

## RESOLUCIÓN DE CASOS DE DERECHOS HUMANOS: ACCIÓN DE AMPARO Y DERECHO DE PROPIEDAD

*Martín Risso Ferrand\**

### I. OBJETO DEL PRESENTE COMENTARIO

La sentencia 22/2017, de 1 de marzo de 2017, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, rechazó un recurso de apelación promovido contra una sentencia de la Jueza de FERIA, que había rechazado el petitorio de amparo de suspensión parcial del Decreto 377/017, reglamentario de la ley 19.247 (comercialización, tenencia y porte de armas de fuego).

La sentencia presenta dos aspectos claramente diferenciables: a) por un lado la problemática de si existen en la especie otras vías idóneas para la protección del derecho en juego y la eventual subversión del sistema procesal ordinario y b) la problemática concreta respecto al derecho de propiedad.

En este comentario procederé de la siguiente forma: en primer lugar, procuraré situar el caso para que resulte comprensible para el lector. Luego haré muy breves menciones a la cuestión de las vías idóneas, para detenerme con mayor profundidad en lo referido al derecho de propiedad, los conceptos de limitación y privación (expropiación) y de justa y previa indemnización.

En este segundo punto, haré mención a mi reciente trabajo “Guía para la resolución de casos de Derechos Constitucional y Derechos Humanos” (FCU, 2017), pues creo que la sentencia toma una práctica muy común en nuestra jurisprudencia y que debería, a mi juicio, ser revisada.

No se analizará la cuestión a la luz del principio de legalidad, por haber optado los actores por no utilizar este principio.

Prescindiré de la cuestión referida a la libertad de comercio, casi no mencionada en la sentencia (no se emplea el principio constitucional de proporcionalidad), pues este principio requeriría un desarrollo muy extenso que superaría lo que es habitual en una nota de jurisprudencia.

---

\* Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Uruguay. Correo electrónico. [mrisso@ucu.edu.uy](mailto:mrisso@ucu.edu.uy)

## II. EL CASO RESUELTO

En lo que refiere al derecho de propiedad cuya violación se invocó, los actores peticionaron que se suspendiera parcialmente la aplicación del Decreto 377/016, hasta se resuelva el recurso de revocación interpuesto en sede administrativa y, si se desestima, hasta el pronunciamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o hasta que se proceda al pago de la previa indemnización del artículo 32 de la Constitución.

De la reglamentación de ley 19.247 debe tenerse presente que:

- A) De los artículos 2 a 18, se desprende que muchas armas que hasta la entrada en vigor de la Reglamentación eran autorizadas, y muchas de ellas eran y son poseídas por particulares y comercializadas de acuerdo a derecho, quedan prohibidas.
- B) Asimismo, el artículo 19 del Decreto, refiriendo a estas armas, permitidas antes y prohibidas ahora, dispone que deberán a) ser entregadas al Servicio de Material y Armamento (del Ministerio de Defensa) para su destrucción (esto es bajo apercibimiento de sanciones administrativas y penales) o b) mantenerlas, en algunos casos, con la correspondiente autorización, y siempre que se encuentren desactivadas y se les retire el sistema de percusión (que no podrá estar en el mismo recinto que el arma de fuego). En la segunda hipótesis el arma es desnaturalizada, pierde su función original y no sirve para nada.
- C) Adviértase, además, que en la hipótesis de desactivación se requiere una autorización especial que no se sabe quién la otorga ni en qué casos se otorgará o, incluso, si se otorgará en algún caso.
- D) El artículo 52 refiere a la incautación y destrucción de armas.
- E) También el Decreto establece que salvo autorización especial y el caso de los coleccionistas, nadie podrá poseer más de tres armas, y quienes superen dicho número deberán entregar o destruir las sobrantes.

La situación es clara. Personas que, con anterioridad al Decreto adquirieron armas en forma absolutamente regular, se encuentran ahora en la siguiente situación: (a) si se trata de armas ahora prohibidas, deberán entregarlas al Estado para su destrucción o desactivarlas (el sistema de percusión deberá guardarse en otro recinto); b) si no lo hacen se exponen a sanciones penales, multas y a la incautación del arma; y c) las armas que sin ser ahora ilícitas superen el número de tres por persona seguirán el mismo destino pero sin posibilidad de desactivación.

A primera vista se aprecia que se trata de una expropiación ya que (i) se obliga a la salida de bienes del patrimonio de un sujeto para que, entregados al Estado, este los destruya (expropiación directa o sin atenuantes) o (ii) se fuerza a que los propietarios, previa autorización, desactiven sus armas, las inutilicen, las hagan inútiles para su fin original (es como obligar a que a un auto se le saque el motor, por lo que ya no será un automóvil), o sea que dejen de ser un arma (lo que implica una expropiación encubierta, indirecta, bastardeada, ya que el propietario se queda con unos fierros inservibles, con el recuerdo de un arma).

