en la llamada 58 bis, que tuvimos oportunidad de leer cuando ya estaba escrita la presente nota de jurisprudencia — afirma que el artículo 329 no alude a la última Constitución, sino a la Constitución de 1934, porque las posteriores

principios constitucionales, uno expreso y el otro implícito, en perfecta antítesis entre sí.

28. — Pero además —y esta observación destruye un argumento a favor de nuestra tesis⁽⁸¹⁾— la deducción del corolario antedicho es lógicamente incorrecta. Nada obsta, en efecto, a que coexistan frente a una misma norma legislativa dos procedimientos para eludir su aplicación. Que una ley pueda considerarse derogada, y como tal se la descarte en un caso sin entrar a estudiar si es inconstitucional, y que la misma ley pueda considerarse inconstitucional, y que como tal se la deje de lado sin entrar a estudiar si está derogada⁽⁸²⁾.

La "perfecta antítesis" que ve la Corte en la coexistencia de la inconstitucionalidad con la derogación no es una contradicción lógica, del mismo modo como no es lógicamente contradictorio pensar en una ley que no abarque un caso (y que por ello no se aplique en un caso concreto), y que sea además inconstitu-

no serían nuevas Constituciones sino reformas de aquélla (*). El argumento letrista no nos convence, porque la ley constitucional 11.789 de 25 de enero de 1952 sustituyó totalmente el texto de la Constitución, y los diversos artículos deben interpretarse armónicamente como un único contexto, sin atender a si en otra época existió un artículo del mismo tenor (y ni siquiera es idéntico el 329 al homólogo de las constituciones anteriores). Por otra parte, no comprendemos por qué admite Sampay que el 329 deroga los decretos legislativos departamentales que se opongan a la Constitución de 1952; si el 329 no fuese más que un simulacrum del 282 de la Carta de 1934, y si "ley" significa allí "regla de derecho" (como sostiene Sampay, p. 49), el primer artículo de la Sección XIX habría derogado los decretos anteriores a 1934, pero no los promulgados entre 1934 y 1952. La tesis de Sampay sobre la delimitación temporal entre derogación e inconstitucionalidad, tomando como fecha diacrítica el 18 de mayo de 1934, presentada como solución a la discrepancia entre la Suprema Corte y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (**), es incongruente con estas afirmaciones del mismo jurista que justifican la derogación de los decretos departamentales anteriores al 25 de enero de 1952: "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" (Op. cit., p. 49). ¿Por qué ha de ser absurdo en relación a las normas departamentales, y ser la solución de principio (como arguye Sampay un poco antes, en la misma p. 49) en relación a las normas legales ordinarias?

⁽⁸¹⁾ Destruye el fácil argumento por el absurdo, pero sirve para poner el problema en sus verdaderos términos. Infra, §§ 35, 36, 37 y 38.

⁽⁸²⁾ Además de ser lógicamente posible, la situación puede darse de hecho según nuestra tesis, cuando en un caso pueda no aplicarse una ley por ser (originalmente) inconstitucional o —además— por estar el caso excluido de la categoría sobre que dispone la ley. Según la tesis contraria, también podría darse, pero sólo cuando la exclusión de la categoría no resultase de la oposición con la nueva Constitución. Es también lógicamente posible una tercera tesis: que la Constitución deroga y a la vez inconstitucionaliza las leyes anteriores que se le opongan, según se explica en el § 38.

(*) Op. cit., p. 23, 24, 25, 48, 49, 50, 53.

(**) Op. cit., p. 52. Véase la llamada 58 bis de la presente nota.

Señala recientemente el profesor Pietro NUVOLONE, que: "El carácter constitucional de una norma, en el ámbito de ordenamiento tipo rígido..., da a la norma misma la preeminencia sobre las leyes ordinarias y por tanto excluye la aplicación de la locución latina (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*). Por su naturaleza, la Constitución contiene principios generales, pero estos principios generales son la piedra de paragon en base a los cuales se debe juzgar la validez de las leyes

cional, de suerte que podría no tomarse en cuenta el hecho de que el caso no es abarcado por la ley, y descartarla en calidad de ley inconstitucional, mediante el procedimiento del capítulo IX de la Sección XV⁽⁸³⁾.

29. — Por último, llega la cita de Nuvolone, con la cual termina la larguísima sentencia y esta parte refulgente, fatigante para el lector, de la presente nota.

Nuolone dice, con penetración, que la Constitución deroga las leyes anteriores que a su respecto sean constitucionalmente ilegítimas⁽⁸⁴⁾. La insistencia de algunos autores en recalcar que los presupuestos de la derogación tácita de una ley por una Constitución son iguales a los de la inconstitucionalidad por razón de contenido, proviene de que existe otro problema, totalmente ajeno al motivo de esta nota de jurisprudencia. Ese otro problema es el de encontrar el criterio de la conformidad de contenido entre normas de diverso grado. El criterio de la derogación tácita entre leyes ordinarias es entre nosotros el de la conciliabilidad⁽⁸⁵⁾; de ahí que se admita que una ley general no deroga a una ley especial.

El criterio de derogación tácita de leyes por constituciones o de reglamentos por leyes, en cambio, es el de la compatibilidad lógica: de ahí que la norma superior general deroga tácitamente a las normas inferiores que la contradigan, aunque sean especiales⁽⁸⁶⁾. Esto es lo que Nuolone recalca, cuando indica que

⁽⁸³⁾ "La Suprema Corte de Justicia no podría negarse a admitir la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de una ley, promovida de oficio, a pretexto de que la ley no se aplica al caso concreto pendiente por otros motivos. El juicio de subsunción del caso concreto en la categoría de la ley pertenece al juez de la causa y no a la Suprema ex art. 257. Cuando la solicitud es por vía de acción o de excepción, la inaplicabilidad de la ley al caso por motivos ajenos a la inconstitucionalidad configura una situación de falta de legitimación en el solicitante.

⁽⁸⁴⁾ La palabra "ilegítima" está empleada allí en sentido lato, mentando la contrariedad normativa. Infra, § 32 (a) y llamada 111.

⁽⁸⁵⁾ El criterio podría ser cambiado modificando el artículo 10 del código civil. Es interesante hacer notar que el criterio de nuestro código no coincide exactamente con el del código civil italiano de 1942, que agrega una tercera forma de derogación (por materia).

⁽⁸⁶⁾ De modo que mientras subsista el criterio del código civil para la derogación entre leyes, el efecto derogatorio de las Constituciones es más extenso que el de las leyes. Esto no contradice la equiparación entre ambos efectos que parece surgir del art. 329 de la Constitución; porque cada nueva ley general se integra tácitamente con el art. 10 del código civil, autolimi-

"ordinarias, posteriores o anteriores... Ahora, cuando una ley ordinaria especial, anterior a la Constitución, se inspira en un principio antitético al sancionado por la Constitución, y se puede establecer que el principio constitucional es absoluto e inderogable, se determina una incompatibilidad entre la norma ordinaria y la norma constitucional; incompatibilidad que, por el carácter particular de la norma constitucional, vuelve a la primera inaplicable. Pero el comprobar este hecho no significa otra cosa que comprobar que aquella norma ha sido tácitamente derogada por la Constitución. Sin embargo, el declarar que una norma anterior está derogada tácitamente por la Constitución,

un principio constitucional absoluto e inderogable tiene por efecto la derogación tácita de las leyes anteriores que respecto de aquél sean constitucionalmente ilegítimas.

La buena tesis ha sido afirmada por la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht de Alemania Federal, según la cual la distinción entre derogación per constitutionem e inconstitucionalidad (*Verfassungswidrigkeit*) determina la competencia del órgano común o del Tribunal Constitucional Federal, pero en uno y en otro caso el criterio de apreciación de la compatibilidad u oposición con la Constitución es idéntico⁽⁸⁷⁾.

IV

LA CUESTION EN ITALIA

30. — La circunstancia de que la Corte se apoye en la opinión de Nuolone, invita a relatar el régimen constitucional y la interpretación jurisprudencial y doctrinaria acogidos en Italia.

En Italia, la Constitución vigente desde el 1-1-1948 es la única eficaz, porque se entiende que el Estatuto albertino era una constitución flexible, aún bajo el régimen que hacía preceptiva para su revisión la consulta al Gran Consiglio Fascista o bajo el ordenamiento provisional del decreto-ley 151 de 25 de junio de 1944⁽⁸⁸⁾.

No tiene sentido, pues, la cuestión de cuál constitución ha de servir de patrón para determinar la legitimidad constitucional de las leyes por razón de contenido⁽⁸⁹⁾. Sólo puede haber ile-

tando sus categorías con la salvedad de las leyes especiales anteriores. Cuando del contexto de la ley se desprenda que no hay tal limitación tácita, la derogación es absoluta, igual a la *ope constitutionis*. Viceversa, cuando la Constitución salva las excepciones legales (caso del art. 255) autolimita su categoría dejando vigentes las leyes especiales anteriores y permitiendo la creación legítima de nuevas excepciones legales.

⁽⁸⁷⁾ Sentencia de 24 de febrero de 1953, en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. II, p. 129 (Tübingen 1953).

⁽⁸⁸⁾ LAWRENCE LOWELL, op. cit., t. I, p. 3; CALAMANDREI, *La illegittimità...* cit., p. 6; *Giustizia civile*, t. 6, I, p. 850 (Milano 1956).

⁽⁸⁹⁾ La legitimidad constitucional por razón de forma admite, en cambio, varios modelos: pero nadie ha discutido a su respecto que deba usarse como pauta de apreciación la ley sobre formación de los actos legislativos vigente al tiempo de promulgarse el acto cuestionado. CALAMANDREI, *La illegittimità...* cit., p. 6-7.

"equivale a declarar que la norma anterior es constitucionalmente ilegítima. De lo que se desprende que, en relación con las normas anteriores a la Constitución, los presupuestos de la derogación tácita y de la ilegitimidad constitucional, son coincidentes" (Le leggi penali e la Costituzione, págs. 13 y sigts.).

gitudinal constitucional con respecto a la Constitución de 1947, única Constitución rígida que puede estar en juego⁽⁹⁰⁾.

El argumento basado en que la Constitución no distingue entre las leyes anteriores y las posteriores a la Constitución es más poderoso en Italia que en Uruguay: en efecto, si de la falta de distinción se pudiese deducir que se prevé la aplicación del régimen a las leyes anteriores a la Constitución, ello probaría en Italia que el régimen especial alcanza a la ilegitimidad constitucional superveniente, porque las leyes anteriores a 1948 no pueden adolecer de ilegitimidad originaria. En Uruguay, en cambio, aquello no probaría nada, pues las leyes anteriores a la Constitución vigente pueden ser inconstitucionales por contrastar con una Constitución anterior a la vigente⁽⁹¹⁾.

31. — La Constitución italiana dice:

Art. 134. La Corte Costituzionale giudica:

—sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni;

—.....

Art. 136. Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengan necessario, provvedano nelle forme costituzionali.

Art. 137. Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garantías d'indipendenza dei giudici della Corte.

Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte.

Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione.

Art. VII. Fino a quando no sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformidad con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente.

Fino a cuando no entri in funzione la Corte costituzionale, la decisión de las controversias indicadas en el art. 134 ha lugar en las formas y en los límites de las normas preexistentes al entrar en vigor de la Constitución.

I giudici della Corte costituzionale nominati nella prima composizione della Corte stessa non sono soggetti alla parziale rinnovazione e durano in carica dodici anni.

⁽⁹⁰⁾ En efecto: las leyes constitucionales posteriores (infra, llamada 116) no existían al promulgarse la Constitución de 1947, de modo que no pueden tenerse en cuenta al interpretar lo que quiso decir el art. 134 de la Constitución cuando entró en vigencia. En Uruguay, en cambio, la primera Constitución que estableció un procedimiento especial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (la de 18 de mayo de 1934) había sido precedida por otras Constituciones igualmente rígidas (1830, 1912, 1918, 1932).

⁽⁹¹⁾ Supra, § 18, § 21 y § 24.

POR ESTOS FUNDAMENTOS y con la opinión concordante del señor Fiscal y atento a lo preceptuado en las disposiciones constitucionales citadas, LA CORTE,

FALLA:

DECLARASE INCONSTITUCIONAL EL ARTICULO 12 DEL DECRETO-LEY N° 10.388, DE FECHA 13 DE FEBRERO DE 1943, E INAPLICABLE AL PETICIONANTE EN ESTOS PROCEDIMIENTOS.

Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, A SUS EFECTOS.

Bouza (redactor). Macedo, discorde por las razones que expongo en el L. R. Astigarraga, discorde por entender que el artículo impugnado no es inconstitucional. López Esponda. De Gregorio.

LEGGE COSTITUZIONALE 1, de 9 de febrero de 1948:

Art. 1. La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione.

LEGGE COSTITUZIONALE 1, de 11 de marzo de 1953:

Art. 1. La Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948 n. 1, ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali.

La redacción del artículo 136 ha dado lugar a múltiples discrepancias en la doctrina italiana, porque el único efecto explícitamente establecido para la declaración de ilegitimidad constitucional de un acto legislativo⁽⁹²⁾ es la cesación de la eficacia.

La doctrina italiana por lo general confunde vigencia con eficacia, lo cual da lugar, a su vez, a nuevas discrepancias.

Así, Calamandrei entendió que la declaración de ilegitimidad constitucional sólo tiene el efecto de hacer cesar la vigencia de la ley desde el día siguiente a la publicación de la sentencia⁽⁹³⁾. Correspondería pues aplicarla a los hechos ocurridos hasta el día de la publicación, incluso en el propio proceso que había sido suspendido por la cuestión de ilegitimidad constitucional⁽⁹⁴⁾.

Por su parte, Garbagnati⁽⁹⁵⁾ y Lavagna⁽⁹⁶⁾ afirmaron que

⁽⁹²⁾ Los actos legislativos formales (supra, llamada 13*) en Italia son las leyes ordinarias (leggi), las leyes regionales (leggi regionali), análogas a nuestros decretos legislativos departamentales, los decretos-leyes (decreti-legge) y los decretos legislativos (decreti legislativi).

