

---

# LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA PROMOCIÓN DE PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS LEGISLATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO

Nuevas bases para la apreciación de su configuración

## THE RIGHT TO PROMOTE THE JUDICIAL REVIEW OF STATUTORY LAW IN URUGUAY

Some new contributions

*DIEGO GAMARRA ANTES\**

**ABSTRACT:** Se propone una reconsideración de la legitimación activa prevista en la Constitución Uruguaya para la promoción de procesos de inconstitucionalidad a partir de una interpretación alternativa del concepto de interés directo, personal y legítimo contenido en su artículo 258. La solución interpretativa propuesta, que supone en buena medida un desarrollo de las primeras concepciones en la materia y un apartamiento de la tesis actualmente dominante en la doctrina publicista, se sustenta en una base teórica más firme y, sin sacrificio de un necesario apego textual, se encuentra mejor justificada bajo el discurso constitucional, orientada más nítidamente hacia la tutela jurisdiccional efectiva y la defensa de la Constitución. Se aspira, asimismo, a formular ordenadamente unas categorías de análisis para verificar la existencia de legitimación, considerando fundamentalmente la relación entre la afectación de un sujeto y la norma legal que se estima inconstitucional.

**KEY WORDS:** Legitimación activa; inconstitucionalidad de actos legislativos en Uruguay; interés directo, personal y legítimo / right to promote the judicial review; unconstitutionality of statutory law in Uruguay; direct, personal and legitimate interest

### 1. Introducción y precisiones previas

La Constitución uruguaya exige la lesión del interés directo, personal y legítimo de un sujeto para la promoción regular de un proceso de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción<sup>1</sup>. La tesis predominante en la doctrina publicista –no así en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia–

\* Universidad de Montevideo y Universidad Católica  
dgamarra@ppv.com.uy

1 En ciertos pasajes, en referencias que deberían comprender a las dos especies de actos legislativos susceptibles de control de constitucionalidad por el mecanismo previsto en los artículos 256 y siguientes de la Constitución, se refiere exclusivamente a la «ley». En dichos casos la omisión responde a razones de simplificación en el relato y debe considerarse extensible la alusión a los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción. En los casos en los que con mayor rigor se refiere a ambas especies como «actos legislativos» debe leerse también exclusivamente una alusión a ellos y no a otros posibles bajo otros criterios, asumiendo una acepción exclusivamente formal del concepto.

asume que el «interés legítimo» es una situación jurídica sustantiva diferente del «derecho subjetivo». Se adjudica a las notas de «directo» y «personal» el carácter de exigencias adicionales que deben adjetivar la referida situación para posibilitar un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma legal<sup>2</sup>.

Los cuestionamientos teóricos de la distinción entre las categorías subjetivas referidas generan una serie de inconsistencias de difícil superación y conducen a la elaboración de construcciones —extraordinariamente inteligentes— pero lo suficientemente complejas<sup>3</sup> para sentar recurrentemente dudas a su respecto, favoreciendo así posturas de «comodidad» de la Suprema Corte de Justicia. Tanto es así, que lo cierto es que esta última no suele ingresar en las disquisiciones doctrinales referidas, de manera que el esfuerzo vertido en ellas termina resignando el destinado a un análisis más acabado de aspectos más relevantes, que podrían contribuir a poner límites a una serie de posiciones que equivocadamente se han sostenido por el máximo órgano judicial y que obstruyen la defensa de la Constitución.

No debe perderse de vista que la Suprema Corte de Justicia posee una considerable sobrecarga de trabajo y que un planteamiento de inconstitucionalidad supone, además, exponer al Poder Judicial a un potencial enfrentamiento con los Poderes Ejecutivo y Legislativo —por lo general, desafortunadamente, más fuertes en el juego institucional—. La combinación de estos factores parece determinar una natural propensión del órgano jurisdiccional —probablemente inconsciente— a valerse de aspectos accesorios para descartar un estudio sobre el fondo del asunto.

La consecuencia de dicho comportamiento es de enorme gravedad, pues no es otra que la ausencia de un control efectivo que estimule y asegure la contención del poder en sus cauces constitucionales. La estrechez referida de los canales contribuye a un menoscabo en la tutela de la Constitución, de su fuerza normativa y, de su mano, se genera un fenómeno de vaciamiento constitucional del sistema.

Hace un tiempo que el tema llama mi atención. Cuatro años atrás, con el propósito de comenzar a explorarlo, intenté demostrar desde una perspectiva fundamentalmente teórica que no puede derivarse de norma jurídica alguna, ni primaria o de obligación, ni secundaria o de competencia, una situación jurídica de las características atribuidas al denominado «interés legítimo», salvo que se la identifique con una mera «sujeción», en cuyo caso no podría razonablemente calificarse como situación activa, o que se la identifique con un «derecho», en cuyo caso tampoco se justifica su consideración autónoma.

2 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «El interés legítimo como situación garantida en la Constitución uruguaya», en *Derecho Constitucional y Administrativo*, Edit. La Ley Uruguay, 1ª Edición 2010, pág. 324, DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso Administrativo*, FCU, Montevideo, 2007, pág. 114. SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo, Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos, FCU, Montevideo, 2005, págs. 86 y 87. Vid BIASCO, Emilio, *Las figuras jurídicas subjetivas en el derecho uruguayo*, FCU, Montevideo, 1ª Edición, Agosto de 2006, págs. 80 y 81, RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo I, FCU, Montevideo, 2005, págs. 171 a 173. Cabe aquí adelantar que no es tal la posición asumida por SAMPAY, por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA ni, en general, por la doctrina procesalista.

3 En similar sentido, en una compatible calificación CAJARVILLE PELUFO se refirió a las construcciones predominantes como «alambicadas». Véase CAJARVILLE PELUFO, Juan Pablo, «Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general», *Revista de Derecho Público*, FCU, Montevideo, año 22, número 43, agosto 2013, p. 141.

Por otra parte, en una conferencia magistral dictada sobre fines de ese mismo año, en las Jornadas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Cajarville Peluffo alertó acerca de las preocupantes incertezas en la materia y específicamente advirtió de las posiciones tendencialmente negadoras de legitimación de la Suprema Corte de Justicia, arrojando luz, como es frecuente, para el esclarecimiento del problema.

Sobre esas bases, pretendo aquí exponer algunas deficiencias de las tesis predominantes, en lo teórico y en lo dogmático, para así continuar en la senda de la simplificación y, en definitiva, postular una interpretación que, según estimo, ofrece una defensa más efectiva de la Constitución.

*Primera precisión: Legitimación activa y vías de tramitación del proceso de inconstitucionalidad.*

La Constitución en su artículo 258 y el Código General del Proceso en sus artículos 509 numeral 1 y 510 establecen la exigencia de la lesión del interés directo, personal y legítimo de un sujeto para promover la «acción» o «excepción» de inconstitucionalidad. En ambos cuerpos normativos se confiere un tratamiento diferenciado a la vía de oficio, que consiste en el deber<sup>4</sup> de un tribunal –del Poder Judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo- de plantear a la Suprema Corte de Justicia incidentalmente la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por apreciar que una disposición legal aplicable para la solución del caso sometido a su pronunciamiento no se ajusta a la Constitución.

Así, de las dos vías que exigen consideración de la legitimación, a primera vista puede parecer que en la de «excepción» su apreciación es más sencilla, en tanto debe para ello determinarse si la norma legal cuestionada es o no material relevante para la resolución del caso objeto de la pretensión principal. Sin embargo, no es en sustancia diferente la situación de la legitimación en la vía de acción, pues también está en juego un caso que supone la discusión sobre una afectación, aunque se define y considera a los solos efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción como pretensión exclusiva.

*Segunda precisión: Método y alcance del trabajo.*

El análisis que se propone es de tipo dogmático, es decir, de interpretación de disposiciones constitucionales vigentes con pretensión de presentarlas en forma consistente y bajo la presentación que, según entiendo, arroja su mejor luz. Sin perjuicio de ello, se realiza como presupuesto necesario un planteamiento teórico sobre los tipos de normas jurídicas y las situaciones que de ellas se derivan. Por último, si bien se mencionan algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia, se recurre a ellas únicamente para cotejar su adecuación o no con la tesis planteada, de ningún modo se propone aquí realizar una sistematización de la jurisprudencia sobre el tema.

<sup>4</sup> Véase CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad», en Ob. Cit., pág. 658.

## 2. Presentación de la normativa constitucional uruguaya sobre legitimación activa en materia de inconstitucionalidad de actos legislativos

### 2.1. El artículo 258 de la Constitución y su interpretación asentada.

El artículo 258 de la Constitución uruguaya (CU) vigente establece que puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley y la consecuente inaplicabilidad de las disposiciones viciadas «*todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo*». A partir de dicha enunciación, en coordinación sistemática con lo dispuesto por el artículo 309, según se explicará, se forjó en la doctrina publicista la concepción predominante del «interés legítimo» como una situación jurídica sustancial y activa, ligada a la legitimación para requerir la inconstitucionalidad de un acto legislativo.

La redacción referida del precepto se estableció recién en la Constitución de 1952, al consignarse como una innovación en relación con sus Cartas antecesoras la vía de acción como instrumento de protección de la supremacía constitucional. Así, tanto en la Constitución de 1934 –la primera de las uruguayas en establecer expresamente un mecanismo de control jurisdiccional de regularidad constitucional de actos legislativos– como en la subsiguiente Constitución de 1942, se exigía la solicitud de «*parte interesada*» –sin más– para la promoción de un proceso de inconstitucionalidad que se concebía únicamente como incidental. No obstante el reconocimiento de la posibilidad de la interposición de oficio, dicha regulación de la legitimación se enmarcaba en una solicitud exclusivamente de «excepción» –según la terminología constitucional vigente–, esto es, en el marco de un procedimiento jurisdiccional previo y de objeto diverso aunque parcialmente solapado.