Y también a primera vista se aprecia que no está previsto el pago de la justa y PREVIA indemnización del artículo 32 de la Constitución.

La sentencia que se comenta, además de las consideraciones relativas a las vías idóneas y subversión del sistema procesal, rechazó la apelación (y el amparo), en razón de que: (a) como existe en algunos casos la posibilidad de mantener las armas desactivadas no habría lesión al derecho de propiedad; (b) si se incautan las armas sería por no observar los requisitos legales; (c) los derechos no son absolutos (excepto la vida) y cuando hay colisión entre dos órdenes de intereses debe armonizarse y los intereses individuales ceden ante los colectivos; y (d) si el sacrificio del interés individual sufre daños debe procederse por la vía de la responsabilidad del Estado.

### III. EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS IDÓNEOS Y SUBVERSIÓN DEL SISTEMA PROCESAL ORDINARIO

Se expresa en la sentencia que: a) el amparista habría reconocido que existen otros medios que permiten obtener el mismo resultado que el que pretende con el amparo (Considerando I); b) los actores no solicitaron la suspensión del acto en sede administrativa; y c) la mera demora de la tramitación de los recursos administrativos no puede asimilarse a una patente ineficacia de la vía administrativa.

No es cierto que los actores hayan reconocido que existían otros medios idóneos, sino que, por el contrario, en el tercer agravio, expresaron los demandantes:

*El artículo 2 de la ley 16.011, establece que La acción de amparo sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B) del artículo 9° o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. Si la acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones.*

*Es muy claro el artículo: a) el amparo no procede cuando existan medios judiciales o administrativos que permitan el mismo resultado que el previsto en el literal B del artículo 9 o b) sin son claramente ineficaces.*

*Se equivoca la sentencia [la de primera instancia] cuando entiende que la vía recursiva es vía idónea. ¿Qué dice la experiencia y los hechos públicos y notorios? Pues que la vía recursiva es algo en favor del Estado que nunca revoca (salvo casos excepcionales) y nunca suspende la ejecución del acto. O sea, posibilidad de que proceda la suspensión en vía administrativa es cero.*

*No es razonable pensar que la vía administrativa es vía idónea. No debió olvidar la sentenciante que al comenzar la audiencia buscó instancias de conciliación y sugirió por ejemplo suspender la audiencia por unos días para que las partes pudieran dialogar y la respuesta del demandado fue que no, que no había nada para conversar. El Poder Ejecutivo no va a suspender ni revisar nada.*

*Ni la vía recursiva ni el procedimiento de suspensión ante el TCA, que dura nunca menos de un año y muchas veces termina el principal antes, son vías idóneas.*

*Esta ha sido siempre la posición mayoritaria a nivel jurisdiccional y unánime a nivel doctrinal.*

*El argumento de la sentencia debe rechazarse y concluir que no hay otra vía idónea alternativa al amparo.*

*No se admitió ni reconoció la existencia de otros medios idóneos sino todo lo contrario.*

*Tampoco es cierto que no se haya pedido la suspensión del acto en sede administrativa. Se expresó en el numeral 16 de la demanda que:*

*(Inexistencia de otro medio judicial o administrativo que permita obtener el mismo resultado (defensa efectiva y rápida del o de los derechos). Los actores hemos recurrido el Decreto 377/016*

*y hemos solicitado en sede administrativa la suspensión de su ejecución, pero es sabido que el Estado dispone de 150 días para pronunciarse y normalmente no se pronuncia por lo que no es vía idónea. La jurisprudencia es conteste en que la vía recursiva, e incluso la acción de nulidad ante el TCA (con su eterno proceso de suspensión) no son vías idóneas (la acción de nulidad puede demorar tres años sin problemas y el proceso de suspensión siempre más de uno).*

*No existe otro medio efectivo para lograr la tutela que se solicita en autos ya que: (a) la vía de la petición administrativa y posterior recurso implica meses de espera por lo que no es idónea; (b) tampoco lo es, por su duración, un proceso ordinario; (c) existe unanimidad jurisprudencial en cuanto a que ni la acción de nulidad ni la potestad del artículo 2° de la ley 15.869 son vías idóneas pues demoran años de trámite.*

El pedido de suspensión fue reconocido por el demandado quien señaló que se había efectuado por parte de algunos de los centenares de recurrentes, pero en los hechos la cuestión es la misma, ya que el pedido de suspensión de un acto general y abstracto afecta a todos los involucrados en el Decreto.

Tampoco puede aceptarse la afirmación de que el mero transcurso del tiempo no signifique ineficacia del medio. Y esto es evidente, los actores tienen un plazo de un año que comenzó el 24 de diciembre de 2016 para entregar las armas o, en algunos casos, desactivarlas. O sea, el despojo y violación del derecho de propiedad se producirá antes de que se pronuncie el Poder Ejecutivo o el TCA. Al no hacerse lugar al amparo, la violación de los derechos humanos es inevitable.

