

BIBLI

Entrad

Númer

Precio

Coloca

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL
BIBLIOTECA

Ciudad Prats de Mollina

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL
BIBLIOTECA

LA REVISTA DE DERECHO,
JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

sufrir evicción; obligaciones del acreedor expropiante; obligaciones del deudor expropiado; la cuestión surgida en las ventas judiciales y sus antecedentes en el derecho romano y común; la inadmisibilidad de una delegación en la adjudicación; razones de oportunidad y la prohibición del enriquecimiento indebido en la adjudicación; la acción hacia el deudor no impide al adjudicatario la repetición del precio; la repetición del precio no se obstaculiza por los principios de la repetición de lo indebido, ni por haberse pagado el precio en fuerza de sentencia; y la repetibilidad del precio en las ventas voluntarias.

TISSEMBAUM, Mariano R. — "Los riesgos del trabajo industrial". — 1 vol., 240 p. — Santa Fe, 1938.

La referencia que ya se ha hecho en estas páginas a la obra del profesor Tissembaum permitirán a los lectores adentrarse en la significación especial del volumen que ahora comentamos. "Los riesgos del trabajo industrial" tiene un dramático punto de partida: la estadística acusó en la Argentina durante el quinquenio 1931-1935 la cifra de 81.326 accidentes de trabajo; las muertes anuales con ocasión del trabajo llegan a 813 obreros muertos por año, en un ritmo de consiguiente 222 obreros caen diariamente en la Argentina por el accidente del trabajo, y cada 11 horas fallece un obrero por esta angustiosa causa.

La solución que se haga desde el punto de vista jurídico y social para la eliminación de este mal, será siempre poco, ya que las leyes sociales, por perfectas que sean, podrán tomar como precauciones de prudencia tendientes a disminuir los subsidios económicos tendientes a abatir las consecuencias. Pero el problema en sí quedará como uno de los aspectos más hondos y conmovedores por la vida en nuestro tiempo.

El autor divide el examen de esta cuestión en dos partes. La primera, que analiza el aspecto social del problema, abarca la cuestión con relación a las estadísticas, resumiendo las causas y los problemas que afectan al ser humano del trabajo y la medicina e higiene del trabajador. La segunda parte está dedicada a la responsabilidad civil, con el subtema del trabajo y la responsabilidad patrimonial en su evolución y en su contenido. El libro lleva como título "La actividad industrial", abordando las cuestiones que en el medio social apareja la producción. Las partes cuarta y quinta se hallan dedicadas a la legislación argentina nacional, analizando los aspectos, analizando los aspectos legislativos y jurisdiccionales, terminando este libro con una serie de sucintos esbozos de lo que ya sancionada o en trámite de sanción se abordan.



EVOLUCIÓN DEL CONTRALOR JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LOS ESTADOS UNIDOS

Por GEORGE H. JAFFIN, A. B. LL. B.

Miembro de Foro de New York y de las Cortes Federales, Senior Attorney de la "Securities and Exchange Commission"

Traducción y nota por

EDUARDO JIMENEZ DE ARECHAGA (HIJO)

De la Facultad de Derecho de Montevideo

SINTESIS

Largos años de experiencia y evolución en materia de declaración de inconstitucionalidad, han llevado a las Cortes de los Estados Unidos a admitir tres medios de confrontar la inconstitucionalidad de una ley: a) la excepción de inconstitucionalidad; b) el pedido de injunction, con el objeto de que los Tribunales prohíban a los agentes del Poder Ejecutivo la aplicación de la ley inconstitucional; c) el procedimiento de sentencia declaratoria. Este último, admitido por la Suprema Corte Federal en 1933, supone la última y más decisiva etapa en la guardia de la Constitución.

En la nota, se sostiene la procedencia de la acción declaratoria de inconstitucionalidad, en la Constitución vigente.

El contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, en los E.E. U.U., es una institución tan original y tan íntimamente vinculada al desarrollo del federalismo americano que los juristas del continente europeo experimentan a menudo cierta dificultad para comprender su mecanismo. En Francia, sobre todo, los autores que, durante las dos primeras décadas del siglo XX señalaron la existencia de esa facultad judicial a sus compatriotas, lo hicieron muchas veces con el propósito de que fuera implantada en su propio país, y eso los indujo a disimular muchos de sus rasgos peculiares, para disminuir la oposición que, frente a sus propias tradiciones constitucionales, pudiera presentar la institución americana. Este disfraz adoptó una doble forma. Primero, restringiendo el contralor de la constitucionalidad de las leyes a la esfera estrechamente limitada que le había asignado Marshall con la decisión del caso Marbury v. Madison (1) haciendo abstracción de todo el desarrollo ulterior, verificado desde 1803 hasta nuestros días. En segundo término, recurriendo para definir su funcionamiento y efectos a una comparación, que durante mucho tiempo fué corriente y que

aún hoy no ha desaparecido de circulación, con la actitud del juez de paz francés que se niega a reprimir la infracción de una ordenanza municipal que considera ilegal, porque excede a la competencia atribuida a su autor por la ley, o porque se han descuidado en su confección las formalidades prescriptas.

Esfuerzos perseverantes para hacer comprender en Francia la verdadera fisonomía de nuestro contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes — a la luz de los textos de nuestra jurisprudencia constitucional, y en particular de las decisiones de la Corte Suprema Federal — ha realizado Edouard Lambert en "El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos" en 1921, tomo 6 de la Biblioteca del Instituto de Derecho Comparado de Lyon; "La lucha judicial del capital y del trabajo organizados en Estados Unidos" en 1924 y su contribución a los "Mélanges Hauriou": "Cuatro años de ejercicio del contralor de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de los Estados Unidos" en 1929. Otros se han lanzado, tras él, por la misma senda: Roger Pinto (2)

(1) 1 Cranch 137.

(2) Des juges qui ne gouvernent pas (1934).

COPIA 8

y Henri Galland (3) autores de algunas tesis de doctorado y sobre todo Jacques Lambert en los cuatro primeros volúmenes de su "Histoire constitutionnelle de l'Union Américaine" cuyo tomo IV, — "Du contrôle de la constitutionnalité des lois au Gouvernement des juges" (Paris, Sirey, 1937) — se cierra, págs. 261-306, exponiendo cómo, por qué transiciones y bajo la acción de qué causas las Cortes de Justicia han agregado, al contralor de la competencia legislativa, el contralor del ejercicio que de esa competencia se hace, y de su conformidad con los fines para cuyo cumplimiento ha sido concedida — mediante el examen del carácter razonable o no razonable, moderado o inmoderado de las restricciones impuestas a los derechos individuales por las leyes impugnadas—. Si esta documentación, extraída de las colecciones de fallos, no ha eliminado completamente de la literatura francesa la concepción deformada del contralor jurisdiccional americano que acabamos de recordar, es que ella ha encontrado apoyo en la creencia, todavía demasiado corriente en Francia, según la cual las cortes de justicia americanas no pueden examinar la constitucionalidad de las leyes sino por vía de excepción, en ocasión de un litigio de derecho privado entre particulares, o de una persecución judicial intentada contra aquel que infringe la ley que estima inconstitucional.

He pensado que la mejor manera de asociarme al homenaje tributado a Lambert (A), era ayudarlo a disipar esta creencia y a hacer aparecer ante sus compatriotas, tal cual es, nuestra gran institución del contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

Este estudio estará, pues, destinado a destacar el papel que han desempeñado los diversos medios de introducción de este contralor en la evolución que lo ha transformado poco a poco, de litigio de derecho privado o penal, en litigio constitucional, con carácter tal que no es posible de ningún modo compararlo con el contralor de pura competencia y legalidad, ejercido por el Juez de Paz con respecto a las ordenanzas municipales.

Si se insiste en querer encontrarle un elemento de comparación en alguna institución de derecho francés, es en otro lado que debe buscarse; en el contralor y la supervisión que ejerce el Consejo de Estado sobre los reglamentos administrativos mediante el recurso de exceso de poder y gracias a la inclusión del concepto de desviación de poder en aquel otro más amplio.

El rasgo que ha hecho que el contralor de la constitucionalidad de las leyes se impusiera finalmente a la atención del público culto fuera de Es-

tados Unidos es la significación política y el carácter espectacular de las declaraciones de inconstitucionalidad pronunciadas por la Corte Suprema de Estados Unidos contra conocidas tendencias de legislación social, y sobre todo, los obstáculos que, en el curso de estos últimos años ha opuesto al desarrollo de la experiencia económico-social — principalmente a las tentativas de Restablecimiento industrial y de Reajuste agrícola — del régimen Roosevelt. Por esta razón me limitaré a la tarea histórica de extraer de las decisiones de la jurisprudencia federal los litigios que pueden considerarse como "constitutional test cases". Solamente cuando sea indispensable para hacer comprender los orígenes y la razón de ser de uno de los tantos progresos de esta rama de la jurisprudencia federal, haremos mención de las relaciones existentes entre la justicia federal y las jurisdicciones de los Estados, para el ejercicio del contralor de la constitucionalidad de las leyes.