Tal como se adelantó, en la Constitución de 1952 se introdujo la específica exigencia de la lesión de un sujeto en su «*interés directo, personal y legítimo*», incorporándose también en ella similar giro al regular la legitimación activa para la interposición de la acción de nulidad en el artículo 309 CU, sin perjuicio de matices en la formulación y de la adición en este último caso de la alternativa violación de un «derecho» para determinar también un accionamiento ajustado a la Carta.

La construcción dogmática consolidada se funda precisamente en la distinción de las dos supuestas situaciones jurídicas sustanciales reconocidas en la normativa constitucional vigente, a saber, el «derecho subjetivo» y el «interés legítimo». Existiría entonces una dualidad de situaciones y una diferenciación asimétrica de la legitimación establecida en sede de inconstitucionalidad de las leyes –cabe recordar que el artículo 258 CU refiere únicamente a la lesión de un interés directo, personal y legítimo– y de acción de nulidad de actos administrativos –pues el artículo 309 CU refiere tanto a la violación de un «derecho» como a la lesión de un «interés legítimo»–.

Es posible que la distinción responda a una serie de asunciones equivocadas en torno el concepto de «interés legítimo». En primer lugar, por considerarlo una situación jurídica sustantiva activa cuando no lo es –véase *infra* 4.1-. En segundo lugar, por eventualmente atribuirle una relación necesaria con las normas generales ante la inexistencia de conexión de tipo alguno entre las situaciones jurídicas activas y la generalidad o particularidad de una norma. Por último, en conexión con lo anterior, por aparentemente

suponer que necesariamente las normas legales son generales. Ello es y debe ser la regla, naturalmente, pero admite excepciones.

En fin, cualquiera sea la explicación del entuerto, lo cierto es que la referida divergencia, desde luego, siempre que se parta del reconocimiento de ambas categorías –que aquí se cuestiona–, impone la necesidad de una explicación sobre la tutela jurisdiccional ante actos legislativos ilegítimos que afecten «derechos» y no «intereses legítimos». Las alternativas al respecto son tres: (a) la negación de la mencionada tutela, eventualmente quedando librada la defensa de la Constitución al planteo de oficio por un juez en tales casos; (b) la asunción de una referencia implícita en la regulación específica sobre inconstitucionalidad de las leyes, aplicándose por tanto dicha normativa; o bien (c) la procedencia de la tutela, pero regulada bajo los principios o criterios sobre aplicación del Derecho presupuestos –de jerarquía y temporalidad– ante la ausencia de un tratamiento especial.

Debe por último apuntarse que, independientemente del sentido que se confiera a los «derechos subjetivos» o «intereses legítimos» en cuestión, ellos serían oponibles al Estado o a los Gobiernos Departamentales, según el caso, en tanto legisladores.

Se trataría, en definitiva, de «derechos» *lato sensu* a que no se legisle ilegítimamente en perjuicio de sus titulares. Bajo un más completo modelo dualista de normas, en sustancia no debería considerarse la situación referida como un derecho sino como una inmunidad, en tanto refiere al cuestionamiento de regularidad de un acto jurídico y el reconocimiento de sus efectos. Desde otra perspectiva, que ligue la noción de derecho a la acción procesal, podría admitirse que desde que se disponen mecanismos para hacer valer jurisdiccionalmente dicha inmunidad se configura un verdadero derecho ante el Estado como juez. Por su parte, es cierto que efectivamente se consigna en el sistema también un derecho en sentido estricto a la reparación de perjuicios ocasionados por la transgresión jurídica perpetrada mediante el acto ilegítimo, pero es claro que el fenómeno de la inconstitucionalidad es ante todo un problema de normativa secundaria y no primaria.

Podría sostenerse, entonces, que efectivamente el artículo 258 CU confiere el derecho de promover un proceso de inconstitucionalidad y obtener la correspondiente declaración, que se tiene frente al Estado –pero en este caso en tanto juez, no en tanto legislador–, de manera que se reconozca la carencia de potestad estatal para la emisión del acto legislativo que opera como contracara de la inmunidad del sujeto afectado, desaplicándose o desconociéndose sus efectos como consecuencia. Demás está decir, ello sin perjuicio de la simultánea aplicación de la norma de obligación que compele al Estado a reparar los perjuicios que pudiesen ocasionarse, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución.

*2.2. La tesis de Cassinelli Muñoz y la de Risso Ferrand sobre legitimación activa en procesos de inconstitucionalidad basadas en la idea de agresión de situaciones jurídicas.*

Es absolutamente disonante con el mensaje constitucional uruguayo, que consigna una serie de derechos y un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, asu-

mir que por no mencionarse la violación de un «derecho» como situación que confiere legitimación para exigir la declaración de inconstitucionalidad de una ley, entonces se deniega la tutela del sujeto afectado. Descartada esta posibilidad por resultar sistemáticamente inconsistente, cabe referir a dos versiones de las restantes alternativas, defendidas en lo respectivo por Cassinelli Muñoz y por Risso Ferrand.

Para facilitar la presentación de las posiciones es dable muy brevemente referir a las disposiciones en las que se asientan. La Constitución uruguaya en su artículo 257 atribuye competencia originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia para conocer y resolver en materia de inconstitucionalidad de las leyes —en sentido orgánico y formal— y también de los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción —de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 260 CU—. Por su parte, como se viene insistentemente indicando, el artículo 258 CU establece que pueden promover un proceso de inconstitucionalidad quienes se consideren lesionados en un interés directo, personal y legítimo, sin referir, en cambio, a la lesión o violación de un «derecho subjetivo».

Cassinelli Muñoz, con su singular agudeza, ha sostenido que el régimen previsto en los artículos 256 y siguientes de la Constitución para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, que como se mencionó confiere competencia exclusiva a la Suprema Corte de Justicia, instaura una excepción a la atribución de competencia de principio que poseen todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales para la aplicación del ordenamiento jurídico. La pauta constitucional general dispone que los jueces, todos y cada uno de ellos, tienen el deber de resolver los casos sometidos a su consideración de acuerdo a Derecho, y que para determinarlo, ante antinomias entre normas de diferente rango, debe apelarse al criterio de la jerarquía. Demás está decir, en el sentido de finalmente optar por la norma de mayor valor y fuerza para la resolución del caso en cuestión. Sentada esta premisa, el razonamiento se completa de la siguiente manera: si no se regula el supuesto de violación de un «derecho» por una ley contraria a la Constitución bajo el mecanismo de control excepcional encomendado a la Suprema Corte de Justicia, entonces, de conformidad con la solución general cualquier magistrado podría conocer y resolver en dichos casos<sup>5</sup>.

La posición que viene de mencionarse, pese a ser tremendamente sugestiva, resultó minoritaria entre la doctrina y carente de apoyo jurisprudencial. Prevalció la tesis tradicionalmente asumida y formulada con mayor precisión por Risso Ferrand, que postula que desde que se dispone en el artículo 257 competencia en la materia en forma originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia, se sustrae íntegramente del régimen general el tratamiento de los conflictos entre Constitución y ley<sup>6</sup>.

Depositado el énfasis en el precepto antedicho, luego se añade que se constata una laguna constitucional. Descartada la negación de tutela respecto del titular de un derecho subjetivo, se afirma que cabe integrar la norma y completar su regulación en los términos previstos en los artículos 258 y siguientes. Se sostiene, asimismo, que desde que se consagra legitimación al titular de un interés legítimo lesionado, con más razón

5 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «El interés legítimo como situación garantida en la Constitución uruguaya», *Ob. Cit.*, pág.

6 RISSO FERRAND, Martín, *Ob. Cit.*, págs. 171 a 173.

–*qui potest plus, potest minus*– cabe también admitirla respecto del sujeto conculcado en un derecho<sup>7</sup>. La orientación del argumento es compartible, la solución es intuitiva, aunque no estoy seguro de que en rigor puedan gradarse las situaciones jurídicas –bajo la hipótesis de que el interés legítimo efectivamente lo fuese–, simplemente se trataría de cosas distintas.

Nótese que ambas tesis tienen sus falencias, inevitablemente, pues parten de ciertas dificultades del texto constitucional que impiden un discurso enteramente consistente. Cassinelli justificó la diferenciación que su tesis encierra, señalando que una violación de derechos constitucionales es de algún modo ostensible, que exige su planteamiento con accesibilidad y que no amerita la especialización y la mayor experiencia que se supone proporciona la intervención de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, entiendo que lo afirmado no es en puridad cierto, las discusiones más relevantes contemporáneas precisamente radican en la delimitación de los derechos en sentido fuerte, como mínimos oponibles al legislador. Lejos están de ser sencillos muchos de los casos relacionados con su delimitación. Por cierto, la especificación inadecuada de un bien jurídico fundamental supone indefectiblemente la afectación de un derecho constitucional, de un derecho subjetivo perfecto.

Es cierto que la tesis reviste coherencia y que permite dotar de un sentido atendible a la asimetría con la legitimación activa en sede de nulidad de actos administrativos, pero también lo es que el escollo literal de la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia en la materia, independientemente de las cuestiones de legitimación, no parece superarse.

Por su parte, la tesis predominante demuestra un mayor apego al texto del artículo 257 CU, determina con mayor tino un conocimiento concentrado de las cuestiones de inconstitucionalidad sin distinciones que, como se vio, no se justifican, pero deviene débil en la explicación de la omisión de la situación de la violación de «derechos», siendo, además, que la categoría resultó expresamente contemplada al regularse la acción de nulidad de actos administrativos.

