

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO

DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº 50

Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

Directora
Mariana Blengio Valdés



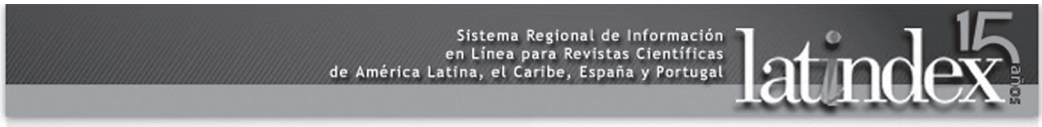
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 25. Número 50. Diciembre 2016

Revista incluida en la base de datos:

DIALNET: <http://dialnet.unirioja.es>

LATINDEX (en catálogo): <http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?folio=14708&opcion=1>



Este número contó con el apoyo de Guyer & Regules

Correspondencia, canje y colaboraciones académicas: Dirección electrónica: ius@netgate.com.uy

Dirección postal: Juan Carlos Gómez 1348 esc. 201. Montevideo – Uruguay. CP. 11.000

Suscripción versión papel digital: Anual: \$ 1000 (Uruguay). U\$S 50 (USA). Euros 40 (Europa)

La Revista de Derecho Público no se responsabiliza por las opiniones emitidas por los autores en los trabajos, las que serán siempre responsabilidad de quienes la emiten.

© FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

25 de Mayo 583 - Tel. 2916 11 52

C.P. 11.000 Montevideo - Uruguay

DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización expresa del editor.

ISSN 0797-4302

REVISTA DE DERECHO PUBLICO

DIRECTORA

Mariana Blengio Valdés (Universidad de la República. Uruguay)

COMITÉ DE REFERENTES ACADÉMICOS

Sara Alvarez (Universidad de la República. Uruguay)

Salvador Darío Bergel (Cátedra UNESCO de Bioética UBA. Argentina)

Pascale Boucaud (Université Catholique de Lyon. Francia)

María Casado (Universidad de Barcelona. España)

Ruben Correa Freitas (Universidad de la República. Uruguay)

Carlos E. Delpiazzo (Universidad de la República. Uruguay)

Carmelo Faleh Pérez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. España)

Ronaldo Gialdino (Universidad de Buenos Aires. Argentina)

Francisco Leita (Universidad Degli Studi di Padova. Italia)

Ana Pita (Universidad de Vigo. España)

Mariela Rubano (Universidad de San Sebastián. Chile)

Jaime Ruben Sapolinski (Universidad de la República. Uruguay)

José Luis Shaw (Universidad de la República. Uruguay)

Frederic Vacheron (Oficina Regional UNESCO. Uruguay)

Guido Berro (Academia Nacional de Medicina. Uruguay).

Mario Armando Márquez (Asociación Argentina de Derecho Constitucional).

Martín Risso Ferrand. (Universidad Católica del Uruguay).

EQUIPO DE COLABORADORES.

Rodrigo Díaz Inverso

Mariel Lorenzo Pena.

María Emilia Miller.

Jean Paul Tealdi.

Camila Umpiérrez Blengio

CONTENIDO

DOCTRINA

Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo <i>Juan Pablo Cajarville Peluffo</i>	7
Universalización de derechos, economía disruptiva y derecho administrativo global <i>Carlos E. Delpiazzo</i>	27
El principio de la buena fe como rector del ejercicio de la función pública <i>Marcelo Laborde Goñi</i>	55
Casos de estatización y desestatización <i>Mariel Lorenzo Pena</i>	73
Revocación del acto administrativo de oficio y su conciliación con el principio de seguridad jurídica <i>Lorena Machi - Eliana Machi</i>	97
Bicentenario de la Declaración de la Independencia de la República Argentina <i>Armando Mario Márquez</i>	107

JURISPRUDENCIA COMENTADA

El carácter “directo” del interés como requisito de la legitimación del actor <i>Juan Pablo Cajarville Peluffo</i>	125
Las sentencias en el Estado constitucional de Derecho: A propósito de un caso <i>Maximiliano Cal Laggiard</i>	133
El derecho administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones. Comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay <i>José Ignacio Hernández G.</i>	147

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

Sobre la regulación jurídica-bioética de la investigación en seres humanos en Uruguay <i>Mariana Blengio Valdés</i>	167
Ley n° 19.362. Extensión de la ciudadanía natural a nietos de uruguayos <i>Miguel Bonomi Santurio</i>	183

CONFERENCIA MAGISTRAL

El control de convencionalidad <i>Martín Risso Ferrand</i>	193
---	-----

APORTES PARA LA DISCUSIÓN BIOÉTICA

Bioterrorismo de Estado en Uruguay <i>Ana Rosengurtt</i>	203
---	-----

INFORMACIÓN

Seminario Permanente de Derechos Humanos y Bioética	219
---	-----

-o0o-

Normas de publicación para autores / Publication Guidelines for Authors	221
---	-----

DOCTRINA

EFFECTOS DE LA SENTENCIA ANULATORIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

Juan Pablo Cajarville Peluffo**

RESUMEN. *Apartándose fundadamente de las diversas posiciones sostenidas hasta ahora por la doctrina, y coincidiendo sólo parcialmente con la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se sostiene que la sentencia anulatoria produce efectos “en el proceso en que se dicte” si se anula “por lesión de un derecho subjetivo”, bastando para ello tres votos; en cambio, produce efectos generales y absolutos siempre que la legitimación del actor consista en un interés legítimo, además personal y directo, y cuando, consistiendo en un derecho subjetivo, la propia sentencia proclame su alcance general y absoluto, requiriéndose en ambos casos cuatro votos conformes. Por su contenido, la sentencia anulatoria será siempre declarativa y constitutiva, y eventualmente de condena.*

PALABRAS CLAVE. *Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Acción de nulidad. Acto administrativo-anulación. Sentencia-efectos.*

ABSTRACT. *Foundly withdrawing from the diverse doctrinarian positions sustained so far, and agreeing only partially with the Administrative Court’s jurisprudence, it is affirmed that the annulment judgment produces its effects “in the process in which it is dictated” if the annulment is caused by “damage to a subjective right”, being enough for it with three votes. Meanwhile, it produces general and absolute effects when the plaintiff’s legitimation consists of a legitimate, personal and direct interest, or when being a subjective right, the judgment itself proclaims its general and absolute scope. These two cases require four*

* Colaboración del autor a una obra colectiva sobre “Procesos constitucionales”, promovida por la Revista Uruguaya de Derecho Procesal. En su carácter de inédito, se publica ahora con el acuerdo de la coordinación de dicha obra, sin perjuicio de su destino originario.

** Ex-Catedrático de Derecho Administrativo y ex-Director del Instituto de Derecho Administrativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

favorable votes. The annulment judgment's content will be always declaratory and constitutive and, eventually, condemnatory.

KEY WORDS. *Administrative Court. Annulment Action. Administrative Acts-Annulment. Judgment-Effects.*

Los efectos de la sentencia anulatoria dictada en la acción de nulidad por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, regulados por disposiciones constitucionales expresas, es uno de los temas que más diferencias han suscitado en la doctrina administrativista, al punto que en algún aspecto no es exagerado afirmar que se han sostenido tantas opiniones como comentaristas lo han abordado.

La cuestión no puede exponerse y menos dilucidarse sin sentar, aunque sea brevemente, algunos de sus presupuestos.

I. EL TRIBUNAL, JUEZ EXCLUSIVAMENTE DE LEGITIMIDAD

El Tribunal es exclusivamente juez de legitimidad y nunca de mérito. Su pronunciamiento es un acto jurídico emitido en ejercicio de función jurisdiccional, por ende una sentencia que produce cosa juzgada¹.

¹ En buena medida, los autores suelen dar por supuesta la naturaleza jurisdiccional de la función del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que subyace en todas sus exposiciones. Como afirmaciones explícitas, puede verse: SAYAGUÉS LASO, Enrique, **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, 8ª ed. puesta al día por Daniel H. Martins, Montevideo, 2010, parág. 941, pág. 416, parág. 1036, págs. 503/504, y parág. 1050, págs. 528/529; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, **La Constitución de 1952**, 2ª ed., Cámara de Senadores, Montevideo, 1995, págs. 592/593 y 602; MÉNDEZ, Aparicio, **Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo**, Montevideo, 1952, págs. 26 a 29; GIORGI, Héctor, **El Contencioso Administrativo de Anulación**, Montevideo, 1958, pág. 67; DÍAZ PELUFFO, Zola, **El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica**, Montevideo, 1960, en esp. pág. 18; LANDONI SOSA, Ángel, **El proceso administrativo de anulación**, Montevideo, 1977, pág. 68; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, **Derecho Público**, Montevideo, 1999, págs. 324/325; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *Contralor jurisdiccional de la Administración. Reseña de la evolución constitucional y principales notas del régimen vigente*, en "Rev. Urug. de Der. Const. y Político", N° 26, Montevideo, 1988, en esp. pág. 150 (publicado también en **Evolución constitucional del Uruguay**, UCUDAL, Montevideo, 1989, pág. 187), y *Notas para un estudio acerca de los efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en "Rev. Urug. de Der. Const. y Pol.", N° 27, Montevideo, 1988, págs. 219 a 221; TARIGO, Enrique E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, Montevideo, 1999, pág. 9; DELPIAZZO, Carlos E., **Derecho Administrativo Uruguayo**, México, 2005, pág. 445, y **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, Montevideo, 2013, págs. 337/338; CAGNONI, José A., **El Derecho Constitucional uruguayo**, 2ª ed., Montevideo, 2006, pág. 415; DURAN MARTÍNEZ, Augusto, **Contencioso Administrativo**, 2ª ed., Montevideo, 2015, págs. 7 a 20; CASTRO RIVERA, Alicia, *Pretensiones contra personas estatales y justicia ordinaria*, en "Rev. de Der. Pco.", N° 17, Montevideo, 2000, pág. 49; CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 808 a 810. En contra: BERRO ORIBE, Guido, *Las Anulaciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en "Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.", Año XV, N° 1/2, Montevideo, 1964, pág. 61, 84 y 138, entiende que sólo en la hipótesis de pretensión fundada en un derecho subjetivo, en el llamado "contencioso subjetivo", existe actividad jurisdiccional, a la que se agrega, aun en ese caso, función administrativa implícita. Sobre la distinción de las funciones en nuestro derecho positivo, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Apuntes sobre "funciones" y "cometidos" del Estado*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 127 a 150.

La anulación es pertinente cuando el acto es contrario a derecho² y el vicio tiene relevancia suficiente para ameritar su extinción³. La Constitución y también la norma legal reglamentaria parecen incluir la ilegitimidad del acto como uno de los presupuestos de admisibilidad de la acción⁴, pero obviamente se trata de un requisito para que el fallo sea anulatorio, que se aprecia al dictar la sentencia definitiva⁵.

La Constitución y la norma legal reglamentaria enumeran como causales de nulidad la desviación, el abuso o el exceso de poder, y la violación de una “regla de derecho”. Por ende, el Tribunal podrá anular el acto cuando entienda que se ha incurrido en alguno de los vicios siguientes⁶:

- “*desviación de poder*”, que existirá siempre que el “fin querido” por la voluntad de la Administración, apreciado *subjetivamente*, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto;
- “*abuso o exceso de poder*”, que existirá toda vez que el acto, apreciado *objetivamente*, no sea adecuado a los motivos por los que se dictó, o no sea idóneo para lograr el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto, valorando la adecuación y la idoneidad tanto cualitativa como cuantitativamente con criterios técnicos y de razonabilidad. El Tribunal ha aplicado frecuentemente estos conceptos al juzgar la legitimidad de sanciones disciplinarias, pero ha sido reticente para extenderlos a actos con otros contenidos⁷;
- “*violación de una regla de derecho*”, que existirá siempre que cualquiera de los presupuestos o cualquiera de los elementos del acto objeto de la acción sea contrario o no conforme a lo dispuesto por un principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual, según enumeración del Decreto-ley N°

² SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1048, págs. 525/526; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., págs. 195 a 216; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., págs. 277 a 296.

³ SAYAGUÉS LASO, Enrique, **Tratado de Derecho Administrativo**, T. I, 9ª ed. puesta al día por Daniel H. Martins, Montevideo, 2010, parág. 328, págs. 509/510; MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., págs. 69/70 y 204; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 196; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 12 a 21, 33 a 39 y 42.

⁴ Constitución, art. 309; Decreto-ley N° 15.524, art. 23.

⁵ GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., págs. 139/140.

⁶ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 7 y sgts., en esp. págs. 80/81. Otras interpretaciones en: CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Desviación, abuso y exceso de poder como causas de nulidad de los actos administrativos*, en **Tercer coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y jurisdicción**, Montevideo, 1997, pág. 58; también en **Derecho Público**, Montevideo, 1999, parág. 332, pág. 372; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Desviación, abuso y exceso de poder*, en **Estudios de Derecho Administrativo. Parte general**, Montevideo, 1999, págs. 131 a 134, y también en **Contencioso administrativo**, cit., págs. 280 a 286; CAGNONI, José A., *Desviación, abuso y exceso de poder como causas de nulidad de los actos administrativos*, en **Tercer coloquio...**, cit., págs. 45 y sgts., en especial págs. 53/54 y 56; una síntesis de esas otras interpretaciones y las consideraciones que me merecen, en *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 78/79, notas 156 y 158.

⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 60 a 65 y doct. y jurisp. cit.

15.524, que reitera a la letra la definición de “regla de derecho” contenida en la Ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, art. 345⁸.

II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

La sentencia definitiva sólo puede desechar la pretensión del actor y “confirmar” el acto impugnado, o de lo contrario anularlo⁹. En ningún caso puede reformarlo, aunque se admite la anulación parcial en tanto no signifique una reforma de la sustancia del acto¹⁰.

La “confirmación” del acto administrativo por el Tribunal no modifica por supuesto su naturaleza jurídica, transformándolo en un acto jurisdiccional, pero sí hace cosa juzgada sobre su legitimidad; de manera que en el futuro la Administración no podrá revocarlo por ilegítimo, pero sí por mérito si fuera posible conforme a derecho¹¹.

III. INTERESES EN ATENCIÓN A LOS CUALES SE LEGITIMA LA SENTENCIA ANULATORIA

Los intereses atendiendo a los cuales la Carta prevé que el Tribunal “declare la nulidad del acto administrativo impugnado”, en cuanto concluya que es “contrario a una regla de

⁸ Augusto DURÁN MARTÍNEZ sostiene que “el constituyente, al regular los efectos de la sentencia en el artículo 311, mencionó una de las especies de las causales de nulidad existentes [...] para determinar el alcance de la sentencia en los casos en que se anula por esa causal”, agregando en otro estudio que ese artículo “habilita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a anular un acto administrativo por ser contrario a la buena administración” (**Contencioso administrativo**, cit., en esp. págs. 277 y 293, y *Eficacia y eficiencia ¿mérito o legalidad?*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, Buenos Aires, 2012, págs. 181 a 201, en esp. pág. 193; también en esa misma obra: *La buena administración*, págs. 157 a 179, en esp. pág. 158). Si “buena administración”, como a mi entender parece inferirse del desarrollo del tema por el autor y alguna doctrina que cita, no significa otra cosa que “sometimiento pleno al Derecho”, es obvio que se trata de una cuestión de legitimidad y no de mérito; pero ese no puede ser el sentido de la expresión en el art. 311 inc. 2º, porque si así fuera todas las anulaciones del TCA producirían “efectos generales y absolutos”. Mi opinión sobre el concepto de “buena administración” de DURÁN MARTÍNEZ, en *Sobre actos administrativos*, cit., pág. 65, nota 121; resumo mi salvedad: naturalmente la opción por un medio inapto para lograr el fin debido causa ilegitimidad de la actuación, pero la opción, entre varios medios idóneos para el fin, por aquél que se entienda lo es *en mayor grado*, es cuestión de mérito y no de legitimidad. Mi opinión sobre el concepto de “buena administración” y su relación con la legitimidad y el mérito del acto, puede verse *infra*, nota 56.

⁹ Constitución, art. 310 inc. 1º (reiterado por Decreto-ley N° 15.524, art. 28, inc. 1º). Sobre la interpretación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de esta disposición, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 643/644, *Visión actual del contencioso administrativo uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 682 a 685, y *Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 805 a 826. Véase *infra*, nota 84.

¹⁰ SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1066, pág. 552; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., pág. 613; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., págs. 58 a 60 y 283/284; LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 126. En contra: BERRO ORIBE, G., *Las Anulaciones...*, cit., pág. 75, excluye “la anulación y/o revocación parcial”.

¹¹ Sobre el tema, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 133 a 138, y doct. cit.

derecho o con desviación de poder”, así como el alcance subjetivo de esa sentencia anulatoria, han merecido conjuntamente una de las disposiciones más confusas de la Constitución¹².

Aquellos intereses en atención a los cuales se puede declarar legítimamente la nulidad se definen así en el art. 311¹³: a) “por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante”, es decir en interés del promotor configurado por el derecho positivo como una situación de derecho subjetivo, cuya satisfacción por ende está jurídicamente asegurada; y b) “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”.

Esta última expresión es palmariamente muy confusa. La “regla de derecho” no es una entidad subjetiva portadora de intereses¹⁴; la locución sólo puede interpretarse como una referencia a los intereses en atención a los cuales se dictó la regla de derecho de cuya violación se trate. Cuando el actor está legitimado por la titularidad de un derecho subjetivo, es precisamente su interés el tutelado por la norma de que se trata; el efecto “únicamente en el proceso en que se dicte” satisface su pretensión en la causa. Pero puede ocurrir que esa satisfacción afecte el interés de terceros que se beneficiaron con el acto cuestionado; o bien, que el interés del actor coincida con el de terceros, beneficiarios de la misma norma que consagró el derecho en favor de una categoría de sujetos, en la que el actor está incluido.

Por otra parte, existe acuerdo en que la mención de “la buena administración” no significa que el Tribunal pueda declarar la nulidad por razones de mérito¹⁵; tampoco puede

¹² La doctrina no suele destacar el primero de los significados del art. 311 de la Carta señalados en el texto; sólo se le considera en relación con el segundo de ellos. Adolfo GELSI BIDART (*Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, en Fac. de Der. y C. Soc., “Cuaderno de Derecho Procesal”, Instituto de Derecho Procesal, N° 1, Montevideo, 1973, pág. 74) expone que el “Interés garantido”, “interés de la justicia” que fundamenta la sentencia, en relación a la “causa final” de los actos procesales de parte, puede coincidir: a) con el interés de obtener que desaparezca la lesión de un derecho subjetivo; b) con el interés directo, personal y legítimo lesionado; c) con alguna de las anteriores “causas finales” de la demanda, y además, el “interés de la regla de derecho”; o d) con alguna de las dos primeras “causas finales” de la demanda y además “en interés de la buena administración”. En el texto se sostendrá que el art. 311 de la Carta sólo reconoce, como “interés garantido” o “interés de la justicia” que puede fundar la sentencia anulatoria, el que coincida con los señalados con las letras a), c) y d) por el ilustre ex-Decano; el interés legítimo, personal y directo aparece en el art. 309 inc. 3° como situación jurídica legitimante para promover la acción, pero no figura en el art. 311 como interés fundante por sí de una anulación. Recuérdese que el maestro JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA sostuvo que el inc. 2° del art. 310 y el 1° del art. 311 debían leerse como si allí estuviera escrito además “un interés directo, personal y legítimo” (op. cit., págs. 621 y 624/625, véase *infra*, nota 66); pero el hecho es que no lo está, y esa omisión se justifica por la propia índole del “interés legítimo”, cuya satisfacción el ordenamiento jurídico no garantiza.

¹³ Constitución, art. 311 (reiterado por Decreto-ley N° 15.524, art. 28, incs. 2° y 3°).

¹⁴ Conf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución de 1952*, cit., págs. 622; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso administrativo*, cit., pág. 335.

¹⁵ SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, cit., parág. 1039, pág. 508; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 74; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, Estudios jurídicos en memoria de Enrique Sayagués Laso, T. III, Madrid, 1969, pág. 299, y también en *Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*, Montevideo, 2010, pág. 339; FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., en esp. págs. 286 a 290; DELPIAZZO, Carlos E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, en *Actividad reglamentaria de la Administración*, las Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989, pág. 143; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso administrativo*, cit., pág. 296. →

suponerse que la locución “buena administración” se utilice en sentido subjetivo, aludiendo a una entidad portadora de un interés, porque con toda evidencia aquí se está mentando una actividad y no un sujeto. La previsión constitucional significa que, aun cuando la satisfacción del interés en atención al cual se dictó la regla de derecho violada no lo requiera, el acto impugnado, por supuesto ilegítimo, puede anularse “en interés de la buena administración”, vale decir de la posibilidad de administrar en forma “útil y a propósito” para cumplir los cometidos de la entidad demandada, adecuada y oportunamente para el logro de sus fines. El concepto de “buena administración” no se utiliza por la Constitución como causal o motivo de ilegitimidad y consiguiente anulación del acto cuestionado, tema regulado en el art. 309, sino como razón para ampliar el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria, tema a que atañe el art. 311 inc. 2º, para facilitar o hacer posible la “buena administración”.

Dicho negativamente, la disposición significa que el Tribunal, que no puede anular el acto impugnado por razones de mérito sino por contrariedad con una regla de derecho, tampoco puede hacerlo simplemente para satisfacer el interés del actor¹⁶, salvo cuando el derecho positivo lo configure como un derecho subjetivo; es necesario que la satisfacción de la pretensión anulatoria promovida por el actor en su propio interés coincida con la satisfacción del interés que la regla de derecho violada pretende tutelar, o dicho de otra manera, con el interés público en que el acto se anule; o bien, que la anulación sea conducente a una buena administración. Postulado coherente con el concepto constitucional de “interés legítimo” que en este caso legitima al actor, que es aquel cuya satisfacción coincide con la del interés general directamente tutelado por la norma jurídica atributiva de la potestad de dictar el acto en cuestión¹⁷. Si el interés general directamente tutelado por la norma ha sido satisfecho, pese a la ilegitimidad del acto impugnado, la mera insatisfac-

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución de 1952*, cit., pág. 622, piensa que la “opción” del art. 311 inc. 2º “hace perder al Tribunal el carácter de órgano típica y puramente jurisdiccional”, porque “es evidente que serían razones de conveniencia o de oportunidad las que decidirían al Tribunal a mantener en el mundo de las normas un acto que la mayoría del Tribunal declara que es ilegal, porque ello convenga al interés de la regla de derecho o de la buena administración”. GIORGI, H., *El Contencioso Administrativo de Anulación*, cit., pág. 47, si bien afirma que el control del mérito escapa a la competencia del Tribunal, señala que el art. 311 inc. 2º implica una valoración “que va más allá de la simple juridicidad” y que abre “un gran campo a la creación jurisprudencial”.

¹⁶ Por ejemplo, en este sentido se orienta la jurisprudencia, que el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo califica como “constante e invariable”, que señala que “la licitación no es un procedimiento instituido para proteger los intereses del licitante o proveedor, sino primordialmente para proteger el superior interés público en materia de contrataciones, procurando condiciones óptimas o, cuando menos, las mejores que posibiliten el negocio de que se trate” (“Anuario de Derecho Administrativo”, T. X, Montevideo, 2003: sent. N° 73, de 13.III.2000, N° 423, pág. 475; sent. N° 500, de 14.VI.2000, N° 432, pág. 483; sent. N° 23, 1.II.2001, N° 434, págs. 484/485; sent. N° 853, de 15.XI.2000, N° 438, pág. 487; “Anuario de Derecho Administrativo”, T. XI, Montevideo, 2004: sent. N° 490, de 17.IX.2003, N° 622, pág. 515; “Anuario de Derecho Administrativo”, T. XII, Montevideo, 2006, sent. N° 519, de 6.IX.2004, N° 329, pág. 294).

¹⁷ Sobre los conceptos de “derecho subjetivo” e “interés legítimo”: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, cit., págs. 876 a 887, en esp. págs. 880 a 885. Sobre el pretendido concepto derivado de “derecho adquirido”: *Retroactividad de las normas jurídicas. Reflexiones provisionales*, en “Rev. de Der. Público”, N° 46, Montevideo, 2014, págs. 11 a 16.

ción del interés subjetivo del actor, aunque legítimo¹⁸, no da lugar a la anulación¹⁹; si la mayoría simple del Tribunal declara que efectivamente el acto es ilegítimo, porque está “suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”, quedará abierta al lesionado la acción de reparación patrimonial (art. 310 inc. 3º, *infra*, ap. VI), pero el acto no se anula²⁰.

¹⁸ En otros casos, puede suceder que, instruida la causa, resulte que el interés del actor sólo pudo ser satisfecho con el dictado de un acto ilegítimo; en tales casos, siendo su interés ilegítimo, no corresponderá que se rechace la acción en cuanto al fondo, sino que se declare que no pudo ser válidamente instaurada por falta de legitimación del promotor. En algunos casos, esta carencia puede ser decidida *in limine* (por ej., falta notoria de un requisito legal expreso para ser beneficiario de una designación, o de la adjudicación de una licitación), pero a veces puede requerirse la sustanciación de toda la causa para dilucidarlo.

¹⁹ Véase que, no por casualidad, este criterio es el que CASSINELLI MUÑOZ, seguido por valiosa doctrina (véase: *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., págs. 129/130, nota 20), sostiene para la revocación por ilegalidad de un acto firme: es discrecional, y ello significa que corresponde “siempre que se inspire en razones de interés público para ello”, “atendiendo al interés público; no al mero hecho de que el acto sea contrario o no a derecho”; no puede fundarse en el solo interés o derecho de quien la pretende, el acto ilegítimo sólo podrá ser revocado legítimamente si para ello existen razones de interés general que lo justifiquen; si se hiciera meramente en atención a aquel interés personal, se incurriría en desviación de poder (CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, participación en debate en *Jornadas de derecho comparado chileno-uruguayas*, “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.”, Año X, N° 1/2, Montevideo, 1959, pág. 334/335; también en *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, en *Derecho Constitucional y Administrativo*, cit., págs. 1233/1234). No se trata de un criterio de mérito el que debe aplicar en este caso el Tribunal para anular, como no lo es el que debe aplicar la Administración para revocar, porque la idoneidad del medio para el fin debido es cuestión de legitimidad y no de mérito. Destaco que la posición de tan ilustre maestro implica la afirmación de que pueden existir actos ilegítimos que sin embargo no lesionen el interés de la norma violada, cuando ella tutela el interés público.

En mi estudio sobre *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 130 nota 21, señalé que habiendo adherido con anterioridad a la posición de CASSINELLI MUÑOZ evocada, “en lo que sigue, rectifico mi opinión”. Distinguida doctrina ha atribuido a esa rectificación una trascendencia que no tiene. “En lo que sigue”, no hice entonces más que señalar diversos factores a considerar al valorar la estabilidad de la situación creada por el acto ilegítimo, entre ellas las modificaciones de las reglas de derecho vigentes al crearse el acto ocurridas con posterioridad (incluyendo -al escribir aquello- nada menos que la del art. 312 Const.), y el principio de seguridad jurídica invocado para el caso por doctrina y jurisprudencia. Sobre tales bases, creí concluir (y si no fui claro, concluyo ahora) que, siendo discrecional la revocación del acto ilegítimo, no será legítima, en ejercicio de esa discrecionalidad, la opción de la Administración por mantenerse en la ilegitimidad si no existieran para ello fundadas razones de interés público atinentes al fin debido impuesto por la norma violada por el acto ilegítimo; y señalé que la modificación del art. 312 de la Carta permitirá al lesionado invocar esa ilegitimidad en el reparatorio de daños. Tal vez fue excesivo calificar esa aclaración como rectificación; pienso ahora que esa era la conclusión, acaso no tan explícita, a que conducía la tesis del ilustre maestro. Si insisto ahora en este punto, es porque, como queda dicho, se trata del mismo criterio que debe aplicar el Tribunal para anular o “confirmar” el acto; si el acto encausado, por ejemplo, hubiera creado un supuesto “derecho adquirido”, no será el interés del beneficiario, sino el interés público que pueda estar en juego, el que justifique su mantenimiento en vía administrativa y su “confirmación” por la jurisdicción; esta es la solución que conciliaría tal “confirmación” con el principio de que no existen derechos adquiridos contra la legalidad, sostenido por nuestros máximos órganos jurisdiccionales (véase: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Recursos administrativos*, 4ª ed., Montevideo, 2008, pág. 128 y jurisprud. cit. en nota 37).

²⁰ Lo cual suele ocurrir, aunque no necesariamente ni sólo en tales casos, cuando se trata de las llamadas “normas instrumentales” de organización o de procedimiento, dictadas para tutelar exclusivamente el interés general. Sobre la distinción de normas “instrumentales” y “de acción o de relación” y su relevancia, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Constitucionalidad de la admisión de la casación en todo juicio contra entidades estatales*, en *Sobre Derecho Administrativo*, T. II, cit., págs. 660/661, y doct. cit.; y *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 870 a 876 y págs. 882 a 884, y doct. cit.

El acto ilegítimo se mantiene, no porque el Tribunal ampare la ilegitimidad por razones de interés público²¹ -Jiménez de Aréchaga²² y también Sayagués Laso²³ lo rechazaron, se diría que con indignación- sino porque los intereses en tutela de los cuales puede anularse no lo requieren; el resultado puede ser el mismo, pero el razonamiento fundante y por consiguiente su aplicación en la práctica puede ser muy diferente.

IV. EFICACIA SUBJETIVA DE LA SENTENCIA

También este tema, como el anterior, está regulado en el art. 311 Const.

a) La disposición no prevé expresamente la eficacia de la sentencia confirmatoria, que por ende sigue la regla de principio de la cosa juzgada: sólo alcanza a quienes han sido partes en el juicio²⁴.

El artículo regula la eficacia de la sentencia anulatoria, a la que atribuye “efecto únicamente en el proceso en que se dicte”, que se interpreta como *inter partes*, cuando se declare la nulidad “por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante”, y en cambio “producirá efectos generales y absolutos” cuando la nulidad se declare “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”.

b) Se ha sostenido en la doctrina que los efectos generales y absolutos sólo son posibles cuando a su vez el acto impugnado tenga ese alcance, vale decir sea un acto reglamentario²⁵.

²¹ MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., págs. 68, 88 y 205; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 196.

²² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., págs. 622/623

²³ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.”, Año III, N° 1, Montevideo, 1952, págs. 110 a 112, parcialmente transcripto por Jiménez de Aréchaga en loc. cit. sobre el punto.

²⁴ SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1068, pág. 554; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 291; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 332; DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, cit., pág. 353. Sin embargo, FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., pág. 294, sostiene que “en la modalidad del contencioso administrativo objetivo [legitimación del actor por titularidad de un interés legítimo] hay elementos de lógica jurídica para sostener los efectos generales y absolutos de aquella [la sentencia confirmatoria] [...] porque el objeto directo del juicio es la legitimidad de un acto administrativo, más allá de la situación jurídica subjetiva del actor [...]”. En su particular concepción, BERRO ORIBE, G., *Las Anulaciones...*, cit., págs. 90/91, sostiene que “la [resolución] que confirma tiene alcances generales y absolutos”.

²⁵ En tal sentido: VIERA, Luis Alberto, *Los procesos contencioso-administrativos*, en “Rev. Urug. de Der. Proc.” N° 3, Montevideo, 1975, pág. 45; CAGNONI, J. A., **El Derecho Constitucional uruguayo**, cit., pág. 419. REAL, Alberto Ramón, *Efectos de la sentencia anulatoria*, “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.”, Año XXI, Nos. 1-4, Montevideo, 1971, pág. 390, sostiene que “el efecto general del fallo anulatorio de un decreto reglamentario es automáticamente inherente a la naturaleza del objeto del juicio (que es el decreto mismo) y no depende de una discrecional decisión del Tribunal”; pero de su informe, referido a un caso concreto, no se infiere que en su opinión la anulación de un acto subjetivo produzca necesariamente efectos sólo en el caso concreto; más bien del “riguroso paralelismo” que encuentra entre las tres disposiciones constitucionales (loc. cit., pág. 382) se inferiría que el efecto resultaría en su opinión de la legitimación del actor. DÍAZ PELUFFO, después de concluir que los efectos subjetivos de la sentencia, en la Constitución, dependen de la legitimación del actor (citas *infra*, este parág., ap. c), como crítica a esa solución y en mi opinión como solución para la “reestructuración básica” del régimen que anuncia desde el título de su obra, postula que ellos dependan “de la naturaleza del acto cuya licitud se cuestiona” (op. cit., pág. 338). DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 334, recogiendo de FRUGONE SCHIAVONE la calificación de la sentencia como “acto

Sin embargo, es claro que también un acto subjetivo o su anulación pueden afectar los derechos o intereses de varios terceros, v. gr. cuando se trata de varios postulantes a un mismo beneficio, y en tales casos los efectos generales del fallo anulatorio pueden concebirse. Es claro asimismo que la Constitución no utiliza el criterio de la naturaleza general o subjetiva del acto impugnado cuando atribuye a la sentencia tales efectos.

c) Descartado ese criterio, se discute si la dicotomía con que la Carta discrimina los efectos “en el proceso” o “generales y absolutos” en el art. 311 es o no la misma que utiliza al enunciar las posibles legitimaciones del actor en el art. 309 inc. 3º, que se extiende a la determinación de las mayorías requeridas para anular por el art. 310: por un lado “derecho subjetivo”, y por otro “interés directo, personal y legítimo”.

Algunos autores sostienen que ambas dicotomías no se superponen, y que si bien el alcance “en el proceso” obedece a la legitimación del actor por un derecho subjetivo, el efecto “general y absoluto” es ajeno a la legitimación y responde a otro criterio. Otros autores, en cambio, sostienen que la frase “en interés de la regla de derecho o de la buena administración” es una descripción de la concepción sobre el “interés legítimo” del constituyente²⁶, como aquel cuya satisfacción coincide con la del interés en atención al cual se dictó la regla de derecho violada y con la actuación administrativa sin desviación de poder, y por lo tanto que ambas dicotomías son coincidentes.

A partir de esas bases, las discrepancias doctrinarias recaen sobre dos aspectos:

- si los efectos generales y absolutos requieren una declaración expresa del Tribunal (Sayagués Laso²⁷, Jiménez de Aréchaga²⁸, Gelsi Bidart²⁹, Cagnoni³⁰), o resultan de pleno derecho de la situación subjetiva del actor (Giorgi³¹, Díaz Peluffo³², Cassinelli Muñoz³³, Real³⁴, Viera³⁵, Tarigo³⁶, Frugone Schiavone³⁷, Delpiazzo³⁸, Durán

derivado”, sostiene que si el acto anulado es subjetivo, su anulación sólo podrá tener efectos particulares “por razones ónticas”, de manera que el inc. 2º del art. 311 sólo rige para los actos generales. En cambio, FRUGONE SCHIAVONE, manteniendo esa calificación de la sentencia, afirma que “nada tiene que ver con los efectos de la sentencia anulatoria la *naturaleza del acto impugnado*. Sea este general o particular, los efectos de su anulación están regulados por la Constitución únicamente en función de la situación jurídica lesionada o vulnerada” (*Notas para un estudio...*, cit., págs. 294/295).

²⁶ En contra: BERRO ORIBE, G., *Las Anulaciones...*, cit., pág. 65, sostiene que la expresión del art. 311 alude al “Interés General”.

²⁷ SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, cit., parág. 1068, pág. 553.

²⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución de 1952*, cit., pág. 621.

²⁹ GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 74;

³⁰ CAGNONI, José A., *Impugnación del reglamento*, en *Actividad reglamentaria de la Administración*, cit., pág. 130; y *El Derecho Constitucional uruguayo*, cit., pág. 419.

³¹ GIORGI, H., *El Contencioso Administrativo de Anulación*, cit., págs. 288/289.

³² DÍAZ PELUFFO, Z., *El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica*, cit., págs. 328/329 y 334 a 337.

³³ CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 298/299 y págs. 338/339 en una y otra ed.; y *Derecho Público*, cit., págs. 378 a 381.

³⁴ REAL, A. R., *Efectos de la sentencia anulatoria*, cit., pág. 382.

³⁵ VIERA, L. A., *Los procesos contencioso-administrativos*, cit., pág. 45.

³⁶ TARIGO, E. E., *Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación*, cit., pág. 62.

³⁷ FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., págs. 285 a 296.

³⁸ DELPIAZZO, Carlos E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, en *Actividad reglamentaria de la Administración*, cit., pág. 143, y *Derecho Administrativo General*, Vol. 2, cit., pág. 354.

Martínez³⁹); esta última posición la postulan, naturalmente, quienes sustentan la identidad de las dos dicotomías antes referidas⁴⁰;

- si los efectos generales y absolutos (resulten automáticamente de la legitimación del actor o de una resolución expresa del Tribunal) sólo pueden existir cuando la situación del actor es de interés legítimo (Sayagués Laso⁴¹, Giorgi⁴², Díaz Peluffo⁴³, Cassinelli Muñoz⁴⁴, Viera⁴⁵, Tarigo⁴⁶, Frugone Schiavone⁴⁷, Delpiazzo⁴⁸, Durán Martínez⁴⁹)⁵⁰, o también cuando es titular de un derecho subjetivo mediando una resolución expresa del Tribunal en ese sentido (Jiménez de Aréchaga⁵¹, Gelsi Bidart⁵², Cagnoni⁵³).

d) En verdad, en tres artículos la Carta regula cuatro cuestiones que, aunque obviamente relacionadas, son distintas: en el art. 309 inc. 3º consagra los requisitos de legitimación del actor, en el art. 310 las mayorías necesarias para anular el acto, y en el

³⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., págs. 334 a 337, teniendo presente que para el autor el art. 311 inc. 2º sólo se aplica a los actos generales. El autor extiende a esta hipótesis la solución del art. 166 del Dec. N° 500/991, obviamente no por la eficacia normativa directa de esa disposición reglamentaria, sino por “recoger una solución de principio”; así, excluye de la nulidad con “efecto general y absoluto” los actos de ejecución creadores de derechos, y los derechos adquiridos directamente al verificarse el supuesto de hecho previsto en la norma anulada. Mi opinión sobre la ilegitimidad de tales soluciones, precisamente por contrariedad con los principios aplicables, puede verse en: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., págs. 127/128, con opinión conforme de FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., pág. 295 nota 118.

⁴⁰ MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., pág. 206, señala que “la latitud que para la apreciación en lo anulatorio se reconoce al órgano jurisdicente está extendida en nuestro derecho positivo al máximo”, incluyendo en ella expresamente “examinar los efectos que pueda producir la nulidad”, pero parecería limitar ese examen a la opción entre la anulación o el mantenimiento del acto viciado (op. cit., págs. 204 a 207). Por otra parte, no analiza la relación entre el “interés de la regla de derecho o de la buena administración” y la legitimación del actor por la titularidad de un interés legítimo.

⁴¹ SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1068, pág. 553.

⁴² GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 287.

⁴³ DÍAZ PELUFFO, Z., **El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica**, cit., págs. 328/329 y 334 a 337.

⁴⁴ CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 298/299, y págs. 338/339, en una y otra ed.; y **Derecho Público**, cit., págs. 380/381.

⁴⁵ VIERA, L. A., *Los procesos contencioso-administrativos*, cit., pág. 45.

⁴⁶ TARIGO, E. E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 62.

⁴⁷ FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., págs. 285 a 296, en esp. págs. 292/293 y 295.

⁴⁸ DELPIAZZO, C. E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, cit., pág. 143, y **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, cit., pág. 354.

⁴⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., págs. cit., págs. 335/336.

⁵⁰ MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., pág. 206, vincula la “cosa juzgada específica” a “la anulación en defensa del derecho subjetivo” y “la sentencia *erga omnes*” con la anulación en interés de la regla de derecho o de la buena administración (destacados del autor); pero como se señaló, no analiza la relación entre “el interés de la regla de derecho o de la buena administración” y la legitimación del actor.

⁵¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., pág. 621.

⁵² GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 74.

⁵³ CAGNONI, J. A., *Impugnación del reglamento*, cit., pág. 130, y **El Derecho Constitucional uruguayo**, cit., pág. 419.

art. 311 establece los dos casos en que el Tribunal puede anular el acto impugnado en atención a los intereses afectados (*supra*, ap. III), y el alcance subjetivo de la anulación en uno y otro caso, que ahora se considera.

Si la expresión “en interés de la regla de derecho o de la buena administración” se identificara con el concepto constitucional de “interés legítimo”, entonces las tres dicotomías de los arts. 309 a 311 coincidirían, y el efecto *inter partes* o general y absoluto dependería de la legitimación del actor y quedaría automáticamente definido por ella.

Sin embargo, la expresión “en interés de la regla de derecho o de la buena administración” no puede ser una descripción, una alusión ni una referencia a la concepción constitucional del “interés legítimo”, porque mientras este último es en ella, nítidamente, una situación jurídica subjetiva del actor⁵⁴, aquellos intereses son con igual nitidez, en tal concepción, ajenos a él y por ende diferentes a su interés, que es además “personal”.

Por otra parte, el necesario “paralelismo” entre los arts. 309 inc. 3º, 310 inc. 3º y 311 inc. 2º, que se da por supuesto de la interpretación de esas tres disposiciones⁵⁵, no es admisible como tal⁵⁶. Las dos primeras disposiciones mentadas plantean términos, a sus efectos, necesariamente excluyentes. Si la situación del actor pretendidamente lesionada no configura un derecho subjetivo y sin embargo está legitimado para promover la acción, necesariamente consistirá en un “interés legítimo”, además personal y directo; asimismo, la locución “en los demás casos” del art. 310 inc. 3º solo deja fuera, a los efectos de la mayoría requerida para anular el acto, “la lesión de un derecho subjetivo” aludido inmediatamente antes. En cambio, la alternativa de los dos incisos del art. 311 no se plantea en términos necesariamente excluyentes, porque si el actor fue lesionado en un derecho subjetivo, ese es precisamente el interés directamente tutelado por la norma, en la expresión constitucional el “interés de la regla de derecho” contrariada en el caso, con lo cual la locución constitucional tiene un alcance más amplio y comprensivo que la sola situación de interés legítimo. Cuando la norma violada por el acto impugnado confiera derechos subjetivos no solo al actor sino también a otros sujetos en similares situaciones, el “interés de la regla de derecho o de la buena administración” puede justificar la anulación con “efectos generales

⁵⁴ Lo afirma CASSINELLI MUÑOZ en el primer párrafo de su célebre estudio: *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., pág. 283; conf: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 880/881.

⁵⁵ CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., pág. 298 y pág. 338, en una y otra ed.; REAL, A. R., *Efectos de la sentencia anulatoria*, cit., pág. 382; FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., en esp. pág. 286; DELPIAZZO, C. E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, cit., pág. 143/144; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 334/335.

⁵⁶ Tampoco parece de recibo la equiparación o limitación, ni siquiera el paralelismo, entre la desatención del “interés de la buena administración” y la actuación con desviación de poder, que sugiere CASSINELLI MUÑOZ (*El interés legítimo...*, cit., págs. 298/299 y pág. 339 en una y otra ed.; conf. DELPIAZZO, C. E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, cit., pág. 143/144). El concepto de “buena administración” requiere por supuesto la actuación sin desviación de poder, como excluye cualquier otra actuación contraria a derecho; pero requiere además la utilización de los medios más adecuados a los motivos y más idóneos para lograr el fin debido. Incluye por consiguiente aspectos de legitimidad y de mérito de la actuación (véase *supra*, nota 8). El concepto limitativo del ilustre maestro parece impuesto por el propósito de lograr el postulado “paralelismo” entre los tres artículos constitucionales de que se trata.

y absolutos”. Entonces, las dos hipótesis del art. 311 no se excluyen recíprocamente, no coinciden por ende necesariamente con las del art. 309 inc. 3° ni con las del art. 310 inc. 3°, y el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria no depende exclusivamente de la legitimación del actor.

Tampoco parece de recibo “la vinculación o conexión necesaria (dependencia recíproca) entre la especie o clase de norma vulnerada (norma de relación o norma instrumental), el vicio que se deriva de ello (ilicitud o ilegalidad) y la consiguiente titularidad de la situación jurídica subjetiva violada o lesionada (derecho subjetivo o interés legítimo), por constituir un todo inescindible”, que construyó en su notable estudio el recordado Frugone Schiavone⁵⁷. Ello por la imposibilidad de configurar la situación de interés legítimo, en la concepción constitucional uruguaya, a partir de la dicotomía “normas de relación” o “normas instrumentales” (o “de acción”), que está en la base de tal construcción⁵⁸; con frecuencia el derecho positivo tutela el interés público por la vía de consagrar derechos subjetivos en favor de los habitantes o categorías de ellos⁵⁹.

e) Entonces, si la legitimación del actor resultó de la violación de un derecho subjetivo, la sentencia anulatoria tendrá en principio alcance entre las partes (art. 311, inc. 1°), sin requerir declaración alguna del Tribunal al respecto⁶⁰. En cambio, requerirá una declaración expresa en ese caso la anulación “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”, y producirá entonces “efectos generales y absolutos”⁶¹; así lo ha hecho

⁵⁷ FRUGONE SCHIAVONE, H., *Notas para un estudio...*, cit., págs. 286 y sgts.

⁵⁸ Véase la fundamentación de lo afirmado en el texto en: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 882 a 884, y doct. cit. Sobre la configuración de la situación de interés legítimo a partir de la dicotomía “normas de relación” o “normas instrumentales” (o “de acción”), véase la crítica, en general compartible, de Zola DÍAZ PELUFFO, en **El Recurso Contencioso Administrativo**, cit., págs. 111 a 135; mi opinión sobre la concepción de este último autor en *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo”...*, recién cit., pág. 877 nota 21.

⁵⁹ La consagración constitucional de la carrera administrativa, la inamovilidad y el derecho al ascenso, para categorías de funcionarios públicos, son ejemplos flagrantes, entre tantos, de lo dicho en el texto. Véase CASSINELLI MUÑOZ, H., *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, cit., págs. 1230/1231.

⁶⁰ En contra, ignorando sencillamente lo dispuesto por el art. 311 inc. 1° sin fundamentación alguna, véase la sentencia del T.C.A. comentada por NESSAR de LENOBLE, Silvana, *Eficacia subjetiva de la sentencia anulatoria*, en **Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo**, Montevideo, 2011, págs. 883 a 890.

⁶¹ Por supuesto desde una posición distinta a la aquí sustentada, FRUGONE SCHIAVONE destaca que en “la hipótesis de ilicitud de un acto administrativo”, “la jurisdicción anulatoria está dirigida a la defensa de los derechos subjetivos consagrados y garantizados por la Constitución; *lo que no impide que también esté dirigida a la defensa del ordenamiento jurídico*” (*Notas para un estudio...*, cit., pág. 292, destacado mío). Más terminantemente, criticando la solución constitucional desde su interpretación, SAYAGUÉS LASO había señalado que “se concibe perfectamente que en un recurso planteado por quien invoca la lesión de un derecho subjetivo, la nulidad del acto pueda también justificarse en el interés de la regla de derecho o de la buena administración, ya que dichos conceptos no son incompatibles con el de lesión de derecho” (SAYAGUÉS LASO, E., *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, cit., pág. 102); y coincidentemente, GIORGI expuso: “Si bien es frecuente que en los litigios en los que se plantea la violación de un derecho subjetivo perfecto, la decisión administrativa impugnada afecte únicamente una situación jurídica particular -la del accionante-, puede darse el caso de que dicha decisión lesione derechos subjetivos de más de una persona” (**El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 289).

mediante declaración expresa en pronunciamientos anulatorios en que el Tribunal afirmó o dio por supuesta la existencia de violación de derechos subjetivos⁶².

Si la situación lesionada no era de derecho subjetivo, la sentencia anulatoria supondrá necesariamente que el Tribunal entendió, expresa o implícitamente, que el actor estaba legitimado por un interés legítimo, personal y directo y que el “interés de la regla de derecho o de la buena administración” justificaba la anulación; si así no hubiera sido, habría correspondido la confirmación del acto impugnado (*supra*, ap. III), con reserva de la acción de reparación si se admitiera su ilegitimidad (*infra*, ap. VI). Por ende, la anulación tendrá “efectos generales y absolutos”, sin necesidad de declaración expresa y por directo imperio constitucional (art. 311, inc. 2º)⁶³.

⁶² Sobre la jurisprudencia del Tribunal declarando expresamente los efectos generales y absolutos de la anulación, no siempre coherente consigo misma, en casos de ambas legitimaciones posibles del actor: FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *Una sentencia histórica: por primera vez el T.C.A. expresa que su decisión anulatoria tiene efectos generales y absolutos*, en “Rev. Urug. de Der. Const. y Pol.”, N° 49, Montevideo, 1992, en esp. págs. 94 a 98, sobre sent. publicada en págs. 71 a 77; SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo, *Anulación del acto administrativo con efectos erga omnes*, en **Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo**, cit., págs. 921 a 943. En la jurisprudencia posterior a la relevada por SÁNCHEZ CARNELLI (búsqueda en la base de datos de jurisprudencia CADE por la “frase exacta”: “generales y absolutos”; última sent. N° 753, de 15.10.15), se ubican cuarenta sentencias; en veinte de ellas, se anuló con ese alcance subjetivo, teniendo por objeto en todas ellas actos reglamentarios; y si bien en la mayoría no es sencillo esclarecer cuál fue en concepto del Tribunal la legitimación del actor, existen casos claros de legitimación por ambas titularidades posibles. (Se incluyen además en el total de cuarenta, casos en que la demanda fue desestimada, en que se declaró la cesación de la materia de la contienda por anulación previa con esos efectos, en que se anuló sin declaración sobre su alcance, y en que se anuló por ser acto de aplicación de otro que lo había sido con efectos generales y absolutos). Los fundamentos invocados en la mayoría de las declaraciones expresas consisten en el carácter general del acto y la desigualdad que provocaría la anulación con efecto en la causa; en algunos casos se fundó en la “clara y grave” violación de la regla de derecho, y en alguno se dijo que se lo hacía “por tratarse de un acto reglamentario”. En sentencias publicadas en “L.J.U.”, T. 152, Montevideo, 2015, el Tribunal afirmó que el art. 311 inc. 2º le confiere la “facultad” de ampliar el alcance de la anulación fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada: sent. N° 271, de 7.4.15, caso 17036, págs. J43 a J49 y sent. N° 586/2015, de 11.8.15, caso 17074, págs. J231 a J238; más recientemente: Sent. N° 324/2016, de 14.6.2016, T. 154, Montevideo, 2016, caso 17285, págs. J-127 a J-131. Esa jurisprudencia puede resumirse diciendo que el Tribunal entiende que es competente para atribuir al fallo anulatorio “efectos generales y absolutos” cuando a su criterio existan razones que lo justifiquen, cualquiera sea la naturaleza del acto de que se trate o la legitimación del actor para promover la acción, y que ese alcance sólo ocurrirá cuando así lo declare expresamente; solución que si bien puede sustentarse en una lectura aislada del inc. 2º del art. 311, es difícilmente compatible con la ostensible pretensión del contexto de la disposición de predeterminar los casos en que ocurrirá uno u otro efecto, sin dejarlo librado al criterio del Tribunal.