⁽⁹³⁾ La illegittimità... cit., p. 75.

⁽⁹⁴⁾ La illegittimità... cit., p. 50.

⁽⁹⁵⁾ Sulla efficacia delle decisioni della Corte costituzionale, en Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, t. IV, p. 208-209 (Padova 1950).

⁽⁹⁶⁾ Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza", en Rivista italiana per le scienze giuridiche, t. 91, p. 220 (Milano 1956).

Discordia del señor Ministro don Alvaro F. Macedo

Concretamente, el problema fundamental que está a resolución de la Corte consiste en saber si sancionada una norma constitucional incompatible con una norma legal preexistente, puede plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, o si simplemente estamos en presencia de un fenómeno de derogación de la norma legal más antigua.

la cesación de la eficacia era una anulación, que eliminaba la vigencia retroactivamente⁽⁹⁷⁾. Sin embargo, el uso indistinto del vocablo "eficacia" en la acepción de vigencia o en la de eficacia material en sentido estricto, hizo que esta tesis fuese sostenida tímidamente, confesando la dificultad de apoyarla en un texto que claramente hablaba de cesación ex nunc⁽⁹⁸⁾.

Entre esas dos posiciones extremas se sitúan otros autores como Guarino⁽⁹⁹⁾, Mortati⁽¹⁰⁰⁾, Esposito⁽¹⁰¹⁾, Pierandrei⁽¹⁰²⁾ o Bologna⁽¹⁰³⁾ quienes distinguen dos efectos de la declaración de ilegitimidad constitucional por la Corte Costituzionale: la desaplicación y la cesación de la eficacia. Para Guarino, Mortati, Esposito y Pierandrei la desaplicación de la ley afectada sería obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales desde el día siguiente a la publicación de la decisión de la Corte, aún respecto de los hechos ocurridos antes de esa fecha ("disapplicazione pamprocessuale"). Pero además, la ley afectada quedaría derogada para el futuro, es decir, cesaría su vigencia desde el día siguiente a la publicación de la sentencia ("effetto abrogativo"). Bologna no restringe la inaplicabilidad a los procesos, con lo que prácticamente se obtiene el mismo resultado que con la teoría de la anulación.

Aún cuando prescindamos del efecto abrogativo o anulatorio de la declaración de ilegitimidad constitucional, el efecto desapli-

⁽⁹⁷⁾ No es éste el lenguaje de Garbagnati, quien habla de que la decisión de la Corte Costituzionale "dichara la legge stessa originariamente priva di efficacia".

⁽⁹⁸⁾ Véanse los escrúpulos de AZZARITI en Gli effetti... cit., p. 193-195, o de DELITALA en Gli effetti penali della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi, en Rivista italiana per le scienze giuridiche, t. 90, p. 20-22 (Milano 1954), quien critica la distinción recogida por GUARINO (infra, llamada 99).

⁽⁹⁹⁾ Op. cit., §§ 12 y 13, p. 366-367.

⁽¹⁰⁰⁾ Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge, en Il foro amministrativo, t. 24, I, columna 326 (Roma 1948).

⁽¹⁰¹⁾ Il controllo... cit., p. 297. ESPOSITO insinúa allí el concepto de eficacia material que nosotros acogimos (supra, § 8), cuando dice: "Da quel giorno la legge non ha più efficacia, non solo come norma dei fatti futuri, ma anche come criterio di valutazione dei fatti passati, sicché questi fatti sono da giudicare, quando siano ancora suscettibili di giudizio, come se la norma di legge non fosse mai esistita".

⁽¹⁰²⁾ Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale" (natura, efficacia, esecuzione), en Rivista italiana per le scienze giuridiche, t. 90, p. 137-138 (Milano 1954).

⁽¹⁰³⁾ Abrogazione od illegittimità costituzionale delle leggi, en Giustizia civile, t. 6, I, p. 852 (Milano 1956).

Estimo que concurren dos principios fundamentales que deben tenerse en cuenta para resolver el punto a decisión de la Corte:

PRIMERO. Es de orden lógico. Está animado por el espíritu y el destino de las normas; no puede concebirse sin quebrantar los más enérgicos principios de la lógica y de la razón, que el legislador haya querido disciplinar el mismo hecho, la misma

catorio tiene en Italia un alcance ajeno al caso concreto. Mientras que en Uruguay la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado⁽¹⁰⁴⁾. Esta observación basta para prevenirse contra la introducción en Uruguay de los razonamientos italianos influidos, explícita o tácitamente, por el artículo 136 de la Constitución italiana.

32. — La doctrina⁽¹⁰⁵⁾ y la jurisprudencia⁽¹⁰⁶⁾ italianas están divididas en cuanto a si la ley anterior a la Constitución puede ser objeto de proceso de ilegitimidad constitucional ante la Corte Costituzionale⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Artículo 259 de la Constitución uruguaya de 1952.

⁽¹⁰⁵⁾ La tesis mayoritaria en Italia separa casos de derogación ope constitutionis y casos de ilegitimidad superveniente; pero el criterio de separación varía en cada autor. CALAMANDREI, según sea derogación expresa o incompatibilidad (supra, llamada 38); LIEBMAN, según que la norma constitucional involucrada sea genérica o específica (supra, llamada 32); EULA, según que dicha norma sea preceptiva de aplicación inmediata o no (supra, llamada 31); etc.

Hay además dos tesis minoritarias: la que considera que la ilegitimidad constitucional debe juzgarse siempre con respecto a la Constitución vigente al tiempo de perfeccionarse la ley de que se trate (CARNELUTTI, BRUNORI, VIRGA, AZZARITI, etc.), y la que considera que todos los casos de oposición entre una ley y la Constitución son "cuestiones de legítimidad constitucional" de competencia exclusiva de la Corte Costituzionale (MORTATI, LAVAGNA, ANDRIOLI). LAVAGNA entiende que el propio problema de si compete o no a la Corte Costituzionale la resolución de un conflicto entre ley y constitución, es una "questione di legittimità costituzionale" que sólo la Corte Costituzionale puede resolver, según el art. 134 de la Constitución y el art. 1 de la ley constitucional de 9 de febrero de 1948 (op. cit., p. 237-242).

⁽¹⁰⁶⁾ La Corte di Cassazione sostiene, aún después del 14 de junio de 1956, que las disposiciones preceptivas de aplicación inmediata contenidas en la Constitución derogan las leyes anteriores en cuanto se les opongan y que esta derogación no requiere ser reconocida a través de la Corte Costituzionale: véanse por ejemplo las sentencias de 2 de febrero de 1956 (en Giustizia civile, t. 6, I, p. 850) y de 27 de julio de 1956 (en Rivista di diritto processuale, t. 11, II, p. 229).

⁽¹⁰⁷⁾ La trascendencia política de la cuestión en Italia impregna, consciente o inconscientemente, las argumentaciones de casi todos los autores. El problema era sentido por la opinión pública como la necesidad de borrar la legislación autoritaria y traer del limbo a la vida práctica la democracia postulada en la Constitución republicana. Comentando la primera sentencia de la Corte Costituzionale — que estudiaremos en seguida — dijo por ejemplo LIEBMAN: "Il generale consenso dell'opinione pubblica e della dottrina a tale massima dimostra che il novissimo organo ha saputo interpretare una esigenza storica e politica, prima che giuridica, universalmente sentita" (Invalidità... cit., p. 161).

actividad, el mismo fenómeno, con dos normas incompatibles y contradictorias.

Por ello, debe concluirse que la sanción de la norma legal más reciente, supone la muerte, la abolición, la inexistencia de la norma legal más antigua e incompatible con aquélla.

Esta conclusión axiomática, tanto del punto de vista de los

La primera sentencia de la Corte Costituzionale, pronunciada el 14 de junio de 1956 (108) "afferma la propria competenza a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge anche se anteriori alla entrata in vigore della Costituzione". Luego de lo cual "dichiara l'illegittimità costituzionale" de las normas contenidas en algunos artículos de los actos legislativos impugnados.

La autoridad institucional y científica de la Corte merece un análisis de sus argumentos, contrarios a las conclusiones del *Avvocato Generale dello Stato*. Dice la Corte al respecto:

In ordine alla questione di competenza sollevata dall'Avvocatura dello Stato, è innanzi tutto da considerare fuori di discussione la competenza esclusiva della Corte Costituzionale a giudicare sulle controversie relative alla illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, come è stabilito nell'art. 134 della Costituzione. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge non può essere fatta che dalla Corte Costituzionale in conformità dell'art. 136 della stessa Costituzione.

L'assunto che il nuovo istituto della "illegittimità costituzionale" si riferisce solo alle leggi posteriores alla Costituzione e non anche a quelle anteriores, non può essere accollto, sia perchè, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Constitución quanto l'art. 1 de la legge costituzionale 8 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinción, sia perchè dal lato logico, è innegabile que el rapporto tra leggi ordinarie e leyes constitucionales e el grado que ad esse respettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriores, siano posteriores a quelle constitucionales. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di Constitución rígida, deve prevalere sulla legge ordinaria.

Non occorre poi fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leyes anteriores, el contraste con norme della Constitución sopravvenuta possa configurare un problema di abrogación da risolvere alla stregua dei principi generali fermati nell'art. 15 delle disp. prel. al codice civile. I due istituti giuridici dell'abrogación e della illegittimità costituzionale delle leyes non sono identici tra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competencias diverse. El campo dell'abrogación inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perchè si abbia abrogación per incompatibilidad secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la declaración de illegittimità costituzionale di una legge.

Los argumentos de la Corte Costituzionale son cuatro:

a) La Corte tiene competencia exclusiva en los asuntos de

(108) La parte que interesa al tema de esta nota está transcrita en *Giustizia civile*, t. 6, p. LIII (Milano 1956), o en *Rivista di diritto processuale*, t. 11, II, p. 149 (Padova 1956). La sentencia decidió treinta cuestiones de ilegitimidad constitucional promovidas contra el art. 113 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

principios lógicos que presiden la vida consciente del hombre, como del punto de vista de la técnica jurídica, no es otra cosa que un aspecto de la actividad inteligente del individuo.

Producido ese evento, no existe conflicto de normas.

Estamos en presencia de una sola norma: la más reciente. La anterior ya no es ley, dejó de existir como expresión de voluntad.

ilegitimidad constitucional de los actos legislativos; sólo la Corte puede declarar la ilegitimidad constitucional de una ley.

Esta primera afirmación puede ser compartida por los dos grupos de doctrinas en pugna, con la condición de que se deje sin definir la expresión "ilegitimidad constitucional". En Uruguay ella puede aceptarse corregida así: la Corte tiene competencia exclusiva para entender en las solicitudes de declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los actos legislativos; sólo la Corte puede declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de una ley. No es lo mismo asunto de inconstitucionalidad que solicitud de declaración de inconstitucionalidad, según puntualizamos en el § 15.

El mismo Calamandrei, el más apasionado (109) defensor de la competencia amplia de la Corte Costituzionale, reconoce que "illegittimità costituzionale" (110) tiene dos acepciones, una lata, que comprende conjuntamente diversas figuras de colisión entre una disposición constitucional y una ley ordinaria, y una acepción stricto sensu, que sólo alcanza a las leyes posteriores a la Constitución (111). Y elige, entre las dos acepciones, la más extensa, por consideraciones jurídicas y sobre todo políticas que no valen para Uruguay (112).

b) Las leyes anteriores a la Constitución no pueden ser excluidas, porque el texto del art. 134 de la Constitución italiana y del art. 1 de la ley constitucional de 8 de febrero de 1948 no distinguen entre leyes anteriores y posteriores.

(109) La fervorosa defensa de su tesis como remedio contra la supervivencia del fascismo (véase especialmente *La prima sentenza...* cit., p. 149-150) merece tal calificativo, que está lejos de menguar la personalidad moral del gran abogado desaparecido.

(110) Corte costituzionale e autorità giudiziaria cit., § 11, p. 24.

(111) CALAMANDREI —loc. cit., p. 25— separa tres formas de contraste (o illegittimità lato sensu): el vicio formal (que identifica con el error in procedendo); la incompatibilidad (antinomía u oposición de contenido), y la illegittimità stricto sensu (que restringe al caso de leyes posteriores a la Constitución cuyo contenido contraste con un precepto de ésta). Nosotros dimos en el § 6 una terminología que nos parece más adecuada al uso común —aún en la doctrina italiana anterior al problema que tratamos—, abarcando bajo el rubro ilegitimidad tanto el vicio de forma (concepto más amplio que el de error in procedendo) como el vicio de contenido y el de designio; y dejando fuera la oposición de contenido normativo que no implice una ilegitimidad del acto. Además, nuestro concepto de ilegitimidad alcanza a las leyes anteriores a la última Constitución, si han violado la Constitución a que debieron ajustarse.

(112) Loc. cit., § 15. Los argumentos jurídicos son: Primero (p. 30), la relación entre ley y Constitución (sobre este argumento, desarrollado con profusión de metáforas —cuanto è pe-

Estas conclusiones, que no pueden discutirse cuando se estudia el problema frente a dos normas de igual jerarquía, se advierte también cuando la norma más reciente es una norma constitucional.

También acá, y con mayor razón, la norma anterior ha dejado de existir, ha sido abolida, derogada por la norma constitucional más reciente e incompatible. Este resultado está impuesto, en

Este argumento contiene un error lógico, porque la tesis contraria no pretende excluir las leyes anteriores del sindacato di legittimità costituzionale, sino que hace notar que, viendo en la ilegitimidad constitucional algo más que la contrariedad normativa: una especie de invalidez, las leyes anteriores no pueden lógicamente padecer ese defecto, porque antes de la Constitución de 1947 no había Constitución rígida, y desde 1948 la ley anterior contraria a la nueva Constitución ha cesado de estar vigente. Siendo así, no era necesario distinguir en el texto constitucional: la distinción resulta de un fenómeno lógico extraño al artículo 134 (113).