### 2.3. Introducción a una tesis diferente.

Los problemas para la estructuración de una argumentación enteramente consistente no pueden sortearse, pues, como viene de indicarse, las lecturas posibles de los enunciados constitucionales relevantes arrojan soluciones en algún punto necesariamente deficientes. Ante semejante panorama, se impone idealmente una modificación de las disposiciones vigentes, pero en la medida en que la nebulosa del texto posibilita movimientos para la construcción de un discurso constitucional más pulido, quizás convenga de todas formas cambiar el foco y no partir necesariamente de la búsqueda de situaciones jurídicas sustanciales activas diferenciadas para analizar el tema de la legitimación.

7 PÉREZ PÉREZ, Alberto, intervención en *Tercer Coloquio de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Editorial Universidad, Montevideo, 1997, págs. 151 y 152. Debe destacarse que antes de referir al argumento a fortiori, que supone asumir la diferencia entre situaciones jurídicas, PÉREZ PÉREZ desliza una tesis más intensa, que en definitiva niega la distinción, al postular que el concepto de interés se encuentra subsumido en el de derecho. En esta última senda se había pronunciado con anterioridad y con gran contundencia SAMPAY, al especificar, siguiendo a los pandectistas alemanes, que el derecho subjetivo no es otra cosa que un interés jurídicamente protegido. Véase SAMPAY, Arturo Enrique, *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*, Editorial Medina, Montevideo, 1957, pág. 30.

Admitida –inevitablemente– la fractura en la regulación dispuesta en el artículo 258 CU y en el 309 CU, así como la imposibilidad teórica de sostener la distinción entre «derecho subjetivo» e «interés legítimo» como situaciones jurídicas –como se verá–, es dable al menos intentar una mejor justificación de la referencia a un interés directo, personal y legítimo, atribuyéndole un sentido atendible bajo el propio artículo 258 CU. Puede que también sea necesario en otra oportunidad revisar en profundidad también la concepción recogida al regularse el contencioso de anulación de actos administrativos. A primera vista el punto luce allí mucho más inflexible, pues parece haberse reflejado deliberadamente la equivocada consideración del «interés legítimo» como situación jurídica sustancial.

En fin, la tesis que se propone consiste en postular que el interés legítimo en el artículo 258 CU no refiere a una situación jurídica activa autónoma –que por cierto no lo es ni puede serlo– sino, como lo sugiere una lectura ingenua, en su lugar asumir que estrictamente refiere a un interés ajustado a Derecho, directo y personal. La línea propuesta lejos está de ser novedosa, entre otros, se manifestaron originalmente en tal sentido Sampay, Jiménez de Aréchaga, también Giorgi –al referir a la legitimación en la acción de nulidad– y Vescovi –al realizar un estudio del tema desde el punto de vista procesal–. Por su parte, es también la tesis asumida por la Suprema Corte de Justicia, salvo excepciones<sup>8</sup>, que generalmente funda su posición en los autores que vienen de mencionarse antes que en la más abundante doctrina publicista, pese a que en su desarrollo no pocas veces arriba a conclusiones desacertadas.

El estudio planteado en estos términos se simplifica, pero de todas formas lejos está de ser sencillo. La mayor dificultad radica en precisar los supuestos en los que una norma legal contraria a la Constitución puede afectar directamente a un sujeto. Por cierto, es en la definición del problema referido que, según entiendo, con relativa frecuencia la Suprema Corte de Justicia alcanza soluciones muy poco convincentes.

### **3. Refutación de la tesis del interés legítimo como una situación jurídica sustantiva activa y redefinición de su alcance**

*3.1. El interés legítimo no es una situación jurídica activa, ni siquiera es una situación jurídica autónoma.*

#### **3.1.1. Sobre las situaciones jurídicas y los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld.**

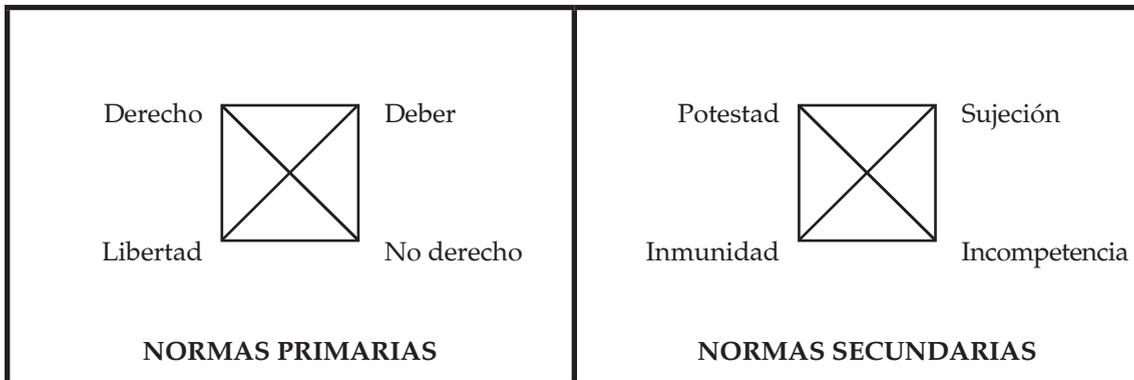
Las situaciones jurídicas son las resultancias deónticas o de competencia de una norma, según el caso, o bien de su ausencia, fundamentalmente desde la perspectiva de los sujetos. Así, no es posible que exista una situación jurídica que no radique directamente en una norma o que se defina por su ausencia. Si se parte de un modelo dualista de normas jurídicas, que distinga normas primarias –de obligación– y secundarias –de

<sup>8</sup> Véase discordia de VAN ROMPAEY formulada en la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 231/02. En el referido voto el magistrado se plegó a la concepción del interés legítimo como situación jurídica activa, concretamente en los términos acuñados por CASSINELLI MUÑOZ.

competencia<sup>9</sup>, entonces las situaciones jurídicas posibles serán necesariamente dos por cada subtipo normativo –cuatro en total– y eventualmente otras cuatro generadas por de ausencia de las situaciones derivadas de una norma.

Sobre esta base, Hohfeld construyó sus conceptos jurídicos fundamentales, a saber: derecho, deber, libertad, no derecho, potestad, sujeción, incompetencia e inmunidad<sup>10</sup>. El referido autor presentó básicamente un criterio relacional para definir cada categoría jurídica a partir de su conexión con otras en términos de correlación y de oposición. Posteriormente dichas situaciones resultaron atinadamente ligadas por Ross<sup>11</sup> –y en Uruguay por Sarlo<sup>12</sup>– con los subtipos de normas jurídicas del modelo dualista antes esbozado. Así, las cuatro primeras categorías pueden derivarse de una norma primaria o de su ausencia –representadas en un cuadro de oposición lógica que determina oposición (líneas en diagonal) y correlación (líneas horizontales)- y las últimas cuatro de una norma secundaria o de su ausencia –representadas también en un segundo cuadro-.

13



Así, si se parte de la noción de tener un derecho en función de lo dispuesto en una norma de obligación, su opuesto sería no tener un derecho y su correlativo tener un deber<sup>14</sup>. Si se parte de la noción de tener una libertad, también en función de lo de la consideración de una norma primaria, su opuesto sería en este caso tener un deber y su correlativo sería no tener un derecho. Tener una libertad equivale a decir que no se tiene un deber, de modo que es una situación derivada de una ausencia de norma de obligación en relación con ciertas conductas.

9 Según la clasificación propuesta por HART. Véase H.L.A. HART.

10 HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, sexta reimpression, Fontanamara, México, 2009, pág. 49.

11 ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Tercera edición, primera reimpression, Eudeba, Buenos Aires, marzo de 2006, pág. 200.

12 SARLO, «Oscar, Sobre la noción de responsabilidad en teoría del derecho y en dogmática jurídica», en *Ruptura*, Número 1, Edit. FCU, junio de 2011, págs. 50 y 51.

13 El cuadro que aquí se reproduce es en lo fundamental presentado por SARLO quien, a su vez, se basó en el elaborado por Matti NIEMI. Véase SARLO, Oscar, Ob. Cit.

14 Cabe indicar que si se asocia indefectiblemente la acción procesal al derecho subjetivo, la idea de tener un derecho tiene como correlativo necesario la existencia de un deber, pero que la correlación no es necesaria si se parte de la existencia de un deber, pues su correlativo puede ser otro deber –el de asegurar su cumplimiento- y no imperiosamente un derecho.

A su turno, si se parte de la noción de tener una potestad –o competencia– en función de lo dispuesto por una norma secundaria, su opuesto sería la incompetencia y su correlativo la sujeción. Si se parte de la noción de inmunidad, en tal caso su opuesto sería la sujeción y su correlativo la incompetencia. Tener una inmunidad equivale a decir que no existe una sujeción –que no se encuentra sometido al ejercicio de una potestad–, de modo que en puridad se trata de una situación derivada de la ausencia de norma de competencia.

### 3.1.2. Sobre la concepción tradicional del «interés legítimo» y su equivocada calificación como situación jurídica activa autónoma.

En fin, presentadas las situaciones jurídicas básicas, resta indagar cómo catalogar al «interés legítimo» y, más específicamente, verificar si su concepción tradicional coincide con alguna situación jurídica activa sustancial.

Cassinelli en su notable trabajo sobre el tema comienza diciendo que el interés legítimo sería «*el interés en una situación susceptible de ser conservada u obtenida mediante procedimientos legítimos*». Agrega, recogiendo las doctrinas que considera más admitidas, que la susceptibilidad de ser satisfecho no significa que el titular del interés legítimo disponga de instrumentos que le garanticen infaliblemente la obtención de la prestación a que aspira<sup>15</sup>. Más adelante indica que de lo reseñado se sigue que el interés legítimo sería la situación correlativa del «poder», entendiéndose por éste una noción que en puridad resulta asimilable a la de «facultad». Se comprende así mediante dicho postulado deóntico genérico no sólo el caso de una «potestad» en sentido estricto –debe acotarse no reglada, libre o discrecional– sino también de un «derecho» o «libertad» de acuerdo a los conceptos propuestos por Hohfeld.