⁶³ Dejo para la consideración de los procesalistas, porque es exquisitamente de su especialización, la forma en que corresponde dar participación en la causa a los terceros que, conforme a las normas constitucionales, serán alcanzados por la sentencia definitiva a dictarse, así como la oponibilidad de esa sentencia, si es anulatoria, a los terceros alcanzados por ella que no hayan tenido oportunidad de ejercer su defensa. Pero no puedo dejar de afirmar que la oponibilidad a esos terceros indefensos de una sentencia dictada en causa en que no han podido participar, que he visto sostener jurisdiccional y administrativamente, es la más grosera violación del principio del debido proceso que pueda concebirse. Véase la excelente sent. N° 88, de 5.II.15 (Sassón -r.-, Harriague, Gómez Tedeschi, Tobía, Echeveste), en que se exponen las dos posiciones sostenidas con anterioridad por la jurisprudencia del Tribunal sobre el tema, y se pronuncia por la que considero arreglada a derecho, concluyendo en la inoponibilidad de esa sentencia al tercero ajeno a la causa; conf. sent. N° 499 de 16.VIII.12 (fuente: banco de datos de jurisprudencia CADE).

V. MAYORÍA REQUERIDA PARA FALLAR

Para dictar la sentencia definitiva deben concurrir los cinco miembros del Tribunal, pero el número de votos requeridos para acordarla varía según el Tribunal se pronuncie sobre el acto “confirmándolo o anulándolo”⁶⁴.

En todo caso bastará la simple mayoría para “confirmar” el acto, así como para declarar su nulidad cuando la legitimación del actor consiste en la violación de su derecho subjetivo (art. 310, inc. 2º), en principio con “efecto únicamente en el proceso en que se dicte”.

“En los demás casos”, dice la Constitución, se requerirán cuatro votos conformes para pronunciar la nulidad⁶⁵. Puesto que el art. 310, en sus incs. 2º y 3º, se está refiriendo a sentencias anulatorias, las dos hipótesis que se discriminan deben en principio coincidir con las dos en que, conforme al art. 311, el acto puede ser anulado (*supra*, ap. III). “Los demás casos” en que se requerirán cuatro votos conformes son necesariamente todos aquellos en que se anula “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”, cualquiera haya sido la legitimación del actor: en todos los casos si lo fue un interés legítimo, personal y directo, o mediante declaración expresa del Tribunal si consistió en un derecho⁶⁶.

VI. RESERVA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN

La Constitución agrega que en los casos en que se requieren cuatro votos conformes para la anulación y no se logran, y por ende el acto subsiste, el Tribunal “reservará a la parte demandante la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente

⁶⁴ Constitución, art. 310, incs. 2º y 3º. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., págs. 615 a 617; CASSINELLI MUÑOZ, H., **Derecho Público**, cit., págs. 378 a 380.

⁶⁵ Contra lo que se sostendrá de inmediato en el texto, la mayoría de la doctrina entiende que “los demás casos” son aquellos en que la legitimación del actor consistió en un interés directo, personal y legítimo: SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1066, pág. 551; GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 280; DÍAZ PELUFFO, Z., **El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica**, cit., pág. 328; CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 298 y págs. 338 en una y otra ed., y **Derecho Público**, cit., pág. 379; REAL, A. R., *Efectos de la sentencia anulatoria*, cit., pág. 382; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 73; VIERA, L. A., *Los procesos contencioso-administrativos*, cit., pág. 45; LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 133; TARIGO, E. E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 60; DELPIAZZO, C. E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, cit., pág. 143; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 334.

⁶⁶ En contra: GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 74, entiende que la mayoría necesaria para conferir efectos generales y absolutos es la misma requerida para anular según la legitimación del actor. La sostenida en el texto es la conclusión a que llega Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (op. cit., pág. 624), aunque partiendo de otra interpretación del inc. 2º del art. 310 y del inc. 1º del art. 311, en los cuales incluye el caso de legitimación por un interés directo, personal y legítimo (op. cit., págs. 616/617 y 620 a 625). La crítica de DÍAZ PELUFFO a la posición del maestro JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (op. cit., págs. 329 a 332) se basa en la afirmación por el primero de la “coordinación lógica” entre los arts. 309 inc. 3º, 310 inc. 3º y 311 inc. 2º, que hasta donde tengo presente fue el primero en sostener (op. cit., pág. 328) y he desechado en el texto (*supra*, parág. IV, ap. d); además, afirmar que la interpretación del maestro “hace totalmente inútil” la distinción constitucional del derecho y el interés legítimo, olvida que ésta opera en ámbito de legitimación, y la cuestión que se analiza en el de los efectos de la sentencia; además es especialmente sorprendente viniendo de quien tan fundadamente ha sostenido la identidad de ambas situaciones jurídicas.

justificada la causal de nulidad invocada”. Están excluidas las hipótesis en que existió violación de un derecho subjetivo del actor, en que tres votos conformes anulan el acto y la acción de reparación queda expedita conforme al art. 312, actual inc. 3°.

La doctrina ha discutido el significado de esta reparación sin anulación, que ocurre cuando la mayoría de los miembros del Tribunal considera que el acto es ilegítimo y sin embargo no se anula. Se ha sostenido que en estos casos, los miembros del Tribunal deberían proceder a una doble votación; en una primera, se votaría por la “confirmación” o la anulación del acto, y podrían optar por confirmar los miembros que estimen no justificada la causal de nulidad y también quienes entendiéndola justificada, consideren que razones de interés público imponen mantener el acto; si no se lograran los cuatro votos para anular quedaría confirmado el acto, y se procedería a una segunda votación por la reserva de la acción de reparación, que ocurriría cuando tres de los miembros consideren justificada la causal de nulidad⁶⁷.

Otra interpretación sostiene que los miembros del Tribunal sólo deben pronunciarse sobre si existe “causal de nulidad” justificada, y el contenido de la sentencia será producto de esa única votación: cuatro votos producirán la anulación, tres la confirmación con reserva de la acción de reparación, y menos de tres sólo la confirmación⁶⁸. Esta interpreta-

⁶⁷ En este sentido, en su particular concepción: BERRO ORIBE, G., *Las Anulaciones...*, cit., págs. 85, 87, 89, 95 y 138. MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo**, cit., págs. 204 a 206, sostiene que el Tribunal debe hacer un “pronunciamiento en lo anulatorio” declarando “la procedencia de la nulidad”, sin la cual “no podría mantener el acto por razones de interés público sustituyendo la reparación”, optando con ello de oficio “por una fórmula de interés público”; en cambio, si a juicio del Tribunal el vicio no merece la sanción anulatoria, no corresponde en opinión del autor la reserva de la acción reparatoria, sino el rechazo de la demanda. Pero de su exposición no resulta claramente si en su opinión aquel doble (o tal vez triple) pronunciamiento conceptualmente discernible debe formalizarse en sendas votaciones, o si puede estar implícito en una única votación (o eventualmente dos, porque en pág. 207 dice que la reserva de la reparación puede resultar “del mantenimiento del acto agravante”). Contra la opinión generalmente admitida, MÉNDEZ también sostiene que la “sentencia anómala debe llevar una condenación de daños y perjuicios”, y que a la jurisdicción común debe acudirse “a fin de liquidar los daños y perjuicios cuya paga ha sido impuesta” (op. cit., pág. 207).

⁶⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., **La Constitución de 1952**, cit., págs. 617/618; CASSINELLI MUÑOZ, H., **Derecho Público**, cit., págs. 378 a 380; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 73/74; VIERA, L. A., *Los procesos contencioso-administrativos*, cit., pág. 45. TARIGO, E. E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 60, entiende que la reserva de la acción resulta de la legitimación del actor y del número de votos, pero entre éstos distingue los votos por la anulación y los que “declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”; y afirma que se reservará al actor la acción de reparación por tres votos en cualquiera de esos sentidos. Por su desarrollo, parecería que el autor entendería que en tal caso deberá aplicarse el art. 90 del Decreto-ley N° 15.524, “Ley orgánica del T.C.A.”, cuyo inc. 2° dispone: “Cuando en una misma sentencia deban resolverse distintas cuestiones y se suscitaren discordias parciales, se considerará alcanzado el número de votos para dictarla si sobre cada una de ellas se obtienen los votos necesarios establecidos en el artículo precedente”. Conforme a esta disposición legal reglamentaria de la norma constitucional, deberá procederse en el caso a una votación por cada una de las “distintas cuestiones” a resolver en la sentencia; pero la discrepancia sobre la solución constitucional subsiste, porque ella recae sobre si la reserva de la acción de reparación prevista en el art. 310 inc. 3° es una de las “distintas cuestiones” a resolverse en la misma sentencia previstas en el art. 90 legal, o si por el contrario es un resultado impuesto por la Carta si existen tres votos por la anulación porque quienes los emiten entienden y por lo tanto “declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”.

ción es la ajustada al tenor constitucional, que no prevé ni admite el desdoblamiento del pronunciamiento de los miembros del Tribunal, quienes sólo deben hacerlo por la “confirmación” o la anulación del acto; pero teniendo presente asimismo que la “causal de nulidad justificada” no requiere sólo la ilegitimidad del acto impugnado, sino también la circunstancia de que el “interés de la regla de derecho” en cuya tutela se dictó la norma violada, o el “interés de la buena administración”, justifiquen la anulación del acto contrario a la regla de derecho (*supra*, ap. III). No se trata de que un acto ilegítimo se confirme por razones de interés general⁶⁹; sino que dos miembros del Tribunal entienden que el acto es legítimo, o que siendo ilegítimo no existen razones atinentes al “interés de la regla de derecho o de la buena administración” para anularlo, y por ende no votan por declarar “suficientemente justificada la causal de nulidad invocada” y lo hacen contra la anulación.

La relevancia de que exista o no reserva de la acción de reparación resulta de la relación que la Constitución establece entre las acciones anulatoria y reparatoria en el art. 312, tanto en su redacción original según la interpretación que predominó, como en su texto reformado.

VII. EFICACIA SUSTANCIAL DE LA SENTENCIA ANULATORIA

La calificación de la sentencia que dispone la anulación de un acto administrativo ilegítimo es compleja⁷⁰.

Por supuesto, tiene un contenido declarativo de la situación jurídica preexistente, en cuanto -sobre el presupuesto de determinadas circunstancias de hecho que se dan por verdaderamente ocurridas- constata la contrariedad del acto con la regla de derecho y la violación o lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo (Constitución, art. 309)⁷¹. La doctrina procesalista señala que toda sentencia contiene una declaración, en cuanto establece como verdad una determinada situación de hecho y de derecho, como antecedente lógico de la decisión⁷², y la sentencia anulatoria no es en ese sentido una excepción.

Pero la eficacia de la sentencia anulatoria no se agota ciertamente en esa declaración. Salvo en aquellos casos en que la ley declare la nulidad de pleno derecho de ciertos actos administrativos⁷³, los actos ilegítimos y por tales inválidos no son nulos sino anulables⁷⁴.

⁶⁹ Así lo interpreta GIORGI, H., **El Contencioso Administrativo de Anulación**, cit., pág. 196, basándose en el Informe en mayoría de la Comisión Especial de Reforma de la Cámara de Representantes.

⁷⁰ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 736 a 742.

⁷¹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, en La Valle, Francesco y Cassinelli Muñoz, Horacio, *Acción de impugnación y acción de cumplimiento en lo contencioso administrativo para la tutela de intereses legítimos*, “Rev. D.J.A.”, T. 70, Montevideo, 1971, págs. 121/122; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 77; LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 129; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 331.

⁷² COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires, 1964, págs. 315/316; BARRIOS DE ANGELIS, Dante, **Teoría del proceso**, Buenos Aires, 1979, págs. 203, 204, 249/250.

⁷³ Por ejemplo, el art. 7º de la Ley N° 16.127, de 7 de agosto de 1990, dispone que “serán nullos de pleno derecho” las designaciones de funcionarios efectuadas en contravención a las disposiciones que contiene la propia Ley. En tal caso, la nulidad puede ser constatada en cualquier tiempo por la

La anulación de un acto, descripta por sus consecuencias jurídicas, consiste en la supresión definitiva de sus efectos con retroactividad al momento de su perfeccionamiento. Para ello, corresponde restituir en el presente una situación idéntica a la que habría existido si el acto anulado nunca se hubiera dictado. La retroactividad de los efectos de la anulación sólo puede consistir en el restablecimiento en el presente de la situación existente antes de la emanación del acto anulado, de manera que la situación venga a ser, jurídica y materialmente, al presente, a partir de la anulación, tal como si aquel acto no hubiera existido⁷⁵. Como el acto administrativo inválido, pese a su ilegitimidad, estaba produciendo sus efectos jurídicos, el restablecimiento de la situación anterior a su dictado importa una modificación de la situación existente antes de la anulación. La sentencia que la dispone ingresa entonces en la categoría de las constitutivas⁷⁶, mediante las cuales el juez consume, por acto propio, una modificación en la situación existente previamente, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas⁷⁷.

Administración o por cualquier juez: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., pág.16.

⁷⁴ SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. I, cit., parágs. 327 a 332, págs. 508 a 515; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., parág. 7, págs. 15 a 22. CARNELUTTI distingue detenidamente la nulidad relativa de la anulabilidad: **Sistema de Derecho Procesal Civil**, T. III, Buenos Aires, 1944, pág. 567.

⁷⁵ ALESSI, Renato, **La revoca degli atti amministrativi**, Milano, 1956, pág. 9; BALDI PAPINI, Ubaldo, **L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi**, Firenze, 1939, pág. 105; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., págs. 147/148.

⁷⁶ Conformes en cuanto a la naturaleza constitutiva de la sentencia anulatoria: KELSEN, Hans, **Teoría pura del derecho**, UNAM, México, 1979, pág. 283; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *La función administrativa y los fundamentos de la sentencia anulatoria*, "Rev. D.J.A.", T. 65, Montevideo, 1967, pág. 222.; GIORGI, H., **El contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 286; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, **Derecho procesal administrativo**, T. II, Madrid, 1966, pág. 895; SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado de Derecho Administrativo**, T. II, cit., parág. 1066, pág. 552; GELSI BIDART, A., *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, cit., pág. 77; VÁZQUEZ, María Cristina, *Ejecución de la sentencia anulatoria*, en **Cuarto coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y jurisdicción**, Montevideo, 1998, págs. 51 a 55; TARIGO, E. E., **Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación**, cit., pág. 61; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., págs. 328 y 331; Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Torello, Galagorri -red.-, Pereira Núñez de Ballestrino) sent. 23.1.990, "L.J.U.", T. 102, Montevideo, caso 11711, pág. 345; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, sent. 25.3.992 (Bermúdez -red.-, Mercant, Olagüe García), "L.J.U.", T. 106, Montevideo, caso 12.256, pág. 283/284, y sent. 6.3.96 (Olagüe, Bermúdez -red.-, Bossio), "L.J.U.", T. 113, Montevideo, caso 13.058, pág. 356, citando opinión conforme de Luis TORELLO. En contra, negando naturaleza constitutiva a la sentencia anulatoria, por considerar que la modificación de la situación preexistente operará por el acto revocatorio que la Administración deberá dictar en cumplimiento del fallo: LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., págs. 129/130.

⁷⁷ COUTURE, E. J., **Fundamentos...**, cit., pág. 319; BARRIOS DE ANGELIS, D., **Teoría del proceso**, cit., págs. 204 y 252, y **El proceso civil**, T. I, Montevideo, 1989, pág. 241; TARIGO, Enrique E., *Sentencia*, en Inst. Urug. de Der. Proc., **Curso de Derecho Procesal**, T. II, Montevideo, 1974, pág. 300. En la categorización de CARNELUTTI, se trata de la sentencia de un proceso de "acertamiento constitutivo", tipo de proceso declarativo de accertamento que se da cuando las normas materiales, para excluir toda incertidumbre en torno a la modificación de una situación jurídica, incluye entre los presupuestos de esa modificación la verificación por el juez de la efectiva existencia de tales presupuestos; en tal caso, la declaración del juez no se limita a constatar una situación existente, sino que la modifica o concurre a modificarla (CARNELUTTI, Francisco, **Sistema de Derecho Procesal Civil**, T. I, Buenos Aires, 1944, págs. 157/158, 160/161, 169 a 171 y 173).

No se ha agotado con lo dicho la eficacia de la sentencia anulatoria. Dictada esa sentencia, la Administración queda vinculada por su eficacia de cosa juzgada, no sólo por el fallo que “declara” la nulidad, sino también por los fundamentos que -aquí sí, estrictamente- declaran cual es -o era- el derecho vigente aplicable a los hechos que se dan por ciertos, porque esos fundamentos constituyen un antecedente lógico inseparable de lo dispositivo, que no puede concebirse sino en necesaria dependencia de aquellos⁷⁸. Entonces, sencillamente en virtud del “principio de legalidad”, la Administración queda obligada frente a todos los que puedan invocar aquella eficacia, a comportarse en la forma que ese derecho vigente le impone. Puede ocurrir que aquel derecho vigente permita a la Administración la opción entre varios cursos de acción igualmente legítimos -uno de los cuales puede o no ser la inactividad-, y entonces subsistirá después de la sentencia el mismo margen de discrecionalidad, que deberá ejercerse ahora sin los vicios -u otros- que llevaron a la anulación del acto. Pero si el derecho vigente le imponía una inactividad y fue contrariado por el dictado del acto anulado, que pese a su ilegitimidad era ejecutable y pudo ser ejecutado total o parcialmente, la Administración estará obligada, como consecuencia de la sentencia anulatoria, a cumplir toda la actividad jurídica y material que sea necesaria para suprimir jurídica y materialmente las consecuencias de aquel acto que no desaparezcan de pleno derecho por el dictado de la sentencia; y si el derecho vigente le imponía una actividad, el conocido como efecto positivo de la cosa juzgada anulatoria le obligará a cumplirla⁷⁹. Este aspecto de la eficacia de la sentencia anulatoria le hace ingresar en la categoría de las de condena⁸⁰, si se entiende por tales “aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo (no

⁷⁸ COUTURE, E. J., **Fundamentos...**, cit., págs. 431/432; BARRIOS DE ANGELIS, D., **Teoría del proceso**, cit., págs. 212/213. Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sent. 25.5.964, “L.J.U.”, T. 51, Montevideo, caso 6391, pág. 179 y “Rev. D.J.A.”, T. 65, Montevideo, 1967, pág. 226/227.

⁷⁹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: *El ajuste de la Administración a las sentencias jurisdiccionales*, en “Rev. D.J.A.”, T. 55, Montevideo, 1957, pág. 70/72; *La función administrativa y los fundamentos de la sentencia anulatoria*, cit., págs. 220 y sgts.; *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en **Perspectivas...**, cit., págs. 300/301; LA VALLE, F. y CASSINELLI MUÑOZ, H., *Acción de impugnación...*, cit., págs. 114 a 123 y 130/131; GIORGI, H., **El contencioso administrativo...**, cit., pág. 298; MÉNDEZ, A., **Lo contencioso de anulación...**, cit., pág. 209; REAL, Alberto R., *Ejecución de sentencia anulatoria*, en “Rev. Fac. Der. y C. Soc.”, Año XXI N° 1-4, Montevideo, 1971, pág. 349; SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado...**, T. I, cit., parág. 274, pág. 450, y T. II, cit., parág. 1069, págs. 554/555; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., pág. 146 nota 74 y jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo allí citada; y *Contencioso administrativo de reparación patrimonial*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., ap. III B), págs. 783 a 787; Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Torello, Galagorri -red.-, Pereira Núñez de Ballestrino), sent. 23.11.990, cit., pág. 345; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno (Bermúdez -red.-, Mercant, Olagüe García), sent. 25.3.992, cit., pág. 283/284; CARBAJO, Joël, **L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires**, París, 1980, págs. 248 a 253; CHAPUS, René, **Droit administratif général**, T. I, París, 1988, págs. 522/523; VEDEL, Georges, **Droit administratif**, París, 1976, págs. 621/622; VEDEL, Georges y DELVOLLE, Pierre, **Le système français de protection des administrés contre l'administration**, París, 1991, pág. 218.

⁸⁰ Conf. LA VALLE, F. y CASSINELLI MUÑOZ, H., *Acción de impugnación...*, cit., pág. 116; LANDONI SOSA, A., **El proceso contencioso administrativo de anulación**, cit., págs. 129 y 134/135; VÁZQUEZ, M. C., *Ejecución de la sentencia anulatoria*, cit., págs. 51 a 55; Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Torello, Galagorri -red.-, Pereira Núñez de Ballestrino) sent. 23.11.990, cit., pág. 345. DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso administrativo**, cit., pág. 331, limita el aspecto de condena a “los casos que imponen condenas procesales”.

hacer, abstenerse)⁸¹, o en otra concepción, aquellas cuya “decisión sobre la situación pasada supone el reconocimiento de una acción futura a cargo de una parte, de cuya realización voluntaria o mediante ejecución, depende la satisfacción definitiva”⁸². La acumulación en una sentencia de contenidos constitutivos y de condena no es, ciertamente, una singularidad de la sentencia anulatoria⁸³. Lamentablemente, en nuestro país, el contenido de condena de la sentencia anulatoria se desdibuja y debilita por la injustificable negativa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a la adopción de medidas coactivas de ejecución de sus sentencias⁸⁴, que cercena a la función jurisdiccional que tiene constitucionalmente atribuida la potestad que le es inherente, además de juzgar, de hacer ejecutar lo juzgado⁸⁵.

Sin embargo, la eficacia de la sentencia anulatoria encuentra un obstáculo insalvable en la imposibilidad de modificar aquello que materialmente ha ocurrido, o no, en el pasado; no es posible suprimir en su materialidad un acto o hecho realmente ocurrido, o lograr que en la realidad ocurra en el pasado un acontecimiento que no se ha verificado⁸⁶. Cuando esa imposibilidad impide el restablecimiento “*in natura*” actual de la situación jurídica y fáctica que habría existido de no haber tenido lugar el acto anulado, sólo cabe y corresponde la reparación pecuniaria del daño⁸⁷. Este aspecto condenatorio es en nuestro país, por imperio constitucional, ajeno a la sentencia de la acción de nulidad, y es objeto de otro juicio que “se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine”.

Mayo de 2016

⁸¹ COUTURE, E., **Fundamentos...**, cit., pág. 318.

⁸² BARRIOS DE ANGELIS, D., **Teoría del proceso**, cit., págs. 203/204.

⁸³ Señalan la posibilidad de esa acumulación: CARNELUTTI, F., **Sistema...**, T. I, cit., págs. 176/177; COUTURE, E. J., **Fundamentos...**, cit., pág. 333, y BARRIOS DE ANGELIS, D., **Teoría del proceso**, cit., pág. 204.

⁸⁴ Por ej.: Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Torello, Galagorri -red.- Pereira Núñez de Ballestrino) sent. 23.11.990, “L.J.U.”, T. 102, Montevideo, caso 11.711, pág. 342 y sgts. Una promisoría rectificación de esa jurisprudencia puede verse en la sent. del mismo Tribunal N° 543, de 19.9.13 (Gómez Tedeschi, Harriague -r.-, Sassón), en la ejecución de una sentencia de regulación de honorarios, con razonamientos aplicables a toda ejecución de sentencia de esa Sede (Fuente: banco de jurisprudencia de CADE). Véase *supra*, nota 9.

⁸⁵ El Tribunal Constitucional español ha dicho explícitamente, y con referencia precisamente al contencioso-administrativo, que “en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva está el derecho a obtener la ejecución de los fallos”, y que “dicho derecho fundamental no se satisface simplemente con un fallo declarativo y puramente retórico”: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en derecho español*, en “Revista de Direito Público”, N° 89, San Pablo, Brasil, 1989, pág. 21. Es incuestionable que el derecho a la tutela judicial efectiva debe considerarse vigente en nuestro derecho a nivel constitucional a través del art. 72 de la Constitución, y su aplicación inmediata debe hacerse por los medios previstos en el art. 332 de la Carta: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 503 a 543; véase DELPIAZZO ANTÓN, Gabriel, **Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración**, Montevideo, 2009, en esp. págs. 31 a 38 y 94 a 106.

⁸⁶ ALESSI, R., **La revoca...**, cit., pág. 9; BALDI PAPINI, U., **L’annullamento...**, cit., págs. 106/107; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., pág. 147/148.

⁸⁷ GIORGI, H., **El contencioso administrativo...**, cit., págs. 293/294; SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado...**, T. II, cit., parág. 1070, pág. 556; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Contencioso administrativo de reparación patrimonial*, cit., ap. II A, págs. 774/775.

UNIVERSALIZACIÓN DE DERECHOS, ECONOMÍA DISRUPTIVA Y DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Carlos E. Delpiazzo *

RESUMEN. *Originalmente acotado a las fronteras territoriales de los Estados, el fenómeno de la globalización ha determinado que el Derecho Administrativo ingrese en un proceso de transformaciones que al día de hoy permiten hablar de un incipiente Derecho Administrativo Global.*

Dos factores que han incidido decisivamente al respecto son la universalización de los derechos humanos y la consiguiente extensión del control de convencionalidad por un lado, y la globalización de las relaciones jurídicas, potenciadas por el desarrollo tecnológico que permite vincularse a Administraciones y sujetos ubicados en los más distantes puntos del planeta. En particular, la llamada economía disruptiva o colaborativa posibilita el encuentro de demandantes y oferentes a través de plataformas informáticas que dan soporte a un nuevo mercado de alcance global.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Autor de 68 libros y más de 500 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador y Vicepresidente para América del Sur de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Correo electrónico: carlos.delpiazzo@delpiazzo.com

PALABRAS CLAVE. *Derechos humanos. Control de convencionalidad. Derecho Administrativo Global. Economía disruptiva. Economía colaborativa.*

ABSTRACT. *Originally limited to the territorial boundaries of each State, the phenomenon of globalization has determined Administrative Law to engage into a transformation process that allows us today to talk of an emerging Global Administrative Law.*

There are two factors that have played a decisive role in this regard: on the one hand, universal human rights and the consequent extension of the conventionality control; and on the other hand, globalization of legal relations, enhanced by technological development that allows to link Administrations and individuals located anywhere in the world. Particularly, the so-called “disruptive economy” or “collaborative economy” enables the meeting of buyers and sellers through computer platforms that support a new global market reach.

KEYWORDS. *Human rights. Conventionality control. Global Administrative Law. Disruptive economy. Collaborative economy.*

D) INTRODUCCION

Siempre se ha caracterizado al Derecho Administrativo como un Derecho en permanente mutación como consecuencia de los continuos cambios que experimenta la Administración en su organización y funcionamiento, procurando responder a los requerimientos sociales de cada momento ¹.

Pero hoy, ya avanzado el siglo XXI, bien se ha hablado de la necesidad de un Derecho Administrativo Revisado ² como consecuencia de la rapidez que exige el dinamismo del Derecho Administrativo ante las irreversibles transformaciones actuales ³ impuestas por un conjunto de circunstancias determinantes de la reconversión del Estado y de su rol en un mundo cada vez más interconectado y donde las relaciones jurídicas cambian aceleradamente.

Según se ha dicho con acierto, “El Estado que hoy tenemos es, sin duda, más frágil que el del inmediato pasado, que se sentía firme y seguro dentro de sus fronteras. Hoy, en cambio, la importancia de éstas se ha minimizado en el marco de una economía sustancialmente globalizada en la que los flujos monetarios circulan de un lado a otro con entera libertad y entran y salen día a día y aún, hora a hora sin pedir permiso a nadie

¹ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 73.

² José Luis MEILAN GIL – “Derecho Administrativo Revisado” (Andavira, Santiago de Compostela, 2016), pág. 15 y sigtes.

³ Carlos E. DELPIAZZO - “Transformaciones del Derecho Administrativo”, en Víctor HERNANDEZ MENDIBLE (Coordinador) - “Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello” (Ediciones Paredes, Caracas, 2007), tomo 1, pág. 417 y sigtes.; y “Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2007), Año XXIX, N° 348, pág. 243 y sigtes.

impulsados por las diferenciales centesimales que los mercados internacionales reflejan en su continuo e incansable funcionamiento. No hay fronteras tampoco para la información, que se difunde igualmente en tiempo real sin que importe la distancia a través de una red igualmente universal... Si grandes y graves han sido los cambios producidos en el Estado desde el punto de vista estructural, mayores todavía son los registrados en el aspecto funcional” con el desplome del Estado providencia -“un Estado que abarca mucho pero aprieta poco”- la reacción neoliberal, el desplazamiento del Derecho (y de los juristas) por la Economía (y los economistas), la preocupación por la eficacia aún con desmedro de la legalidad, la revisión del concepto de servicio público (nuevamente en crisis) abriéndolo a la competencia a través de las obligaciones de servicio universal, y la persistencia de insuficiencias en la Justicia administrativa ⁴.

En ese marco, emerge cada vez con más fuerza el llamado “Derecho Administrativo Global” como una lógica consecuencia de la crisis y renovación que experimenta el Derecho público en general ⁵ frente al escenario de la mundialización ⁶.

Más allá de su denominación ⁷, es importante detenerse a considerar **dos determinantes actuales** del mismo, como son la universalización de los derechos humanos ⁸ y la economía disruptiva o colaborativa ⁹ que desborda los moldes tradicionales de las relaciones jurídicas, sobre todo en lo que refiere a la intermediación en la sociedad de la información en la que vivimos.

II) SENTIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

1. Esencia del Derecho Administrativo

Lo propio del Derecho Administrativo es el ejercicio servicial de la función administrativa ¹⁰ como prolongación de la naturaleza servicial ¹¹ de la Administración -ínsita en su propia etimología ¹²- de su carácter instrumental ¹³, de su ser para otros ¹⁴, a fin de que los

⁴ Tomás Ramón FERNANDEZ - “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria” (La Ley, Buenos Aires, 2002), pág. 93 y sigtes.

⁵ Luciano PAREJO ALFONSO - “Crisis y renovación en el Derecho Público” (E.C.A., Buenos Aires, 2003), pág. 77 y sigtes.

⁶ Agustín A. GORDILLO - “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, en Res Pública Argentina, Año 2009, N° 1, pág. 47 y sigtes.

⁷ Diogo DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO - “Transadministrativismo. Una introducción”, en Allan BREWER CARIAS y otros (Coordinadores) - “La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro en homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría” (Temis – Editorial Jurídica Venezolana – Tirant Lo Blanch, Bogotá, Caracas, Valencia, 2014), pág. 183 y sigtes.

⁸ Claudio Jesús SANTAGATI - “Manual de Derechos Humanos” (Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2013), segunda reimpresión de la tercera edición, pág. 113 y sigtes.

⁹ Gustavo GAUTHIER (Coordinador) - “Disrupción, economía compartida y Derecho” (F.C.U., Montevideo, 2016), pág. 11 y sigtes.

¹⁰ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 67.

¹¹ Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo” (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I, pág. 83 y sigtes.; y “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.

¹² Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 9 y sigtes.

componentes del cuerpo social -todos- puedan alcanzar plenamente los fines propios de su dignidad¹⁵, que eso es el bien común.

Como bien se ha dicho, “El bien común es el medio necesario para el pleno desarrollo de la persona humana en su triple dimensión individual, social y trascendente. No coincide por cierto con el bien del Estado ni con el de la Administración, pero ese bien del Estado y el de la Administración no pueden ser incompatibles con el bien común, puesto que a él están finalizados”¹⁶.

Por bien común cabe entender el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección¹⁷.

En palabras de José Luis MEILAN GIL, “el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo”¹⁸.

Es que el bien común “no es otra cosa que el propio bien de la persona humana, en su totalidad (material y espiritual), pero no un bien como los demás, particularizado y apropiable individualmente sino ese bien continente que se da precisamente en la sociedad y en virtud del cual nada menos que ésta existe -razón de ser de la propia autoridad del gobernante- bien que permite ese conjunto de condiciones aptas para obtener la plena suficiencia de vida, en sociedad, y alcanzar el fin último del hombre, de acuerdo con su propia naturaleza humana... Y este bien común -causa final de la sociedad misma- no es ni el bien de la comunidad como tal, en cuanto singular, ni la suma de los bienes individuales, sino que tiene un objeto distinto propio, que es el bien del hombre pero en cuanto ser social”¹⁹.

Por eso, como le he destacado antes de ahora²⁰, “en su esencia, el Derecho Administrativo se nos presenta como un intento permanente de hacer compatible las prerrogativas de

¹³ Mariano R. BRITO - “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.

¹⁴ Mariano R. BRITO - “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en Ius Publicum (Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001), N° 6, pág. 63 y sigtes.; y “Planificación y libertad en el Estado social de Derecho”, en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), N° 1, págs. 35, 40 y sigtes.

¹⁵ Carlos E. DELPIAZZO - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), especialmente pág. 27 y sigtes.

¹⁶ Augusto DURAN MARTINEZ - “Estudios de Derecho Público” (Montevideo, 2008), volumen II, pág. 266.

¹⁷ Carlos E. DELPIAZZO - “Bien común, sociedad y Estado”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), Año XI N° 21, pág. 81 y sigtes.

¹⁸ José Luis MEILAN GIL - “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español”, en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Belo Horizonte, 2010), Año 10, N° 40, pág. 171 y sigtes.

¹⁹ Eduardo SOTO KLOSS - “La democracia, ¿para qué? Una visión finalista”, en A.A.V.V. - “Crisis de la democracia” (Universidad de Chile, Santiago, 1975), págs. 18 y 19.

²⁰ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 67.

la Administración en su ser y obrar (o sea, en tanto organización y actividad) con las garantías de la libertad del administrado, en función del fin trascendente de la obtención del bien común (servicio), que ha permitido a Francisco GONZALEZ NAVARRO caracterizarlo como el Derecho del poder para la libertad ya que su objeto radica en garantizar y asegurar los derechos de las personas mediante una presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión... Quiere decir que, acompasadamente con la evolución del Estado de Derecho (del que es hijo), el Derecho Administrativo se caracteriza por su esencial servicialidad a la sociedad, considerada en su conjunto y en cada uno de los individuos que la integran, todos iguales en dignidad en tanto personas humanas”.

2. Impacto de la globalización

Una aproximación al escenario de la globalización obliga a considerarla desde la observación de la realidad y en sus dimensiones económica, tecnológica y jurídica ²¹.

La **observación de la realidad** permite ver a la globalización como un fenómeno caracterizado por la dependencia económica mutua entre los países del mundo ocasionada por el creciente volumen y variedad de transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, y por la aceleración de la difusión de las tecnologías de las comunicaciones ²².

Según el sociólogo alemán Ulrich BECK, la *globalización* como proceso de interconexión, debe distinguirse de otros fenómenos como son la globalidad y el globalismo ²³.

En primer lugar, la *globalidad* es la conciencia de vivir en una sociedad mundial interrelacionada, de modo que ningún país ni grupo puede vivir al margen de los demás, lo que conduce a encarar los problemas globalmente.

En segundo lugar, el *globalismo* se define como la concepción de acuerdo a la cual el mercado mundial sustituye a la política, de modo que puede considerarse una ideología caracterizada por la pretensión de llevar a cabo la superación de los mercados nacionales por un mercado integrado mundial paralelo a la institucionalidad estatal. Según este enfoque, la globalización de la economía procede a través de la liberalización comercial, la desregulación de los mercados, la privatización y, en algunos casos, la integración regional, tendiendo a la mercantilización de las relaciones sociales y produciendo un debilitamiento del poder de los Estados nacionales, especialmente de su poder normativo.

Desde el punto de vista económico, “Con el término globalización se suele designar el acelerado proceso de integración de los mercados nacionales en un gran mercado mundial”²⁴. Cuando la frontera es el mundo -y no ya el país- “el mercado único y la movilidad de los flujos económicos y financieros de las empresas multinacionales han provocado la

²¹ Carlos E. DELPIAZZO - “Las redes sociales digitales en clave jurídica”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2011), tomo XI, pág. 161 y sigtes.

²² Mariano R. BRITO - “Globalización y Derecho Administrativo”, en Rev. de los Antiguos Alumnos del I.E.E.M. (Montevideo, 2001), Año 4, N° 3, pág. 76 y sigtes.

²³ Ulrich BECK - “¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización” (Paidós, Barcelona, 1998), pág. 27 y sigtes.

²⁴ Oscar SARLO - “Globalización y Derecho, sus proyecciones sobre la formación de los juristas”, en Cuaderno de la Facultad de Derecho (F.C.U., Montevideo, 1999), Tercera serie, N° 3, pág. 9.

desterritorialización de las actividades y el incremento de la competencia entre los productores y los territorios”²⁵.

Sobre el particular, bien se ha dicho que el comercio electrónico constituye la expresión máxima del fenómeno de la globalización en el mundo empresarial²⁶.

Desde el punto de vista tecnológico, la globalización supone una infraestructura de redes, constituida actualmente por Internet, en cuyo ámbito se verifican intercambios, encuentros y desencuentros sin otros límites que los del mundo²⁷.

Desde el punto de vista jurídico, este nuevo escenario no es neutro ya que -como la mayoría de las grandes conquistas culturales, científicas y tecnológicas que registra la historia- impone dar respuestas a situaciones nuevas y muchas veces ambivalentes. En la medida que se trata de una realidad mundial que exorbita las fronteras territoriales de los países, es evidente la necesidad de reglas comunes²⁸.

Por ello, el moderno Derecho Administrativo ha dejado de ser un Derecho exclusivamente interno²⁹.

Paralelamente, es dable advertir lo que ha dado en llamarse “*convergencia de los Derechos Administrativos*”³⁰ impuesta por la globalización, lo que permite hablar de la formación de un “*ius commune administrativum*”, que se encuentra en una constante relación de interacción con los Derechos nacionales, en los cuales se inserta y a los cuales condiciona en influencia recíproca³¹.

En función de dicha realidad, los Derechos Administrativos nacionales se explican cada vez más desde su integración en otros sistemas jurídicos más complejos, que no responden a las reglas tradicionales de los ordenamientos jurídicos estatales³².

3. Caracteres del Derecho Administrativo Global

En tal contexto, es que se verifica el **surgingimiento** del Derecho Administrativo Global, determinado por el vasto incremento del alcance y formas de la regulación transgubernamental y de la Administración diseñada para enfrentar las consecuencias de la interdependencia resultante de la globalización en áreas tales como la seguridad, el desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, las telecomunicaciones, el

²⁵ Juan Cruz ALLI ARANGUREN - “Derecho Administrativo y globalización” (Civitas, Madrid, 2004), pág. 309 y sigtes.

²⁶ Federico JIMENEZ HERRERA - “E-commerce: una conjunción vertiginosa entre negocio y tecnología”, en Rev. La Ley (Buenos Aires, 2000), Año LXIV, N° 220, pág. 1.

²⁷ Santiago ALVAREZ DE MON - “Globalización y Tecnología”, en Rev. de los Antiguos Alumnos del I.E.E.M. (Montevideo, 2001), Año 4, N° 1, pág. 12 y sigtes.

²⁸ Carlos E. DELPIAZZO - “Hacia un Derecho Administrativo Global”, en Aulivi LINARES y A. SADDY (Coordinadores) - “Estudios sobre Regulação e Crises dos Mercados Financieros” (Lumen Juris, Río de Janeiro, 2011), pág. 289 y sigtes.

²⁹ Agustín A. GORDILLO - “Tratado de Derecho Administrativo” (Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997), cuarta edición, tomo I, pág. V-14 y sigtes.

³⁰ Sabino CASSESE - “El problema de la convergencia de los Derechos administrativos”, en Rev. Actualidad en el Derecho Público (Buenos Aires, 1996), N° 5, pág. 3 y sigtes.

³¹ Santiago MUÑOZ MACHADO - “La Unión Europea y las mutaciones del Estado” (Alianza, Madrid, 1993), pág. 128.

³² Sabino CASSESE - “La globalización jurídica” (Marcial Pons, Madrid, 2006), pág. 23 y sigtes.

comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual y los movimientos migratorios, entre otras.

En la medida que dichas áreas no pueden ser afrontadas suficientemente a través de los ordenamientos nacionales, emergen sistemas transnacionales de regulación a través de tratados y redes de cooperación, que son implementados mediante órganos administrativos transnacionales que desarrollan función administrativa.

Dichos desarrollos han llevado a la **definición** del Derecho Administrativo Global como “aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban”³³.

Si tradicionalmente se ha visto por muchos al Derecho Administrativo como el Derecho de la Administración, la conceptualización de un Derecho Administrativo Global presupone la existencia de una Administración global o transnacional.

En tal sentido, se ha sostenido la existencia de un “*espacio administrativo global*” multifacético, en el que se pueden distinguir cinco tipos de Administración Global, a saber³⁴:

- a) administración por parte de organizaciones internacionales formales de alcance mundial, como es el caso del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU);
- b) administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación, como es el caso del Comité de Basilea en materia de regulación bancaria;
- c) administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes de colaboración, como ocurre en materia ambiental;
- d) administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados, como es el caso del órgano regulador de las direcciones en Internet, la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN); y
- e) administración por instituciones privadas con funciones regulatorias, como es el caso de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO).

En función de tal dispersión organizativa y de fuentes, uno de los padres del Derecho Administrativo Global ha señalado a su respecto los siguientes **caracteres**³⁵:

- a) difuso;
- b) plural;

³³ Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART - “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”, en Res Pública Argentina, Año 2007, N° 3, pág. 28.

³⁴ Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART - “El surgimiento del Derecho Administrativo Global” cit., pág. 32 y sigtes.

³⁵ Sabino CASSESE - “Il Diritto Administrativo Globale: una introduzione”; conferencia pronunciada el 10 de enero de 2005 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma “La Sapienza”.

³⁶ Jaime RODRIGUEZ ARANA - “El Derecho Administrativo Global: un Derecho principal”, en Luis José BEJAR RIVERA (Coordinador) - “Derecho Administrativo. Perspectivas contemporáneas” (Porrúa - UP, México, 2010), pág. 35 y sigtes.; y José Luis MEILAN GIL - “Una aproximación al Derecho Administrativo Global” (Global Law Press, Sevilla, 2011), pág. 161 y sigtes.

- c) asociativo; y
- d) progresivo.

A dichos atributos hay que agregar su ser principal³⁶ ya que si en todos los campos del Derecho son importantes los principios generales, mucho más lo son en un ámbito -como el del Derecho Administrativo Global- en construcción e incompleto, necesitado por tales razones de bases de sustentación firmes³⁷.

En orden a la caracterización de los principios generales de Derecho, aunque pueda parecer una simplificación o un juego de palabras, antes de ahora he propuesto hacer coincidir la definición de los mismos con su designación, a través de las tres palabras que componen su nombre³⁸.

En primer lugar, *son principios* por cuanto constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido. Ello es así porque “en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del Derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente”³⁹.

La propia designación de “principios” alude a lo primero, o sea, lo que antecede plenamente a cuanto le sigue. Por eso, “Háblase de principios habitualmente para referirse a aquellos primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento -piedras sillares- de un ordenamiento (jurídico, en la especie que nos ocupa). Criterios de verdad que se procura hallar. Su noción de base alude entonces, a un sentido no sólo ontológico sino también lógico, en cuanto atendemos con ellos a unos soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento jurídico, al que prestan todo su sentido”⁴⁰.

En efecto, “Cuando se habla de principio, lo primero que viene a la mente es la idea de inicio, de comienzo, de lo que se parte, y que se refiere a una acción, a una actividad, a un procedimiento o iter o camino, que se desarrolla y lleva a un término, a un fin. La idea de principio lleva en sí la de aquello que origina, que es origen o fuente de algo”⁴¹.

En segundo lugar, *son reglas de carácter general* porque trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares.

En rigor, lo general se opone a lo particular, de modo que no equivale a vaguedad sino que resulta abarcativo en su supuesto de la categoría o clase de sujetos abstractamente

³⁷ Carlos E. DELPIAZZO - “Global Administrative Law and Comparative Administrative Law en Latin America”, en Javier ROBALINO y Jaime RODRIGUEZ ARANA (Editores) - “Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa” (Cameron May, Londres, 2010), pág. 99 y sigtes.

³⁸ Carlos E. DELPIAZZO - “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (Netbiblo, La Coruña, 2008), pág. 607 y sigtes., y en Mariano R. BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, Carlos E. DELPIAZZO y Augusto DURAN MARTINEZ - “Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo” (A.M.F., Montevideo, 2009), pág. 36 y sigtes.

³⁹ Alberto Ramón REAL - “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” (Montevideo, 1965), pág. 16, y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 87 y sigtes.

⁴⁰ Mariano R. BRITO - “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), pág. 37 y sigtes.

⁴¹ Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo” cit., tomo II, pág. 20.

comprendidos sin individualizarlos. Es más: en la medida que refieren a las verdades supremas del Derecho, resultan virtualmente comunes a todos los sistemas ya que la afirmación de que los principios generales son válidos solamente para un sistema, es una contradicción con su “ratio juris” de carácter universal que, desde los romanos, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica ⁴².

En tercer lugar, los principios generales *son de Derecho* ya que se trata de fórmulas técnicas del mundo jurídico y no de simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas. A pesar de que no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla de Derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal ⁴³.

Siendo así, constituyen fuente directa y principal de Derecho porque “sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas” ⁴⁴.

Además, son los principios generales de Derecho el principal antídoto frente a la normación burocrática y son también la garantía de permanencia frente a las modas que ocasionalmente se suscitan al influjo de ideologías o tendencias políticas de momento ⁴⁵.

Partiendo de la centralidad del ser humano, los principios generales de Derecho más relevantes para el Derecho Administrativo Global pueden agruparse -sin pretensión de exhaustividad- en los que refieren a la organización, los que tratan de la actividad, y los que cubren a ambas.

Comenzando por estos últimos, dos principios generales de Derecho rectores del Derecho Administrativo Global todo, son el principio de juridicidad y el principio personalista.

Respecto al *principio de juridicidad*, el mismo refiere al sometimiento integral a la regla de Derecho, tanto en el ser como en el obrar de los sujetos emergentes ⁴⁶.

En cuanto al *principio personalista*, el mismo consiste en la afirmación de la primacía de la persona humana ⁴⁷, tanto en su dimensión individual como social y trascendente ⁴⁸, manifestada en el respeto, tutela y garantía debidos a los derechos fundamentales.

-
- ⁴² Giorgio DEL VECCHIO - “Los principios generales del Derecho” (Bosch, Barcelona, 1979), pág. 49.
- ⁴³ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 173 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., pág. 137 y sigtes.
- ⁴⁴ Héctor BARBE PEREZ - “Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo”, en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga (Montevideo, 1958), pág. 37 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., pág. 19 y sigtes.
- ⁴⁵ Carlos E. DELPIAZZO - “Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo XIII, pág. 65 y sigtes.
- ⁴⁶ Carlos E. DELPIAZZO - “Afirmación y evolución del principio de juridicidad. Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou”, en Andry MATILLA, Jaime Orlando SANTOFIMIO y Héctor SANTAELLA (Coordinadores) - “Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou” (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013), pág. 197 y sigtes.; y “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2012), N° 32, pág. 143 y sigtes.
- ⁴⁷ José A. CAGNONI - “La primacía de la persona: el principio personalista”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 24, pág. 135 y sigtes.; y Eduardo SOTO KLOSS - “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno” cit., pág. 507 y sigtes.
- ⁴⁸ Carlos E. DELPIAZZO - “Las dimensiones del administrado”, en “Jornadas en homenaje al Prof. Dr.

En segundo lugar, en cuanto a los principios generales de Derecho relativos a la organización administrativa global, cabe destacar los de cooperación, especialidad y participación.

Mientras que el sistema tradicional se articuló sobre la base del principio de separación (de poderes y funciones), el fenómeno de la globalización impone el *principio de cooperación* entre las Administraciones estatales y entre éstas y los órganos y organismos resultantes, por ejemplo, de los procesos de integración, dando lugar a auténticas “redes administrativas”⁴⁹.

Respecto al *principio de especialidad*, el mismo impone la reafirmación de que, mientras el hombre -como entidad sustantiva- puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, porque es un centro natural de actividad que halla en la norma su límite pero no el principio de su acción, los órganos y entes públicos -tanto los tradicionales como los nuevos, sean internos o supranacionales- hallan en el Derecho la fuente de legitimidad de su acción⁵⁰.

Asimismo, cabe considerar la existencia de un *principio de participación*, en virtud del cual se reconoce el derecho de los habitantes o ciudadanos a participar en la adopción y eventual impugnación de decisiones de autoridades que les afectan⁵¹, sin perjuicio de otras manifestaciones participativas en lo administrativo y en lo político, hoy potenciadas por las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones⁵².

En tercer lugar, respecto a los principios generales de Derecho relativos a la actividad administrativa global, es posible privilegiar la consideración de los principios de igualdad, seguridad, razonabilidad, buena fe, publicidad, transparencia, eficacia, responsabilidad y control.

Proclamado en la Declaración francesa de 1789, el *principio de igualdad* se ha reivindicado no sólo frente a la ley sino también frente a cualquier norma jurídica y actualmente procede frente a cualquier forma de organización del poder y, en general, frente a toda hipótesis de discriminación⁵³.