En el momento actual tres son los medios utilizados por los litigantes para someter a las Cortes de Justicia el contralor de la constitucionalidad de las leyes:

1. La excepción de inconstitucionalidad.
2. Recurso al procedimiento de equidad, que es el pedido a la Corte de un "injunction" prohibiendo a los funcionarios públicos dependientes del Poder Ejecutivo, cuyo deber es hacer cumplir esa ley, su aplicación o la mera amenaza de su aplicación.
3. El empleo del procedimiento de la sentencia declaratoria.

Los dos primeros medios resultan de la letra del art. III, sección 2, de la Constitución Federal, que dice: "El poder judicial se extenderá a todos los casos de "ley" y de "equidad", que se eleven bajo la Constitución, las leyes de los Estados Unidos". . .

Desde su origen el Poder Judicial quedaba así sometido a la antigua distinción inglesa entre *Common Law* y Equidad — a la tradición de los dos sistemas de derecho procesal, ordinario uno, extraordinario el otro, funcionando separadamente.

A mediados del siglo XIX este dualismo de regímenes procesales fué abandonado por la mayoría de los Estados de la Unión, que siguiendo el ejemplo de Nueva York, adoptaron un sistema codificado, donde se amalgamaban "Equidad" y "Common Law" y se acordaba una forma única de acción en vez de la antigua diversidad de acciones. Pero las Cortes Federales no fueron afectadas por este movimiento y permanecieron fieles al sistema vigente en 1789.

De este modo el P. J. Federal ejerció siempre jurisdicciones paralelas de "Common Law" y Equidad. En consecuencia era posible buscar en cada uno de esos dos cuerpos tradicionales de procedimiento los medios de llevar al examen de la constituciona-

lidad de las leyes. Pero el medio normal y preferible debía buscarse primero en el *Common Law* y ese fué la excepción de inconstitucionalidad. Porque el Código Judicial desde su forma originaria en 1788 había admitido la doctrina fundamental de la cancillería inglesa, según la cual el recurso de "equidad" no es pertinente sino cuando los remedios previstos por el "Common Law" son inadecuados.

Durante el período anterior a la Guerra de Secesión, la justicia federal había tenido relativamente pocas oportunidades de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Durante ese largo período, pareció poco dispuesta a intervenir en tal problema. — El P. J. declinaba las funciones de carácter ejecutivo o legislativo y en consecuencia con esta actitud, las cortes federales se sintieron incapacitadas para decidir "political questions" aunque se presentaran en la forma de acción de "Common Law" o Equidad. Además la jurisdicción reconocida originariamente al poder judicial federal era de limitada extensión.

El primer aumento en el alcance de esa jurisdicción federal fué una consecuencia de la Guerra Civil; la defensa del prestigio federal necesitó del ejercicio de poderes que pudieran asegurar su mantenimiento y su permanencia. El Congreso no vaciló ya en ejercer una serie de facultades adicionales y servir de ellas contra los Estados confederados recalitrantes. Se confirió una jurisdicción adicional al Poder Judicial Federal, por la adopción de las enmiendas 13.^a, 14.^a y 15.^a de la Constitución, especialmente la 14.^a que en 1868, prohibió a los Estados "disminuir los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos" y "privar a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin "due process of law". Para asegurar la efectividad de estas enmiendas e impedir que los Estados del Sur se burlaran de ellas, dictó el Congreso una legislación suplementaria — los "Reconstruction Acts, los "Civil Rights Acts", etc. — Como el Poder Judicial es un instrumento importante para el cumplimiento de la ley y como los tribunales estatales no escapaban totalmente a los prejuicios locales, la jurisdicción del poder judicial de la Unión se extendió para evitar que las Cortes de los Estados hicieran ilusoria la aplicación de la ley federal.

En 1875, por vez primera, se reconoció expresamente a las Cortes federales la jurisdicción originaria en "casos que surgieran de la Constitución (después de enmendada) o las leyes de los Estados Unidos" (4). Esta jurisdicción era ejercida cuando se discutía la constitucionalidad de la legislación federal o estatal (5). Además la Corte Suprema con-

tinuaba ejerciendo jurisdicción, por vía de apelación, sobre las decisiones constitucionales de las Cortes de Estado (6).

Si la extensión de la jurisdicción constitucional del Poder Judicial federal puede ser considerada como una consecuencia de la guerra civil y una demostración del renacimiento del federalismo, otras fuerzas contemporáneas eran más directamente responsables de esa influencia creciente de las cortes nacionales en los litigios constitucionales.

Después de la guerra de secesión y durante el período turbulento de la Reconstrucción, el crecimiento económico del país provocó multitud de cuestiones constitucionales. En 1869 se colocó el último tramo del primer ferrocarril transcontinental: en 1870 y 1880 el problema de la reglamentación del sistema de ferrocarriles se agudizó. En las últimas décadas del siglo XIX el inmenso desarrollo industrial y comercial en toda la nación suscitó una serie de leyes de reglamentación social y económica. De este amplísimo ejercicio del Poder de Policía, tuvieron que ocuparse cada vez más las cortes federales. Como la Corte Suprema conservaba siempre su jurisdicción de apelación sobre las decisiones de las cortes de Estado en estas materias, queda por examinar cómo las cortes federales de menor jerarquía adquirieron una influencia creciente por su intervención inmediata en primera instancia.

Esta intervención efectiva se verificó hacia el final del siglo XIX mediante la enunciación de tres doctrinas constitucionales de capital importancia.

Primero, aunque la 14.^a Enmienda estaba aparentemente destinada a salvaguardar a los seres humanos, las personas morales, tales como las corporaciones, pudieron también buscar abrigo en una interpretación extensiva de sus términos. De este modo fueron protegidos de la privación de su propiedad sin "due process of law" (7).

Segundo, la doctrina de *Munn v Illinois* (8) — que las tarifas fijadas por las empresas que desempeñaban servicios de interés público estaban sujetas a homologación, fué limitada más tarde por otra doctrina — según la cual, la homologación de esas tarifas debía ser razonable, porque de otro modo la compañía (el ferrocarril en este caso) sería privada

City etc. Co. 111 U. S. 746, 4 Sup. Ct. Rep. 652 (1883); *New Orleans Gaslight Co. v. Louisiana Light Co.*, 115, U. S. 650, 6 Sup. Ct. Rep. 252 (1885).

(6) *Slaughter - House Cases*, 16 Wallace 36 (1873); *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1876); *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623, 8 Sup. Ct. Rep. 2723 (1887); *Powell v. Pennsylvania*, 127 U. S. 678, 8 Sup. Ct. Rep. 992, 1257 (1887).

(7) *Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co.*, 118 U. S. 394, 396, 6 Sup. Ct. Rep. 1132 (1886); *Covington and L. Turnpike Road Co. v. Sandford*, 164 U. S. 578, 592, 17 Sup. Ct. Rep. 198 (1896).

(8) 94 U. S. 113 (1876).

(4) Ver sección 1 del "Judiciary Act" de 1875. (18 Stat. 470, c. 137).

(5) *Civil Right Cases*, 109, U. S. 3, 3 Sup. Ct. Rep. 18 (1883); *Butcher's Union Slaughter House etc. Co. v. Crescent*

(3) *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux États-Unis.*

(A) Este trabajo pertenece al "Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert" (N. del T.).

de su propiedad sin "due process of law". La determinación del carácter razonable de esa homologación de tarifas se convirtió en una cuestión apta para el discernimiento judicial y las decisiones de las comisiones homologadoras estaban sujetas a un contralor judicial directo (9).

En tercer término, aunque la 11.^a enmienda prohibía entablar acciones contra el Estado (10), una doctrina posterior entendió que esto no era óbice para iniciar una acción contra el funcionario del Estado que tratara de aplicar una ley inconstitucional.

Ahora es cuando vemos aparecer, en este desarrollo histórico de las formas de introducción del contralor de la constitucionalidad de las leyes, el segundo de los medios utilizados: el "injunction". El germen de este recurso lo encontramos ya en 1824, en el caso *Osborn v. Bank of the United States* (11) en el cual la Suprema Corte, bajo la guía de Marshall, permitió un "injunction" concedido por la corte federal para impedir que los funcionarios del Estado exigieran un impuesto tachado de inconstitucional. Esta deformación de la 11.^a enmienda quiso justificarse más tarde, afirmando que un funcionario que trata de imponer una ley inconstitucional, pierde "ipso facto" su carácter oficial (12).

En una época en que varios Estados estaban haciendo tentativas para reglamentar distintos servicios públicos, como los ferrocarriles, cuando el Poder de Policía se ponía en práctica en diversas formas de legislación social y económica; este segundo medio de introducción del contralor jurisdiccional fué de una gran utilidad para probar la constitucionalidad de una ley. Se intentaron ante las cortes federales inferiores, por parte de distintas corporaciones, numerosas demandas con el propósito de impedir que los funcionarios del Estado trataran de dar fuerza y vigor a leyes que se consideraban dictadas en violación de la 14.^a Enmienda.