El argumento sería correcto en Italia si entendiéramos que la indistinción significa que el constituyente previó casos de ilegitimidad constitucional material de una ley anterior a la Constitución. Si esa interpretación fuese correcta (114), y no pudiendo en Italia hablarse de inconstitucionalidad sustancial de una ley anterior a 1948 como defecto inherente al acto, no quedaría otro camino que dar a la frase "illegittimità costituzionale" el significado de oposición de contenido con la Constitución republicana.

Però en Uruguay ni aún así se racionalizaría el argumento, porque antes de la Constitución vigente hubo otras Constituciones también rígidas, que conservan su eficacia y están vigentes

ricoloso in diritto il parlar metaforico! — véase infra, § 33). Segundo (p. 31-32), la inaplicabilidad del art. 15 del codice civile (sobre esto nos remitimos a la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht y a lo dicho supra, § 29, e infra, § 32 (d)). Los argumentos históricos son: Primero (p. 33), que la razón de la competencia de la Corte Costituzionale es la ventaja de resolver de una vez para siempre las cuestiones de compatibilidad de leyes con la Constitución (este argumento deriva del efecto erga omnes de la declaración de ilegitimidad, loc. cit., p. 38, que no existe en Uruguay, infra § 43 (b)). Segundo (p. 34), la necesidad de adecuar el régimen legal heredado de un ordenamiento autoritario, al espíritu de la Constitución republicana, que más que una nueva ley representa un nuevo mundo, una nueva era que se opone a un "passato funesto" (este último argumento es verdaderamente históricopolítico, a diferencia del anterior, que en realidad es una típica interpretación teleológica; pero ni una ni otro, obviamente, pueden aclimatarse al Uruguay, supra, § 24, e infra, § 34).

(113) Por otra parte, ya señalamos que podía haber ilegitimidad de una ley por razón de forma respecto de una norma constitucional flexible como el Estatuto albertino, supra, llamada 89.

(114) Los antecedentes parlamentarios de las leyes (constitucional y ordinaria) de 11 de marzo de 1953 pueden dar asidero a esa interpretación. PERSICO, *La Corte Costituzionale*, p. 157 (Roma 1949). THOMAS, *Der neue Verfassungsgerichtshof*, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, t. 17, p. 338 (Stuttgart 1956).

ambos casos, como una consecuencia irresistible del proceso lógico, inteligente y razonado, de la sanción de la norma posterior.

SEGUNDO. Es el principio de la jerarquización de las normas, principio de tal trascendencia que hace decir a Aréchaga que "nuestro sistema jurídico se estructura en base a él" (*La Constitución Nacional*, pág. 151).

Bien; no admite discusión que en la escala de la jerarquía de las normas, el punto más alto corresponde a la norma constitucional.

para el pasado. Pongamos que el art. 256 no distingue entre leyes anteriores y posteriores a la última Constitución porque el constituyente previó casos de inconstitucionalidad de leyes anteriores a la Constitución vigente; ello no impide que interpretemos la inconstitucionalidad como un vicio de la ley, y no como la mera incompatibilidad de contenido con la última Constitución.

Para las leyes anteriores a esta Constitución, la presencia o ausencia de inconstitucionalidad se apreciará con respecto a la Constitución vigente a la fecha de promulgación de la ley cuestionada (115).

c) Al lado del argumento textual pone la Corte italiana un argumento que califica como de orden lógico: la relación entre leyes ordinarias y constitucionales en la jerarquía de las fuentes no varía según sean aquéllas anteriores o posteriores a éstas; en uno u otro caso, la Constitución rígida debe prevalecer sobre la ley ordinaria.

Hasta aquí el principio, innegable en Italia y en Uruguay, de la supremacía de la Constitución. Aunque la existencia de varias Constituciones espaciadas en el tiempo (116) requiere una precisión: la supremacía de la Constitución opera entre una ley y una Constitución que tengan (o pretendan tener, esto es, que tendrían aisladamente interpretadas) vigencia simultánea en un instante dado y eficacia común actual. No se puede decir que la Constitución de 1934 debe prevalecer sobre la ley de Intendencias de 1908; esta ley está subordinada normativamente a la Constitución de 1830, y su eventual contrariedad o conformidad con la Constitución de 1934 es jurídicamente irrelevante. Del mismo modo, tampoco puede decirse que la Constitución de 1934 deba prevalecer sobre la ley orgánica de la AFE: ésta debe respetar la Constitución de 1952, y es absolutamente inútil discutir su compatibilidad con las cartas anteriores.

La supremacía de la Constitución no hace inútil averiguar si la oposición del contenido de una ley con normas constitucionales supervenientes configura una derogación. En rigor lógico,

(115) Supra, § 18, § 21 y § 24. Téngase en cuenta la precisión que se hará en la llamada 152.

(116) En Italia hay varias leyes constitucionales además de la Constitución, pero prácticamente no presentan problemas de sucesión de Constituciones frente a una ley, por dos causas. La una, que las leyes constitucionales italianas son complementarias y no sustitutivas de la Constitución de 27 de diciembre de 1947; la otra, que son de fechas muy próximas a la Constitución, de modo que hay pocas leyes ordinarias dictadas en el intervalo entre dos leyes constitucionales.

Sin quebrantar este principio de la jerarquización de las normas, no puede sostenerse la coexistencia de una norma legal con una norma constitucional más reciente e incompatible con aquélla.

La ley, como norma inferior y como expresión de voluntad más antigua, ha dejado de existir. Ya no es ley, ya no es precepto con los atributos que le otorga el carácter de la norma jurídica. Fué expresión de la voluntad del legislador, pero ha sido sus-

tituída por la expresión de una voluntad más alta y más reciente concretada en la norma constitucional.

Y por lo mismo que la norma legal anterior ya no existe, ya no es ley, porque fué derogada, abolida, tampoco puede existir el conflicto de normas, que supone lógicamente dos expresiones de voluntad vigentes. Es por esta razón que el constituyente no

De este argumento nos ocupamos en el § 43 (b).

c) La negación de la ilegitimidad superveniente confunde procedimiento con contenido e ilegitimidad con invalidez formal⁽¹²³⁾.

Con esta objeción se quiere decir que nosotros no advertimos que además de la ilegitimidad en la forma existe ilegitimidad en el contenido, y que ésta admite la especie superveniente.

La última afirmación es una petitio principii: lo que se discute en Italia es justamente si la oposición de contenido, cuando es superveniente, puede calificarse como ilegitimidad. Ello sólo es admisible si se define "illegittimità" en el sentido extensivo a que ya hicimos referencia.

Nosotros podríamos decir, con el mismo grado de razón, que la admisión de la ilegitimidad superveniente confunde el acto con la norma, la ilegitimidad con la oposición normativa, la inconstitucionalidad con la derogación.

Pero además, la confusión reprochada no alcanza a nuestra posición. La ilegitimidad, para nosotros, es la inadecuación de un acto a las normas bajo las cuales fué emitido. La invalidez, como la inconstitucionalidad, es una debilitación de la eficacia formal. "Invalidez formal" e "inconstitucionalidad por razón de forma" son expresiones que significan invalidez o inconstitucionalidad causada por ilegitimidad formal. E ilegitimidad formal es la que consiste en un apartamiento de las normas sobre forma de producir actos. Lejos de confundir ilegitimidad e invalidez formal, nosotros ni siquiera confundimos la ilegitimidad formal con la invalidez formal. Lo que observamos es que la ilegitimidad en el perfeccionamiento es inescindible de la ilegitimidad en el contenido o en el designio, porque hay una correspondencia (competentia) entre forma, contenido y designio, establecida por el derecho positivo para cada categoría de actos⁽¹²⁴⁾.

V

INSUFICIENCIA DE LAS CONSIDERACIONES DE PURA LOGICA JURIDICA

34. — La aparición en Italia de la primera Constitución rígida produjo una ebullición de doctrinas sobre la esencia, los efectos y las relaciones de la Constitución como norma jurídica. La importancia que para la historia del derecho público italiano tuvo

⁽¹²³⁾ Loc. cit., p. 241.

⁽¹²⁴⁾ Infra, llamada 153. La imposibilidad lógica de considerar aisladamente las diversas especies de ilegitimidad está clarísimamente expuesta en GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, t. 3, §§ 119 y siguientes, p. 99 (Padova 1956).

d) Por último, la Corte Costituzionale hace notar que la oposición entre una ley ordinaria anterior y una norma constitucional no se podría resolver siempre con el art. 15 de las disposiciones preliminares del codice civile⁽¹¹⁷⁾. Sobre este punto no puede haber dudas⁽¹¹⁸⁾; el efecto de la Constitución sobre las leyes anteriores no puede ser determinado en su alcance por una ley ordinaria. La derogación de leyes entre sí admite la persistencia de normas anteriores especiales que en rigor lógico contradigan a la posterior general; lo cual es inadmisibile en la derogación por acto jurídico de grado normativo superior. Pero esta diferencia del alcance derogativo nada tiene que ver con la competencia para declararlo⁽¹¹⁹⁾.

33. — Los motivos que inclinan a un sector de la doctrina italiana en favor de la competencia amplia de la Corte Costituzionale —fuera de los cuatro recogidos por dicha Corte y que acabamos de examinar— pueden reducirse a los siguientes⁽¹²⁰⁾:

a) A diferencia del Estatuto albertino, no contiene la Constitución republicana de 1947 ninguna disposición expresa que consagre la derogación de leyes anteriores en forma genérica⁽¹²¹⁾.

En Uruguay está el artículo 329.

b) La fundamental exigencia de certeza de la legislación sólo puede ser satisfecha con los efectos de la sentencia de la Corte Costituzionale⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Que corresponde (con diferencias) al art. 10 del código civil uruguayo.

⁽¹¹⁸⁾ Supra, § 29.

⁽¹¹⁹⁾ Nos parece impecable la jurisprudencia al respecto del Bundesverfassungsgericht; supra, § 29 y llamada 87.

⁽¹²⁰⁾ Una síntesis de los argumentos a favor y en contra de la tesis se encuentra en la llamada 86 del artículo de LAVAGNA cit., p. 238 - 242.

⁽¹²¹⁾ LAVAGNA, loc. cit., p. 239.

⁽¹²²⁾ Loc. cit., p. 240.

ha previsto, ni podido prever el conflicto entre sus normas, cuando son más recientes, y las normas emanadas del poder legislador.

Lo que el constituyente ha previsto es la colisión entre una norma legal más reciente y el precepto constitucional. Como el

la Constitución de 1947 influyó en los juristas dando lugar a una sobreestimación del carácter "extraordinario", casi "trascendente" del fenómeno, oscureciendo su normalidad dentro del orden jurídico. En Uruguay, en cambio, ya estamos habituados —demasiado habituados— a ver variar las normas constitucionales⁽¹²⁵⁾. Los actos constitucionales integran nuestra experiencia jurídica cotidiana, a veces con mayor frecuencia que algunas leyes. De ahí que nos sea más fácil evitar la excesiva abstracción en que han caído algunos autores en Italia. Tomemos por ejemplo este párrafo de Italo Bologna⁽¹²⁶⁾:

In questo sistema, in ragione della sua unità e della particolare natura dei rapporti che corrono tra vertice e base, non ha significato una norma anteriore o posteriore, una successione di norme in contrasto tra loro. L'ordinamento giuridico, considerato dal vertice costituzionale, si configura come un organismo privo di dimensione temporale, ma sviluppato in uno spazio ideale, ove ogni elemento o evento normativo è contemporaneo a tutti gli altri, ove ogni conflitto appare come automaticamente risolto per l'azione immediata di efficienti criteri di composizione, coevi alla formazione dell'ordinamento giuridico stesso e formulati in previsione di eventuali antinomie... In conclusione mi sembra inadeguato il ricorso all'abrogazione per spiegare la inefficacia delle leggi ordinarie a seguito di un sopravvenuto ordinamento costituzionale in contrasto con quelle.

La metáfora geométrica de la pirámide carente de dimensión temporal, en cuyo vértice está la Constitución, sólo es adecuada si existe una sola Constitución materialmente eficaz. Pero si la Constitución vigente está precedida en el tiempo por otras Constituciones igualmente rígidas y eficaces, ya no puede ser irrelevante la dimensión temporal del ordenamiento⁽¹²⁷⁾.

35. — Pero, además, debe señalarse que no existe una correlación lógicamente necesaria entre la construcción unitaria del orden jurídico y la exclusión del instituto de la abrogación de normas inferiores por normas superiores.

Los polemistas de ambos lados, con la excepción quizá de Guarino, pretenden resolver la elección entre inconstitucionalidad y derogación con criterios apriorísticos. Unos postulan axiomáticamente que la derogación sólo puede tener lugar entre normas del mismo grado⁽¹²⁸⁾. Los otros afirman, como verdad de razón,

⁽¹²⁵⁾ Tenemos los actos constitucionales de 1830, 1912, 1918, 1932, 1934, 1936, 1938, 1942 y 1952. Los ocho primeros han sido abrogados totalmente, de modo que el único ahora vigente es el de 25 de enero de 1952; pero los demás conservan su eficacia material, salvo —quizá— el de 1936, si se entiende que el plebiscito de 1938 anuló la reforma de 1936 eliminándola retroactivamente, lo que es muy discutible.

⁽¹²⁶⁾ Op. cit., p. 853 in fine.

⁽¹²⁷⁾ Supra, § 32 (c).

⁽¹²⁸⁾ BOLOGNA, op. cit., p. 852 y 853.

principio de la jerarquización de las normas impide que el precepto legal más reciente pueda derogar el texto constitucional más antiguo, el conflicto se produce, porque se está en presencia de dos expresiones de voluntad concretadas en dos normas jurídicas de vigencia actual.

Este es el único conflicto que puede plantearse entre la norma legal y la norma constitucional. Y es este conflicto el que el constituyente resuelve por la vía de la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

que no tiene sentido hablar de inconstitucionalidad superveniente porque la ley anterior ha dejado de existir en cuanto fuera incompatible con el nuevo texto constitucional⁽¹²⁹⁾.

La afirmación de que la derogación sólo puede darse entre normas de igual jerarquía es algunas veces una definición, y otras veces se presenta como teorema deducido de otras premisas.