En cuanto al *principio de seguridad*, el mismo refiere a lo cierto, lo confiable, lo indemne, lo conocido, lo indubitable, lo responsable, lo sólido, lo infalible, lo estable, lo

Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo” (U.M., Montevideo, 2014), pág. 227 y sigtes.; y “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2013), volumen 2, pág. 221 y sigtes.

⁴⁹ Eberhard SCHMIDT ASSMANN - “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en Javier BARNES (Editor) - “Innovación y reforma en el Derecho Administrativo” (Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006), págs. 108 y 109.

⁵⁰ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., págs. 42 y 43.

⁵¹ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “Poder público y participación ciudadana en el Derecho uruguayo”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2005), N° 28, pág. 17 y sigtes.; y Felipe ROTONDO TORNARIA - “Aproximación a la participación del administrado a la luz de los principios generales”, en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1982), Año XXVI, N° 1, pág. 63.

⁵² Carlos E. DELPIAZZO - “Dimensión tecnológica de la participación del administrado en el Derecho uruguayo”, en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2005), N° 5, pág. 63 y sigtes.; y en Rogerio GESTA LEAL (Organizador) - “Administração Pública e Participação Social na América Latina” (Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2005), pág. 117 y sigtes.

⁵³ Oscar SARLO y Andrés BLANCO (Coordinadores) - “El principio de igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica” (F.C.U., Montevideo, 2008).

continuo, lo transparente, lo tranquilo, lo protegido, lo amparado, de y en la vivencia y la convivencia ⁵⁴.

Según se ha dicho, la seguridad se traduce “como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos” ⁵⁵, tanto en el mundo real como en el virtual ⁵⁶.

El *principio de razonabilidad* impone que toda intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada, es decir, adecuada en relación al fin debido, necesaria respecto a los demás medios igualmente eficaces, y proporcionada en la ecuación costo beneficio y en el respeto de los derechos involucrados ⁵⁷.

El *principio de buena fe* representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico y, concretamente, el valor de la confianza en la conducta de los agentes públicos y de los administrados ⁵⁸.

En cuanto al *principio de publicidad* y, más allá de él, el *principio de transparencia*, refieren a la diafanidad del obrar público, sea local, nacional o global, permitiendo verlo con claridad. Con carácter general, la transparencia supone algo más que la publicidad ya que ésta implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver como a través de un cristal ⁵⁹.

El *principio de eficacia* supone determinar bien los fines y elegir los medios adecuados para su consecución ⁶⁰. Por lo tanto, apela a la racionalidad en el empleo del tiempo, los medios y las formas, y debe desplegarse dentro de la juridicidad ya que la mera invocación de la eficacia no equivale a ajuste a Derecho; lo eficaz no es por sí solo legítimo y justo.

El *principio de responsabilidad* está impuesto porque quien dice Derecho, dice responsabilidad y, por lo tanto, no pueden existir sujetos irresponsables ni reductos de irresponsabilidad ⁶¹.

⁵⁴ Luciano PAREJO ALFONSO y Roberto DROMI - “Seguridad pública y Derecho administrativo” (E.C.A. - Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid, 2001), pág. 201.

⁵⁵ Jorge FERNANDEZ RUIZ - “Apuntes para una teoría jurídica de la seguridad”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo X, pág. 39.

⁵⁶ Carlos E. DELPIAZZO - “El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2007), Año VI, N° 11, pág. 7 y sigtes., y en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2007), tomo VII, pág. 25 y sigtes.

⁵⁷ Juan CIANCIARDO - “El principio de razonabilidad” (Abaco, Buenos Aires, 1998), pág. 25.

⁵⁸ Jesús GONZALEZ PEREZ - “El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo” (Civitas, Madrid, 1999), pág.36 y sigtes., y especialmente pág. 44 y sigtes.

⁵⁹ Carlos E. DELPIAZZO - “Transparencia en la contratación administrativa”, en “Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni” (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 129 y sigtes.; “La regulación legal del control social y transparencia”, en Rev. de Antiguos Alumnos del IEEM, Año 5, N° 1, pág. 29 y sigtes.; “Control social de la Administración y transparencia”, en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2003), N° 11, pág. 43 y sigtes.; y “De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2003), Año II, N° 3, pág. 113 y sigtes.

⁶⁰ Carlos E. DELPIAZZO - “La eficacia como principio y como excusa”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2012), pág. 271 y sigtes.

⁶¹ Carlos E. DELPIAZZO - “Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado constitucional de Derecho”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2015), N° 47, pág. 27 y sigtes.; e “Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado constitucional de Derecho”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y otros (Coordinadores) - “La responsabilidad patrimonial de la Administración” (Universidad Panamericana, México, 2014), tomo 1, pág. 189 y sigtes.

Finalmente, el *principio del control* es lo que permite que todo cuanto viene de decirse sea verdad en la práctica. Todo ordenamiento debe asegurar medios eficaces de que los actos del poder público no se excederán de su cauce, sea llamando a responsabilidad a los protagonistas, sea corrigiendo los actos que hayan sido dictados con apartamiento de la regla de Derecho, sea acudiendo a un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas ⁶².

El Derecho Administrativo Global no puede desvirtuar ni debilitar lo que es la **esencia** del Derecho Administrativo.

La circunstancia de que el nuevo orden jurídico administrativo global no está consolidado todavía, no puede hacer perder de vista que el Derecho Administrativo debe ser servicial a la persona y a la sociedad, de modo que la primacía de los derechos fundamentales y la procura del bien común deben obrar como guía para su desarrollo ya que reducirlo a una técnica para resolver problemas y para amparar el ejercicio del poder, implicaría quitarle la impronta humana que debe presidirlo ⁶³.

Bajo esa perspectiva, se impone encarar una seria tarea de armonización ⁶⁴, lo que no equivale a homogeneización forzada ya que de lo que se trata es de alcanzar estándares que garanticen el avance en el esfuerzo común.

Para que el Derecho sea un instrumento de integración y una guía de la globalización en términos de solidaridad internacional y recíproco enriquecimiento, será necesario adquirir una doble mirada ⁶⁵:

- a) hacia dentro de cada Estado, en un esfuerzo introspectivo de consolidación de aquello que nos hace ser lo que somos, de fortificar las raíces más profundas de nuestro ser; y
- b) hacia fuera, en un compromiso irrenunciable de fortalecer los lazos que nos unen a quienes comparten rasgos culturales comunes y, aún más allá, con la humanidad toda, unida a nosotros por identidad de origen, de naturaleza y de destino.

III) GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Revalorización de la centralidad de la persona

Como ya lo he señalado antes de ahora ⁶⁶, frente a las mutables categorías de la doctrina y a los vaivenes de modas que inciden muchas veces en el Derecho positivo, es necesario insistir en la centralidad de la persona -“protagonismo originario” lo llama Mariano

⁶² Carlos E. DELPIAZZO - “Desafíos actuales del control” (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 57 y sigtes.

⁶³ Jaime RODRIGUEZ ARANA - “El Derecho Administrativo en el siglo XXI”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública, Circular Letter N° 82.

⁶⁴ Carlos E. DELPIAZZO - “Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al Derecho interno en el MERCOSUR” en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1993), Año 5, N° 14, pág. 603 y sigtes.

⁶⁵ Alberto M. SANCHEZ - “La globalización y el Derecho Administrativo argentino”, en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2004), N° 269 - 270, pág. 406.

⁶⁶ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 89 y sigtes.

BRITO⁶⁷- como destinataria última de las preocupaciones del Derecho Administrativo, sea nacional, regional, internacional o global.

En tiempos del Estado constitucional de Derecho, que impregna todo el Derecho Administrativo contemporáneo, es el reconocimiento de la **primacía de la persona humana** -derivada de su eminente dignidad y de la que se desprenden todos y cada de los derechos fundamentales- la perspectiva desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos, sea cual sea el ámbito en el que se muevan.

Es imprescindible no perder de vista que, en todo momento, cualquiera sea su edad o normalidad, el hombre ostenta aquella interior dignidad que le viene no de ser un hombre de dignidad sino de tener la dignidad de un hombre; de esa dignidad eminente o intrínseca extraen su razón de ser los derechos humanos, cuyo titular no es la humanidad en su abstracción genérica ni un determinado tipo de hombre sino cada hombre en su personal concreción⁶⁸.

Por eso, la afirmación y reafirmación de los derechos fundamentales -todos- parte del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, cabe suscribir la enseñanza de Jesús GONZALEZ PEREZ en el sentido de que la dignidad de la persona actúa “como principio informador y límite de la actividad administrativa” ya que “es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona”⁶⁹.

Es que la dignidad humana es intangible y de máximo valor no por imperio de disposición alguna sino por el origen y naturaleza del hombre, impregnando, por tanto, todas las ramas del Derecho⁷⁰ e incidiendo en la recta jurisprudencia sobre los derechos humanos⁷¹.

⁶⁷ Mariano R. BRITO – “Libertad y autoridad del Estado”, en A.A.V.V. – “Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización” (F.C.U., Montevideo, 1991), pág. 28; y en “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), pág. 245.

⁶⁸ Arturo ARDAO - “El hombre en cuanto objeto axiológico”, en “El hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi” (UPRED, Buenos Aires, 1980), págs. 73 y 74.

⁶⁹ Jesús GONZALEZ PEREZ – “La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo” (Jurua, Curitiba, 2007), pág. 13.

⁷⁰ Mariana BLENGIO VALDES – “El derecho al reconocimiento de la dignidad humana” (A.M.F., Montevideo, 2007), pág. 55 y sigtes.; Néstor SAGÜES – “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en Rev. de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1996), tomo XII, N° 72, pág. 679 y sigtes.; Ricardo Francisco SECO – “Un contenido para los términos dignidad de la persona humana. Aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano”, en Rev. Derecho Laboral (Montevideo, 2010), tomo LIII, N° 239, pág. 459 y sigtes.; y Raúl CERVINI – “El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2010), N° 5, pág. 36.

⁷¹ Mariano R. BRITO - “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2012) pág. 165 y sigtes.; Mariana BLENGIO VALDES – “El derecho al recono-

Con palabras de José Aníbal CAGNONI, “la dignidad es consideración, respetabilidad, estimación de cada uno por sí y con respecto a todos los demás, es lo que merece la persona por su humanidad, es lo adecuado a esta esencialidad que hace singular en el universo a esta especie de seres vitales que somos los humanos”⁷².

Consecuentemente, la dignidad de la persona implica el derecho que tiene todo hombre a que se le reconozca como ser dotado de fin propio y no como un simple medio para los fines de otros, y se erige como principio general de Derecho que sustenta todo el ordenamiento jurídico y sirve de base al universo de derechos de cada individuo.

Por eso, la perspectiva de los derechos es fundamental en la construcción científica del Derecho Administrativo Global⁷³.

No puede ser de otra manera a partir del reconocimiento y la aceptación por todos los países de que **los derechos humanos son anteriores y superiores a los Estados**, lo cual constituye un común denominador entre ellos que jerarquiza la intangibilidad de la protección de los derechos humanos y permite en cualquier parte invocar la norma más favorable a la protección de los mismos.

En efecto, partiendo de la centralidad del ser humano frente a cualquier sistema, la afirmación de su primacía derivada de su eminente dignidad impone que las distintas manifestaciones del poder se limiten y expresen en clave de garantía de todos los derechos fundamentales⁷⁴.

De este modo, se asume una concepción instrumental de las instituciones (reales y virtuales) al servicio de los derechos fundamentales, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento de toda manifestación del poder no únicamente a límites formales sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana, de la que derivan todos sus derechos⁷⁵.

Al decir de Luigi FERRAJOLI, el denominado *neoconstitucionalismo* de nuestros días no es sólo una conquista y un legado del siglo XX sino que es, sobre todo, un programa normativo para el futuro, al menos en un doble sentido: por un lado, en el sentido de que los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales y las Cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos mediante la elaboración e implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los mismos, y por otro lado, en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional puede y debe ser extendido en una triple dirección, a fin de que se garanticen todos los derechos, frente a todos los poderes, y en todos los niveles (no sólo en el Derecho estatal sino también en el internacional)⁷⁶.

cimiento de la dignidad humana” cit., pág. 63 y sigtes; y José CHAVEZ FERNANDEZ POSTIGO – “La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano” (Palestra, Lima, 2012).

⁷² José A. CAGNONI - “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” (Montevideo, 2003), pág. 65.

⁷³ José Luis MEILAN GIL - “Una aproximación al Derecho Administrativo Global” cit., pág. 147 y sigtes.

⁷⁴ José Luis CEA EGAÑA - “Estado constitucional de Derecho: nuevo paradigma jurídico”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Konrad Adenauer, Montevideo, 2005), Año 11, tomo I, pág. 47 y sigtes.

⁷⁵ Luis PRIETO SANCHIS - “Constitucionalismo y garantismo”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (Editores) - “Garantismo” (Trotta - UNAM, Madrid, 2005), pág. 41 y sigtes.

⁷⁶ Luigi FERRAJOLI - “Sobre los derechos fundamentales”, en Miguel CARBONELL (Editor) - “Teoría del neoconstitucionalismo” (Trotta, Madrid, 2007), págs. 72 y 73.

Con ese marco, se impone aceptar con carácter universal la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno como en el internacional. Tal *bloque de constitucionalidad* de los derechos humanos viene abriendo camino hacia el reconocimiento de un Derecho de los derechos humanos, supralegal y supraconstitucional que no es ya meramente Derecho público interno o internacional sino global.

En efecto, la universalidad de los derechos humanos quiere significar que le son debidos al hombre -a cada uno y a todos- en todas partes, entroncada con la igualdad de todos los seres humanos en cualquier tiempo y lugar ⁷⁷.

Siendo así, **el bloque de los derechos humanos obliga a todos los Estados**, independientemente de ratificaciones o cualquier otra forma de reconocimiento; tiene efectos erga omnes, en cuanto no sólo se dirige a los Gobiernos sino a todos y puede ser reclamado por cualquiera.

Como bien se ha destacado, ya no puede invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender una pretendida potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos porque la regulación actual de los derechos humanos no se agota en la posición soberana de los Estados sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado ⁷⁸.

En Uruguay, el art. 72 de la Carta ⁷⁹ posibilita un ancho cauce a la recepción de este enfoque, sin perjuicio de haber sido reconocido explícitamente por la ley N° 18.572 de 13 de setiembre de 2009, al aludir al “bloque de constitucionalidad (arts. 72 y 332 de la Constitución de la República)” como base para la interpretación del ordenamiento respectivo⁸⁰.

A su vez, la Suprema Corte de Justicia, en su sentencia N° 365 de 19 de octubre de 2009, ha entendido que “las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos” y que “participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo”. Agrega que “el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana”. En su mérito, sostiene que “no puede invocarse la teoría

⁷⁷ Germán J. BIDART CAMPOS - “Teoría general de los derechos humanos” (Astrea, Buenos Aires, 2006), pág. 34 y sigtes.

⁷⁸ Martín RISSO FERRAND - “¿Qué es la Constitución” (UCUDAL, Montevideo, 2010), pág. 61.

⁷⁹ De acuerdo al citado art. 72 de la Constitución uruguaya, “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Por lo tanto, confirma que hay derechos que son tales no porque lo diga la Constitución, sino por su condición de inherentes a la personalidad humana. Ver: Carlos E. DELPIAZZO - “Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo”, en “V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Quito, 2006), pág. 105 y sigtes.

⁸⁰ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 144.

clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos” ya que “la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado”⁸¹.

2. Desafíos del control de convencionalidad

Más allá de las fronteras soberanas de los Estados, la globalización de los derechos humanos aparece como lógica consecuencia la universalización del control de convencionalidad y éste contribuye a la consolidación del Derecho Administrativo Global.

Dicho control implica el cotejo o comparación de cualquier acto con el aludido bloque de constitucionalidad⁸², entendido como el conjunto de disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, aún fuera del texto de la Constitución documental, comprendiendo tratados internacionales, Derecho no escrito (consuetudinario o espontáneo), judicial, y de otro origen⁸³ o, más ampliamente, como el conjunto de reglas de Derecho incluidas en la Constitución y los derechos humanos reconocidos o no por la Carta, contenidos o no en las convenciones internacionales⁸⁴.

Para decirlo con palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Considerando 124 de su sentencia de 26 de setiembre de 2006 recaída en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En el Considerando 125 de la misma sentencia, la Corte fundamentó este nuevo control en el principio de buena fe conforme al cual los Estados deben cumplir las obligaciones que asumen en el ámbito internacional, conforme al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados.

Dicha jurisprudencia, reiterada en múltiples casos, fue ampliada a partir de la sentencia de 26 de noviembre de 2010 en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs.

⁸¹ Augusto FORMENTO y José Miguel DELPIAZZO - “Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo* (2010), Año IX, N° 18, pág. 101 y sigtes.

⁸² Eduardo G. ESTEVA GALLICCHIO - “El control de convencionalidad. Situación en Uruguay”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2012), N° 42, pág. 45 y sigtes.

⁸³ Germán J. BIDART CAMPOS - “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa” (EDIAR, Buenos Aires, 1995), pág. 264.

⁸⁴ Augusto DURAN MARTINEZ - “El control de convencionalidad y el Derecho público interno”, en *La Justicia Uruguaya* (Montevideo, 2014), tomo 149, sección Doctrina, pág. 23 y sigtes.

México”, reiterada en la sentencia de 24 de febrero de 2011 en el caso “Gelman vs. Uruguay”, en el sentido de que “todos los órganos del Estado” y no sólo los jurisdiccionales deben ejercer el control de convencionalidad.

Significa que este tipo de control no es exclusivo de los órganos que tienen atribuido el ejercicio de la función jurisdiccional sino que alcanza también a los que cumplen función administrativa y, en general, a “todos los órganos del Estado” en tanto operadores del Derecho que deben interpretarlo para su aplicación.

Múltiples son las proyecciones de esta nueva modalidad del control en sede internacional y en sede interna⁸⁵, con proyecciones gravitantes en nuestro continente americano y en el Uruguay⁸⁶.

En primer lugar, ya ha quedado dicho que el *parámetro del control de convencionalidad* radica en el aludido bloque de constitucionalidad comprensivo de todos los derechos humanos que, por derivar de la dignidad de cada persona, son superiores a las Constituciones.

En segundo lugar, el *objeto del control de convencionalidad* alcanza no sólo a las leyes sino que “también refiere a las normas jurídicas internas, o simplemente a las normas internas, que se encuentren en igual situación de confrontación [con la Convención u otros tratados de derechos humanos]. Por ello, en definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad”⁸⁷.

En tercer lugar, siguiendo la consideración por la Corte Interamericana de ser “intérprete última de la Convención americana”, se ha postulado que sus sentencias “son absolutamente obligatorias para el Estado parte del proceso concluido por dicho acto jurídico. Y además, la doctrina inspiradora del fallo resulta vinculante para los demás Estados, aunque no obligatoria”⁸⁸.

Al respecto, relativizando tal alcance indirecto pero sin desmerecer su importancia, se ha señalado que “Conforme al art. 68.1 del Pacto, los efectos de la sentencia comprometen únicamente al Estado parte del caso. Y de la comunicación del fallo a los demás Estados partes de la Convención, prevista en el art. 69, no se deduce que las sentencias tengan fuerza obligatoria también respecto de los Estados que no fueron parte en el proceso”. Sin embargo, agrega dicho autor que “El hecho de que la doctrina inspiradora del fallo no tenga fuerza vinculante más allá del ámbito subjetivo del fallo no quiere decir que no sea importante... Ha tenido una notable labor docente que nos ha permitido ver derechos humanos allí donde no los veíamos, por la imperfección del conocimiento humano. Y, en esos casos, aparece un efecto vinculante, pero no porque lo diga la Corte sino porque estamos en presencia de derechos humanos; derechos humanos que no conocíamos, pero que conocimos gracias a la labor de la Corte. Dicho de otro modo, la fuerza jurídica viene del derecho humano que la

⁸⁵ Luis Antonio SOUSA DUVERGE – “Control de convencionalidad en República Dominicana” (Ius Novum, Santo Domingo, 2011), pág. 36 y sigtes.

⁸⁶ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, pág. 299 y sigtes.

⁸⁷ Néstor SAGÜES – “El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales”, en La Ley (Buenos Aires, 2009), Año LXXIII, N° 35, pág. 1 y sigtes.

⁸⁸ Daniel OCHS OLAZABAL – “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay”, en Rev. Jurídica La Ley Uruguay (Montevideo, 2011), Año IV, N° 7, pág. 881 y sigtes.

Corte ayudó a descubrir. Pero la Corte no puede crear derechos humanos donde no los hay. La Corte no puede actuar arbitrariamente”⁸⁹.

De cuanto viene de decirse, es obvia la conclusión de que el control de convencionalidad tiene una incidencia decisiva en el desarrollo del Derecho Administrativo Global, por cuanto constituye un instrumento fundamental para elaborar un “jus commune” en materia de derechos humanos, de alcance universal.

IV) GLOBALIZACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

1. Desafíos para la ciencia del Derecho Administrativo

En la medida que cuando se habla de la economía global, se alude a la economía digital⁹⁰, grande es el desafío para la ciencia del Derecho Administrativo, gestada y desarrollada en otro escenario, hoy desbordado⁹¹.

En mi opinión, cuando se habla del Derecho Administrativo Global, es preciso tener presente que, al igual que acontece con las demás ramas del Derecho, se lo hace en dos sentidos:

- a) para referir a una parcela del orden jurídico; y
- b) para designar a la disciplina que tiene por objeto analizarla científicamente.

Bajo el primer enfoque, el Derecho Administrativo Global **como Derecho** nos enfrenta, entre otros aspectos, a la novedad que él aparece en materia de fuentes de procedencia extra estatal⁹² y a la revolución que produce en cuanto a las relaciones jurídicas en el mundo globalizado e interconectado en el que vivimos⁹³.

En cuanto ciencia de igual nombre, el Derecho Administrativo Global es una rama del conocimiento jurídico que posee objeto propio -precisamente el estudio de la problemática que plantea el ordenamiento jurídico emergente- y que está requerida de mayor sistematización y difusión.

Por esa misma razón, parece prematuro hablar de autonomía a su respecto, más allá de la conveniencia de su análisis particular desde el punto de vista didáctico a fin de institucionalizar su difusión en nuestras Universidades.

Como ya he tenido oportunidad de señalarlo antes de ahora, la noción de autonomía admite más de una significación, por lo que obliga a insistir en algunas precisiones⁹⁴.

⁸⁹ Augusto DURAN MARTINEZ - “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman contra Uruguay”, en Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2011), N° 9, pág. 19 y sigtes.

⁹⁰ Fernando VARGAS - “La nueva economía digital”, en Tribuna del Abogado (Montevideo, 2016), N° 197, pág. 24 y sigtes.

⁹¹ Javier BARNES - “Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y Marta GARCIA (Directores) - “Reforma del Estado y Transformación de la Administración” (Bubock, La Coruña, 2014), pág. 26 y sigtes.

⁹² José Luis MEILAN GIL - “Una aproximación al Derecho Administrativo Global” cit., pág. 77 y sigtes.

⁹³ Alina CELI FRUGONI (Coordinadora) - “Derecho Global y Tecnología” (U.M., Montevideo, 2013).

⁹⁴ Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA - “Lecciones de Derecho Telemático” (F.C.U., Montevideo, 2004), reimpresión 2009 tomo I, pág. 18.

En primer lugar, el camino de cualquier disciplina hacia su autonomía suele recorrerse en una forma un tanto insensible e involuntaria. En el seno de cualquier ciencia algunas partes se desenvuelven y crecen, mientras que otras permanecen en fase estática. El fenómeno se manifiesta por razones sociales, políticas, económicas e históricas, que influyen tenazmente sobre determinados elementos de aquel sistema jurídico, el que siente este nuevo organismo que se forma, vive y agita en él. Se verifica entonces, aquello que acaece con la producción de las células vegetales cuando la célula se divide por escisión. El nuevo sistema jurídico arribado a un grado de maduración se desprende del originario, también por escisión, se torna autónomo y vive al lado de la célula madre después de haber vivido en su seno.

En segundo lugar, aún cuando la expresión autonomía convoca la idea de independencia, ella nunca puede suponer el aislamiento de una disciplina jurídica respecto a las demás. Significa que postular la autonomía de un Derecho nuevo no puede implicar la negación de la unidad del Derecho y, por tanto, sus vinculaciones con las demás ramas del Derecho preexistentes y con ese fondo común constituido por los principios generales y los institutos aplicables a todo el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, la autonomía posee distintas dimensiones, entre las que pueden destacarse la científica y la didáctica. Mientras que la primera refiere a los aspectos esenciales de la disciplina (pudiendo ser objetiva, orgánica o estructural, conceptual y teleológica), la segunda obedece a la finalidad de estudiar en forma unitaria y separada determinada parcela del conocimiento jurídico.

Bajo la perspectiva enunciada, el crecimiento cuantitativo y cualitativo del Derecho Administrativo Global permite constatar una maduración destacable. No obstante, si uno de los atributos de la autonomía científica de una rama del Derecho con relación a las demás consiste en poder llenar sus lagunas agotando primero las posibilidades de integración que le ofrecen sus propios institutos antes de acudir a los de otras ramas afines o a los principios generales de Derecho, resulta prematuro pretender que el Derecho Administrativo Global goce ya de autonomía científica en plenitud cuando se lo ha caracterizado como un Derecho difuso y progresivo.

En cambio, por lo que refiere a la autonomía didáctica del Derecho Administrativo Global, parece evidente que éste va alcanzando un cierto grado de institucionalización, como lo evidencia no sólo la realización de seminarios, conferencias, congresos y publicaciones específicas, sino la multiplicación de cursos de grado y de postgrado en nuestro continente⁹⁵.

2. Desafíos para el Derecho Administrativo positivo

Como ya lo he destacado antes de ahora⁹⁶, siguiendo a calificada doctrina especializada⁹⁷, las nuevas tecnologías de la Informática y las Telecomunicaciones han potenciado las relaciones entre personas y empresas situadas en los más alejados puntos del planeta, determinando que el comercio electrónico constituya hoy día “tanto un nuevo soporte para la actividad comercial cuanto un nuevo mercado en el que dicha actividad se desenvuelve”.

⁹⁵ KINGSBURY, Benedict y otros – “El nuevo Derecho Administrativo Global en América latina” (RAP, Buenos Aires, 2009).

⁹⁶ Carlos E. DELPIAZZO - “Oportunidades y obstáculos del e-commerce”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2002), tomo II, pág. 221 y sigtes.

Como *nuevo soporte* de una de las actividades más antiguas de la humanidad, cual es el intercambio de bienes y servicios, la electrónica y sus instrumentos vienen sustituyendo al papel como clásico medio de concreción de las voluntades negociales.

En cuanto que *nuevo mercado* -virtual y no material- la difusión del comercio electrónico ha generado un ámbito de encuentro de voluntades negociales inexistente y desconocido hasta el momento presente.

Dicho ámbito es global porque la red es global y sus problemas y maravillas también lo son ⁹⁸.

Al presente, la **observación de la realidad** permite comprobar que la gente compra sus boletos de avión en sitios web tras cotejar precios y trayectos de varias compañías, contrata alojamientos por el mundo a través de Airbnb, hace su check in desde la casa o la oficina, se despide por WhatsApp o Facebook, y va al aeropuerto en un automóvil contratado a través de Uber.

Como bien se ha destacado, esa “realidad actual muestra que existen relaciones que se establecen en un ámbito mundial y que han de desarrollarse bajo el imperio del Derecho. Existe un Derecho Administrativo Global, del que ha de tomarse una conciencia más decidida y cuyo desarrollo debe estimularse. Es un Derecho con vocación de realizarse, no meramente indicativo, aunque con frecuencia se manifiesta como soft law. Es algo más que un futurible cargado de utopía” ⁹⁹.

Se trata de ejemplos ilustrativos de lo que ha dado en llamarse economía disruptiva (porque provoca la ruptura o alteración brusca del status quo de un mercado o sector del mercado) o, más benévolamente, economía colaborativa (en el sentido de relacionar personas dispuestas a compartir o prestar un bien o un servicio), posibilitada y facilitada por empresas de aplicaciones tecnológicas que ofrecen y luego administran *plataformas informáticas* a través de las cuales demandantes y oferentes se comunican entre sí, dando soporte en el mundo virtual al referido nuevo mercado de alcance global ¹⁰⁰.

Desde el punto de vista técnico, se impone distinguir dichas plataformas de los productos o servicios a los que permiten acceder. Las mismas se ubican en el mundo virtual en tanto que los productos o servicios corresponden al mundo real. Aquellas pertenecen al campo de las creaciones intelectuales vinculadas a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones ¹⁰¹ mientras que éstos pertenecen al espacio tangible.

⁹⁷ Rafael ILLESCAS ORTIZ - “Derecho de la contratación electrónica” (Civitas, Madrid, 2001), pág. 33.

⁹⁸ Carlos E. DELPIAZZO - “Regulación de Internet”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2001), tomo I, pág. 71 y sigtes.; “El Derecho ante las telecomunicaciones, la informática e Internet”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2003), tomo III, pág. 41 y sigtes.; “¿Hacia dónde va el Derecho de Internet?”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2004), tomo IV, pág. 247 y sigtes.; “Derecho y nuevas tecnologías de la información en los umbrales del siglo XXI”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2005), tomo V, pág. 169 y sigtes.; y “Las nuevas tecnologías en el Uruguay. Impacto de Internet sobre la persona”, en XV aniversario del Anuario de Derecho Administrativo (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 39 y sigtes.

⁹⁹ José Luis MEILAN GIL - “Derecho Administrativo revisado” cit., pág. 313.

¹⁰⁰ Hugo FERNANDEZ BRIGNONI - “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno Uber. La llamada economía disruptiva”, en Rev. Derecho Laboral (Montevideo, 2016), tomo LIX, N° 261, pág. 33 y sigtes.

¹⁰¹ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho de la Informática y las Telecomunicaciones”, separata del XXIX Curso de Derecho Internacional (O.E.A., Washington, 2003).

No es novedad que los tres últimos siglos han estado dominados, cada uno de ellos, por una tecnología diferente. El siglo XVIII fue la época de los grandes sistemas mecánicos que acompañaron a la Revolución Industrial. El siglo XIX fue la era de las máquinas de vapor. En el siglo XX, la tecnología clave ha sido la obtención, procesamiento y distribución de la información. Entre otros avances, hemos visto la instalación de redes telefónicas mundiales, la invención de la radio y la televisión, el nacimiento y crecimiento sin precedentes de la industria de los computadores y el lanzamiento de satélites de comunicación ¹⁰².

Debido al progreso vertiginoso de la tecnología, estas áreas están convergiendo rápidamente y las diferencias entre juntar, transportar, almacenar y procesar información desaparecen con rapidez. Las organizaciones con cientos de oficinas y muchas personas sentadas en sus escritorios tienden a ser sustituidas por otras diferentes en las que la presencia física y el trabajo manual pueden ser fácilmente sustituidos por nuevas formas de trabajo, no requerido de la presencia y con un alto componente de labor intelectual ¹⁰³.

Precisamente, aplicaciones como Uber o Airbnb, entre otras, configuran una nueva oferta de valor que llega al usuario de forma completamente distinta a las tradicionales, razón por la cual se las califica como disruptivas en el lenguaje económico.

Desde el punto de vista jurídico, es de toda evidencia que la realidad emergente desborda no sólo las fuentes clásicas de regulación normativa sino también las fronteras soberanas de los Estados.

Por eso, uno de los desafíos fuertes para el Derecho Administrativo Global refiere al dilema regulatorio y a las fuentes de creación del mismo.

Evidentemente, dadas las señaladas peculiaridades que el mismo presenta, junto a las clásicas fuentes de la Constitución, los tratados, la ley, los reglamentos, la jurisprudencia y aún las fuentes propias del Derecho de la integración en sus distintos grados ¹⁰⁴, revisten especial importancia los principios generales de Derecho y los contratos, sin perjuicio de nuevas fuentes.

En primer lugar, ya se hizo referencia a los principios generales de Derecho, entendidos como aquellas reglas jurídicas no escritas, comunes y aceptadas por todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, que forman parte del orden jurídico por constituir los soportes estructurales de todo sistema normativo. Tal como constata José Luis MEILAN GIL, “el marcado sectorialismo del Derecho Administrativo Global explica que no existan normas generales y se ponga el énfasis en los principios, que serán de aplicación más o menos intensa según la naturaleza y funciones de los organismos administrativos globales”¹⁰⁵.

En segundo lugar, merece destacarse la importancia de los contratos derivada de haberse constituido en el instrumento de autorregulación dispuesto por las partes a falta

¹⁰² Andrew S. TANENBAUM - “Redes de computadoras” (Pearson, México, 1997), tercera edición, pág. 1.

¹⁰³ Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA - “Lecciones de Derecho Telemático” cit., tomo I, pág. 7 y sigtes.

¹⁰⁴ Carlos E. DELPIAZZO - “Fuentes del Derecho Administrativo”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y Libardo RODRIGUEZ (Directores) - “Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano” (Comares - INAP, Granada, 2015), pág. 125 y sigtes.

¹⁰⁵ José Luis MEILAN GIL - “Derecho Administrativo revisado” cit., pág. 313.

de regulaciones impuestas unilateralmente por los Estados. Por lo tanto, no es casual que las nuevas tecnologías sean un factor de desarrollo de las normas de origen contractual¹⁰⁶.

En tercer lugar, las nuevas manifestaciones de la Administración Global emanan nuevas formas de creación del Derecho, lo que es manifiesto en materia contractual, a través de modos de producción normativa tales como el Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los convenios de integración comercial y económica, las normativas anticorrupción, el llamado “soft law”, y la estandarización¹⁰⁷.

V) CONCLUSION

Iluminado por los principios generales del Derecho, el Derecho Administrativo Global emergente ha de sustentarse -en palabras del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)- en que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

El reconocimiento y la aceptación por todos los países de que **los derechos humanos son anteriores y superiores a los Estados** constituye un común denominador entre ellos que jerarquiza la intangibilidad de la protección de los derechos humanos y permite en cualquier parte invocar la norma más favorable a la protección de los mismos.

En su mérito, el Derecho Administrativo Global debe constituirse en una reafirmación de la centralidad de la persona humana y la consiguiente servicialidad de las instituciones de cualquier nivel que participen en el ejercicio de función administrativa en sentido amplio.

Consiguientemente, **las nuevas relaciones jurídicas** resultantes del espacio globalizado merecen una prudente consideración a la hora de pretender su regulación en cada país (la que siempre será parcial), en orden a encauzar sin trabar su desarrollo sustentado básicamente en un entramado contractual.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AGUILAR VALDEZ, Oscar R. - “Sobre las fuentes y principios del Derecho global de las contrataciones públicas”, en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2011), Año 23, N° 75, pág. 15 y sigtes.

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz - “Derecho Administrativo y globalización” (Civitas, Madrid, 2004).

ALVAREZ DE MON, Santiago - “Globalización y Tecnología”, en Rev. de los Antiguos Alumnos del I.E.E.M. (Montevideo, 2001), Año 4, N° 1, pág. 12 y sigtes.

¹⁰⁶ Carlos E. DELPIAZZO - “Los contratos como reglas de Derecho”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y otros (Coordinadores) - “Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de Derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (R.A.P., Buenos Aires, 2010), pág. 667 y sigtes.; y “Nuevamente sobre el contrato como regla de Derecho”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2011), N° 3, pág. 57 y sigtes.

¹⁰⁷ Oscar R. AGUILAR VALDEZ - “Sobre las fuentes y principios del Derecho global de las contrataciones públicas”, en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2011), Año 23, N° 75, pág. 15 y sigtes.

- ARDAO, Arturo - "El hombre en cuanto objeto axiológico", en "El hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi" (UPRED, Buenos Aires, 1980), págs. 73 y 74.
- BARBE PEREZ, Héctor - "Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo", en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga (Montevideo, 1958), pág. 37 y sigtes., y en A.A.V.V. - "Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado" (A.M.F., Montevideo, 2009), pág. 19 y sigtes.
- BARNES, Javier - "Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo", en Jaime RODRIGUEZ ARANA y Marta GARCIA (Directores) - "Reforma del Estado y Transformación de la Administración" (Bubock, La Coruña, 2014), pág. 26 y sigtes.
- BECK, Ulrich - "¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización" (Paidós, Barcelona, 1998), pág. 27 y sigtes.
- BIDART CAMPOS, Germán J. - "Teoría general de los derechos humanos" (Astrea, Buenos Aires, 2006).
- BIDART CAMPOS, Germán J. - "El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa" (EDIAR, Buenos Aires, 1995).
- BLENGIO VALDES, Mariana - "El derecho al reconocimiento de la dignidad humana" (A.M.F., Montevideo, 2007).
- BRITO, Mariano R. - "La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo" (F.C.U., Montevideo, 2012) pág. 165 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - "Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva" (U.M., Montevideo, 2004).
- BRITO, Mariano R. - "Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo", en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - "El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica", en Ius Publicum (Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001), N° 6, pág. 63 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - "Planificación y libertad en el Estado social de Derecho", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), N° 1, págs. 35, 40 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - "Globalización y Derecho Administrativo", en Rev. de los Antiguos Alumnos del I.E.E.M. (Montevideo, 2001), Año 4, N° 3, pág. 76 y sigtes.
- BRITO, Mariano R. - "Libertad y autoridad del Estado", en A.A.V.V. - "Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización" (F.C.U., Montevideo, 1991), pág. 28 y sigtes.
- CAGNONI, José A. - "La primacía de la persona: el principio personalista", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 24, pág. 135 y sigtes.
- CAGNONI, José A. - "La dignidad humana. Naturaleza y alcances", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" (Montevideo, 2003), pág. 65 y sigtes.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo - "Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya", en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 173 y sigtes., y en A.A.V.V. - "Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado" (A.M.F., Montevideo, 2009), pág. 137 y sigtes.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo - "Poder público y participación ciudadana en el Derecho uruguayo", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2005), N° 28, pág. 17 y sigtes.
- CASSESE, Sabino - "El problema de la convergencia de los Derechos administrativos", en Rev. Actualidad en el Derecho Público (Buenos Aires, 1996), N° 5, pág. 3 y sigtes.
- CASSESE, Sabino - "La globalización jurídica" (Marcial Pons, Madrid, 2006).
- CASSESE, Sabino - "Il Diritto Administrativo Globale: una introduzione"; conferencia pronunciada el 10 de enero de 2005 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma "La Sapienza".

- CEA EGAÑA, José Luis - “Estado constitucional de Derecho: nuevo paradigma jurídico”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Konrad Adenauer, Montevideo, 2005), Año 11, tomo I, pág. 47 y sigtes.
- CELI FRUGONI, Alina (Coordinadora) – “Derecho Global y Tecnología” (U.M., Montevideo, 2013).
- CERVINI, Raúl – “El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2010), N° 5, pág. 36 y sigtes.
- CIANCIARDO, Juan - “El principio de razonabilidad” (Abaco, Buenos Aires, 1998).
- CHAVEZ FERNANDEZ POSTIGO, José – “La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano” (Palestra, Lima, 2012).
- DELPIAZZO, Carlos E. – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2013), volumen 2.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa - UNAM, México, 2005).
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001).
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001).
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Transformaciones del Derecho Administrativo”, en Víctor HERNANDEZ MENDIBLE (Coordinador) - “Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello” (Ediciones Paredes, Caracas, 2007), tomo 1, pág. 417 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2007), Año XXIX, N° 348, pág. 243 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Bien común, sociedad y Estado”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), Año XI N° 21, pág. 81 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. – “Las redes sociales digitales en clave jurídica”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2011), tomo XI, pág. 161 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Hacia un Derecho Administrativo Global”, en Aulivi LINARES y A. SADDY (Coordinadores) - “Estudios sobre Regulação e Crises dos Mercados Financieros” (Lumen Juris, Río de Janeiro, 2011), pág. 289 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Global Administrative Law and Comparative Administrative Law en Latin America”, en Javier ROBALINO y Jaime RODRIGUEZ ARANA (Editores) - “Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa” (Cameron May, Londres, 2010), pág. 99 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (Netbiblo, La Coruña, 2008), pág. 607 y sigtes., y en Mariano R. BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, Carlos E. DELPIAZZO y Augusto
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo XIII, pág. 65 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Afirmación y evolución del principio de juridicidad. Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou”, en Andry MATILLA, Jaime Orlando SANTOFIMIO y Héctor SANTAELLA (Coordinadores) - “Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou” (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013), pág. 197 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2012), N° 32, pág. 143 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Las dimensiones del administrado”, en “Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo” (U.M., Montevideo, 2014), pág. 227 y sigtes.

- DELPIAZZO, Carlos E. - "Dimensión tecnológica de la participación del administrado en el Derecho uruguayo", en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2005), N° 5, pág. 63 y sigtes.; y en Rogerio GESTA LEAL (Organizador) - "Administração Pública e Participação Social na América Latina" (Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2005), pág. 117 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2007), Año VI, N° 11, pág. 7 y sigtes., y en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2007), tomo VII, pág. 25 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Transparencia en la contratación administrativa", en "Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni" (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 129 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "La regulación legal del control social y transparencia", en Rev. de los Antiguos Alumnos del IEEM (Montevideo, 2002), Año 5, N° 1, pág. 29 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Control social de la Administración y transparencia", en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2003), N° 11, pág. 43 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2003), Año II, N° 3, pág. 113 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "La eficacia como principio y como excusa", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo" (F.C.U., Montevideo, 2012), pág. 271 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado constitucional de Derecho", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2015), N° 47, pág. 27 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado constitucional de Derecho", en Jaime RODRIGUEZ ARANA y otros (Coordinadores) - "La responsabilidad patrimonial de la Administración" (Universidad Panamericana, México, 2014), tomo 1, pág. 189 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Desafíos actuales del control" (F.C.U., Montevideo, 2001).
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al Derecho interno en el MERCOSUR" en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1993), Año 5, N° 14, pág. 603 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo", en "V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo" (Quito, 2006), pág. 105 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Oportunidades y obstáculos del e-commerce", en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2002), tomo II, pág. 221 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Regulación de Internet", en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2001), tomo I, pág. 71 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "El Derecho ante las telecomunicaciones, la informática e Internet", en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2003), tomo III, pág. 41 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "¿Hacia dónde va el Derecho de Internet?", en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2004), tomo IV, pág. 247 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Derecho y nuevas tecnologías de la información en los umbrales del siglo XXI", en anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2005), tomo V, pág. 169 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Las nuevas tecnologías en el Uruguay. Impacto de Internet sobre la persona", en XV aniversario del Anuario de Derecho Administrativo (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 39 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Derecho de la Informática y las Telecomunicaciones", separata del XXIX Curso de Derecho Internacional (O.E.A., Washington, 2003).
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Fuentes del Derecho Administrativo", en Jaime RODRIGUEZ ARANA y Libardo RODRIGUEZ (Directores) - "Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano" (Comares - INAP, Granada, 2015), pág. 125 y sigtes.

- DELPIAZZO, Carlos E. - “Los contratos como reglas de Derecho”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y otros (Coordinadores) - “Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de Derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (R.A.P., Buenos Aires, 2010), pág. 667 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. - “Nuevamente sobre el contrato como regla de Derecho”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2011), N° 3, pág. 57 y sigtes.
- DELPIAZZO, Carlos E. y VIEGA, María José - “Lecciones de Derecho Telemático” (F.C.U., Montevideo, 2004), reimpresión 2009 tomo I.
- DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo - “Transadministrativismo. Una introducción”, en Allan BREWER CARIAS y otros (Coordinadores) - “La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro en homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría” (Temis - Editorial Jurídica Venezolana - Tirant Lo Blanch, Bogotá, Caracas, Valencia, 2014), pág. 183 y sigtes.
- DEL VECCHIO, Giorgio - “Los principios generales del Derecho” (Bosch, Barcelona, 1979).
- DURAN MARTINEZ, Augusto - “Estudios de Derecho Público” (Montevideo, 2008), volumen II.
- DURAN MARTINEZ - “Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo” (A.M.F., Montevideo, 2009), pág. 36 y sigtes.
- DURAN MARTINEZ, Augusto - “El control de convencionalidad y el Derecho público interno”, en La Justicia Uruguaya (Montevideo, 2014), tomo 149, sección Doctrina, pág. 23 y sigtes.
- DURAN MARTINEZ, Augusto - “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman contra Uruguay”, en Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2011), N° 9, pág. 19 y sigtes.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G. - “El control de convencionalidad. Situación en Uruguay”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2012), N° 42, pág. 45 y sigtes.
- FERNANDEZ, Tomás Ramón - “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria” (La Ley, Buenos Aires, 2002).
- FERNANDEZ BRIGNONI, Hugo - “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno Uber. La llamada economía disruptiva”, en Rev. Derecho Laboral (Montevideo, 2016), tomo LIX, N° 261, pág. 33 y sigtes.
- FERNANDEZ RUIZ, Jorge - “Apuntes para una teoría jurídica de la seguridad”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo X, pág. 39 y sigtes.
- FERRAJOLI, Luigi - “Sobre los derechos fundamentales”, en Miguel CARBONELL (Editor) - “Teoría del neoconstitucionalismo” (Trotta, Madrid, 2007), pág. 72 y sigtes.
- FORMENTO, Augusto y DELPIAZZO, José Miguel - “Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (2010), Año IX, N° 18, pág. 101 y sigtes.
- GAUTHIER, Gustavo (Coordinador) - “Disrupción, economía compartida y Derecho” (F.C.U., Montevideo, 2016).
- GONZALEZ PEREZ, Jesús - “El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo” (Civitas, Madrid, 1999).
- GONZALEZ PEREZ, Jesús - “La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo” (Jurua, Curitiba, 2007).
- GORDILLO, Agustín A. - “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, en Res Pública Argentina (Buenos Aires, 2009), N° 1, pág. 47 y sigtes.
- GORDILLO, Agustín A. - “Tratado de Derecho Administrativo” (Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997), cuarta edición, tomo I.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael - “Derecho de la contratación electrónica” (Civitas, Madrid, 2001).
- JIMENEZ HERRERA, Federico - “E-commerce: una conjunción vertiginosa entre negocio y tecnología”, en Rev. La Ley (Buenos Aires, 2000), Año LXIV, N° 220, pág. 1 y sigtes.

- KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard B. - "El surgimiento del Derecho Administrativo Global", en Res Pública Argentina (Buenos Aires, 2007), N° 3, pág. 28 y sigtes.
- KINGSBURY, Benedict y otros - "El nuevo Derecho Administrativo Global en América latina" (RAP, Buenos Aires, 2009).
- MEILAN GIL, José Luis - "Derecho Administrativo Revisado" (Andavira, Santiago de Compostela, 2016).
- MEILAN GIL, José Luis - "Una aproximación al Derecho Administrativo Global" (Global Law Press, Sevilla, 2011).
- MEILAN GIL, José Luis - "Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español", en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Belo Horizonte, 2010), Año 10, N° 40, pág. 171 y sigtes.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago - "La Unión Europea y las mutaciones del Estado" (Alianza, Madrid, 1993).
- OCHS OLAZABAL, Daniel - "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay", en Rev. Jurídica La Ley Uruguay (Montevideo, 2011), Año IV, N° 7, pág. 881 y sigtes.
- PAREJO ALFONSO, Luciano - "Crisis y renovación en el Derecho Público" (E.C.A., Buenos Aires, 2003).
- PAREJO ALFONSO, Luciano y DROMI, Roberto - "Seguridad pública y Derecho administrativo" (E.C.A. - Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid, 2001).
- PRIETO SANCHIS, Luis - "Constitucionalismo y garantismo", en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (Editores) - "Garantismo" (Trotta - UNAM, Madrid, 2005), pág. 41 y sigtes.
- REAL, Alberto Ramón - "Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya" (Montevideo, 1965), pág. 16, y en A.A.V.V. - "Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado" (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 87 y sigtes.
- RISSO FERRAND, Martín - "¿Qué es la Constitución" (UCUDAL, Montevideo, 2010).
- RODRIGUEZ ARANA, Jaime - "El Derecho Administrativo Global: un Derecho principal", en Luis José BEJAR RIVERA (Coordinador) - "Derecho Administrativo. Perspectivas contemporáneas" (Porrúa - UP, México, 2010), pág. 35 y sigtes.
- RODRIGUEZ ARANA, Jaime - "El Derecho Administrativo en el siglo XXI", en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública, Circular Letter N° 82.
- ROTONDO TORNARIA, Felipe - "Aproximación a la participación del administrado a la luz de los principios generales", en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1982), Año XXVI, N° 1, pág. 63.
- SAGÜES, Néstor - "Dignidad de la persona e ideología constitucional", en Rev. de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1996), tomo XII, N° 72, pág. 679 y sigtes.
- SAGÜES, Néstor - "El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales", en La Ley (Buenos Aires, 2009), Año LXXIII, N° 35, pág. 1 y sigtes.
- SANCHEZ, Alberto M. - "La globalización y el Derecho Administrativo argentino", en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2004), N° 269 - 270, pág. 406.
- SANTAGATI, Claudio Jesús - "Manual de Derechos Humanos" (Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2013), segunda reimpresión de la tercera edición.
- SARLO, Oscar - "Globalización y Derecho, sus proyecciones sobre la formación de los juristas", en Cuaderno de la Facultad de Derecho (F.C.U., Montevideo, 1999), Tercera serie, N° 3, pág. 9.
- SARLO, Oscar y BLANCO, Andrés (Coordinadores) - "El principio de igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica" (F.C.U., Montevideo, 2008).
- SCHMIDT ASSMANN, Eberhard - "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", en Javier BARNES (Editor) - "Innovación y reforma en el Derecho Administrativo" (Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006), págs. 108 y sigtes.

- SECO, Ricardo Francisco – “Un contenido para los términos dignidad de la persona humana. Aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano”, en Rev. Derecho Laboral (Montevideo, 2010), tomo LIII, N° 239, pág. 459 y sigtes.
- SOTO KLOSS, Eduardo - “Derecho Administrativo” (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I.
- SOTO KLOSS, Eduardo - “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.
- SOTO KLOSS, Eduardo – “La democracia, ¿para qué? Una visión finalista”, en A.A.V.V. – “Crisis de la democracia” (Universidad de Chile, Santiago, 1975), pág. 18 y sigtes.
- SOUSA DUVERGE, Luis Antonio – “Control de convencionalidad en República Dominicana” (Ius Novum, Santo Domingo, 2011).
- TANENBAUM, Andrew S. - “Redes de computadoras” (Pearson, México, 1997), tercera edición.
- VARGAS, Fernando – “La nueva economía digital”, en Tribuna del Abogado (Montevideo, 2016), N° 197, pág. 24 y sigtes.

