

Anayasal Denetim Sistemi

*Dr. Daniel Gutierrez Proto**

1. Temel Kavramlar – Denetime tabi olan işlemler – Özel Mahkeme modeli.

1.a - Uruguay çağdaş anayasacılığın beşiği olan 18. yüzyılın Kuzey Amerika kökenli devrimci modelini izleyerek ulusal egemenlik, cumhuriyetçi ve temsili demokratik yönetim ile kuvvetler ayrılığı ilkelerini esas alan bir anayasa kabul etmiştir. Devlet erkleri katı bir anayasa ile belirlenmiş, hukuksal uyumsuzlukları karara bağlama yetkisi yargı erkine verilmiştir. Yargı erki bağımsızdır ve kurumsal olarak diğer siyasal erkler (Yasama ve Yürütme) ile eşit düzeydedir. Dolayısıyla, hükümlerinin diğer erklerce gözden geçirilmesi, değiştirilmesi mümkün değildir. Yargı erki, kendi alanında nihai söz sahibidir.¹

1.b - Uruguay Anayasası, diğer çağdaş anayasaların çoğunda olduğu gibi, anayasa değişikliği için olağan kanunlardan farklı bir usul öngörmektedir. Anayasanın 331. maddesi, anayasanın tamamının ya da bir kısım maddelerinin değiştirilmesinde kullanılacak dört farklı usule yer vermektedir.

Anayasa değişikliği için öngörülen usullerin ortak özelliği, yurttaşların halkoylaması yöntemiyle anayasa değişikliği sürecine katılmasının zorunlu kılınmasıdır. Seçmenlerin onayı olmaksızın herhangi bir anayasa değişikliği yapılamaz.²

* Uruguay Yüksek Mahkemesi Başkanı

¹ Bakınız **Alberto Ramón Real**, 'Cortes Constitucionales y Control de Constitucionalidad de las Leyes en América Latina', Revista Jurídica, 'La Justicia Uruguaya', c. 72, s. 2.

² **Martín Risso Ferrand**, 'Derecho Constitucional', c. 1, ed. F.C.U., 2005, s. 112/127; **José Korzeniak**, 'Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional', ed. F.C.U., 2001, s. 96/119.

1.c - Bir kanun ya da kanun hükmünde kararname için şekil ya da esas yönünden anayasaya aykırılık kararı verilebilir. Yasama organının, bir kanunun kabulü sürecinde Anayasa'da öngörülen usulün dışına çıkması halinde şekil yönünden aykırılık kararı verilir. Bir kanunda yer verilen hükümlerin içerik itibariyle Anayasa'da yer alan hükümlerle çatışması halinde ise esas yönünden aykırılık kararı verilir.³

1.d - **Denetime konu olan işlemler**, kanunlar ve yerel yönetimlerin yasa gücündeki kararnameleridir.

1.e - Uruguay'da uygulanan anayasaya uygunluk denetim modeli (yaygın denetim modelinin aksine) "**özel mahkeme**" modelidir. Anayasa'nın 257. maddesine göre, konuya ilişkin nihai ve esas karar mercii Yüksek Mahkeme'dir.⁴

1.f - Uruguay'da özel mahkeme modeli benimsenmiş olmakla birlikte, ülkedeki bütün hakimler ve mahkemeler somut bir uyuşmazlıkta uygulamak durumunda oldukları bir kanun ya da yerel kararnamenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine vardıklarında davayı durdurup bu anayasaya aykırılık sorununu, res'en, Yüksek Mahkeme'ye taşıma hakkına sahiptirler.

Risso Ferrand'ın belirttiği gibi,⁵ Anayasa'nın 258. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendinde hakimler ve mahkemelere tanınan Yüksek Mahkeme'ye başvuru hakkı danışma amaçlı olarak kullanılamaz. Yani, hakimler ya da mahkemeler bir şüphe üzerine ya da salt görüş almak amacıyla Yüksek Mahkeme'ye gidemez. Ortada, ciddi bir anayasaya aykırılık kanaati olmalıdır. Nitekim, Yüksek Mahkeme mahkemelerden gelen yalnızca görüş alma amaçlı başvuruları reddetmektedir.

Söz konusu olasılık, tüm hakimlere ve mahkemelere anayasaya aykırı buldukları kanunları (veya kanun hükmünde kararnameleri) uygulamaktan kaçınma yetkisini vermektedir. Görülmekte olan dava, anayasaya aykırılık

³ **Korzeniak**, 'Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional', ed. F.C.U., 2001, s. 144.

⁴ Ver. **Vescovi**, 'El proceso de inconstitucionalidad de la ley', in 'Curso de Derecho Procesal', c. v, ed. F.C.U., 1989, s. 320.

⁵ Op. cit., s. 167.

iddiası ile yapılan başvuru hakkında Yüksek Mahkeme karar verinceye kadar zorunlu olarak durmaktadır.⁶

Dolayısıyla, Uruguay'da (Anayasa'nın 257. maddesi ile düzenlenmiş bulunan) "özel görevli mahkeme" sistemi hakimlerin ve mahkemelerin bir davada uygulanabileceğini düşündükleri kanunların anayasaya uygunluğuyla ilgili inceleme yapmalarını engellemektedir. Aksine, ülkedeki bütün hakimler söz konusu incelemeyi yapmakla ve Yüksek Mahkeme anayasaya aykırılık sorunu hakkında karar verinceye kadar söz konusu normu uygulamaktan kaçınmakla yükümlüdür.