Cuando es mera definición, sólo significa que el autor usa la palabra "derogación" para designar la extinción de la vigencia de una norma por obra de otra norma del mismo grado. De ello no se puede deducir, obviamente, que la vigencia de una norma no pueda extinguirse por obra de una norma de distinto grado. Este último fenómeno jurídico habrá de ser designado por aquel autor mediante otro vocablo, como por ejemplo, "decaimiento"⁽¹³⁰⁾.

Cuando se presenta como teorema, debemos preguntar ante todo qué entiende el autor respectivo por "derogación". Algunos autores definen "derogación" como extinción de la vigencia de una norma por el órgano competente actualmente para emitirla⁽¹³¹⁾. Otros no definen el término, y su significado se induce del contexto (o no se induce, y la posición del autor queda oculta).

En estos casos, el problema de si es posible la derogación de una ley por la Constitución, en el plano lógico, depende de si el poder constituyente es competente para emitir leyes ordinarias. En Uruguay, como en la generalidad de los países, el poder constituyente puede emitir cualquier clase de actos jurídicos. Pero no hay obstáculo de orden lógico a que una Constitución consagrara la separación de poderes respecto del poder constituyente, poniendo límites a los poderes jurídicos de los órganos constituyentes^(131 bis).

⁽¹²⁹⁾ MARTINEZ, en el artículo citado en la sentencia anotada.

⁽¹³⁰⁾ MENDEZ, *Notas para un estudio de los caracteres de la revocación*, en La justicia uruguaya, t. 18, II, p. 17 (Montevideo 1949). SAMPAY, op. cit., p. 48, llama "caducidad de la ley" a la abrogación por un acto emanado de "un órgano superior al Poder Legislativo ordinario".

⁽¹³¹⁾ DONATI, *Abrogazione della legge*, en Dizionario di diritto pubblico, p. 8, según cita de BOLOGNA en el artículo cit., p. 852, llamada 2.

^(131 bis) SAMPAY (op. cit., p. 48 - 49) sienta el principio de que, en ausencia de texto expreso, las normas jurídicas sólo pueden ser abrogadas, expresa o tácitamente, por el mismo órgano que las emitió. No se comprende por qué se elige esa solución. Tan plausible como ella, en el terreno de la pura técnica, sería la de exigir texto expreso para que pudiera abrogarse una

Concurren también a la misma conclusión, las siguientes consideraciones:

a) La defensa de inconstitucionalidad es, de acuerdo a su destino esencial, el instituto que tiende a asegurar la regularidad constitucional de la norma legal, a mantener la ley en ajuste

Definida la derogación o abrogación como la cesación de la vigencia por efecto de un acto jurídico superveniente, la cuestión de si determinada especie de actos tiene efecto abrogativo no puede resolverse sin acudir a reglas de derecho positivo.

Son falaces todos los razonamientos que pretenden deducir de principios de lógica jurídica, criterios para determinar si una norma tiene efecto abrogativo.

Los principios de lógica jurídica dicen que un ordenamiento debe tener criterios para decidir, en cada caso, cuál es el derecho positivo; pero no dicen qué criterio corresponde a un derecho positivo determinado.

36. — Para interpretar un derecho positivo determinado, por lo tanto, no hemos de partir de formulaciones abstractas y metafóricas, sino que debemos utilizar los principios y soluciones que surjan del propio orden jurídico que queramos penetrar.

En vez de poner frente a frente — como reglas trascendentes de misterioso origen — los principios de la supremacía de la Constitución y de la derogación de las leyes anteriores por las posteriores, analicemos de dónde surgen esos dos "principios" para poder apreciarlos en su exacto alcance. En lo posible, empleemos ejemplos del derecho uruguayo.

¿De dónde surge la positividad del principio de supremacía de la Constitución? La Constitución prevalece porque es rígida; si fuese flexible, no habría tal supremacía, al menos en cuanto al contenido⁽¹³²⁾. ¿Y por qué es rígida nuestra Constitución? Porque existe una norma positiva válida que establece un procedimiento especial para reformarla. Esta es la condición necesaria y suficiente para que exista supremacía de la Constitución.

Si se dictase una ley ordinaria que contuviese un artículo que

norma, aún por el órgano que la dictó (posición que no carece de prestigiosos propugnadores); o la de sentar el principio de que la abrogación de un acto jurídico sólo puede hacerse, a falta de texto expreso, por otro acto de superior o igual grado normativo; y así podríamos enumerar otras fórmulas que han sido enunciadas por los doctrinos. Nos parece más razonable, cuando ninguna solución surge del texto, hacer caudal de la observación (recogida por el propio SAMPAY, supra, llamada 80 bis) de que sería absurdo pensar que el constituyente quiso dejar vigentes normas antiguas contrarias a la voluntad jurídica actual de la Nación expresada en la Constitución. El razonamiento ha de ser el inverso: la manifestación última de voluntad de la Nación (en el sentido jurídico que tiene en el art. 4 de la Constitución uruguayo), legítimamente emitida, abroga en principio las manifestaciones anteriores; este principio no se aplica cuando la manifestación ulterior es ilegítima, por ejemplo, si su contenido se opone a una norma de grado superior. Esta conclusión está expuesta en la discordia de MACEDO, ejemplo de buen sentido.

⁽¹³²⁾ Supra, llamada 113.

con los preceptos de la Carta, a contener la función legislativa dentro de los límites de sus competencias constitucionales.

Por lo mismo, la defensa de inconstitucionalidad supone necesariamente la preexistencia de la norma constitucional.

El conflicto lo plantea la sanción de la ley que violenta el texto constitucional. Por lo mismo, la defensa de inconstitucionalidad no puede funcionar cuando es la Constitución la que invade el terreno ya disciplinado por la legal.

dijera: "Esta ley no podrá ser reformada sino por unanimidad", ¿por qué no adquiriría supremacía automática sobre las demás leyes ordinarias? En Uruguay, porque un artículo así significaría una reforma, para ese caso, de la Sección VII de la Constitución, reforma que por no haber seguido el procedimiento del art. 331 sería ilegítima. En cambio, en un país de Constitución flexible, un artículo así sería legítimo, y entonces la ley que lo contuviera adquiriría automáticamente supremacía sobre las demás leyes ordinarias (que serían, desde ese momento, las leyes no sancionadas por unanimidad).

¿De dónde surge la positividad del principio *lex posterior derogat priori*? De la existencia de una norma positiva válida que establece un procedimiento hábil para dictar nuevas leyes, aunque el contenido contradiga las leyes anteriores, salvo casos excepcionales. Estos casos excepcionales aclaran bien el alcance del principio: para dictar una nueva ley en materia electoral no basta el procedimiento de la Sección VII, sino que además se requiere el voto de los 2/3 de componentes de cada Cámara. Si una ley sin dicha mayoría contradice a una ley electoral anterior, no prevalece sobre ella, sino que el conflicto se resolverá con la prevalencia de la ley anterior (por ser legítima) sobre la posterior (que será ilegítima).

¿Y por qué vale el mismo principio cuando la segunda ley es una Constitución? Porque existe una norma positiva válida que establece un procedimiento hábil para reformar la Constitución (por sustitución, derogación o adición) sin restringir el posible contenido de la reforma, esto es, aunque su contenido contradiga cualquier norma jurídica anterior. ¿Y si hubiera restricciones de contenido, por ejemplo, si hubiese cláusulas irreformables en ciertos períodos, o si las reformas constitucionales sólo pudiesen recaer sobre la materia constitucional? En tales casos, los actos constitucionales que contradijesen leyes ordinarias anteriores no las derogarían si aquellos actos hubiesen invadido materias prohibidas; no prevalecerían sobre las leyes porque serían ilegítimos (tampoco valdrían aunque no se opusieran a las leyes anteriores).

En ningún caso, pues, la Constitución posterior vuelve ilegítima la ley anterior. O la deroga, si la Constitución es legítima; o la Constitución es ilegítima, y prevalece la ley.

37. — Claro está que el derecho positivo podría establecer que la derogación de leyes, cuando es *ope constitutionis*, sólo puede ser reconocida por una Corte especial⁽¹³³⁾.

⁽¹³³⁾ Tesis de MASSERA.

b) Se reconocen sin vacilaciones que la norma legal más reciente suprime, deroga, abole, la norma legal más antigua. Esta norma ya no es ley, ha dejado de existir como norma jurídica.

Admitir que, cuando la norma más reciente es la norma constitucional, la cuestión solamente puede resolverse por el funcio-

También podría diferir la entrada en vigencia de las normas constitucionales opuestas a las leyes anteriores, hasta tanto la oposición fuese declarada por una Corte especial⁽¹³⁴⁾.

Para resolver el problema en un derecho positivo determinado, debemos buscar si existe alguna norma, explícita o implícita, que retarde la entrada en vigencia de la Constitución (y entonces podremos negar el efecto abrogativo inmediato), o que consagre la competencia exclusiva de un órgano para declarar la derogación.

Si encontrásemos una norma que difiera la entrada en vigencia y consiguiente derogación⁽¹³⁵⁾, hasta tanto se pronuncie una Corte especial, las leyes anteriores que se opongan a la nueva Constitución quedarían vigentes (y seguirían siendo legítimas si lo eran bajo la anterior Constitución) pero tendrían una eficacia formal disminuida, pues habría un medio adicional a los normales (el pronunciamiento de la Corte) de hacer cesar su vigencia. Si esta disminución de la eficacia formal fuera igual a la que el mismo orden jurídico consagra para las leyes constitucionales ilegítimas, se la podría llamar, sin mayor inconveniente, "inconstitucionalidad superveniente"⁽¹³⁶⁾.

Si encontráramos una norma que concentre en una Corte especial la competencia para reconocer la derogación de leyes por Constituciones, y esta Corte fuese la única competente para reconocer la ilegitimidad constitucional de las leyes, con determinados efectos iguales a los que tiene la declaración de que una ley fué derogada por la Constitución, sería cómodo llamar con el mismo nombre el status de la ley derogada por la Constitución y el de la ley constitucionalmente ilegítima: el primero podría llamarse "inconstitucionalidad superveniente" y el segundo "inconstitucionalidad original".

Pero hay que tener presente que la asimilación de una y otra clase de leyes frente a la Constitución no tiene ninguna relación lógica con la circunstancia de que exista entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales un distinto grado normativo. Podría establecerse, por ejemplo, que las leyes ordinarias posteriores no derogarían a las leyes ordinarias anteriores que se les opongan, hasta que una Corte especial reconozca que hay ope-

⁽¹³⁴⁾ Tesis de CALAMANDREI.

⁽¹³⁵⁾ Aquí sí hay una necesidad lógica: entrada en vigencia de una norma incompatible implica lógicamente la modificación (derogación total o parcial) de la norma anterior. Ello es así por definición de derogación (cesación de la vigencia), y por el principio lógico jurídico de contradicción, que impide la vigencia simultánea de normas incompatibles (esto es, contradicciones).

⁽¹³⁶⁾ Pero no ilegitimidad superveniente, a menos que adoptásemos una aceptación ampliada de la palabra "ilegitimidad", como hizo un sector de la doctrina italiana. Supra, llamada 111.

namiento de la defensa de inconstitucionalidad, supone proclamar la existencia de la ley más antigua, su coexistencia jurídica con la norma constitucional posterior e incompatible, lo que importa tanto como dar a la ley ordinaria una aptitud jurídica, una eficacia, una trascendencia, que se niega a la norma cons-

*sición; en tal caso las leyes ordinarias que modificaran las leyes anteriores tendrían una *vacatio legis* hasta la sentencia de la Corte especial. Y del mismo modo, podría establecerse que las leyes posteriores derogarían a las anteriores que se les opongan, pero que esta derogación sólo puede ser reconocida por una Alta Corte en lo Legislativo, con efectos generales o con efectos en el caso concreto... Tales regímenes podrían calificarse de políticamente absurdos y prácticamente inconvenientes⁽¹³⁷⁾, pero no padecerían ningún defecto de orden lógico.*

La relación entre el grado normativo de dos normas y los efectos de una sobre otra, pues, sólo existe a través de las reglas de derecho positivo, especialmente como consecuencia de las normas sobre producción de actos jurídicos (condiciones de legitimidad).

38. — En el caso especial de oposición entre una ley anterior y una Constitución posterior con un período (aparentemente) común de vigencia, no hay pues obstáculo de orden lógico para que el derecho positivo consagre cualquiera de estas soluciones, por ejemplo:

a) La Constitución deroga a la ley en lo que se le oponga, y la derogación puede ser reconocida por cualquiera.

b) La Constitución asimila la ley opuesta a una ley inconstitucional. Es decir, que la ley recibirá el tratamiento propio de las leyes inconstitucionales.

c) La Constitución deroga a la ley, y además la vuelve inconstitucional. Esto significa que las personas privadas y los órganos públicos deben aplicar la ley con vigencia hasta la entrada en vigencia de la Constitución, y que además podrán aplicarse a la ley los procedimientos que existan para tratar las leyes inconstitucionales.

Las tres soluciones han sido sostenidas en Italia; no son, por otra parte, las únicas posibles. La tercera nos interesa especialmente por lo que señalaremos al final de este párrafo. Es la tesis que sostiene Paolo Barile en el libro del que transcribimos aquellos párrafos⁽¹³⁸⁾.

La tesis de la coexistencia de derogación e inconstituali-

⁽¹³⁷⁾ Si se diera al pronunciamiento de esa insólita Alta Corte efectos *erga omnes*, el sistema podría defenderse con los mismos argumentos políticos con que CALAMANDREI defiende la competencia exclusiva de la Corte Costituzionale respecto de las leyes anteriores: evitaría la incerteza en cuanto a si una ley vieja está derogada por una ley nueva, y limpiaría la legislación de un farrago de artículos cuya derogación tácita debe ser estudiada en cada caso.