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO RECTOR DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Marcelo Laborde Goñi *

RESUMEN: *La buena fe es uno de los principios generales de derecho más visibles en el mundo jurídico, siendo una de sus notas la de su transversalidad a las diversas relaciones de derecho, lo que incluye a las relaciones jurídicas público-administrativas. Como principio no tiene la estructura típica de una norma jurídica, lo que no le quita su potencial jurídico.*

El derecho uruguayo le reconoce su carácter de regla de derecho, siendo fuente principal de derecho. Es un principio aplicable a la Administración Pública y a las personas que se relacionan con ella, teniendo la nota de la reciprocidad. Obra recogido en el artículo 72 de la Constitución, como un deber de la Administración Pública y de sus funcionarios, a la vez que como deber inherente a la personalidad humana.

Diversas normas legales y reglamentarias lo concretan como deber en el ejercicio de la función pública, y la jurisprudencia acude a él en forma reiterada.

Es rector del conjunto del accionar administrativo y su incumplimiento puede generar responsabilidad disciplinaria en los funcionarios públicos, determinar la nulidad de actos administrativos o su desaplicación, o traducirse en responsabilidad patrimonial de la Entidad estatal implicada, e incluso de los funcionarios involucrados.

PALABRAS CLAVES. *Buena fe. Principios generales de derecho. Función pública.*

ABSTRACT. *Good faith is one of the outstanding general principles of law in the legal world. One of its features is transversality to different law*

¹ El artículo fue elaborado como un desarrollo y actualización de la ponencia realizada en las Terceras Jornadas de Ética y Administración Tributaria, el 15 de noviembre de 2013.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (UDELAR); Profesor Asistente de Derecho Administrativo en la UDELAR. Correo electrónico: malaborde8@gmail.com.

relations, including public-administrative legal relations. As a principle, it does not have the typical structure of a legal standard, which does not detract it from its legal potential.

Uruguayan Law recognizes its character of rule of law, and it is a main source of law. This principle applies to the public administration and every individual related to it, having the note of reciprocity. It's included in article 72 of the Uruguayan Constitution as a duty of the public administration and its officials, as well as a duty inherent to the human person.

Several laws and decrees recognize it as a duty in the exercise of a public function, and jurisprudence refers to it frequently.

Good faith must guide every administrative action. If public officials don't comply with it, they would be liable of disciplinary or civil actions. What's more, administrative acts that violate the referred principle could be invalidated or not be applied, or lead to asset liability of the state entity implied, and even of the public officials involved.

KEY WORDS. *Good faith. General principles of law. Public function.*

I. INTRODUCCIÓN

El principio de la buena fe suele ser, junto al de libertad, uno de los principios generales de derecho más identificados dentro de dicha categoría por los alumnos, cuando se los trata en el aula como fuente del derecho administrativo.

Se trata de un principio que solemos ubicarlo en el derecho privado y en particular en materia contractual, recordando la expresión contenida en el artículo 1291 del Código Civil de que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

En realidad es un principio transversal al conjunto de las relaciones jurídicas, y por tanto aplicable a las relaciones jurídicas público-administrativas. El profesor Sayagués Laso, que dedicó unos pocos párrafos a los principios generales de derecho, ya destacó que el principio de la buena fe era aplicable en el ámbito del derecho administrativo².

Esa transversalidad se da también obviamente en las diversas materias reguladas por el derecho administrativo, y así podemos verlo recogido explícitamente en el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) en el literal i) de su artículo 149, aplicándose a la contratación administrativa, o en el literal k) del artículo 2º del Decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, reglador del procedimiento administrativo en la Administración Central, o bien en el estatuto de la función pública aprobado por la Ley N°

² SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, 6a. Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988, Vol. 1, pp. 147-148. El maestro destaca que debe considerarse aplicable al derecho administrativo el principio de la buena fe, que por su propia naturaleza tiene carácter general y debe regir todas las relaciones jurídicas. Agrega que ello no significa que tal principio tenga las mismas consecuencias que en el derecho civil o comercial, pero que el concepto de la buena fe, considerado en sí mismo, se extiende al derecho administrativo y es susceptible de importantes desarrollos. Hace mención en particular a la materia de la contratación administrativa y la protección de la ecuación financiera del particular contratante.

19.121, de 20 de agosto de 2013, en el numeral 6º de su artículo 4º, o mismo en el artículo 20 de la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998, conocida como ley anticorrupción, y así otras disposiciones.

Ya desde la introducción cabe aseverar que sin duda alguna el principio de la buena fe es rector en el ejercicio de la función pública.

II. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO

A) Su carácter de principio

Cabe preguntarse qué significa que la buena fe sea un principio general de derecho.

Podemos decir con un juego de palabra que es principio porque es un principio de regulación y porque es una regulación de principio.

El reconocido jurista alemán, Karl Larenz, desde una perspectiva iusfilosófica señalaba que los principios de derecho son pensamientos rectores de una regulación necesitados de concreción³. Contienen una locución breve, concisa pero compendiosa. Al respecto Ángel Sanchez de la Torre expresa que la característica de los principios es el dinámico potencial, es decir que tienen un potencial jurídico intenso a pesar de su locución breve y concisa⁴.

Como tales, los principios generales de derecho no tienen la estructura lógica de las típicas normas jurídicas, es decir carecen de un supuesto de hecho suficientemente precisado y una consecuencia jurídica con similar propósito de precisión. Juan Pablo Cajarville expresa que los principios no definen, o lo hacen muy genéricamente, una hipótesis de hecho o supuesto normativo, limitándose muchas veces a afirmar valores o jerarquizaciones de valores de origen “metajurídico” que a través del principio adquieren relevancia jurídica. Agrega que aun cuando pueda extraerse de ellos la identificación de un supuesto jurídico, no surgirá del principio la imputación a ese supuesto de una consecuencia jurídica determinada⁵.

Su carga de generalidad y de cierta indeterminación los hacen particulares en su aplicación. Las normas jurídicas suelen aplicarse de una manera disyuntiva, o todo o nada, de tal manera que si se configuró el supuesto de hecho previsto en la norma válida, sólo corresponde aplicar la consecuencia jurídica prevista en la misma. Los principios generales de derecho más bien discurren en un sentido, sin duda alguna, pero no exigen una decisión particular. Se suele decir que los principios prescriben actos relativamente inespecíficos y las normas actos relativamente específicos⁶.

³ LARENZ, Karl, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 32-37.

⁴ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica (Del Modelo Iuspositivista Legalista Decimonónico a las Nuevas Perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, p. 122.

⁵ CAJARVILLE, Juan Pablo, *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, en *Sobre Derecho Administrativo*, 3ª edición ampliada, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, T. I, p. 534.

⁶ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica (Del Modelo Iuspositivista Legalista Decimonónico a las Nuevas Perspectivas)*, op. cit., p. 135. El autor refiere a conceptos manejados por Joseph Raz, entre otros.

Por su parte, el iusfilósofo contemporáneo Robert Alexy, en una expresión ya clásica ha señalado que los principios generales de derecho constituyen mandatos de optimización, que mandan la mejor conducta posible dentro de sus posibilidades fácticas y jurídicas.

Son mandatos de optimización porque admiten ser satisfechos en grados diferentes y la medida de su satisfacción depende de esas posibilidades jurídicas que están determinadas no sólo por reglas, sino también -y esencialmente- por otros principios opuestos. Esto implica que la forma de aplicación de los principios es la ponderación y no la subsunción, que es la forma típica de aplicación de las normas⁷.

En nuestra doctrina nacional, Juan Pablo Cajarville entiende que los principios de derecho no imponen en sí un comportamiento determinado pero sí vedan aquellos comportamientos que los contravengan. El apartamiento del principio configura de por sí una hipótesis de hecho o supuesto normativo, por lo que la integración del principio al ordenamiento permite imputar a esa hipótesis o supuesto la consecuencia que corresponde a la violación de las reglas de derecho a las cuales el principio en cuestión se incorpora o asimila⁸.

También cabe destacar la diferencia en cómo se resuelven las contradicciones entre típicas normas jurídicas y entre principios jurídicos. Cuando se trata de normas jurídicas una de ellas no puede ser válida, si la otra que la contradice también lo es, por lo que la opción por una de ellas supone el desplazamiento afuera del sistema jurídico de la otra. Los principios cuentan, en el decir de Ronald Dworkin, con la dimensión de peso o importancia (*dimension of weight*), de modo que quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de los principios implicados en el caso, y la preferencia por uno no conlleva a la pérdida de juridicidad del principio descartado⁹.

Volviendo al juego de palabras usado anteriormente, los principios generales de derechos constituyen una regulación de principio, ya que rigen en principio, salvo que haya una norma excepcional que lo contradiga legítimamente, siempre que ello sea admisible (es difícil encontrar una regla excepcional al principio de buena fe).

B) La nota de la generalidad

Son principios generales, dotados de una mayor o menor generalidad. Si uno atiende por ejemplo al principio de libertad dotado de particular generalidad, puede apreciar cómo de su ramificación surgen diversos principios de menor generalidad como el de libertad de pensamiento, de asociación o de trabajo u otros.

En el caso del principio de la buena fe encontramos principios que constituyen derivaciones o refinamientos del mismo, como es el caso del principio de protección de la confianza legítima o el principio que manda no venir contra los actos propios.

⁷ VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*, 2a. Edición, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 306.

⁸ CAJARVILLE, Juan Pablo, *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, op. cit., pp. 534-535.

⁹ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica (Del Modelo Iuspositivista Legalista Decimonónico a las Nuevas Perspectivas)*, op. cit., p. 136.

C) Su juridicidad

Además de ser principios generales, están dotados de juridicidad; positivamente son reglas de derecho, tal como lo explicita el literal a) del artículo 23 del Decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984. Siendo jurídicos, muchos de ellos también tienen en su cerno una connotación moral, como es el caso del principio de la buena fe.

La doctrina desde larga data se ha preguntado si los principios generales de derecho son fuente principal o supletoria de derecho administrativo. Héctor Barbé Pérez en su recordado trabajo señalaba que tal disyuntiva admitía una solución superadora, dado que no sólo son fuente supletoria, sino que claramente admiten ser fuente principal en nuestro Derecho¹⁰. Tal consideración jurídica surge también del trabajo publicado por Alberto Ramón Real en el mismo año que el de Barbé Pérez (1958), al analizar los principios generales de derecho con especial referencia al artículo 72 de nuestra Constitución¹¹. Más recientemente destacados administrativistas uruguayos han seguido cultivando esa consideración con desarrollos y matices particulares¹².

Por última cabe hacer una referencia sucinta a las funciones que admiten cumplir los principios generales de derecho. En ese sentido Juan Carlos Cassagne ha destacado que los principios generales de derecho tienen la siguiente múltiple impronta: a) son la causa y base del ordenamiento porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido, b) son orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor extensiva o correctiva, y c) cumplen una función integradora frente a la carencia de normas que rigen la cuestión. El destacado autor argentino agrega que en el derecho administrativo también sirven de garantía jurídica ante el accionar de la Administración Pública, siendo en particular un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria y al dictado de actos administrativos¹³. Vinculado a esto último Juan Pablo Cajarville destaca cómo los principios generales de derecho constituyen límites flexibles en el ejercicio de los derechos y poderes, en particular en los ámbitos de discrecionalidad del accionar administrativo¹⁴.

¹⁰ BARBE PEREZ, Héctor, Los Principios Generales de Derecho como Fuente de Derecho Administrativo en el Derecho Positivo Uruguayo, en Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, pp. 19-32.

¹¹ REAL, Alberto Ramón, Los Principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la Estimativa Jusnaturalista, en Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, pp. 33-86.

¹² Al respecto lo clásico no tan clásico y lo más nuevo obran recogidos en dos libros compilados, en los que el profesor Daniel Hugo Martins tuvo mucho que ver: Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001 y Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2009.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos, Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, Capítulo III.

¹⁴ CAJARVILLE, Juan Pablo, Sobre Actos Administrativos. Conceptos, Elementos y Presupuestos del Acto Administrativo. Ilegitimidad e Invalidez. Desviación, Abuso, Exceso de Poder o Violación de una Regla de Derecho, en Sobre Derecho Administrativo, 3ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, Tomo II, pp. 53-54.

III) CARACTERIZACIÓN Y VALOR Y FUERZA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

A) Sustancia conceptual del principio de la buena fe

Sin duda que el principio de la buena fe cumple cabalmente con la nota de brevedad en la locución, lo que no da muchas pistas textuales de su significado. Es cierto también que solemos tener internamente una comprensión fundamental sobre de qué trata, aunque sea difícil expresarlo con palabras.

El prestigioso administrativista español, Jesús González Pérez, destaca que la buena fe incorpora el valor ético de la confianza, siendo una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético-social en el ordenamiento jurídico, y concretamente el valor de la confianza. Sirve de cauce para la integración de dicho ordenamiento conforme a reglas ético-materiales como la de la fidelidad y el crédito, la creencia o la confianza. La buena fe supone una regla de conducta o comportamiento “*civiliter*”, una conducta normal, recta, seria y honesta, la conducta de un hombre corriente, de un hombre medio¹⁵.

El principio de la buena fe no hace en principio referencia al comportamiento general de la persona, sino más bien a su posición en una concreta relación jurídica. Fernando Sainz Moreno destaca que se mide en la relación concreta en que opera¹⁶. No obstante, entiendo que no puede desmerecerse el contexto de las circunstancias en que se da tal relación.

Aun así, no se trata tan sólo de la confianza en la actitud que se espera de la persona concreta con quien se entabla relación, sino de la conducta que cabría esperar en una concreta relación jurídica, de una persona corriente, normal, ni santa, ni mala¹⁷.

Es una regla a la que han de ajustarse en su actuación todos los miembros de la comunidad. Sólo puede predicarse en sus recíprocas relaciones de unos con otros.

Es decir, el principio de la buena fe es una avenida de doble vía, y ello es aplicable a las relaciones jurídico administrativas entre la Administración Pública y las personas, donde rige sin duda para aquella pero también para éstas¹⁸.

¹⁵ GONZALEZ PEREZ, Jesús, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Tercera Edición, Madrid, Civitas (Monografías), 1999, p. 74. Este libro recoge y amplía el discurso leído por el mismo autor el día 18 de enero de 1983 en el acto de su recepción como Académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/discursos/D32.pdf>.

¹⁶ SAINZ MORENO, Fernando, La Buena Fe en las Relaciones de la Administración con los Administrados, en Revista de Administración Pública, Madrid, N° 89, 1979, p. 309.

¹⁷ GONZALEZ PEREZ, Jesús, ob. cit., pp. 74-75.

¹⁸ El deber de las personas de actuar de buena fe ante la Administración puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 710/012, de 30 de octubre de 2012, donde se confirmó un acto administrativo del Banco de Previsión Social por el que se dispuso descontar un monto de la pasividad que percibía una persona, por concepto de cobro indebido, y no hacer lugar a lo que la persona pedía, al constatar que dicha persona había presentado inicialmente una cédula identidad con seis años más de edad que la real, incorrección que luego se corroboró, al presentar la interesada en ulterior instancia una cédula con la fecha de nacimiento verdadera. El Tribunal destacó que los agravios vinculados a los principios de buena fe y lealtad de la Administración, y a la teoría del acto propio, no resultan de recibo porque no pueden existir derechos adquiridos “*contra legem*”, y menos aún puede pretenderse asignar relevancia jurídica al obrar administrativo cuando quien indujo a la accionada a brindar prestación jubilatoria sin causal configurada, en los hechos, fue la pretensora, lo que ciertamente no puede compartirse.

Es aplicable a toda acción u omisión que sea relevante jurídicamente y que pueda afectar a otros. Contrariar la buena fe implica afectar el valor ético social de la confianza jurídicamente válida, lo que no hace referencia a toda confianza psicológicamente cierta, sino sólo a aquella, que además de existir en sentido psicológico, es válida en sentido jurídico por no encontrar en los usos sociales o en el Derecho un límite a su validez¹⁹. Tal afectación cabe aun cuando estrictamente no se haya actuado con malicia. Debe con todo cuidarse en no confundirse, aun cuando tiene vinculaciones, con otros conceptos o principios, como la buena administración. Ello es importante de manera de evitar invocaciones “holísticas” del principio, que hagan todo una cuestión de buena fe.

B) El valor y fuerza del principio de la buena fe

Una vez conceptualizada la buena fe, cabe preguntarse cuál es el valor y fuerza que tiene como principio en nuestro ordenamiento jurídico.

Resulta necesario referirse a esa “regla de oro” de nuestra Constitución que es el artículo 72, el que prevé que la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Las Constituciones comparadas suelen tener cláusulas de similar tenor. A manera de ejemplo la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos refiere sólo a derechos al prescribir que “La enumeración de ciertos derechos, en la Constitución, no podrá ser interpretada como teniendo por objeto, o por efecto, negar o disminuir otros derechos conservados por el pueblo”. Por su parte, el artículo 33 de la Constitución argentina también sólo refiere a derechos y garantías al prever que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y del de la forma republicana de gobierno”. La diferencia no menor está en que la Constitución uruguaya incorpora situaciones jurídicas de deber.

La fuente original del actual artículo 72 estuvo en el artículo 173 de la Constitución de 1918, que prácticamente recitaba la redacción vigente pero sin incluir a los deberes; solo refería a derechos y garantías. Es en la Constitución de 1934 (artículo 63) que se incorpora a los deberes y tal detalle no es menor porque la incorporación se da en pleno proceso de configuración del constitucionalismo social. Tal inclusión se mantiene en la constitución vigente.

La redacción actual a mi entender refleja una consideración profunda de la dignidad de la persona humana; ella se manifiesta en el goce de sus legítimos derechos, pero también en el cumplimiento de los legítimos deberes para con otros. La realidad de los alter egos no puede serle ajena a la persona humana; la comunicabilidad o sociabilidad al decir de Emmanuel Mounier, es una nota propia de la personalidad humana²⁰.

Dicho lo anterior, cabe inquirirse si el artículo 72 da cauce al principio de buena fe. Parece claro que sí. Para las personas constituye un deber inherente a la personalidad humana, en tanto que para la Administración Pública, cabe por un lado destacar que ella está integrada por funcionarios que también son personas a quienes se les aplica aquel

¹⁹ SAINZ MORENO, Fernando, ob. cit., p. 309.

²⁰ MOUNIER, Emmanuel, *El Personalismo*, Buenos Aires, 9ª Edición, Eudeba, 1972, pp. 19 y siguientes.

deber, a la vez que la misma Administración Pública debe adoptar comportamientos de buena fe, lo que es propio de un Estado de derecho con formato republicano.

La aseveración de que la buena fe tiene consagración constitucional ha sido objeto de discusión en otros países, como es el caso de España, donde por ejemplo Antonio Moreno García ha señalado que sin pretender promover la mala fe, el principio de la buena fe no tiene consagración en la Constitución española.

El autor mencionado, además de sostener que en rigor la buena fe no aparece consagrada o reconocida en parte alguna de la Norma suprema española, considera, criticando posturas del Tribunal Constitucional, que no cabe considerarla como un límite implícito a los derechos fundamentales, por inconveniente, dado que por su muy ambiguo carácter, el empleo de ese principio no haría sino introducir un nuevo matiz de inseguridad e incerteza en un ámbito tan necesitado de concreción como es el ejercicio de los derechos fundamentales. Agrega además que no sólo es inconveniente, sino innecesario, ya que para evitar un uso abusivo del derecho fundamental es suficiente con los límites directa y expresamente establecidos en la Constitución y con los límites inmanentes derivados de forma mediata de la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente reconocidos²¹.

Como ya se señaló en los párrafos precedentes, el deber de actuar de buena fe tiene cabida en nuestra Constitución en su artículo 72. No se advierte la inconveniencia señalada por el autor español, ya que su vigencia no es incompatible con el goce de los derechos fundamentales de las personas, sino más bien coadyuva a la efectividad de los derechos de las personas, en tanto se advierta la nota de su reciprocidad. Sin duda que es bien importante que las normas positivas concreten y delimiten con legitimidad su efectividad en las relaciones jurídicas, dada la necesidad de concreción a que refería Larenz, pero es cierto también que es difícil abarcar de esa manera la riqueza característica de las relaciones humanas. También debe manejarse el principio con adecuada ponderación, teniendo presente que refiere a mínimos éticos exigibles, como conducta recta del hombre corriente o medio, al decir de González Pérez. A su vez debe armonizarse con otros principios constitucionales, y en todo caso, al decir de Dworkin, debe atenderse a la dimensión de peso de los principios involucrados en la relación jurídica analizada para resolver el eventual conflicto, sin que la opción por uno de ellos quite juridicidad al principio descartado.

El artículo 332 de la Constitución prevé que los preceptos de la Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas. Por lo pronto la buena fe como deber de las autoridades públicas es claro explícitamente que no admite dejar de aplicarse por falta de reglamentación.

La doctrina se ha preguntado qué sucede con los deberes constitucionales de “los individuos” que carezcan de reglamentación particular.

²¹ MORENO GARCIA, Antonio, Buena Fe y Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Año 13, Número 38, 1993, pp. 263-295.

Juan Pablo Cajarville ha señalado que la salvaguarda a la omisión reglamentaria prevista en el artículo 332 de la Constitución no admite instrumentarse para los deberes constitucionales de las personas, porque tal situación jurídica no está comprendida en el mismo artículo²². Aún si se compartiere ello es fundamental tener bien en claro que tal restricción cabe respecto de deberes constitucionales que efectivamente requieran para su aplicación ser reglamentados, no para aquellos que admitan ser aplicados como puede suceder con la buena fe, el que con la ponderación referida precedentemente debería en principio serlo. Deberá tenerse presente siempre en la operativa jurídica la función informadora, integradora y de limitación flexible que tiene el principio de la buena fe.

A nivel infra-constitucional existen diversas normas que recogen de modo explícito el principio de la buena fe en el ejercicio de la función pública y otras que lo concretan en situaciones jurídicas determinadas, contribuyendo a su aplicación. Debe con todo tenerse presente que tal recogimiento no implica que el principio tenga el valor y fuerza de la norma que lo explicita, máxime cuando hemos señalado al menos su rango constitucional²³.

Augusto Durán Martínez concuerda en que el principio general de derecho tendrá no el valor y fuerza de la norma positiva infravalente que lo recoge sino de la que efectivamente deriva, agregando que si no se deriva de ninguna norma, sino de la persona humana, tendrá el máximo valor y fuerza²⁴.

Cabe mencionar en primer término al artículo 20 de la Ley N° 17.060 que realiza una vinculación interesante entre buena fe e interés público, al prever que entre otras manifestaciones, el interés público se expresa en la buena fe en el ejercicio del poder²⁵. Tiene una reminiscencia con lenguaje jurídico de la célebre máxima de que el fin no justifica los medios, es decir también es de interés público la buena fe con que se hace uso de los medios –el poder- para lograr el fin público debido.

El estatuto de la función pública aprobado por la Ley N° 19.121²⁶ también explicita el principio de la buena fe, prescribiendo que el funcionario público debe desempeñar sus

²² CAJARVILLE, Juan Pablo, Reflexiones Sobre los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, ob. cit., pp. 512-513.

²³ CAJARVILLE, Juan Pablo, Reflexiones sobre los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, ob. cit., pp. 524-525.

²⁴ DURAN MARTÍNEZ, Augusto, Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Administrativo. Aplicación por el Legislador, el Administrador y el Juez, en Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2009, p. 97. Es clara la impronta iusnaturalista del profesor, al sostener la supra-constitucionalidad de ciertos principios caros a la dignidad humana.

²⁵ Artículo 20.- Los funcionarios públicos deberán observar estrictamente el principio de probidad, que implica una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro.

El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos. D E 5083.

²⁶ El referido estatuto se aplica en principio a los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo (artículo 1°), previéndose la “aplicación gradual” de gran parte de sus disposiciones a los funcionarios contemplados en los literales B) a E) del artículo 59 de la Constitución (literal F del artículo 102 del estatuto). En esta forma sui generis de aplicación la norma legal incluye con exceso a los principios fundamentales y valores organizacionales.

funciones conforme a la buena fe, además de otros valores (numeral 6° de su artículo 4°)²⁷. Asimismo los artículos 29 y 30 regulan derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades, muchos de los cuales concretan la aplicación del mismo principio de la buena fe²⁸.

²⁷ ARTÍCULO 4°.- (Principios fundamentales y valores organizacionales).- El ejercicio de la función pública estará regido por un conjunto de principios fundamentales y valores organizacionales que constituyen la esencia del presente Estatuto, partiendo de la base de que los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política, y que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario, debiendo servir con imparcialidad al interés general:

6) Valores. El funcionario desempeñará sus funciones con transparencia, imparcialidad, buena fe, probidad, eficacia, eficiencia, responsabilidad, profesionalidad y ética en el ejercicio de la función pública.

²⁸ ARTÍCULO 29.- (Enumeración de deberes y obligaciones).- Los funcionarios deben actuar con arreglo a los siguientes deberes y obligaciones:

1) Respetar y cumplir la Constitución Vigente de la República, las leyes y disposiciones reglamentarias.
2) Desarrollar sus funciones, atribuciones y deberes administrativos, con puntualidad, celeridad, economía, eficiencia y cortesía.

3) Dar cumplimiento a las determinaciones de sus superiores jerárquicos. Si el funcionario entendiere que lo que se le ordena es contrario al derecho o a las normas de ética, podrá pedir a su jerarca que se le reitere la orden por escrito.

4) Desarrollar las iniciativas que sean útiles para el mejoramiento del servicio.

5) Cumplir con la jornada laboral establecida, dedicando la totalidad del tiempo de la misma al desempeño de sus funciones, sin perjuicio del descanso intermedio establecido en el inciso primero del artículo 6° de la presente ley.

6) Atender debidamente las actividades de formación, capacitación y efectuar las prácticas y las tareas que tales actividades conlleven, las que se procurará se realicen en el horario de trabajo.

7) Mantener reserva sobre asuntos e informaciones conocidos en razón de su función, aun después de haber cesado en la relación funcional.

8) Vigilar y salvaguardar los intereses, valores, bienes, equipos y materiales del Estado principalmente los que pertenezcan a su área de trabajo o estén bajo su responsabilidad.

9) Actuar imparcialmente en el desempeño de sus tareas dando trato y servicio por igual a quien la norma señale, sin discriminaciones político-partidarias, de género, religioso, étnico o de otro tipo, absteniéndose de intervenir en aquellos casos que puedan dar origen a interpretaciones de falta de imparcialidad.

10) Responder por el ejercicio de la autoridad que les haya sido otorgada y por la ejecución de las órdenes que imparta.

11) Declarar por escrito su domicilio real y comunicar en la misma forma todos los cambios posteriores del mismo, teniéndose al declarado como domicilio real a todos los efectos.

12) Denunciar ante el respectivo superior jerárquico y si la situación lo amerita ante cualquier superior, los hechos con apariencia ilícita y/o delictiva de los que tuvieren conocimiento en el ejercicio de su función.

ARTÍCULO 30. - (Enumeración de prohibiciones e incompatibilidades).- Sin perjuicio de las prohibiciones e incompatibilidades específicas establecidas por otras leyes, los funcionarios públicos están sujetos a las siguientes prohibiciones e incompatibilidades:

1) Realizar en los lugares y horas de trabajo, toda actividad ajena a la función, salvo las correspondientes a la libertad sindical en las condiciones establecidas en la normativa vigente, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie.

2) Constituir agrupaciones con fines proselitistas, utilizando el nombre de la repartición, o invocando el vínculo que la función determina.

3) Tramitar asuntos como gestores, agentes o corredores, y, en general, tomar en ellos cualquier intervención que no sea la correspondiente a los cometidos del cargo o función de la repartición en la que revista.

4) Intervenir en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en la atención, tramitación o resolución de asuntos que impliquen un conflicto de intereses.

5) Hacer indicaciones a los interesados respecto de los profesionales universitarios, corredores o gestores, cuyos servicios puedan ser requeridos o contratados.

A nivel reglamentario cabe mencionar la referencia a la buena fe contenida en el artículo 13 del Decreto N° 30/003, de 23 de enero de 2003, que regla las normas de conducta aplicables a los funcionarios públicos²⁹ y el artículo 2° (literal k) y 6° del Decreto N° 500/991³⁰.

IV) LA BUENA FE EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

A) Su aplicación a todo el accionar administrativo

Decíamos que el principio de la buena fe admite aplicarse al conjunto del accionar administrativo, a las diversas manifestaciones en que se da el ejercicio de la función pública. Si dicho accionar en la clásica aseveración del maestro Sayagués Laso se traduce en actos jurídicos y operaciones materiales, pues unos y otros tienen la rectoría de dicho principio.

Será aplicable en las relaciones internas en el seno de la Administración Pública y por supuesto en las relaciones jurídicas trabadas con personas privadas o públicas.

Constituye un límite flexible al ejercicio de potestades discrecionales, pero ello no significa que los ámbitos reglados del ejercicio del poder público queden exentos de su referencia.

6) Solicitar o recibir cualquier obsequio, gratificación, comisión, recompensa, honorario o ventaja de terceros, para sí o para otros, por los actos específicos de su función, excepto atenciones de entidad razonable que se realicen por razones de amistad, relaciones personales o en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan.

7) Disponer o utilizar información previamente establecida como confidencial y reservada con fines distintos a los de su función administrativa.

8) Utilizar, sin previa autorización, documentos, informes y otros datos, salvo que el ordenamiento jurídico permita su uso sin limitaciones.

9) Actuar bajo dependencia directa dentro de la misma repartición u oficina de aquellos funcionarios que se vinculen por lazos de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad y afinidad, matrimonio o unión concubinaria. Los traslados necesarios para dar cumplimiento a lo previsto en el inciso anterior, no podrán causar lesión de derecho alguno, ni afectar su remuneración.

²⁹ Artículo 13.- (Buena fe y lealtad). El funcionario público siempre debe actuar de buena fe y con lealtad en el desempeño de sus funciones.

³⁰ Artículo 2°.- La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales:

- a) imparcialidad;
- b) legalidad objetiva;
- c) impulsión de oficio;
- d) verdad material;
- e) economía, celeridad y eficacia;
- f) informalismo en favor del administrado
- g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos;
- h) delegación material;
- i) debido procedimiento;
- j) contradicción;
- k) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario;
- l) motivación de la decisión;
- m) gratuidad

Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento. 083.

Artículo 6°.- Las partes, sus representantes y abogados patrocinantes, los funcionarios públicos y, en general, todos los participantes del procedimiento, ajustarán su conducta al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe.

Si uno lo ve desde una perspectiva procedimental, la regla de la buena fe resulta aplicable en las diversas instancias en que transcurre el procedimiento administrativo, como conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de la función administrativa.

Su infracción en ese complejo accionar constituye una ilegitimidad que admite conllevar, según el tenor y relevancia que implique, diversas consecuencias jurídicas.

B) Los comportamientos de funcionarios públicos infractores de la buena fe

Cabe referirse primero a los comportamientos de funcionarios públicos infractores de la regla del actuar de buena fe, tanto en la vida interna de la Administración Pública como en las vinculaciones externas con personas. Dichos comportamientos admiten que se haga valer la responsabilidad disciplinaria de tales funcionarios, lo que se traduce en la aplicación de sanciones disciplinarias, previa tramitación del correspondiente procedimiento disciplinario.

El artículo 70 de la Ley N° 19.121 explicita que constatada una irregularidad o ilícito en el servicio o que lo afecte directamente aun siendo extraños a él, se debe disponer la instrucción del procedimiento disciplinario que corresponda a la situación. Constatada efectivamente, en el respectivo procedimiento disciplinario, la comisión de una falta y su responsable, se debe imponer la sanción correspondiente.

Por su parte, el artículo 72 de la misma ley define a la falta funcional como todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales. Considera deberes funcionales las obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades del funcionario, establecidas por la regla de derecho.

La contradicción de la regla de derecho de la buena fe en el comportamiento funcional admite configurar por tanto una falta funcional. Como ya lo señalamos, tal regla suele estar concretada muchas veces en deberes, obligaciones, prohibiciones o incompatibilidades expresas más específicas.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo al analizar la legitimidad de sanciones disciplinarias aplicadas por la Administración Pública suele hacer mención al rasero de la buena fe como justificativo de la legitimidad del acto administrativo, expresando en sendos fallos que “... a juicio de la Sala, no existe duda alguna que con su actuar, el funcionario involucrado violentó sus deberes de lealtad, buena fe y probidad, incurriendo en conductas irregulares altamente tachables en razón del cargo que ostentaba en el Ente...”^{31 32} o que

³¹ Sentencia del TCA N° 596/014, de 6 de noviembre de 2014. El caso refiere a un funcionario de la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas (UTE), que era dependiente del Departamento de Medida Directa, a quien se le constató irregularidades en el equipo de medida del suministro eléctrico de su casa, del cual él era titular. Véase que la irregularidad imputada al sancionado no refería al cumplimiento mismo de la función, pero tenía íntima conexión porque afectaba los intereses de la empresa pública para la cual trabajaba. En la sentencia se pone el acento en que por la dependencia en la que trabajaba, el funcionario no podía de buena fe alegar desconocer que su medidor estaba alterado.

³² Ver también por su interés la Sentencia N° 126/014, de 27 de marzo de 2014, en la que se analiza la legitimidad de un acto de destitución de un funcionario que declaraba viáticos por concurrencia a localidades del interior, cuando permanecía en la capital. En las consideraciones que hace el Tribunal está detrás de modo inocultable el principio de la buena fe.

“.. resulta claro que, la actora, con su conducta, violó las normas de probidad y buena fe en el desempeño de su función, comprometiendo seriamente su responsabilidad funcional, máxime en atención a su formación jurídica y al rango y jerarquía de su cargo...”³³.

También el Tribunal invoca el principio de la buena fe con un sentido favorable al funcionario implicado a la hora de considerar la adecuación de la sanción aplicada por la Administración a la falta funcional imputada, sosteniendo que *“...en síntesis, atendiendo al marco fáctico en el cual se plantea la litis, del cual no emerge que el funcionario accionante haya actuado en la especie, con manifiesta y probada culpabilidad; más bien y por el contrario, sí surge que el sumariado actuó de buena fe, que incidió un acto propio de la Administración, que le indujo a creer que su desempeño funcional, se ajustaba a las pautas legales y reglamentarias, a lo cual se suman los informes que acreditan sus rectos antecedentes funcionales y sus excelentes calificaciones, en ambos organismos estatales, conduce a concluir que en la sub-causa se perfila una hipótesis de “exceso de poder” (arts. 309 y 310 de la Constitución Nacional), lo cual habilita el acogimiento de la pretensión anulatoria, deducida en autos”³⁴.*

C) La buena fe en el procedimiento administrativo

Desde otra perspectiva, la afectación de la regla de la buena fe en actos y tareas a través de los cuales se tramita un procedimiento administrativo supone una ilegitimidad, que puede implicar la invalidez del acto procedimental involucrado, así como la invalidez del acto administrativo final.

Esa invalidez puede actuarse a nivel administrativo mediante la revocación del acto por razones de legitimidad.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para anular el acto administrativo ante una demanda de anulación formulada por una persona titular de interés directo, persona y legítimo (artículo 309 y siguientes de la Constitución).

El Decreto-ley 15.524 en su artículo 23 (literal a) prevé que pueden ser objeto de acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo los actos administrativos dictados con abuso, exceso o desviación de poder o en contrariedad a una regla de derecho. Muchas veces los casos de abuso, exceso o desviación de poder trasuntan un comportamiento violatorio de la buena fe, a la vez que dado que la buena fe como principio de derecho es una regla de derecho, su contrariedad también admite ser causal de nulidad del acto.

Además, los Juzgados o Tribunales del Poder Judicial podrán en casos puestos a su conocimiento desaplicar el acto administrativo que fuere ilegítimo por contrariar la buena fe.

Debe tenerse presente lo previsto en el artículo 7° del Decreto N° 500/991, en cuanto a que la nulidad de un acto jurídico procedimental no importa la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de aquél, así como que la nulidad de una parte de un acto

³³ Sentencia N° 405/011, de 26 de mayo de 2011, en la que se confirmó la sanción disciplinaria aplicada a una funcionaria, que asistió como letrado a un particular en asunto judicial en que la contraparte era el organismo público donde ella trabajaba.

³⁴ Sentencia N° 427/010, de 17 de junio de 2010.

no afecta a las otras que son independientes de ella, ni impide que el acto produzca los efectos para lo que es idóneo.

No obstante lo anterior es claro que ilegitimidades por violación de la buena fe durante la tramitación del procedimiento administrativo pueden incidir en la invalidez del acto administrativo final, sin perjuicio de que este pueda ser inválido por sí, por sus propios vicios, aun cuando el procedimiento previo haya sido regular³⁵.

Las posibilidades de afectación del principio durante la tramitación de un procedimiento son múltiples, por lo que no es posible replicarlas, pero al tenor de su relevancia infractora cabe que se termine reflejando en vicios en los presupuestos y elementos del acto administrativo final.

Así por ejemplo, como ha sucedido por ejemplo en la Argentina, el inicio de acciones inspectivas por el organismo recaudador de tributos respecto de personas, con una finalidad de amedrentar opositores al gobierno o periodistas críticos del mismo, es claramente un comportamiento de mala fe, que conlleva a la invalidez del acto administrativo final que pudiera darse, por desviación de poder.

Cabe también que existan actuaciones contrarias a la buena fe que incidan negativamente de modo efectivo en la oportunidad de defensa del administrado, y allí se afecta el presupuesto de procedimiento del acto administrativo, generando su invalidez. Así resulta de un fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el que se anula una resolución administrativa que homologa lo actuado por un Tribunal de Concurso y designa para ocupar el cargo concursado a uno de los funcionarios participantes. El fallo, entre otros fundamentos, expresa que *“se vulneraron los principios de igualdad, buena fe y confianza legítima de la concursante demandante al momento de la corrección de la prueba de conocimiento”*, cambiándose los criterios de corrección establecidos de unas pruebas de conocimiento, sin previa vista de los concursantes y en perjuicio de la accionante³⁶.

D) La buena fe en las decisiones administrativas

La protección de la confianza legítima y la no admisión de venir contra los actos propios de la Administración son principios que merecerían un tratamiento particular detenido, aunque al menos debe mencionarse que como derivaciones del de buena fe, han servido de fundamento para la anulación de actos administrativos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, siempre que se den efectivamente las condiciones requeridas para ello³⁷.

También se ha formulado reproche jurídico bajo el fundamento de la buena fe a decisiones de la Administración adoptadas sin contemplar legítimas situaciones del

³⁵ Sucede que a veces el decisor administrativo adopta actos administrativos apartándose de lo recomendado por sus funcionarios. Ello puede ser legítimo, siendo importante que en el acto se fundamente tal apartamiento. Sin embargo puede suceder que lo que se resuelve tenga la nota de la ilegitimidad, contrariando una regla de derecho que bien puede ser la de la buena fe, aun cuando la tramitación previa a la resolución hay sido regular.

³⁶ Sentencia N° 557/015, de 30 de julio de 2015.

³⁷ Puede verse la Sentencia N° 706/011, de 6 de setiembre de 2011, que anuló una decisión de la Administración que había dejado sin efecto una licencia con goce de sueldo a una funcionaria. Dicho fallo se fundó en la invocación conjunta de los principios generales de seguridad jurídica, de buena fe, de no admisión de venir contra los actos propios y de prohibición de invocar la propia torpeza, dado el comportamiento errático y contradictorio de la demandada.

afectado, debidamente puestas en conocimiento. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia N° 78/011, de 10 de febrero de 2011, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por la que se anuló la decisión del Banco Hipotecario del Uruguay de dejar sin efecto la inscripción del accionante en el Registro de Aspirantes a Vivienda de Emergencia (RAVE), cuando la persona había sufrido un quebranto severo de salud el día en que debía firmar el contrato para la adjudicación de una vivienda, que le impidió concurrir, hecho del que la Administración había sido puesta en conocimiento. El fallo se fundó en el principio de que al justo impedido no le corre el término y en el de la buena fe, señalando que la Administración había tenido en ese caso una actuación rayana en la mala fe.

E) La buena fe en la contratación pública

Otro ámbito en que rige la buena fe es el de la contratación que realiza la Administración Pública con diversas personas jurídicas. Tal rectoría está presente tanto en los procedimientos de selección de los contratantes, como en la conformación y ejecución del contrato. El principio obra recogido en el artículo 149 del TOCAF, además de la aplicabilidad del artículo 1291 del Código Civil. Carlos Delpiazzo, invocando éste artículo, destaca que la Administración debe cumplir también los contratos de buena fe, no pudiendo exonerarse de actuar de esa manera en el ámbito contractual y exigir de los demás la buena fe³⁸. Ello es así, pero como ya señalamos, la buena fe regirá igualmente para el contratante con la Administración.

F) La buena fe y los procederes u omisiones administrativas.

Por último debe destacarse que los comportamientos imputables a la Administración Públicas, lo que incluye a las omisiones, que violenten efectivamente el principio de la buena fe, pueden hacer responsable a la Entidad estatal involucrada por los daños y perjuicios provocados a terceros (artículo 24 de la Constitución), pudiendo ésta repetir contra el funcionario actuante u omiso en el caso de dolo o culpa grave (artículo 25 de la Constitución). Asimismo, si el comportamiento del funcionario es directamente lesivo de la Administración, ésta podrá hacer valer su responsabilidad patrimonial, en el marco del artículo 1319 del Código Civil, además de normas específicas vigentes³⁹.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El presente artículo no pretende agotar, ni mucho menos, la incidencia del principio de la buena fe en el ejercicio de la función pública, pero sí resaltar su significancia jurídica y dar algunas pistas de cómo juega en el accionar administrativo, para la Administración Pública y para las personas con las que ella se relaciona. En la operativa jurídica habrá que ver como incide en cada caso concreto, y eso por suerte es lo que distingue a un operador jurídico de un autómeta.

Hemos visto que la buena fe es uno de los principios generales de derecho más visibles en el mundo jurídico, siendo una de sus notas la de su transversalidad a las diversas relaciones de derecho, lo que incluye a las relaciones jurídicas público-administrativas.

³⁸ DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, Montevideo, Amalio Fernández, 2011, Vol. 1, p. 388.

³⁹ ROTONDO, Felipe, *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª edición, Montevideo, 2014, pp. 454-457.

Se ha insistido con referencia de prestigiosos autores que como principio no tiene la estructura típica de una norma jurídica, lo que no le quita su potencial jurídico.

También hemos destacado el particular acogimiento que el derecho uruguayo le da, reconociéndolo como regla de derecho, siendo fuente principal de derecho. No bastando ello, obra recogido en particular en el artículo 72 de la Constitución, como un deber de la Administración Pública y de sus funcionarios, a la vez que como deber inherente a la personalidad humana. Además, diversas normas legales y reglamentarias lo concretan como deber en el ejercicio de la función pública, y la jurisprudencia acude a él en forma reiterada.

En definitiva es rector del conjunto del accionar administrativo y su incumplimiento puede generar responsabilidad disciplinaria en los funcionarios públicos, determinar la nulidad o desaplicación de actos administrativos, o traducirse en responsabilidad patrimonial de la Entidad estatal implicada, e incluso de los funcionarios involucrados.

Un manejo adecuado y ponderado del principio de la buena fe no puede generar temores de una rígida moralización de las relaciones jurídicas administrativas, sino por el contrario contribuirá a su humanización.

Es que la buena fe en las relaciones es fundamental en el seno de una comunidad, ya que como decía Karl Larenz, una sociedad en que unos desconfíen de otros se sumergiría en un estado de guerra latente entre todos y en lugar de la paz dominaría la discordia. Allí donde se ha perdido la confianza, la convivencia humana está perturbada en lo más profundo.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BARBE PEREZ, Héctor, Los Principios Generales de Derecho como Fuente de Derecho Administrativo en el Derecho Positivo Uruguayo, en Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- CAJARVILLE, Juan Pablo, Reflexiones sobre los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, en Sobre Derecho Administrativo, en Sobre Derecho Administrativo, 3ª Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, Tomo I.
- CAJARVILLE, Juan Pablo, Sobre Actos Administrativos. Conceptos, Elementos y Presupuestos del Acto Administrativo. Ilegitimidad e Invalidez. Desviación, Abuso, Exceso de Poder o Violación de una Regla de Derecho, en Sobre Derecho Administrativo, 3ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, Tomo II.
- CASSAGNE, Juan Carlos, Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- DELPIAZZO, Carlos E., Derecho Administrativo General, Montevideo, Amalio Fernández, 2011, Vol. 1.
- DURAN MARTÍNEZ, Augusto, Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Administrativo. Aplicación pro el Legislador, el Administrador y el Juez, en Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo, Montevideo, Amalio M. Fernández, 2009.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, 3ª Edición, Madrid, Civitas (Monografías), 1999.
- LARENZ, Karl, Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica, Madrid, Editorial Civitas, 1985.
- MORENO GARCIA, Antonio, Buena Fe y Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Año 13, Número 38, 1993.

- MOUNIER, Emmanuel, *El Personalismo*, Buenos Aires, 9ª Edición, Eudeba, 1972.
- SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, 6a. Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988, Volumen I.
- REAL, Alberto Ramón, *Los Principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la Estimativa Jusnaturalista*, en *Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- ROTONDO, Felipe, *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª edición, Montevideo, 2014.
- SAINZ MORENO, Fernando, *La Buena Fe en las Relaciones de la Administración con los Administrados*, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 89, 1979.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica (Del Modelo Iuspositivista Legalista Decimonónico a las Nuevas Perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*, 2a. Edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

Fecha de recepción: 25 setiembre 2016.

Fecha de aceptación: 7 octubre 2016.

CASOS DE ESTATIZACIÓN Y DESESTATIZACIÓN*

Mariel Lorenzo Pena**

RESUMEN: *El objetivo en estas breves páginas es relevar en primera instancia las personas públicas no estatales actuales y aquellas cuya existencia es pasada.*

Seguidamente se analizarán aquellos casos de estatización, es decir, empresas y/o actividades a cargo o en manos de particulares que fueron «absorbidas» por el ámbito público.

Por otra parte, se analizarán aquellos casos que correspondan a «desgajes» de competencias estatales, que se trasladan -por la creación misma de la persona pública no estatal- a dicho ámbito. En estos casos tratará de visualizar cómo continúa el Estado envuelto en dicha actividad desgajada mencionando para ello los responsables de su dirección y/o administración y los controles a los que son sometidas.

No es objeto de este trabajo el estudio de la naturaleza, organización, recursos y demás elementos de las personas públicas no estatales, así como tampoco su distinción con las personas públicas estatales. Sin perjuicio de ello se realizará un breve encuadre teórico.

La metodología utilizada para el relevamiento mencionado consistió en la revisión de doctrina y jurisprudencia, así como de normativa relacionada al tema, utilizando para ello las bases de datos de IMPO y La Ley

* El presente artículo es una adaptación del trabajo académico realizado como parte de la aprobación del curso «Actividad empresaria en el sector público» a cargo del Prof. Javier Paolino en el contexto del LL.M –Máster en Derecho– de la Universidad de Montevideo. Se cuenta con la autorización de la mencionada Universidad para realizar esta publicación. La autora agradece especialmente al Prof. Pablo Genta, Coordinador Académico de Máster y Postgrados por dicha autorización. Agradece además a los Dres. Lourdes Pérez y Andrés Cerrone, compañeros del curso mencionado, con quienes se realizaron innumerables intercambios a los efectos de afinar el listado actual de personas públicas no estatales.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UdelaR. Aspirante a Profesora Adscripta en Derecho Público I (Constitucional) por la UdelaR. Cursando Maestría LL.M. –Máster en Derecho– por la Universidad de Montevideo. Profesora Ayudante (Grado I) de Principios de Derecho Constitucional y Teoría del Estado (UdelaR). Correo electrónico: mariel.lorenzo.pena@gmail.com

Uruguay. En todos los casos en dónde fue encontrado uno, se consultó el sitio web oficial de cada uno de estos organismos.

PALABRAS CLAVES: *Personas públicas no estatales. Estatización. Desestatización.*

ABSTRACT: *The goal of these few pages is to relieve the current non-state public entities and those whose existence is passed. Cases of nationalization, in other words, cases in which businesses and / or activities in private hands were “absorbed” by the public sector will be analyzed.*

Moreover, cases of denationalization, those cases that correspond to “parts” of state powers, which are moved -for the very creation of the non-State public person in this area- will be discussed. In these cases, the goal is to try to visualize how the state continues involved in such activity falling apart, mentioning for it the people responsible for its management and/or administration and the controls to which they are subjected.

No object of this work is the study of nature, organization, resources and other elements of non-state public entities, nor their distinction with the state public entities. Notwithstanding, a brief theoretical framework will be made.

The methodology used for the survey mentioned was the review of doctrine and jurisprudence, as well as regulations related to the subject, using databases of IMPO and La Ley Uruguay. In all cases where one was found, the official website of each of these agencies was consulted.

KEY WORDS: *Non-state public persons. Nationalization. Denationalization.*

1. ENCUADRE TEÓRICO

Suele sostenerse que las personas públicas no estatales poseen su fundamento constitucional en el artículo 191 de la Carta Magna, el que, al regular la obligación de publicar periódicamente los estados contables que reflejen la vida financiera, incluye dentro de los organismo obligados «en general, [a] todas las administraciones autónomas con patrimonio propio».

Su aparición se remonta a la década de 1920 y si bien existieron muchas dudas teóricas sobre su caracterización, fue el Prof. Sayagués el primero en consolidar dicha categoría.

La existencia misma de estas organizaciones es justificada por lo general en la búsqueda de flexibilización de los controles propios de las actividades y organizaciones estatales, en aras de la eficiencia y eficacia.