La Suprema Corte declaró que esas peticiones no violaban la 11.^a Enmienda porque esta se aplicaba a aquellos casos en que el Estado tuviere un interés pecuniario o patrimonial, pero no a los casos en que

el Estado tenía solo un interés gubernamental. La Corte enunció esta doctrina en 1894 en el caso *Reagan v. Farmers Loan and Trust Co.* (13) en ocasión de un "injunction" entablado contra el "Attorney General" y los miembros de una Comisión de Ferrocarriles del Estado para impedir que hicieran aplicar una tarifa de ferrocarriles fijada de acuerdo con una ley del Estado. Y la corte confirmó esta jurisprudencia en 1898 en su decisión del caso *Smith, Attorney General v. Ames* (14). En el *Reagan case* la doctrina era justificada con estas palabras:

"Si bien el Estado es la única parte interesada (en el caso), la única respecto a la cual la sentencia tendrá una eficacia directa, no tiene ningún interés de orden pecuniario. Apartándonos de todo formalismo judicial, los únicos interesados, patrimonialmente afectados son los expedidores y los acarreadores. En cierto sentido, sin duda alguna, puede decirse que el Estado está interesado en la cuestión, pero solo en un sentido gubernamental. Está interesado en el bienestar de sus ciudadanos, en la justa e igual eficacia de todas sus leyes; pero a tal interés, que no tiene carácter pecuniario, no le pesa una sentencia adversa". Pero después que este primer obstáculo, la defensa que la 11.^a Enmienda acordaba originariamente a los Estados contra las acciones individuales, hubo desaparecido, el desarrollo de este segundo medio de introducción del contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes pareció, por algún tiempo, estar limitado o paralizado por la intervención de otro obstáculo constitucional; la doctrina de la separación de poderes.

Este último problema se planteó con gran claridad en la decisión dictada en 1899 por la Suprema Corte en el caso *Fitts, Attorney General v. Mc. Ghee* (15) en el cual la Corte anuló un "injunction" obtenido por una compañía de ferrocarriles con el objeto de impedir que el "attorney general", hiciera aplicar una ley del Estado de Alabama que los demandantes estimaban inconstitucional. Para escapar a la crítica que un miembro de la Suprema Corte había hecho en 1890 (supra nota 9) según quién ésta se erigía en una superlegislatura, se hizo una tentativa en el *Fitts case*, para limitar la amplia concesión hecha en las decisiones de 1894 y 98, con respecto a la petición de un "injunction" como medio de iniciar el litigio constitucional. La Corte declaró: "Debe observarse que ni al *Attorney General* de Alabama, ni al "Solicitor" del 11.^o circuito judicial del Estado les ha sido encomendado por esta ley algún deber especial.

En cada uno de los casos invocados en favor del mantenimiento del "injunction" se puede ver que

los demandados eran funcionarios del Estado, especialmente encargados de ejecutar la ley que se pretendía inconstitucional, y se afirmaba, que en virtud de la autoridad conferida por ésta, habían cometido o estaban por cometer algún agravio específico o transgresión a los derechos del demandante".

"En este caso ninguno de los funcionarios del Estado nombrados tiene vinculación especial alguna con la ley atacada por inconstitucional. No están expresamente encargados por ella de vigilar su aplicación. Si sólo porque son funcionarios legales del Estado, pudiera entablarseles un juicio con el propósito de probar la constitucionalidad de la ley, por medio de un "injunction" solicitado contra ellos, entonces la constitucionalidad de cada ley podría ser probada por una acción contra el gobernador y el *Attorney General*, basándose en que el primero, como jefe del Ejecutivo del Estado, está de un modo general encargado de la ejecución de todas sus leyes, y el segundo como *Attorney General*, debe representar al Estado en los litigios resultantes de su aplicación. Esta sería una manera muy cómoda de obtener una pronta decisión judicial sobre cuestiones de derecho constitucional, que podrían ser promovidas por individuos particulares..."

En estas líneas proféticas la Corte Suprema previó el gran desarrollo que iba a alcanzar el "injunction" como medio de iniciar el contencioso constitucional, tan pronto como se abandonara la distinción — que la experiencia demostró rápidamente ser ilógica — entre pedidos de "injunction" dirigidos contra funcionarios a los que se encomendaba especialmente la aplicación de la ley examinada y pedidos dirigidos contra funcionarios que participaban en la aplicación de la ley, sólo por razón de los deberes generales de su cargo. Y esto sucedió finalmente, en Marzo de 1908, con la decisión de la Corte en el caso *Ex parte Young, Attorney General* (16).

Después de haber recordado la distinción formulada en el caso *Fitts* en 1899 la Suprema Corte de los Estados Unidos la rechazó definitivamente en estos términos:

"El hecho que el funcionario del Estado, por virtud de su cargo, tenga alguna conexión con la aplicación de la ley, es lo verdaderamente importante; no interesa que esa conexión resulte del derecho común o sea creada especialmente por la misma ley en discusión".

Desde este instante el "injunction" llegó a ser, tal como la Suprema Corte lo había profetizado el 3 de Enero de 1899, una manera muy cómoda de obtener una pronta decisión judicial sobre cuestiones de derecho constitucional" y un medio que hace posible, no sólo destacar el carácter excepcional del conten-

cioso constitucional sino también extraerlo de las ficciones creadas por los ritos procesales imitados del litigio ordinario de derecho privado. Cada vez con mayor frecuencia "injunctions" de esta clase eran concedidos por los jueces federales individuales. Para paliar los inconvenientes causados por la concesión, sin suficiente discernimiento, de "injunctions" que ataban las manos de los funcionarios del Estado, el Congreso, en 1910, prohibió a los magistrados unipersonales la concesión de tal recurso; el petitorio debía ser considerado por una Corte federal especial de tres jueces, con apelación directa ante la Suprema Corte (17). Sin embargo, a pesar de esta tentativa congressional para reducir esa imprevisora concesión de "injunctions", éstos continuaron siendo acordados por un triunvirato perteneciente al poder judicial federal.

La aparición de un tercer medio de introducción del contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, más directo y franco que la excepción de inconstitucionalidad inserta en un recurso de *Common Law* o en un procedimiento penal, y que el pedido de "injunction" fué estimulado por la corriente de ideas que a partir de 1918 provocó en los Estados Unidos una penetración cada vez mayor del procedimiento de la sentencia declaratoria.

No es necesario insistir aquí en el papel, el carácter, y las condiciones de funcionamiento de esta forma de sentencia. Información suficiente a este respecto pueden encontrar los juristas de aquellos países europeos donde no está en uso el procedimiento, en los substanciosos informes generales presentados en 1932 al Congreso Internacional de Derecho Comparado por los profesores Edwin M. Borchard, Giuseppe Chiovenda y Leo Rosenberg, publicados en *Acta Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae (Mémoires de l'Académie Internationale de Droit comparé)* Vol. II, págs. 534-629 (1934). Además, este asunto ha sido tratado en el *Récueil Lambert* por el universitario que más ha contribuido a la propagación de la sentencia declaratoria en los Estados Unidos; Edwin M. Borchard (18). Y ha sido el tema del segundo volumen de la "Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon", que apareció en 1922: Maynard, "Les Jugements déclaratoires". Basta para nosotros recordar la definición dada por éste: "El procedimiento de la sentencia declaratoria es aquél en el que, de dos partes, igualmente respetuosas de la legalidad pero en desacuerdo en cuanto a su interpretación, una de ellas pide al juez una decisión que, determinando el contenido y el alcance de sus derechos y obligaciones recíprocas, tenga la

(9) *Chicago M. and St. P. Ry Co. v. Minnesota ex. rel. Railroad and Warehouse Commission*, 134 U. S. 418, 10 Sup. G. Rep. 462 (1890). En este caso, el juez Bradley, que firmó disorde, sostenía que la decisión de la mayoría se había desviado de la jurisprudencia sentada, en el *Munn Case*. Afirmaba que el poder judicial violaba la doctrina de la separación de poderes, al usurpar funciones legislativas, transformándose, por así decirlo, en una superlegislatura.

(10) Ver *Louisiana v. Jumel*, 107 U. S. 711, 2 Sup. Ct. Rep. 128 (1883); *Hans v. Louisiana*, 134 U. S. 1, 10 Sup. Ct. Rep. 504 (1889).

(11) 9 Wheaton 738, (1824).

(12) Esta explicación fué dada, sobre todo en *Ex Parte Young, Attorney General*, 209 U. S. 123, 28. Sup. Ct. Rep. 441 (1908).

(13) 154 U. S. 362, 14 Sup. Ct. Rep. 1074.

(14) 169 U. S. 466, 18 Sup. Ct. Rep. 418.

(15) 172 U. S. 516, 19. Sup. Ct. Rep. 269.

(16) 209 U. S. 123, 28. Sup. Ct. Rep. 441.