⁽¹³⁸⁾ Supra, § 22. Las ideas de BARILE sobre este punto específico están claramente expuestas en su nota bibliográfica *Profilo processuale della legittimità costituzionale*, en *Giurisprudenza italiana*, t. 102, IV, columna 106 (Torino 1950).

titucional, violentando el principio de la jerarquización de las normas. Se violenta el principio de jerarquización de las normas y de los órganos: el Poder Legislativo tendría más alta relevancia jurídica que el Poder Constituyente, que es el más alto por cuanto es el que más cerca está de la fuente misma de la democracia.

dad tiene especial interés en los ordenamientos jurídicos que permiten anular o abrogar o suspender los efectos (139) de la ley inconstitucional, mediante pronunciamientos obligatorios erga omnes. En dichos ordenamientos, la superposición del régimen de la inconstitucionalidad al de la derogación tutela el interés de certeza. En los casos de duda sobre la compatibilidad de una ley anterior con la nueva Constitución, cualquier persona u órgano aplica o no aplica la ley según la juzgue compatible (y por tanto vigente) o incompatible (y por tanto derogada); pero esa disparidad de criterios cesa desde que es emanado el pronunciamiento obligatorio referido (140).

Pero si el interés de certeza sirve para justificar la extensión del procedimiento de eliminación de las leyes inconstitucionales, abarcando aquéllas derogadas por la Constitución, ese mismo interés de certeza sirve para justificar la extensión del mismo procedimiento a las leyes derogadas por otras leyes ordinarias. El argumento prueba demasiado.

De hecho, la admisión de la tesis de la inconstitucionalidad superveniente por la Suprema Corte y la admisión de la tesis de la derogación por los otros órganos públicos, puede dar lugar a que todo ocurra "como si" la tesis del doble efecto simultáneo fuese la solución uruguaya. Los administradores y jueces no aplicarían las leyes que estimasen derogadas; pero si en algún caso estos órganos (jes el caso de la sentencia anotada!) creen que la ley sigue vigente porque no se opone a la Constitución nueva, el interesado (141) podría solicitar de la Suprema la declaración de inconstitucionalidad, que si es pronunciada hará cosa juzgada.

39. — El largo y penoso recorrido por argumentos y críticas nacionales y extranjeros toca a su fin. Hemos de intentar, ahora, una interpretación constitucional uruguaya. El nudo del problema es determinar si la promulgación de una Constitución deroga las

(139) Alemania Federal, Italia, Austria, Brasil, etc.

(140) Dice BARILE, *La costituzione...* cit., § 29, p. 72: "La legge costituzionale sopraggiunta, avente efficacia di norma giuridica, e per di più superiore a quella delle altre leggi, tronca gli effetti che da queste derivano. I due concetti di invalidità e di abrogazione non sono quindi in alcun modo in contrasto, il secondo essendo null'altro che la conseguenza del primo, un effetto dell'illegittimità. Questo non esclude affatto che possa aver luogo anche l'altro effetto dell'incostituzionalità: l'annullamento o la dichiarazione di nullità... Dall'incostituzionalità possono dunque derivare due effetti fondamentali: la c.d. abrogazione delle leggi anteriori alla costituzione, cioè la disapplicazione pratica di esse da parte degli organi dello Stato; l'annullamento delle leggi anteriori o posteriori ad essa, o *recitius*, l'acertamento della nullità di esse".

(141) Por vía de excepción, si cupiere (es decir, si se tratase de un procedimiento judicial), o por vía de acción. CASSINELLI MUÑOZ, *Vías y efectos...* cit., § 4 y siguientes, p. 131.

c) Las decisiones sobre inconstitucionalidad deben ser parsimoniosas, "para apreciar esta advertencia es de fundamental importancia tener en cuenta las salvaguardias y restricciones que la Corte Suprema ha erigido con respecto a la consideración de las cuestiones constitucionales. Recientemente el Juez Brandeis enumeró siete..." entre las cuales se proclama la siguiente: "La

leyes anteriores que la contradigan, o si las deja vigentes hasta la declaración de inconstitucionalidad. Y para el caso de admitirse la primera posibilidad, si la derogación sólo puede ser declarada mediante el procedimiento establecido para declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos.

Y este nudo del problema no puede resolverse con lógica pura; las tres soluciones son lógicamente perfectas. La decisión pertenece al constituyente; es una cuestión de derecho positivo para el intérprete y de política legislativa para el legislador constitucional.

La solución debe extraerse de los textos, armonizados e interpretados de acuerdo con las exigencias del método lógico-sistemático y teleológico (142). Los argumentos de orden rigurosamente lógico no penetran en este problema, porque ninguna de las soluciones es lógicamente contradictoria, ni consigo misma ni con los textos uruguayos o italianos. Por insuficiencia del instrumento lógico necesitamos agregar el análisis teleológico, es decir, la investigación de la congruencia razonable de las soluciones propuestas con las soluciones expresadas en los textos, congruencia que se aprecia en función de la armonía de los fines que unas y otras realizan.

VI

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION URUGUAYA

40. — El artículo 4 de la Constitución incorpora expresamente el principio de legitimidad de la producción del derecho uruguayo:

La soberanía existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará.

Para que un acto jurídico se impute válidamente a la Nación, necesita haberse establecido del modo que se expresa en la Constitución. El principio alcanza tanto a los actos constitucionales (143) como a los actos legislativos (144), en lo que nos in-

(142) CASSINELLI MUÑOZ, *La apelación...* cit., § 1, p. 125 del presente tomo de *La Revista*.

(143) Respecto de los actos constitucionales, el alcance del artículo 4 se debatió con motivo de la reforma constitucional de 1934, que se hizo con un acto constitucional ilegítimo (respecto de la Constitución de 1918), cuya positivización no fué formal (a menos de acudir al orden internacional) sino sociológica (se produjo una sustitución de la fuente primaria, cortándose el vínculo efectividad-positividad del orden anterior y anudándose la efectividad con el nuevo orden jurídico).

(144) Empleamos las expresiones "acto constitucional" y "acto

JURISPRUDENCIA

Corte no se avocará a una cuestión de inconstitucionalidad, aunque haya sido adecuadamente planteada en autos, si también se presenta algún otro terreno en que también pueda ser decidido

teresa.

El "modo" legítimo de establecer estas clases de actos jurídicos varía según los casos. El modo normal es el de la Sección VII; pero hay modos especiales para los presupuestos, para las leyes electorales, para los decretos legislativos departamentales, etcétera, y para las reformas de la Constitución.

A diferencia de la Constitución federal de los Estados Unidos de América (145), de Argentina (146) o de Alemania (147), nuestras Constituciones no contienen artículo expreso sobre supremacía de la Constitución o de las leyes federales sobre los demás actos jurídicos. La solución uruguaya es de mejor técnica; la supremacía de la Constitución es un efecto del principio de legitimidad (148), identificado en nuestro artículo 4 con el de la soberanía jurídica de la Nación.

La supremacía de la Constitución no puede pues, entre nosotros, servir de base a ninguna conclusión que no pueda alcanzarse a través del estudio del orden jurídico uruguayo. La supremacía de la Constitución es la resultante, y no un postulado a priori, del orden jurídico uruguayo.

41. — Dice el artículo 256 de la Constitución uruguaya:

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

El artículo no distingue entre las leyes anteriores y las posteriores; tampoco distingue entre las leyes conformes con la Constitución vigente y las que le son contrarias. Pero, obviamente, el verbo "podrán" no significa que la Corte pueda, a su discreción, declarar inconstitucional cualquier ley. "Podrán" mienta la eventualidad, no la libertad; y en realidad se trata de un poder-deber vinculado al carácter inconstitucional de la ley.

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

Así dice el artículo 257.

legislativo" en sentido formal (supra, llamada 13*). Actos legislativos formales son en Uruguay las leyes ordinarias y los decretos legislativos departamentales (sancionados por la Junta y promulgados por el Concejo, si su fecha es posterior al 15 de febrero de 1955; o emitidos en la forma correspondiente a su fecha).

(145) Artículo VI, inciso segundo.

(146) Artículo 31 del texto de 1853.

(147) Artículo 31 de la Grundgesetz de Alemania Federal.

(148) Supra, § 36.

el caso" (*La Constitución de los Estados Unidos anotada con la Jurisprudencia*, I, p. 64).

Esta decisión es de perfecta adecuación a la especie. Acá también se advierte otro terreno en cuya área puede resolverse

La Corte es, pues, el único órgano competente para declarar inconstitucional una ley. Esta es "la materia" señalada en el artículo 256 y aludida en el artículo 257. La Corte no es, téngase presente, el único juez de la conformidad de las leyes con la Constitución; la apreciación de la conformidad pertenece a todos los órganos públicos y a todos nosotros; sólo nos está vedado declarar inconstitucional una ley con los efectos establecidos en el capítulo IX de la Sección XV (149).

¿Pero qué quiere decir declarar inconstitucional una ley? Este es el gozne del planteo: de la respuesta depende, en definitiva, que debamos acompañar la solución de uno u otro de los dos órganos jurisdiccionales supremos.

La Corte ha respondido, siguiendo a Massera: declarar inconstitucional una ley significa declarar que la ley es contraria a la Constitución actualmente vigente (salvo que se trate de inconstitucionalidad por razón de forma).

El Tribunal ha respondido, con la mayoría de la doctrina uruguaya: declarar inconstitucional una ley significa declarar que la ley tiene la específica debilidad que se llama inconstitucionalidad, la cual deriva de la ilegitimidad del acto legislativo por contrariar la Constitución bajo la cual ha sido emitido.

(149) Es erróneo, pues, decir que compete exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia entender en las "cuestiones de inconstitucionalidad": el texto constitucional vigente limita la exclusividad de la competencia de la Corte a la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos a los efectos de su desaplicación. El ejercicio de esa competencia exclusiva puede ser espontáneo en el caso de procedimiento pendiente ante la propia Corte (CASSINELLI MUÑOZ, *Vías y efectos...* cit., § 5, p. 133), y debe ser promovido mediante una solicitud de declaración de inconstitucionalidad en los demás casos (loc. cit., p. 132, llamada 4). A diferencia de las fórmulas uruguayas anteriores, y de los artículos 134 de la Constitución italiana y 1 de la ley constitucional de 9 de febrero de 1948 (supra, § 31), el texto vigente no deja lugar a un concepto genérico de "cuestión de inconstitucionalidad" cuya aparición lleve el asunto para ante la Suprema Corte de Justicia.

Más erróneo aún sería decir que a la Suprema Corte competen todas las cuestiones de compatibilidad de una ley con una Constitución. Estas cuestiones son una materia distinta de la mentada en el art. 257. En Alemania Federal, por ejemplo, el Bundesverfassungsgericht, además de la competencia análoga a la uruguaya de declarar la inconstitucionalidad de una ley (art. 100 de la Grundgesetz), tiene la competencia, sin equivalente uruguayo, de "decidir sobre las divergencias de opinión o dudas acerca de la compatibilidad formal o material del Derecho federal o provincial con la Constitución", que le sean planteadas por determinados órganos (art. 93 de la GG).

Cuestiones de inconstitucionalidad o de regularidad constitucional deben resolver los órganos legislativos y jurisdiccionales como parte de su labor normal; y las personas privadas y los órganos administrativos cuando un acto legislativo interfiera ilegítimamente en su esfera de intereses directos, personales y legítimos. Infra, § 43 (a).

el punto, adecuando además, la decisión, al principio constitucional de la jerarquización de las normas jurídicas. Y este terreno es el de la derogación.

42. — Interpretemos pues qué quiere decir nuestra Constitución cuando habla de inconstitucionalidad.

Si la ley inconstitucional quisiera decir ley contraria a la Constitución, deberíamos preguntar a cuál Constitución. ¿A la actualmente vigente, a la que regía cuando se promulgó la ley o a la que regía cuando ocurrió el hecho concreto de que se trata? ¿No deberemos decir "contraria a una Constitución"? La Corte no se ha planteado el problema, aunque ha decidido implícitamente que se trata de la Constitución actualmente vigente, o de la que regía cuando ocurrió el caso sometido a resolución (en el asunto, ambas coincidían). Si hubiese optado por la Constitución que regía al promulgarse la ley, habría rechazado la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, porque en 1943 regía la Constitución de 1942⁽¹⁵⁰⁾. También cabría que la Corte declarase la inconstitucionalidad cuando la ley fuese contraria a cualquiera de las tres Constituciones aludidas; pero esta solución exigiría construcciones con complejos andamiajes para no caer en el absurdo.

Si ley inconstitucional significa ley afectada de una debilitación de su eficacia formal, la pregunta que nos hacemos es distinta: cuál es el defecto que origina la inconstitucionalidad, esto es, cuándo es inconstitucional una ley. Buscamos ahora un defecto inherente a la ley, y necesitamos una respuesta unívoca. Así como para apreciar la invalidez de un acto administrativo debemos confrontarlo con el orden jurídico bajo el cual ha sido perfeccionado⁽¹⁵¹⁾, parece razonable entender que la inconstitucionalidad de una ley se juzgue midiéndola con las normas de forma y de fondo de la Constitución bajo la cual ha sido promulgada⁽¹⁵²⁾. Ley inconstitucional querrá decir ley contraria a di-

⁽¹⁵⁰⁾ La regularidad por razón de fondo del artículo 12 de la ley 10.388 resulta del art. 57 de la Constitución de 1942; su regularidad por razón de forma deriva de la disposición transitoria E de la misma Constitución, según la cual desde el 21 de febrero de 1942 hasta el 15 de febrero de 1943 la forma normal de emisión de los actos legislativos era el decreto - ley.

⁽¹⁵¹⁾ Con las precisiones anotadas supra, § 11.