Özel görevli mahkeme modelinde, kanunların anayasaya aykırılığı sorunu hakkında karar verme yetkisi münhasıran Yargı erkinin en yüksek organına tanınmaktadır. Oysa (Hamilton ve Marshall'ın savunduğu⁷) yaygın denetim modelinde, bütün hakimler doğal olarak kanunları yorumlama ve anayasaya aykırı bulduğu kanunları uygulamaktan kaçınma (en azından Yüksek Mahkeme aksi yönde karar vermedikçe uygulamama) uygulamama yetkisine sahiptir.

Real'e göre, özel mahkeme sisteminin avantajı karar sürecini hızlandırmasıdır. Yaygın denetim modelinde de nihai kararın Yargı erki içindeki en yüksek makam tarafından verilmesi gerektiğini dikkate alırsak, özel mahkeme sisteminde aynı sonuca daha kısa yoldan varıldığı söylenebilir.⁸

1.g - Diğer taraftan, idarenin genel yükümlülük doğuran **düzenleyici işlemleri konusunda**, bir düzenleyici işlemin anayasaya aykırı bulunması halinde herhangi bir hakim tarafından iptal edilebileceği kabul edilmektedir.

Ignacio de Otto⁹, bu konuda; hakimlerin, öncelikle normatif hiyerarşi ilkesini korumakla ve buna bağlı olarak daha geniş kapsamlı olanlarla çelişkili olan kuralları uygulamadan kaldırmak veya geçersiz kılmakla

⁶ Korzeniak, op. cit., s. 147.

⁷ Bakınız **Herman Pritchett** 'La Constitución Americana', s. 191/192.

⁸ 'Cortes Constitucionales y Control de Constitucionalidad de las leyes en América Latina', Revista Jurídica 'La Justicia Uruguaya', c. 72. – Ayrıca bakınız **Hitters**, op. cit. s. 492, ve **Sagüés** in 'La interpretación judicial de la Constitución', ed. Depalma, 1998, s. 223.

⁹ 'Derecho Constitucional. Sistema de fuentes', 1987, s. 144.

görevlendirildiğini belirtmektedir. Normlar hiyerarşisine göre, alttaki normlar geçerliliğini üstteki normlardan alır; dolayısıyla, bir alt normun bir üste norma aykırı olması halinde üstteki norma aykırı olan normun geçersiz kılınması gerekir. **Durán Martínez**¹⁰ de bir üst norm ile bir alt norm arasında çelişki tespit edilmesi halinde, üst normun geçerli olacağını belirtir ve hakimlerin pozitif hukukta, kanunların anayasaya aykırılığının tespit edilmesi konusunda olduğu gibi, farklı bir çözüm öngörülmedikçe alttaki normu geçersiz kılma yetkisine sahip olduğunu savunur.¹¹

1.h - Özetle, hakimler, kanun ile Anayasa karşı karşıya geldiğinde Anayasadan yana tercih kullanabilir (ve kullanmak zorundadır.) Anayasal Devlette hakim, yalnızca yasa ile değil Anayasa ile de bağlıdır. (Yasaya ve Anayasaya olan) bu ikili bağlılığı, hakimler açısından yalnızca anayasaya uygun yasaları uygulama yükümlüğünü beraberinde getirir. Bu nedenle, hakimler kanun hükümlerini uygulamadan önce bu hükümlerin anayasaya aykırı olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. Kanunun anayasaya uygun olduğu sonucuna varması halinde (yani kanunun anayasaya uygun biçimde yorumlanabileceği kanaatine varırsa) kanunu uygular. Bununla beraber, şayet kanun anayasaya uygun bulunmaz ise, (yani kanunun anayasaya uygun biçimde yorumlanmasının mümkün olmadığı kanaatine varırsa) hakim bu kanunla bağlı karar verme yükümlülüğü ortadan kalkar. İkinci varsayımda, 'yaygın denetim' sisteminin uygulandığı ülkelerdeki hakimler, kanunu somut uyuşmazlık için 'geçersiz' kılar ve Anayasa'yı doğrudan uygulamak suretiyle uyuşmazlığı çözer. Uruguay'da olduğu gibi, "özel mahkeme" sisteminin benimsendiği ülkelerde ise genel mahkemelerdeki hakimlerin kanunu geçersiz kılma yetkisi yoktur; hakimler sadece bu sorunu kanunun anayasaya aykırılığı konusunda hüküm verecek yegane organ olan Anayasa Mahkemesi'ne (bizim ülkemizde Yüksek Mahkeme) taşıma yetkisine sahiptir.¹²

¹⁰ Bakınız 'Estudios de Derecho Administrativo', 1999, s. 243

¹¹ Başka eserlerle birlikte, bakınız: **H. Cassinelli Muñoz**, 'La Defensa Jurídica de la Constitución', in 'Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales'. Segunda Serie, Nº 2, Montevideo, 1986, s. 17 ve 21; **E. Sayagués Laso**, 'Tratado de Derecho Administrativo', c. 1, 1974, s. 129/130 ve 443; **E. Vescovi**, op. cit. s. 322; **E. Biasco**, en 'Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, ed. F.C.U., 1996, s. 111; **García de Entrerria**, 'Curso de Derecho administrativo, c. 1, ed. Civitas, 1983, s. 222; **R. Guastini**, op. cit. s. 175/176.

¹² **Van Rompaey** 'La justicia constitucional en el Uruguay. Coordinación de los principios de separación de poderes y sometimiento de toda la normativa a la constitución', s. 22.