Indica, asimismo, que “*en algún momento de la aplicación del Derecho tendrá que surgir la posibilidad de que algún sujeto de Derecho se decida legítimamente a actuar de modo favorable al interés en cuestión*”<sup>16</sup>. (El destaque es del autor del texto que se transcribe).

Por otra parte, al referirse a la lesión del interés legítimo sostiene que ésta se produce cuando el interés queda insatisfecho como consecuencia del ejercicio (o no ejercicio) ilegítimo del poder respectivo<sup>17</sup>. Es decir, se postula que no es relevante su satisfacción para la definición de la categoría pero lo es su insatisfacción ilegítima para determinar su lesión. Nótese que el punto trascendente es en definitiva la insatisfacción ilegítima de un interés y que en nada contribuye la definición inicial de posibilidad correlativamente asociada a un «poder». Máxime si, como se mencionará, se exige que el interés sea directo para que un sujeto efectivamente se posea legitimación activa.

En una oportunidad anterior, con mayor detenimiento argumenté que un interés –cualquiera sea su especie– por definición no puede ser considerado una situación jurídica activa en tanto no se deriva de una norma o de su ausencia; y que no existe una

15 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «El interés legítimo como situación garantida en la Constitución uruguaya», Ob. Cit., pág. 328 y 329.

16 IDEM, pág. 329.

17 IDEM, pág. 331.

simetría entre el interés legítimo, su supuesta lesión y el interés ilegítimo<sup>18</sup>. El recurso a la semántica es muy gráfico para evidenciar la falencia de la categoría, pues en la concepción que se cuestiona un «interés legítimo» no se opondría a un «interés no legítimo o ilegítimo»<sup>19</sup>.

Un interés, cualquier interés, no puede ser un derecho salvo que resulte objetivado y efectivamente protegido, en cuyo caso vale como derecho y no como interés. No se trata tampoco de una libertad, de una potestad ni de una inmunidad, de modo que definitivamente no cabe enmarcar el concepto bajo análisis entre las situaciones jurídicas activas –o beneficiosas–.

Podría quizás considerarse una situación jurídica de «sujeción» –pasiva<sup>20</sup>. De todas formas, esta tesis es también equivocada. Es posible que desde una posición de sujeción se tenga un cierto interés –que la acompañe o le acceda–, pero sería estrictamente una situación jurídica solo la primera. Lo segundo no deja de ser un propósito, que no se deriva ni puede derivarse directamente de norma alguna. Así, si la sujeción refiere al dictado de una norma que confiere o amplía un derecho, una potestad, una libertad o una inmunidad entonces podrá concebirse un interés en ser comprendido por la norma, mientras que si refiere a la imposición de un deber o en la supresión o restricción de una de las situaciones que vienen de enunciarse el interés consistirá justamente en lo contrario, en no resultar considerado en su ámbito de aplicación.

### 3.2. El «interés legítimo» como afectación de posibilidades, el derecho a la igualdad y a la libertad.

En definitiva, la introducción de la noción de discrecionalidad en el ejercicio de una potestad, derecho o libertad –y con ellas de opciones, posibilidades y expectativas–, así como el empleo del prisma del interés, no hace más que añadir complejidad innecesaria. Parecería que detrás del tema en cuestión subyace la pretensión de contemplar la tutela ante la afectación de un individuo por la pérdida ilegítima de una posibilidad. Probablemente ello se deba a que se parte de la idea de que quien tiene una posibilidad ante el titular de la potestad no reglada –o de un derecho o libertad en la tesis más lata–, justamente, no tiene un derecho frente a él a una conducta determinada. Sin embargo, ello es solo parcialmente cierto. Es verdad que la persona sometida a una sujeción no tiene derecho a un resultado específico –a la emisión de una norma de un contenido concreto–, pero tiene derecho –y no otra cosa– a que su posibilidad cierta, o mejor aún, lisa y llanamente su derecho a ser considerado para recibir un beneficio o no sufrir un perjuicio en términos jurídicos, no se frustre ilegítimamente.

18 GAMARRA, Diego, «El interés legítimo desmenuzado», en *Revista Ruptura*, número 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

19 Sobre las concepciones de interés legítimo e ilegítimo en la tesis tradicional véase CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Ob. Cit., pág. 144.

20 Eventualmente, para mantener el paralelismo con la concepción amplia de «poder» propuesta por CASSINELLI, podría incluso conferírsele un sentido más amplio que comprenda no solo el sometimiento al posible dictado de una norma jurídica sino también a la realización u omisión de una conducta. Sin embargo, ello nada cambia, pero fundamentalmente no es oportuno explayarse aquí sobre esta última posibilidad, pues en lo que aquí concierne es únicamente relevante la sujeción ligada a la emisión de un acto legislativo.

En definitiva, la supuesta «lesión a un interés legítimo» puede considerarse como un supuesto protegido por el artículo 8 de la Constitución, en tanto no resulta atendible favorecer o no a sujetos en virtud de una ilegitimidad, pues ello supone una distribución desigualitaria de los beneficios o de las posibilidades que les preceden. La protección ante la extinción ilegítima de una posibilidad, que es la que en verdad importa a estos efectos, es estrictamente un derecho y no es necesario acudir a categorías más rebuscadas para asegurarlo. Este derecho a mantener una posibilidad —desde luego, siempre que se establezcan consecuencias jurídicas para impedir o remediar su extinción—, en última instancia consiste en que no se beneficie ilegítimamente a un sujeto que se encontraba de antemano frente otros en una situación en algún sentido equiparable —por ejemplo, por ser oferentes en una misma licitación— o, en general, incluso fuera de esos casos, el derecho a que no se suprima una posibilidad de ser favorecido o de no ser perjudicado. En este último supuesto, aunque no se beneficie a otro explícitamente por la norma en cuestión, se genera de todas formas una situación de desigualdad en tanto existen sujetos con otras tantas posibilidades —como corresponde— no frustradas ilegítimamente.

Así, la protección de una situación de extinción ilegítima de una chance, si no se considera por sí misma un derecho a que no se infrinjan perjuicios —como debería—, debe reinterpretarse como una violación del derecho a la igualdad. Una vez más, ante la posibilidad de obtener un beneficio, se termina confiriendo un tratamiento diferenciado en virtud de un criterio no atendible, pues, por definición, la distinción en estos casos la traza la ilegitimidad.

Por último, aunque debe reconocerse que es discutible, si se entendiese que también se lesiona un «interés legítimo» —en su concepción tradicional— cuando un sujeto deviene en ilegítimamente obligado en virtud de un deber impuesto en ejercicio de discrecionalidad —esto es, que podría haber recaído sobre otros—, entonces lo que se vulneraría, además de la igualdad, sería el derecho a la libertad. Lo más importante en esta hipótesis pasa a ser, sin dudas, la restricción de la conducta como tal y no la posibilidad de que ésta no se hubiese restringido, que notoriamente se traslada a un segundo plano. Es revelador en este sentido que incluso en un supuesto en el que necesariamente se debe restringir la conducta de un sujeto, en un caso efectivamente reglado, no puede desconocerse la legitimación para impugnar el acto restrictivo que limita a dicho sujeto en un escenario de ilegitimidad.

En suma, las posibles situaciones de lesión de un interés legítimo en la tesis de Casinelli podrían replantearse como vulneraciones de derechos, más específicamente, del derecho a la igualdad y del derecho a la libertad.

Así, se genera una afectación relevante por la inclusión del sujeto accionante en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma ilegítima que obliga, restringe o suprime derechos, potestades o inmunidades; y por la exclusión del sujeto accionante en la calificación subjetiva de una norma ilegítima que confiere o amplía derechos, libertades, potestades o inmunidades, en supuestos en los que el sujeto impugnante «debió» o «pudo» ser así beneficiado.

Por último, entiendo que debería también tenerse en cuenta un supuesto adicional. Se generaría asimismo legitimación por la inclusión de un sujeto con intereses contrapuestos en la calificación subjetiva de una norma que confiere situaciones de beneficio como las referidas en último término, resultando indiferente si el sujeto impugnante debía, podía o no debía ni podía ser beneficiado. A su vez, conforme se desarrollará en el capítulo siguiente, debe también extenderse lo indicado a los supuestos de «relativa inminencia» en el ingreso o en la permanencia en una situación de inclusión o exclusión que, según el caso, sean determinantes de la afectación.

El interés legítimo es el interés en la actuación ajustada a Derecho, sin más, pero como se exige en el artículo 258 que sea además directo –como se detallará–, de ello se sigue que la lesión deba circunscribirse en los términos que vienen de exponerse, es decir, considerándose los casos en los que la afectación de un sujeto se deriva de una relación puntual con la norma inconstitucional, que trascienda el mero interés en el respeto al ordenamiento jurídico. El interés en la creación y aplicación legítima del Derecho es sin dudas legítimo –por cierto, es tautológico–, pero no es siempre directo<sup>21</sup>.

#### **4. El interés «directo», «personal» y «legítimo» en el artículo 258 de la Constitución**

En la introducción se anunció que se abandonaría la tesis de que el concepto de «interés legítimo» es utilizado en el artículo 258 para referir a una situación jurídica sustantiva y activa preexistente. El sustento de tal tesis radica en la inevitable inconsistencia de cualquiera de las posiciones que se derivan de ello y en sus dificultades de justificación teórica. Ante un escenario de alternativas defectuosas, existe margen para propiciar una postura que, pese a no carecer de fisuras, resulta menos compleja y más alineada con el discurso de la supremacía constitucional y su defensa.

Como oportunamente se indicó, la comparación con el artículo 309 de la Constitución –sobre acción de nulidad de actos administrativos– determina problemas de difícil solución, en la medida en que se excluye la referencia expresa a la supuesta situación de derecho subjetivo en la definición de la legitimación activa para promover un proceso de inconstitucionalidad. No obstante, es muy claro que de ello no puede seguirse la aceptación de un espacio –nada menos que en la vulneración de derechos– de desprotección constitucional.