(17) Ver ley de 1910, 36 Statutes 557, C. 309, Sección 17.
(18) *Les développements récents du jugement déclaratoire*, pág. 535-550 del tomo II de la "Introduction a l'Etude du Droit Comparé (Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert)".

autoridad de la "res judicata" pero no encierre ninguna sanción coercitiva".

El recurso a la sentencia declaratoria como un medio de llevar a los jueces a probar la constitucionalidad de las leyes, se desarrolló en las cortes de los estados antes de llegar a las de la Nación.

Mientras que este procedimiento se extendía rápidamente como resultado de la legislación especial de numerosos estados de la Unión, fué preciso esperar hasta 1934 para que una ley del Congreso acordara idénticos poderes a las Cortes Federales.

La experimentación realizada en las Cortes de Estado demostró que la sentencia declaratoria era muy apropiada para el contencioso constitucional y podía eventualmente suplantar al "injunction" así como éste había suplantado a otros medios proporcionados por el "Common Law". Desde que, tal como hemos sugerido ya, el primer objeto de la contienda constitucional es obtener una sentencia declaratoria de constitucionalidad, y hoy se admite que ante las cortes federales puede seguirse tal procedimiento, ¿no llegará a ser supérfluo el pedido de "injunction"?

Aún en petitorios de esta clase, anteriores a la ley que autoriza la sentencia declaratoria, no ha sido siempre necesario acordar el "injunction". El funcionario del estado contra quien se solicita el recurso sabe que no es este sino un caso de prueba; él no está interesado en aplicar en particular la ley contra el demandante, sino que quiere una declaración judicial, sobre la validez de la ley en relación con toda la comunidad. Para facilitar tal declaración, a menudo desiste voluntariamente de aplicar la ley contra el demandante, hasta que se resuelva la cuestión, más importante, de constitucionalidad.

Esto corrobora nuestra tesis inicial; que las sentencias en los casos constitucionales son esencialmente declaratorias; y que el uso de otros medios, pertenecientes al Common Law o acordados en nombre de la Equidad, no es sino rito procesal con que la Corte se justifica a sí misma para admitir el caso, porque se utilizan para entablarlo los mismos procedimientos consagrados en 1789 por la Corte del Banco del Rey y la Alta Corte de la Cancillería.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema la culminación de este desarrollo histórico se alcanzó recién en Febrero de 1933, porque fué preciso, primero, suprimir el obstáculo que significaba una de las más antiguas y firmes doctrinas de la jurisprudencia constitucional de tal Corte.

En los primeros años de su existencia, ésta tuvo ocasión de definir la naturaleza esencial de la función jurisdiccional; y más tarde se adhirió constantemente a este artículo de fe. Dos fuerzas diversas crearon esta concepción. Primero, la doctrina de la separación tripartita de poderes, expuesta por Montesquieu y recogida por los autores de la Constitución. Segundo, el sistema judicial y la jurispru-

dencia desarrollada en la Metrópoli y trasplantada luego a América. Estando dividida la soberanía en tres funciones —legislativa, ejecutiva y judicial—, se consideraba *ultra vires* que uno de estos poderes invadiera el campo del otro. Como una guía de lo que caracterizaba a la función jurisdiccional, los autores de la Constitución se fijaban en el ejemplo inglés, donde el poder judicial, en el curso de siglos, había desenvuelto el sistema dual de *Common Law* y Equidad. Por consiguiente, la función jurisdiccional era definida por la Constitución en términos de las primitivas formas de litigio, es decir, casos de *Common Law* y Equidad.

Esta definición era considerada como restrictiva de las funciones del poder judicial federal; a menos que y hasta que una controversia llegara a la etapa de litigio, no estaba madura para la digestión judicial; y a menos que el litigio siguiera las líneas de una acción de *Common Law* o de un pedido en nombre de la Equidad, el ojo judicial miraría con recelo todo otro nuevo procedimiento que derogara al antiguo sistema.

Y es importante destacar que, casi durante siglo y medio, la tarea solemne que se impuso a sí mismo el poder judicial, de pronunciarse sobre cuestiones de constitucionalidad, había sido ejercida sólo en "casos y controversias" de un "justiciable character". El poder judicial declinaba firmemente toda intervención para decidir como oráculo cuestiones constitucionales "per se", sin que se presentara la ocasión propicia, es decir la necesidad de pronunciarse entre las afirmaciones contradictorias de dos litigantes que habían procedido de acuerdo al *Common Law* o la Equidad (19). De otro modo la Corte se transformaría en una superlegislatura.

En su primera infancia, el poder judicial declaró de manera precisa que su sola función, según la Constitución y la "Judiciary Act" era entender y juzgar disputas concretas, casos y controversias actuales que culminaran en un litigio; no evacuar gratuitas consultas jurídicas, ni contestar a cuestiones abstractas hipotéticas o académicas. Fué necesario, entonces, determinar el criterio que guiaría a los jueces federales para saber cuándo estaban en presencia de un caso o controversia sobre el cual pudieran asumir jurisdicción. Los casos encarados y resueltos por la Corte del Banco del Rey y la Alta Corte de Cancillería fueron considerados modelos convenientes para imitar, teniendo en cuenta sobre todo que la Constitución misma había definido el poder judicial apelando a los términos de *Common Law* y Equidad. Pero la adopción del modelo de litigio de 1789 como

(19) Una enumeración de las principales afirmaciones de esta doctrina judicial puede encontrarse en la opinión emitida por el Juez Day en nombre de la Corte en el caso *Muskraat v. U. S.*, 219 U. S. 352, 359, 31, Sup. Ct. Rep. 250, 252.

criterio negativo (es decir, a menos que el caso quepa en una de las categorías tradicionales las cortes federales no podrán ocuparse de él) resultaba una actitud ilógica y anticuada. Ilógica, porque la proposición afirmativa — si era un caso en 1789, lo es en 1937, — no implica necesariamente la proposición negativa o inversa, a saber —, si no era un caso en 1789, no puede serlo en 1937.

Aparte de la falacia lógica de tal posición el criterio negativo implica una veneración del pasado a expensas del futuro. El concepto de litigio no es estático; se produjeron en el curso de los siglos XIX y XX, una serie de innovaciones procesales que se apartan de los moldes de 1789. Y sin embargo, el poder judicial federal parecía adherido a aquel arcaico modelo. Aunque distintos estados, como Nueva York habían previsto formas más simples y eficientes de litigio, como la presentación a la Corte de una exposición de hechos redactada con acuerdo de las partes, obviando de este modo la necesidad de las réplicas y las dúplicas (20) o un procedimiento de sentencia declaratoria de los derechos de las partes (21), el poder judicial federal se resistía a seguir este ejemplo.

Esta resistencia de la Suprema Corte se puso de manifiesto sobre todo en su decisión de 23 de junio de 1911 (22) que fué interpretada generalmente, salvo por el "Chief Justice" Hughes (23) quien trató posteriormente de desviar la opinión común, como una condena anticipada de todo esfuerzo para hacer de la sentencia declaratoria un medio de iniciar una encuesta judicial relativa a la constitucionalidad de una ley.

Esta decisión declaró inconstitucional una ley del Congreso autorizando a los Indios Cherokee a iniciar un litigio ante la *Court of Claims* con el solo propósito de que ésta dictaminara sobre la validez de la legislación congressional estableciendo también un recurso de apelación directa ante la Suprema Corte, de la decisión de la *Court of Claims*.

En el caso *Muskraat v. United States*, el Juez Day, hablando en nombre de la Corte después de haber recordado la afirmación del "Chief Justice" Marshall

(20) Sección 546 del "Civil Practice Act". Este método es muy apropiado para la decisión de casos constitucionales y ha sido utilizado con el propósito de resolver cuestiones constitucionales, en numerosos casos presentados ante las Cortes de Justicia del Estado de Nueva York.

(21) Sección 473 de la "Civil Practice Act". Este procedimiento de sentencia declaratoria ha sido utilizado desde 1922 en los tribunales de Nueva York en un número cada vez más creciente de casos constitucionales que son citados en nuestro artículo: "Federal Procedural Revision" en el N.º 21 de "Virginia Law Review", pág. 527, nota 76.

(22) *Muskraat Case*, 219 U. S. 346, 31 Sup. Ct. Rep. 250. Cf. *Cherokee Nation v. Georgia* 5 Peters 1 (1831).

(23) 45 *American Bar Association Reports* 266-67, Cf. Ed. Lambert, *Gouvernement de juges*, pág. 192-94.

en el "leading-case" *Marbury v. Madison*, donde dijo que "no tenía la Corte un poder general de veto de la legislación del Congreso", justificó con estas palabras la decisión acordada:

"Es evidente que este procedimiento no es sino una tentativa para obtener una decisión judicial definitiva de esta corte sobre la validez constitucional de una ley del congreso. ¿Cabe tal decisión dentro de los poderes conferidos por la constitución, tal como han sido interpretados y definidos por las autoridades a las que nos hemos referido?"