2 - Anayasaya uygunluk denetimi için başvuru usulleri

2.a - Uruguay Anayasası uyarınca, herkes bir yasal hükmün kişisel ve meşru bir menfaatine doğrudan zarar verdiği iddiası ile anayasaya uygunluk denetimi yapması istemi ile Yüksek Mahkeme'ye başvuru hakkına sahiptir. Burada, dava açma hakkının bütün yurttaşlara değil, söz konusu yasal hükümden doğrudan zarar gördüğünü düşünen kişilere tanındığına dikkat çekmekte yarar vardır.¹³

Bu bağlamda, kişisel ve meşru çıkarları doğrudan zarar gören kişiler için görülmekte olan bir dava vesilesiyle itiraz yolu ya da doğrudan başvuru yolu öngörölmüştür. Daha önce bahsi geçen "mahkemelerin Yüksek Mahkeme'ye re'sen başvurma usulü" de bu çerçevede değerlendirilmelidir.

2.b - **İstisna yolu**, görülmekte olan bir davanın taraflarına bu davada uygulanması kaçınılmaz olan ve kendi çıkarlarına zarar veren bir normun anayasaya aykırılığı iddiası ile Yüksek Mahkeme'de dava açma hakkı tanır. Başvuru sahibi, görülmekte olan dava karara bağlanmadan önce söz konusu kanunun anayasaya aykırılık nedeniyle bu davada uygulanamayacağını ilan edilmesini talep etmektedir. Anayasaya aykırılık başvurusu yapıldığında, Yüksek Mahkeme sorunu çözene dek dava süreci durdurulur.¹⁴

2.c - **Dava yolu**, kişilerin Yüksek Mahkeme'ye herhangi bir mahkemede görülmekte olan bir dava üzerinden değil, doğrudan başvurma hakkını ifade eder. Hukuksal bir düzenleme sebebiyle kişisel ve meşru bir çıkarının doğrudan zarar gördüğünü düşünen herkes, söz konusu kanun veya yerel kanun hükmünde kararnamenin anayasaya aykırılığını tespit etmesi istemiyle Yüksek Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Mahkeme'nin dava konusu hükmü anayasaya aykırı bulması halinde, söz konusu hükmün davacıya uygulanmaması gerekir. Yüksek Mahkeme'nin anayasaya aykırı bulduğu

¹³ Ver. **Vescovi**, op. cit. s. 323.

¹⁴ Bakınız **Cassinelli Muñoz**, Derecho Público, c. 2, s. 89; **Korzeniak**, op. cit. s. 148; **Risso Ferrand**, op. cit. s. 166; **Correa Freitas**, 'Derecho Constitucional Contemporáneo', c. I, s. 138, ed. F.C.U., 1993; **Vescovi**, op. cit. s. 320 ve 323; **Bidart Campos**, 'Manual de la Constitución Reformada', c. 1, ed. Ediar, 1996, s. 356/357.

hükmün hangi somut koşullarda ihmal edileceğini belirleyebilmesi için dava dilekçesinde, davaya konu edilen hükmün davacının çıkarını hangi somut durumda tehdit ettiği açıkça belirtmelidir. Bu somut durum ileride genel mahkemelerde bir davaya konu olduğunda, Yüksek Mahkeme'den anayasaya aykırılık yönünde karar çıkartmış bulunan kişi kendi talebine Yüksek Mahkeme'nin kararını dayanak gösterebilecektir.¹⁵

2. Uruguay Anayasası, daha önce işaret ettiğimiz "mahkemelerin Yüksek Mahkeme'ye res'en başvurma usulünü" de kabul etmektedir. Bu usule göre; görülmekte olan bir davada taraflardan hiçbiri bu davada uygulanacak olan yasal hüküm nedeniyle zarar gördüğünü düşünmese yani taraflardan bu yönde bir talep gelmese dahi, davaya bakan hakim ya da mahkeme heyeti (hükmün açıklanmasından önce) söz konusu yasal hükmün anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa davayı durdurarak anayasaya aykırılık sorununu Yüksek Mahkeme'ye taşıyabilir. Görülmekte olan dava Yüksek Mahkeme kararını verinceye kadar durdurulur.¹⁶

3 - Denetim organının karar yetkisi

3.a - Uruguay'da, modern denetim sistemlerinin çoğunda olduğu gibi, Yüksek Mahkeme'nin anayasaya aykırılık (veya anayasaya uygunluk) bildiren hükmü, (yalnızca dava konusu olan somut durumla sınırlı olsa da) nihai hükmüdür. Bu yüzden, başka bir organ tarafından gözden geçirilmez; onaylanması gerekmez. Devlet organlarının uyup uymamakta serbest olduğu bir tavsiye kararı değil; bağlayıcı ve zorunlu bir karar niteliğindedir.

3.b - Uruguay'da icra edilen denetim *a priori* değil, modern anayasaya uygunluk denetim sistemlerinin çoğunda olduğu gibi, *a posteriori* bir denetimdir. Bir başka ifadeyle, 1958 Fransız Anayasası'nda öngörülen *a priori* denetimden farklıdır. Bilindiği gibi, Fransız Anayasası'na göre yasalar -daha

¹⁵ Ver Cassinelli Muñoz, Derecho Público, c. II, s. 90; Correa Freitas, op. cit. s. 138; Korzeniak, s. 147/148; Risso Ferrand, op. cit. s. 167; Bidart Campos, op. cit. s. 356/357.