Como se adelantó, la solución interpretativa más consistente, en la línea trazada por Risso Ferrand<sup>22</sup> y compartida en su rigor textual por Cajarville<sup>23</sup>, entre otros, conduce a considerar que la Suprema Corte de Justicia es el órgano con competencia originaria y exclusiva para conocer en procesos de inconstitucionalidad de actos legislativos, así como a comprender entre los legitimados para su promoción, en la tesis tradicional, también a los vulnerados en sus derechos subjetivos.

21 En similar sentido véase CAJARVILLE PELUFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, p. 153.

22 RISSO FERRAND, Martín, *Ob. Cit.*, págs. 171 a 173.

23 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, págs. 140 y 141.

La fundamentación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia es contundente con base en el artículo 257 de la Constitución, pero bastante más débil es la ofrecida para justificar que pese a que el artículo 258 que refiere a la supuesta situación jurídica de «interés legítimo» comprende también a la violación de derechos subjetivos. Es en este punto que, con un robusto apoyo en la imposibilidad teórica de presentar al «interés legítimo» como una situación jurídica activa y en la perfecta reconducción de las situaciones que derivadas de su lesión a la vulneración de derechos –a la igualdad y eventualmente a la libertad–, parece más adecuado directamente asumir que el interés legítimo –aunque parezca obvio– es el interés en la legitimidad y que las mayores dificultades en puridad se presentan al considerar o no su carácter directo.

#### *4.1. El carácter directo del interés.*

El carácter directo del interés refiere a la efectiva relación de causalidad entre la norma legal inconstitucional y la afectación de un sujeto<sup>24</sup>. Dicha relación, como se anticipó, se genera indiscutiblemente en los casos en que la norma ilegítima dispone una obligación o deber, o bien suprime o retacea derechos, potestades o inmunidades de un sujeto; ora por designación particular, ora por formar parte de una categoría genérica regulada<sup>25</sup>. Pero, como se anticipó, también se configura en casos en los que un sujeto es excluido –desigualmente– y en los que un sujeto de intereses contrapuestos a los suyos resulta subjetivamente incluido en una norma que consigna el otorgamiento o la ampliación de un derecho, libertad, potestad o inmunidad.

##### 4.1.1. Sobre su conexión con el ámbito subjetivo de aplicación de la norma legal inconstitucional.

La afectación de un sujeto por la inconstitucionalidad de una ley no se ocasiona por la norma constitucional infringida sino, aunque parezca obvio precisarlo, por la ley ilegítima. De ello se sigue que no siempre importan las especulaciones sobre si la norma constitucional infringida en forma más o menos directa «afecta» al promotor de la inconstitucionalidad. Es indistinto el fundamento, toda ilegitimidad en este sentido le «afecta», si la norma contraria a la Constitución se dirige al sujeto impugnante perjudicándolo o si lo excluye de un beneficio. Si se analiza el tema desde la perspectiva de un individuo, de un habitante –en los términos del artículo 7 CU–, son las inconstitucionalidades por razones de contenido y puntualmente por vulneración de normas que refieren a la protección de sus bienes –las materiales, de derechos– las que generan casos en los que el perjuicio coincide en forma evidente con el fundamento de la inconstitucionalidad. Sin embargo, también el sujeto puede resultar afectado en su libertad o igualdad por violación de normas de competencia de sujetos u órganos públicos. En dichos casos el menoscabo es también incuestionable, aunque quizás en principio menos evidente.

La confusión, que a veces se genera, radica en dirigir la mirada en forma errónea principalmente hacia la norma constitucional infringida y no, más sencillamente, a la ley inconstitucional lesiva. Pero, de todas formas, aun poniendo el foco en la normativa

24 Con buen tino DURÁN MARTÍNEZ, aunque realizando su análisis en atención específica del artículo 309 y no del 258 CU, ha indicado que el carácter directo refiere al nexo causal. DURÁN MARTÍNEZ, Agosto, *Ob. Cit.*, pág. 117 y 118.

25 Véase en similar sentido CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, pág. 153.

Constitucional vulnerada, en los casos en los que la norma legal supone una violación de competencias de los sujetos u órganos públicos o un desajuste estrictamente formal, si por su contenido perjudica a un sujeto, lo cierto es que ello significa la concomitante vulneración de su igualdad y eventualmente también de su libertad. En cualquier caso, no debe perderse de vista la íntima relación entre la parte orgánica y la dogmática de la Constitución, pues la libertad supone directamente la contención de un poder ejercido con ajenidad.

El punto puede explicarse con singular claridad al analizar casos de inconstitucionalidad por razones de forma. No es de recibo que ante la exigencia constitucional de una mayoría especial para la sanción de una determinada ley y su aprobación por mayoría simple, únicamente se consideren legitimados para plantear la inconstitucionalidad a los legisladores que votaron en contra de la sanción del proyecto de acto legislativo. Cabe para esclarecer el punto acudir a un ejemplo en la Constitución uruguaya. El artículo 77 en su ordinal 4º prohíbe a una serie de autoridades públicas desarrollar determinadas actividades de política partidaria. El ordinal 6º del mismo artículo sienta que la prohibición referida puede extenderse a otras autoridades por ley sancionada por una mayoría de dos tercios de los componentes de cada Cámara. Es sencillamente inconcebible, si se extiende la referida restricción por mayoría simple, negar legitimación a la autoridad que por la innovación resultó compelida en infracción a la Constitución.

De conformidad con lo indicado, debe repudiarse la posición asumida por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia número 568/2013, en la que la mayoría del cuerpo, con la excepción de la atinada discordia del ex ministro Chalar<sup>26</sup>, entendió que los contribuyentes de la patente de rodados –sujetos obligados por la norma impugnada–, carecían de legitimación para impugnarla porque la norma constitucional invocada como vulnerada refería a la competencia y autonomía de los Gobiernos Departamentales.

Por otra parte, también en relación con el ámbito de aplicación subjetivo de la norma legal como factor determinante de la legitimación, debe distinguirse la limitación de la conducta de la aplicación de la sanción prevista como consecuencia de la actuación contraria a lo mandado. Definitivamente no es necesario que se aplique la norma legal impugnada, en el sentido de que se ejecute la conducta vedada en la norma desencadenándose a su vez las consecuencias jurídicas en ella previstas, para que proceda la solicitud legítima de declaración de inconstitucionalidad.

En los casos en los que la norma legal inconstitucional establece obligaciones o deberes, la mera restricción determina una afectación, pues puede en forma contundente argumentarse que se conculca la libertad del sujeto compelido. El tema requiere de matizaciones, es verdaderamente complejo, pues es tan complejo como lo es el estudio de la libertad. Obsérvese que en la impugnación de ciertos delitos penales –o de otras normas sancionatorias de conductas reprochables con base en bienes constitucionales– es realmente cuestionable si el interés puede considerarse legítimo.

Tiendo a pensar que incluso en supuestos en los que la conducta regulada consiste en una manifiesta violación de bienes constitucionales se configura un interés que no deja

26 Véase la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay N° 568/2013 de fecha 25 de noviembre de 2013.

de ser legítimo. Supongamos que se establece por ley la pena de tortura por la comisión del delito de homicidio. Entiendo que el interés aun en estos casos debe considerarse legítimo si es adecuadamente planteado. Pues no consistiría en el ejemplo propiamente en el espurio propósito de dar muerte, sino en que la regulación específica de tal conducta —estableciendo una pena y no otra— sea legítimamente establecida, en consonancia con la Constitución y de conformidad con ciertas garantías. En otras palabras, el interés en la declaración de inconstitucionalidad es siempre legítimo cuando se encuentra fundado, pues es el interés en la legitimidad, de modo que no existirá en definitiva únicamente en los casos desestimables al analizar el fondo, ante la comprobación de ausencia de una antinomia o desajuste.

En un caso como el elucubrado no puede sostenerse que el interés no sea «legítimo», en tanto se manifiesta el interés en que su conducta se regule de forma ajustada a la Constitución, ni puede considerarse que no es «directo» en tanto se trate de un sujeto efectiva o inminentemente obligado por la norma en cuestión —es decir, por la identificación con la categoría que define al sujeto activo del delito en la especie—. Es su conducta y no otra la que es inmediata e ilegítimamente regulada.

Desde luego, en dicho caso cobra importancia la previa definición de si la norma efectivamente se dirige o no al sujeto que promueve la inconstitucionalidad, y en dicha tarea parece constituir una herramienta atendible considerar a la figura del sujeto calificado. Al exigirse el carácter directo del interés deviene necesario que se calibre si se trata de un sujeto efectiva o inminentemente obligado, según se desarrollará en el subcapítulo siguiente. Determinarlo, demás está decir, no es siempre una tarea sencilla. Lo es en el supuesto planteado del homicidio, en la medida en que el sujeto activo se define de forma universal, pero su identificación puede resultar bastante más trabajosa.

Resta referir brevemente a dos supuestos, anunciados, en los que el sujeto debe reputarse legitimado pese a no ser comprendido por el ámbito subjetivo de aplicación de la ley inconstitucional —esto es, imponiéndosele un deber, o bien limitándosele o suprimiéndosele un derecho, una potestad o una inmunidad, o la posibilidad cierta de obtenerlos o incrementarlos—, pues se trata igualmente de casos en los que, según concibo, de todas formas la norma ilegítima afecta su interés directo, personal y legítimo.