Con mayor o menor concordancia en su denominación, los diferentes autores actualmente caracterizan las personas públicas no estatales en base a los siguientes elementos:

- a) son creadas por ley;
- b) se regulan por el derecho público (si bien puede sostenerse que poseen aspectos de regulación mixta);

- c) desarrollan cometidos generales o de interés público;
- d) poseen potestades jurídicas *fuertes* (como por ejemplo coacción para la afiliación o la integración de su capital);
- e) en su dirección participan representantes estatales y de los interesados directamente;
- f) están sometidas a control estatal;
- g) su patrimonio y su régimen financiero es particular (por ejemplo su presupuesto es proyectado y aprobado por la propia entidad);
- h) el personal que contrata se rige por el derecho laboral, privado y/o comercial, pero en general no son considerados funcionarios públicos;
- i) poseen determinados privilegios (ejemplo su deuda constituye título ejecutivo);
- j) la responsabilidad penal se ve agravada en muchos casos; y
- k) las contrataciones que realice no se encuentran alcanzadas por la normativa general aplicable a las Administraciones Públicas.

Aún con el riesgo de copiar burdamente las realidades consagradas en otros regímenes jurídicos (Paolino, 2008:185) la existencia de estas organizaciones fue en aumento a medida que el siglo avanzó. De la misma manera avanzó también el desdibujamiento de sus características principales.

2. PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES ACTUALES Y NO ACTUALES

Relevado el panorama actual de las personas públicas no estatales, se concluye que las existentes en el presente son las siguientes 41:

Tabla 1: Personas públicas no estatales actuales

Administración del Mercado Eléctrico (ADME)
Agencia Nacional de Desarrollo Económico (ANDE)
Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII)
Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias (CJPB)
Caja de Jubilaciones y Pensiones de los Profesionales Universitarios (CJPPU)
Caja Notarial de Seguridad Social (CNSS)
Centro Ceibal para el apoyo a la Educación de la Niñez y la Adolescencia (Plan Ceibal)
Centro de Estudios Fiscales (CEF)
Centro Uruguayo de Imagenología Molecular (CUDIM)
Colegio Médico del Uruguay (CMU)
Colegio Veterinario del Uruguay (CVU)
Comisión Honoraria de Lucha Antituberculosa y Enfermedades Prevalentes (CHLAEP)
Comisión Honoraria de Lucha contra el Cáncer (CHLCC)

Comisión Honoraria para la Salud Cardiovascular (CHSC)
Consejo de Capacitación Profesional (COCAP)
Cooperativa Nacional de Productores de Leche (CONAPROLE)
Corporación de Protección del Ahorro Bancario (COPAB)
Corporación Nacional para el Desarrollo (CND)
Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (IMPO)
Fondo de Cesantía y Retiro para los Trabajadores de la Construcción (FOCER)
Fondo de Financiamiento y Desarrollo Sustentable de la Actividad Lechera (FFDSAL)
Fondo de Solidaridad (FS)
Fondo Nacional de Música (FONAM)
Fondo Nacional de Recursos (FNR)
Instituto de Promoción de la Inversión y las Exportaciones de Bienes y Servicios (Uruguay XXI)
Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA)
Instituto Nacional de Calidad (INACAL)
Instituto Nacional de Carnes (INAC)
Instituto Nacional de Cooperativismo (INACOOP)
Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional (INEFOP)
Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEED)
Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (INIA)
Instituto Nacional de la Leche (INALE)
Instituto Nacional de Logística (INALOG)
Instituto Nacional de Semillas (INASE)
Instituto Nacional de Vitivinicultura (INAVI)
Instituto Plan Agropecuario (IPA)
Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU)
Movimiento de Erradicación de la Vivienda Insalubre Rural (MEVIR)
Parque Científico y Tecnológico de Pando (PCTP)
Unidad Alimentaria de Montevideo (UAM)

Fuente: elaboración propia.

2.1. Casos dudosos

El relevamiento realizado conllevó el estudio de la naturaleza de cinco organizaciones cuyas particularidades no permiten catalogarlas «al 100%» como personas públicas no estatales¹.

Comisión Nacional Honoraria para la Lucha contra la Hidatidosis

La Ley N° 13.459 de 09 de diciembre de 1965 en la redacción dada por la Ley N° 16.106 de 24 de enero de 1990 establece que la misma funcionará en el ámbito del Ministerio de Salud Pública integrada por el Ministro de Salud Pública, que la presidirá, un delegado del Ministerio de Salud Pública (Sección Zoonosis), un delegado del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (Dirección de Servicios Veterinarios), un delegado del Ministerio del Interior, un delegado de la Facultad de Medicina, un delegado de la Facultad de Veterinaria, un delegado de la Administración Nacional de Educación Pública, un delegado de las Intendencias Municipales, un delegado de la Sociedad de Medicina Veterinaria del Uruguay, dos delegados designados por el Poder Ejecutivo a propuesta de organizaciones representativas de los empresarios rurales y cinco delegados regionales de las Comisiones Departamentales Honorarias de la Lucha contra la Hidatidosis.

Si bien en su funcionamiento se asimila a una persona pública no estatal, referencias normativas posteriores (artículo 133 de la Ley N° 17.556 de 18 de setiembre de 2002 y artículo 308 de la Ley N° 17.930 de 19 de julio de 2005) permiten sostener que la misma no conforma la categoría en estudio.

Comisión Nacional Honoraria de la Discapacidad

Creada por la Ley N° 16.095 el 26 de Octubre de 1989, si bien posee personería jurídica –conforme su artículo 10-, funcionaba bajo la jurisdicción del Ministerio de Salud Pública.

Actualmente se encuentra regulada por la Ley N° 18.651 de 19 de febrero de 2010, la que mantiene su personería jurídica, indicando que su naturaleza es de entidad pública de derecho privado, la que funciona bajo la jurisdicción del Ministerio de Desarrollo Social.

La misma está integrada por el Ministro de Desarrollo Social que la presidirá, o un delegado de éste, que tendrá igual función, un delegado del Ministerio de Salud Pública, un delegado del Ministerio de Educación y Cultura, un delegado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, un delegado de la Facultad de Medicina, un delegado del Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación Pública, un delegado del Congreso de Intendentes, un delegado de la Facultad de Odontología, un delegado del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, un delegado del Banco de Previsión Social, un delegado del Banco de Seguros del Estado, un delegado de la Comisión Honoraria del Patronato del Psicópata, un delegado de la Facultad de Ciencias Sociales, otros delegados por Facultades o áreas cuando así lo requiera la Comisión Honoraria, un delegado de cada una de las asociaciones de segundo grado de personas con discapacidad, que posean personería jurídica vigente o en trámite.

Conforme las referencias normativas indicadas, se entiende que la misma no es persona pública no estatal.

¹ Un estudio más exhaustivo de las mismas excede el objetivo del presente trabajo.

Instituto Pasteur Montevideo

La Ley N° 17.792 de 14 de julio de 2004 autoriza al Poder Ejecutivo y a la Universidad de la República a constituir, conjunta o separadamente, una fundación con el «Institut Pasteur» de París -República Francesa-. Dicha fundación tendrá como fines principales la «realización y difusión de investigaciones científicas y tecnológicas en el campo de la salud humana y su objeto será acorde al del «Institut Pasteur»».

Como puede apreciarse, si bien en su objetivo puede tener similitudes con las finalidades de una persona pública no estatal, la norma la regula como fundación, por lo que puede entenderse que corresponde en principio la aplicación del derecho privado.

Comisión Honoraria del Patronato del Psicópata

La Ley N° 11.139 de 1948 creó el Patronato del Psicópata.

El mismo está dirigido por una Comisión Honoraria integrada en la actualidad – conforme lo establecido por el Decreto Ley N° 15.594- por el Director del Programa de Salud Mental del Ministerio de Salud Pública, el Inspector de Psicópatas, los Directores del Hospital Psiquiátrico y de la Colonia de Asistencia Psiquiátrica «Doctores Bernardo Etchepare y Santín Carlos Rossi», el Profesor de Clínica Psiquiátrica de la Facultad de Medicina, un representante de la Sociedad de Psiquiatría a propuesta de esta y tres representantes de la comunidad, uno de los cuales deberá ser abogado y otro contador.

Si bien en su funcionamiento parecería ser una persona pública no estatal, la referencia establecida en su norma de creación respecto a que el Ministerio de Salud Pública proporcionará de su personal, a la Comisión Honoraria, los funcionarios que realicen las tareas de contabilizar el movimiento de fondos así como las demás tareas administrativas, parece confirmar que no posee tal naturaleza.

FONDES

El Fondo para el Desarrollo (FONDES) sustituye al *viejo* Fondo para el Desarrollo creado por el Decreto N° 341/011 que era administrado por un Comité de Supervisión integrado por los Ministros de Economía y Finanzas, Industria Energía y Minería, Trabajo Seguridad Social y el Director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

La Ley N° 19.337 consagra la exoneración tributaria del mismo, así como la inembargabilidad de sus bienes, regulando dos particiones bien diferenciadas una administrada por el Instituto Nacional del Cooperativismo (INACOOP) y la otra administrada por la Agencia Nacional de Desarrollo (ANDE).

Por otra parte, el artículo 3ero de la misma establece cometidos generales adicionales «a los cometidos específicos de cada órgano encargado de la administración de las dos particiones definidas en la presente ley y especificados por la misma».

Sin embargo, no establece la ley la naturaleza de persona pública no estatal, por lo que en principio no puede incluirse en la categoría en estudio.

2.2. Casos inexistentes en la actualidad

Con una metodología similar a la utilizada para relevar las personas públicas no estatales actuales, se investigó sobre aquellas personas que existieron como tales, pero que ya no existen (23 casos²). El resultado al que se arribó es el siguiente:

Tabla 2: Personas públicas no estatales inexistentes en la actualidad.

Consejo Central de Asignaciones Familiares
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para personal de la construcción (CHAMSEC)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para obreros del puerto de Montevideo (CHASEOP)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para trabajadores de la madera (CHASEM)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para los trabajadores de la industria metalúrgica (CHASEIMA)
Comisión Administradora de los Servicios de Estiba (CASE)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para los trabajadores y patronos del transporte automotor (CHASITA)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para trabajadores de la industria textil (CHAMSETIT)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para trabajadores de la industria gráfica, papelería y periodística (SEIGA)
Caja de Compensación por Desocupación en la industria frigorífica del interior (CCDIF)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para tripulantes de buques mercantes y de pesca (CHASEPE)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para trabajadores de la aguja (CHAMSETA)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para trabajadores de la bebida (CHAMSETB)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para trabajadores de la industria del vidrio (CHAMSEIV)
Comisión Honoraria Administradora de Asistencia Médica y Seguro de Enfermedad para trabajadores de la industria del cuero (CHAMSEIC)
Comisión Honoraria Administradora del Seguro de Enfermedad e Invalidez de los trabajadores gastronómicos y de la industria del dulce (CHASEITGID)

² Corresponde aclarar que el Laboratorio de Análisis y Ensayos (LAE) fue sustituido por el Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU) que subsiste en la actualidad. Caso similar es el del Centro para la Inclusión Tecnológica y Social (CITS) que fue absorbido por el Centro para el apoyo a la Enseñanza de la Niñez y la Adolescencia (Plan Ceibal).

Instituto Nacional de Abastecimiento (INA)
Laboratorio de Análisis y Ensayos (LAE)
Administración Nacional de los Servicios de Estiba (ANSE)
Centro para la Inclusión Tecnológica y Social (CITS)

Fuente: elaboración propia.

2.3. Análisis temporal

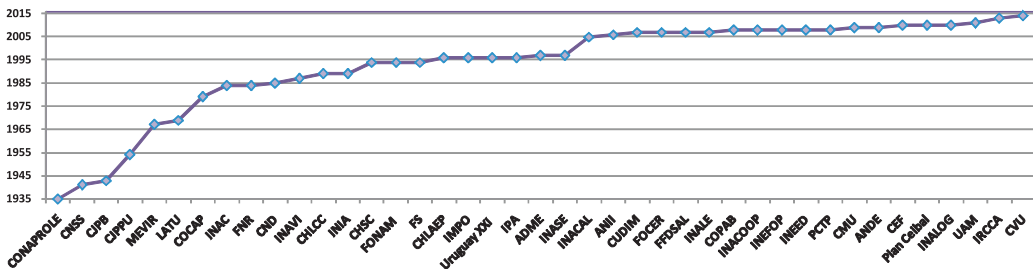
No es poca la doctrina que establece la existencia de épocas en la creación y proliferación de las personas públicas no estatales.

Así, Biasco (2001:89) plantea que pueden diferenciarse cuatro períodos fundacional, auge y desarrollo, declinación y creación de nuevos tipos; mientras que Delpiazzo (2006:155 a 161) identifica los orígenes y desarrollo, la crisis y el auge y desdibujamiento.

Por su parte, Ruocco (2011: 247 a 250) diferencia las siguientes etapas: fundacional, de formulación, de desviación, del gobierno de facto, de concertación, del encuentro entre estatistas y no estatistas (que prefiere llamar de transformación) y la etapa de reformulación y proliferación.

Más allá de considerar que existieron auges y podrían esbozarse las épocas reseñadas, si se toma en cuenta el año de creación de cada –considerando las 41 personas públicas no estatales actuales-, podría afirmarse que la tendencia de creación ha sido una constante, como lo refleja la siguiente gráfica:

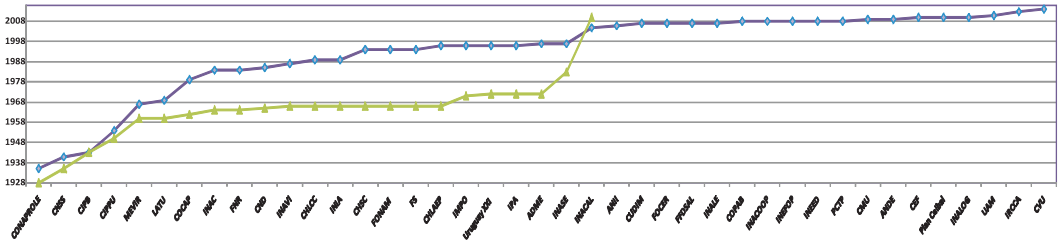
Gráfica 1: Personas públicas no estatales actuales por año de creación



Fuente: elaboración propia.

Si se incluye al gráfico anterior las personas públicas no estatales inexistentes en la realidad³, se visualiza lo siguiente:

Gráfica 2: Personas públicas no estatales actuales y no actuales por año de creación

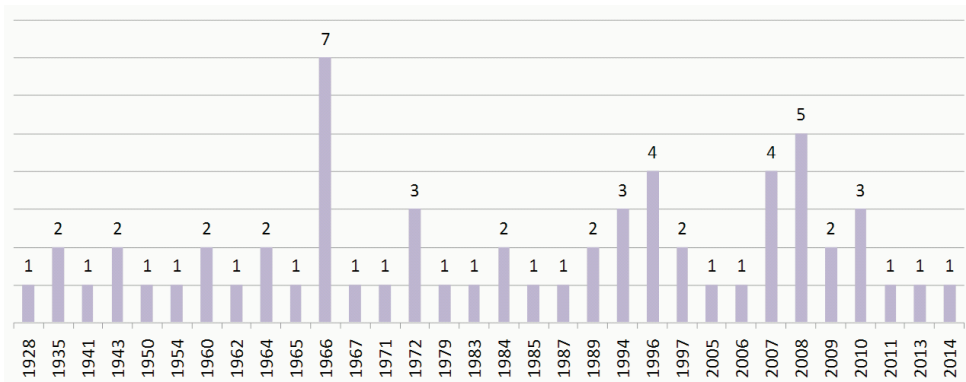


Fuente: elaboración propia.

Como puede verse, los casos no actuales solo reafirman lo esbozado recientemente: la creación de personas públicas no estatales, si bien con *altibajos* se ha mantenido medianamente constante desde la aparición de las primeras organizaciones de su tipo.

El año en que más personas públicas no estatales se crearon fue 1966 (siete personas públicas no estatales), seguido por el año 2008 en el que se crearon cinco.

Gráfica 3: Cantidad de personas públicas no estatales creadas por año.



Fuente: elaboración propia.

Como puede verse en el gráfico que antecede, en general en el resto de los años se crean una o dos por año.

³ Se incluyen el LAE y el CITS.

3. CASOS DE ESTATIZACIÓN

Se listan aquí los casos encontrados en los que la actividad del ámbito privado o la competencia de personas públicas no estatales se subsumen en competencia estatal.

Los casos encontrados son *contados con la mano* con el agregado de ser casos lejanos en el tiempo, lo que de por sí ya es un indicio del alejamiento reseñado más arriba.

FRIGORÍFICO NACIONAL

La Ley N° 8.282 de 1928 crea el Frigorífico. Establecía la norma que el mismo sería un «ente» testigo para controlar la industria cárnica, atribuyéndole el monopolio de la faena de los animales bovinos, ovinos y porcinos destinados al abasto de Montevideo.

La empresa provenía del ámbito privado. Se establecía un régimen cooperativo para el capital del Instituto, cuyo Directorio estaba integrado por un representante del Poder Ejecutivo, un representante de la Intendencia de Montevideo, dos representantes electos por los productores remitentes y los accionistas y un representante electo por el personal de empleados y obreros dependientes del Instituto.

Lo curioso de este caso, es que se plantea su existencia como un caso de estatización, si bien en puridad, la mayoría de los autores considera que –más allá de la falta de precisión técnica propia de la época- el Frigorífico es una de las primeras personas públicas no estatales.

El Frigorífico fue el único que sobrevivió a la crisis de la década del 50 en su sector, siendo suprimido por la Ley N° 14.810 de 1978, si bien en los hechos, sobrevivió más de 20 años bajo la Dirección General Interventora y Liquidadora –que fuera creada por la Ley de supresión-.

COMPAÑÍA DEL GAS MONTEVIDEO

El Decreto-Ley 14.142 de 1973 declara la utilidad pública de expropiar los bienes de la empresa privada denominada Compañía del Gas y Dique Seco de Montevideo Limitada.

Mediante dicha norma, el Poder Ejecutivo quedaba facultado a explotar directamente, vender o arrendar sus bienes (lo que podrá hacerse por otro medio que no sea la licitación pública) de la empresa que se estatizaba, creándose una Comisión interventora mientras no se dispusiera alguna de las acciones previstas.

En los hechos el predio ha permanecido sin utilización desde aquel entonces, si bien recientemente el Poder Ejecutivo ha aprobado un proyecto relacionado con la construcción de una terminal de puertos⁴.

⁴ La noticia pudo conocerse por varios medios: a) <http://www.elpais.com.uy/informacion/aprueban-proyecto-portuario-buquebus-us.html> <http://ladiaria.com.uy/articulo/2016/4/cambio-de-planes/> b) <http://www.elobservador.com.uy/gobierno-aprobo-proyecto-buquebus-construccion-nueva-terminal-n895133> c) <http://www.teledoce.com/telemundo/nacionales/construiran-una-nueva-terminal-de-buquebus-en-la-rambla-sur/> d) <http://www.republica.com.uy/al-dique-maui/541474/> (todos recuperados por última vez el 13/08/2016).

Otros casos de estatización

En 1943, la Ley N° 10.449 hizo obligatorio el pago de asignaciones familiares a todo empleado, obrero o peón, por cada hijo legítimo o natural legalmente reconocido o declarado judicialmente.

Esto conllevó a que varias Cajas de Compensaciones se crearan (las enunciadas más arriba).

Conforme la normativa que las regulaba, estas estaban administradas por un Consejo honorario renovable cada dos años, compuesto, en partes iguales por representantes de los patronos y de los obreros, en la forma que estableciera el Poder Ejecutivo, y por un representante del mismo Poder.

Mediante los agregados a la normativa original realizados por la Ley N° 11.618 en 1950, la autoridad superior de estas Cajas pasó a ser el Consejo Central, que se integraba por un delegado del Poder Ejecutivo -que ejercía la presidencia-, tres delegados de los patronos y tres delegados de los trabajadores -elegidos por las respectivas representaciones en los Consejos de las Cajas-.

De las primeras de su tipo fue la Comisión Honoraria de Asistencia Médica y Subsidio por Enfermedad para el personal de la construcción. Esta fue creada por la Ley N° 12.839 en 1960. Tenía personería jurídica y representación tripartita en su directorio: Poder Ejecutivo, empleados y empleadores.

De acuerdo a lo analizado por Delpiazzo (2006:159), en 1973 se establece la Comisión Interventora de los Seguros de Enfermedad e Invalidez (CISEI) – sustituyendo las Comisiones Administradoras de dichos seguros. Lo mismo ocurre respecto del Consejo Central de Asignaciones Familiares y las Cajas respectivas.

En 1974 se crea como dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el Servicio Nacional de Empleo (SENADEMP), agrupando todas las personas públicas no estatales que tenían competencia en esta materia. En 1975 se crea la Administración de los Seguros de Sociales de Enfermedad ASEE como Servicio Descentralizado, suprimiendo CISEI.

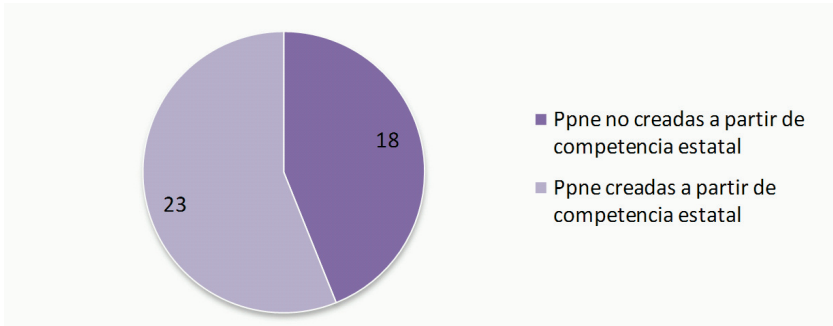
El proceso culmina en 1979, cuando mediante el Acto Institucional N° 9 se suprime el Banco de Previsión Social, la ASSE, el Consejo Central de Asignaciones Familiares y las Cajas de su Dependencia, la Caja de Compensación por Desocupación de las Barracas de Lanas, Cueros y Afines, la Caja de Compensaciones por Desocupación de la Industria Frigorífica y la Caja de Compensación por Desocupación en la Industria Frigorífica del Interior.

4. CASOS DE DESESTATIZACIÓN

Se pretende aquí enunciar los casos relevados en que la persona pública no estatal que se crea supone la «retracción», «disminución», «quiebre», «desgaje» de competencia estatal.

Conforme el análisis realizado, el 56% de las personas públicas no estatales existentes en la actualidad son el resultado de este proceso.

Gráfica 4: Personas públicas no estatales producto o no del desgajamiento de una competencia estatal



Fuente: elaboración propia.

En todos los casos se indicará la entidad estatal de la que la persona pública no estatal «hereda» su competencia, así como algunos aspectos que llamaron nuestra atención.

ADME

La Ley N° 14.694 crea en 1977 un Despacho Nacional de Cargas, que debía ser operado por la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas (UTE).

Posteriormente, en 1997, mediante la Ley N° 16.832 Ley reguladora del marco eléctrico, se crea la Administración del Mercado Eléctrico (ADME) con el objetivo (entre otros) de administrar el Despacho creado con anterioridad.

La ADME está a cargo de un Directorio integrado por cinco miembros, designados por el Poder Ejecutivo, los que representan a la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas, la Delegación Uruguaya de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, el Poder Ejecutivo (este miembro es el que la preside) y a los demás agentes del mercado (dos representantes).

El artículo 9 de la norma mencionada establece que es el Poder Ejecutivo el que dispone que la Administración del Mercado Eléctrico le arriende a la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas los servicios de despacho del Sistema Interconectado Nacional, por lo que puede verse que aún fuera del Estado, el control sigue siendo intenso.

FNR

En 1979, el Decreto Ley N° 14.897, creó el Fondo Nacional de Recursos, el que sería administrado por una Comisión Administradora que funcionaba en el Ministerio de Salud Pública. Conforme el Decreto Ley N° 15.617, en 1984 dicho Fondo adquiere la naturaleza de persona pública no estatal.

En la actualidad, -según lo establecido la Ley N° 16.343- la Comisión que lo administra se encuentra integrada por tres representantes del Ministerio de Salud Pública -uno de los cuales será el Ministro de Salud Pública o quien lo represente-, el Ministro de Economía y Finanzas o quien lo represente, tres representantes de las Instituciones de Asistencia Médica Colectiva o Asociaciones de Segundo Grado integradas por las mismas, un

representante de los institutos de Medicina Altamente Especializada y un representante del Banco de Previsión Social.

Dicha Comisión debe elevar al Poder Ejecutivo, para su consideración, un balance anual y la rendición de cuentas correspondiente. Se establece además el sistema de recursos contra los *actos administrativos* que dicte el FNR.

IMPO

La Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (IMPO) es persona jurídica de derecho público no estatal conforme lo establecido por el artículo 341 de la Ley N° 16.736.

Dicha Dirección había sido creada como producto de la fusión de las Unidades Ejecutoras de Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales e Imprenta Nacional pertenecientes al Ministerio de Educación y Cultura.

La misma iba a ser consagrada como Servicio Descentralizado, pero en el trámite parlamentario *mutó* su futura naturaleza jurídica, siendo finalmente consagrada bajo la categoría en estudio.

Heredó tanto las competencias como el patrimonio asignado al mencionado Ministerio.

Está dirigida por un Director General designado por el Poder Ejecutivo, siendo uno de los pocos casos en que la dirección de la organización es unipersonal.

Es el Poder Ejecutivo quien aprueba su presupuesto, se prevén mecanismos de recursos contra sus *actos administrativos* y sus certificados de deudas constituyen títulos ejecutivos, es decir cuenta con los elementos típicos enunciados por la doctrina para definirla como persona pública no estatal.

Respecto de los funcionarios que se desempeñaban en las Unidades reseñadas, se previó en su momento la posibilidad de que fueran redistribuidos a otras dependencias estatales, pudieran retirarse –cobro de incentivo de por medio- o pasaran a formar parte de IMPO mediante la firma de un contrato a prueba, pero siempre bajo la «garantía de sus derechos» aspecto que Cajarville (2008:830) relata con la ironía del caso.

FS

El Fondo de Solidaridad fue creado en 1994 por la Ley N° 16.524, desarrollando su actividad en el ámbito del Ministerio de Educación y Cultura (artículo 8 de la Ley citada, en su redacción original). Adquiriere la naturaleza jurídica de persona pública no estatal a partir de la Ley N° 17.451 en el año 2002.

Está dirigido por una Comisión Honoraria integrada por ocho miembros representantes del Ministerio de Educación y Cultura, la Universidad de la República, el Consejo Directivo Central de la Administración de Educación Pública, la Universidad Tecnológica, la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales del Uruguay, la Caja Notarial de Seguridad Social, el Banco de la República Oriental del Uruguay y la Agrupación Universitaria del Uruguay.

IPA

El Instituto Plan Agropecuario sucede a la Comisión Honoraria del Plan Agropecuario, que funcionaba en la órbita del Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca, *heredando* sus competencias y su patrimonio.

Está dirigido por una Junta Directiva integrada por 4 miembros designados por el Poder Ejecutivo que representan dos al Ministerio reseñado, otro a la Asociación Rural del Uruguay y a la Federación rural y el último a las Cooperativas Agrarias Federadas y Comisión Nacional de Fomento Rural. Funciona en su órbita además un Consejo Asesor integrado por representantes de diferentes sectores privados.

Tenemos aquí un caso de ejecución de política pública, pero que claramente implica el fomento de la actividad privada (Cajarville, 2008:832).

Los artículos 241 a 260 de la Ley N° 16.736 que consagran su naturaleza jurídica, establecen beneficios tributarios, la inembargabilidad de sus bienes, el control del Estado, el sistema de recursos contra sus actos, es decir los elementos típicos acordes a la misma.

Los funcionarios que se desempeñaban en la Comisión podían ser redistribuidos o pasar al Instituto.

Se establece que en todo lo relativo a su funcionamiento se registrá por el derecho privado.

LATU

El Laboratorio Tecnológico del Uruguay, es sucesor del Laboratorio de Análisis y Ensayos que era dependiente del Ministerio de Industria Energía y Minería (creado por la Ley N° 13.640).

Es la Ley N° 13.737 la que lo consagra como persona pública no estatal.

Está dirigido por una Comisión Directiva integrada por un delegado del MIEM -que la preside-, un delegado del BROU y un delegado de la Cámara de Industrias del Uruguay.

INALE

El Instituto Nacional de la Leche, creado como persona pública no estatal por la Ley N° 18.242, es el heredero de Junta Nacional de la Leche, que funcionaba en la órbita de la entonces SEPLACODI⁵ y que según comenta Ruocco (2011:250) ya presentaba dudas respecto de su naturaleza jurídica.

Está dirigido por un Consejo Ejecutivo, integrado por un representante del PE, un representante de cada uno de los Ministerios de Ganadería Agricultura y Pesca, Industria Energía y Minería, Economía y Finanzas y Relaciones Exteriores, dos representantes de las gremiales de los productores remitentes de leche que pertenezcan a dos gremiales diferentes con proyección nacional, dos representantes de las gremiales de la industria láctea, un representante de las gremiales de productores artesanales.

Como en los otros casos, está obligado a publicar sus balances anualmente, cuenta con exoneraciones tributarias y se prevé un sistema de recursos contra sus actos.

⁵ La Secretaría de Planeamiento Coordinación y Difusión (SEPLACODI) sustituyó a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) durante el último período cívico militar.

El Poder Ejecutivo puede controlar su gestión por razones de juridicidad, pero también por razones de oportunidad o conveniencia.

Por otra parte, es el Instituto quien propone el sistema de comercialización para el mercado interno de leche, quien asesora en temas de diferendos comerciales internacionales y quien está encargado de analizar y estudiar las nuevas exigencias planteadas por los mercados para facilitar el acceso de las exportaciones de productos lácteos.

URUGUAY XXI

El Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones de Bienes y Servicios fue consagrado como persona pública no estatal por la Ley N° 16.736 -artículos 213 a 216-.

Recibió los bienes provenientes de toda dependencia de la Administración Central que estuvieran afectados a la promoción de la inversión y exportación de bienes y servicios.

Los funcionarios asignados a estos fines –también en toda dependencia de la Administración Central- podían pasar al Instituto mediante la firma de un contrato de trabajo.

Uruguay XXI está dirigido por un Consejo de Dirección, designado por el Poder Ejecutivo, integrado por un representante por los Ministerios de Relaciones Exteriores, Ganadería Agricultura y Pesca, Economía y Finanzas, Industria Energía y Minería y Turismo, el Director Ejecutivo (que debe ser persona de notoria versación en la materia, propuesta por la Comisión Interministerial para Asuntos de Comercio Exterior) y cuatro representantes del sector privado.

Como señala Cajarville (2008:830), si bien el Instituto está avocado el fomento de la actividad privada, se rige principalmente por derecho público.

El Poder Ejecutivo puede controlar sus decisiones por razones de juridicidad pero también en función de la oportunidad y conveniencia. Como en otros casos, se establecen exoneraciones tributarias y la necesidad de presentación de sus estados contables.

CHLAEP

La Comisión Honoraria de Lucha Antituberculosa y Enfermedades Prevalentes fue creada por la Ley N° 10.709 en el ámbito del Ministerio de Salud Pública.

En 1987, el artículo 623 de la Ley N° 15.903 le atribuyó carácter de persona pública no estatal.

Dicha norma fue derogada por el artículo 277 de la Ley N° 16.226, entendiéndose en aquel entonces que la Comisión volvía al ámbito del Ministerio.

Posteriormente, en 1996 la Ley N° 16.736 (mediante su artículo 403) vuelve a considerarla persona pública no estatal.

La misma está integrada por cuatro representantes del Ministerio mencionado (uno de los cuales la preside y otro de los cuales es de la División de Epidemiología del Ministerio), el Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de la República -o un delegado del mismo-, un representante de la Cátedra de Neumo-Tisiología y un representante de la Cátedra de Infectología –ambos de la mencionada Facultad-, un representante del Ministerio de Desarrollo Social y un representante de los trabajadores de la propia Comisión.

Esta Comisión posee los cometidos de su antecesora (que están fijados por ley) pero también puede el Ministerio asignarle otros, aspecto por demás particular, según señala Cajaville (2008:831).

INACAL

La Ley N° 17.930 crea en sus artículos 175 a 179 el Instituto Nacional de Calidad, como sucesor del Comité Nacional de Calidad, que pertenecía a la Presidencia de la República.

Está dirigido por un Director Ejecutivo, que es designado por el Poder Ejecutivo –debiendo ser seleccionado por concurso público, entre personas de notoria idoneidad en materia de calidad y excelencia-.

Por otra parte, funciona en su órbita, el Consejo Asesor Honorario integrado por nueve miembros, representativo de las áreas de actividad a que se refiere el Instituto. Este Consejo es designado por el Ministerio de Industria, Energía y Minería. Conforme lo establece el Decreto N°17/008, en representación del sector privado se designarán cuatro representantes, dentro de los cuales se incluirá un representante del OUA en su carácter del Organismo Nacional de Acreditación; un representante de UNIT en su carácter de Organismo Nacional de Normalización y en representación del sector público se designarán cinco representantes dentro de los cuales se incluirá un representante del LATU en su carácter de Organismo Nacional de Metrología.

El INACAL se financia con partidas netamente presupuestales.

CND

La Corporación Nacional para el Desarrollo, conforme lo previsto por la Ley N° 15.785 es persona pública no estatal, si bien como en el caso del IMPO, iba a ser Servicio Descentralizado.

Esto se refleja en especial en la forma de designación de su Directorio -el que requiere venia de la Cámara de Senadores-, así como en los mecanismos de control establecidos –tanto por el Poder Ejecutivo como por la propia Cámara-.

Este Directorio está integrado por tres representantes del Estado y dos representantes de los accionistas privados, dado que se prevé que pueda haberlos hasta en un 40%, panorama este que nunca ha ocurrido desde la creación de la Corporación.

INAC

El Decreto N° 601/967 y sus modificativos crearon el Instituto Nacional de Carnes (INAC) como una “Entidad” pública no estatal, con competencia en la exportación de las mismas.

El Instituto adquiere su personería jurídica en 1973, año en el que se fusiona por un lado con la Unidad Técnica Profrigos, (la Unidad Ejecutora del Ministerio de Industria y Energía encargada de la ejecución de préstamos del Banco Interamericano de Desarrollo a los frigoríficos exportadores) y la Comisión Técnica de la Industria Frigorífica (fundada en 1972 como interventora contable de los establecimientos).

Por otra parte, funcionaba además la Comisión Administradora de Abasto (CADA) con competencia en el mercado interno de carnes.

Es el Decreto Ley N° 15.605 en 1984 el que crea el actual Instituto Nacional de Carnes como persona pública no estatal, la que se compone del INAC anterior y de la CADA.

Tanto el anterior INAC como la CADA ceden sus bienes y competencias al nuevo INAC.

El mismo posee exoneraciones tributarias, sus bienes son inembargables y sus actos recurribles.

Está dirigido en la actualidad por una Junta de ocho miembros, de los cuales dos son delegados del Poder Ejecutivo, tres son representantes de los productores y tres son representantes de la industria frigorífica.

INAVI

El Instituto Nacional de Vinos es el organismo rector de la política vitivinícola nacional.

Fue creado como persona pública no estatal por la Ley N° 15.903, ejecuta política del Poder Ejecutivo, realiza tareas de inspección y contralor relativas al cumplimiento de las normas que dicte el Poder Ejecutivo en materia vitivinícola.

El mismo funcionaba con anterioridad a la consagración como persona pública no estatal en el Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca, heredando sus competencias.

Es dirigido por un Directorio de ocho miembros, integrado por tres delegados del Poder Ejecutivo, designados a propuesta de los Ministerios de Ganadería Agricultura y Pesca, Industria Energía y Minería y Economía y Finanzas y cinco representantes de los productores del sector viticultor y bodeguero o vitivinicultor.

Como en tantos otros casos, su ley de creación establece exoneraciones tributarias, la inembargabilidad de sus bienes y los recursos contra sus actos.

INIA

El Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria es el «continuidor» del Centro de Investigaciones Agrícolas «Alberto Boerger» que funcionaba en la órbita del Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca.

Por otra parte, heredó el patrimonio de la Dirección de Investigación, que era una Unidad Ejecutora del mencionado Ministerio.

Está dirigido por una Junta Directiva, designada por el Poder Ejecutivo, compuesta por dos Representantes del mismo propuestos por el Ministerio involucrado, dos Representantes de los productores propuestos uno por la Asociación Rural del Uruguay y la Federación Rural y el otro por las Cooperativas Agrarias Federadas, la Comisión Nacional de Fomento Rural y la Federación Uruguaya de Centros Regionales de Experimentación Agrícola.

La Ley N° 16.065 al asignarle la naturaleza jurídica indicada, establece que los funcionarios que se desempeñaban en las reparticiones estatales involucradas podían ser redistribuidos o incorporarse al organismo mediante la firma de un contrato de trabajo.

Asimismo establece la obligatoriedad de la publicación de sus balances, el sistema de recursos contra sus actos, las exoneraciones tributarias con las que se ve beneficiado y la inembargabilidad de sus bienes.

El Poder Ejecutivo puede además controlar sus actos tanto por razones de juridicidad como de oportunidad o conveniencia.

INASE

El Instituto Nacional de Semillas es sucesor de los cometidos y atribuciones de la Dirección de Semillas, que fuera hasta la Ley N° 16.811 una Unidad Ejecutora del Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca.

Hereda los bienes muebles e inmuebles afectados a la misma en lo que corresponde a los cometidos y atribuciones transferidas.

Es el encargado de asesorar al Poder Ejecutivo en la fijación de la política nacional en materia de semillas.

Está dirigido por una Junta Directiva integrada por un representante del Ministerio del ramo, un representante de los productores de semillas, un representante de los comerciantes de semillas y dos representantes de los agricultores usuarios de las semillas.

Se establecen controles por parte del Poder Ejecutivo, tanto por razones de mérito, como de oportunidad o conveniencia, así como su exoneración tributaria, la inembargabilidad de sus bienes y el sistema de recursos contra sus actos.

Respecto de los funcionarios que estaban asignados a las unidades ministeriales suprimidas, se estableció que podían ser redistribuidos o incorporados al Instituto—para lo cual pasaban primero en régimen de pase en comisión por un plazo de seis meses, prorrogables por seis meses más—.

FFDSAL

El Fondo de Financiamiento y Desarrollo Sustentable de la Actividad Lechera, creado como persona pública no estatal por la Ley N° 18.100 sustituye al Fondo de Financiamiento de la Actividad Lechera controlado por los Ministerios de Ganadería Agricultura y Pesca y Economía y Finanzas, que había sido creado por la Ley 17.582 en 2002.

Está dirigido por una Comisión Administradora Honoraria compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios involucrados, el Presidente del INALE, un representante propuesto por la industria láctea y dos representantes propuestos por los productores de leche.

Se establece que el mismo será controlado en materia financiera por el «Estado» sin particularizar la norma en concreto qué dependencias del mismo.

Los fondos que se administren en este medio serán inembargables.

COPAB

La Corporación para la Protección del Ahorro Bancarios (COPAB) recibe las competencias de la Superintendencia de Protección del Ahorro Bancario del Banco Central del Uruguay (BCU) en materia de liquidación de Instituciones de Intermediación Financiera, la adquiere la potestad de realizarle una auditoría anual.

La Ley N° 18.401, que la establece como persona pública no estatal, es a su vez la Ley Orgánica del BCU. La misma consagra que todas las referencias hechas por normas anteriores a la Superintendencia de Protección del Ahorro Bancario deberán entenderse— a partir de ella— hechas a la COPAB.

Está dirigida por un Directorio, integrado por un Presidente, un Vicepresidente y un Director que serán designados por el Poder Ejecutivo, conforme lo establecido por el artículo 187 de nuestra Carta Magna.

Los funcionarios del BCU que se encontraban asignados a los cometidos que se *desgajan* pasaron a prestar servicios en régimen de comisión hasta por dos años. Finalizado dicho plazo podían optar por incorporarse a la COPAB o retornar al BCU.

INEFOP

El Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional (INEFOP) está dirigido por un Consejo Directivo, integrado por el Director General -en su carácter de Presidente-, dos representantes del PE (uno a propuesta del MEC), dos miembros propuestos por las organizaciones más representativas de trabajadores, dos miembros propuestos por las organizaciones más representativas de los empleadores y un miembro propuesto por las organizaciones más representativas de las empresas.

Es sucesor de la Junta Nacional de Empleo que pertenecía al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Como en otros casos, su ley de creación -Nº 18.406- consagró la inembargabilidad de sus bienes, las exoneraciones tributarias con las que se beneficia y el sistema de recursos contra sus actos.

ANDE

La Agencia Nacional de Desarrollo (ANDE) fue creada por la Ley Nº 18.602 sustituyendo algunas competencias de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y de la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND).

La norma prevé la transferencia de activos y pasivos vinculados a proyectos y programas financieros y no financieros cuyo objetivo esté directamente relacionado con la finalidad y cometidos de ANDE.

Se establece que compete al Poder Ejecutivo -en acuerdo con Ministros del Gabinete Productivo- establecer los lineamientos estratégicos y las prioridades de actuación de la Agencia, la que está dirigida por un Directorio de tres miembros designados por el mismo, que a su vez ve controlada su actuación por razones de juridicidad y también de oportunidad y conveniencia.

La Agencia debe publicar anualmente su balance, posee exoneraciones tributarias y sus bienes son inembargables.

El personal que se desempeñaba en la CND y en OPP en esta materia podía pasar a desempeñarse en la ANDE.

PLAN CEIBAL

El Centro para la Inclusión Tecnológica y Social (creado en el año 2010 por la Ley Nº 18.640, cuya naturaleza jurídica era de persona pública no estatal) absorbió el personal afectado al Programa Nacional para la Promoción de la Salud Bucal Escolar -que funcionaba en la órbita de la Presidencia de la República-, al Programa de Educación y

Prevención para la Salud Ocular -de Administración Nacional de Educación Pública (ANEP)- y al Programa para la Conectividad Educativa de Informática Básica para el Aprendizaje en Línea (Plan CEIBAL).

El actual Centro Ceibal para el Apoyo a la Educación de la Niñez y la Adolescencia (Plan Ceibal) creado por la Ley N° 18.719, sustituye al Centro anterior, manteniendo su personal y sus cometidos.

Está dirigido por un Consejo de Dirección, integrado por un delegado de la Presidencia de la República, un delegado de la ANEP, un delegado del Ministerio de Educación y Cultura y un delegado del Ministerio de Economía y Finanzas.

Tiene exoneraciones tributarias varias y se prevé un sistema de recursos contra sus actos.

INALOG

El Instituto Nacional de Logística (INALOG) sustituye las dependencias de los Ministerios de Economía y Finanzas, Relaciones Exteriores y Transporte y Obras Públicas con competencia en materia de promoción y gestión del sector logístico y/o la inversión en infraestructuras de transporte.

El Instituto debe ajustarse a las políticas establecidas por el Poder Ejecutivo respecto de esta materia, siendo objeto de su control tanto por razones de legalidad como de mérito.

Está dirigido por un Consejo de Dirección, que se compone de un representante de cada uno de los Ministerios involucrados, un representante de la Administración Nacional de Puertos, dos integrantes propuestos por las organizaciones más representativas de los sectores generadores de carga del comercio y la industria, un integrante propuesto por las organizaciones más representativas de la operativa portuaria y aeroportuaria, un integrante propuesto por las organizaciones más representativas del transporte terrestre y dos integrantes propuesto por las organizaciones más representativas de los servicios logísticos a las mercaderías, ya sean éstas de exportación/importación como tránsitos y trasbordos.

La Ley N° 18.697, que crea el Instituto con la naturaleza en estudio, consagra la obligación de publicar sus estados contables, el sistema de recursos contra sus actos y sus exoneraciones tributarias, así como la opción de los funcionarios de los tres Ministerios mencionados que estuvieran asignados a las tareas descriptas de optar por incorporarse al Instituto, mediante la firma de un contrato de trabajo.

CEF

El Centro de Estudios Fiscales (CEF) fue creado en 2008 -por el artículo 173 de la Ley N° 18.362- en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas, siendo consagrado como persona pública no estatal por la Ley N° 18.719 en el año 2010.

Conforme lo establece el artículo 284 de la mencionada norma, la administración será ejercida por un Secretario Ejecutivo mientras que será dirigido por un Consejo Directivo Honorario de cuatro miembros designados por el Ministerio involucrado.

ANII

La Ley N° 18.084 estableció que la Agencia Nacional de Innovación (que había sido creada por el artículo 256 de la Ley N° 17.903) es una persona jurídica de derecho público no estatal.

La Agencia anterior era gestionada por el Ministro de Educación y Cultura -que la presidía-, los Ministros de Economía y Finanzas, de Industria, Energía y Minería, de Ganadería, Agricultura y Pesca y por el Director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto o por quien ellos designaran.

Actualmente se denomina Agencia Nacional de Investigación e Innovación, está dirigida por un Directorio y administrada por una Secretaría Ejecutiva.

La norma estableció la obligación de publicar anualmente un balance auditado externamente y con el dictamen del Tribunal de Cuentas, el sistema de recursos contra sus actos, la exoneración tributaria de todo tipo de tributos nacionales, así como la inembargabilidad de sus bienes y créditos.

5. CASOS DE DESESTATIZACIÓN DE PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES SUPRIMIDAS

ANSE

La Administración de los Servicios de Estiba fue creada como persona pública no estatal por la Ley especial N° 6 de 1983.

Recibió los cometidos que pertenecían a la Comisión Administradora de los Servicios de Estiba (CASE) –creada por la Ley N° 13.322 en 1965- y a las Comisiones de Bolsa de Trabajo de Estiba en los Puertos del Litoral e Interior –creadas por la Ley N° 12.467 en 1957-.

Se presenta esta como un caso de desestatización que luego vuelve a ser estatizada. En efecto, el artículo 33 de la Ley N° 17.243 consagra su *vuelta* al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

INA

El Instituto Nacional de Abastecimiento (INA) heredó el patrimonio de la Dirección Nacional de Comercio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como las competencias asignadas por la Ley N° 10.940 al Consejo Nacional de Subsistencias.

Conforme el artículo 432 de la Ley N° 16.736 –que lo consagró como persona pública no estatal y aprobó su *carta orgánica*- era dirigido por un Director Nacional designado por el Poder Ejecutivo, siendo ejecutor de política pública.

Se preveía el contralor por parte de este por razones de oportunidad y conveniencia, no solo jurídicas. Se consagraron inmunidades tributarias, la inembargabilidad de sus bienes y la obligación de publicar sus balances, todo conforme las características típicas de las personas públicas no estatales.

En relación con los funcionarios que se desempeñaban en las dependencias estatales reseñadas podían ser redistribuidos, retirarse percibiendo con ello un incentivo o pasar a pertenecer al INA, nuevamente aquí «con garantía de sus derechos».

Cajarville (2008:830) relata este caso con particular atención al hecho de que en los aspectos no previstos se establece como derecho aplicable el privado y comercial. En tanto los aspectos referidos a sus *funcionarios* no se especificaban, estaríamos ante caso en el que se discutiría si las relaciones de trabajo podrían regularse o no por el derecho laboral.

En el año 2001, el artículo 378 de la Ley N° 17.296 suprime el INA y deroga las disposiciones que establecieron su funcionamiento, en particular, la norma reseñada.

Se previó que el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, designara al liquidador y reglamentara el proceso de liquidación.

El personal que dependía del INA pudo optar entre percibir la liquidación por egreso o ser contratados para la función pública, con intervención de la Oficina Nacional del Servicio Civil, sin que esto implicara lesión de derechos funcionales.

6. BREVES CONCLUSIONES

Como puede apreciarse el tema de las personas públicas no estatales sigue siendo de actualidad e interés.

La relevancia de estas organizaciones en la actividad económica nacional queda demostrada *prima facie* por la cantidad que existen en la actualidad -sobre todo si se tiene presente que la estructura actual del Estado se compone de la persona pública mayor (integrada por los tres poderes y los tres organismos constitucionales de control), diez servicios descentralizados, trece entes autónomos, diecinueve gobiernos departamentales y el Congreso de Intendentes-.

De las 41 personas públicas no estatales relevadas que existen en la actualidad 23 fueron creadas por *desgajes* de competencia estatal, como se dijo, el 56%.

La evolución ha sido tal que ya asistimos a casos de *desgajes de desgajes*, es decir, competencia estatal que pasó a ser cometido de una persona pública no estatal y que luego pasa a ser ejecutado por otra nueva persona pública no estatal.

A casi 90 años de la creación de la primera de estas instituciones, considero que no es posible ya hablar de modas o auges, sino de una realidad consolidada.

7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BIASCO, E. (2001). Las personas públicas no estatales y paraestatales, en *Revista de Derecho Público*, año 10, N° 19, pp. 83-125. Montevideo: FCU. ISSN: 0797-4302.
- BRESSER-PEREIRA, L. y CUNILL, N. (1998). Entre el Estado y el mercado: lo público no estatal. En Bresser-Pereira, L. y Cunill, N. *Lo Público no Estatal en la Reforma del Estado*. Buenos Aires: CLAD/Paidós.
- CAGNONI, J. (1992). Evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales. *Revista de Derecho Público*, año 1, N° 1, pp. 27-34. Montevideo: FCU.
- CAJARVILLE, J. (2008). Sobre las personas públicas no estatales: a propósito de Ley No. 16.736. En: *Sobre derecho administrativo*. 2a. ed. ampliada. Montevideo: FCU, T. 1, p. 693-727.
- CASSINELLI, H. (1992). Las personas públicas no estatales y la Constitución. *Revista de Derecho Público*, año 1, N° 1, pp. 13-17. Montevideo: FCU.
- CASAUX, G. (1987). El Instituto Nacional de Carnes. El Decreto-Ley 15.605 de 27 de julio de 1984. Antecedentes y proyección de la política nacional de carnes. Texto y Contexto N° 18. Montevideo: FCU.