Creemos que no. Este poder judicial tiene el derecho de decidir controversias actuales que se promuevan entre litigantes diversos. El derecho de declarar la inconstitucionalidad de un ley surge porque una de ellas, invocada por una de las partes al especificar sus derechos, está en conflicto con la ley fundamental. Esta facultad, que es el deber más importante y delicado de la corte, no se le confiere como un poder de revisión de la obra legislativa, sino porque los derechos de los litigantes en las controversias de naturaleza judicial requieren que la corte opte entre la ley fundamental y una ley dictada en el supuesto de estar dentro de la competencia constitucional, pero que de hecho va más allá del poder delegado a la rama legislativa del gobierno. Esta tentativa para obtener la declaración judicial de la validez de la ley del Congreso no se presenta en un caso o controversia sobre los que, únicamente, alcanza, según la constitución de los Estados Unidos, la jurisdicción de esta corte" (24).

La Suprema Corte fué llevada en 1927 en el caso *Liberty Warehouse Co. v. Grannis* a reafirmar más directa y explícitamente la inconstitucionalidad de toda tentativa para utilizar la sentencia declaratoria en el contencioso constitucional. Pero sucedió, sea por casualidad o por designio de los dioses inmortales, que esta decisión fué emitida en un procedimiento en el que se buscaba una declaración judicial de la inconstitucionalidad de una ley del Estado por supuesta violación de la Constitución de los Estados Unidos. El poder de la Suprema Corte para revisar las decisiones de las Cortes de Estado en los casos constitucionales le había sido conferido por el Congreso en la sección 25 de la primera "Judiciary Act" de 1789; (25) y el ejercicio de este poder ha sido una de las funciones vitales de la Corte, antes y después de la 14.ª Enmienda. No se necesitaba reflexionar mucho para darse cuenta que, como resultado de su propia decisión, la Corte Suprema se había involuntariamente condenado al suicidio por progresiva

(24) 219 U. S. 361, 31 Sup. Ct. Rep. pág. 255.

(25) 273 U. S. 70, 74, 47 Sup. Ct. Rep. 282; también *Willing v. Chicago Auditorium Association*, 277 U. S. 274, 289, 48 Sup. Ct. Rep. 507 (1927); *Piedmont and Northern Ry. Co. v. U. S.*, 280 U. S. 469, 50 Sup. Ct. Rep. 192 (1929).

inación; porque en un número cada vez mayor de estados, en los cuales el procedimiento de la sentencia declaratoria había sido considerado como un recurso eficiente para probar la constitucionalidad de las leyes, habría una tentación inevitable para convertirlo en el medio exclusivo de iniciar el litigio constitucional, para impedir así que la Suprema Corte ejerciera su jurisdicción de apelación. En otras palabras, la decisión de la Corte de Estado de última instancia concerniente a la constitucionalidad de una ley del Estado escaparía a la apelación y revisión de la Suprema Corte Federal.

Para conjurar tan catastróficas consecuencias y preservar su función vital, asegurándose una provisión continua de alimento constitucional, la Corte Suprema se sintió obligada a batirse en discreta retirada. Por su decisión, del 6 de Febrero de 1933, en *Nashville C. And St. Louis Railway v. Wallace* (26) donde resuelve que un procedimiento de sentencia declaratoria era un caso de "justiciable character" la Corte se capacitó a sí misma para continuar desempeñando su augusta tarea de guardiana de la Constitución.

En esta decisión la Corte tuvo oportunidad de declarar:

"La Constitución no requiere que el caso o controversia se presente dentro de las tradicionales formas de procedimiento, invocando únicamente los remedios tradicionales. La cláusula judicial de la Constitución definió y limitó el poder judicial, pero no el método particular por medio del cual podía ponerse en marcha a éste. No cristalizó en formas inmutables el procedimiento de 1789 como el único medio posible de presentar un caso o controversia, que puedan conocer de otro modo las Cortes de Justicia. Los Estados están en libertad para regular su propio procedimiento judicial. En consecuencia; las meras modificaciones en la forma o método de procedimiento por el cual los derechos federales (aquellos que se derivan de la Constitución y las leyes de los Estados Unidos) son invocados en las Cortes de Estado no son bastantes para impedir la revisión de su sentencia por esta Corte, mientras el caso retenga lo esencial de un procedimiento contradictorio envolviendo una controversia real, no hipotética que es resuelta finalmente por la sentencia de la más alta Corte del Estado".

Al mismo tiempo de este cambio total en la posición de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el Congreso dictó una ley confiriendo a las cortes inferiores jurisdicción en los procedimientos de sen-

(26) 288. U. S. 249, 264, 53 Sup. Ct. Rep. 345, 347. Ver también *Harr v. Pioneer Mechanical Corp.* 65 Federal Rep. (2 d.) 332 (C. C. A. 2 d. 1933) Cf. 295 U. S. 774. 55 Sup. Ct. Rep. XXXV - XXXIX (1935).

tencia declaratoria (27). Y en vista de lo terminante de la decisión de la Suprema Corte, de 6 de Febrero de 1933, no puede haber dudas con respecto a la constitucionalidad de esta ley federal. Porque si la sentencia declaratoria no estuviera dentro de la jurisdicción original de las cortes federales de primera instancia, entonces la Suprema Corte no tendría por qué revisar las sentencias declaratorias de las Cortes de Estado aunque fueran dictadas en disputas constitucionales (28). Afortunadamente, el de 1789 ha sido finalmente abandonado como criterio negativo.

Este nuevo procedimiento está destinado a acentuar los rasgos distintivos del caso constitucional. Como ya ha sido indicado, desde el punto de vista procesal, el poder judicial había asimilado el contencioso constitucional a los pleitos ordinarios entre litigantes privados; la constitucionalidad era determinada sólo incidentalmente en la elección entre las pretensiones rivales de dos partes contrarias. Se olvidaba un hecho innegable: que el contencioso constitucional pertenece a una categoría única de litigio.

En los litigios ordinarios entre individuos privados, el Estado, que ha establecido las Cortes de Justicia, está interesado en ver que no se niegue a los litigantes la forma de justicia a que tienen derecho; compensación de los daños o reparación equivalente. Aunque útil en ciertas clases de litigio, el procedimiento de sentencia declaratoria no puede desplazar totalmente a otros medios elementales, tal como una sentencia condenatoria en daños y perjuicios.

En el contencioso constitucional la situación es completamente distinta. El Estado está primaria y vitalmente interesado en obtener una pronta determinación de sus propios poderes constitucionales. El éxito del particular que trae el caso de prueba, cual-

(27) Ver 28. U. S. C. A. Sección 400 (1934).

(28) Además, la constitucionalidad de esta ley fué reconocida muy recientemente por una opinión emitida en nombre de la Corte por el "Chief-Justice" Hughes en un caso (*Aetna Life Insurance Co. v. Haworth* (1937) 57 Sup. Ct. Rep. 461-463-64) en el cual la acción había sido entablada, no para probar la constitucionalidad, sino para obtener una sentencia declaratoria estableciendo que una póliza de seguros era nula por falta de pago de la prima.

El "Chief-Justice" Hughes declaró en nombre de la Corte:

1.º) Que la ley federal de sentencia declaratoria cae dentro de la competencia legislativa del Congreso. 2.º) Que tan pronto como existe una controversia concreta y actual la función judicial puede ser ejercida para decidirla, aun cuando la sentencia que declara los derechos de los litigantes no sea seguida por medidas coercitivas para imponer su ejecución o el pago de daños y perjuicios. 3.º) Que no es necesario para el ejercicio de esta función judicial que se solicite un "injunction" y que el demandante alegue que se le amenaza con un daño irreparable.

Así, la Suprema Corte, dictando una sentencia declaratoria, incidentalmente en un procedimiento de sentencia declaratoria, ha establecido la constitucionalidad de la ley federal de sentencias declaratorias.

quiera que sea la forma de su acción, es de importancia secundaria; el caso de prueba solamente proporciona la condición necesaria y preliminar para que los oráculos constitucionales se aventuren a hablar. Una vez que se ha asumido jurisdicción, el interés de los demandantes es inmediatamente trascendido por el del gobierno. Aparentando decidir entre demandado y demandante, la Corte realmente declara si una ley es o no inconstitucional. Cuando el litigio surge entre individuos privados la sentencia de la Corte es pasible de ejecución contra ellos. Pero una declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto a menos que sea reconocida por los funcionarios encargados de aplicar la ley. En gran número de casos, la cuestión de constitucionalidad se promovió, no sólo entre partes privadas, sino también por acciones que se dirigían contra funcionarios públicos, entabladas con el propósito de impedirles aplicar la ley que se pretendía inconstitucional. Y el poder judicial federal apreció las dificultades de hacer obedecer sus sentencias y decretos por los funcionarios públicos, como es evidente por los numerosos episodios en que varios Estados y funcionarios desafiaron abiertamente a la Suprema Corte. A la luz de la historia constitucional de este país, puede decirse que el prestigio de la Suprema Corte radica en el hecho que no tiene "ni bolsa ni espada" y si se ha convertido en el árbitro definitivo de las cuestiones constitucionales, particularmente bajo la sección 25 de la primera *Judiciary Act*, es en razón del crédito y la plena fe que gozan sus decisiones y no de la fuerza que pueda inducir a los funcionarios a cumplir sus mandatos.