¹⁶ Bakınız Cassinelli Muñoz, op. cit. s. 89; Korzeniak, op. cit. s. 147; Correa Freitas, op. cit. s. 138; Risso Ferrand, op. cit. s. 167; Vescovi, op. cit. s. 320.

doğrusu yasa tasarıları- yürürlüğe girmeden önce Anayasa Konseyi'nin a priori denetimine tabidir.¹⁷

4 - Anayasaya aykırılık kararının etkileri

4.a - Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan Uruguay Anayasası, sadece yasama gücüne, genel ve soyut etkileri olan kurallar üretme ve yürürlükten kaldırma sorumluluğu verir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bu yorumuna göre, Kuzey Amerika örneğinde de olduğu gibi, anayasaya aykırılık kararı kanunlar gibi genel ve soyut bir etki yapmamalıdır. Bir kanun için somut bir uyuşmazlıkta verilen anayasaya aykırılık kararı ne diğer mahkemeler üzerinde etkili olur ne de aynı mahkemedeki diğer benzer uyuşmazlıklarda etkili olur. Şu durumda; Anayasaya aykırı kural *iptal* edilmemekte; sadece somut uyuşmazlık için *ihmal* edilmektedir.^{18/19}

4.b - **Real'e** göre,²⁰ yargı yetkisi somut bir uyuşmazlıkta uygulanması gereken geçerli normların belirlenmesini gerektirir. Bir başka yönden baktığımızda; istisnai hükümlerin ve üst normlara aykırı olduğu için geçersiz olan hükümlerinde belirlenmesi gerekir. Yargı erki, kurulu iktidar organları arasında yer almaktadır ve dolayısıyla kurucu iktidar tarafından kabul edilen anayasal normların üstünlüğünü gözetmekle yükümlüdür. Aynı yazar, Yargı erkinin kendisine tanınmış olan özel işlevini yerine getirirken diğer kuvvetlerin özellikle de yasama kuvvetinin yetki alanına girmemesi gerektiğine dikkat çeker. Yargı yetkisi kullanılırken yasama organının meşru takdir yetkisi sınırlandırılmamalıdır.

4.c - Yüksek Mahkeme'nin bir kanunun anayasaya aykırılığı yönünde verdiği kararlar kanunun anayasaya aykırı olduğu tespit edildiği halde, kanun geçerliliğini devam ettirecektir; yani, kanuna karşı dava açıp anayasaya aykırılığı yönünde karar çıkaran kişi dışındakiler için bu kanun hükmü

¹⁷ 'Inconstitucionalidad y Derogación', Revista Doxa, s. 45, Claudia Ornesu, Jorge L Rodríguez y Germán Sucar.

¹⁸ Uruguay Anayasası'nın 259. maddesine göre; "Yüksek Mahkeme kararları sadece somut bir uyuşmazlığı konu edinebilir ve etkisi sadece karara bağladığı somut uyuşmazlık ile sınırlıdır."

¹⁹ Claudia Ornesu, Jorge L Rodríguez y Germán Sucar., op. cit. s. 47/48.

²⁰ Real, op. cit. s. 2

uygulanmaya devam edecektir.²¹ Uruguay sisteminde, anayasaya aykırı norm sadece şu görüş kabul edilirse tamamen geçersiz sayılabilecektir: Yargı erkinin kararı, hüküm verilen dava ile sınırlı değildir.²² (Fakat, durum böyle değildir.)

4.d - Eğer anayasaya aykırılık denetimi, istisna yolu veya bir mahkemenin re'sen başvurusu ile talep edildiyse Yüksek Mahkeme'nin anayasaya aykırılığın tespiti yönünde vereceği karar yalnızca tarafları (ve davaya bakan hakimi) somut uyuşmazlıkla sınırlı olarak bağlayacaktır. Yüksek Mahkeme sadece anayasaya aykırılık sorunu hakkında karar vermekte; başvuruyu yapan mahkemede görülmekte olan davanın esası hakkında karar vermekten kaçınmaktadır. Aksi halde, davaya bakan yargı organının bağımsızlığı zedelenebilir. Davaya bakmakta olan mahkeme, önündeki somut uyuşmazlığı, Yüksek Mahkeme'ce verilen anayasaya aykırılığın tespiti kararını da dikkate alarak, kendi anlayışına uygun bir şekilde çözümlenecektir.²³

4.e - Eğer anayasaya aykırılık denetimi, dava yolu ile talep edildiyse Yüksek Mahkeme'nin kararı anayasaya aykırı olduğu tespit edilen normun ilgili kişi için uygulanmasını engelleyecektir.^{24/25}

²¹ Bakınız **Korzeniak**, op. cit. s. 147.

²² **Gelsi Bidart**'a göre: "... anayasaya aykırılığın tespiti yönündeki karar, söz konusu kanunun somut uyuşmazlığa uygulanmasını engeller. ..." (Rev. Judicatura, Junio/88, N° 23, s. 20/21). (Aynı şekilde: **Informe de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores del 30/8/1962**, 'La declaración de inconstitucionalidad de las leyes', Publicación de Anales Administrativos, Mdeo. 1970, s. 110)

²³ Bakınız **Vescovi**, op. cit., s. 326; **Cassinelli Muñoz**, op. cit. s. 93; **Risso Ferrand**, op. cit. s. 180.

²⁴ Bakınız **Vescovi**, op. cit., s. 326; **Risso Ferrand**, op. cit. s. 180.