Por último, la afirmación de que se subvertiría el régimen procesal ordinario e incluso el de tutela diferenciada que caracteriza las estructuras monitorias o el sistema cautelar si se admitiera que la mera demora es causa habilitante para el amparo, no puede ser aceptada. Y esto por varias razones: (a) en primer lugar en la medida que teniendo el amparo rango constitucional (artículos 7 y 72 de la Carta) e internacional, no puede subvertir el sistema procesal inferior sino que, en todo caso, la solución sería la inversa y sería la ley la que debería adaptarse a las normas superiores; (b) en todos los Estados democráticos de Derecho, existen estos recursos especiales y ultra rápidos de rango constitucional (amparo, writ of mandamus o injunction, mandatos de seguridad, acciones de protección, etc.), y su objeto es justamente evitar las demoras de los procesos ordinarios y que queden sin protección derechos humanos durante la sustanciación del proceso: no puede haber subversión de tipo alguno (se quiere dar al derecho lesionado una solución rápida); (c) la afirmación del Tribunal implica interpretar la Constitución “desde” la ley, pero la solución correcta es interpretar la ley “desde” la Constitución.<sup>1</sup>

En definitiva, no pueden compartirse las afirmaciones del Tribunal en este punto.

Cumpliendo con el anuncio de tratar este primer punto en forma breve, limito el análisis a lo dicho, sin perjuicio de remitir a lo expresado anteriormente al respecto.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “La defensa jurídica de la Constitución”, en *La defensa jurídica de la Constitución*, Cuadernos de la Facultad de Derecho, 1986. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, 2001. Riso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, reimpresión 2015, FCU, pp. 265/285 (y trabajos citados en dicho capítulo).

<sup>2</sup> RISSO FERRAND, Martín, “La acción de amparo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, 2015, N° 12, La Ley Uruguay, Montevideo, 2015, pp. 463/499 (en especial pp. 477/478).

#### IV. RESOLUCIÓN DE CASOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Los casos, en materia jurídica, tienen pautas y reglas de solución muy parecidas. Sin perjuicio de esto me limitaré a los casos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos descartando toda pretensión de abarcar otras áreas.

En estos casos se pueden individualizar cuatro partes o etapas lógicas de la solución del caso: (a) determinación de las pautas, reglas, premisas y métodos interpretativos apropiados para el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos; (b) análisis de la plataforma fáctica, comprendiendo los hechos, valorando la prueba sobre ellos y extrayendo de su estudio cuáles son las primeras señales en cuanto a cual es el marco aplicable en principio; (c) determinación del marco jurídico aplicable; y (d) la “construcción” de la solución para el caso.<sup>3</sup>

A diferencia de lo que es frecuente en otras ramas del Derecho, en Derecho Constitucional y especialmente en materia de derechos humanos, no se encuentran habitualmente “reglas” que permitan encontrar en ellas la solución al caso a resolver. Por el contrario, siendo estas normas mayoritariamente de “principio”, la solución no se “encontrará” en el orden jurídico anterior, sino que deberá ser “construida” sobre el marco jurídico aplicable, o dentro de dicho marco<sup>4</sup>.

En este esquema la definición del marco aplicable al caso es inevitable.

Es frecuente que, en casos de derecho civil o derecho penal, no sea necesario mucho detenimiento en estas etapas (las pautas interpretativas son conocidas suficientemente por la mayoría de los operadores jurídicos y es fácil individualizar el marco jurídico en general ya conocido por el operador). Pero en el caso en estudio, como en general en todos los casos de derecho constitucional y derechos humanos, la situación es distinta. Por un lado, el operador jurídico uruguayo, salvo pocas excepciones, no conoce con la misma profundidad el marco constitucional e internacional aplicable al caso (su formación ha sido básicamente de derecho privado), teniendo solo algunas referencias, en general, insuficientes para resolver el litigio. Esto, sumado a la presencia de más normas de principio que reglas, hace que esta etapa de determinación del marco jurídico aplicable sea básica en estos casos.

El Tribunal no se detuvo en el análisis de cuál era el marco constitucional e internacional y esto condicionó lo que resolvió respecto al fondo del asunto (la sentencia no coincide con el orden constitucional e internacional).

<sup>3</sup> Con más detalle: Riso Ferrand, Martín, *Guías para la resolución de casos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos*, FCU, 2017.

<sup>4</sup> Sobre la diferencia entre reglas y principios y sus consecuencias: Alexy, Robert (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), p. 86 y ss. Díez- Picazo, Luis María (2005), *Sistema de Derechos Fundamentales* (Madrid, Edición Thomson – Civitas) p. 44. Gamarra, Jorge, (2016) “Argumentación e interpretación judicial desde una sentencia de Macedo”, en *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, Año IV, tomo IV, 2016, FCU, pp. 105/114. Hesse, Konrad (2011), *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid, Edit. Democracia y Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales). Nogueira Alcalá, Humberto (2007), *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales, tomo I*, (Santiago de Chile, Edit. Librotecnia). Nogueira Alcalá, Humberto (2010), *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones* (Santiago de Chile, Edit. Librotecnia). Zagrebelsky, Gustavo (2007), *El derecho dúctil* (Madrid, Ediciones Trotta), p. 109 y ss. Riso Ferrand, Martín, *Guía para la resolución de casos de derecho constitucional y derechos humanos*, FCU, Montevideo, 2017, p. 19 y ss.