El primer supuesto sería el del sujeto que debió o pudo resultar comprendido por el ámbito de aplicación subjetivo de una disposición legal que confiere alguna clase de beneficio y que terminó desconsiderado, pero no expresamente sino por pura omisión al definirse el ámbito subjetivo de aplicación. También en este caso la afectación es inmediata y se conecta directamente con la ley inconstitucional, es ella la que sin que se presente elemento intermedio alguno determina la afectación. Debe apuntarse que la diferencia con el paradigmático caso de la inclusión en la categoría regulada es de mera explicitud. Es indistinto a estos efectos si la frustración se genera en relación con un beneficio jurídicamente debido o con la mera posibilidad cierta de obtenerlo, en ambos casos el interés es indefectiblemente directo. Como se indicó previamente, es precisamente en el supuesto de afectación de posibilidad en el que cabe subsumir las situaciones relevantes de «lesión a un interés legítimo» en la tesis de Cassinelli Muñoz, que pueden presentarse perfectamente como violaciones del derecho a la igualdad.

El último escenario a considerar, sin dudas el más discutible, sería el de la afectación generada por la inclusión de un sujeto de intereses contrapuestos en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma «beneficiosa», que confiere o extiende un derecho, una libertad, una potestad o una inmunidad, incluso si no existiese ni siquiera una posibilidad cierta de que el afectado resulte beneficiado. Como puede observarse, a diferencia de los otros dos casos, no se refiere aquí a una norma que se dirige u omite eventualmente dirigirse al sujeto accionante, sino que se refiere a un sujeto de intereses correlativos a los suyos –*v.gr.* un competidor–.

Entiendo que el «beneficio» ilegítimo de un sujeto de intereses contrapuestos, causado por obra del acto legislativo inconstitucional y no por otra cosa, de todas formas supone una afectación directa y personal. Se trata de la contracara del interés del sujeto ilegítimamente beneficiado que se ubica, por tanto, en el mismo nivel de causalidad y no en un escalón diferente. Es un interés opuesto, sí, pero no indirecto, no es mediato ni eventual.

A modo de ejemplo, supongamos que un sujeto se dedica a la fabricación y comercialización de zapatos utilizando como insumos exclusivamente materiales argentinos y que compite fuertemente con otro que fabrica y comercializa zapatos similares con materiales uruguayos. Supongamos que para estimular la curtiembre nacional se exonera de la totalidad del IRAE a los fabricantes de zapatos elaborados con cuero uruguayo, pero sucede que dicha exoneración fue establecida por ley de iniciativa de un legislador. La ley sería inconstitucional por razones de forma, pues de acuerdo a lo establecido en el artículo 133 inciso segundo de la Constitución se atribuye iniciativa privativa al Poder Ejecutivo en tales casos. Entiendo que el sujeto que fabrica zapatos con cuero argentino estaría legitimado para accionar y requerir la inconstitucionalidad de la ley, pues toda ventaja para un verdadero competidor supone a la vez, correlativamente, no en otro plano, una desventaja para quien compite con él.

#### 4.1.2. Sobre el carácter directo de la afectación y las situaciones de razonable inminencia.

Con cierta imprecisión suele debatirse sobre el carácter preventivo o meramente reparador del proceso de inconstitucionalidad. En puridad no se trata de una pretensión preventiva ni reparadora sino de tutela de la legitimidad con uno de los ulteriores propósitos referidos, pero de todas formas subyace tras esa dicotomía un pronunciamiento relevante acerca del alcance –más o menos restrictivo– de los casos que pueden considerarse lesivos de un interés directo o, lo que es lo mismo, que supongan una afectación directa de un sujeto por la norma legal inconstitucional, en buena medida en atención al tiempo.

No existe disposición constitucional alguna que refiera al punto, sin embargo, conforme una teorización elemental de la Constitución uruguaya –bajo una interpretación sistemática–, fundada en su rigidez, supremacía y en su defensa jurídica, sin dificultades se infiere la preferencia por la alternativa que confiera una tutela efectiva y lo más amplia posible al apreciar las afectaciones derivadas de violaciones a la Carta.

Deben por tanto admitirse los planteos que impropriamente se denominan como preventivos de inconstitucionalidad de la ley, además del interpuesto con el propósito de

reclamar luego por una reparación o del formulado meramente para obtener el cese de un perjuicio consumado hasta sus últimas consecuencias.

El problema aquí presentado se trae a colación porque para descartar el análisis de requisitorias de inconstitucionalidad la Suprema Corte de Justicia con frecuencia postula que el carácter «directo» del interés impide contemplar la protección de ciertas situaciones «eventuales» o «futuras»<sup>27</sup>.

Corresponde aquí reiterar que la apreciación del carácter directo versa sobre la identificación de un sujeto comprendido en la categoría subjetiva regulada por la ley inconstitucional restrictiva, por la exclusión desigualitaria o por la inclusión de un sujeto de intereses contrapuestos en una norma que confiere algún beneficio. Por su parte, como también se señaló, la afectación se genera por la pertenencia de la norma al sistema, independientemente de si se verifica o no la ejecución puntual de la conducta que desencadena la consecuencia jurídica en ella prevista<sup>28</sup>. Pero no sólo se desenlaza la afectación por integrar una categoría regulada en los términos antedichos, que debió regularse o por la existencia de intereses contrapuestos con los de un sujeto beneficiado, sino razonablemente también ante la intención razonablemente fundada en el ingreso o en la permanencia en las situaciones referidas. Si se invoca cualquiera de ellas, según el caso, entiendo que se cumpliría satisfactoriamente con el carácter directo del interés.

Así, si un impuesto inconstitucional gravase el transporte de madera, definitivamente sería suficiente con invocar la calidad de transportista de madera para que se configure la legitimación y puntualmente la nota directa del interés exigida. No es necesario, por tanto, que se invoque que efectivamente se transportó madera luego de la vigencia de la ley cuestionada y que por ello se configuró el hecho generador del impuesto para que se origine la legitimación necesaria para presentar la solicitud de declaración de inconstitucionalidad.

Pero también es directa –no eventual y ni siquiera futura– la afectación de un sujeto que pretende ingresar en la categoría en cuestión, en tanto sus decisiones –y en definitiva sus conductas– resultan también inmediatamente condicionadas por la norma legal inconstitucional. En el ejemplo de marras, un sujeto que se propone montar una empresa de transporte de madera, también se encontraría legitimado para cuestionar la regularidad constitucional del tributo. No es preciso postular que la afectación es en la hipótesis ensayada futura, ante la voluntad presente y genuina de ingresar en una situación que se encuentra contemplada o ilegítimamente excluida por una norma inconstitucional. En definitiva, el interés en dicho caso se encuentra actualmente lesionado en tanto la ley contraria a la Carta obstruye o entorpece una conducta –afectando actualmente la libertad– o, si se prefiere, por causar una situación de inequidad en relación con el ingreso a la categoría relevante definida por la norma ilegítima.

27 En el mismo sentido, entre otros, se pronunció con anterioridad GIORGI al referir al punto en ocasión de analizar la legitimación activa del proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos. Véase GIORGI, «El Contencioso Administrativo de Anulación», en *Héctor Giorgi. Obras y dictámenes. Recopilación*, Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, pág. 838.

28 CAJARVILLE PELUFFO destacó con acierto este punto al indicar que se trata de una “lesión jurídica causada por la norma en sí misma”. Véase CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, pág. 154.

En similar sentido –no idéntico– se han pronunciado en su momento aisladamente algunos integrantes de la Suprema Corte de Justicia, concretamente el ex ministro Van Rompaey<sup>29</sup> y más recientemente, siguiendo sus pasos, el ministro Pérez Manrique<sup>30</sup>. Así, en sus votos de discordia han distinguido lo eventual de lo futuro<sup>31</sup>, que puede ser razonablemente inequívoco. La coincidencia no es plena con la tesis aquí postulada, pues, como se desarrolló previamente, muchos casos que podrían a primera vista considerarse como futuros en puridad no lo son, son supuestos en los que se configura un interés que no solo no es eventual –es cierto– sino que tampoco es futuro –es actual– a pesar de la apariencia preliminar.

Vale insistir en que lo supuestamente catalogado como «futuro» debe a estos efectos relacionarse con la alegada inminencia en el ingreso a una situación o en el mantenimiento de la misma en una fecha relevante. En tales casos, salvo que pretenda tornar el control de constitucionalidad en un instrumento pueril y completamente disonante con el discurso constitucional, debe contemplarse la tutela.

Debe de todas formas conceptualmente diferenciarse dicho caso del causado por una afectación relacionada con la inclusión o exclusión de un sujeto o de uno de intereses contrapuestos en la descripción subjetiva de una norma que refiere a situaciones presentes de un sujeto, que es más ostensiblemente actual, aunque no resulte efectivamente aplicada por no configurarse lo dispuesto en su precepto. Cabe referir nuevamente al ejemplo de normas restrictivas –*v.gr.* la que dispone un impuesto o establece un delito–, pues dirigen la conducta de los sujetos comprendidos por la calificación subjetiva de la norma ilegítima, aunque no se hubiese aplicado la norma por no materializarse el supuesto de hecho regulado. En estos casos, vale insistir, la afectación es actual, por supuesto que no es eventual, pero ni siquiera tiene apariencia futura en un sentido remoto.

Merece ser especialmente destacada una de las últimas sentencias de la Suprema Corte de Justicia, la número 87/2016 de fecha 11 de abril de 2016, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 143 de la Ley 19.307, que refiere a los criterios de reparto de la publicidad electoral de financiamiento público. Todos los miembros del máximo tribunal judicial, incluso los que formularon un voto discordante sobre el fondo, reconocieron al Partido Independiente legitimación, en tanto Partido Político que viene participando de elecciones y que tiene vocación de seguirlo haciendo, pese a que por razones temporales –pues las disposiciones en cuestión entrarán en vigor el 1º de enero de 2019– todavía no se generó el supuesto de hecho que determina la distribución de espacios en los medios.