⁽¹⁵²⁾ El orden constitucional bajo el cual es promulgada una ley no puede identificarse siempre con la Constitución vigente a la fecha de la promulgación, aunque por lo general coinciden. Respecto de la inconstitucionalidad formal por razón de contenido, de forma (o de designio, si se la reconociera), la distinción es determinada por la existencia, en un mismo texto constitucional, de regímenes diversos sobre producción de actos legislativos, aún dentro de una misma categoría (por ejemplo, la forma de decreto - ley y la de la Sección VII, en la Constitución de 1942, supra, llamada 150; o la materia impositiva para los decretos legislativos departamentales, permitida o no en la Constitución de 1952 según fuesen promulgados antes o después de 1955). Respecto de la inconstitucionalidad material (por razón de contenido), la distinción proviene de que el orden constitucional bajo el cual se emite un acto legislativo no carece de dimensión temporal, y está integrado por todas las normas constitucionales eficaces cuando se emite el acto, las cuales tienen

d) Admitir que el pretendido conflicto entre la ley y la norma constitucional posterior, se resuelve por la declaración de inconstitucionalidad supone la supresión del a. 329 de la Cons-

cha Constitución por razón de forma o de fondo; ley cuyo contenido pugna con el de aquella Constitución, o cuyo perfeccionamiento se hizo en infracción de sus normas⁽¹⁵³⁾.

La inconstitucionalidad es inherente a la ley, y sólo puede sobrevenir o desaparecer si la ley o la Constitución son alteradas con efecto retroactivo hasta la época en que se produjo la ley⁽¹⁵⁴⁾.

sus respectivas vigencias distribuidas en el tiempo. Así, una ley dictada en 1957 con efecto retroactivo hasta 1947, y cuyo contenido sea compatible con las disposiciones de la Constitución de 1952 pero contrarie lo dispuesto por la Constitución de 1942, es inconstitucional porque no se ajusta al orden constitucional bajo el cual se promulgó, que está integrado por la Constitución de 1942 con vigencia limitada hasta la entrada en vigor de la nueva Carta.

⁽¹⁵³⁾ En puridad — como hizo notar KELSEN —, el primer caso se subsume en el segundo, pues una ley cuyo contenido contradice el orden constitucional bajo el cual se promulgó ha infringido en realidad las normas constitucionales sobre reforma de la Constitución. La observación no es un juego de palabras — como parece creer BOLOGNA —, sino que muestra cómo el contenido de un acto jurídico no puede ser calificado en sí mismo de legítimo o ilegítimo, sin referirse al acto en todos sus elementos. Un contenido permitido y un procedimiento también permitido pueden configurar un acto irregular si el contenido no corresponde, según las normas sobre producción de actos jurídicos, al procedimiento. Así, una ley electoral cuyo contenido se adecúe perfectamente a la Constitución, es inconstitucional si ha sido sancionada por menos de 2/3 de votos del total de componentes de cada Cámara (art. 77 ord. 7º de la Constitución), aunque haya respetado la Sección VII; del contenido del acto depende la forma que debe revestir. El juicio intelectual sobre la regularidad de un acto jurídico puede ordenarse así: primero, determinación de la forma requerida para poner un contenido como el del acto examinado; segundo, confrontación de esta forma requerida con la forma efectivamente usada en el acto examinado. Este esquema construye todos los casos de irregularidad como ilegitimidad por razón de forma, salvo que no podamos pasar al segundo momento por no existir ninguna forma que legitime el dado contenido (como la forma de acto constitucional legítima casi cualquier contenido, el recinto irreductible es prácticamente muy pequeño). También podría ordenarse al revés, determinando primero los contenidos posibles de un acto emitido en la forma del examinado, y confrontando luego el contenido posible con el contenido efectivamente puesto. Este esquema construye todos los casos de irregularidad como de ilegitimidad formal por razón de contenido, salvo que no podamos pasar al segundo momento porque la forma empleada no pueda legitimar ningún contenido (ahora el recinto irreductible es importante, ya que las formas en derecho público son taxativas). Lo expuesto basta para mostrar el acierto de nuestra Constitución al equiparar las especies de irregularidad constitucional, que en realidad son ontológicamente inescindibles.

⁽¹⁵⁴⁾ CARNELUTTI imaginó un caso: una reforma constitucional que exigiera retroactivamente una mayoría especial, volvería inconstitucionales las leyes anteriores sancionadas sin tal mayoría. Se trataría de una sucesión histórica de eficacias materiales, y no de una sucesión jurídica de vigencias. La superveniencia de la inconstitucionalidad sería un hecho histórico, pero

titución que consagra la derogación tácita de la ley por el precepto constitucional posterior.

Este a., aunado al principio de la jerarquización de las normas, impone la conclusión de que, la hipótesis de autos no puede

Esta interpretación exige una regla complementaria para resolver los conflictos que no dan lugar a inconstitucionalidad; y esa regla complementaria es el artículo 329 de la Constitución.

Esta interpretación es, por otra parte, la única que da una solución unitaria para las dos causales de inconstitucionalidad que mienta el art. 256: tanto la regularidad por razón de forma como la regularidad por razón de contenido han de apreciarse respecto de la misma Constitución⁽¹⁵⁵⁾.

43. — La interpretación teleológica de la Constitución termina decidiéndonos por la tesis del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

¿Cuál puede ser, en efecto, el fundamento del régimen especial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes?

a) Se ha pensado en la unidad jurisprudencial acerca de la interpretación de la Constitución.

Este fundamento es inaceptable por la sencilla razón de que la Corte carece, según todas las posiciones doctrinarias, del monopolio de la interpretación de la Constitución. Ya recordamos que todos los órganos públicos y las personas privadas deben actuar interpretando y aplicando la Constitución⁽¹⁵⁶⁾.

Ni siquiera tiene la Suprema Corte el monopolio de la interpretación jurisdiccional de la Constitución. Todos los jueces deben interpretarla, ya sea para darle directa aplicación, ya sea para apreciar si las leyes o reglamentos que han de aplicar al caso son conformes o contrarios a aquélla⁽¹⁵⁷⁾.

En realidad, sólo cuatro artículos consagran competencias de la Suprema Corte de Justicia que involucren preponderancia en la interpretación de la Constitución: son los artículos 239 (ordinal 1º, inciso primero, primera hipótesis), 257, 258 y 313, inciso final⁽¹⁵⁸⁾.

El 239 atribuye a la Suprema competencia exclusiva para juz-

jurídicamente la inconstitucionalidad históricamente sobrevenida se reputa retroactivamente originaria, porque la ley se aprecia hoy con respecto a la nueva Constitución retroactivamente vigente.

⁽¹⁵⁵⁾ Ténganse en cuenta las llamadas 152 y 153.

⁽¹⁵⁶⁾ Así, cuando el Poder Ejecutivo designó a los Consejeros de Enseñanza Primaria y Normal, debió interpretar la Constitución; y bien que fué ardua la tarea y opinable la tesis adoptada. Supra, llamada 149.

⁽¹⁵⁷⁾ Y esta interpretación tiene todos sus efectos normales, salvo que se encuentre que una ley o decreto legislativo departamental es inconstitucional; sin perjuicio de que el perjudicado pueda solicitar la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción, si cupiere.

⁽¹⁵⁸⁾ Podría agregarse el art. 283, en cuanto la autonomía departamental se funda en la Constitución.

resolverse por el instituto que tiende al contralor de la constitucionalidad de la ley, porque se trata simplemente de un caso de derogación de la ley por el texto constitucional más reciente

gar a los infractores a la Constitución, y son conocidas las restricciones que una interpretación armónica exige al tenor literal del inciso.

El 257 atribuye a la Corte competencia exclusiva para declarar inconstitucionales las leyes⁽¹⁵⁹⁾. Ello hace necesario que los jueces o tribunales judiciales⁽¹⁶⁰⁾ o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, luego de resolver ellos mismos la cuestión de si un acto legislativo es constitucionalmente regular sólo puedan proseguir el juicio cuando hayan llegado a la conclusión afirmativa, pero deban dirigirse a la Suprema si hubiese llegado a concluir que la ley es inconstitucional⁽¹⁶¹⁾.

El 258 no sólo consagra la solicitud de oficio (consecuencia del 257 según acabamos de decir), sino que crea una nueva competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia: la de entender en la cuestión de si un acto legislativo es constitucionalmente regular, cuando haya solicitud por vía de excepción en un procedimiento judicial. La vía de excepción, que sólo cabe en los procedimientos judiciales⁽¹⁶²⁾, quita al juez o tribunal la facultad de aplicar el acto legislativo tachado, aunque él lo encuentre legítimo. Los arts. 256-257 prohíben a todos los órganos públicos, desapplicar los actos legislativos sin previa declaración de la Suprema Corte de Justicia; el art. 258 agrega la prohibición, que sólo alcanza a los órganos judiciales, de aplicar los actos legislativos sin que la Suprema haya desestimado la solicitud puesta por vía de excepción⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ Supra, § 41.

⁽¹⁶⁰⁾ Sobre la interpretación de la palabra "judicial" en el art. 258, CASSINELLI MUÑOZ, *Vías y efectos...* cit., § 7, p. 135.

⁽¹⁶¹⁾ La solicitud de oficio no es el planteo de una duda, sino deber funcional del juez que llegó a tal conclusión. Los magistrados judiciales y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tienen el poder - deber de controlar la legitimidad de los actos que han de aplicar; op. cit., § 6, p. 134.

⁽¹⁶²⁾ Loc. cit. en llamada 160. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo suspende los procedimientos cuando la parte solicita la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción, dando una interpretación extensiva — que en nuestra modesta opinión es errónea, y deriva de que no se ha insistido en las diferencias que existen entre el capítulo IX actual y el homólogo de las Constituciones anteriores — del ordinal 2º del art. 258. La sentencia que estamos comentando fué el fruto de una solicitud por vía de excepción interpuesta por ante el Tribunal de lo Contencioso; según nuestra opinión, el Tribunal debió tomar en cuenta la solicitud como una excitación de su celo funcional, para que solicitase de oficio la declaración. Si — como era el caso — el Tribunal no compartía el criterio del actor, éste tenía la vía de acción sin efecto suspensivo sobre el proceso contencioso-administrativo. Op. cit., § 10 (b), p. 143.

⁽¹⁶³⁾ La vía de excepción, que permite suspender los procedimientos pasando por encima de la opinión del juez o tribunal judicial, aparece como un homenaje a la supremacía de la Suprema Corte de Justicia dentro del Poder Judicial, lo que contribuye a explicar por qué no cabe en los procedimientos no judiciales. Otras razones en op. cit., § 2, § 7 y § 9.

e) Ningún Tribunal está autorizado para interpretar la Constitución frustrando sus fines obvios, se ha proclamado por la Corte Suprema de EE. UU. (*La Constitución de los Estados Unidos*, p. 65).

La prohibición de los arts. 256-257 es incondicional, absoluta; mientras que la segunda prohibición que introduce el art. 258 está condicionada a la interposición de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por el interesado, como excepción (164).

El art. 313, por último, atribuye a la Suprema Corte compe-

(164) Desde el punto de vista de la Suprema Corte de Justicia, todas las solicitudes aparecen como pretensiones de que ejercite la competencia de los arts. 256 - 257 (es decir, de que declare inconstitucional un acto legislativo). Pero desde el punto de vista del órgano aplicador de la ley, existen tres grados distintos en el cercenamiento de su potestad interpretativa de la legitimidad constitucional de las leyes:

a) Los órganos administrativos (*) deben interpretar la Constitución para aplicarla directamente, y deben apreciar la compatibilidad con la Constitución de las posibles interpretaciones de las leyes, para optar por la que conduzca a la legitimidad antes que por la que implique que la ley es ilegítima (**). Pero si ninguna interpretación admisible del acto legislativo es congruente con la Constitución a que debió ceñirse, deben aplicar el régimen legal (***) mientras no haya declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso emanada de la Suprema Corte.

b) Los magistrados judiciales inferiores a la Suprema, interpretan y aprecian la compatibilidad del mismo modo; y si no encuentran ninguna interpretación congruente con la Constitución, deben suspender los procedimientos y solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad. Pero si un legitimado solicita la declaración por vía de excepción, deben suspender los procedimientos y elevar el asunto a la Suprema aunque a su juicio la ley fuese legítima (†).

c) La Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo interpretan y aprecian igualmente la incompatibilidad, y si no encuentran que el acto legislativo a aplicarse es inconstitucional, lo deben aplicar aunque el interesado alegue su inconstitucionalidad (††). Pero si no encuentran interpretación del acto congruente con la Constitución, la Corte debe declarar la inconstitucionalidad, o el Tribunal solicitar de oficio la declaración de la Corte (†††).

(*) Incluso los órganos legislativos en ejercicio de la función administrativa, los órganos de la justicia electoral, de la justicia militar. CASSINELLI MUÑOZ, *Vías y efectos...* cit., § 9, p. 141.

(**) Véase la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo número 77 del 29 de junio de 1956, dictada en autos "Marchetti, Ariel c. Estado (Consejo Nacional de Gobierno — Ministerio de Defensa Nacional), acción de nulidad", en Revista de derecho público y privado, t. 37, p. 398-399 (Montevideo 1956). También Búrstedde, op. cit., p. 71.

(***) Sobre el concepto de régimen legal, CASSINELLI MUÑOZ, *La apelación...* cit., § 7, p. 130-131.

(†) Sin perjuicio de que sobre el punto haya cosa juzgada.

(††) Salvo que exista cosa juzgada entre las partes, declarativa de la inconstitucionalidad del acto. CASSINELLI MUÑOZ, *Vías y efectos...* cit., p. 143.

(†††) Sin perjuicio de que sobre el punto haya cosa juzgada entre las partes, en el sentido de que el acto es constitucionalmente regular.

Sostener que la Constitución no puede derogar la ley, importa la frustración de dos principios de la Carta: uno, el del a. 329 que admite categóricamente esa derogación; otro, el principio de la jerarquización de las normas, ya que, admitir que una

tencia exclusiva para entender en ciertas contiendas fundadas en la Constitución.

Pero ningún artículo constitucional ha vedado la interpretación de la Constitución a los otros órganos, erigiendo un incidente de interpretación que interrumpa todos los procedimientos y los lleve para ante la Suprema Corte de Justicia.

b) También se ha aludido, usando las palabras de la Corte (165), a que "la defensa de la regularidad constitucional de las leyes" busca "la certeza jurídica de su validez".