## V. DETERMINACIÓN DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE

Este paso lógico habría permitido advertir que el derecho de propiedad, derecho humano así reconocido por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tiene una regulación precisa en la Constitución que, a su vez, coincide plenamente con la regulación internacional universal y regional.

Conforme el artículo 32 de la Constitución el derecho de propiedad puede ser objeto de **dos formas** de intervención legislativa:

- a) En la primera oración del artículo 32, la **limitación**, dictada por ley y por razones de interés general, que implica restricciones para el propietario (que seguirá siéndolo) que no desnaturalizan el derecho, que no lo transforman en una grotesca caricatura (los ejemplos son conocidos: alturas máximas de los edificios, prohibición de instalar plantas nucleares en inmuebles y muchos más). *El bien sigue en posesión del propietario y sigue siendo lo que era antes pese a las limitaciones. Y*
- b) En el inciso 2 del artículo 32, la **privación** del derecho o **expropiación**, que implica que el propietario deja de serlo, que el bien sale de su patrimonio e ingresa en el patrimonio de otro (en general en el de una persona jurídica de derecho público). El propietario no tendrá luego en su poder el mismo bien que tenía antes. En este último caso, el más grave, la Constitución prevé varias garantías: (i) ley basada en utilidad o necesidad pública (conceptos más restrictivos que el interés general); (ii) **pago de una justa y previa indemnización**, etc.<sup>5</sup>

Existe jurisprudencia latinoamericana (Corte Interamericana) y europea (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que es contundente en esta materia. Toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes y no se puede realizar su privación sin indemnización<sup>6</sup> Es claro que, conforme a la normativa constitucional e internacional, el derecho de propiedad puede ser objeto de a) limitaciones y de b) privaciones o expropiaciones (son cosas totalmente distintas, con regulación constitucional diferente y confundir los casos de limitación y los de privación o expropiación es un error importante).

Asimismo, debe tenerse presente que para determinar si el denunciante fue privado de sus bienes, el tribunal no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada.<sup>7</sup> Si no fuera así bastaría con que el Estado invente nombres diferentes a privación y expropiación, o establezca extraños procedimientos para el desapoderamiento, para eludir la garantía constitucional de indemnización previa. El mero artilugio formal no puede ser válido para eludir la sustancia.

Nuestra doctrina, a diferencia de la sentencia que se analiza, no ha presentado ni presenta dudas ni fisuras respecto a la distinción entre limitación y privación (expropiación)

<sup>5</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, ediciones Cámara de Senadores, pp. 356/359. Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho Público*, vol. I, pp.79/80. Esteva, Eduardo, *Derecho Constitucional 2*, vol. VI, Montevideo, 1981, pp. 64/65. Riso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional ... cit.*, pp.709/712.

<sup>6</sup> Caso Baruch Ivcher Bronstein v. Perú. Caso Comunidad Mayagna v. Nicaragua.

<sup>7</sup> Tribunal Europeo, sentencia de 23 de noviembre de 2000, caso Ex Rey de Grecia y Otros v. Grecia.

ni en cuanto a la exigencia de PREVIA y justa indemnización.<sup>8</sup> Es cierto, como se señala en los trabajos citados, que existe una excepción constitucional en los artículos 231 y 232, pero en tanto excepción es de interpretación estricta y no pueden agregarse nuevas excepciones y mucho menos por acto administrativo. Es la única excepción constitucional a la garantía de la indemnización previa.

Sayagués y toda nuestra doctrina ha sido conteste en que la protección del artículo 32 de la Carta refiere tanto a inmuebles como a muebles<sup>9</sup>. La sustracción de un bien del patrimonio de un sujeto y la desnaturalización de un derecho (como surge de la obligación de desactivarlo, desmembrarlo e inutilizarlo para su fin y función específica) sin indemnización previa, colide con los artículos 7 y 32 de la Constitución.

La expropiación puede ser formal o encubierta. En el primer caso, normalmente utilizando la expresión “expropiación”, el Estado persigue el desapoderamiento de bienes propiedad de particulares para que ingresen en otro patrimonio. Pero otras veces hace algo distinto, esconde o disimula la cuestión, no llama a la expropiación por su nombre y busca eludir las garantías constitucionales. La segunda es la variante del Decreto. No plantea la expropiación formal, directamente, sin vueltas, lo que conduciría a la indemnización que evidentemente el Estado no quiere pagar. Por el contrario, presiona (con amenazas de sanciones penales y administrativas) la entrega de las armas sin indemnización previa. Y también prevé la posibilidad de desactivación, o sea, la desnaturalización e inutilización de las armas. Veamos más esto último a la luz de las pautas y criterios constitucionales.