Toda declaración de inconstitucionalidad es esencialmente una sentencia declaratoria. El iniciar un caso de prueba, con la intervención de individuos particulares que buscan una forma tradicional de procedimiento de *Common Law* o Equidad es sólo ritual para convencer a la Corte que se ha obrado de acuerdo con los cánones de 1789. Pero tan pronto como el criterio de 1789 deja de ser exclusivo y se admite que la Corte puede, en ejercicio de su función jurisdiccional, dictar una sentencia declaratoria, entonces ya no hay más necesidad de los procedimientos artificiales preparados por los abogados constitucionales, tales como la acción del "stockholder" (29). La declaración de constitucionalidad puede ser obtenida simplemente por un procedimiento de sentencia de-

(29) La acción del "stockholder", para probar la constitucionalidad de una ley es una invención ingeniosa, comparable con las más sutiles ficciones por medio de las cuales la acción de "ejectment" se desarrolló para dar una prueba real del título de propiedad, haciendo insertar esta determinación judicial del derecho de propiedad en una acción entre arrendatarios de cada uno de los pretendientes opuestos, quejándose el demandante ficticio de evicción de su posesión por el demandado ficticio, *John Doe versus Richard Roe*, *Mister Good Right versus Mr. Bad Right*. Se hace, en la acción del "sto-

claratoria, sin que se precise de otros medios. Desde que la función más importante del poder judicial federal es dictaminar en cuestiones constitucionales y considerando que la sentencia declaratoria es ideal para este objeto, es lógico anticipar que este procedimiento llegará a ser muy popular en las cortes federales. De acuerdo con la reciente enmienda del Código Judicial (30) que introdujo la sentencia declaratoria, las cortes federales ya han sido llevadas a decidir sobre la constitucionalidad de distintas leyes, por este novísimo procedimiento (31).

«La acción declaratoria de inconstitucionalidad en la Constitución uruguaya de 1934».

¿Será preciso retrasar en nuestro país esta evolución histórica de siglo y medio operada en la jurisprudencia americana y que Jaffin ha resumido de manera magistral? El problema nuestro relativo a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, ha sido formulado en estos términos: ¿puede ser interpuesto como acción o sólo como excepción? Términos quizás incorrectos puesto que hay acuerdo en reconocer a los particulares, para ciertos casos especiales, acción contra otras personas privadas o públicas adueñando la inconstitucionalidad de una ley. Lo que verdaderamente se discute es, si es posible plantear por parte interesada el recurso por vía de queja espontánea y directa ante la Suprema Corte de Justicia. El problema, puesto en sus términos precisos, sería este: ¿Puede tener la Suprema Corte, en materia de inconstitucionalidad, una competencia substancial o su competencia es meramente ocasional? Vale decir, si el recurso por inconstitucionalidad puede ser deducido por el particular, como acción o excepción, o suplido de oficio por el juez, pero sólo incidentalmente, en un juicio común o si cabe admitirlo como materia esencial y sustantiva del litigio. No es que falte la acción, para quienes sustentan el criterio restrictivo, sino de un modo consiguiente. Lo que faltaría en realidad, y en primer término, sería el juicio ordinario donde incidiera el recurso.

Esta tesis tiene por punto de partida unas palabras de Massera que casi con certeza no eran para él sino simple metáfora destinada a un lugar accesorio en un estudio sobre otro aspecto del tema: "El recurso por inconstitucionalidad es

ckholder", un arreglo amistoso en virtud del cual un accionista inicia un pleito con el objeto de impedir que los representantes legales y funcionarios de su corporación obedezcan una ley que se considera, al mismo tiempo, inconstitucional y perjudicial para la compañía. Cf 22 Virginia Law Review, 493.

(30) Ver 28 V. S. C. A. Lección 400 (1934), cf 49 Statutes, 1027 c. 829, Sección 405 (1935).

(31) Por ej.: en el caso *Black v. Little*, 8 Federal Supp. 867 que implicaba la constitucionalidad de la Agricultural Adjustment Act cf, *Boggs Motor Co v. Onderdonk* 9 Federal Supp. 950 (*National Industrial Recovery Act*); *Penn v. Glenn* 10 Federal Supp. 485 (*Tobacco Control Act*); *Bethlehem Shipbuilding Corp. v. Nylander* 14 Federal Supp. 201. (*National Labor Relations Act*).

un incidente más en los juicios que suspende el asunto principal provocando la elevación de antecedentes a la Suprema Corte de Justicia".

Tomada como término de identificación más que de comparación, convertida en metonimia, conduce esa frase a un concepto antijurídico y estrecho del recurso, que sería visto como el accesorio de un juicio principal. Ni es tampoco jurídicamente posible identificarlo con un mero incidente, ya que la sentencia que sobre él recae, conforme a la letra de la Constitución, es definitiva y no interlocutoria y la dicta un órgano jurisdiccional superior y distinto al de la causa.

Con este criterio, sobre todo, se limita considerablemente el campo de acción del recurso, ya que sería preciso para entablarlo que hubiera pendiente un litigio ante la jurisdicción ordinaria.

I. — Posibilidad Constitucional

Pero si no fuera posible admitir constitucionalmente la tesis que reconoce a la Corte competencia substancial y directa en materia de inconstitucionalidad, seríamos los primeros en resignarnos a esa lamentable limitación. Pero no es difícil demostrar que es admisible en el régimen de la Constitución de 1934 el funcionamiento del recurso entendido de un modo amplio. El primer paso para llegar a esa demostración, será desprenderse definitivamente de ese concepto que lo considera como un mero incidente en un juicio común para concebirlo como elemento substantivo, que puede llegar a ser objeto exclusivo del litigio, sin necesidad de resultancia patrimonial alguna, sirviendo muchas veces de amparo contra la ley violatoria de garantías constitucionales. Esto es técnicamente posible ya que en el régimen procesal del instituto, la Constitución se ha preocupado de diferenciar dos momentos completamente distintos: el declaratorio de inconstitucionalidad a cargo de la Suprema Corte y el atributivo de derechos y deberes que pertenece a la jurisdicción ordinaria. ¿Pero esta separación de ambos momentos y la escisión autónoma del primero de ellos, es tolerada por la letra de la Constitución? Es cierto que el art. 234 exige que "una vez formulado el petitorio, quede en suspenso el proceso y se eleven los autos a la Suprema Corte de Justicia". Pero esto, que ocurre en la normalidad de los casos, no es requisito esencial para el funcionamiento constitucional del recurso. Basta imaginar un caso en que sin salir de los cuadros constitucionales, hay interposición de éste sin producirse la suspensión del procedimiento ni la elevación de autos. Es cuando la excepción de inconstitucionalidad, como perentoria que es, se deduce en tercera instancia ante la misma Corte. Esta hipótesis es suficiente para demostrar como ya no es posible hacer hincapié en esos términos literales de la Constitución, que refiriéndose a lo normal y corriente, no han previsto todos los casos posibles ni pueden caracterizar, por lo tanto, la esencia misma del régimen procesal del recurso.

La Constitución reclama también un proceso contradictorio. Así como se admite la existencia de un contradictorio entre el Estado administrador y el individuo, puede promoverse éste entre el Estado legislador y un particular. Lo que no deja ver esa posibilidad es que la voluntad legislativa es, por lo común, soberana. Frente a ella enmudecen todas las oposiciones, se es-

fuman los intereses individuales. El súbdito puede estar en desacuerdo con la ley del Estado, desaprobada en su fuero íntimo, discutirla en la plaza pública; todo esto no es obstáculo para su vigencia. La voluntad del legislador prima de tal modo que la del individuo no cuenta; no es coordinada, sino subordinada a aquélla. Sin embargo, hay circunstancias excepcionales en que esa voluntad individual, de ordinario ineficaz, y débil, cobra fuerza y contradice con posibilidades de éxito a la del legislador. No es que la voluntad del individuo ascienda hasta la jerarquía legislativa, sino al contrario, que la voluntad legislativa descienda a lo individual. Cuando el legislador manifiesta una voluntad que trasciende a su esfera de competencia, no es sino una voluntad personal, jurídicamente commensurable con la del individuo. Hay entonces un contradictorio en potencia, no porque no lo existiera también en el caso anterior, pero tal era la desproporción de fuerzas que no lo dejaba ver. Y este contradictorio deriva al terreno judicial cuando se llama al juez, para que, no habiendo ya voluntad superior que imponga obediencia a la otra, decida ese pleito de voluntades, lo que es su función ordinaria. Que el Estado legislador puede ser contraparte en un proceso con un particular, lo prueba la responsabilidad del Estado por acto legislativo. En nuestro caso, el Estado ha manifestado por su órgano legislativo una voluntad contraria a los intereses del individuo, y éste se considera autorizado a oponerse a ella porque entiende que no es sino una opinión personal, desnuda de la fuerza representativa y orgánica con que la inviste la Constitución del Estado. Y el contradictorio, antes potencial se hace actual al presentar el particular su demanda y reiterar el legislador, de un modo tácito, su manifestación de voluntad al no derogar la ley impugnada.