Este fundamento es admisible en regímenes como el italiano, el austriaco o el alemán, en que la decisión de la Corte Constitucional tiene efectos erga omnes (166). Pero en Uruguay, donde la decisión de la Suprema Corte no extravasa el caso concreto, el valor de certeza jurídica se realiza exactamente igual con el régimen especial del capítulo IX de la Sección XV y con el régimen general de funcionamiento de la justicia: habrá certeza en el caso concreto, y no habrá certeza en los casos no fallados (167).

c) Tampoco puede hablarse de una especialización de los miembros de la Suprema Corte de Justicia en la confrontación de leyes con Constituciones, que haga presumir su mayor idoneidad en la materia.

No puede invocarse este fundamento porque no hay tal espe-

(165) La crítica a esas palabras se encuentra supra, § 21.

(166) A las palabras de CALAMANDREI ya recordadas podemos agregar, por ejemplo, las de ANDRIOLI en op. cit., §§ 2 y 3, p. 235-236: "... soltanto alla Corte Costituzionale compete di dar vita alla certezza nel campo della costituzionalità delle leggi, abrogando quelle, che han violato la Costituzione"... "Non bisogna confondere l'autorità del precedente con l'autorità del giudicato, la disapplicazione con l'annullamento".

(167) Como el art. 111 de la Constitución italiana instituye el recurso de casación contra todos los actos jurisdiccionales para ante la Corte di Cassazione, la admisión en Italia de la tesis de la derogación reconocible por cualquier órgano permitiría unificar la jurisprudencia en materia de derogación de leyes antiguas, con el mismo alcance relativo con el que se puede hablar de unificación de la jurisprudencia uruguaya en las materias de competencia (originaria o mediante recurso) de la Suprema Corte de Justicia. Esta observación pone en claro que cuando CALAMANDREI proclama la bondad de su tesis porque la Corte Costituzionale es "garante suprema della certezza della Costituzione" (*La prima sentenza...* cit., § 7, p. 157), defiende la certeza absoluta derivada del efecto erga omnes y no la uniformidad jurisprudencial relativa derivada de la unidad de juez. Esta última, única pensable bajo la Constitución uruguaya, fué estudiada supra, § 43 (a). Hagamos notar, al margen, que sería ventajoso legislar en Uruguay sobre un recurso de casación que no estuviese restringido, como hasta hoy, a la materia penal; ello unificaría la jurisprudencia judicial (no sólo en cuanto a la interpretación de la Constitución).

ley ordinaria puede derogar otra ley ordinaria u otra norma de jerarquía inferior, y no admitir este mismo efecto para la norma más alta, es subvertir el principio de la jerarquización, frustrando su destino fundamental.

cialización en nuestro régimen: ya señalamos (168) que todos los órganos públicos deben resolver diariamente cuestiones de conformidad u oposición de leyes con Constituciones, mediante el mismo camino intelectual que debe recorrer la Suprema Corte de Justicia cuando estudia una solicitud de declaración de inconstitucionalidad.

d) Se ha visto también una defensa de los administrados frente a la aplicación de las leyes inconstitucionales: sería una garantía de los derechos consagrados en la Constitución (169).

El constituyente temería que los órganos inferiores descuidasen la vigilancia contra las leyes que violasen derechos o intereses legítimos protegidos por la Constitución, y en consecuencia daría a los titulares de aquellos derechos o intereses la potestad de solicitar de la Suprema Corte de Justicia la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

Este fundamento es muy atractivo, y el caso concreto que motivó la sentencia que comentamos sugiere su necesidad: de no haber llegado el asunto a la Corte, el Tribunal habría aplicado, por mayoría, el artículo inconstitucional, tal como lo hizo en otras ocasiones (170).

Sin embargo, el análisis frío muestra que si el capítulo IX de la Sección XV tuviese este fundamento, sería inexplicable que la solicitud para ante la Suprema Corte de Justicia se limitase al caso de las leyes o decretos legislativos departamentales lesivos de los derechos o intereses garantidos por la Constitución (171), con exclusión de los demás actos jurídicos, y aún de los hechos.

No se explicaría cómo se desconfiaría de los Tribunales de Apelaciones cuando se tratare de defender a un particular contra una ley que estableciere una prisión sin proceso por tiempo indefinido, cuando se confía en el juez competente en caso de prisión indebida efectuada en virtud de una errónea interpretación de la Constitución o en virtud de un reglamento policial contrario a la Constitución.

El fundamento propuesto sólo se adecuaría a la existencia de

(168) Supra, § 41 y § 43 (a); llamadas 149 y 164.

(169) Fundamento insinuado por MASSERA; supra, § 17 (b). La sentencia anotada parece recogerlo cuando dice: "La Constitución ha dejado abierto el camino para la defensa de la regularidad constitucional de las leyes, ... en defensa permanente de los presuntos derechos violados, garantizando así la efectividad del contralor en cualquier tiempo".

(170) Por ejemplo, sentencia número 90 de 6 de agosto de 1956, en autos "González, Walter Uruguay c. Gobierno Departamental de Durazno (Consejo Departamental), acción de nulidad".

(171) Además, debe tenerse presente que la solicitud de oficio puede darse fuera de cualquier lesión de intereses; y que las otras vías de la solicitud no requieren la lesión de un interés constitucionalmente garantido.

f) No comparto la argumentación que se formula por el señor Fiscal de Corte a fs. 99, donde se distingue, impugnación de la inconstitucionalidad en cuanto al texto de la ley, de la impugnación de inconstitucionalidad en cuanto a la aplicación posterior a la vigencia de la Constitución superveniente.

un recurso genérico por lesión de derechos o intereses legítimos amparados por la Constitución, promovible siempre ante la Suprema (172). Lo cual no existe en Uruguay, ni nos parece necesario mientras nuestros jueces conserven su tradicional independencia (173).

44. — Para captar el fundamento jurídicamente verdadero, es decir, aquél a cuya luz las soluciones constitucionales resulten coherentes y se complementen y apoyen las unas a las otras, no podemos olvidar estos rasgos rectores del sistema positivo uruguayo:

a) Sólo son objeto del procedimiento especial las leyes y los decretos legislativos departamentales.

b) La legitimación para solicitar la declaración de inconstitucionalidad no requiere la titularidad de un derecho o interés constitucionalmente reconocido: en la vía de oficio basta la intervención funcional, en su caso (174), y en las vías de acción y de excepción basta un interés directo, personal y legítimo, aunque no esté consagrado en la Constitución.

c) No es la cuestión o duda sobre la regularidad constitucional del acto, sino una solicitud de declaración de inconstitucionalidad, lo que da lugar al procedimiento especial (175).

d) La desaplicación de un acto legislativo requiere siempre el acogimiento previo por la Corte de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad; mientras que el rechazo de la solicitud por la Corte sólo es condición de la aplicación de un acto en un procedimiento judicial en el cual se haya interpuesto la solicitud por vía de excepción (176).

Nos parece que estos cuatro rasgos solamente congruyen con

(172) Un recurso de este tipo puede coexistir con el régimen especial de declaración de inconstitucionalidad (supra, llamada 43), tal como ocurre en Alemania Federal con la Verfassungsbeschwerde, en Helvecia con la staatsrechtliche Beschwerde, etc. CAPPELLETTI, op. cit.

(173) La creación legal de un "recurso de amparo constitucional" en Uruguay no tendría mucha utilidad, dadas las limitaciones que el sistema de nuestra Constitución le impondría (especialmente en lo que atañe al efecto suspensivo de actos administrativos, difícil de encuadrar en el régimen de la Sección XVII).

(174) El art. 258 de la Constitución exige que el magistrado judicial esté entendiendo en los procedimientos en que haya de solicitar de oficio la declaración; en cambio, deja mayor latitud a la ley reglamentaria (art. 261) cuando se trata del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. CASSINELLI MUÑOZ, *Vías y efectos...* cit., p. 139.

(175) Supra, llamada 149.

(176) Supra, § 43 (a).

Se trata a mi juicio de una distinción artificiosa, abiertamente contraria al texto de la norma constitucional.

No se concibe otra impugnación de inconstitucional como no

la idea de que el procedimiento especial previo a la desaplicación de las leyes inconstitucionales es una garantía establecida en defensa del Poder Legislativo y de las Juntas Departamentales, en homenaje al equilibrio entre los órganos legislativos y los órganos jurisdiccionales. La protección de las personas contra los actos legislativos inconstitucionales aparece como un fundamento subordinado al anterior, que explica algunas particularidades del régimen, pero que no explica el régimen mismo.

45. — En efecto:

En nuestro sistema jurídico funciona como un principio general del Derecho, que los órganos jurisdiccionales deben desaplicar los actos ilegítimos, decidiendo las contiendas sometidas a su resolución prescindiendo de su eficacia⁽¹⁷⁷⁾.

Frente a ese principio, el capítulo IX de la Sección XV se interpone entre la ley constitucionalmente ilegítima y el órgano jurisdiccional; la desaplicación no podrá hacerse sin que previamente se obtenga de la Suprema Corte de Justicia la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso⁽¹⁷⁸⁾.

Es decir: el acto legislativo inconstitucional es más fuerte que

(177) Este principio es reconocido por las doctrinas más recibidas universalmente. BARILE, por ejemplo, dice en *La Costituzione...* cit., p. 94: "... di regola, quando cioè non sia loro sottratto per effetto di particolari disposizioni di leggi costituzionali, i giudici ordinari possiedono sempre il sindacato di legittimità costituzionale". Y en la página siguiente agrega: "Nessun dubbio, quindi, che, in mancanza di norme costituzionali contrarie, ai giudici spetti di disapplicare, incidentalmente e con effetti inter partes, le leggi ordinarie che essi ritengono in contrasto con le norme costituzionali; nessun dubbio, viceversa, che ad essi non spetti tale potere quando ciò sia escluso dalla costituzione". "Quando deve dirsi che la costituzione sottrae ai giudici ordinari il sindacato di costituzionalità? Indubbiamente, quando la costituzione lo sottrae espressamente...". GUARINO, op. cit., § 7, p. 362.

(178) Y esta inaplicabilidad sólo puede fundarse en una ilegitimidad calificada: no basta la infracción de cualquier regla de derecho (por ejemplo, de un reglamento sobre discusión de las leyes, o de una ley que reglamentase el otorgamiento de pensiones gratificables por ley, o de la ley orgánica de los gobiernos departamentales (*), sin perjuicio del valor que pueda tener en caso de ambigüedad de la Constitución una ley interpretativa de ella) sino que tiene que haberse violado una regla constitucional eficaz, ora en la forma, ora en el contenido del acto legislativo impugnado.

(*) Un decreto legislativo departamental que sin violar la Constitución directamente infringiese una ley ordinaria constitucionalmente regular, no sería alcanzado por el artículo 260 pero estaría sujeto a la anulación del artículo 303. CASSINELLI MUÑOZ, *La apelación...* cit., § 7, caso (a), p. 131. Pero las leyes ordinarias no son irrelevantes en el juicio de inconstitucionalidad de un decreto legislativo departamental, porque muchas veces la Constitución se remite expresamente a la ley como presupuesto de legitimidad o como fuente de limitaciones a la competencia legislativa de los Gobiernos Departamentales. *Ibid.*, p. 131, llamada 17.

sea en cuanto a la aplicación de la ley. Porque ése es el fin específico y exclusivo del pronunciamiento respectivo; declarar la inconstitucionalidad y por lo tanto la inaplicabilidad de la ley: a. 258 de la Constitución. Por lo que no se advierte cuándo,

el acto administrativo inválido; éste puede y debe ser jurisdiccionalmente desaplicado sin trámite especial⁽¹⁷⁹⁾, mientras que aquél sólo puede ser desaplicado cuando exista un pronunciamiento de la Suprema Corte que lo declare constitucionalmente irregular por razón de forma o de contenido⁽¹⁸⁰⁾.

La eficacia formal del acto inconstitucional es de grado intermedio entre la propia del acto válido y la del acto inválido stricto sensu.

Los actos legislativos formales gozan así de un fuero especial, del privilegio de que sólo pueden ser abatidos por decisión de la Suprema fundada en su irregularidad constitucional⁽¹⁸¹⁾; privilegio de fuero que, como el de los diplomáticos y el de los infractores a la Constitución⁽¹⁸²⁾, tiene un fundamento político. Este fundamento político es el de evitar que la función legislativa, que no dispone de la fuerza pública ni de la cosa juzgada, se vea menoscabada por cualquier juez⁽¹⁸³⁾.

(179) La existencia de un trámite especial para desaplicar los actos administrativos (como el *contentieux d'interprétation* francés), configura una protección de la administración — y ese fué el origen histórico del contencioso francés —; el capítulo IX de la Sección XV configura análogamente una protección de la legislación. Con la diferencia de que la protección de nuestro contencioso de regularidad constitucional de la legislación es más intensa que la francesa del acto administrativo, en virtud de que el Conseil d'État controla aspectos del acto que nuestra Suprema Corte no podría controlar con respecto a las leyes y decretos legislativos (ver llamada anterior).

(180) En cuanto a si la desviación de poder legislativo determina inconstitucionalidad, supra, llamada 36. En Italia, una ley ordinaria ha declarado que la Corte Costituzionale no puede ejercer ningún "sindacato sul uso del potere discrezionale del Parlamento".

(181) Piénsese en los efectos prácticos de la inclusión del art. 260 de la Constitución. Antes de 1952, los jueces ordinarios habían desaplicado, por desviación de poder, decretos presupuestarios departamentales. Actualmente, en cambio, sólo cuando exista declaración previa de inconstitucionalidad por razón de forma o de contenido, puede ser desaplicado un decreto legislativo departamental. El art. 260 se inclina hacia el valor político del respeto de las mayorías legislativas, más que al valor político del respeto de los intereses personales. Es "demokratisch" antes que "rechtsstaatlich". Su inclusión ha disminuído el contralor de los órganos jurisdiccionales sobre la actividad legislativa de las Juntas Departamentales.

(182) Art. 239, ord. 1.