La desnaturalización del derecho, o afectación del contenido esencial del derecho<sup>10</sup>, es contraria a derecho. Una cosa es limitar y otra desnaturalizar. La primera puede ser conforme a derecho, la segunda nunca lo es. Si se da a un sujeto la opción entre la expropiación de un vehículo sin indemnización o que se lo quede, pero sin motor, la inconstitucionalidad es la misma: se extrae un bien concreto del patrimonio de un sujeto o se lo inutiliza. En ambos casos estamos frente a una expropiación que requiere una previa indemnización. En ninguno de los dos casos el sujeto tendrá luego el mismo bien que tenía antes: o no tendrá nada o tendrá algo totalmente distinto e inservible.

El Estado debió prever las indemnizaciones y no enfrentarse en el futuro a centenares de miles de juicios. Asimismo, siendo la indemnización **previa** se está actuando en forma contraria a derecho.

No puede el Estado decir que pagará luego de que le inicien un juicio, pues la garantía constitucional dice que la indemnización, además de justa, debe ser **previa**. Las previsiones del Decreto son inconstitucionales y el derecho debe ser protegido.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución Nacional, tomo I*, edición Cámara de Senadores, 1992, pp. 356/359. Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho Público, tomo I*, FCU 1985, p. 79 y ss. Esteva, Eduardo, *Derecho Constitucional 2*, tomo VI, p. 79. Risso, Martín, *Derecho Constitucional*, tomo I, FCU 2015, p. 709 y ss.

<sup>9</sup> Sayagués, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, FCU, 1987, tomo II, p. 424.

<sup>10</sup> Favoreu, Louis y Otros, *Droit Constitutionne*, segunda edición, Edition Dalloz, París, 1999, p. 86. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitucional*, edit. Ariel, 1970, p. 398. Álvarez Conde, Enrique, *El régimen político español*, segunda edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1985, p. 227 y ss. Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos* Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 112 y ss. Risso, Martín, *Derecho Constitucional ... cit.*, p. 487 y ss.

La sentencia confunde la noción de limitación con la privación (expropiación), dice que no hay expropiación en autos y concluye que no se requiere previa indemnización. El error de esto es muy claro:

La privación de la propiedad sobre un bien, o expropiación, se produce cuando el Estado (en sentido amplio) se apropia (por cualquier medio) de un bien mueble o inmueble de un sujeto o lo desnaturaliza.

En la limitación, en cambio, el bien permanece en el patrimonio original, pero sujeto a restricciones legales (por ejemplo, alturas máximas de los edificios, permisos de construcción, etc.). Pero el bien sigue siendo el mismo que era antes, aunque con restricciones que no lo inutilizan para su uso.

El Decreto, cuando presiona y amenaza a las personas para que entreguen los bienes al Estado para su destrucción o cuando los incauta directamente, así como cuando los fuerza a desnaturalizar e inutilizar el bien, está estableciendo, inconstitucionalmente, expropiaciones sin el pago de la previa indemnización.

Cuidado con esto: hasta hoy nadie sostuvo en nuestro país que se puede desposeer a un sujeto de bienes legítimamente adquiridos y poseídos (salvo en los casos de delitos, o sea, como pena) y pasarlos al Estado sin la indemnización previa. Y no es bueno innovar en algo tan claro, tan sensible y tan importante.<sup>11</sup>

## VI. MÁRGENES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES INFRANQUEABLES PARA LAS AUTORIDADES

La sentencia, siguiendo viejas afirmaciones de la Suprema Corte de Justicia<sup>12</sup>, sostiene que todos los derechos son limitables por ley (llega a afirmar que lo contrario sería una concepción antisocial). Quizás la Constitución sea antisocial pues establece otra cosa.

Asimismo, siguiendo una desafortunada expresión de la Suprema Corte de Justicia, se incrementa el error diciendo que el único derecho absoluto es la vida. Esto tampoco es así. Si se repara en el artículo 7 de la Carta se verá que la regulación de la vida es la misma que la de la libertad, honor, seguridad, trabajo y propiedad. No hay forma de extraer consecuencias para la vida que no sean aplicables a los otros derechos preexistentes (o bienes jurídicos), ya que donde no distingue la norma no puede distinguir el intérprete. Además, ya Jiménez de Aréchaga (hace ochenta años) explicó que los derechos preexistentes son ilimitables, pero en el artículo 7, el derecho a ser protegido en el goce de la vida, al igual que respecto a los otros bienes jurídicos, sí es limitable<sup>13</sup>.