- DELPIAZZO, C. (2006). Derecho administrativo especial. Volumen I. Montevideo: AMF.
- DELPIAZZO, C. (1998). Reforma del Estado. *Derecho administrativo de la regulación económica*, Brito y Delpiazzo autores, páginas 33-51. Montevideo: Nuevosur S.A.
- DELPIAZZO, C. (1998). Transformaciones en la organización de los entes públicos. *Derecho administrativo de la regulación económica*, Brito y Delpiazzo autores, páginas 53-67. Montevideo: Nuevosur S.A.
- DELPIAZZO, C. (1993). Marco regulatorio del Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria. *Temas institucionales*, n° 3. Montevideo: Unidad de Difusión e Información Tecnológica del INIA. ISBN: 9974-38-007-3.
- FLORES, R. y ROTONDO, F. (2006). *Novedades recientes en el derecho público. Comentarios de las Leyes de Presupuesto y del Consejo de Economía Nacional*. Montevideo: FCU. ISBN: 9974-2-0596-4
- GORDILLO, A. (2013). Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general. 1ª edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. ISBN 978-950-9502-54-3 Recuperado de: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf (consultado el 20/09/15).
- INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (2000). *Introducción al estudio actualizado de los cometidos estatales en homenaje a la memoria de los profesores Miguel S. Marienhoff y Enrique Sayagués Laso*. Montevideo: FCU. ISBN: 9974-2-0373-2.
- LABAURE, C. (2002). Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y su participación en Sociedades Comerciales. *Aspectos administrativos en las leyes de urgencia y de presupuesto (N° 17243 – 17292 – 17296)*. En homenaje a la memoria del Prof. Héctor Barbé Pérez, Cagnoni y Sánchez Carnelli coordinadores, páginas 235-246. Montevideo: Editorial Gafrel. ISBN 9974-39-409-0.
- LORENZO, S. (2000). Nuevos modos de gestión de las actividades económicas. *Introducción al estudio actualizado de los cometidos estatales*. En homenaje a la memoria de los profesores Miguel S. Marienhoff y Enrique Sayagués Laso, páginas 123-137. Montevideo: FCU. ISBN: 9974-2-0373-2.
- PAOLINO, M. (2011). La reforma del Estado y la huída del derecho administrativo. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, Vázquez coordinadora, páginas 185-204. Montevideo: FCU. ISBN: 978-9974-2-0809-4.
- ROTONDO, F. (1998). Esquema sobre personas jurídicas de derecho público no estatal. *Anuario de derecho administrativo*, tomo VI, página 51-66. Montevideo: FCU. ISSN 0797-0463
- ROTONDO, F. (2007). Actualización de esquema sobre personas jurídicas de derecho público no estatal, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo XIV, página 619-633. Montevideo: FCU. ISSN 0797-0463.
- ROTONDO, F. (2000) Visión actual de las personas públicas no estatales. *Revista de Derecho Público*, año 9, N° 18, pp. 87-101. Montevideo: FCU.
- RUOCCO, G. (2011). Personas públicas no estatales: ¿crisis o ductilidad de la categoría? *En Revista de la Facultad de Derecho, Número 30, enero-junio*, pp. 243-254 Montevideo: Facultad de Derecho – Universidad de la República. ISSN 2301-0665 Recuperado de: [file:///D:/Downloads/100-310-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/100-310-1-PB%20(1).pdf) (consultado el 20/09/15).
- SACCHI, C. (1992). Las personas públicas no estatales y el derecho laboral. *Revista de Derecho Público*, año 1, N° 1, pp. 35-42. Montevideo: FCU.
- SANCHEZ, C. (1997). Legislación sobre personas públicas no estatales. (Impugnación de sus actos). *Revista de Derecho Público*, año 6, N° 11-12, pp. 79-87. Montevideo: FCU.
- SAYAGUÉS, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 8ª edición puesta al día a 2002 por Daniel Hugo Martins. Montevideo: FCU.
- SAYAGUÉS, E. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 6ª edición puesta al día a 1998 por Daniel Hugo Martins. Montevideo: FCU.
- SCHIAVI, P. (2016). Régimen jurídico de la Corporación de Protección del Ahorro Bancario (COPAC). *Estudios de derecho administrativo*, N° 13, pp. 339-381. Montevideo: La Ley Uruguay. ISSN: 1668-8006.

- SILVA CENCIO, J. (1978). Las empresas públicas en Uruguay. *Estudios de derecho administrativo, tomo I*, pp. 447-474. Montevideo: Dirección General de Extensión Universitaria, División Publicaciones y Ediciones.
- VALDÉS, R. (1992). Las personas públicas no estatales ante el derecho tributario. *Revista de Derecho Público*, año 1, N° 1, pp. 19-26. Montevideo: FCU.

Sitios web consultados*

- <http://www.impo.com.uy/>
<http://www.laleyonline.com.uy/maf/app/authentication/formLogin>
<http://www.zoonosis.gub.uy/webzoonosis/>
<http://www.cnhd.org/>
http://ceibal.edu.uy/UserFiles/P0001/ODEA/ORIGINAL/pasteur_ceibal2.elp/el_instituto_pasteur_de_montevideo.html
<http://municipioa.montevideo.gub.uy/node/185>
<http://www.inac.gub.uy/innovaportal/file/6458/1/06y7escagrjul.pdf>
http://www.montevideogas.com.uy/uc_12_1.html
<http://www.armada.mil.uy/Pagina/diquemaua.html>
<http://www.fondodesolidaridad.edu.uy/>
<http://www.planagro.com.uy/>
<http://www.latu.org.uy/>
<http://www.inale.org/>
<http://www.uruguayxxi.gub.uy/>
<http://www.chlaep.org.uy/>
<http://www.inacal.org.uy/>
<http://www.cnd.org.uy/>
<http://www.inac.gub.uy/>
<http://www.inavi.com.uy/>
<http://www.inia.uy/>
<http://www.inase.org.uy/>
<http://www.ffdsal.com/>
<http://www.copab.org.uy/>
http://www.inefop.org.uy/index_1.html
<http://www.ande.org.uy/>
<http://www.ceibal.edu.uy/>
<http://www.inalog.org.uy/es/>
<http://cef.org.uy/>
<http://centromartinezvisca.org.uy/comision-honoraria/>
<http://www.anii.org.uy/>

* Todos los sitios web fueron consultados en el mes de agosto de 2016.

Fecha de recepción: 6 setiembre 2016

Fecha de aceptación: 16 setiembre 2016.

REVOCACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE OFICIO Y SU CONCILIACIÓN CON EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Lorena Machi * - Eliana Machi **

RESUMEN. *Un tema respecto al cual persisten diferentes opiniones doctrinarias encontradas es el que tiene que ver con el de la revocación de actos administrativos de oficio por parte de la Administración, ante la hipótesis de ilegitimidad del acto. En este caso existen diversas posiciones afirmadas por los más prestigiosos catedráticos. Nuestra intención es brindar una posición ecléctica al respecto, pretendiendo demostrar que se pueden conjugar las diversas posturas en una sola, y a la vez cumplir con el debido respecto a nuestro sistema jurídico, y el respeto a los derechos de los particulares.*

PALABRAS CLAVES. *Revocación del acto administrativo de oficio. Principio de legalidad objetiva. Derechos Adquiridos. Seguridad jurídica. Expresión de voluntad de la Administración.*

ABSTRACT. *There are still opposing doctrinarian views regarding the subject of the ex officio revocation of administrative acts by the Administration, in light of the illegitimate act scenario. In this case there are different opinions held by the most prestigious professors. Our intention is to provide an eclectic view on the matter, willing to show that it is possible to combine the different positions in one, and at the same time comply with the due respect to our legal system and to the private individual rights.*

KEY WORDS. *Ex officio revocation of administrative acts. Principle of objective legality. Acquired rights. Legal security. Expression of the Administration's will.*

* Asesora Letrada de la Dirección Nacional de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Correo electrónico: lorenayibarai1986@hotmail.com

** Asesora Letrada de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones y Servicios de Comunicación Audiovisual del Ministerio de Industria, Energía y Minería. Correo electrónico: elianayandira@hotmail.com

INTRODUCCIÓN.

Diferencias entre nulidad y revocación del acto administrativo

En forma preliminar podemos comenzar el análisis partiendo de la distinción existente en nuestro sistema jurídico entre dos Institutos, por un lado el de la revocación del acto administrativo por parte de la Administración, y por otro lado el de la Anulación de un acto administrativo por parte de un Tribunal Jurisdiccional como lo es el TCA.

...“*La revocación y la anulación (administrativa) se diferencian ya que “el acto que anula tiene carácter declarativo en cuanto se juzga reconociendo la invalidez que afecta el acto y solo secundariamente constitutivo; mientras que el acto de revocación tiene carácter constitutivo ya que irrumpe en el ámbito de la realidad que es dominio de la administración, afectándola, al impedir la manera en que había sido determinada dicha realidad por la existencia del querer anterior de la administración”*¹.

La definición de anulación está prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el art 309 de la Constitución el cual dice lo siguiente: “*El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder...*”.

Corresponde afirmar por lo tanto, que la nulidad se acciona frente a un órgano jurisdiccional siendo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo el organismo encargado de resolver la existencia de la misma manifestando su voluntad mediante el dictado de una sentencia jurisdiccional.

El Instituto de la revocación, resulta de aplicación en la esfera administrativa y no jurisdiccional, y se encuentra establecido en el art 142 del Decreto N° 500/91, el cual precisa que: “**Los actos administrativos, expresos o tácitos, podrán ser impugnados con el recurso de revocación, ante el mismo órgano que los haya dictado, dentro de los diez días corridos y siguientes al de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el “Diario Oficial” (lo que está en negrita nos pertenece).**

Conforme viene de explicarse, si nos atenemos a lo que establece la norma, podemos ver que cuando expresa “**podrán ser impugnados con el recurso de revocación**”, supone necesariamente la existencia de un accionar por parte de un interesado el cual se sienta de algún modo lesionado por el dictado de un acto administrativo por parte de la Administración.

Es debido a lo que precede, que se ha denominado a este accionar una “interposición de recursos”, el cual posibilita que un actor (sea una persona física o jurídica), exprese su pretensión de modificación o extinción del acto administrativo que le provoca cierto perjuicio.

Así, si nos referimos a una revocación total podemos ver que la misma implica una extinción de un acto de la Administración por medio del dictado de otro acto administrativo proveniente del mismo órgano que lo dictó, o por uno superior, tanto sea por razones de oportunidad (también llamado de mérito o conveniencia), o por razones de legitimidad.

¹ ROTONDO, Felipe. “Extinción del Acto Administrativo” en *Revista Doctrina y Publicaciones Cade y Jurisprudencia* 936, Tomo N° 23 (2013), pp. 5-17.

Al respecto, algunos doctrinarios afirman que la Administración no puede revocar sus propios actos, postulando la **posición doctrinaria de “la estabilidad del acto”** o la existencia de **“cosa juzgada administrativa”**; otros por el contrario sostienen la existencia de **“el poder-deber de revocar los actos contrarios a Derecho”**, y otros afirman **“la estabilidad del acto administrativo”** en determinadas circunstancias justificadas, como puede ser frente a la existencia de derechos adquiridos.

De forma resumida esbozaremos a continuación las diversas posiciones existentes que hemos encontrado.

D) Posición de la Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, del Prof. Sayagués y el Prof. Cajarville

En este caso tenemos al Tribunal de lo Contencioso Administrativo quien sustenta la postura de que **la Administración tiene el Poder-deber de revocar el acto afectado de irregularidad** que produce invalidez, sea **de oficio o a solicitud de parte**, en cualquier momento; **no existiendo derechos adquiridos “contre leggem”** (lo que está en negrita nos pertenece).

Son diversas las sentencias que siguen afirmando dicha posición. A vía de ejemplo se citan las siguientes más actuales:

- Sentencia TCA N° 395 de fecha 19 de julio de 2016

*“No existen derechos adquiridos contra la legalidad. Como ya lo enseñaba SAYAGUES LASO, el acto inválido puede ser revocado de oficio o a petición de parte en cualquier momento. La Administración no solo tiene la facultad de revocar los actos administrativos irregulares, sino que **tiene el deber de hacerlo** (Cf. SAYAGUES LASO, Enrique: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, FCU, Montevideo, 1998, pág. 433)”*. *“Si, como se dijo antes, no existe la “cosa juzgada administrativa”, la Administración puede volver sobre sus pasos y revocar aquellos actos que cree ilegítimos”* (Sentencia 432/2012). **Se ha sostenido en forma pacífica por parte de este órgano jurisdiccional colegiado, que el acto que adolece de ilegalidad carece de aptitud para generar derechos subjetivos o intereses legítimos protegidos por el Derecho”**.... (Lo que está en negrita nos pertenece).

- Sentencia TCA N° 402 de fecha 19 de julio de 2016.

“En el mismo sentido apunta CAJARVILLE, quien recuerda que la jurisprudencia de este Tribunal y un importante sector doctrinario se inclinan a afirmar que desde que la Administración toma conocimiento de la ilegitimidad de un acto causante de su invalidez, tiene el deber de revocarlo para ajustar su actuación a Derecho. **No pueden oponerse a la revocación por razones de legalidad los supuestos derechos creados por el acto ilegítimo, porque no pueden existir derechos adquiridos contra la legalidad.** Y esa es la tesis que actualmente sostiene el propio CAJARVILLE, quien niega que la revocación de actos administrativos ilegítimos sea una facultad discrecional, como ha sostenido un cierto sector de la dogmática administrativa uruguaya (sobre este punto véase CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos” en “Sobre Derecho Administrativo”, T. II, FCU, Montevideo, 2008, en especial, págs. 124 a 128;

también del mismo autor véase: “Recursos Administrativos”, FCU, Montevideo, 2008, pág. 127, nota No. 34; en la jurisprudencia del Tribunal véanse las Sentencias **432/2012**, **872/2010**, **809/2010**, **254/1998** y **214/1998** entre muchas otras”).

-“...*El acto administrativo afectado de irregularidades que producen invalidez, puede ser revocado de oficio o a petición de parte en cualquier momento. Es la solución de principio, que consideramos aplicable a nuestro derecho. Más aún, cabe admitir que la administración está obligada a revocar el acto para ajustarse a derecho*”...²

Como puede verse, la posición del TCA, al igual que la postulada por Sayagués y Cajarville radica en el principio de la “**No Inmutabilidad del acto administrativo**”. O dicho por otros autores, principio de “**No estabilidad del acto administrativo**”.

II) Posición sostenida por el Prof. Augusto Durand Martínez.

En contra de la posición previamente citada tenemos la que postula la existencia de una especie de “**Cosa Juzgada Administrativa**”, o “**inmutabilidad del acto**”. En este caso podemos encontrar al Prof. Dr. Augusto Durand Martínez.

Al respecto, sostiene que el acto administrativo es estable, impidiéndose como consecuencia de esto su revocación de oficio, expresando además que frente al supuesto caso de que pueda existir una modificación del mismo, esta resultaría ilegítima, ya que estaría vulnerando un principio general del Derecho, como lo es el de la Seguridad Jurídica.³

No quedan dudas que esta postura defiende que los actos administrativos presentan cierta inmutabilidad jurídica como productores de efectos jurídicos y creadores de situaciones jurídicas.

III) Posición del Prof. Carlos Delpiazzo

El Prof. expresa que la “**estabilidad del acto administrativo consiste en la inmutabilidad de la situación creada por el mismo, y dice relación con las reglas de fondo que rigen esa situación y, en particular, la existencia de derechos adquiridos**”. (Lo que está en negrita nos pertenece).⁴

En este sentido hace alusión a que es necesario tener en cuenta qué es lo que ocurre con el acto que se pretende modificar o revocar, debiendo analizarse cuáles son los efectos que el mismo ha creado, ha extinguido, o ha modificado. Por eso habla de la “**inmutabilidad de la situación creada por el mismo**”.

Como puede verse, en este caso no se postula la teoría de la inmutabilidad del acto, sino de la situación que el mismo generó. Su fundamento radica en proteger los derechos adquiridos de los particulares, los cuales fueron generados como consecuencia del dictado de dicho acto administrativo (lo que está en negrita nos pertenece).

² SAYAGUES LASO, Enrique. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, 9 edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (FCU), (2010), Tomo I, p. 524.

³ SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo. “La No Inmutabilidad de los Actos Administrativos contrarios a Derecho y La Cosa Juzgada Administrativa” en *Revista Doctrina y Publicaciones Cade y Jurisprudencia* 223, Tomo 02 (2009), p.5.

⁴ DELPIAZZO, Carlos E. “Nulidad Absoluta, Nulidad Relativa e Inexistencia en el Derecho Administrativo” en *Revista Doctrina y Publicaciones Cade Doctrina y Jurisprudencia* 1288, Tomo 35 (2016), pp 11-20.

Ese acto, al momento de nacer, creó derechos, dio nacimiento a determinada situación jurídica, la cual ingresó al patrimonio de un sujeto, formando parte de su estatuto personal. De modo que la forma de proteger las situaciones jurídicas nacidas como consecuencia de la existencia de ese acto administrativo, es considerando la existencia de principios superiores en nuestro ordenamiento jurídico, siendo uno de ellos, el principio de seguridad jurídica.

En efecto, es por lo dicho que considera que no nos encontramos frente al principio de la estabilidad del acto administrativo, sino al de la estabilidad de las situaciones creadas.

Si analizamos la presente postura podemos ver que es contraria con lo sostenido por el TCA, por cuanto parecería que podrían existir **derechos adquiridos y situaciones jurídicas creadas “contrarias a leggem”** (lo que está en negrita nos pertenece).

Es más, el Prof. considera que el desconocimiento de los derechos adquiridos, y del principio de seguridad jurídica compromete el principio de legitimidad. Y concluye de la siguiente manera: *“desde la perspectiva tutelar de los derechos fundamentales y teniendo en cuenta que los principios generales también son reglas de Derecho, es preciso concluir que la aplicación de la seguridad jurídica, la confianza legítima, y la buena fe abogan a favor de la estabilidad del acto administrativo aun cuando las situaciones creadas por los mismos sean contrarias a normas jurídicas. En virtud de este carácter, la mera disconformidad del acto a la norma no habilita su revisión sin más”*.⁵

IV) Nuestra posición Ecléctica

Pues bien, luego de haber analizado las posiciones tanto doctrinarias como la jurisprudencia del TCA sobre el tema objeto de este trabajo, nos proponemos ahora esbozar nuestra posición, respecto a la cual le llamaremos **“Ecléctica”**.

Creemos sinceramente, y compartimos en este sentido lo postulado y reafirmado por el TCA en diversas de sus sentencias. **La Administración tiene no el poder, sino el Deber de ajustarse a Derecho**. Ya sea a petición de parte, o de oficio (lo que está en negrita nos pertenece).

La Administración es garante del bien público y general, y si un acto administrativo estuviese vulnerando un principio general, una regla de Derecho que tenga que ver con el fondo del asunto, o con el procedimiento, es obligación de la misma revocar de forma Inmediata ese acto ilegítimo.

Aclaremos esto porque consideramos que dicho **DEBER**, existe más allá de la interposición de recursos administrativos por parte de algún interesado.

La inexistencia de un perjudicado que alegue dicha ilegitimidad de un acto por medio de una interposición de recursos no enerva a la Administración del deber de ajustar sus normas conforme a Derecho, y además el transcurso del tiempo tampoco habilita a considerar que los actos dictados por la Administración se volvieron legítimos.

⁵ DELPIAZZO, Carlos E, *op. Cit.* P 11.

Si un acto es contrario a derecho, lo es desde su nacimiento, desde su dictado, y la Administración está obligada a revisar los mismos en todo momento, pudiendo revocarlo en cualquier circunstancia.

V) Poder - deber de la Administración de revocar sus propios actos

Si miramos con absoluto detenimiento lo que establece el Decreto N° 500/91 vemos que a prima facie parecería que no existiera disposición alguna a texto expreso que establezca que la Administración deba revocar por sí misma sus actos contrarios a Derecho.

Sin perjuicio de esto, se puede ver que en el mismo decreto se establece como principios generales del Procedimiento Administrativo el **Principio de Legalidad Objetiva y el de Verdad Material** (art 2 decreto 500/91).

En concreto, significa que la Administración debe de ajustar su conducta y actuación a las reglas legales, a las normas del procedimiento y a intentar descubrir la verdad de fondo o material, debiendo tener un accionar legítimo con actos administrativos reglados, y ajustados a Derecho.

“... Esa es la razón de ser de la Administración, el fin que justifica su propia existencia. Este principio rige toda la actividad de la Administración, y por supuesto también la instrumental que consiste en el procedimiento administrativo. El principio de legalidad objetiva lleva implícito en sí mismo el principio de finalidad”⁶

De la interpretación que puede efectuarse de esos principios, se puede concluir sin duda alguna que en realidad efectivamente existe un poder-deber de la Administración de revocar sus propios actos.

Asimismo, si nos detenemos a leer lo que prevé el art 2 encontraremos que existe una referencia expresa a la imposición de ese Deber. En el acápite de dicha norma se establece: **“La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho”** (lo que está en negrita nos pertenece).

La expresión utilizada **“debe”** implica una obligación, se prevé que la Administración debe servir con objetividad pero también con sometimiento pleno al Derecho. De la misma se infiere el carácter imperativo de la norma. No existe discrecionalidad acá, no existe potestad en este caso, sino única y exclusivamente una obligación.

VI) ¿Cuál es la manera en que la Administración expresa su voluntad?

La respuesta es simple y se encuentra contenida en el art 120 del Decreto 500/91: **“Acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos”**. ¿Qué significa esto?

Significa que la Administración cuando pretende crear, extinguir o modificar alguna situación jurídica concreta de un particular, lo hace a través del dictado de un acto administrativo, y en este caso, al consistir este en una expresión de voluntad de la Administración, implica que la misma necesariamente deba dictar dicho acto con pleno sometimiento al Derecho. Y es aquí donde radica el quid de la cuestión.

⁶ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *“Sobre Derecho Administrativo”*, 2da Edición Ampliada, Montevideo Fundación de Cultura Universitaria (FCU), 2008, Tomo II, p.188.

En este sentido, decimos que la obligación o deber de revocar sus propios actos se encuentra expresamente establecida en nuestro ordenamiento jurídico. **Y es más, si la Administración dictara y aplicara actos ilegítimos, con absoluto conocimiento que los mismos controvierten una regla de Derecho, estaría incumpliendo no solo con la norma de Derecho que vulnera, sino además también con la obligación predispuesta por la norma que regula los procedimientos administrativos, como lo es el art 2 del Decreto N° 500/91, la cual es obligatoria para los Órganos de la Administración Central, y para los Organismos Descentralizados y Entes Autónomos que la hayan incorporado en sus reglamentaciones internas (lo que está en negrita nos pertenece).**

VII) ¿Qué pasa cuando la Administración revoca de oficio sus actos?

¿Es un reconocimiento de un actuar indebido, o implica el cumplimiento de la obligación de sometimiento pleno al Derecho.

Si nos pudiéramos a estudiar y analizar cuantos actos administrativos han sido revocados por parte de la Administración de oficio, creo que nos quedaremos con algunos pequeños ejemplos, con mucha suerte, y con mucho pesar.

Generalmente la Administración revoca sus actos luego de la existencia de una interposición de recursos cuando como consecuencia del mismo se logra demostrar que el acto es en forma muy grosera ilegítimo.

Allí en algunos casos la Administración para evitarse un futuro procedimiento jurisdiccional ante el TCA decide revocar su propio acto. Pero creo que más allá de esta hipótesis, escasean las situaciones de revocación de oficio sin interposición de recursos administrativos.

El hecho de que los Organismos estatales no revoquen sus actos no implica que no exista ese poder-deber de revocar los mismos, ni que tampoco nos encontremos frente a una facultad, o potestad como afirman otros autores. No forma parte de la discrecionalidad de los mismos el revocar o no (lo que está en negrita nos pertenece).

Podemos decir con absoluta honestidad que compartimos in totum con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sayagues y Cajarville la existencia DEBER de la Administración en revocar sus actos ilegítimos, “deber con mayúscula”.

Pero también recalcamos y observamos que, al no existir un organismo encargado de sancionar dicho incumplimiento, en los hechos parecería que esta obligación carece de un imperativo propio que conlleva todo deber u obligación, y es la posibilidad de imposición de una posible sanción frente a un incumplimiento.

En este sentido, como bien sabemos, la legitimación activa para accionar ante el TCA se encuentra establecida en el propio art 309 de la constitución, por cuanto dice que: *“La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo”.*

Si un interesado no presentase acción de nulidad de un acto administrativo dictado por la Administración, no existiría otra posibilidad de “**sanción**” a la Administración, como podría serlo el dictado de una sentencia de declaración de nulidad.

Por otra parte, sería hasta injusto pensar que los particulares se tengan que someter a procedimientos jurisdiccionales demasiado costosos, que pierdan parte de su tiempo y se les ocasionen gastos innecesarios, cuando la Administración tiene en muchos casos plena conciencia y conocimiento de que estamos frente a un acto administrativo ilegítimo.

Entonces, **afirmamos y reiteramos, que si la Administración revocase sus propios actos contrarios a Derecho, no estaría haciendo más que cumplir con la obligación impuesta en nuestro sistema jurídico, como lo es el Decreto N° 500/91, que obliga a ajustar sus actos al pleno sometimiento al Derecho, no implicando esta situación a nuestro entender, un reconocimiento de un actuar indebido por parte de la Administración, sino pura y simplemente el debido cumplimiento de una obligación previamente impuesta** (Lo que está en negrita nos pertenece).

Por otro lado, en lo que respecta a la situación de los derechos adquiridos, compartimos lo expresado por el Prof. Dr. Carlos Delpiazzo, en el sentido de que dicho principio constituye uno de las máximas en nuestro sistema, y que como tal, debe de ser respetado.

Si siguiéramos plenamente la posición del Prof. Delpiazzo diríamos que si nos encontramos frente a un acto que había creado en su pasado determinados derechos que se supone fueron adquiridos por algunos particulares, la Administración debería de ser muy cuidadosa al momento de revisar los mismos, ya que si los revocase, correría el riesgo de violentar el principio de seguridad jurídica, y de atacar la esfera patrimonial de los mismos.

Es por eso, que desde nuestro punto de vista, podemos sostener una opinión que varía de la postulada por el Prof. Carlos Delpiazzo.

Creemos que si bien existe la obligación o el deber de revisar y revocar por parte de la Administración sus propios actos cuando los mismos son contrarios a una regla de Derecho, o cuando se violentó principios generales del procedimiento, también consideramos que existe la obligación de respetar los derechos creados en el pasado y las situaciones jurídicas generadas como consecuencia del dictado de ese acto (lo que está en negrita nos pertenece).

Y esto es así porque existe por parte de los particulares un actuar justo, leal, honesto y de buena fe. Los mismos no tienen por qué verse perjudicados frente a una injusticia jurídica, o frente a una decisión discrecional por parte de la Administración.

Si existiese la posibilidad de que la Administración revocase sus actos administrativos desconociendo los derechos adquiridos existentes, ningún particular asumiría ningún riesgo frente a cualquier futura actividad que implique relacionarse o pedir autorización al Estado; no se solicitarían autorizaciones, permisos, habilitaciones, no incurrirían en gastos innecesarios, no realizarían trámites burocráticos engorrosos si supieran que sus derechos adquiridos pudieran no ser respetados como consecuencia de la revocación de los actos.

Consideramos que la manera más adecuada para que el sistema funcione es reconociendo lo siguiente:

Si bien existe una regla general o principio que tiene relación con el deber de la Administración en revocar sus actos contrarios a Derecho; también existe un deber de proteger las situaciones jurídicas y derechos adquiridos generados (lo que está en negrita nos pertenece).

La forma de conciliar los dos institutos o principios es mediante el reconocimiento de la **“estabilidad de los efectos del acto frente a la existencia de Derechos Adquiridos”**. La manera de adecuar los mismos sería reconociendo que frente a los particulares cuyo acto revocado ha generado derechos o situaciones jurídicas determinadas sigue produciendo en su totalidad efectos respecto a los mismos.

CONCLUSIÓN

Es por dicho motivo que la consideración más adecuada a nuestro entender es la de sostener la postura de la **“estabilidad de los efectos del acto administrativo”**, no así la estabilidad del acto en sí mismo, pero no frente a todos, sino **“frente a los titulares de derechos adquiridos”**.

La Administración debería de dictar un nuevo acto administrativo, revocando el que se encuentra contrario a Derecho, pero dejando expresamente previsto en el nuevo acto, que las situaciones jurídicas que fueron creadas por el anterior permanecen intocables, inmutables, que sigue desplegando efectos respecto a ellos mismos.

Creemos que sería una forma correcta de poder hacer posible el cumplimiento de los dos principios en disyuntiva, el de legitimidad por un lado, y el de seguridad jurídica por el otro.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- ROTONDO, Felipe. “Extinción del Acto Administrativo” en *Revista Doctrina y Publicaciones Cade y Jurisprudencia* 936, Tomo N° 23. 2013, pp. 5-17.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Sobre Derecho Administrativo”, 2da Edición Ampliada, Montevideo Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2008, Tomo II, p.188.
- SAYAGUES LASO, Enrique. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, 9 edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (FCU). Montevideo, 2010. Tomo I, p. 524.
- SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo. “La No Inmutabilidad de los Actos Administrativos contrarios a Derecho y La Cosa Juzgada Administrativa” en *Revista Doctrina y Publicaciones Cade y Jurisprudencia* 223, Tomo 2. 2009.
- DELPIAZZO, Carlos E. “Nulidad Absoluta, Nulidad Relativa e Inexistencia en el Derecho Administrativo” en *Revista Doctrina y Publicaciones Cade Doctrina y Jurisprudencia* 1288, Tomo 35. Montevideo, 2016, pp. 11-20.

Fecha de recepción: 28 octubre 2016.

Fecha de aceptación: 1 noviembre 2016.

BICENTENARIO DE LA DECLARACIÓN DE LA INDEPENDENCIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

*Armando Mario Márquez**

RESUMEN. *Los argentinos celebramos el pasado 9 de julio de 2016 los doscientos años de la Declaración de nuestra Independencia Nacional, tal lo acontecido en el curso del Congreso llevado a cabo en 1816 en la ciudad de San Miguel de Tucumán.*

Sin embargo ceñir la rememoración a esa sola jornada implicaría caer en un simplismo que opacaría la real dimensión del proceso que desembocó en ello y soslayaría las claves para su mejor comprensión.

PALABRAS CLAVE. *Independencia Argentina. Asamblea General Constituyente. Congreso de Tucumán. Bicentenario.*

ABSTRACT. *On July 9th 2016, Argentinians have celebrated their 200th anniversary of the National Declaration of Independence, in accordance to the events of the 1816 Congress in San Miguel de Tucumán.*

However, constraining the remembrance to that day only implies a plainness that would obscure the real dimensions of the process that resulted in it, and evade the keys for its better understanding.

KEY WORDS. *Argentinian Independence. Constituent General Assembly. Congress of Tucumán. Bicentennial.*

I. EL “BLOQUE” DEL BICENTENARIO

La Historia Argentina registra dos hechos fundacionales: La instauración de la Primera Junta de Gobierno Patrio, tal lo acontecido el 25 de Mayo de 1810 en la ciudad

* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Doctorando en Derecho Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Mendoza. Presidente de la Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca. Profesor de Posgrado en la Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Argentina, sede Mendoza. Profesor de Posgrado en la Maestría en Magistratura de la Universidad de Buenos Aires. Autor de numerosos artículos y publicaciones. Correo electrónico: armandomariomarquez@gmail.com

mayor del entonces Virreynato del Río de la Plata, Santa María de los Buenos Aires, y el épico episodio acá en trato.

Los argentinos celebramos oportunamente ambos Bicentenarios, pero, más allá de lo que indica el calendario, ambos episodios se hallan estrechamente unidos, lo que hace que podamos referirnos al lapso de tiempo que unió a uno y otro como un único bloque bicentenario, resultando algo indudable que lo decidido en 1816 en la capital nortea fue la consecuencia del proceso iniciado en 1810 en la ciudad del puerto. Veamos.

Los sucesos de Mayo de 1810 son la resultante un conglomerado de antecedentes sociales, políticos, económicos e ideológicos que confluyeron e interactuaron entre sí, contando con un disparador de ello que fueron las Invasiones Inglesas de 1806 y 1807, con las valientes Defensa y Reconquista por parte de nuestros hombres de entonces, que humilló al invasor británico, a resultas de lo cual se entronizó un gobierno local conservador del poder para el cautivo rey Fernando VII de España.

Sin embargo no pasó mucho tiempo para que los integrantes del bando criollo, el mismo que generara los sucesos descriptos, empezaran a hablar y a bregar por la Independencia de la corona española, tal lo que surge del fracasado intento de 1813 en la Asamblea General que fuera convocada por el decreto del 24 de octubre de 1812 del Segundo Triunvirato, bajo las recomendaciones de Libertad y Organización.

Por otra parte, es del caso señalar que con los aludidos sucesos de Mayo de 1810 se inicia la Época Patria de la Historia Nacional Argentina¹ y es en ella y, particularmente, es en esa porción de tiempo que media hasta la Declaración de la Independencia Nacional cuando aparecen los más ricos instrumentos para la conformación institucional de la Nación Argentina.

Es también en ese lapso histórico que se generan hechos –políticos y militares- de relevante importancia e impacto en el resultado que nos ocupa.

Solo a partir de la consideración de un bloque temporal único, como lo predecimos, es que entenderemos la cabal dimensión, tanto de los instrumentos, cuanto de los hechos mencionados, y la lógica interrelación entre ambos.

¹ De manera convencional se divide el estudio de la Historia Argentina, ya sea general o parcial, en distintos momentos, no solo con el fin de facilitar su estudio y comprensión, sino también, por entender que esas porciones agrupan a hechos y momentos con asociación entre sí, más allá de la propia dinámica del pasado como una realidad concatenada en hechos sucesivos. En base a esa premisa es que advertimos un primer momento que llamamos “Epoca Originaria”, el que se extiende desde el origen del hombre en estas tierras hasta aquél momento en que se produce su encuentro con la cultura europea, dando origen, a partir de ello, a la denominada “Epoca Colonial” – también llamada “Hispanica”, la que se extiende hasta los ya citados episodios del mes de Mayo de 1810, ésta con vencimiento en el año 1853, tras producirse el dictado de la Constitución Nacional, oportunidad en que se considera iniciada la nueva etapa, motivo de esa institucionalización, denominada, precisamente, “Epoca Constitucional”, la que para algunos dura hasta nuestros días y es por la que aún transitamos, aunque otros –entre los que me cuento- disentimos de ello y entendemos que ya estamos viviendo un nuevo período histórico, el que damos en llamar la “Epoca de la Globalización”, con inicio en la década de los ‘90, institucionalmente ubicada en coincidencia con la reforma que le fuera practicada a nuestra Constitución Nacional en el curso del año 1994, aunque tal cuestión, ocioso es remarcarlo, excede el marco propuesto en este trabajo mas no quise soslayar su mención.

II. LA SUBLEVACIÓN DE FONTEZUELAS

La Asamblea General Constituyente que había comenzado a sesionar en la ciudad capital del territorio había puesto fin a la forma colegiada de gobierno e instaurado el cargo de Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata, siendo Gervasio Antonio de Posadas su primer exponente, para ser reemplazado en enero de 1815- por su sobrino Carlos María de Alvear.

Coincidió ello con otro hecho político de nota, cual que José Gervasio de Artigas, al comando del Protectorado de los Pueblos Libres, que conformaban, además de la Banda Oriental, Corrientes, Entre Ríos y Córdoba, extendía su influencia en Santa Fe y desafiaba abiertamente al gobierno central porteño.

La respuesta no se hizo esperar, por lo que, para rescatar Santa Fe, el Director Supremo Alvear compone un ejército integrado por 1.600 hombres, para enfrentarlo, a cuyo frente se designa al Coronel Ignacio Alvarez Thomas, quienes parten desde la ciudad capital a fines de marzo de ese año.

Debemos, ahora, hacer un paréntesis y hacer mención a un episodio que fue determinante en la concreción de los hechos sucesivos.

En efecto, no podemos soslayar la actitud asumida por el nuevo Director Supremo de ofrecer estas tierras a Gran Bretaña, ya que poco después de su asunción envió con poderes plenipotenciarios a Manuel García del Río al vecino territorio del Brasil, en cuya ciudad principal: Río de Janeiro estaban asentados los Reyes y la Corte de Portugal en tanto durara la guerra que enfrentaba a este país y su aliado histórico: Gran Bretaña con la Francia de Napoleón, con el objeto de gestionar lo ya descripto ante Percy Clinton Sidney Smithe, sexto Vizconde de Strangford –Lord Strangford-, representante de la corona británica ante aquellos monarcas.

García del Río portaba una carta suscripta por Alvear –en ejercicio de su cargo- dirigida al delegado británico, con cargo de hacérsela llegar a la Corona Inglesa, que, entre otros términos le decía que *“solo la generosa Nación Británica puede poner un remedio eficaz a tantos males acogiendo en sus brazos a estas Provincias que obedecerán a su Gobierno y recibirán sus leyes con el mayor placer”*, texto que su sola lectura me exime de mayores comentarios.

Por suerte, información precisa al respecto llegó pronta a los oídos de don Manuel Belgrano, de paso en esa ciudad acompañado por Bernardino Rivadavia, ambos en tránsito diplomático en misión hacia el continente europeo, que interceptaron la nota y su portador, haciendo a éste desistir de su entrega, lo que así aconteció.

Tal información no era ignorada por los hombres de armas comandados por Alvarez Thomas, por lo que al llegar las tropas a la posta de Fontezuelas, en inmediaciones de la actual localidad de Pergamino -Norte de la provincia de Buenos Aires- el Jefe y los Oficiales de la partida militar se plantaron y se le sublevaron a Alvear, desoyendo sus órdenes, ya que entendían que las luchas por la Independencia estaban por sobre las apetencias personales encarnadas por aquél y su grupo de seguidores.

Así, el 3 de abril de 1815 se pronunciaban en estos contundentes términos: *“Cuando un pueblo valiente, generoso y lleno de virtudes se ve ajado, oprimido y degradado por la pequeña facción de hombres inmorales y corrompidos que en la actualidad componen y*

son los agentes del gobierno que representa el general Alvear, es un deber sagrado de sus hijos librar a sus hermanos y compatriotas de los horrores que sufren”.

Nuestra Historia Patria conoce este episodio como el Motín o Sublevación de Fontezuelas.

III. CAÍDA DE ALVEAR

La repercusión y consecuencias no se hicieron esperar, marcando el fin del gobierno de Carlos María de Alvear, ya que el mismo, acorralado no solo por las tropas que lo repudiaban, sino también por el descontento general que producía su figura y sus políticas, en especial el conocido enfrentamiento que mantenía con don José de San Martín, no tuvo más camino que presentar su renuncia el 17 de abril de 1815, prontamente aceptada por la Asamblea, abandonando el territorio con destino al Brasil.

A raíz de ello se convocó a elecciones para ocupar su lugar, en las que resultó nominado el General José Rondeau, mas como éste estaba al frente del Ejército del Norte, en la vanguardia militar de la lucha contra los realistas, el 20 de abril de 1815 fue nombrado, en su reemplazo, como Director Supremo sustituto, el coronel Ignacio Alvarez Thomas.

En esa misma ocasión resulta electa la Junta de Observación, episodio que marca, también el final de la Asamblea General Constituyente.

Tras la opinión popular aquél órgano legislativo queda conformado por Esteban Agustín Gascón, Pedro Medrano, Antonio Sáenz, José Mariano Serrano y Tomás Manuel de Anchorena, y Domingo Zapiola y Manuel Obligado los miembros suplentes.

IV. ESTATUTO PROVISIONAL PARA LA DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Toda vez que, en oportunidad de su entronización, el Cabildo de Buenos Aires había hecho público un bando por el que demandaban dar al nuevo gobierno *“un Estatuto Provisional, capaz de contener los grandes abusos que hemos experimentado”*, los componentes del flamante cuerpo se pusieron a trabajar inmediatamente en eso y concluyeron su tarea el día 5 de mayo de 1815, oportunidad en la que presentaron el documento encomendado al Director Supremo, el que, en esa misma jornada, procedió a su sanción, con el nombre de *“Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado”*.

Iniciaba el instrumento una introducción -a la que mal podríamos dar el carácter de preámbulo, al menos en el sentido que contemporánea y corrientemente atribuimos- la que se encargaba de explicar los motivos y los objetivos de su sanción, y era continuado por siete secciones, cada una de ellas con las siguientes denominaciones: I. Del hombre en la Sociedad, II. Del Poder Legislativo, III. Del Poder Ejecutivo (sic), IV. Del Poder Judicial, V. De las Elecciones Particulares y la Forma de ellas, VI. Del Ejército (sic) y la Armada, y VII. Seguridad Individual y Libertad de Imprenta, acápiteme éste en el que se restablecía la vigencia que los decretos del mismo nombre de cada uno de tales institutos dictados pocos años antes.

Lo seguía, ahora, el “Estatuto Provisional de la Junta de Observación”, integrado por catorce artículos y concluía con un “corpus” compuesto de catorce “Providencias Generales”.

El documento en cuestión era cerrado por una “Advertencia” referida a un punto especial y particular, relacionada a la actitud de uno de los autores del mismo.

Hay coincidencia entre los diversos autores -al menos así nos lo hacen saber en sus obras los maestros Aristóbulo del Valle, Juan A. González Calderón y José Rafael López Rosas- en calificar a su texto como una “mala copia” del proyecto presentado por la comisión “ad hoc” encabezada por Bernardo de Monteagudo ante la Asamblea General Constituyente en 1813, ya que en su letra confluyen preceptos que representan los ideales unitarios y federales, con ligero predominio de estos últimos, lo que conllevaba, también “*una simbiosis entre lo viejo y lo nuevo*”, al decir de todos ellos.

Tan híbrida condición, a la que debía agregarse el carácter autoritario y corporativo del que estaba impregnado, fue determinante para que tuviera una muy corta vida institucional, situación generada, en definitiva, por su muy poca aceptación por parte de la ciudadanía, y, en especial, por el unánime rechazo de la del interior del territorio patrio.

Queremos, ahora sí, para dar trato a lo adelantado en el título de este ensayo, destacar el contenido del artículo XXX de la sección 3ª Capítulo I del documento en cuestión, en el que se establecía “*que el Director del Estado, luego que se poseione del mando, invitará con particular esmero y eficacia a todas las ciudades y villas de las provincias interiores para el pronto nombramiento de diputados que hayan de formar la Constitución, los cuales deberán reunirse en la ciudad de Tucumán*”.

V. ¿CONSTITUCION O INDEPENDENCIA Y CONSTITUCION?

De la lectura del texto con que nos despedimos en el párrafo anterior advertimos que la convocatoria ínsita en el instrumento en trato lo era para el dictado de una Constitución soslayando lo más importante: la Declaración de la Independencia.

Tal observación tampoco fue ignorada por nuestros hombres de entonces, en especial por don José de San Martín, para ese tiempo Gobernador Intendente de Cuyo, que al igual que otros hombres en otros lugares del territorio, también se cuestionaba el porqué de la sola convocatoria a “*formar la Constitución*”, y no a declarar la Independencia –por caso Tucumán, Salta y Jujuy-.

La gestión e incidencia de aquél hizo que todas las representaciones del territorio se alinearan tras la idea independentista e instruyeran de tal manera a sus congresales.

VI. PROVINCIAS Y REPRESENTANTES

Previo a cumplir con lo anunciado en el subtítulo me apresuro a decir que no todas las provincias aceptaron el convite indicado en el párrafo inicial, ya que Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes y la Banda Oriental, estaban enfrentadas con Buenos Aires, como ya lo adelantara, mientras que el Paraguay mantenía la política de aislamiento sostenida a partir de los sucesos de mayo de 1810.

Córdoba, originariamente aliada de aquella entente, decidió, por fin, aceptar el convite que nos ocupa y participar del cónclave.

Completamos la información agregando que se eligieron representantes a razón de uno cada 15.000 habitantes, por ciudad o villa siendo elegidos indirectamente por medio de electores, en número de uno cada 5.000 habitantes, tal como lo determinaba el Estatuto.

Yendo, ahora sí, al detalle comprometido, éstos fueron los diputados que se congregaron en la capital norteña, con una breve presentación de cada uno:

- **Buenos Aires:**

1. Tomás Manuel **de Anchorena**, (1783-1847), abogado, Regidor del Cabildo en 1810 y Ministro de Gobierno y de Relaciones Exteriores durante el gobierno de Juan Manuel de Rosas.
2. José **de Darregueira y Lugo**, (1771-1817), abogado. Fue Oidor de la Real Audiencia de Chuquisaca.
3. Esteban Agustín **Gazcón**, (1764-1824), abogado, presidente de la Real Audiencia de Charcas en 1813 y gobernador intendente de Salta en ese mismo año.
4. Pedro **Medrano**, (1769-1840), abogado, fue elegido primer Presidente del Congreso, por lo que tuvo el honor de decir el discurso inaugural.
5. Juan José **Paso**, (1758-1833), abogado, uno de los hombres más destacados y de mayor participación en los primeros momentos de nuestra Historia Patria: integrante de la Primera Junta, de la Junta Grande y de los dos Triunviratos. Congresal en 1824.
6. Cayetano José **Rodríguez**, (1761-1823), sacerdote, Congresal en 1813, autor de “El Redactor”, órgano oficial del Congreso, y redactor de los documentos del cónclave y del Acta de la Independencia.
7. Antonio María Norberto **Sáenz**, (1780-1825), sacerdote, impulsor de la creación y Primer rector de la Universidad de Buenos Aires.

- **Catamarca:**

1. Manuel Antonio **Acevedo y Torino**, (1770-1825), sacerdote.
2. José Eusebio **Colombes**, (1778-1859), sacerdote.

- **Charcas:**

1. José Severo Feliciano **Malabia**, (1787-1849), abogado
2. Mariano **Sánchez de Loria**, (1774-1842), sacerdote y abogado.
3. José Mariano **Serrano**, (1788-1851), abogado. Congresal en 1813. El 6 de agosto de 1825 presidió el Congreso que en la ciudad de Chuquisaca declaró la Independencia de la denominada “República Bolívar”, cambiando poco después su denominación por la actual de República de Bolivia e integró el Cuerpo Constituyente que en 1826 dictó su Constitución. Fue Vicepresidente y miembro de la Corte Suprema de Justicia de ese país.

- **Chichas:**

1. José Andrés **Pacheco de Melo**, (1779-?), sacerdote.

- **Córdoba:**

1. José Antonio **Cabrera y Cabrera**, (1768-1820), abogado.
2. Miguel Calixto **del Corro**, (1775-1851), sacerdote, Rector de la Universidad de Córdoba en dos oportunidades: 1816 y 1829, concurrió al Congreso en reemplazo del Deán Gregorio Funes.

3. Eduardo **Pérez Bulnes**, (1785-1851), abogado, Regidor del Cabildo de Córdoba. Congresal en 1824.
 4. Jerónimo **Salguero de Cabrera**, (1774-1847), abogado. Tesorero de la Casa de la Moneda y Fiscal del Tribunal de Apelaciones de Córdoba.
- **Jujuy:**
 1. Teodoro **Sánchez de Bustamante**, (1178-1851), abogado y militar, Secretario General del Ejército del Norte, gobernador de la provincia de Jujuy durante 1826-1827.
 - **La Rioja:**
 1. Pedro Ignacio **de Castro Barros**, (1777-1849), sacerdote. Congresal en 1813.
 - **Mendoza:**
 1. Tomás **Godoy Cruz**, (1791-1852), abogado y Bachiller en Filosofía, gobernador de Mendoza durante 1820-22 y 1830.
 2. Juan Agustín **de la Maza**, (1784-1830), abogado.
 - **Mizque:**
 1. Pedro Ignacio **de Rivera**, (1753-1833), abogado. Congresal en 1813.
 - **Salta:**
 1. Mariano **Boedo**, (1782-1819), abogado, Cabildante en 1813 en Salta.
 2. José Ignacio de **Gorriti**, (1770-1835), militar, uno de los principales dirigentes generados por Salta con motivo de los sucesos de Mayo de 1810, siendo gobernador de esa provincia como interino en 1819 y 1821, gobernador propietario en 1821-1823 y 1827-1829 y gobernador delegado en 1825-26 y 1831.
 - **San Juan:**
 1. Francisco Narciso **de Laprida**, (1786-1829), abogado, fue gobernador de San Juan en 1818 y Alcalde del Primer Voto de su Cabildo en 1812.
 2. Justo Santa María **de Oro**, (1772-1836), sacerdote, vicario apostólico de Cuyo desde 1828 y primer obispo de esa diócesis a partir de 1834.
 - **San Luis:**
 1. Juan Martín **de Pueyrredón**, (1777-1850), militar, de activa participación en las Invasiones Inglesas, Comandante en Jefe del Ejército del Norte 1811-1812. Fue designado Director Supremo del Estado por el Congreso de Tucumán el 3 de mayo de 1816, cargo que ejerció hasta 1819.
 - **Santiago del Estero:**
 1. Pedro Francisco **de Uriarte**, (1758-1839), sacerdote y Licenciado en Arte.
 2. Pedro León **Gallo**, (1782-1852), sacerdote y Licenciado en Filosofía.
 - **Tucumán:**
 1. Pedro José Miguel de **Aráoz**, (1759-1832), sacerdote y periodista, fundador de "El Tucumano Imparcial", primer periódico aparecido en la ciudad de San Miguel de Tucumán.

2. José Agustín **Molina**, (1773-1838), sacerdote, Obispo de Camaco en 1836, colaborador del Diputado Rodríguez en la confección de “El Redactor” y de las actas y documentos del congreso.
3. José Ignacio **Thames**, (1762-1832), sacerdote.

Un dato para destacar que no es muy difundido, mas que surge de detalle precedente: poco menos de la mitad de los representantes eran hombres consagrados al ejercicio sacerdotal de la fe católica.