En definitiva, poner coto a la posibilidad de obtener protección constitucional mediante el recurso a una concepción restrictiva del carácter «directo» del interés exigido, no sólo supone una lectura forzada del vocablo, sino que además erosiona la supremacía constitucional y se dirige desatinadamente en el sentido de la limitación de la tutela ju-

29 Véase discordia del Juez Leslie VAN ROMPAEY en sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay N° 231/2012.

30 Véase discordia del Juez PÉREZ MANRIQUE sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay N° 74/2014 de fecha 17 de marzo de 2014.

31 También distingue DURÁN MARTINEZ distingue, con precisión, lo eventual de lo futuro, desligando el carácter directo de la cuestión temporal. Véase DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Ob. Cit., pág. 117.

risdiccional. Exigir que una vulneración de la Constitución despliegue todos sus efectos nocivos para que proceda su protección, forzando a un sujeto a sufrir deliberadamente daños para acceder a la posibilidad de requerir judicialmente la aplicación del Derecho legítimo, se da de bruces con el principio de constitucionalidad, con la defensa jurídica de la Constitución y con la tutela jurisdiccional efectiva.

#### 4.1.3. La combinación de las equivocadas tesis de la «radical actualidad» y de los efectos temporales de la sentencia. La gravedad de su suma.

Si a la tesis restrictiva mencionada en el subcapítulo que antecede se añade otra igualmente nociva en punto a los efectos temporales de la sentencia el resultado se torna particularmente inadmisibile.

En efecto, luego de oscilaciones<sup>32</sup>, en los últimos fallos de la Suprema Corte de Justicia en los que existió específicamente un pronunciamiento sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el tiempo, siguiendo una tesis de Laurrieux<sup>33</sup>, se ha sostenido que éstos únicamente se despliegan a partir de la presentación del planteo de inconstitucionalidad<sup>34</sup>. Entiendo que la posición es verdaderamente equivocada y basta con remitirse a los contundentes argumentos esgrimidos por la doctrina para verificarlo<sup>35</sup>. Ninguno de ellos fue a mi juicio mínimamente contrapuesto. En definitiva, sin que exista texto constitucional que refiera al punto se construye una posición completamente asistemática que opta por admitir períodos en los que la ley se impone a la Constitución, y por determinar así un inadmisibile recinto de inmunidad del legislador frente a la normativa constitucional. Nótese que podrían darse casos en los que los efectos de la ley se apliquen inmediatamente y por única vez, y aunque la norma legal sea alevosamente inconstitucional no podría obtenerse una declaración temporalmente eficaz.

Si se combinan las dos infelices posturas referidas, a saber, la de la imposibilidad de esgrimir planteos de inconstitucionalidad de los usualmente denominados «preventivos» y la de la eficacia temporal de la sentencia de inconstitucionalidad desde su momento de su solicitud, la solución es dramática, pues conduce a que necesariamente deban soportarse consecuencias perniciosas inconstitucionales sin posibilidad de remedio —muy a pesar de la Constitución—. No caben dudas de que tal resultado, vale insistir, forjado en ausencia de disposiciones específicas, es a todas luces incompatible con las bases del sistema constitucional uruguayo.

32 Sobre los diferentes períodos en los que la Suprema Corte de Justicia alternó en sus posiciones en materia de efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad véase ESTEVA, Eduardo, «Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos», en *Revista de Derecho Público*, N° 35, FCU, Montevideo, 2009, págs. 104 a 108.

33 LARRIEUX, Jorge, «Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad», en *Revista Judicatura*, N° 33, Montevideo, 1992, págs. 167 y siguientes.

34 Véase, por ejemplo, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay N° 887/2012, N° 455/2014 y N° 257/2015.

35 ESTEVA, Eduardo, «Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos», en *Ob. Cit.*, págs. 108 y 109, PÉREZ PÉREZ, Alberto, «Eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes», en *Tercer Coloquio / Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Edit. Universidad, Montevideo, 1997, págs. 113 y siguientes, RISSO FERRAND, Martín, *Ob. Cit.*, págs. 183 y 184, BALARINI, Pablo, «Sobre el efecto temporal de la declaración de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Público*, N° 2, FCU, Montevideo, 1992, págs. 133 y siguientes, y ARTECONA, Daniel, «Efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Público*, N° 2, FCU, Montevideo, 1992, págs. 127 y siguientes.

#### 4.1.4. El carácter directo del interés y la tesis tradicional sobre el interés legítimo como situación jurídica sustantiva activa.

En la tesis tradicional, que como se ha apuntado previamente asume que el «interés legítimo» es una situación jurídica sustantiva y activa, es imposible concebir un caso en el que su lesión no sea directa. Se sostiene que se lesiona un interés legítimo toda vez que por la emisión de un acto jurídico –en lo que aquí interesa– se extingue una posibilidad cierta de un sujeto y ello en contravención de normas jurídicas. En la medida en que el carácter directo refiere a la relación entre el acto ilegítimo –*v.gr.* la ley inconstitucional– y el sujeto afectado, desde que se configura la posibilidad –definitoria de la categoría– ante el titular de la potestad, se configura necesariamente también el carácter directo de su extinción mediante la emisión de la norma. Así las cosas, el empleo del carácter directo en el artículo 258 de la Carta resultaría redundante.

#### 4.2. *El carácter «personal» del interés*

Es dable resaltar dos aspectos del carácter personal del interés, ambos notorios, a saber: (a) que debe ser de una persona, es decir, de un sujeto de derecho –ello es evidente independientemente de la calificación del interés como personal–, y (b) que debe ser propio de ese sujeto. Se excluyen así planteos de inconstitucionalidad formulados por organizaciones no formalizadas ni reconocidas por norma alguna y planteos relacionados con afectaciones de otros –aunque sean formulados por un sujeto de derecho–.

Es posible que en relación con estos puntos se generen ciertas dudas, fundamentalmente en lo que refiere a la apreciación de intereses llamados «colectivos» o «difusos». Si bien no pretendo aquí realizar un estudio del complejo tema de la categoría de los intereses difusos, que además debe relacionarse con el también complejo tema de los efectos de las sentencias, simplemente apunto que más allá de cuestiones de optimización procesal no existen intereses que no sean originales de individuos o virtualmente conferidos bajo la teoría de la personalidad jurídica y que un fenómeno de masificación no puede cambiarlo.

En la medida en que los grupos de individuos como tales carecen de voluntad en un sentido estricto –la voluntad humana o psicológica–, no pueden estos supuestos intereses ser otra cosa que intereses individuales compartidos, en definitiva, intereses personales. Desde luego que es posible que por razones de eficacia procesal en ciertos casos se establezcan cortapisas, asignando la representación forzosa de tales intereses a ciertos interlocutores razonablemente escogidos, pero definitivamente no existe nada semejante en la regulación de la legitimación dispuesta en el artículo 258 de la CU.

Acierta Cajarville Peluffo al indicar que el interés general se compone de intereses personales, de manera que deben desecharse los intentos de sentar una contraposición entre ambos. No puede, por tanto, negarse el atributo personal al interés fundado en su carácter de partícipe en el interés general<sup>36</sup>.

36 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, pp. 152 y 153.

Demás está decir que el interés en la legitimidad es un interés general, y puede conducirse a un interés personal en los términos antedichos, pero para que sea además directo y configure la legitimación que la Carta exige debe atenderse a la afectación puntual que genera la norma. En definitiva, el interés en la mera legitimidad puede catalogarse razonablemente como personal, pero será directo si esa ilegitimidad lo afecta por relacionarse de algún modo específico la situación del sujeto con la norma legal inconstitucional.

#### 4.3. El carácter «legítimo» del interés

Previamente me pronuncié en el sentido de que el interés en exigir el cumplimiento de la Constitución es siempre legítimo, pues en definitiva se trata del interés en la legitimidad. Desde este punto de vista, cualquier planteo de inconstitucionalidad sería manifestación de un interés legítimo en la medida en que se encuentre formulado en dichos términos y que sea jurídicamente fundado. Reconozco que la interpretación propuesta de cierto modo trivializa el empleo del término, de similar modo en que el carácter «directo» se trivializa con la interpretación actualmente instaurada.

El alcance del adjetivo sería verdaderamente modesto, pues el interés debería reputarse legítimo en tanto fundado en la Constitución y parece bastante improbable que un sujeto se proponga promover un proceso de inconstitucionalidad sin invocación de una violación a la Constitución como fundamento. Eventualmente podría leerse que el carácter «legítimo» del interés podría servir para desechar en forma liminar demandas manifiestamente infundadas, que no identifican adecuadamente la transgresión a la Constitución en la línea de lo especificado en la reglamentación legal dispuesta por el artículo 512 del CGP sobre requisitos del petitorio.

En cualquier caso, es con la adición del carácter directo y personal –fundamentalmente del primero de los referidos– que termina de delimitarse el supuesto de afectación que legitima la interposición de una solicitud de inconstitucionalidad.

### 5. Sobre los casos de duda sobre la legitimación y su resolución en beneficio de la consideración sustancial de la pretensión

Antes de finalizar el estudio, se impone insistir en que la interpretación de las disposiciones constitucionales debe efectuarse con una inevitable base textual, desde luego, pero apuntando a la confección de una teoría de la Constitución consistente. Ese mismo discurso exige que al efectuar una interpretación con propósito de aplicación –en concreto<sup>37</sup>, los supuestos específicos de duda se diriman de conformidad con su orientación.

Asumida una supremacía constitucional, la consignación expresa de su defensa jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva de los individuos, cabe rechazar una posición restrictiva al reconocimiento de legitimación en los procesos de inconstitucionalidad.

37 Sobre la interpretación en concreto véase GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, págs. 33 y siguientes. En similar sentido véase también GAMARRA, Jorge, “Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Civil*, tomo II, FCU, Montevideo, 2014, págs. 92 y 93.