Veamos la cuestión. Existen en la actualidad dos grandes modelos de reserva legal. El alemán, en el que el legislador puede intervenir en todos los derechos con lo que se garantiza la supremacía legislativa y el francés en que el legislador solo puede intervenir cuando existe

<sup>11</sup> Incluso se ha cuestionado la constitucionalidad de la toma urgente de posesión, exclusiva para inmuebles, pero en este caso, cuando se toma la posesión, hay una tasación y el Estado depositó a la orden de un tribunal dicho monto.

<sup>12</sup> En las sentencias de la Suprema Corte de 2016, sobre la constitucionalidad de la ley de medios, parece haber corregido estos aspectos.

<sup>13</sup> JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución ... cit.*, tomo I, p. 223/224.



texto constitucional que lo habilite<sup>14</sup>. Pero siempre implica que las materias incluidas en este principio no pueden ser reguladas por un acto jurídico distinto a la ley.

La reserva legal aparece en nuestro país, dentro de la modalidad francesa, como un componente básico dentro de la noción de Estado de Derecho. **En la Constitución uruguaya, la ley y solo la ley, pueden establecer limitaciones a los derechos humanos, pero: a) solo de aquellos derechos respecto a los que la Constitución permite expresamente su limitación (no de todos) y b) en esos casos, solo dentro de los límites y márgenes de actuación que establece la Constitución y el DIDH.**<sup>15</sup>

El derecho constitucional y el internacional, entre otras cosas, establecen márgenes para la determinación de fines y medios que resultan infranqueables para el legislador y para toda autoridad pública. Hay límites infranqueables, por ejemplo, prohibición de la pena de muerte, prohibición de la tortura, interdicción de la censura previa, derecho a promover una acción de inconstitucionalidad, exigencia de razones de interés general, de orden público, seguridad, etc. Y, por supuesto, la valla infranqueable, para los casos de expropiación, que impide la expropiación sin el pago de una indemnización justa y previa, salvo la excepción de los artículos 231 y 232 de la Constitución.

Admitir que el Estado, sin pagar previa y justa indemnización, quite a los particulares bienes legítimamente adquiridos por ellos o los **obligue** por caminos diversos a que entreguen dichos bienes para su destrucción o que los inutilicen o desnaturalicen, es tan inconstitucional como una pretensión de torturar a un sujeto para obtener información y decir que luego inicie un juicio reparatorio.

## VII. ALGUNOS ASPECTOS PUNTUALES

Se señala en la sentencia que no habría lesión del derecho de propiedad pues se permite mantener las armas desactivadas. Pero esto no puede aceptarse:

- a) En primer lugar, esta opción no es para todas las armas sino para las que devinieron ilícitas, o sea, para todas las otras armas no hay opción.
- b) En los casos en que se permite mantener el arma, se condiciona esto a una autorización que no se sabe quién la otorgará, en qué casos se otorgará y si se otorgará y, además, se olvida que la desactivación (retiro del sistema de percusión y depósito en un inmueble distinto), desnaturaliza el arma, la arruina, la hace no idónea para su fin y cometido original. El arma deja de ser un arma y pasa a ser un recuerdo o una caricatura de arma. Es como si se prohibiera la tenencia de determinado tipo de automóviles, pero se dijera que deberán ser entregados al Estado o retenidos por sus dueños, pero sin motor. En ambos casos hay lesión grosera del derecho de propiedad. En un caso por apropiarse de un automóvil (o forzar su entrega) y en el segundo por desnaturalizar totalmente el vehículo transformándolo en otra cosa (el propietario tendrá algo distinto a lo que tenía y sin

<sup>14</sup> NOGUEIRA, Humberto, *Derechos Fundamentales ... cit.*, p. 89.

<sup>15</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional", en *Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías*, Facultad de Derecho, UdelaR. Risso, Martín, *Derecho constitucional ... cit.*, p. 474 y ss.

idoneidad para cumplir su fin: dejó de ser un automóvil). En ambos casos hay expropiación y en ambos casos se debe indemnizar.

- c) Dice la sentencia que si en el futuro se incautan las armas sería por no observar los requisitos legales. Pero olvida que estas armas fueron adquiridas y son poseídas de conformidad con el orden jurídico y si el Estado desea cambiar la regulación podrá hacerlo, pero para apropiarse de algo que no le pertenece y que regularmente se encuentra en el patrimonio de un sujeto deberá expropiar y pagar la previa indemnización. Si se desea incautar bienes regularmente adquiridos se deberá recorrer el camino de la expropiación como marca nuestra Constitución.
- d) Afirma la sentencia que en el caso estarían en conflicto intereses generales (no se sabe cuáles son<sup>16</sup>) e intereses individuales y deben primar los primeros y, eventualmente se podrá configurar responsabilidad del Estado. La primacía de los intereses colectivos sobre los individuales es un viejo tema en nuestro país y el mundo. La primacía de los intereses colectivos se aproxima, inequívocamente, a soluciones transpersonalistas que no son de recibo en nuestra Constitución (por supuesto que no atribuyo esta intención al Tribunal, pero se ingresa en un tema peligroso). La Corte Interamericana ha alertado sobre el riesgo de estos criterios<sup>17</sup>. Además, no hay en la especie intereses colectivos contrapuestos con los individuales (ver nota al pie 17).