Se busca la presencia física del contradictorio pero esto no es esencial. Lo substancial del contradictorio, su objeto fundamental, es que cada una de las partes diga, controlada por la otra, su verdad para que el juez extraiga de esas verdades parciales, la verdad judicial, presunta Verdad de la cosa juzgada. No es preciso que haya dos adversarios físicos en el pugilato procesal, sino que cada uno de los contradictorios pueda vigilar y controlar las probanzas y los argumentos del otro. No interesa el contradictorio sino como el medio normalmente eficaz, de que se realicen las garantías del contradictorio; la mutua vigilancia y el contralor recíproco. Hay medios eficacísimos de defensa de la voluntad legislativa, no sólo por tratarse de un problema de puro derecho y ser letrado el Tribunal encargado de resolverlo, sino porque además el Ministerio Público, conforme al C. O. T. (art. 171) sería el abogado de la ley. También existe otra defensa en la regla interpretativa formulada por las cortes estadounidenses, según la cual la presunción debe ser siempre en favor de la constitucionalidad de la ley, si lo contrario no es claramente demostrado.

Mucho más fuertes son estas garantías que las de otros casos donde hay un contrincante cuya presencia corpórea es fácilmente perceptible. En Estados Unidos recogemos un ejemplo reciente. Mr. Carter inició juicio contra la compañía donde era principal accionista, la "Carter Coal Company" porque ésta intentaba aplicar una ley que él creía inconstitucional. La compañía entendía también que era esa ley "inconstitucional y económicamente falsa y que afectaría adversamente sus inte-

reses" pero la obedecía para no incurrir en onerosas multas. La defensa de la constitucionalidad de la ley, estaba librada en este contradictorio, formalmente perfecto, pero sospechoso de simulación procesal, a quien tenía interés evidente en la invalidación de la ley.

Los efectos del pronunciamiento de la Corte serían los comunes a todas las sentencias y se limitarían a las partes. La acción directa ante la Corte, tendiente a provocar la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad no desvirtuaría de ningún modo el desempeño de la función jurisdiccional. Es por el contrario, como dice Chioyenda refiriéndose a las sentencias declaratorias "in genere" la función más autónoma y delicada del proceso. En este caso como en el otro y siempre conforme a la fórmula de Bryce, el juez no sale en busca de la ley, sino que espera que los particulares la traigan ante él para abocarse a su estudio. Resuelve un conflicto promovido por una persona privada y su resolución, como sentencia común que es, no va más allá, en sus efectos, de las partes en pugna. En este sentido la sentencia es idéntica cuando la Corte conoce en competencia substancial, como cuando su competencia es ocasional. La relatividad de la sentencia se aplica, como en todo proceso, de modo que los terceros, extraños al litigio ya resuelto, pueden ver solicitada su obediencia a una ley ya declarada inconstitucional y deberán promover a su vez, en esa emergencia la excepción o la acción directa si es ésta admitida. Es claro que se resuelve el posible trastorno de la innumerable cantidad de juicios que sería preciso entablar con el firme convencimiento que todos, Estado y particulares, tienen de que la solución jurisprudencial permanecerá incambiada a menos que existan nuevas y poderosas razones que muevan al magistrado a variar su modo de pensar.

II. — Fuentes directas

Si de acuerdo con un método interpretativo que no aprobamos ni compartimos, se quisiera atender, no a la voluntad de la ley, sino a la voluntad del legislador que la dictó, esa búsqueda no puede resultar más favorable a la tesis que inspira esta nota, por cuanto el redactor de los artículos constitucionales pertinentes (232 a 234 de la Const.) es al mismo tiempo el autor del proyecto de ley reglamentaria que promete una pronta consagración legislativa al criterio sustentado.

A pesar de la elocuencia de este hecho hay quienes apelan a estas pretendidas fuentes directas, que nutrieron al constituyente, considerando como la primera de ellas a la Constitución española, y a la ley orgánica que reglamentando el recurso creado por aquélla, se refiere expresamente a la excepción de inconstitucionalidad. Pero no se atiende a la circunstancia especialísima de que por razones de tiempo y espacio no pudo tenerse prácticamente en cuenta como antecedente español, sino la Constitución y no la ley orgánica. Y como es sabido, mientras la primera de ellas reconoce en su artículo 123 "in fine" la "actio popularis", la segunda la elimina, por considerarla, acertadamente, impracticable o utópica.

Pero más importante que este detalle hay todavía otro hecho fundamental, que priva de todo valor al antecedente español, como al mejicano y a otros similares. En general a todos

aquellos que crean un recurso de amparo o un "injunction" como en Estados Unidos, que, como se verá más adelante, resuelve gran parte de los problemas que en nuestro régimen jurídico solo encuentran solución adecuada con el concepto lato del recurso de inconstitucionalidad que proponemos. Querer guiarse por esas fuentes, es por una servil y equivocada imitación mutilar una parte, la mejor parte, del recurso creado por el constituyente uruguayo. Además, algunas de las constituciones que éste tuvo en vista, como la de Nicaragua, prevén especialmente el caso en que "podrá entablarse directamente el recurso cuando se refiera a asuntos no ventilables ante los tribunales".

Se ha querido también dar valor en nuestro medio a vetustos antecedentes jurisprudenciales argentinos, con los que se pretende definir lo que por proceso contradictorio debe entenderse hoy. Frente a la evolución de este concepto en derecho procesal moderno, frente al desarrollo histórico del que nos informa el Dr. Jaffin, los antecedentes argentinos pierden su posible trascendencia. Y no puede decirse que será necesario para que valga en nuestro medio el ejemplo americano, que se dicte una ley que admita la sentencia declaratoria, porque ésta ya es plenamente reconocida por nuestra jurisprudencia en materia privada, y porque esa ley sólo se precisa allí donde hay que contradecir la fuerza conservadora de una larga tradición jurisprudencial.

III. — Discusión pragmática

Demostrada la posibilidad jurídica y constitucional de la tesis que sostenemos, y su acuerdo con las fuentes directas de la Constitución, podemos entrar ahora a discutir el pro y el contra, las ventajas e inconvenientes de tal sistema.

La primera objeción que se formula a la tesis que reconoce a la Corte competencia substancial en materia de inconstitucionalidad, es que llevaría a admitir la acción antes que fuera aplicada la ley. Precisamente, esto que se formula como observación crítica es una de sus mayores ventajas, la de prevenir e impedir la consumación del daño. Para la tesis contraria, debe esperarse que la ley se aplique, produzca daños que pueden ser irreparables y sólo recién entonces sería posible defenderse. Se debe partir de la base de que si la ley se ha dictado es para ser aplicada. Por lo tanto, más vale evitar la consumación del daño en una defensa preventiva, en lugar de esperar pasivamente ese daño y reclamar luego su reparación. Es esta la función más útil de la sentencia declaratoria; prevenir e impedir el entuerto en lugar de gravarlo, una vez producido, con una pesada responsabilidad.

Cuando un particular se presenta ante el juez denunciando una obra ruinosa que amenaza a vecinos y transeúntes, éste no le contesta: espere que la casa se derrumbe y recién entonces venga a verme. Se sabe que la casa se va a caer, aunque no con tanta certeza como se sabe que se va a aplicar la ley. Entonces se debe admitir esta impaciencia del juez, para prevenir el daño en vez de curarlo.

Este criterio es el que se ha abierto camino en Estados Unidos en nuestro problema. Como decía el venerable Juez Cardozo usando una expresión familiar: "a los demandantes se les deja llorar antes de sentir el dolor". En el mismo caso Carter versus

Carter Coal Company ya referido, la Corte decía: "El juicio iniciado para impedir el cumplimiento de una ley antes de haber dado los pasos tendientes a su aplicación no es prematuro cuando es seguro que la ley tendrá el efecto temido por el impugnante". En el caso *Pierce v. Society of Sisters* "se consideró que los juicios no eran prematuros aunque la fecha de vigencia de la ley no había llegado todavía. El perjuicio existía y era muy real, no era una mera posibilidad en un futuro remoto. Si no hubiera sido posible acordar un remedio antes de la vigencia de la ley, el daño se hubiera hecho irreparable".

Según la tesis contraria, por la que el recurso de inconstitucionalidad funciona como incidente planteado en un juicio ordinario, la actitud a adoptar frente a una ley inconstitucional es la de desacato y rebeldía, para cuando se persiga civil o penalmente su aplicación, deducir la excepción de inconstitucionalidad.