²⁵ Burada, bir kanunun anayasaya aykırı bulunmasının zaman yönünden etkisine ilişkin olarak doktrindeki tartışmalara işaret etmekle yetiniyoruz. Bir görüş, anayasaya aykırılık kararının söz konusu kanunu yürürlüğe girdiği tarih itibariyle geçersiz kılması gerektiğini, yani geçmişe etkili olması gerektiğini savunur: **Korzeniak**, op. cit., s. 152; - **Risso Ferrand**, 'Derecho Constitucional', c. 1, ed. F.C.U., 2005, s. 183/184 y in 'Tercer Coloquio – Contencioso de Derecho Público – Responsabilidad del Estado y Jurisdicción', s. 105 /109; - **P. Balarini** 'Sobre el efecto temporal de la declaración de inconstitucionalidad', Rev. de Derecho Público, c. II, s. 133/137; - **D. Artecona**, 'Efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad', Rev. de Derecho Público, c. II, s. 128/131; - **E. Gallicchio**, 'Una jurisprudencia errónea: Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad' in Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, s. 193/203; - **Cassinelli Muñoz**, 'Vías y efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad, en 'Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, págs. 129 ve devamı; - **A. Pérez Pérez**, 'Eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes', s. 113/153, in 'Tercer Coloquio – Contenciosos de Derecho Público – Responsabilidad del Estado y Jurisdicción', ed. Universidad).

4.f - **Korzeniak**²⁶, Uruguay Anayasası'ndaki, anayasaya aykırılık kararının etkisini somut uyumsuzlıkla sınırlama yönündeki formülün kuvvetler aykırılığı ilkesi ile anayasanın üstünlüğü ilkesi arasında denge kurmanın ne kadar zor olduğunu ortaya koyduğunu belirtmektedir. Uruguay Anayasası, bu iki ilke arasında kuvvetler ayrılığı ilkesini daha fazla kollama eğilimindedir.

Bu görüşe katılmayan **Jorge Larrieux** anayasaya aykırılığın tespiti yönündeki kararın Yüksek Mahkeme'ye yapılan başvuru tarihi itibarıyla (geçmişe) etkili olması gerektiğini savunur: 'Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, en 'Revista Judicatura' N° 33, s. 167 ve devamı. **Arlas** da aynı görüştedir: 'La declaración –en vía principal- de inconstitucionalidad de las leyes en el Derecho Uruguayo', in 'R.U.D.P., P. 1975, N° 3, s. 25/26.

²⁶ **Korzeniak**, op. cit. s. 147.

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL

*Dr. Daniel Gutierrez Proto**

1 - Generalidades – Actos que son objeto de control – Modelo de control concentrado.

1.a - En Uruguay se ha seguido el modelo revolucionario norteamericano del siglo XVIII, cuna del constitucionalismo contemporáneo, basado en las nociones de soberanía nacional, gobierno republicano, representativo, delegado del pueblo, con poderes separados, limitados en una Constitución rígida, que incluye un Poder Judicial encargado de decir el Derecho en los casos controvertidos. El Poder Judicial es independiente y su rango de institucional es equivalente al de los poderes políticos (legislativo y ejecutivo) y, por tanto, es soberano en su esfera, en el sentido de que sus fallos no son pasibles de revisión por otro Poder.¹

1.b - La Constitución uruguaya, al igual que la mayoría de las Constituciones contemporáneas prevé procedimientos para su reforma distintos a los previstos para la elaboración de la ley ordinaria. En efecto, el art. 331 de la C.N. prevé la posibilidad de reforma, total o parcial, por cuatro procedimientos diversos, pudiendo utilizarse cualquiera de ellos para cualquier reforma.

La nota central de los procedimientos de reforma vigentes está dada por la participación necesaria e ineludible en los mismos del Cuerpo Electoral a

* Presidente de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay

¹ Ver **Alberto Ramón Real**, 'Cortes Constitucionales y Control de Constitucionalidad de las Leyes en América Latina', Revista Jurídica, 'La Justicia Uruguaya', t. 72, p. 2.

través del plebiscito de ratificación. Sin la aprobación del Cuerpo Electoral no puede haber reforma constitucional en el actual marco constitucional.²

1.c - La declaración de inconstitucionalidad **puede tener su origen en aspectos formales**, es decir, cuando el legislador se aparta del procedimiento que la Constitución le indica para la aprobación de una ley. O **puede referir a razones de contenido** cuando las soluciones establecidas en una ley sean contradictorias con soluciones establecidas en la Constitución.³

1.d - Los **actos que son objeto de control** son las leyes y los decretos legislativos de los Gobiernos Departamentales.

1.e - El **control judicial de constitucionalidad que rige en Uruguay es 'concentrado'** (por oposición al difuso), pues el art. 257 de la C. N. establece que a la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia.⁴

1.f - No obstante, el control 'concentrado' que rige en Uruguay, no impide que si un juez o un Tribunal ante el cual se tramita un procedimiento judicial, advierte que una ley (o un decreto legislativo departamental con fuerza de ley en su jurisdicción) que estima aplicable al caso, según su opinión es contraria a la Constitución, en tal hipótesis puede solicitar 'de oficio', (es decir sin que ningún interesado se lo haya planteado) a la Suprema Corte de Justicia, que se pronuncie sobre del tema.

² **Martín Risso Ferrand**, 'Derecho Constitucional', t. 1, ed. F.C.U., año 2005, págs. 112/127; **José Korzeniak**, 'Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional', ed. F.C.U., año 2001, págs. 96/119.