Así también lo exige con generalidad el reconocido principio de «*pro actione*». Es dable suponer –aunque sea en principio– que quien se toma el trabajo de promover una inconstitucionalidad y abonar los servicios de un abogado es porque verdaderamente se siente en algún sentido afectado. Nótese que es particularmente fuerte que un sujeto considere que se violó en su perjuicio nada menos que la Constitución y que no tiene siquiera derecho a que se considere su caso. Por supuesto que la normativa constitucional consigna que el interés en cuestión debe ser directo y que se veda la acción popular sin más, pero si lo que está en juego es precisamente definir si concurre tal propiedad, en escenarios de dudas genuinas, el discurso constitucional pesa en beneficio de la consideración del fondo.

Podría argumentarse en el sentido contrario, apelando irreflexivamente a la llamada presunción de constitucionalidad de las leyes. No obstante tengo muy serias objeciones respecto de esta última, que no viene al caso aquí formular por razones de delimitación del objeto, debe apuntarse que su invocación es en cualquier caso desajustada en la especie. Ante un problema de legitimación, precisamente no se ingresa al análisis de la regularidad constitucional del acto legislativo y es exclusivamente en dicho marco que, por definición, podría operar la presunción.

## 6. Los hechos configurativos de la legitimación no requieren ser acreditados

Los mismos fundamentos que conducen a preferir en escenarios de duda las soluciones interpretativas que postulan la existencia de legitimación –según viene de indicarse en el capítulo que antecede–, determinan la preferencia por una razonable interpretación de la Carta que no impone la necesidad de acreditarla.

En esta línea, con particular sagacidad Cassinelli Muñoz ha indicado que el artículo 258 CU, al consignar que se encuentra legitimado para solicitar la declaración de inconstitucionalidad «*todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo*», no establece un deber de acreditar los hechos configurativos de la legitimación. El caso debe asumirse por la Suprema Corte de Justicia tal como resulte planteado, pues su mera formulación evidencia la existencia del interés en la «consideración» del sujeto proponente que es lo único que la norma exige. Demás está decir que ello no significa que no deba apreciarse la corrección de la calificación realizada por el solicitante, descartándose los planteos desacertados en la definición de la afectación normativa, pues ello implicaría trivializar la concreta situación de legitimación requerida, pero exime de discutir sobre la efectiva existencia del caso, de los hechos que lo componen, limitándose el objeto de la prueba –de ser esta necesaria– a los hechos determinantes de la inconstitucionalidad<sup>38</sup>. Por cierto, desde que la mera intención de ingresar a una categoría supone un interés protegido, no tiene sentido destinar esfuerzos inconducentes sobre su acreditación.

La interpretación ensayada, además de ser de contundencia desde el punto de vista literal, es también la que mejor se justifica sistemática y teleológicamente. Evita obstáculos

38 Véase CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya», en Ob. Cit., págs. 332 y 333.

los en la defensa de la Constitución y de su fuerza normativa, facilitando la tutela de un sujeto que efectivamente invoca sentirse vejado por una violación a la Carta. Se contribuye así, a su turno, a que se constaten eventuales inconstitucionalidades que quizás de otro modo pasarían desapercibidas –obsérvese que su detección es de por sí valiosa–, sin generar consecuencias negativas significativas por ello.

Nótese, a su vez, que la instancia de la prueba no se sortea definitivamente, sino que oportunamente se requerirá su verificación en el proceso que según el caso corresponda. Ante un supuesto planteado por vía de excepción, la prueba debe ofrecerse y diligenciarse en el proceso principal al que el incidente de inconstitucionalidad accede, en las etapas previstas para ello. Por su parte, ante un supuesto planteado por la vía de acción el caso deberá acreditarse en el proceso relevante toda vez que sea necesario hacer valer la sentencia jurisdiccionalmente.

## 7. Recapitulación

(1) Las posiciones doctrinales más difundidas sobre la legitimación activa para la promoción de un proceso de inconstitucionalidad de actos legislativos en el sistema constitucional uruguayo parten del supuesto de que la lesión del interés directo, personal y legítimo que la Carta exige supone la alusión a una situación jurídica activa y sustantiva preexistente del sujeto, diferente del derecho subjetivo.

(2) En función de una interpretación que no prescinda de la regulación de la legitimación en sede de acción de nulidad de actos administrativos –artículo 309 CU–, que además de mencionar al titular de un interés directo, personal y legítimo refiere también a la violación de derechos subjetivos, se impone proponer una solución que no conduzca al disonante desamparo que supondría negar en estos últimos casos un remedio frente a leyes inconstitucionales.

Es así que minoritariamente se ha sostenido que al estar excluido tal supuesto de la regulación específica establecida en los artículos 256 y siguientes CU, las antinomias entre Constitución y ley deben resolverse de acuerdo a la solución de principio, esto es, que cualquier juez en función del principio de jerarquía normativa debe aplicar la norma de mayor valor y fuerza.

Por su parte, la tesis más difundida asume que aplica la normativa específica sobre control de constitucionalidad de las leyes también para el caso en que una ley inconstitucional resulte violatoria de un derecho subjetivo. Para ello se argumenta que debe reputarse comprendido sin más o bien que ante un eventual vacío, con igual resultado, mediante integración por analogía deben aplicarse dichas normas.

Las dos posiciones tienen defectos, inevitablemente, porque las disposiciones normativas a interpretar no dejan espacio para soluciones plenamente consistentes. La primera de ellas desconoce que el artículo 257 reconoce competencia originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia en la materia y la segunda pretende considerar comprendida o integrar una supuesta omisión ante una manifestación en la propia Constitución que demuestra la conciencia de las categorías.

(3) Ante tal situación, cabe modificar el punto de partida y asumir que en el artículo 258 CU no se refiere al interés legítimo como una situación jurídica preexistente. De una forma más llana es preferible considerar que el interés legítimo es precisamente el que se tiene en la legitimidad y que, invocada la violación a la norma constitucional, la mayor complejidad consiste en determinar si el interés del sujeto es propio –personal– y, fundamentalmente, si es directo, es decir, si se relaciona con una afectación inmediata.

Son muchas las razones que justifican tal cambio. En primer lugar, porque el interés legítimo tal como es usualmente definido, como supuesta situación correlativa de un poder (entendido en un sentido lato como facultad), no es en puridad una situación jurídica sustantiva en la medida en que no se deriva de ninguna norma conocida, ni primaria ni secundaria. Insistir en la tesis de la situación jurídica ante alternativas interpretativas que permiten otro abordaje, supone forzar construcciones dogmáticas sin un adecuado sustento teórico. En segundo lugar, porque las tesis que asumen tal posición son innecesariamente complejas, resultando especialmente difícil determinar de antemano en muchos casos si existe o no violación de un derecho subjetivo. Buena parte de los casos difíciles de inconstitucionalidad radican, precisamente, en su delimitación. Así, si el problema de la legitimación supone resolver sobre el fondo, entonces de nada vale como tal.

(4) Reencauzado el análisis desde la perspectiva de un interés en la legitimidad y propio de un sujeto, la mayor dificultad radica en determinar si existe una afectación directa causada por la norma legal inconstitucional o, lo que es lo mismo, si el interés en restablecer la legitimidad es en dicho caso directo –tal como exige la disposición constitucional–. En tal sentido, entiendo que la atención debe centrarse en la norma legal cuya inconstitucionalidad se postula y no necesariamente en la norma constitucional vulnerada. Es realmente claro el punto si se consideran inconstitucionalidades por razones de forma, pero también se presenta ante vicios originados en la violación de normas de competencia usualmente no calificados como formales. En fin, se generaría una lesión relevante, directa, en los siguientes casos:

(a) por la ubicación –o la razonablemente inminente ubicación– de un sujeto accionante en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma de fuente legal que, explícita o implícitamente, dispone a su respecto una obligación o bien suprime o acota un derecho, una potestad o una inmunidad;

(b) por la exclusión no expresa –o la razonablemente inminente exclusión no expresa– del sujeto accionante del ámbito subjetivo de aplicación de una norma de fuente legal que confiere o extiende el alcance de un derecho, de una potestad o de una inmunidad, debiendo o pudiendo ser de esa forma beneficiado; o

(c) por la inclusión –o la razonablemente inminente inclusión– de un sujeto de intereses directos contrapuestos a los del accionante en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma legal jurídicamente «beneficiosa» –de contenido como el indicado en el literal b que antecede–.

(6) La afectación de un sujeto es directa en los casos que vienen de mencionarse, es decir, en virtud de un análisis de la relación con la norma legal inconstitucional. Pero,

como se acotó, debe comprenderse también a las situaciones de razonable inminencia en el ingreso o permanencia en una categoría, en tanto no se resiente la actualidad del interés toda vez que las normas mediante estímulo o sanción dirigen conductas, cercando entonces el ámbito de la libertad en el ingreso o en la permanencia en una categoría. En cualquier caso, independientemente de la argumentación expuesta, razones evidentes de protección de la Constitución conducen a que deban ampararse las situaciones que razonablemente se perciben encaminadas a un supuesto de perjuicio, sin que sea necesaria su consumación hasta las últimas consecuencias.

(7) Ante escenarios de dudas jurisdiccionales genuinas acerca de la configuración de legitimación activa debe optarse por la solución positiva, pues así lo impone el principio *pro actione* y un discurso constitucional armónico basado en la supremacía y defensa de la Constitución. Por su parte, es claro que no puede invocarse en sentido contrario la presunción de constitucionalidad de las leyes –de por sí muy cuestionable– en tanto operaría –si se admitiese su aplicación– al ingresar al cotejo de disposiciones constitucionales y legales y no antes de dicha instancia.

(8) Por último, en el mismo sentido tutelar, y con una contundente base textual, debe concluirse que los hechos configurativos de la legitimación activa no requieren de prueba en el proceso de inconstitucionalidad.