Esta solución encierra dos peligros. El primero, que ciertas personas físicas o jurídicas, agraviadas por la inconstitucionalidad de una ley se sentirían muchas veces autorizadas por su propia interpretación de la Constitución y de la ley a colocarse en postura de rebeldía e insumisión frente a la voluntad legislativa. Sólo por esto la tesis que combatimos sería penalmente responsable por instigar públicamente a desobedecer las leyes (art. 149 C. P.). En cambio, otras personas físicas o jurídicas, pusilánimes o impresionadas por el aparato formal que rodea a la emisión de la voluntad legislativa, se sentirían inhibidas de contradecirla, para no verse expuestas a las sanciones que una sentencia desfavorable traería aparejadas. Así, muchas veces, además de los casos en que se haya hecho imposible ese incumplimiento por haberse consumado ya la ejecución de la ley, quedaría burlado el propósito del constituyente. En cambio quienes promueven la acción declaratoria no adoptan una postura de rebeldía sino de prudente dialéctica pidiendo a la justicia que indique cuál es el derecho para saber cuál debe ser su actitud lícita y no aventurarse al incumplimiento de la ley. Con la sentencia declaratoria el juez proporciona la certidumbre jurídica a las partes y a la sociedad toda. "Mientras que para la opinión contraria es preciso dar primero un paso en la oscuridad y luego encender la luz para ver si se ha caído en un pozo, para la nuestra es posible encender primero la luz y luego dar el paso".

En tercer término, si se espera que la ley llegue ante los tribunales en un proceso patrimonial entre particulares, puede ocurrir que después de un largo plazo de vigencia, el pronunciamiento del juez no sea enteramente libre sino que esté condicionado por los derechos adquiridos, los intereses creados y las situaciones dignas de respeto que puedan haber surgido al amparo de esa ley, durante su precaria existencia. Basándose precisamente en esto es que Borchard reclamaba en Estados Unidos la sentencia declaratoria en materia privada tan bien como en materia constitucional.

Se dice que la admisión de la demanda de inconstitucionalidad permite a cualquiera que se considere afectado atacar una ley del Estado. Hay aquí dos errores; el primero, confundir la acción de inconstitucionalidad con la acción popular, que es para Kelsen la solución ideal de este problema; el segundo creer que se trata de un ataque a la ley, cuando no es sino

una defensa preventiva de ella. E indiscutiblemente representa un trastorno social mucho más serio el desacatar de hecho una ley, que "procesarla" ante los tribunales.

La demanda de inconstitucionalidad no sería la acción popular, consagrada por las constituciones cubana y colombiana. Sólo se reconoce a "parte interesada", y la existencia y el grado de ese interés, que no tiene por qué ser necesariamente patrimonial, sería previamente calificado por la Suprema Corte antes de abocarse al problema de fondo.

Marc Angel opina que la acción de inconstitucionalidad da un tinte político al pronunciamiento judicial que motiva. Sin embargo, nada tiene que ver el régimen procesal, adjetivo del recurso con la intervención que pueda tomarse la autoridad judicial en materia de política legislativa. Esto dependerá de factores completamente ajenos a la forma de ser interpuesto el recurso, siempre que sea dentro del procedimiento judicial, factores especialísimos que pesan en la tradición estadounidense pero que no son valederos para nuestro régimen. Es mucho más peligroso admitir que pueda ser la Suprema Corte de Justicia intérprete de un problema eminentemente político como es la determinación del "interés general", tal como dijo Secco Illa, sin ser contradecido, en la Comisión de Constitución, que aceptar que pueda un particular lesionado accionar judicialmente, defendiéndose de la ley. Todo estará en la prudencia con que los magistrados, una vez admitido el recurso, decidan sobre el problema de fondo.

Y podemos confiar en la prudencia, que muchos estimarán excesiva, de nuestros magistrados, quienes se resistieron a declarar la inconstitucionalidad de una ley que no estaba en contradicción precisa y concreta con artículo constitucional alguno. (Caso Colomer. "Rev. D. J. A.", tomo 35, pág. 55).

Y la condición de que el juez juzgue a la ley en vez de juzgar según la ley, es que le niegue validez en nombre de principios generales, abstractos e inoperantes. En cambio cuando aplica una norma constitucional concreta, es más dependiente de la ley que nunca, ya que obedece no sólo a ley, sino a la ley más fuerte. Todo dependerá de la actitud interpretativa del juez y no de la forma como lleven los particulares la ley a su decisión. En Estados Unidos, el magistrado judicial, inamovible, autor del cincuenta por ciento de la legislación vigente, es independiente frente a ella, la interpreta constructivamente. En el nuestro, país de derecho civil y no de "common law" el juez debe interpretar exegéticamente la ley y la Constitución. No debe temerse, pues, que se convierta nuestra Suprema Corte en una super-legislatura, sobre todo si se recuerda que sus miembros se renuevan cada diez años.

No encierra, pues, el peligro de atribuir prerrogativas políticas a los jueces la tesis que sustentamos. Ha sido, por otra parte, admitida por la propia Corte, quien a pesar de no pronunciarse inequívocamente sobre el punto admitió un recurso interpuesto directamente ante ella, entrando a estudiar el problema de fondo. (Caso Colomer. "Rev. D. J. A.", tomo 35, página 55).

Finalmente, la objeción que pretende ser más seria es la que considera a la acción de inconstitucionalidad supérflua e innecesaria porque, dice, o siempre hay un litigio posible ante el juez ordinario, donde hacer incidir el recurso o si no basta

para provocarlo, desacatar la ley, violar sus disposiciones, suscitar la persecución judicial.

Ciertamente hay casos en que se promueve el conflicto, de un modo ordinario, a pesar del deseo de las partes. Pero no es posible confiar la defensa de la Constitución a estos posibles y contados casos. La eficacia del recurso dependería entonces de la forma como la ley afectase a los intereses particulares en juego, y esencialmente, de como opusiera unos a otros. El recurso, así concebido tendría una preferente función de defensa de intereses patrimoniales particulares, pero resultaría ineficaz o tardío para acudir a la protección de otros intereses tanto o más dignos de ella, como los derechos de la personalidad. En efecto, para que funcione de este modo normal y ordinario es preciso que estén trabados unos con otros, los intereses privados. Es decir, que un particular tenga derecho a exigir algo de otro, que exista una obligación de éste. No serviría el recurso, así entendido, para defender aquellos derechos por los que no se reclama nada a otra persona, sino que el estado está constitucionalmente obligado a respetar.

¿Pero qué protección tiene aquél a quien se aplica la ley, triunfando físicamente sobre la resistencia que pueda oponerle? Si es un derecho patrimonial, es fácil la respuesta; exige del funcionario que le aplicó la ley, y subsidiariamente del estado una reparación pecuniaria equivalente. Pero hay otros derechos, los de la personalidad, que no son susceptibles de esa evaluación pecuniaria. En estos casos obtendrá el ciudadano

una reparación por su derecho violado, pero no aquello que debe obtener: que su derecho no sea violado.

Por ejemplo, ante una ley inconstitucional de imprenta, cuya aplicación un diario no puede físicamente resistir, lo que le queda por hacer es entablar posteriormente una reclamación por daños y perjuicios. La acción de inconstitucionalidad hubiera puesto, en cambio, su derecho bajo el amparo de la justicia y hubiera revelado de inmediato el carácter antijurídico de la ley que se quiere hacer efectiva.

Hasta ahora vemos cómo ha sido siempre posible la reparación ulterior, nunca tan eficaz como el amparo inmediato contra la aplicación de la ley inconstitucional. Pero basta imaginar un caso de imposibilidad de este resarcimiento para demostrar la necesidad de la acción de inconstitucionalidad, y es: *la aplicación irresistible de una ley inconstitucional con efectos irreparables*. Por ej.: una ley que restablece la pena de muerte y se aplica de inmediato, sin proceso legal. ¿Cuál es la defensa de un súbdito sino el recurso directo, la que deja ante la Suprema Corte, la acción de inconstitucionalidad?

Entendido de esta manera amplia, el recurso de inconstitucionalidad sería el equivalente de ese medio genérico de protección, o recurso de amparo desconocido en nuestro régimen jurídico y que es el único procedimiento eficaz y preventivo de salvaguardia de los derechos de la personalidad y de defensa de aquellas autonomías constitucionales a las que no se les ha acordado una garantía específica.

En cierta ciudad de Holanda viven en oscuras tiendas, talladores de piedras preciosas. Todo el día trabajan, pesando en pequeñas balanzas de precisión, gemas tan raras que bastaría una sola para sacarlos de su miseria, y cada tarde, cuando las han reconsignado, fúlgidas a fuerza de rueda, a quien, ansiosamente, las espera, serenos comparecen ante ese mismo banco donde han pesado los tesoros de otros, ante su cena frugal, y rompen sin envidia, con esas mismas manos que han lustrado ricos diamantes, el pan de su honesta pobreza.

El juez vive también así.

CALAMANDREI: "Elogio dei giudici scritto da un avvocato".