## VIII. ALGUNOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS APROPIADOS PARA ESTOS CASOS

No se consideraron en la sentencia en estudio los principales criterios interpretativos en materia de derechos humanos, entre los que tiene una singular trascendencia el principio “*pro homine*” o *pro persona*<sup>18</sup>. De este principio se extraen consecuencias importantes:

- a. En primer lugar, la *directriz de preferencia de interpretaciones*, que implica que, entre las distintas posibilidades interpretativas de una norma, debe escogerse la más protectora para la persona y para el derecho humano en juego. A juicio de SAGÜÉS<sup>19</sup> este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones: (\*) Por un lado el principio *pro libertatis* que postula entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego. (\*) Y por otro el principio de protección a la víctima (o *pro victima*).

<sup>16</sup> En realidad, no hay ningún conflicto de intereses. Las armas que se obliga a entregar o desactivar, son de particulares conforme a derecho, están registradas y no se usan para cometer delitos. Las armas que usan los delincuentes son las que están en el país en forma irregular. Esto no tendrá ninguna consecuencia en la realidad.

<sup>17</sup> Opinión Consultiva 6, de 9 de mayo de 1986. Me remito a lo dicho en Risso, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición ampliada, FCU, 2011, p. 101 y ss.

<sup>18</sup> RISSO, Martín, *Guía ... cit.*, pp. 13/27.

<sup>19</sup> SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año XLII, segunda época, Buenos Aires, 1998, pág. 6 y ss.

- b. En segundo lugar, encontramos la *directriz de preferencia de normas*, que implica que frente a diversas regulaciones se debe optar por aquella que sea más favorable para el derecho, por la que lo proteja con más intensidad, con independencia de su nivel jerárquico.
- c. En tercer lugar, el principio de interpretación expansiva de los derechos humanos y la exigencia de que solo se admiten excepciones establecidas a texto expreso y que estas son de interpretación estricta.

## IX. ARMONIZACIÓN EN EL CASO EN ESTUDIO

En la sentencia se cita la sentencia 20/2008, del TAC de 5 Turno, referida a un conflicto de derechos entre particulares (empresarios y trabajadores con base en las ocupaciones de empresa), en la que cita una opinión del autor de este estudio. Y luego, el pronunciamiento en análisis, deriva en que los derechos deben ser armonizados, que todos los derechos son limitables y que sostener lo contrario sería una concepción antisocial (ya se analizó el problema de la limitación de derechos por ley).

El primer error de la cita y de las consecuencias que se extraen radica en no distinguir lo que en la propia cita se dice. Los derechos humanos tienen dos límites: (a) los que surgen de actos de autoridad (de la Carta o de la ley) y (b) los que surgen de la existencia de otros derechos (los derechos de uno terminan donde empiezan los de otros). La sentencia del TAC de 5 Turno, refiere a un caso de conflicto entre derechos humanos (hipótesis anterior “b”), esto es, coliden derechos de trabajadores y empresarios. En este caso debe procurarse la armonización de los derechos para construir la solución correcta. Claro que la armonización no es libre, sino que hay pautas, reglas y directivas para que sea ajustada a derecho.<sup>20</sup>

Pero en la sentencia que se comenta no hay conflicto entre derechos sino la privación de derechos por actos de autoridad pública y en este caso no hay armonización que valga, sino que hay que ver si la privación es ajustada a la Constitución. O sea, la cita y referencias a la armonización son incorrectas para este caso. Pero, además, en la especie, el artículo 32 inciso 2 de la Carta establece una valla, una prohibición, un margen de actuación que no puede eludirse: la indemnización en los casos de expropiación debe ser previa. Esto no es negociable, ni armonizable ni transable. No puede haber expropiaciones sin indemnización previa, salvo el caso de los artículos 231 y 232 de la Constitución.

## X. CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE DETERMINAR EL MARCO JURÍDICO (CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL) APLICABLE

Del relato de los hechos y de lo dicho en la demanda surge que el caso refería a una violación del derecho constitucional de propiedad. Si con esta base se hubiera procedido al análisis del marco jurídico, constitucional e internacional aplicable al caso, sin dificultad se habría visto:

- a. Que no puede confundirse los casos de *limitación* del derecho de propiedad (artículo 32 inciso 1 de la Constitución), de los casos de *privación o expropiación* (inciso

<sup>20</sup> Risso, Martín, *Derecho ... cit.*, tomo I, p. 546/551.

2 del artículo 32 de la Carta). Las confusiones entre limitaciones y expropiaciones se hubieran evitado.