(183) Este fundamento es común a todos los sistemas en que no se confía la competencia de desaplicar leyes ilegítimas a cualquier juez. Con referencia a Alemania Federal, por ejemplo, dice BÜRSTEDDE, op. cit., p. 60, 69 y 71: "Le juge est tenu de confronter les lois avec la norme constitutionnelle supérieure avant de les invoquer à l'appui d'une décision... Cependant, afin d'éviter que les tribunaux ne refusent d'appliquer les lois, on a donné à la Cour constitutionnelle le monopole de l'appréciation définitive de leur constitutionnalité... Le but essentiel de

cómo y con qué interés directo, legítimo y personal pueda impugnarse en otro aspecto la corrección constitucional de una norma legal.

La misma razón que hace políticamente inconveniente la asimilación de la ley ilegítima a la ley inexistente, que rompería el equilibrio entre los poderes del gobierno a favor del Ejecutivo, vale para desechar la asimilación del acto legislativo inconstitucional al acto inválido, que rompería el equilibrio a favor del Judicial.

Este fundamento podrá discutirse de jure condendo, pero es el único que se adapta a nuestro derecho positivo.

46. — Al lado de ese fundamento primordial y dentro del marco que su admisión determina, existe un fundamento subordinado, que es el de la defensa de los intereses legítimos frente a los actos legislativos. Esta defensa justifica la instauración de las vías de acción y de excepción⁽¹⁸⁴⁾, que permiten promover por legítimo interesado un pronunciamiento de la Corte aunque exista un juicio pendiente y el juez inferior no crea que la ley impugnada es inconstitucional.

Para situar en sus justos confines el alcance de este fundamento secundario, debemos despejar el problema, borrando una impresión errónea que subyace en muchos argumentos, y tuerce inconscientemente nuestros pensamientos en el sentido de la competencia de la Suprema Corte para declarar la inaplicabilidad de las leyes anteriores a la Constitución con la cual colidan.

La impresión que hace simpática la tesis de la Corte se origina en un planteo como el siguiente. El perjudicado por la aplicación de una ley cuyo contenido no es conforme con la Constitución vigente, sufriría una lesión jurídica en la porción de sus intereses que está protegida por la Constitución.

Cuando la ley que se le pretende aplicar es posterior a la Constitución con la que choca, el interesado puede siempre — en defensa de aquella porción constitucionalmente protegida de sus intereses — solicitar la declaración de inconstitucionalidad por

cette procédure consiste... à éviter que chaque tribunal... ne se mette au-dessus de la volonté du législateur du Bund ou d'un Land et n'applique pas la loi votée par ceux-ci... On pourrait dire qu'il s'agit donc plutôt d'un "contrôle des tribunaux" que d'un contrôle du législateur. En conséquence le tribunal est tenu de demander une décision préalable de la Cour (alude al Bundesverfassungsgericht), s'il croit inconstitutionnelle une loi applicable dans l'affaire portée devant lui... Le système a l'avantage de respecter l'autorité due au législateur démocratique; en conflit, il évite les abus et les décisions contradictoires". Los subrayados, que son nuestros, se aplican al Uruguay; lo de las decisiones contradictorias cuadra mejor en Alemania o Italia, en que la decisión del tribunal constitucional tiene efectos *erga omnes* (supra, § 43 (a) y (b), y llamada 167).

(184) El efecto suspensivo de la solicitud por vía de excepción — que es lo único que le da autonomía frente a la vía de acción tal como la regula el derecho uruguayo, que en este punto se aparta de todos los precedentes — se inserta en el sistema por fundamentos especiales. Supra, llamada 163.

g) La tesis que se sostiene no viola el principio que consagra que la Corte es el Juez de la corrección constitucional de la ley frente al caso concreto. En otras palabras, por la vía de

vía de acción o de excepción, y en tales casos, sólo un error de la Suprema permitiría la consolidación del daño.

Entonces pensamos: ¿será razonable que si la ley es anterior — cuando ni siquiera puede invocarse la presunción de que los órganos legisladores han actuado legítimamente — el interesado deba pasar por la interpretación del órgano competente en cada caso, que puede tener menos garantías de integración que la Suprema Corte de Justicia?

El interrogante incita a la afirmativa, porque tal sería la solución congruente con un enfoque del instituto centrado en la defensa de los intereses directos, personales y legítimos⁽¹⁸⁵⁾, constitucionalmente protegidos.

Pero este enfoque no se adecúa a la estructura de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes en nuestro derecho positivo⁽¹⁸⁶⁾. Adoptando este punto de mira, toda la regulación del contralor de legitimidad constitucional aparece absurda e injusta⁽¹⁸⁷⁾.

En efecto: con el mismo estado de espíritu con que nos hicimos la pregunta de más arriba, podemos decir: ¿y será razonable que si una ley está vigente y es constitucionalmente legítima, pero el órgano aplicador la interpreta erróneamente, de tal suerte que resultan lesionados intereses que la Constitución protege, el interesado deba pasar por la interpretación inconstitucional de una ley que no lo es? Sin embargo, nadie ha sostenido que la competencia de la Corte se extiende a estos casos⁽¹⁸⁸⁾.

47. — La sentencia comentada, siguiendo a Barile, hace notar que al lado de la inconstitucionalidad del acto legislativo⁽¹⁸⁹⁾ existe la aplicación inconstitucional; que la Constitución veda

(185) La calificación de "legítimos" es redundante si se agrega la de "constitucionalmente protegidos".

(186) CAVIGLIA Y GORFINKIEL, *Alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad obtenida por vía de acción*, en *La justicia uruguaya*, t. 31, II, p. 9 (Montevideo 1955), encuentran "limitado e incompleto" (p. 16) nuestro régimen porque lo juzgan como un amparo contra el legislador y no como una defensa de los actos legislativos contra su desaplicación. Quizá la insuficiencia apuntada por CAVIGLIA y GORFINKIEL se remediase con la creación legal de un recurso de amparo constitucional por lesión de un derecho o interés constitucionalmente protegido, tal como la Verfassungsbeschwerde contra los actos de los órganos públicos que violen un derecho fundamental, para ante el Bundesverfassungsgericht. Pero en Uruguay un recurso así debería amoldarse a la estructura constitucional de independencia de los sistemas orgánicos, de modo que dentro del Poder Judicial podría entender la Suprema Corte pero en el Sistema Orgánico de lo Contencioso Administrativo, por ejemplo, debería entender el Tribunal de lo Contencioso. Véase la llamada 173.

(187) Supra, § 18.

(188) Aunque se han hecho afirmaciones que lógicamente implicarían la necesidad de sostener esa tesis: infra, § 47.

(189) Supra, § 22.

la interpretación que desarrollo, no se desplaza una competencia constitucional de la Corte hacia otras Magistraturas. Para que tal cosa ocurriese, sería menester demostrar antes, que existe conflicto entre una ley más antigua y un texto constitucional posterior. Y ese conflicto no se da, porque la ley anterior, según ya se anotó, ya no existe porque fué abolida por la norma constitucional posterior e incompatible.

cualquier actividad en contraste con ella, sea legislativa, administrativa o jurisdiccional. En varios pasajes, tanto el actor (190) como el Fiscal de Corte (191) insinúan que el capítulo IX de la Sección XV es un contralor de la aplicación inconstitucional de las leyes y no de la emisión inconstitucional de los actos legislativos.

Pero eso es erróneo. El capítulo IX de la Sección XV funciona cuando se da un caso concreto de aplicación de una ley inconstitucional, es decir, cuando la aplicación sería inconstitucional en razón de una cualidad de la ley; y nunca cuando la aplicación sería inconstitucional en razón de un error judicial o administrativo.

Si el Concejo Departamental me aplica una multa inconstitucional interpretando erróneamente un decreto legislativo que en sí es legítimo, no me ampara la Suprema Corte. Esta recibe solicitudes contra el acto legislativo, que en el caso es correcto.

Me amparan los órganos competentes en lo contencioso administrativo, que juzgan la legitimidad del acto de aplicación y sólo incidentalmente, y con las restricciones del capítulo IX de la Sección XV, la legitimidad del acto legislativo (192).

Ahora bien: despejado el planteo del prejuicio "amparalista" (193), queda claro que la interpretación de si la ley está modificada o derogada por la Constitución debe seguir la misma suerte que la interpretación de la ley, la cual ha de hacerse siempre a la luz de los principios constitucionales (194).

El capítulo IX de la Sección XV es una garantía de seriedad en la desaplicación de las leyes inconstitucionales, un privilegio del acto legislativo; no es una garantía contra la aplicación inconstitucional de las leyes, sino una defensa del acto legislativo contra su desaplicación ligera a pretexto de inconstitucionalidad.

Esta defensa del acto legislativo sólo se justifica cuando existe la presunción de legitimidad del acto: y esta presunción existe cuando se mide el acto con las normas constitucionales correspondientes a la fecha de su emisión, que eran las que debía respetar el legislador (195).

La Administración debe cumplir el régimen legal (196) vigente,

(190) Supra, § 13.

(191) Supra, § 15.

(192) Supra, § 45.

(193) Supra, § 46.

(194) Esto no debe olvidarse nunca. Supra, § 43 (a) y especialmente llamada 164.

(195) Supra, llamada 152.

(196) CASSINELLI MUÑOZ, *La apelación...* cit., p. 131, llamada 18.

La hipótesis de autos no está dentro de la zona de la competencia de la Corte reglada en los arts. 256 y sigtes. de la Carta. Si la propia Constitución, a texto expreso —a. 329—, reconoce que sus normas derogan las normas legales anteriores que se le oponen, es porque no ha comprendido esa hipótesis entre aquellas que determinan el funcionamiento de la competencia prevista en los textos que acaban de citarse.

salvo declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia; sería absurdo que la Administración debiera cumplir y hacer cumplir algunas leyes derogadas, por el hecho de que la derogación tuvo causa constitucional y no meramente legal. Si se prohíbe al administrador desaplicar las leyes inconstitucionales, es porque la emisión de un acto legislativo hace presumir su legitimidad, y se ha reservado a un órgano judicial con las mayores garantías —que por su origen es el más próximo al Legislativo y por su actividad el más lejano al Ejecutivo— la potestad de hacer caer aquella presunción inherente a la naturaleza y al origen del acto.

48. — *Si el fundamento del artículo 257 —esto es, de la exclusividad de la competencia de la Suprema Corte para declarar inconstitucional un acto legislativo formal—, radica en el refuerzo de las prerrogativas funcionales del Poder Legislativo y de las Juntas Departamentales, es lógico que su aplicación se extienda solamente a aquellos casos en que se debate la legitimidad de la actuación de los órganos legislativos, porque estas cuestiones son las únicas que pueden concluir en una tacha funcional.*

La oposición superveniente de una ley legítimamente emitida, no roza la conducta funcional de los órganos legislativos; al apreciar si una reforma constitucional ha vuelto opuesta a la Constitución ahora vigente una ley que había sido legítimamente emitida, no se ejercita un contralor sobre los órganos legislativos, no existe un problema de equilibrio entre poderes del gobierno, no hay el menor asomo de tacha a la conducta funcional del legislador.

La aplicación del régimen legal vigente implica siempre una interpretación de la Constitución (197), pero mientras no se haya de hacer valer la ilegitimidad de un acto legislativo, consistente en la violación de la Constitución bajo la cual fué emitido, aquella interpretación de la Constitución y de las leyes entra en la competencia normal y es la tarea cotidiana de todos los órganos públicos (198).

49. — *En conclusión:*

a) *El fundamento primordial del capítulo IX de la Sección XV es la necesidad política de reforzar los actos legislativos, garantizándolos contra su desaplicación imponderada.*

(197) Ora para darle directa aplicación, ora para medir el alcance de una norma legal o reglamentaria, que siempre debe interpretarse teniendo en cuenta las normas constitucionales en virtud de la unidad del orden jurídico. Supra, §§ 42 y 47.

(198) Supra, llamada 162.

h) Es verdad que la Corte es, como se anotó recientemente, el juez de la regularidad constitucional de la ley.

Pero, también, es verdad que, en un plano más alto, existe otro juez en la propia materia. Y ese juez es la propia Constitución, que al entrar en vigencia, expresa o tácitamente, enjuicia y deroga las disposiciones legales anteriores que se le oponen.

Es correcto y legítimo defender las competencias que la Cons-

titución otorga al Cuerpo. Pero, también constituye un deber jurídico que la Corte debe cumplir, aquél que le impone mantenerse en los límites de sus competencias legales y constitucionales.

Montevideo, febrero 20 de 1957.

Macedo.

b) *Esa necesidad justifica la prohibición de que una ley o decreto legislativo departamental sea desaplicado sin previa declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso, pronunciada por la Suprema Corte de Justicia con los requisitos de las sentencias definitivas.*

c) *De esa manera, la actividad legislativa, que expresa en Uruguay la voluntad de la Nación a través de los órganos más democráticamente integrados, y que no dispone de la fuerza pública ni de la cosa juzgada, resulta escudada frente a cualquier contralor que no sea el del órgano judicial que por su integración está más próximo al Poder Legislativo.*

d) *Aquel fundamento sólo tiene sentido mientras no haya habido una posterior manifestación legítima de la voluntad de la Nación, en oposición a la del acto legislativo anterior.*

e) *En consecuencia, la interpretación lógicossistemática y teleológica de los artículos 4, 256, 257 y 329 de la Constitución uruguaya conduce a afirmar que el procedimiento especial del*

capítulo IX de la Sección XV de la Constitución puede promoverse respecto de cualquier acto legislativo, pero ha de ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia confrontando el acto legislativo tachado con el orden constitucional bajo el cual fué promulgado.

Creemos haber expuesto las razones que nos inclinan definitivamente por la tesis que consideramos más técnica. Pero también intentamos ordenar las bases en que se apoya la tesis opuesta; y más que un alegato por una posición, nos agrada que se encontrase en esta nota un aporte a la clarificación del problema. Nos honraría que los planteos apuntados sirviesen para que alguien, con más penetración que nosotros, rebatiese o confirmase nuestras conclusiones.

H. CASSINELLI MUÑOZ