VII. LOS PRIMEROS PASOS DEL CONCLAVE

El 24 de marzo de 1816, precedido de una misa en la Catedral tucumana celebrada por la máxima autoridad eclesiástica local y seguido de un solemne acto alusivo, dio inicio a sus reuniones el Congreso de los representantes en la aludida ciudad de San Miguel con la presidencia de Pedro Medrano y la Vicepresidencia de José Mariano Serrano, con mandatos extendidos por el mes de abril, siendo luego sucedidos por Pedro Ignacio de Castro Barros (mayo), Teodoro Sánchez de Bustamante (junio), Narciso de Laprida (julio) y José Ignacio Thames (agosto); la Secretaría fue ejercida en forma permanente por Juan José Paso, acompañado por Serrano luego de su paso por la Vicepresidencia.

El lugar escogido para el cumplimiento de los encuentros fue el solar alquilado a la señora Francisca Bazán de Laguna², ubicado en el corazón de esa ciudad capital.

En aquélla misma jornada inaugural, tras el discurso de apertura que tuvo a su cargo el ocasional presidente Medrano, comenzó formalmente con sus sesiones en estos términos: *“Es instalado legítimamente el Congreso de las Provincias Unidas del Rio de la Plata, y queda en aptitud de esprimir (sic) la voluntad de los pueblos que lo forman”*.

Ese mismo día se ocupó, también, de regular la cuestión referida al *“Tratamiento del Congreso y los Diputados”* al establecer que: *“En honor de los pueblos, verdadero origen ele la Soberanía, sus representantes, como su viva imagen, y espresion (sic) de sus votos reunidos en Congreso, tendrán el tratamiento de Soberano Señor en todas las ocasiones que se dirija la palabra este respetable cuerpo. Los Diputados en particular solo tienen el del resto de los ciudadanos”*.

Esa jornada culminó con una cuestión para nada menor, cual la consagración de la “Fórmula de Reconocimiento del Congreso”, la que debía prestarse con sujeción a la receta que seguidamente se transcribe: *“¿Juráis á Dios Nuestro Señor, y prometéis a la Patria reconocer en el presente Congreso de Diputados la soberanía de los pueblos que representan? ¿Juráis a Dios Nuestro Señor y prometéis a la Patria Obedecer, guardar y cumplir, y hacer guardar y Cumplir sus decretos, y determinaciones? Si así lo hicieréis, Dios os ayude, y sino os lo demande”*.

Los congresales reiniciaron con su actividad el 27 de marzo de 1816, oportunidad en la que destacan dos cuestiones:

² La casona, llamada comúnmente la “Casa Histórica” o la “Casa de Tucumán”, se halla ubicada sobre calle Congreso 141 de la capital norteña y fue declarada Monumento Nacional por decreto del PEN del 12 de agosto de 1941, concluyéndose las obras finales de su conservación en 1943, las cuales habían sido dispuestas por ley 12.640 del 21 de octubre de 1940.

La primera de ellas la advertimos con ocasión del dictado de dos resoluciones que hacían al ejercicio de la calidad de Diputado.

Así, se dispuso que *“en las causas de toda clase de los señores Diputados, no podrá entender otro Juez que el mismo Soberano Congreso hasta dos meses después de restituidos á sus Provincias respectivas”*.

Del mismo modo, se refirió a la Inmunidad de sus componentes para con la manifestación de sus ideas y opiniones en los términos que siguen: *“Los Diputados al Soberano Congreso de las Provincias Unidas gozan de perfecta libertad en la espresion (sic) de sus ideas y opiniones en el Congreso, sin que por ellas puedan ser reconvenidos, con solo la condición de no atacar con ellas el juramento que han prestado á su ingreso al cargo de Diputados”*.

La cuestión restante, dada su entidad, será motivo de tratamiento en forma separada.

VIII. LA AGENDA DEL CONGRESO

En la aludida reunión del 27 de marzo de 1816 encontramos la designación de una comisión de diputados que habría de establecer cuáles serían los temas que compondrían la agenda de actividades a observarse en el cónclave.

Ese grupo de congresales conformado por los asistentes por Buenos Aires (Esteban Agustín Gascón), Jujuy (Tomás Sánchez de Bustamante) y Charcas (José Mariano Serrano), puso manos a la obra y el 26 de mayo de 1816 sometió a consideración del cuerpo el “plan” o la “nota de materias” que a su criterio debía ser motivo de tratamiento por parte del organismo, lo que fue aprobado sin objeciones por sus colegas.

La propuesta estaba conformada por las siguientes labores:

1. Un manifiesto explicativo,
2. Deslinde de las facultades del Congreso y su duración,
3. Discusiones sobre declaración de la Independencia y manifiesto de ella,
4. Envío de Diputados a Madrid para tratar el reconocimiento y a Roma para concertar la Independencia Eclesiástica,
5. Pactos entre las provincias como preliminares de la Constitución,
6. Forma de Gobierno,
7. Constitución,
8. Plan de impuestos para sostener la guerra mientras dure,
9. Establecimiento de un banco,
10. Aumento del valor de la moneda o creación de otra si se creyese conveniente,
11. Arreglo del Régimen Militar,
12. De la Marina de Guerra,
13. De las Rentas generales del Estado,
14. Establecimiento de una Casa de Moneda en la ciudad de Córdoba,
15. Creación de establecimiento educativos,
16. Funcionamiento de la Justicia,
17. Demarcación del territorio y creación de ciudades y villas.
18. Arreglo del Régimen Municipal

IX. DISCUSION SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO

No siempre se vincula al Congreso de Tucumán con lo adelantado en intitulado, más conforma una cuestión de gran valía, en especial desde la específica mirada de la Historia Constitucional Argentina.

Ante el acertado y contundente consejo de San Martín al respecto: “...*en el caso de nombrar quién deba reemplazar a Rondeau yo me decido por Belgrano; éste es el más metódico de los que conozco en nuestra América, lleno de integridad y talento natural; no tendrá los conocimientos de un Moreau o Bonaparte en punto a milicia, pero creo que es lo mejor que tenemos en América del Sur*”, el flamante Director Supremo Juan Martín de Pueyrredón, ofreció a don Manuel Belgrano el comando del Ejército del Norte, cuya reciente derrota había dejado al territorio del Alto Perú desguarnecido, cargo que fue inmediatamente aceptado por el nombrado.

Pueyrredón era un hombre comprometido con la causa libertaria y si bien había sido designado congresal por San Luis, la afectación al cargo que ostentaba lo privó de ser parte del cónclave, mas ello no mermó su decisión y encomendó a Manuel Belgrano, de paso a su destino militar, la visita a la capital norteña para informar a los representantes allí reunidos respecto de su reciente misión diplomática en suelo europeo, conociendo el compromiso del prócer para la causa de la Independencia, en la inteligencia de que ello sería un catalizador para el resultado final, opinión e intención compartida y aunada por aquél y por San Martín.

Con tal objeto Manuel Belgrano fue recibido por los diputados en sesión secreta celebrada el 6 de julio de 1816.

En ella, tras ser interrogado por los allí reunidos hizo saber que los sucesos de Mayo de 1810 habían sido bien receptados por las naciones europeas, pero que en la actualidad esa postura había cambiado dado el “*actual estado de anarquía y desorden*”, yendo directamente al grano e instando a la pronta declaración de nuestra independencia.

Más no quedo solo en eso, sino que avanzó aún más y aconsejó un sistema monárquico “temperado” — es decir, constitucional — para las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Pensaba también que, con el objeto de incorporar, también, el Perú al territorio, la capital debía situarse en Cuzco, nombrando para el cargo de Rey a un descendiente de los Incas, por sus legítimos derechos en América.

Sus ideas estaban influidas y alertadas por la restauración de las monarquías en Europa luego de la derrota de Napoleón Bonaparte, como él mismo lo expresó en ese discurso, destacándose que el esquema republicano solo se advertía en los Estados Unidos de Norteamérica y en algunos cantones suizos, con lo que, concluía, las naciones europeas verían con mejores ojos el modelo monárquico que postulaba.

Esa mirada estratégica se complementaba con el convencimiento de que el traslado de la capital, descomprimiría las cuestiones suscitadas entre Buenos Aires y la Banda Oriental y las provincias del litoral, a la vez que contaría con el fuerte apoyo de las provincias del Alto Perú, descontando el de las etnias originarias habitantes del territorio, es decir: reafirmaba el concepto de unión nacional, de indudable necesidad e importancia por esos tiempos.

Como siempre me empeño en resaltarlo, su brillante mirada estratégica iba dirigida por igual a los frentes interno y externo.

El 12 de julio, recientemente declarada nuestra Independencia Nacional, se inició el debate sobre la forma de gobierno en el recinto, siendo Manuel de Acevedo, congresista por la provincia de Catamarca, quien expuso y propició la idea manifestada días antes por Manuel Belgrano, contando con el rápido apoyo de algunos de sus colegas del norte: Pedro de Castro Barros (La Rioja), Pedro Ignacio de Rivera (Mizque), Mariano Sánchez de Loria (Charcas) y José Andrés Pacheco de Melo (Chichas).

Las discusiones se iniciaron y elevaron inmediatamente de tono, incluyendo mordaces comentarios de algunos diputados, despreciando por razones raciales la propuesta de un rey *“de la casta de los chocolates”*.

Pero, pese al apoyo de los hombres del Alto Perú, fue también un hombre de esa región, José María Serrano, convencional por Charcas, quien opuso observaciones y reparos de orden práctico a tal moción³, y, otro representante, el sanjuanino Fray Santa María de Oro, adscribía a la solución de una monarquía constitucional, pero en manos de un príncipe europeo, no adhiriendo a lo mocionado por su par catamarqueño y exigió, ya en la sesión del 15 de julio, que, antes de tomar ninguna determinación, se consultara *“a los pueblos”*.

La situación planteada fue rápidamente aprovechada por quienes no estaban de acuerdo con aquella propuesta, especialmente los representantes porteños encabezados por Tomás de Anchorena, quien hizo una firme defensa del sistema republicano—también lo hizo con la organización federal—en desmedro del modelo monárquico presentado.

Ante ese difícil escenario político, que empantanó la cuestión en trato, el Congreso decidió no pronunciarse al respecto, con lo que la minoría pro republicana (especialmente los representantes porteños) logró imponerse a la mayoría de sus colegas que sostenían la postura propuesta por don Manuel Belgrano.

Quedó, así, abortada la pretendida discusión sobre la forma de gobierno contenida en la agenda de tareas del cónclave.

X. DECLARACION DE NUESTRA INDEPENDENCIA NACIONAL.

Arribamos, por fin, a la célebre jornada del 9 de Julio de 1816, bajo la autoridad de Narciso de Laprida, puesto que el 1 de julio de 1816, el Congreso había cumplido con la renovación mensual de sus autoridades⁴

Así, leemos la transcripción de los sucesos en la letra oficial del Redactor del cónclave: *“el primer asunto que por indicación general se propuso a deliberación fue el de la libertad e independencia del país...”* y *“los señores representantes ordenaron al secretario que presentase la proposición para el voto. Y al acabar de pronunciarla, puestos en pie los señores diputados en sala plena aclamaron la independencia de las Provincia Unidas en América del Sud de la dominación de los reyes de España y su metrópoli, resonando en la barra la voz de un aplauso universal con repetidas vivas y felicitaciones al Soberano Congreso”*.

³ La respuesta a la desazón generada por la postura del representante altooperuano la tendremos años después al encontrarlo entre los que declaran la Independencia de la República de Bolivia.

⁴ Leemos en el Redactor del Congreso número 9: *“Tucumán, Julio 19 de 1816.-En esta fecha fueron electos por el Soberano Congreso para su presidente en turno el Sr. D. Francisco Narciso Laprida, Diputado de Cuyo y Vice-Presidente el Dr. D. Mariano Boedo, Diputado por Salta.”*

Lo relatado fue plasmado en el Acta de Declaración de nuestra Independencia Nacional, la que así expresa, a estar por lo que oportunamente se publicara en el ejemplar número 68 de La Gaceta de Buenos Ayres, que se condice con el facsímil de la misma que he tenido a la vista⁵:

“En la benemérita y muy digna ciudad de San Miguel de Tucumán a nueve días del mes de julio de mil ochocientos dieciséis terminada la sesión ordinaria, el Congreso de las Provincias Unidas continuó sus anteriores discusiones sobre el grande, augusto, y sagrado objeto de la independencia de los pueblos que lo forman. Era universal, constante y decidido el clamor del territorio entero por su emancipación solemne del poder despótico de los reyes de España. Los representantes, sin embargo, consagraron a tan arduo asunto toda la profundidad de sus talentos, la rectitud de sus intenciones e interés que demanda la sanción de la suerte suya, la de los pueblos representados y la de toda la posteridad. A su término fueron preguntados si querían que las provincias de la Unión fuesen una nación libre e independiente de los reyes de España y su metrópoli. Aclamaron primero, llenos del santo ardor de la justicia, y uno a uno reiteraron sucesivamente su unánime voto por la independencia del país, fijando en su virtud la determinación siguiente:

“Nos los representantes de las Provincias Unidas en Sud América, reunidos en Congreso General, invocando al Eterno que preside al universo, en el nombre y por la autoridad de los pueblos que representamos, protestando al cielo, a las naciones y hombres todos del globo la justicia, que regla nuestros votos, declaramos solemnemente a la faz de la tierra que, es voluntad unánime e indudable de estas provincias romper los violentos vínculos que las ligaban a los reyes de España, recuperar los derechos de que fueron despojadas, e investirse del alto carácter de una nación libre e independiente del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli. Quedan en consecuencia de hecho y de derecho con amplio y pleno poder para darse las formas que exija la justicia, e impere el cúmulo de sus actuales circunstancias. Todas y cada una de ellas así lo publican, declaran y ratifican, comprometiéndose por nuestro medio al cumplimiento y sostén de esta su voluntad, bajo el seguro y garantía de sus vidas, haberes y fama. Comuníquese a quienes corresponda para su publicación, y en obsequio del respeto que se debe a las naciones, detállense en un manifiesto los gravísimos fundamentos impulsivos de esta solemne declaración”.

“Dada en la sala de sesiones, firmada de nuestra mano, sellada con el sello del congreso y refrendada por nuestros diputados secretarios. – Francisco Narciso de Laprida, presidente. – Mariano Boedo, vice-presidente, diputado por Salta. – Dr. Antonio Sáenz, diputado por Buenos Aires. – Dr. José Darregueyra, diputado por Buenos Aires. – Dr. Fray Cayetano José Rodríguez, diputado por Buenos Aires. – Dr. Pedro Medrano, diputado por Buenos Aires. – Dr. Manuel Antonio Acevedo, diputado por Catamarca. – Dr. José Ignacio de Gorriti, diputado por Salta. – Dr. José Andrés Pacheco de Melo, diputado por Chichas. – Dr. Teodoro Sánchez de Bustamante, diputado por la ciudad y territorio de Jujuy. – Eduardo Pérez Bulnes, diputado por Córdoba. – Tomás Godoy Cruz, diputado por Mendoza. – Dr. Pedro Miguel Aráoz, diputado por la capital del Tucumán. – Dr. Esteban Agustín Gazcón, diputado por Buenos Aires. – Pedro Francisco de Uriarte, diputado por Santiago del Estero. – Pedro León Gallo, diputado por Santiago del Estero.

⁵ Con tristeza aclaro que el facsímil es el de la copia oficial, obrante en el Archivo General de la Nación, toda vez que su original ha desaparecido.

– Pedro Ignacio Ribera, diputado de Mizque. – Dr. Mariano Sánchez de Loria, diputado por Charcas. – Dr. José Severo Malabia, diputado por Charcas. – Dr. Pedro Ignacio de Castro Barros, diputado por La Rioja. – L. Jerónimo Salguero de Cabrera, diputado por Córdoba. – Dr. José Colombres, diputado por Catamarca. – Dr. José Ignacio Thames, diputado por Tucumán. – Fr. Justo Santa. María de Oro, diputado por San Juan. – José Antonio Cabrera, diputado por Córdoba. – Dr. Juan Agustín Maza, diputado por Mendoza. – Tomás Manuel de Anchorena, diputado de Buenos Aires. – José Mariano Serrano, diputado por Charcas, Secretario. – Juan José Passo, diputado por Buenos Aires, Secretario”.

De su lectura se infiere la ausencia de los congresales Juan Martín de Pueyrredón (San Luis), en ejercicio del cargo de Director Supremo, y los sacerdotes José Agustín Molina (Tucumán) y Miguel Calixto del Corro (Córdoba).

Estaría incompleto lo expuesto si no señalara que el 19 de julio de 1816, se celebró la sesión secreta en la que, a expresa solicitud del representante porteño Pedro Medrano, se extendió la Independencia declarada, en los términos que así lucen en el acta pertinente: *“Reunidos los señores Diputados que se anotan al margen, en la sala del Congreso á la hora acostumbrada, resuelto todo lo que consta en el acta pública de este día, se mandó despejar la barra, y tomando la palabra el señor Medrano, pidió que pues se había de pasar al ejército, el acta de la Independencia, y fórmula del juramento de ella, después de las expresiones: sus sucesores y metrópoli, se agregase : y de toda otra dominación extranjera dando por razón que de este modo se sofocaría el rumor esparcido por ciertos hombres malignos, que el Director del Estado, el General Belgrano y aun algunos individuos del Soberano Congreso, alimentaban ideas de entregar el país á los portugueses y fue acordado”*⁶.

Se perfeccionó con ello la Declaración de nuestra Independencia Nacional.

La Gaceta de Buenos Ayres, en su número 68 nos informa acerca del Juramento previsto para con lo decidido en la ocasión: *“Fórmula del Juramento de Independencia para todos los habitantes de las Provincias Unidas: ¿Juráis por Dios Nuestro Señor y esta señal de la cruz⁷ promover y defender la libertad de las Provincias Unidas en Sud-América y su independencia del Rey de España, Fernando VII, sus sucesores y Metrópoli y toda otra dominación extranjera? ¿Juráis á Dios Nuestro Señor y prometéis a la patria el sostén de estos derechos hasta con la vida, haberes y fama? Sí juro. Sí así lo hacéis Dios os ayude y si no él y la patria os hagan cargo”*.

XI. SAN MARTIN Y BELGRANO Y LA DECLARACION DE NUESTRA INDEPENDENCIA NACIONAL

Se infiere de la lectura de este ensayo, pero es algo que no quiero soslayar y expresamente daré trato: me refiero a la importancia de los nombrados en el resultado de la anhelada Libertad.

No es desconocida la postura de ambos en punto a lo decidido en el cónclave, asunto del que me ocupara concretamente en el apartado precedente.

⁶ Cfr. La Gaceta de Buenos Aires, número 68.

⁷ Hay, en realidad, un signo referenciando una cruz.

De don Manuel Belgrano más allá de lo citado en oportunidad de mencionar su visita al cónclave en la capital norteña, debo agregar su compromiso con el sector criollo, que lo llevó a tener una destacada actuación a partir del momento en que, con solo 23 años de edad, asume el papel de Secretario Perpetuo del Consulado de Buenos Aires, en junio de 1794.

El recorrido de su vida pública nos lleva a encontrarlo con activa participación en el bando patriota en oportunidad de las Invasiones Inglesas de 1806 y 1807, su decisivo papel en los sucesos de Mayo de 1810, resultando vocal de la Primera Junta de Gobierno Patrio, y, en tal carácter concurrir al frente de la Expedición al Paraguay, ocasión en que el 30 de diciembre de 1810 redacta el Reglamento de Misiones, y así sucesivamente hasta llegar a su participación en el cónclave norteño que nos legó la Independencia.

De ahí que no nos sorprenda hallarlo como uno de los fogoneros de nuestra Libertad y hallarlo en activa lucha para su consolidación e institucionalización, hasta que lo sorprende la muerte, en la extrema pobreza en junio de 1820.

Para pintarlo en su magnitud, resta agregar que una vez le preguntaron si se sentía un “Padre de la Patria”, a lo que respondió que se contentaba con ser un buen hijo de ella.

Afirmo que su figura fue decisiva para el logro independentista.

Con respecto a don José de San Martín, más allá de su trayectoria en pos de la Libertad Americana, debo remitirme a lo expresado al describir su actitud ante la convocatoria al Congreso obviando la Declaración de Independencia, que rebeló su espíritu y lo llevó a gestionar en todas las provincias el consecuente reclamo, lo que derivó en las instrucciones dadas en tal sentido por las provincias a sus hombres.

Luego, ya instalado el Congreso, su presión para un pronto pronunciamiento, en especial a sus delegados mendocinos, de lo que rescatamos el intercambio epistolar que mantuvo con Tomás Godoy Cruz, particularmente el tenor de la carta que le dirigiera el 5 de mayo de 1816 en respuesta a la del congresal que le espetaba que “declarar la Independencia no era soplar y hacer botellas”, al que le contestó en los términos que transcribimos: *“¿Hasta cuándo esperamos para declarar nuestra independencia? ¿No le parece una cosa bien ridícula acuñar moneda, tener pabellón y cucarda nacional y por último hacer la guerra al Gobierno de quien en el día se cree dependemos? ¿Qué nos hace falta más para decirlo? Por otra parte ¿qué relaciones podemos emprender cuando estamos a pupilo, y los enemigos (con mucha razón) nos tratan de insurgentes, pues nos declaramos vasallos? Está Vd. seguro que nadie nos auxiliará en tal situación. Por otra parte, el sistema ganaría el 50 por ciento con tal paso. ¡Animo! Que para los hombres de coraje se han hecho las empresas. Veamos claro, mi amigo: si no se hace el Congreso es nulo en todas sus partes, porque resumiendo éste la soberanía, es una usurpación que se hace al que se cree verdadero soberano, es decir, a Fernandito”.*

Sus contundentes términos nos eximen de cualquier comentario.

Como complemento de lo expuesto debo decir que el 8 de agosto de 1816, las tropas militares asentadas en Mendoza, juraron, bajo su mando, la libertad conseguida.

Dos hombres esenciales de nuestra nacionalidad y, tal como lo adelantara, de decisiva y fatal actuación en ese culminante momento de nuestra Historia Patria.

XII. TRASLADO DEL CONGRESO

Las luchas contra los realistas hacían que la ubicación geográfica de la ciudad capital del Tucumán pusiera al Congreso muy cerca de la zona de beligerancia, ya que no debemos olvidar que se estaban dando las batallas para mantener con la fuerza militar la decisión independentista, a eso obedecía, por ejemplo, la razón formal del paso de don Manuel Belgrano por el cónclave.

Otros señalaban la necesidad de que el órgano sesionara cerca del asiento del Director Supremo.

Las razones precedentemente expuestas motivaron que se tomara la decisión estratégica de alejar el Congreso de la zona de conflicto, llevándolo a la ciudad de Buenos Aires, alejada de ese “Norte caliente” y cerca del órgano ejecutivo.

El 17 de enero de 1817 se celebró la última sesión del cónclave en la ciudad capital tucumana

Esa “bisagra” tuvo incidencia, como seguidamente veremos, en la confección del texto constitucional que le fuera encomendado.

XIII. LABOR CONSTITUCIONAL DEL CONGRESO DE TUCUMAN.

La labor constituyente que originariamente se cargara al Congreso había dado inicio en la segunda mitad de 1816, ya dictada nuestra Independencia, en la ciudad de San Miguel de Tucumán, habiéndose generado previamente interesantes deliberaciones en torno de ello.

Así, se confecciona un Reglamento que es presentado al cuerpo, aprobado y remitido de inmediato al Director Supremo, Juan Martín de Pueyrredón, para su aprobación.

Éste formula diversas observaciones al texto, devolviéndolo a su origen, las que, por los vaivenes del tiempo, no pueden ser consideradas en la sede originaria por el Congreso.

Se retoma, así, su tratamiento una vez radicado el cónclave en la ciudad mayor del territorio, lo que formalmente acontece el 12 de mayo de 1817, debate que concibe algunas controversias entre los representantes, ya que algunos no terminaban de convencerse de la necesidad de su dictado y otros –encabezados por Juan José Paso y el Deán Gregorio Funes- eran firmes impulsores de hacerlo, sin ingresar en considerar las diferencias que existían entre algunos de ellos en el campo de lo estrictamente conceptual, cuestiones que generan que recién el día 3 de diciembre de 1817 sea sancionado el texto del denominado “Reglamento Provisorio”⁸, que le fuera presentado al cuerpo por la Comisión conformada para ello, basado en el modelo del Estatuto Provisional de 1815, y, al igual que este último, de carácter preponderantemente centralista y unitario, lo que motivó el rechazo e indiferencia de todo el interior, documento que, sin embargo, rigió formalmente hasta la sanción de la Constitución de 1819, asunto al que le daremos trato seguidamente.

Las labores que desembocaron en la redacción del texto de esta última comenzaron a fines de 1817 para concluir el 20 de abril de 1818, cuando se presentó al pleno de representantes el proyecto, compuesto por un cuerpo de 138 artículos y un apéndice de 12

⁸ Corrientemente denominado Segundo Reglamento Provisorio, para diferenciarlo del originariamente presentado al Director Supremo como ya lo mencionáramos

puntos, lo que se aprobara en la sesión del día siguiente, presidida por el Deán Gregorio Funes y con la Secretaría del doctor José Eugenio de Elías, hombre de Buenos Aires, designado “ad hoc” en tal función.

El documento estaba así estructurado:

Sección I: De la Religión del Estado

Sección II: Poder Legislativo

Capítulo I: Cámara de Representantes

Capítulo II: Senado

Capítulo III: Disposiciones comunes a ambas Cámaras

Capítulo IV: Atribuciones del Congreso

Capítulo V: Formación y Sanción de las leyes

Sección III: Poder Ejecutivo

Capítulo I: Naturaleza y calidades de este Poder

Capítulo II: Forma de la elección del Director del Estado

Capítulo III: Atribuciones del Poder Ejecutivo

Sección IV: Poder Judicial

Capítulo Único: Corte Suprema de Justicia

Sección V: Declaración de Derechos

Capítulo I: Derechos de la Nación

Capítulo II: Derechos Particulares

Sección VI: Reforma de la Constitución

Capítulo Final

Apéndice de la Constitución: puntos I a XII

Ello iba acompañado del “Manifiesto del Soberano Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas en Sud América al dar la Constitución”, del que queremos destacar su parte final por lo significativo de su contenido: “. . . *no ambicionamos otra gloria que la de merecer vuestras bendiciones: y que al leerla la posteridad, diga llena de una dulce emoción: Ved aquí la carta de nuestra libertad: estos son los nombres de los que la formaron, cuando aun no existíamos, y los que impidieron que antes de saber que éramos hombres, supiésemos que éramos esclavos. Ciudadanos: ó renunciemos para siempre el derecho á la felicidad; ó demos al mundo el espectáculo de la unión, de la sabiduría y de las virtudes públicas. Mirad que el interés, de que se trata, encierra un largo por venir. Un calendario nuevo está formado: el día que cuente en adelante, ha de ser ó para nuestra ignominia, ó nuestra gloria. . .*”

Sin embargo, su contenido, distanciado de los ideales de Mayo de 1810, imbuido de un alto contenido de centralismo y corporativismo, generó el rechazo de todo el interior patrio, iniciándose, así, un tormentoso período en nuestra Historia Nacional.

Me ha parecido del caso, para ilustrar la situación planteada –en especial el impacto de su dictado en la vida política nacional-, citar al maestro Emilio Ravignani, quien, en su referencia a esa obra legislativa, nos dice que: “*El Congreso, a pesar de sus grandes propósitos, sanciona una constitución estéril por su índole demasiado centralista y que la coloca al margen de la vida del país. Al no respetar los localismos da pábulo a la guerra civil que está incubándose, y al no presentir las instituciones provinciales que ya se están perfilando, precipitó la crisis en lugar de aplacarla*”⁹.

⁹ Cfr. autor citado, “Asambleas Constituyentes Argentinas”

Los sucesos que siguieron sellaron definitivamente su suerte, signada por el unánime desconocimiento del interior de su legitimidad.

La Nación se sumió, así, en una época de enfrentamientos que puso en serio peligro su institucionalidad y su unidad.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- DOUZON, Martha C. y ETCHART, Martha B. "Documentos de Historia Argentina", décima edición, Cesarini Hnos. Editores, Buenos Aires, noviembre de 1983.
- FLORIA, Carlos Alberto y GARCIA BELSUNCE, César A. "Historia de los Argentinos", Editorial Larrouse, Buenos Aires, marzo de 1992.
- LEIVA, Alberto David. Fuentes para el Estudio de la Historia Institucional Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, febrero de 1982.
- MARQUEZ, Armando Mario:
"Manuel Belgrano en la Historia Constitucional Argentina", trabajo publicado en el ejemplar número 12.274 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 12 de junio de 2009.
- "Los Congresales de 1816 en San Miguel de Tucumán", trabajo publicado en el ejemplar número 12.303 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 27 de julio de 2009.
- "José de San Martín y la declaración de nuestra Independencia Nacional", trabajo publicado en el ejemplar número 12.325 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 27 de agosto de 2009.
- "Juan José Paso y los primeros momentos de nuestra historia patria", trabajo publicado en el ejemplar número 12.343 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 22 de septiembre de 2009.
- "Los diputados que declararon la Independencia Nacional", trabajo publicado en el ejemplar número 228 de la Revista "Tiempo de la Comunidad", julio de 2010.
- "La discusión sobre la forma de gobierno en el Congreso de Tucumán", trabajo publicado en el ejemplar número 12.541 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 12 de julio de 2010.
- "José de San Martín, hombre de la Independencia Nacional", trabajo publicado en el ejemplar número 229 de la Revista "Tiempo de la Comunidad", agosto de 2010.
- "José de San Martín, Gobernador Intendente de Cuyo", trabajo publicado en el ejemplar número 12.568 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 19 de agosto de 2010.
- "Manuel Belgrano y José de San Martín, Hombres de la Independencia Nacional", trabajo publicado en la Revista MUDON, órgano de la Mutual de Docentes del Neuquén, número 2, septiembre de 2010.
- "La Historia Constitucional Argentina y el Concepto de Bicentenario", trabajo publicado en el ejemplar número 12.819 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho, del día miércoles 24 de agosto de 2011.
- "La labor propuesta en el Congreso de Tucumán de 1816 y la Declaración de la Independencia Nacional", trabajo publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho, número 13.034 del miércoles 11 de julio de 2012.
- "San Martín, vigía de la Independencia", trabajo publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho, número 13.064 del jueves 23 de agosto de 2012.
- "Manuel Belgrano y su Proyecto de Constitución para el Reino Unido del Río de la Plata, Perú y Chile", trabajo publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho, número 13.108 del 26 de octubre de 2012.
- "Labor constituyente del Congreso de Tucumán", trabajo publicado en el ejemplar número 13.527 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 18 de julio de 2014.

- “Manuel Belgrano: su participación en la temprana conformación institucional de la Nación Argentina”, ensayo publicado en el ejemplar número 589 de la Revista de la Escuela Superior de Guerra, Buenos Aires Enero-Abril de 2015.
- “En los albores de nuestra Independencia Nacional: Bicentenario de la promulgación del Estatuto Provisional de 1815”, trabajo publicado en el ejemplar número 13.728 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 15 de mayo de 2015.
- “Bicentenario de la sanción del Estatuto Provisional de 1815”, conferencia brindada en la jornada de cierre de la “IX Feria y Exposición del Libro de Historia de Buenos Aires”, organizada por la Junta Central de Historia de Buenos Aires, junio de 2015.
- “El Camino Hacia nuestra Independencia Nacional. Bicentenario del Estatuto Provisional de 1815”, trabajo publicado en el ejemplar número 114 de la Revista “Y Considerando...”, órgano oficial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.
- “El Bicentenario del Estatuto Provisional de 1815. El tramo final en el camino por la Independencia Nacional”, conferencia brindada en las V Jornadas de Historia Regional del Neuquén, Ciudad de Neuquén, 1 y 2 de octubre de 2015.
- “Sublevación de Fontezuelas”, trabajo publicado en el ejemplar del día martes 8 de diciembre de 2015 del diario “Río Negro”.
- “El Camino Final hacia nuestra Independencia Nacional”, trabajo publicado en el ejemplar número 116 –diciembre de 2015- de la Revista “Y considerando...”, órgano oficial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.
- “Bicentenario: dos héroes, piezas clave del Congreso de Tucumán”, trabajo publicado en la edición del día miércoles 6 de enero de 2016 del diario “Río Negro”, General Roca.
- “Representantes de las Provincias al Congreso de Tucumán”, trabajo publicado en el ejemplar número 117 –febrero de 2016- de la Revista “Y considerando...”, órgano oficial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.
- “Los primeros pasos del Congreso de Tucumán”, trabajo publicado en el ejemplar número 118 –abril de 2016- de la Revista “Y Considerando...”, órgano oficial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.
- “Discusión sobre la forma de gobierno en el Congreso de Tucumán”, ponencia presentada en las Jornadas Sudamericanas de Derecho Constitucional, organizadas por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago de Chile, mayo de 2016.
- “Etapas para el estudio de la Historia Constitucional Argentina”. trabajo publicado en el ejemplar número 13.958 del 17 de mayo de 2016 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho.
- “Claves para entender la Independencia Nacional”, trabajo publicado en el ejemplar del diario “Río Negro” del 6 de julio de 2016.
- “Claves para la mejor comprensión del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”, trabajo publicado en el ejemplar número 13.997 del 15 de julio de 2016 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho.
- “La Discusión sobre la Forma de Gobierno en el Congreso de Tucumán”, trabajo publicado en el ejemplar número 119 –julio de 2016- de la Revista “Y Considerando...”, órgano oficial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén.
- “El Clero y la Declaración de nuestra Independencia Nacional”, trabajo publicado en el ejemplar número 14.020 del 18 de agosto de 2016 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho.
- “Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”, Conferencia brindada en el IX Congreso de Historia Regional del Neuquén, Junín de los Andes, 15 y 16 de julio de 2016.
- MARTIRE, Eduardo y TAU ANZOATEGUI, Víctor. “Manual de Historia de Las Instituciones Argentinas”, Editorial La Ley, Segunda Edición, Buenos Aires, abril de 1971.
- PODER EJECUTIVO NACIONAL, Ministerio del Interior. “Documentos de la Conformación Institucional Argentina 1782-1982”, Edición oficial, Buenos Aires, noviembre de 1974.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

EL CARÁCTER “DIRECTO” DEL INTERÉS COMO REQUISITO DE LA LEGITIMACIÓN DEL ACTOR

*Juan Pablo Cajarville Peluffo**

*Para Carlos F. Viera Crespi, distinguido colega, mi amigo del alma hoy y siempre,
compañero desde aquellos años tensos pero esperanzados y felices
que cursamos juntos en aquella Facultad tan diferente.*

1. *Introducción.* En la exposición que tuve el honor de formular en las VII Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con la Co-Dirección de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, celebradas los días 5 y 6 de noviembre de 2012¹, tengo esperanzas de haber demostrado, con apelación a muy prestigiosa doctrina, que “la legitimación de un sujeto para la promoción de una acción conforme a la Constitución, en cuanto tiene que consistir en un interés *personal*, puede tratarse de un interés estrictamente personal, individual y exclusivo, ajeno y eventualmente hasta opuesto al interés general; o bien, puede tratarse de su interés *personal* como participe en el llamado ‘interés general’, porque el interés personal de los impugnantes conforma y sustenta el interés general”². Agregué que, como es de principio, según la regulación que les confiera el ordenamiento jurídico, esos intereses personales “podrán

* Ex-Catedrático de Derecho Administrativo y ex-Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

¹ La versión corregida fue publicada, bajo el rotulo de “Conferencia Magistral”, que agradezco pero es sin duda exagerado y por supuesto no me es atribuible, con el título: *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general.*, en la “Rev. de Derecho Público”, N° 43, Montevideo, 2013, págs. 139 a 156; el fragmento que se transcribe, en pág. 152.

² En reciente publicación, Cristina VÁZQUEZ entiende que esta postura “despoja de contenido a la exigencia de que el interés sea ‘personal’, para todos los casos en que el interés afectado sea un interés público” (*Cuestiones de legitimación activa y pasiva en los contenciosos administrativos*, en “Revista CADE Doctrina & Jurisprudencia”, T. XXXVII, Año 8, junio 2016, pág. 17, nota 32). No concuerdo con esa opinión de tan distinguida Catedrática. Por el contrario, el contenido del interés *personal* de cada uno de los sujetos sometidos al ordenamiento no se altera ni desaparece por su concurrencia con los intereses similares de la generalidad de los demás sujetos, al constituir y sustentar el interés público. Ahora bien, *a los efectos de la legitimación*, esa concurrencia no es relevante, y sólo lo es el carácter *personal* del interés *del actor*; en todo caso, el que está despojado de contenido a tales efectos es el carácter *público* que adquirió por aquella concurrencia. En cambio, *a los efectos de habilitar la limitación de derechos constitucionalmente reconocidos*, el relevante es el carácter *público* del interés, y se desdibujan, diluidos en él, los intereses personales.

calificarse jurídicamente como derechos subjetivos, y entonces deberán encontrar siempre satisfacción, o podrán ser calificables como intereses legítimos, y deberán ser satisfechos en cuanto coincidentes con el interés general”.

A continuación, me adelanté a la objeción que entonces preveía a esa concepción: que con ello se conduciría “a transformar las acciones que la Constitución prevé en acciones populares, cuando es claro que el constituyente no quiso consagrarlas con ese carácter”. A ella respondí³ que “el interés que legitima la promoción de cualquiera de esas acciones requiere además otro calificativo: el de interés *directo*”, que en nuestro derecho no se confunde con el carácter de *legítimo*, sino que, como el de *personal*, debe agregarse a él⁴.

La cuestión de la legitimación para promover las acciones de que se trata que la Constitución prevé, se traslada entonces al esclarecimiento de este otro calificativo del interés: el de “*directo*”.

2. Carácter “directo” del interés. En la mentada exposición, acudí en el punto a “la concepción más admitida”, como la que entiende que “intereses *directos* son aquéllos que resultan inmediatamente afectados por la aplicación de la norma de que se trate⁵, sea la norma general o particular, abstracta o concreta. La lesión al interés debe reconocerse jurídicamente como inmediata cuando el caso de que se trate esté comprendido en el supuesto de esa norma cuestionada”.

Véase que en la precedente transcripción están aludidos temas naturalmente vinculados, pero que no se superponen. La primera frase alude a la índole directa de los intereses en sí mismos, en cuanto situaciones jurídicas, que lo serán si “resultan inmediatamente afectados por la aplicación de la norma de que se trate”. En cambio, la frase siguiente, aclaratoria, se refiere a la naturaleza de la norma causante de la afectación de esas situaciones jurídicas: “sea la norma general o particular, abstracta o concreta”. Finalmente, la frase que sigue al punto y seguido es la que sustancialmente alude al tema que se considera: se refiere a la relación entre el supuesto de la norma que produce la afectación del interés y el interés en sí mismo; dicho más explícitamente: a la relación entre el supuesto de la norma que produce la afectación del interés, y los supuestos de las normas que configuran la situación jurídica que constituye el interés afectado como tal; si existe coincidencia total o parcial entre uno y otros supuestos, se producirá la afectación de estas últimas y con ello del interés como situación jurídica configurada por esas normas.

Esa tercera frase, tal vez exageradamente compendiada en el texto de la exposición, comprende todos los elementos necesarios para solucionar la cuestión planteada en la

³ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor...*, cit., pág. 153.

⁴ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, 3ª ed., Montevideo, 2012, pág. 878 y doct. cit.

⁵ Cité en este sentido, en la nota al pie N° 34, a JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, **La Constitución de 1952**, ed. Cámara de Senadores, Montevideo, 1995, pág. 530, y conf. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *La jurisdicción constitucional en Uruguay*, en García Belaúnde, D., y Fernández Segado, F., (coord.), **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica**, Madrid, 1997, pág. 913. La expresión literal del Maestro, luego recogida textualmente por ESTEVA, fue: directo “es todo interés que resultaría inmediatamente vulnerado por la aplicación de la ley inconstitucional” (éste es el caso que analizaba); su ejemplo: es indirecto el interés de un “afiliado” a una sociedad respecto a una ley que grava con un impuesto a la sociedad, que se agravia porque habrá de aumentarse la cuota de afiliación para pagarlo; el “único interés directo que se afecta es el de la sociedad” (loc. cit.).

sentencia anotada N° 176, de 14 de abril de 2016, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El interés que se considera (“lesión al interés”) es el eventualmente lesionado, vale decir, la situación jurídica configurada por las normas vigentes con anterioridad a la cuestionada. En el “caso de que se trate”, el sujeto se encuentra en esa determinada situación jurídica regida por las normas anteriormente vigentes, y la norma cuestionada modifica, sustituye o es violatoria de alguna de esas normas; si ese “caso de que se trate” está comprendido en el supuesto de la norma posterior que se cuestiona, el interés como situación jurídica configurada por esas normas anteriores resultará afectado y se califica como *directo*. En este sentido⁶, debe compartirse la afirmación de Durán Martínez, cuando sostiene que “la expresión ‘directo’ refiere al nexo causal y no al momento en que se produce la lesión del interés. *Lo importante es que la lesión se produzca por el acto jurídico correspondiente sin que interese si ella es hoy o mañana*”⁷. Si esta situación afectada es un interés legítimo (y no un derecho subjetivo) la afectación será una *lesión* del interés si la norma que la produce es ilegítima; de lo contrario, será una legítima modificación de la situación jurídica preexistente⁸.

Los conceptos de Carnelutti⁹, recogidos también en la nota 34 de la exposición, resultan esclarecedores, si se evita la confusión que pueda ocasionar la inversión en el uso de los términos, definido y definatorio, como tales intercambiables¹⁰. El célebre jurista distingue el *interés inmediato* del *interés mediato*. Intereses *inmediatos* son las “situaciones que sirven directamente a la satisfacción de una necesidad”, e intereses *mediatos* aquellas situaciones que “tan solo indirectamente realizan ese fin, en cuanto de ellas puede derivar otra situación (intermedia), de la que resulte después la satisfacción de la necesidad”. Sobre esa base, agregué en la misma ocasión: “Existirá entonces lesión de un interés personal *indirecto* cuando la norma lesiva afecte la situación favorable a la satisfacción de una necesidad de ese sujeto (por ej., su interés en el ejercicio de la potestad reglamentaria con adecuación a derecho, o en la existencia de un régimen jubilatorio adecuado al art. 67 de la Carta) por mediación de la lesión inmediata a un grupo que no integra, o a un tercero individualizado (en uno y otro caso, reglamento o resolución que no lo comprenden en su dimensión subjetiva)”. En el ejemplo de Jiménez de Aréchaga (*supra*, nota 5): frente a la ley que creó un impuesto a la sociedad, el interés *directo* (*inmediato* en la terminología de Carnelutti) es el de la sociedad, que se encuentra en la “situación que sirve directamente a la satisfacción de la necesidad” de no estar gravada por el impuesto porque integra el grupo alcanzado por la dimensión subjetiva de la ley; e interés *indirecto* (*mediato* para el ilustre autor) es el de los asociados a la sociedad, que solo realizarían el fin de no estar gravados

⁶ Si pudiera hablarse aquí de causalidad; véase KELSEN, Hans, **Teoría pura del derecho**, traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo, México, 1979, págs. 83 a 105.

⁷ Pasaje recogido en esa misma nota 34 de la exposición, destacado mío: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, **Contencioso administrativo**, 2ª ed., Montevideo, 2015, pág. 111. En esta edición el autor agrega una precisión sobre el carácter eventual de la lesión, que también debe compartirse, como resulta de lo que expuse sobre el segundo caso concreto en *Conceptos constitucionales definatorios...*, cit., págs. 155/156.

⁸ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en AA.VV., Dir. León Cortiñas Peláez, **Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX**, Homenaje a Enrique Sayagués Laso, T. III, Madrid, 1969, págs. 291/292; también en Carlos Sacchi, compil., **Derecho Constitucional y Administrativo**, Montevideo, 2010, págs.331/332. Es imposible considerar estos temas sin aludir a ese estudio, este sí verdaderamente magistral.

⁹ CARNELUTTI, Francisco, **Sistema de Derecho Procesal Civil**, T. I, Buenos Aires, 1944, págs. 11/12.

¹⁰ ROMERO, Francisco y PUCCIARELLI, Eugenio, **Lógica**, Buenos Aires, 1952, pág. 68.

(económicamente) por el impuesto por mediación de su situación de asociados a la sociedad, pero no integran el grupo alcanzado por la dimensión subjetiva de la ley.

Corresponde entonces concluir que el interés será *directo* si quien lo invoca está comprendido en la dimensión subjetiva de la norma cuestionada, afectando su situación jurídica resultante de una norma anterior que la cuestionada modifica o sustituye, o de lo contrario viola.

Hasta aquí, puede decirse que lo expuesto coincide con lo sostenido por la unanimidad de los integrantes del Tribunal en la sentencia N° 176/016 anotada, tanto por los que conforman el fallo mayoritario, como por la integrante que suscribe la excelente discordia.

A partir de este punto, la cuestión de la legitimación para promover las acciones de que se trata vuelve a trasladarse, ahora al esclarecimiento de quiénes son los sujetos comprendidos en la dimensión subjetiva de la norma cuestionada, según los distintos tipos de norma de que puede tratarse.

3. Tipos de normas ahora relevantes. Los tipos de normas que son ahora relevantes son los que distinguen las generales de las individuales o subjetivas¹¹, y las abstractas de las concretas. La norma es individual o subjetiva si en el momento de su entrada en vigencia están determinados o son determinables, en la dimensión subjetiva de su supuesto, los sujetos a los que se aplica su disposición, de manera que toda inclusión o exclusión sobreviniente requerirá una nueva norma con adecuada eficacia formal que así lo haga; en cambio, es “general” si los sujetos a los que se refiere y alcanza con su disposición están definidos como categoría o clase, y por consiguiente es posible que durante su vigencia ingresen o se excluyan sujetos en su alcance subjetivo por adquirir o desaparecer los caracteres que la definen. Es “concreta” cuando contempla un acontecimiento (o varios) determinado en el espacio y en el tiempo, y es “abstracta” cuando contempla una categoría o clase de acontecimientos típicamente descriptos, con consecuencias análogas a las recién señaladas para el aspecto subjetivo¹². Se trata de calificaciones que se entrecruzan dibujando cuatro tipos de normas, que han tenido acogimiento expreso a propósito de las creadas por acto administrativo, y que también puede aplicarse a las creadas por actos constituyentes o legislativos; aunque en verdad a propósito de estas últimas, no adquiere la misma relevancia que respecto de las primeras, en que se traduce en diferencias de régimen jurídico y alteraciones de su eficacia formal.

En cuanto la norma es general o en cuanto es abstracta, y en buena medida en cuanto sea concreta, su aplicación en los casos de que se trate a los efectos de la legitimación, que ahora se considera, no presenta singularidades; se trata de una mera cuestión de interpretación, en la cual se acudirá a las normas positivas que suelen regularla y a la seguramente inagotable doctrina elaborada desde siempre.

¹¹ Evitemos enredarnos en cuestiones terminológicas, como nos sucede con tanta frecuencia. Puede preferirse hablar de “subjetivas”, “particulares”, u otras denominaciones que puedan imaginarse o se prefieran.

¹² Puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 43/44 y doct. cit. Sobre el concepto de *vigencia* utilizado en el texto y su relevancia, véase: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Retroactividad de las normas jurídicas. Reflexiones provisionarias*, en la “Rev. de Derecho Público”, N° 46, Montevideo, 2014, págs. 20 y sgts.

Mayor consideración requieren ahora los aspectos individuales o subjetivos del supuesto normativo, porque la dimensión subjetiva puede revestir diversos aspectos. En primer lugar, puede comprender a un único sujeto, o alcanzar a varios, sin dejar por ello de calificarse como subjetiva si, como se ha dicho, en el momento de su entrada en vigencia están determinados o son determinables, en la dimensión subjetiva de su supuesto, los sujetos a los que se aplica su disposición¹³.

Puede suceder que esa determinación en ese momento ocurra mediante la utilización expresa de sus nombres, o asimismo resultar del señalamiento de otra circunstancia que los individualice. Supóngase un acto administrativo que disponga: “todas las personas que el día de tal fecha hayan incurrido en la conducta C, son sancionadas con S”. El “día de tal fecha” se supone anterior al perfeccionamiento del acto, de manera que la circunstancia de hecho que determina el alcance subjetivo del acto, precisada en el espacio y en el tiempo, ya ha ocurrido y ese alcance ya está determinado. El acto sugerido sería individual o subjetivo y concreto, porque tanto los sujetos a los que se aplica su disposición como el acontecimiento alcanzado estarían determinados al momento de su vigencia, aunque posiblemente la enunciación de la lista nominativa de los sancionados requerirá seguramente un relevamiento posterior. Nadie dudaría que todos los que hayan incurrido en la conducta C en esa fecha estarán legitimados para impugnar la sanción.

4. La sentencia comentada. El acto impugnado en la acción de nulidad en que recayó la sentencia que ahora se comenta dejó sin efecto la designación de una encargatura, y designó para la misma en su lugar a otro funcionario. El Tribunal, en mayoría, reconoce que un tercer funcionario, el actor en la causa, se encontraba en situación de interés legítimo para desempeñar esa encargatura, y por eso admite que hubiera podido impugnar el “acto tácito por el que no se lo elegía para asignar las funciones encomendadas” (Considerando VI del fallo en mayoría; conf. ap. 10 de la discordia).

Sin embargo, en mayoría, el Tribunal desestimó la demanda anulatoria “y, en su mérito, declárase la ausencia de legitimación causal activa del promotor”.

La mayoría del Tribunal se funda (y así me honra) invocando literalmente una frase mía¹⁴: “Si la norma es general, el interés será directo si el actor está comprendido en la categoría que define la dimensión subjetiva del supuesto normativo; dicho más simplemente, si está comprendido en los sujetos alcanzados por la norma. (...) Si la norma, por el contrario, no es general sino particular, sólo estará legitimado, sólo tendrá un interés que además de personal sea directo, el sujeto o los sujetos individualizados en la dimensión subjetiva del supuesto normativo”.

Sin duda fui excesivamente sucinto en la referencia a esa hipótesis de norma particular; allí estuvo mi error, en el que induje a la mayoría del Tribunal acerca de mi opinión sobre

¹³ Otra vez, hay que cuidarse de no caer en discrepancias meramente terminológicas; podrá preferirse el calificativo de “plurales”, o algún otro, cuando no se apliquen a un solo individuo. Lo que importa es el concepto.