- b. Que salvo el caso de los artículos 231 y 232 de la Constitución, no se puede expropiar un bien sin el pago de una justa y **previa** indemnización. No hay excepciones admisibles a esto. No se puede confundir esto con la posibilidad de juicios posteriores: la Constitución, para estos casos, ha optado sin excepciones, por la indemnización previa y no por un juicio posterior de responsabilidad del Estado.
- c. Que se trata de un conflicto de un derecho constitucional frente a un acto de autoridad, por lo que no hay armonización posible (como ocurre entre particulares) sino que hay que analizar si el acto de autoridad es ajustado a la Constitución.
- d. Que en los casos de expropiación la Constitución establece un límite infranqueable e inevitable: el pago de una indemnización previa y justa. Esto no se puede limitar ni por ley ni por acto administrativo ni por acto jurisdiccional. Y tampoco se puede eludir esta obligación del Estado con construcciones artificiales que pretendan ocultar la realidad.
- e. Que la desnaturalización de un derecho o la afectación de su contenido esencial, es ilícita y debe equipararse a la expropiación (encubierta, bastardeada o como se prefiera llamarla). Cuando el bien dejó de ser lo que era, cuando ya no puede cumplir con su fin básico, estamos ante una expropiación.
- f. Que en nuestro derecho es posible la confiscación sin indemnización, pero en casos concretos: de bienes en infracción, por ejemplo, decomisos de aduana, de bienes utilizados para la comisión de delitos, etc. Pero nada de esto se aplica en el caso en estudio ya que las armas habían sido adquiridas por las particulares conforme a derecho y los poseedores tienen todos sus derechos en regla. Ahora se cambia la norma, pues bien, que se expropie, pero que se cumpla con el artículo 32 de la Constitución.

Se aprecia que si se parte de la Constitución se advierte el enfoque correcto desde el punto de vista constitucional. Se aclaran dudas, se impiden confusiones y, la propia Carta, orienta al operador jurídico a la solución lógica que, en el caso en estudio, era el acogimiento del petitorio de amparo.

## XI. REFLEXIÓN FINALES

La jurisprudencia nacional pone de manifiesto que, en general, los jueces se mueven con solvencia al aplicar el ordenamiento jurídico infra constitucional y nacional (en especial el Derecho Civil, el Derecho de Familia, el Derecho Penal, etc.). La determinación del marco jurídico aplicable al caso se hace con claridad, en forma automática, no genera problemas y es la ley la que orienta el análisis y solución del caso.

Cuando pasamos a casos basados en la Constitución y en el DIDH, la cuestión cambia. Por múltiples razones históricas y culturales, los jueces, en general, no se manejan con la solvencia que ponen de manifiesto en las otras disciplinas. Ante esta realidad, es extraordinariamente importante que (a) se individualicen los criterios y bases interpretativas que no son necesariamente los infraconstitucionales; y (b) determinada la plataforma fáctica, y como etapa previa a la construcción de la solución del caso, se analice la plataforma

jurídica aplicable al caso, en especial las normas constitucionales e internacionales, para que sean dichas normas las que pauten la solución del caso y, que la sentencia, sea ajustada a las normas superiores y protectora de los derechos humanos. Si no se hace esto, salvo algunos casos muy especiales, las disposiciones constitucionales quedarán sin aplicación efectiva y los derechos constitucionales sin adecuada protección.

Por último, en los tiempos de los derechos humanos, los jueces se ven en la necesidad de aplicar directamente la Constitución y el DIDH y de proteger derechos constitucionales con una frecuencia mucha mayor a la anterior.

Se me ocurre que un ejemplo actual del rol de los jueces en la aplicación de la Constitución y en la defensa de los derechos humanos, lo podemos encontrar en la jueza Ann M. Donnelly (después vinieron otros, pero ella fue la primera), del Tribunal del Distrito Federal de Brooklyn, que fue la primera en suspender<sup>21</sup> el decreto del Presidente Trump que limitaba el ingreso a los Estados Unidos de personas provenientes de ciertos países. Con la Constitución en la mano, comprobando que el Decreto no cumplía con el principio de razonabilidad y violaba el principio de no discriminación, optó por suspenderle, al recién asumido Presidente Donald Trump, una de sus medidas estrellas durante la campaña laboral. Nada armonizó pues no hay intereses válidos en contra la Constitución. Entre la Constitución y la decisión del Gobierno (Presidente), optó por la Constitución (para bien de los derechos humanos, la Carta primó sobre lo político).

Cada vez es más apremiante la necesidad de aplicar directamente la Constitución y proteger los derechos humanos. Cada vez son más los reclamos. Y la determinación de los principios interpretativos, de la plataforma fáctica y la determinación del marco constitucional e internacional de cada caso, es imprescindible para poder construir la solución adecuada.

---

<sup>21</sup> En el amparo en estudio se petitionó también la suspensión, parcial en este caso, de un Decreto del Poder Ejecutivo.