³ **Korzeniak**, 'Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional', ed. F.C.U., año 2001, p. 144.

⁴ Ver. **Vescovi**, 'El proceso de inconstitucionalidad de la ley', en 'Curso de Derecho Procesal', t. v, ed. F.C.U., año 1989, p. 320

Como lo explica **Risso Ferrand**⁵, la vía de oficio prevista en el inciso 2º del ordinal 2º del artículo 258 de la C.N. no es un camino consultivo que los jueces deben seguir cuando tienen dudas en cuanto a la constitucionalidad de la norma, sino que la vía procede cuando el juez o Tribunal considera que existe un vicio de inconstitucionalidad. Por esta razón la Corte ha rechazado los envíos meramente consultivos, exigiendo una fundamentación del juez o Tribunal en cuanto a la inconstitucionalidad cuya declaración solicita.

Tal posibilidad habilita a todos los Magistrados a abstenerse de aplicar las leyes (o decretos legislativos departamentales) que consideran violatorias de la Constitución, y en consecuencia se suspenden preceptivamente los procedimientos en espera de la resolución del máximo órgano judicial sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado.⁶

Entonces, el sistema ‘concentrado’ que rige en Uruguay, (por expreso mandato del art. 257 de la C.N.) no imposibilita que los jueces realicen un examen sobre la constitucionalidad de las leyes que estiman aplicables al caso, sino que por el contrario, todos los jueces deben realizar el referido control y pueden ‘prima facie’ abstenerse de aplicar la disposición legal cuestionada, suspendiendo los procedimientos hasta tanto se pronuncie la Suprema Corte de Justicia.

El fundamento de este sistema concentrado, aún cuando atribuye competencia exclusiva al máximo órgano del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de una ley, es el mismo que el del sistema de control difuso (asentado en la doctrina de Hamilton y Marshal⁷) pues parte de la base de cualquier juez, al poseer la facultad nata de interpretar la leyes, está en condiciones de no aplicar (al menos hasta que la Corte se pronuncie en sentido contrario) aquella que no se alinea detrás de la Constitución.

⁵ Op. cit., p. 167.

⁶ **Korzeniak**, op. cit., p. 147

⁷ Ver **Herman Pritchett** ‘La Constitución Americana’, págs. 191/192

Expresa **Real** que el sistema de control concentrado procura una más rápida certeza del Derecho, a través de la unidad de jurisprudencia, pues en el sistema difuso también prevalece finalmente la opinión de los órganos supremos, a través de sus pronunciamientos finales, mediante los recursos.⁸

1.g - Por otra parte, **en lo que refiere a los reglamentos jurídicos**, estos es, a aquellos actos de creación jurídica de la Administración que ponen en vigor reglas generales de obligatoriedad general, se estima que cualquier juez puede desaplicarlos si los considera violatorios de la Constitución.

En tal sentido sostiene **Ignacio de Otto**⁹ que los jueces están habilitados en principio para hacer valer el principio de jerarquía normativa y, en consecuencia, para inaplicar o declarar nulas las normas que contradigan otras de rango superior; pero esta potestad, que se les reconoce sin limitación cuando se trata de normas de rango inferior a la ley y que lleva a que los jueces no apliquen los reglamentos ilegales, se les niega en cambio cuando se trata de la ley, frente a la cual no tienen otra potestad que la de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Así, señala **Durán Martínez**¹⁰ que ante una contradicción entre una norma infravalente y otra supervalente prima la última y ha de aplicarse ésta, estando facultado cualquier juez a tales efectos, salvo que el Derecho positivo prevea una solución distinta como ocurre con las leyes consideradas inconstitucionales.¹¹

1.h - En suma, los jueces pueden (y deben) hacer valer la Constitución en detrimento de la ley. En el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley pero también a la Constitución. Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la

⁸ 'Cortes Constitucionales y Control de Constitucionalidad de las leyes en América Latina', Revista Jurídica 'La Justicia Uruguaya', t. 72. – Ver asimismo **Hitters**, op. cit. p. 492, y **Sagüés** en 'La interpretación judicial de la Constitución', ed. Depalma, año 1998, p. 223.

⁹ 'Derecho Constitucional. Sistema de fuentes', año 1987, p. 144.

¹⁰ Ver 'Estudios de Derecho Administrativo', año 1999, p. 243

¹¹ Címe. entre otros: **H. Cassinelli Muñoz**, 'La Defensa Jurídica de la Constitución', en 'Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales'. Segunda Serie, N° 2, Montevideo, 1986, págs. 17 y 21; **E. Sayagués Laso**, 'Tratado de Derecho Administrativo', t. 1, año 1974, págs. 129/130 y 443; **E. Vescovi**, op. cit. p. 322; **E. Biasco**, en 'Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real', ed. F.C.U., año 1996, p. 111; **García de Entrerría**, 'Curso de Derecho administrativo, T. 1, ed. Civitas, año 1983, p. 222; **R. Guastini**, op. cit. p. 175/176).

Constitución) significa que éste solo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de constitucionalidad de la ley. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución) entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella una interpretación constitucionalmente adecuada) entonces no está vinculado a ella. En este segundo supuesto, los jueces en los sistemas del 'judicial review', 'desplazan' la ley y resuelven el caso aplicando directamente la Constitución; en los sistemas del control concentrado, como el nuestro, los jueces no pueden desplazar la ley sino que están obligados a plantear la cuestión al Tribunal Constitucional, en nuestro país la Suprema Corte de Justicia que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley.¹²

2 - Legitimación para reclamar e impulsar el control de constitucionalidad.

2.a - La Constitución Uruguaya establece que cualquier particular puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad siempre que considere que la referida disposición legal lesiona un interés directo, personal y legítimo (o un derecho subjetivo) de su titularidad. Esto es, se requiere que el sujeto que promueve la inconstitucionalidad se considere agraviado por la disposición legal que impugna, no siendo de recibo la denominada acción popular.¹³

A esos efectos, se prevén para los particulares afectados en su interés directo, personal y legítimo la vía de excepción, y la vía de acción. Sin perjuicio de la vía de oficio referida precedentemente.

2.b - La **vía de excepción** confiere a la parte de un proceso judicial que se considere afectada por una norma legal reputada inconstitucional -y de aplicación ineludible al caso-, la posibilidad de solicitar antes de que se dicte sentencia, que se declare que esa ley es inaplicable por inconstitucionalidad.

¹² **Van Rompaey** 'La justicia constitucional en el Uruguay. Coordinación de los principios de separación de poderes y sometimiento de toda la normativa a la constitución', p. 22.

¹³ Ver. **Vescovi**, op. cit. p. 323.

Planteada la solicitud de inconstitucionalidad el procedimiento se suspende hasta que la Corte la resuelva.¹⁴

2.c - La **vía de acción** implica que la cuestión no se plantea en un proceso en trámite sino directamente ante la Suprema Corte de Justicia. Todo aquel que se considere lesionado en su interés legítimo personal y directo, por una disposición legislativa, puede en cualquier momento solicitar de la Suprema Corte de Justicia que la ley o decreto legislativo departamental de que se trate sea declarado inconstitucional y se decida, por tanto, que las disposiciones afectadas por la inconstitucionalidad no serán aplicables al caso concreto respecto del cual se presente la solicitud. Para que esto tenga sentido, es necesario indicar en la demanda de inconstitucionalidad, cuál es el caso concreto que la motiva. Si, más adelante, el mismo caso concreto resultara ventilado en un procedimiento judicial, la parte beneficiada con el pronunciamiento, invocaría la sentencia de la Suprema Corte dictada al resolver sobre la solicitud presentada por vía de acción.¹⁵

2.d - Y tal como se dijera precedentemente, la Constitución uruguaya prevé también la **vía de oficio**, conforme a la cual, si ninguna de las partes de un procedimiento judicial se ha considerado perjudicada por la aplicación de una ley, pero el juez que estudia el asunto advierte (antes de dictar sentencia) que hay una ley que resultaría aplicable al caso y que él considera inconstitucional, el magistrado puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de oficio, es decir, sin que nadie se lo pida. Y solicitada de oficio, también se suspende el procedimiento y se llevan los autos a la Suprema Corte de Justicia.¹⁶

¹⁴ Ver. **Cassinelli Muñoz**, Derecho Público, t. 2, p. 89; **Korzeniak**, op. cit. p. 148; **Risso Ferrand**, op. cit. p. 166; **Correa Freitas**, 'Derecho Constitucional Contemporáneo', t. I, p. 138, ed. F.C.U., año 1993; **Vescovi**, op. cit. págs. 320 y 323; **Bidart Campos**, 'Manual de la Constitución Reformada', t. 1, ed. Ediar, año 1996, págs. 356/357.

¹⁵ Ver **Cassinelli Muñoz**, Derecho Público, t. II, p. 90; **Correa Freitas**, op. cit. p. 138; **Korzeniak**, págs. 147/148; **Risso Ferrand**, op. cit. p. 167; **Bidart Campos**, op. cit. págs. 356/357.

¹⁶ Ver. **Cassinelli Muñoz**, op. cit. p. 89; **Korzeniak**, op. cit. p. 147; **Correa Freitas**, op. cit. p. 138; **Risso Ferrand**, op. cit. p. 167; **Vescovi**, op. p. 320.

3 - Facultades decisorias del órgano de control

3.a - En Uruguay, al igual que en la generalidad de los sistemas de control modernos, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad (o constitucionalidad) es decisoria (aún cuando sólo produce efectos en el caso concreto en el que se haya pronunciado). Por tanto, no se trata de un simple dictamen o de una declaración consultiva, que debe ser compartida, ratificado o confirmada por otro órgano, sino que el pronunciamiento del órgano de control tiene efectos vinculantes y obligatorios para el resto de los poderes del Estado.

3.b - Y claro está, que al igual que en la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad modernos, se trata de un control reparador o 'a posteriori', por oposición al control preventivo o 'a priori' que rige en la Constitución francesa del año 1958 conforme a la cual un Consejo Constitucional posee facultades para examinar la constitucionalidad de las leyes, -en realidad de los proyectos de ley- antes de que sean promulgadas.¹⁷

4 - Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

4.a - La Constitución Uruguaya partiendo de la premisa de que en aplicación del principio de separación de poderes, sólo al Poder legislativo le compete producir y derogar normas con efectos generales y abstractas, a los efectos de no entrar en colisión con el referido principio (así entendido) y siguiendo el sistema norteamericano, prevé que el fallo que decide la inconstitucionalidad de una norma circunscribe esa decisión para el caso sentenciado, sin obligar a otros tribunales y sin incluso atar al mismo tribunal (Suprema Corte de Justicia) para otro caso similar. La norma inconstitucional, pues, no es aquí derogada: solamente queda inaplicada en la litis concreta.^{18/19}

¹⁷ 'Inconstitucionalidad y Derogación', Revista Doxa, p. 45, Claudia Ornesu, Jorge L Rodríguez y Germán Sucar.

¹⁸ El art. 259 de la Constitución Uruguaya establece que "El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado".

¹⁹ Claudia Ornesu, Jorge L Rodríguez y Germán Sucar., op. cit. p. 47/48.

4.b - Enseña **Real**²⁰ que el poder judicial ejerce su función natural al determinar las normas vigentes y válidas aplicables al caso y descartar tanto las leyes derogadas como las inválidas por contrariar lo dispuesto por las normas superiores, constitucionales que los poderes constituidos no pueden alterar. Y explica el referido autor que al ejercer su específica función jurisdiccional el Poder Judicial no invade la competencia de otros poderes, en especial del legislativo, cuya legítima discreción política queda intacta, pero sujeta a los límites jurídicos dentro de los cuales existe.

4.c - El efecto concreto del fallo que declarara la inconstitucionalidad, supone que la ley aunque se le haya declarado inconstitucional sigue vigente y que, por tanto, se seguirá aplicando a todo aquel que no hubiese obtenido a su favor una sentencia que declare dicha inconstitucionalidad²¹. En el sistema uruguayo entonces, la norma inconstitucional únicamente puede ser abolida por quien la dictó: el Poder Judicial se limita a no efectivizarla exclusivamente en el caso sentenciado.²²

4.d - Si la inconstitucionalidad se planteó por vía de excepción, o de oficio, el fallo de la Corte que acoge la pretensión y declara la inconstitucionalidad, vinculará solamente a las partes (y al juez de la causa) y en el proceso concreto en que se formuló el planteo. La Corte se limita a pronunciarse exclusivamente sobre la regularidad constitucional de la disposición normativa impugnada (como cuestión prejudicial para el juez o el Tribunal actuante) careciendo de jurisdicción para emitir opinión sobre el mérito del asunto en cual se planteó la inconstitucionalidad, pues ello lesionaría la independencia del órgano jurisdiccional interviniente, el que deberá resolver según su criterio, el asunto sometido a su jurisdicción

²⁰ **Real**, op. cit. p. 2

²¹ v. **Korzeniak**, op. cit. p. 147.

²² Según señala **Gelsi Bidart**: "... se trata de una sentencia ... constitutiva de la no-eficacia de la ley en el caso concreto, vale decir, de su inaplicabilidad e inaplicación en el mismo, si se declara inconstitucional. ..." (Rev. Judicatura, Junio/88, N° 23, págs. 20/21). (ver asimismo el **informe de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores del 30/8/1962**, 'La declaración de inconstitucionalidad de las leyes', Publicación de Anales Administrativos, Mdeo. 1970, pág. 110)

ordinaria, ateniéndose al pronunciamiento de la Corte sobre la inconstitucionalidad.²³

4.e - Si la inconstitucionalidad se planteó por vía de acción, el pronunciamiento de la Corte impedirá la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, respecto de la persona que consiguió dicha declaración.^{24/25}

4.f - Sostiene **Korzeniak**²⁶ que la solución de la Constitución uruguaya (efectos circunscriptos a la controversia decidida) refleja que en ese delicado y no siempre bien coordinado equilibrio entre el principio de la separación de poderes y el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley, el Constituyente uruguayo se ha inclinado en este tema por atender con más énfasis al principio de separación de poderes.

²³ Ver **Vescovi**, op. cit., p. 326; **Cassinelli Muñoz**, op. cit. p. 93; **Risso Ferrand**, op. cit. p. 180.

²⁴ V. **Vescovi**, op. cit., p. 326; **Risso Ferrand**, op. cit. p. 180.

²⁵ En lo que refiere a los efectos temporales de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, a nivel doctrinario se manejan distintas posiciones: una de ella que sostiene que **la sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos a la fecha de entrada en vigor de la ley** (ver en tal sentido: **Korzeniak**, op. cit., p. 152; - **Risso Ferrand**, 'Derecho Constitucional', t. 1, ed. F.C.U., año 2005, págs. 183/184 y en 'Tercer Coloquio – Contencioso de Derecho Público – Responsabilidad del Estado y Jurisdicción', págs. 105 /109; - **P. Balarini** 'Sobre el efecto temporal de la declaración de inconstitucionalidad', Rev. de Derecho Público, t. II, p. 133/137; - **D. Artecona**, 'Efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad', Rev. de Derecho Público, t. II, págs. 128/131; - **E. Gallicchio**, 'Una jurisprudencia errónea: Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad' en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, ,págs. 193/203; - **Cassinelli Muñoz**, 'Vías y efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad, en 'Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, págs. 129 y ss.; y **A. Pérez Pérez**, 'Eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes', págs. 113/153, en 'Tercer Coloquio – Contenciosos de Derecho Público – Responsabilidad del Estado y Jurisdicción', ed. Universidad). En sentido distinto entiende **Jorge Larrieux** **la declaración de inconstitucionalidad retrotrae sus efectos hasta la fecha de la demanda** ('Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, en 'Revista Judicatura' N° 33, págs. 167 y ss.), y en el mismo sentido se pronuncia **Arlas** ('La declaración –en vía principal- de inconstitucionalidad de las leyes en el Derecho Uruguayo', en 'R.U.D.P., P. 1975, N° 3, págs. 25/26).

²⁶ **Korzeniak**, op. cit. p. 147.