¹⁴ Considerando VI del fallo en mayoría. Conviene destacar ahora, como resulta expresamente de lo dicho en la pág. 153 y en nota 35, de CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Conceptos constitucionales definitivos de la legitimación del actor...*, cit., que en ese pasaje transcrito por el Tribunal me refiero al supuesto normativo de la norma cuestionada en la acción de que se trate, y asimismo que allí se está “utilizando –lo que no siempre ocurre– la denominación ‘norma’ en el sentido del art. 120 del Decreto N° 500/991, vale decir comprendiendo tanto las generales como las particulares, tanto las abstractas como las concretas”.

el punto¹⁵. Porque era necesario explicar que cuando la Administración debe optar entre varios posibles destinatarios del acto, y especialmente (aunque no exclusivamente) cuando el acto es de contenido beneficioso¹⁶, tan individualizados resultan el sujeto por el que opta expresamente el acto, como todos y cada uno de los demás postulantes en situación de interés legítimo al respecto, que necesariamente debieron ser considerados como eventuales beneficiarios, so pena de ilegitimidad por esa sola razón si no lo hubieran sido.

La individualización de esos terceros en situación de interés legítimo puede emanar de un procedimiento previo formalizado, v.gr. un concurso o una licitación; y en tal caso, todos ellos estarán legitimados sin duda alguna para impugnar el acto administrativo que lo lesione, aunque en el acto con que culminen esos procedimientos sólo se mencione el nombre del concursante designado o ascendido, o al adjudicatario de la licitación. Nunca se ha dudado al respecto, ni en doctrina ni en jurisprudencia.

Pero también la individualización de terceros titulares de intereses legítimos en conflicto con el del destinatario expreso del acto puede surgir a posteriori del perfeccionamiento del acto lesivo, en el trámite de su impugnación en vía administrativa mediante los recursos pertinentes; y si el impugnante probara oportunamente, en vía administrativa o luego en la jurisdiccional, las circunstancias constitutivas de su situación jurídica legitimante en el momento de la vigencia del acto lesivo, también sin duda alguna deberá admitirse su legitimación para impugnar mediante acción de nulidad. La existencia de esa situación jurídica depende de circunstancias sustanciales, fácticas y normativas, y el momento relevante respecto a esa existencia es el de la vigencia del acto lesivo¹⁷ (sea que coincida con el momento de perfeccionamiento, o que sea retroactiva o diferida)¹⁸. La oportunidad de la prueba de esa existencia en ese momento, dependerá en cambio de circunstancias procedimentales, ajenas al hecho mismo a probar; nada impide que esa prueba ocurra, precisamente, en el trámite de la acción de nulidad, que es donde la existencia de esa legitimación adquiere una relevancia que no tenía en la tramitación de la impugnación administrativa¹⁹.

La mayoría del Tribunal no tuvo en cuenta esta legítima posibilidad de individualización del titular de un interés legítimo en conflicto con el del beneficiario, lesionado por el acto administrativo impugnado, ocurrida tempestivamente con posterioridad a su perfeccionamiento. Como se señala en la excelente discordia, el actor invocó ser titular de un interés calificado para impugnar el acto “en tanto reunía las condiciones necesarias para aspirar a desempeñarse como Encargado”; por ello precisamente y porque la designación del

¹⁵ Hace muchos años, cuando todavía era joven, un querido colega, amigo y compañero del Banco Central, además maestro en muchos aspectos, el Dr. Luis Seguí González, me comentó (iba a escribir “reprochó”) que aunque no lo fuera por ascendencia ni por formación, parecía alemán por la parquedad de mi estilo. Parece que de viejo sigo pecando por lo mismo.

¹⁶ Sobre la distinción de “actos favorables o ampliatorios de derechos y facultades” y “actos de gravamen o limitativos”, a los que añaden una referencia a los que la doctrina alemana denomina “actos administrativos de doble efecto”, favorables para un sujeto y de gravamen para otro (entre los que se incluiría sin duda el considerado en la sentencia comentada): GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I, Madrid, 2002, págs. 570 a 572; también PARADA, Ramón, **Derecho Administrativo**, vol. I, 5ª ed., Madrid, 1993, págs. 110 a 113.

¹⁷ Así resulta del concepto constitucional de “interés legítimo”, en especial del art. 309 inc. 3º, y también del art. 318 en la interpretación predominante admitida por la jurisprudencia: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 876 a 887.

¹⁸ Sobre el concepto de vigencia y sus variables aludidas, véase *supra*, nota 12.

¹⁹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., **Recursos administrativos**, 4ª ed., Montevideo, 2008, págs. 105 a 107.

beneficiario expreso excluía la satisfacción de su propio interés, debe admitirse (utilizando ahora las palabras de la mayoría pero para invertir su afirmación) que “el promotor [sí] se encuentra en el ámbito subjetivo de la norma creada por la resolución enjuiciada” (Considerando VI, párrafo tercero, *in fine*); por ende el Tribunal debió “ingresar a analizar si existe o no el interés calificado que invoca a efectos de decidir sobre su legitimación en la causa” (otra vez la discordia, ap. 5, *in fine*).

5. Inviabilidad absoluta de las vías procedimentales sugeridas por el Tribunal para acceder al control jurisdiccional. La mayoría del Tribunal vio claramente, como se ha señalado antes (*supra*, parág. 4, primer párrafo), que el actor en la causa era titular de un interés legítimo que había sido lesionado por el acto encausado; por eso afirmó que una vía para acceder al control jurisdiccional “hubiera sido inferir la existencia de un acto tácito por el que no se lo elegía para asignar las funciones encomendadas. Y esa inferencia realizarla a partir del acto expreso referido...” (Considerando VI)²⁰.

La contradicción en que incurre la mayoría del órgano es manifiesta. Con el significado con que el Tribunal puede haber utilizado el calificativo “tácito”²¹, es ostensible que mal podría admitirse que el contenido implícito pudiera modificar el aspecto subjetivo del supuesto normativo del acto expreso en que se contiene; siempre comprendería al beneficiario expreso y a todos los demás sujetos que cumplan los requisitos exigidos para serlo.

²⁰ El Tribunal invoca en su apoyo: “Cfe. Sentencia N° 507/2015”. Sin embargo, las circunstancias de uno y otro caso no son asimilables. En el fallado por esta última sentencia, se contenía contra un acto que dispuso la recontratación de una nómina de funcionarios en la cual no se incluía al actor, invocándose en la acción de nulidad la existencia de un “acto tácito” de exclusión del promotor. El Tribunal parece admitir la procedencia de la impugnación de ese “acto tácito”; pero rechazó la acción porque a su respecto no se había agotado debidamente la vía administrativa, ya que el recurso administrativo se dirigió contra el acto expreso. En mi opinión, no cabía en ese caso la invocación de tal “acto tácito”, porque la recontratación de los demás funcionarios no excluía por sí la del propio promotor; se trató de un caso cuya presunta ilegalidad –ha señalado el mismo Tribunal– no radicaría en aquello que contiene sino en lo que se pretende le falta (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., pág. 151, nota 92). Por la misma razón, acierta el Tribunal en esa sent. N° 507/015 cuando sostiene que el actor no estaba legitimado para promover la acción, por no estar comprendido en la dimensión subjetiva del acto en cuestión y carecer por ende de interés *directo*. En cambio, en el caso de la sentencia N° 176/016 que se comenta en esta nota, la designación del beneficiario sí excluía la del actor y por ello éste sí era titular de un interés directo.

²¹ Para esclarecer los diversos sentidos en que suele utilizarse el calificativo “tácito”, utilizaré los adjetivos que entiendo preferibles para cada uno de ellos, siguiendo fundamentalmente una vez más al ilustre maestro Horacio CASSINELLI MUÑOZ (*Los plazos para decidir*, “Rev. D.J.A.”, T. 57, págs. 98/99; y en **Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados compilados por Carlos Sacchi**, cit., págs. 462 a 465):

- a) **Acto *facto***: “se configura como un hecho al que el orden jurídico atribuye los efectos jurídicos propios de un acto jurídico; el contenido que tendría este acto, el órgano a quien se le imputa, la eficacia formal que se le da, se determinan por el orden jurídico en función de diversas circunstancias”. Es el caso del art. 318 inc. 2° de la Constitución.
- b) **Acto *tácito***: “supone una manifestación de voluntad, efectuada sin la forma expresa: la que resulta de un comportamiento que supone necesariamente la voluntad de que se trata.”
- c) **Acto *presunto***: “es el que se manifiesta por hechos que, en opinión de quien los aprecia o según una regla de derecho, hacen presumir su existencia. Esta presunción admite prueba en contrario [...]; si la ley hablare de presunción absoluta, estaríamos en realidad ante un acto *facto*.”
- d) **Acto *implícito***: “Es conocida la tripartición del contenido de los actos jurídicos típicos en elementos esenciales (o necesarios), naturales (o implícitos) y accidentales. La presencia de los elementos típicos de una categoría de actos jurídicos determina la inclusión del acto en la respectiva categoría (nominada); la pertenencia del acto a determinada categoría (nominada) conlleva un contenido implícito necesario de la categoría y un contenido implícito contingente de la categoría, pudiendo este último ser descartado

Pero aunque así no fuera, se equivoca la mayoría del Tribunal cuando afirma que “el accionante equivocó el camino procedimental para acceder al contralor jurisdiccional. Ante el panorama descrito—dice— una vía hubiera sido inferir la existencia de un acto tácito por el que no se lo elegía para asignar las funciones encomendadas. Y esa inferencia realizarla a partir del acto expreso referido...”. Ese criterio para deslindar los casos en que el objeto de la acción de nulidad puede—o debe— ser un “acto tácito” (en verdad, la parte implícita del contenido de un acto expreso) no es admisible.

Podría ocurrir que el contenido agravante de un acto fuera exclusivamente alguno implícito, sin que lo sea el expreso²². En tal caso, podría sostenerse que sólo aquel contenido implícito fuera el objeto de la impugnación; aunque en verdad la pretensión, y el fallo congruente con ella, sería la anulación del acto expreso que—como siempre—ocurriría tan solo en cuanto agravara al actor. Pero si el contenido expreso del acto en cuestión fuera agravante, aunque exista otro u otros implícitos (v.gr., existencia de infracción si se aplica una sanción, o exclusión de los otros postulantes cuando la opción por uno de ellos los excluya necesariamente), ese será el objeto del accionamiento, aunque el o los contenidos implícitos se infieran necesariamente del expreso.

Tampoco sería viable “el otro camino procedimental que el actor podía tomar” según sugerencia del Tribunal: “la movilización de una petición administrativa para que se le asignaran a él las funciones encomendadas y con ello provocar el dictado de un acto expreso o el perfeccionamiento de un acto ficto sobre su esfera personal, con lo cual habilitar el debate jurisdiccional”. Ese camino procedimental chocaría insalvablemente con la objeción de que no son objeto de acción de nulidad las resoluciones meramente reiterativas, porque no siendo ellas las creadoras de la situación jurídica lesiva, su anulación no proporcionaría satisfacción al impugnante (Decreto—ley N° 15.524, art. 24 inc. 2°); en este aspecto, la ley no hace sino consagrar la copiosa e invariable solución jurisprudencial anterior²³.

6. Conclusión. La conclusión de lo expuesto la expresó en forma inmejorable la excelente discordia de la sentencia comentada: “si el acto contiene una decisión que afecta directamente un interés personal y legítimo de alguien porque está en una situación jurídica objetiva que le habilita a aspirar a algo que el acto tácitamente le niega, aunque no esté nombrado en el acto, debe admitirse que está legitimado para accionar” (ap. 7, párrafo cuarto *in fine*).

Setiembre de 2016.

mediante la inclusión de cláusulas accidentales (contenido necesariamente explícito, que es esencialmente contingente)”.

Sobre el empleo del término “tácito” con esos diversos sentidos, véase: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., págs. 122/123, y especialmente *Contencioso administrativo de reparación patrimonial*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 778 a 781, y demás bibliog. cit.

Sobre el sentido en que lo emplea el Tribunal en la sentencia comentada, sólo puede ser el de acto *implícito* (*rectius*: parte *implícita* del contenido de un acto expreso), puesto que infiere su existencia del contenido expreso de un acto administrativo formal. Se trata en el caso de un contenido implícito necesario, puesto que la encargatura sólo podría recaer sobre un único funcionario, de modo que la opción por uno excluye cualquier otra.

²² Podría suponerse que así fuera si un acto incluye a un sujeto en un acto de contenido favorable, o le excluye de un acto de gravamen, por considerársele implícitamente incluido en una categoría, inclusión que él mismo considere agravante.

²³ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., págs. 149/150 y nota83.

LAS SENTENCIAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: A PROPÓSITO DE UN CASO

Maximiliano Cal Laggiard (*)

I. INTRODUCCIÓN.

La denominación “*Estado Constitucional de Derecho*” constituye un dato ineludible de la literatura jurídica actual¹ y en los diversos ordenamientos jurídicos². Dentro de las manifestaciones que se atribuyen a dicha noción, cobra particular relevancia el rol que llevan adelante los jueces a través del dictado de sus sentencias.

Al respecto, al intentar fundar un acercamiento entre las jurisdicciones del *Civil Law* y el *Common Law*, se ha señalado -partiendo de los postulados del Estado Constitucional- que “... *si el derecho no está más en la ley, pero sí en la Constitución, la jurisdicción no se destina más a declarar la voluntad de la ley, sino a conformar la ley a los derechos contenidos en la Constitución*”³.

El enfoque del fenómeno precedente se realizará a partir del análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, en donde las discordias planteadas y, posteriormente, el cambio en la jurisprudencia de la Corporación, dan cuenta de la operatividad de los postulados del Estado Constitucional y su incidencia en las resoluciones judiciales.

En tal sentido, se analizarán los hechos constitutivos del caso y los argumentos dados por la Suprema Corte de Justicia en mayoría, en la sentencia N° 101/2015 de 22 de abril de 2015, así como los argumentos contenidos en las discordias.

Delimitado lo anterior, lo cual no es más que la explicitación sintética del contenido de la sentencia, se postulará que la decisión adoptada en mayoría es adecuada a los parámetros del Estado Constitucional de Derecho.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Profesor Ayudante Grado I interino de Derecho Procesal I y II en la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal I y II en la misma Universidad. Correo electrónico: maximilianomcal@gmail.com

¹ Ver: Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, en especial a partir de págs. 65 y sigtes.

² A título ejemplificativo, la Constitución de Ecuador (aprobada en 2008), establece en su art. 1° que “*El Ecuador es un estado constitucional de derecho y de justicia...*”. Sobre el tema ver: Ávila Santamaría, Ramiro. “Del Estado Legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, págs. 775 y sigtes.)

³ GUILLHERME MARINONI, Luis. “Aproximación crítica entre las jurisdicciones del *Civil Law* y del *Common Law* y la necesidad del respeto de los precedentes” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, pág. 1031.

II. EL CASO

En muy escueta síntesis, los elementos constitutivos de la pretensión promovida consistían en el reclamo de diferencias de remuneración por parte de un grupo de funcionarios del Banco de la República Oriental del Uruguay (en adelante BROU).

La causa de pedir de dicha pretensión fincó en que a dichos funcionarios les encomendaron tareas superiores al cargo presupuestado que detentaban, lo cual no fue controvertido y resultó debidamente comprobado.

En Primera Instancia el reclamo de los funcionarios fue estimado parcialmente, mientras que en Segunda Instancia fue desestimado íntegramente por parte del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno.

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia que mérita estos comentarios, casó el pronunciamiento de Segunda Instancia y, en su lugar, amparó íntegramente la demanda.

A continuación se analizarán los argumentos dados por la Corporación en mayoría, así como las posiciones en discordia.

II.A. La posición de la mayoría

Conforme viene de explicarse y en lo que resulta de interés en la presente nota, la mayoría sostuvo: *“Al surgir de autos que los actores cumplieron efectivamente funciones de cargo superior, trae como consecuencia remunerar adecuadamente la función cumplida. En consecuencia, el órgano de segundo grado no aplicó correctamente el art. 54 de la Constitución (derecho a la justa remuneración), así como los principios de enriquecimiento sin causa e igualdad. Ello por cuanto la asignación de redistribución de tareas por parte de la Administración provoca una suerte de “enriquecimiento sin causa” en beneficio del Ente público, el cual podría beneficiarse “sine die” de la asignación de tareas ordenadas informalmente. Por lo que, la real existencia de las tareas, así como la licitud, la temporaneidad y la categoría de las mismas determina la procedencia de la reclamación ejercitada. Y, al encontrarse debidamente acreditados en el subexamine, corresponde hacer lugar a la demanda en el sentido indicado⁴”*.

II.B. Las discordias

Por su parte, a modo de síntesis de los argumentos expresados en las discordias, figura que los funcionarios públicos se encuentran sometidos a un régimen estatutario, requiriéndose de designación expresa por parte de la Administración a efectos de que se genere el derecho a percibir diferencias en la remuneración.

⁴ Sobre el tema existen múltiples pronunciamientos de la Corporación, así, de modo coincidente, también por mayoría, figuran las sentencias N° 153/2015 de 21 de mayo de 2015 y la sentencia N° 189/2015 de 8 de junio de 2015. Importa señalar que, dado las modificaciones en la integración de la Corte, se invirtió la mayoría que consideraba fundado los reclamos de diferencias de remuneraciones de los de funcionarios públicos por realizar tareas de mayor jerarquía a su cargo presupuestal. En tal sentido, la sentencia N° 38/2016 de 3 de marzo de 2016 -dictada con la actual integración de la Corte- desestimó la demanda promovida por un grupo de funcionarios del BROU, reclamando ser indemnizado por la realización de funciones superiores a sus cargos presupuestales.

Concretamente, la posición discordante argumentó: “. . . si se amparase el reclamo del accionante, resultaría desplazada toda la normativa de rango constitucional y legal en materia presupuestaria. Se crearía una suerte de presupuesto paralelo que, en lugar estar orientado a contemplar, en forma equilibrada, el interés general, atendería reclamos aislados e individuales que pueden y deben canalizarse por las vías respectivas”.

La postura que viene de señalarse, tras modificaciones en la integración de la Corte, pasó a ser mayoritaria. Así, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 38/2016, al desestimar el reclamo de un colectivo de funcionarios -también del BROU-, en términos que resultan armónicamente extensibles al caso, indicó: “. . . lo que la mayoría de la Corporación no comparte es que el mero desempeño de funciones superiores a las del cargo que se ocupe, implique esa violación y genere además responsabilidad, porque el acudir a las normas y principios generales (derecho a la justa remuneración, enriquecimiento sin causa) no puede significar la desaplicación de la normativa específicamente aplicable, ni la desatención a la realidad, que evidencia que en la causa u origen de la situación no solamente incide el quehacer estatal, sino también el del funcionario, y que no necesariamente estas situaciones importan empobrecimiento de aquél y correlativo enriquecimiento del Estado”.

Delimitado el caso y las posiciones sustentadas, se irá a su análisis desde las perspectivas indicadas, considerando el marco teórico atinente al Estado Constitucional de Derecho.

III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

III.A. Marco teórico

Dentro de la teorización del Estado Constitucional de Derecho, resulta ineludible referir a los estudios de Ferrajoli, quién, bajo la sugerente denominación: “*El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho*”, explicó: “*El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución⁵”.*

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, pág. 66. En similar orientación, sostuvo Cea Egaña que: “*Rectamente entendido, el Estado constitucional de derecho equivale a una*

La definición del Estado Constitucional de Derecho, si bien parece una Perogrullada, parte de la noción y delimitación de la importancia de la Constitución en el ordenamiento jurídico y, en particular, su conceptualización como fuente de Derecho⁶.

En este sentido, Aguiló Regla, tras preguntar en qué consiste la Constitución en los Estados Constitucionales, menciona la concurrencia de tres características de la Constitución. En primer término, señala que se trata de sistemas jurídicos en donde existe una Constitución rígida, entendida como aquella cuya jerarquía es superior a las leyes. La segunda característica está dada porque la constitución rígida asume los fines del constitucionalismo como ideología -constitucionalismo político-, es decir *“la limitación del poder político y la garantía de los derechos”*. La tercera característica finca en que la constitución rígida, acorde a los parámetros del constitucionalismo político, debe ser efectivamente practicada, es decir, consolidada en el sistema jurídico⁷.

Continuando con el planteo precedente, se refiere a una nueva dimensión de las fuentes del Derecho a partir del constitucionalismo, en donde *“El orden jurídico legítimo será expresivo de una “razonable” determinación y concreción de los derechos constitucionales; y de esta forma, junto a la exigencia de consistencia normativa por lo que refiere a la unidad de contenidos del orden jurídico, hará aparición la exigencia de coherencia valorativa como test de corrección normativa. La noción de laguna normativa será desplazada por la de laguna axiológica y la de caso difícil, pues de la constatación de la falta de regulación (o de la regulación defectuosa) se procederá a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta en relación con el caso en cuestión. Todo ello ha desembocado en lo que se ha venido en llamar la “constitucionalización del orden jurídico” y ha supuesto que en la teoría del Derecho se haya producido un desplazamiento desde la teoría de la autoridad a la teoría de la justicia⁸”*.

reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes, de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpenetración del orden jurídico interno con el internacional y otros vectores de semejante importancia. En pocas palabras, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal que no coincide sólo con la legitimidad formal que elaboró Max Weber” (así: Cea Egaña, José Luis. “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, t. I, pág. 49).

⁶ Sobre la cuestión se ha señalado que *“..la Constitución irrumpe como fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no solo como fuente de las fuentes. Ello altera la relación Constitución-ley. De una dinámica en la cual los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución, adquirirían fuerza en tanto eran desarrollados por la ley, se pasa a una relación de subordinación en donde -en palabras de Susana Pozzolo- la ley opera como un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas. Lo cual, de paso, nos obliga además a repensar el principio dinámico con el que por tanto tiempo se caracterizó el sistema jurídico, pues la innovación por parte de normas subconstitucionales, de acuerdo a esta nueva lógica, es válida en tanto su contenido sea deudor de los principios y valores contenidos en la constitución, rasgo propio de los sistemas estáticos”* (así: Núñez Leiva, J. Ignacio. “Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de los derechos” en *Estudios Jurídicos*, N° 7, pág. 241).

⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, págs.39 – 42.

⁸ Aguiló Regla, Josep. “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, cit., págs. 48 – 49. Al delimitar los rasgos del Estado Constitucional y, en particular, la fuerza normativa de la Constitución, se ha señalado *“..la consideración de la Constitución como auténtica norma jurídica. De ahí que el carácter*

Para finalizar esta somera presentación del Estado Constitucional de Derecho, cabe remitir a una suerte de programa o sistematización de lo que el Estado Constitucional de Derecho implica. Así, en términos de Guastini, resulta posible la siguiente síntesis: “- *La superioridad axiológica de la constitución sobre la ley*; - *La idea de que la constitución tenga no solo, o no tanto, la función de limitar al poder político, sino además y, quizás sobre todo, la función de modelar la sociedad, y por tanto no sólo de prevenir (en negativo) una legislación lesiva de los derechos, sino también de orientar (en positivo) a toda la legislación en su conjunto*; - *La idea de que la constitución carezca de lagunas, de que por sus principios predeterminen o por lo menos orienten la disciplina legislativa de cualquier supuesto de hecho, dejando márgenes reducidos para la discrecionalidad política del legislador*; - *La idea de que las Constituciones democráticas incorporen principios de justicia objetivos, que por ello sean justas, y que por tanto ameriten obediencia*; - *La superioridad axiológica de los principios sobre las reglas*; - *La idea de que las reglas (cualquiera sea su tenor literal) cedan, que puedan (o deban) ser derogadas, estén sujetas a excepciones, a la luz de los principios, a fin de que todo caso concreto tenga una solución justa*; - *La superioridad axiológica de las normas que confieren derechos sobre aquellas que organizan los poderes públicos*; - *La idea de que las normas “materiales” de la constitución regulen no sólo las relaciones verticales entre Estado y ciudadano, sino también las relaciones horizontales (“privadas”) entre ciudadanos, y que por tanto deban encontrar aplicación directa en la jurisprudencia civil, penal, administrativa*; - *La idea de que exista una estrecha conexión entre derecho y justicia*; - *La idea de que el derecho, cuando sea justo, deba ser obedecido*; - *La desvalorización del modelo de ciencia jurídica como discurso meramente cognitivo y a-valorativo, característico del positivismo jurídico metodológico*; - *La idea de que la ciencia deba en cambio ser una ciencia “práctica” y*

normativo que se le atribuye. En este sentido, la Constitución -y la Carta de derechos que incorpora- es un documento político, sino una auténtica norma jurídica, con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento [...] es norma jurídica suprema, esto es jerárquicamente superior en tanto procede de un poder con legitimidad cualificada, cómo es el poder constituyente y, desde el punto de vista material, es la norma fundamental. Como consecuencia de ello, es parámetro de validez de toda norma del ordenamiento jurídico, de ahí que este modelo imponga una profunda revisión del esquema de fuentes diseñado por el positivismo legalista [...] la intermediación constitucional, esto es, la dimensión en virtud de la cual, la constitución es accesible a todos los operadores jurídicos y no sólo al legislador, y ello derivado de su supremacía formal y material. A este respecto, se habla del principio de eficacia o aplicación directa del texto constitucional, en virtud del cual las disposiciones constitucionales pueden ser alegadas directamente en cualquier proceso o causa y los jueces ordinarios son competentes para resolver litigios a la vista del ordenamiento jurídico constitucional [...] la constitución como texto está básicamente integrado por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos [...] la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador, cuanto por parte de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a esos principios [...] La conjugación de estos rasgos -y, especialmente, el de supralegalidad- ha llevado a sostener que nos encontramos ante la culminación de la categoría “Estado de Derecho”, dando así cumplimiento a la definición de constitución que encontrábamos en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda Sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene en absoluto Constitución” (así: Añón, María José. “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional” en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Nº 40, págs. 26 – 28). Sobre el tema, ver: Landa, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales” en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución, págs. 17 y sigtes.

*normativa, que deba de tal modo orientar a la jurisprudencia y, cuando sea necesario a la legislación*⁹.

Cada uno de los ítems precedentes resulta pasible de un análisis particular. Sin embargo, a los efectos del presente comentario, podría sintetizarse como punto central del Estado Constitucional de Derecho a “. . . una Carta extremadamente penetrante, invasora, desbordante, que viene a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando legislación, doctrina y jurisprudencia, y es por ello que también disciplina las relaciones entre particulares. Se implanta la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas y en todos los conflictos”¹⁰.

Evidentemente que la actividad jurisdiccional no resulta ajena los parámetros que vienen de anunciarse, sino que, muy por el contrario, adquiere un rol preponderante, conforme pasa a explicarse.

III.B. Rol de los jueces

En el ordenamiento jurídico vernáculo, hace algunos años, hubiera resultado impensado, quizás hasta tildado de ridículo, que por la vía excepcional del proceso de amparo, se condene al Estado, en base al “derecho a la salud” -constitucionalmente reconocido (art. 44 de la Carta)-, a otorgar medicamentos y tratamientos de alto costo. Actualmente, más allá de la jurisprudencia dividida de los Tribunales de Apelaciones, tal circunstancia es una realidad indiscutida¹¹.

Similares consideraciones resultan de la imposición de diversas prestaciones de hacer por parte del Poder Judicial hacia otros órganos del Estado. Respecto de dichas pretensiones, se objetaba que implicaban una violación al régimen de separación de poderes, en tanto el Poder Judicial se inmiscuiría en tareas que serían propias y excluyentes del Poder Administrador. Desde la perspectiva del Estado Constitucional, la separación de poderes se erige en un dogma que cede ante la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales¹².

⁹ Guastini, Riccardo. “A propósito del Neoconstitucionalismo” en *Otras distinciones*, págs. 153 – 154. En similares términos ver: Atienza, Manuel. *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, págs. 33 y sigtes.

¹⁰ GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo. Código y Ley Especial*, pág. 6. Al decir de Prieto Sanchis, “En este nuevo panorama es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional [...] Esto es lo que a veces se ha llamado el efecto “impregnación” (Guastini) o efecto irradiación del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos; o, como dice Zagrebelsky, la ley, que en otro tiempo fue medida de todas las cosas en el campo del Derecho, ha de ceder el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de mediación. Porque la constitución es una norma que está presente en todo tipo de conflictos, y no sólo en los de naturaleza política o competencial que se entablan entre los órganos supremos del Estado, el constitucionalismo desemboca en una cierta omnipotencia judicial, en el sentido de que el juez, antes o al mismo tiempo que se pregunta por la mejor solución legal al caso, ha de hacerlo también por la más adecuada solución constitucional” (así: Prieto Sanchis, Luis. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales” en *Ponderación y derecho administrativo*, pág. 56).

¹¹ Sobre el estado actual de la cuestión, ver: Gutiérrez, Adrián y Ordiozola, Miguel. “Reclamos de medicamentos y otras prestaciones de alta costo” en *Estudios Multidisciplinarios sobre Derecho Médico y organizaciones de salud*, págs. 277 y sigtes.

¹² Sobre la posibilidad de imponer prestaciones de hacer a los distintos órganos estatales, resulta ilustrativo lo referido por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno que, al postular la

Las cuestiones precedentes, así como el caso que motiva estos comentarios, no son más que especificaciones del rol de los jueces en el Estado Constitucional. Sobre la cuestión se ha sostenido que *“El juez, en un estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la constitución y convertirse en “cerebro y boca de la constitución”¹³”*.

Bajo la sugestiva denominación *“Hacia una jurisprudencia principialista”*, un ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia señaló: *“La Constitución con sus disposiciones programáticas no se dirige solamente al legislador para que a la larga transforme en leyes*

admisibilidad de tales pretensiones, indicó *“...dictar la sentencia pretendida no significaría una ilegítima invasión de una esfera jurídica privativa del poder administrador ni vulneraría el principio de separación de poderes. En un Estado de Derecho está fuera de discusión que todos los órganos del Estado, como las demás personas públicas estatales, están obligadas a ajustar su conducta a lo que disponen la Constitución y las leyes, del mismo modo que lo están las personas privadas. La garantía esencial que esa forma de Estado conlleva, radica precisamente en la sujeción de todos los agentes estatales a las normas establecidas para regular la actuación institucional, en lo formal y en lo sustancial, y la existencia de un amplio control del poder estatal, que admite el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de su conducta. En nuestro país, desde 1830, la Constitución de la República ha atribuido al Poder Judicial el ejercicio de la función jurisdiccional con las únicas restricciones que expresamente establece y, en ejercicio de esa atribución constitucional, los juzgados y tribunales uruguayos resultan habilitados para ordenar a las personas estatales el cumplimiento de los deberes -sean prohibiciones u obligaciones- que les haya impuesto la Constitución o, en su caso, las leyes. Así lo ha explicitado esta Sala en sentencia reciente n° 325 de 6 de diciembre de 2006, pero ya lo señalaba a mediados del siglo pasado SAYAGUES LASO cuando, en la primera edición de su Tratado de noviembre de 1953, comentaba que la reciente creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer en las demandas de anulación de actos administrativos, mantenía intacta la competencia que los tribunales ordinarios tenían desde la Constitución de 1830, para conocer en todas las demás pretensiones que se dedujeran contra los entes públicos (SAYAGUES LASO, Tratado, tomo II, 5ª.ed., p.607 y siguientes). Juzgar sobre lo que debe hacer el Estado no violenta ningún principio institucional, como la separación de poderes, en cuanto se trata de juzgar sobre actos u omisiones que están sujetos a reglas (actos reglados) y no supone adoptar decisiones que implican resolver cuestiones de oportunidad o conveniencia reservadas al ejecutor, aspecto que, en esa medida, escapa a la órbita jurisdiccional. [...] la tesis impulsada por los apelantes adolece de un grave anacronismo -se vincula a una concepción napoleónica del poder ejecutor- y es respaldada con citas doctrinarias inadecuadas a ese propósito. En ningún momento sostiene GIORGI que el único contralor jurisdiccional de los actos administrativos que admite la Constitución sea la acción anulatoria ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Antes bien, encuadra su tema en la teoría del control y señala que, ante la tendencia expansiva del poder político es imprescindible la creación de un sistema de racionalización del poder que tienda a proteger los derechos de los individuos y reemplazar la arbitrariedad por reglas precisas de actuación (GIORGI, El contencioso administrativo de anulación, Montevideo, 1958, p.11-34). En la actualidad, no se puede ignorar -manteniendo inexplicable silencio los desarrollos doctrinarios de CASSINELLI Y CAJARVILLE, que siempre han sostenido con firmeza en nuestro medio la existencia de principio de un control jurisdiccional de la acción estatal a cargo de la justicia ordinaria, con el fin de asegurar la sujeción a las normas constitucionales y legales y que la acción anulatoria de actos administrativos reservada a un órgano jurisdiccional ajeno al Poder Judicial debe verse como una excepción (CASSINELLI, «Acción de impugnación y acción de cumplimiento» R.D.J.A. 1971; CAJARVILLE, «El contencioso administrativo de reparación patrimonial» en Temas de Derecho Administrativo, p.43). También ha trabajado desarrollando esa idea esta redactora (Castro Rivera, «Pretensiones contra personas estatales y justicia ordinaria» en Rev. D. Público N° 17, p.47). Es que es hoy ampliamente reconocida la sujeción de los entes estatales a la Constitución y a la jurisdicción constitucionalmente conferida al Poder Judicial, lo que constituye la médula del Estado de Derecho”*.

¹³ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del Estado Legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, cit., pág. 786.

ordinarias aquél programa, sino que se dirige directamente también a los jueces, para que, mediante las aplicaciones de los principios generales y la interpretación evolutiva, hagan entrar inmediatamente en sus sentencias sin aguardar la obra del legislador el respeto a las nuevas exigencias sociales que la Constitución revela y consagra. La distinción tan discutida entre normas preceptivas y normas programáticas, que desgraciadamente ha servido y sirve para bloquear en sus disposiciones esenciales la actuación legislativa de la Constitución no debe ser considerada por los jueces como un obstáculo que les impida tomar en cuenta, en su jurisprudencia, las normas tendenciales que, aunque no traducidas todavía a leyes pueden servir ya de principios orientadores de la práctica judicial. Aun cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias, pueden ponerse en directo coloquio con ella y escuchar sus sugerencias, pueden traducirlas, día a día, a la realidad de las relaciones humanas. Esto no quiere decir desobediencia al principio de legalidad: inspirarse con la Constitución para introducir en las viejas fórmulas un espíritu nuevo he ahí precisamente el verdadero legalismo democrático en que debe jactarse la magistratura, autónoma y libre de inspirarse valerosamente¹⁴”.

En la vereda de enfrente a la postura precedente, se indicó: “Desde que la ley reglamenta los valores constitucionales, no es posible que en su lugar el juzgador utilice los principios generales, porque a estos solo es legítimo constitucionalmente recurrir, según el art. 332 de la Constitución, en defecto de reglamentación. Tampoco es legítimo que el juez prescindiera de la ley, para en su lugar aplicar el valor constitucional que considere prevaleciente, porque al legislador es al que le corresponde coordinar, equilibrar, reglamentar según razones de oportunidad y justicia los valores constitucionales [...] Desde que la ley es la reglamentación de los valores constitucionales, la interpretación de la misma debe efectuarse DESDE los valores constitucionales que reglamenta y de acuerdo a la regla de interpretación sistemática: no contradicción, unidad del sistema, etc. El legislador VALORA los intereses, según ponderaciones de oportunidad y justicia, por lo que la interpretación de la ley debe hacerse atendiendo a las valoraciones que sirven de base a la ley y que son inmanentes a ellas, situando a la norma jurídica particular en su conexión valorativa¹⁵”.

Como complemento de los razonamientos precedentes, cabe traer a colación el ideario artiguista, en donde resulta de particular relevancia, por su contenido programático, las Instrucciones del Año XIII y, concretamente la oración inaugural del Congreso en el que se redactaron tales Instrucciones. Allí, Artigas señaló a los diversos representantes de la otrora Provincia Oriental que *“Es muy veleidosa la probidad de los hombres, sólo el freno de la Constitución puede afirmarla¹⁶”.*

¹⁴ VAN ROMPAEY, Leslie. “Hacia una jurisprudencia principialista” en *Revista Judicatura*, N° 43, pág. 166; del mismo autor: “El rol del juez en la sociedad moderna” en *Revista de Derecho Público*, N° 34, págs. 13 y sigtes.

¹⁵ Carnelli, Santiago. “Actividad del Juez en la interpretación y creación del Derecho” en *Revista Judicatura*, N° 43, págs. 177 – 178, las mayúsculas son del original. Enunciado las críticas al constitucionalismo, se ha señalado: *“Este nuevo tipo de Derecho tiene, cabría decir, ventajas e inconvenientes. Por un lado, y simplificando mucho las cosas, se trata de un sistema jurídico que se toma en serio los derechos fundamentales y los valores de la democracia. Pero, por otro lado, los cambios introducidos para ello suponen también un Derecho más indeterminado e incierto lo cual -como Laporta ha subrayado recientemente- puede poner en riesgo un valor moral tan fundamental como*

En el referido congreso se establecieron instrucciones para los diputados orientales, que remitirían a la asamblea constituyente de las Provincias Unidas. Cabe acotar que la participación de los diputados orientales en dicho Asamblea fue rechazada por motivos formales, concernientes en supuestas deficiencias en su acreditación¹⁷.

Retomando la frase de Artigas y lo acaecido respecto de los representantes orientales, podrían señalarse dos circunstancias en tensión. Por una parte, el necesario freno a la *veleidosa probidad de los hombres*, lo cual podríamos relacionar con la seguridad jurídica y todo el bagaje positivista -hablando en términos gruesos-, también podría dar lugar a *veleidosa probidad*, los poderes conferidos al juez constitucional. Por otro lado -abstrayendo las circunstancias históricas concretas- la pretendida negativa basada en supuestos motivos formales, lo cual podría relacionarse con la aplicación estricta de la norma y, consecuentemente, una solución por fuera de lo que hace a la justicia del caso concreto.

En tal sentido, se ha señalado que *“Siendo la norma abstracta y general, y el caso concreto específico y particular, la aplicación de la primera al segundo ha de realizarse buscando la solución más adecuada al caso, sin privarlo de sus circunstancias (aquellas que lo caracterizan y le confieren su propia individualidad)”*¹⁸.

A modo de colofón, el Estado Constitucional conlleva una ampliación de los poderes de los jueces, cuyo fundamento reside, a su vez, en la ampliación de las fuentes normativas en donde los jueces fundan sus resoluciones¹⁹.

III.C. Su aplicación al caso

En el caso planteado, de la simple lectura de la posición de la mayoría y de las discordias, surgen dos interpretaciones posibles y antagónicas, ambas con incidencia determinante en

de la autonomía personal: si uno no sabe con cierta precisión a qué atenerse, cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas de su conducta, no puede entonces trazarse planes organizar racionalmente su vida. Además, el excesivo poder de los jueces (y no solo de los jueces constitucionales) significa una amenaza para la democracia: los “señores” del Derecho no son ya los legisladores, los representantes de la voluntad popular, sino órganos que carecen de legitimidad democrática, puesto que los jueces suelen ser nombrados por sistemas de cooptación [...] no resulta fácil aceptar que quien decide qué es lo justo (y no en el caso concreto, sino con carácter general) no sea la asamblea que representa la voluntad popular, sino un individuo, que muy bien podría dejarse llevar en sus actuaciones por motivaciones simplemente subjetivas (por ejemplo, el afán de notoriedad pública), con el riesgo de arbitrariedad que ello supone. En términos clásicos: ¿no se estará sustituyendo el gobierno de las leyes por el gobierno de los hombres? (Atienza, Manuel. Cit., págs. 35 – 36).

¹⁶ Oración inaugural del Congreso de Abril de 1813.

¹⁷ Ver: MIRANDA, Héctor. *Las Instrucciones del Año XIII*, t. I, págs. 48 y sigtes. Trasladando aquellas circunstancias históricas a la actualidad, no resultaría disparatado pensar en que un Juez hubiese habilitado la participación de los representantes orientales, mediante una modalidad procesal abreviada.

¹⁸ GAMARRA, Jorge. “Formalismo jurídico interpretativo a partir del estudio de una sentencia “ilegal” en *Tribuna del Abogado*, N° 187, pág. 18

¹⁹ Al respecto, se ha señalado que *“Podemos entender el cambio de ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de las leyes, sino también de los jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control. La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, de hecho, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos fundamentales”* (así: Ferrajoli, Luigi. “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” en *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, pág. 93).

el resultado del pleito. Tanto es el antagonismo en la interpretación de los mismos hechos, que un criterio supone amparar la demanda y otro, desestimarla íntegramente.

Así, entendemos que en el caso a estudio, la interpretación de la mayoría se adecua a la visión del Juez constitucional, mientras que las discordias al modelo legalista.

Ahora bien, tal como fuera referido precedentemente, cambios en la integración de la Corte han determinado que la posición de las discordias pase a ser la de la mayoría.

Relevadas tales oscilaciones jurisprudenciales y partiendo de la sentencia que motiva estos comentarios, perviven formas de interpretación diversas y contradictorias.

La coexistencia de diversos modos de interpretar hechos que resultan análogos, supone dilucidar la posibilidad de la existencia de una forma de interpretación prevaleciente.

Desde los textos normativos, a nivel constitucional, el art. 332 de la Carta prevé que: *“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas”*.

Por su parte, en el ámbito legislativo, el art. 16 del Título Preliminar de las Leyes convoca, ante la insuficiencia de la ley y los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales del Derecho. Similar temperamento es seguido por el Código General del Proceso, en donde la convocatoria a los principios aparece vinculada a la interpretación -art. 14- e integración -art. 15- de las normas procesales; particularmente en el ámbito de la integración se refiere a *“los principios constitucionales y generales del derecho”*.

Continuando con la enunciación normativa, nuestro ordenamiento prevé una definición legal de *regla de Derecho*, señalando que abarca *“todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”* (art. 23 lit. a del Decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984).

El rápido repaso normativo da cuenta del alcance operativo de los principios y, específicamente, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos.

Por lo tanto, no puede negarse que cuando la mayoría de la Corte resuelve el caso en cuestión y trae a colación, en la justificación de su decisión, a los principios constitucionales, ello no es algo diverso a la concretización de preceptos constitucionales.

Desde los postulados que inspiran al Estado Constitucional, importa referir a la pauta hermenéutica de interpretación conforme a la Constitución, a partir de la cual *“siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera. De éste se infiere que, una norma infravalente no debe ser declarada inconstitucional, mientras exista la razonable alternativa de lograr una interpretación que pueda conducir a obtener una armonía de dicha norma con la Constitución”*²⁰.

En síntesis, cabe sostener que en el caso, la mayoría de la Corporación, no se apartó de los textos legales, aún reglamentarios, so pretexto de acudir a la Constitución, sino que, a

²⁰ GUARIGLIA, Carlos E. *Presunción de Constitucionalidad de las Leyes*, pág. 173.

partir de la delimitación fáctica y jurídica elaborada por las partes -caso concreto-, optó por la interpretación adecuada al programa constitucional.

IV. CONCLUSIONES

Desde una visión crítica de los fenómenos que vienen de describirse, se ha señalado que “... *la interdisciplinariedad, ha colocado al Derecho en la posibilidad de efectuar metalec-turas ideológicas de su propio discurso, lo que permite descomponer aquellas otras -pienso- meramente descriptivas que del mismo se hacen; adoptando teorías que reformulan el concepto de fuente de producción del Derecho y lo que es más serio, recalifiquen el concepto de Estado de Derecho, modificando con ello, las estructuras más profundas de la ciencia jurídica, aspecto éste en el que hay que manejarse con sumo cuidado y en donde todas las precauciones que se tomen son sin duda, pocas*²¹”.

Similares prevenciones figuran en los estudios de Chaumet y Meroi, respecto al constitucionalismo como una posible “*luz verde*” al quehacer jurisdiccional, así como los peligros que supone el juez “*Eróstrato*”²². Al respecto, los citados doctrinarios plantean, como necesario límite al quehacer jurisdiccional -lo menos-, el incremento de las garantías dadas por un proceso contradictorio²³.

Evidentemente que se impone la prevención ante la amplitud de los poderes del Juez, consecuencia inherente de un redimensionamiento de las fuentes normativas aplicables a la resolución de los casos.

En la misma orientación, dicho aumento en los poderes del juzgador, no puede confundirse como una vía libre hacia la arbitrariedad. Así, resultaría inadmisibles que un Juez en base al derecho a la vivienda -constitucionalmente tutelado-, no proceda a realizar desalojos, o que, atendiendo a la especial consideración que merece la familia en la Constitución, no disuelva los vínculos matrimoniales.

En efecto, tal como lo han entendido Chaumet y Meroi, el efectivo contradictorio aparece como límite necesario e ineludible al quehacer jurisdiccional, aunque no el único, en tanto, una visión exclusivamente procedimental, no resulta suficiente para erradicar o justificar la arbitrariedad.

En consecuencia, se instala con particular relevancia la necesaria fundamentación y argumentación de las sentencias, como límite de racionalidad, ante los eventuales

²¹ MELIANTE GARCÉ, Luis. “La constitucionalización del Derecho. El “neoconstitucionalismo” entre luces y sombras. Su vinculación con la nueva teoría de la argumentación” en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 5, pág. 44.

²² Los autores refiere a la historia del personaje griego que incendió el templo de Artemisa en Éfeso - una de las siete maravillas del mundo antiguo-, con la única finalidad de obtener notoriedad, a partir del cual se forjó el complejo de Eróstrato, consistente en el trastorno de personalidad por el cual un individuo intenta sobresalir a cualquier precio (ver: Chaumet, Mario E. y Meroi, Andrea. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado” en *Prensa*, [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf) (consulta realizada el 27 de julio de 2016).

²³ CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea. “¿Es el derecho un juego de los jueces?” en *La Ley*, 2008, sección doctrina, págs. 717 y sigtes; de los mismos autores: “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado” en *Prensa*, cit.

desbordes que podrían propiciarse a través de la ampliación de las fuentes normativas que informan al quehacer jurisdiccional, comprendido este último, no en abstracto, sino como la solución del caso concreto, con todo lo que ello conlleva.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, Doxa, Universidad de Alicante, 2001.
- AÑÓN, María José. “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 40, Universitat de Valencia, 2002, págs. 25-36.
- ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, 2013.
- AVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del Estado legal al Estado constitucional de derechos y justicia” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, págs. 775-793.
- CARNELLI, Santiago. “Actividad del Juez en la creación e interpretación del Derecho” en *Revista Judicatura*, N° 43, Montevideo, abril 2005, págs. 169 - 186.
- CEA EGAÑA, José Luis. “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, t. I, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, págs. 43-56.
- CHAUMET, Mario E. y Meroi, Andrea. “¿Es el derecho el juego de los jueces?” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, 2008, págs. 717 - 729.
- CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho vigente” en *Prensa*, extraído del sitio web [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf) (consulta realizada el 27 de julio de 2016).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ta. Edición, Trotta, Madrid, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” en *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, págs. 86-108.
- GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo. Código y Ley Especial*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2012.
- GAMARRA, Jorge. “Formalismo jurídico interpretativo a partir del estudio de una sentencia “ilegal” en *Tribuna del Abogado*, N° 187, Montevideo, marzo-abril 2014, págs. 16-18.
- GHILLERME MARINONI, Luiz. “Aproximación crítica entre las jurisdicciones del *Civil Law* y del *Common Law* y la necesidad de respeto de los precedentes”, traducción de Christian Delgado Suárez, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, págs. 1.013-1.036.
- GUARIGLIA, Carlos E. *La Presunción de Constitucionalidad de las Leyes*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. “A propósito del Neoconstitucionalismo” en *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 68, 2014, págs. 149-173.
- GUTIÉRREZ, Adrián y ODRIOZOLA, Miguel. “Reclamos de medicamentos y otras prestaciones de alto costo (Análisis jurisprudencial)” en *Estudios Multidisciplinarios sobre Derecho Médico y organizaciones de salud*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, págs. 277-297.
- MELIANTE GARCÉ, Luis. “La constitucionalización del Derecho. El “neoconstitucionalismo” entre luces y sombras. Su vinculación con la teoría de la argumentación” en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 5, Montevideo, 2008, págs. 21-46.

- MIRANDA, Héctor. *Las Instrucciones del Año XIII*, t. I, Colección de Clásicos Uruguayos, Montevideo, 1964.
- NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. “Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo de los derechos” en *Estudios Jurídicos*, N° 7, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2009, págs. 229-248.
- LANDA, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales” en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2011, págs. 17-42.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales” en *Derecho Administrativo y ponderación*, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 51-71.
- VAN ROMPAEY, Leslie. “Hacia una jurisprudencia principialista” en *Revista Judicatura*, N° 43, Montevideo, abril 2005, págs. 159-167.
- VAN ROMPAEY, Leslie. “El rol del juez en la sociedad moderna” en *Revista de Derecho Público*, N° 17, año 34, FCU, Montevideo, 2008, págs. 13-31.

Fecha de recepción: 2 agosto 2016.

Fecha de aceptación: 20 agosto 2016.

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO
FRENTE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.
Comentarios al laudo arbitral
*Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay***

*José Ignacio Hernández G.**

INTRODUCCIÓN

El 8 de julio de 2016 un Tribunal Arbitral constituido en el marco del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), decidió el reclamo presentado por la empresa *Philip Morris Brands Sàrl y otros* en contra de Uruguay (CIADI No. ARB/10/7).

El reclamo se basó en diversas denuncias de violación del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) celebrado entre Uruguay y Suiza en 1988, derivadas de la regulación para el control sobre el tabaco dictada por Uruguay. En concreto, las denuncias partieron de dos medidas adoptadas por Uruguay: (i) la prohibición de comercializar más de una variedad de cigarrillo (la exigencia de presentación única) y (ii) la obligación de colocar advertencias sanitarias en el empaque, equivalentes al ochenta por ciento (regulación del 80%). Ambas medidas fueron adoptadas por medio de actos dictados por el Poder Ejecutivo, o sea, actos administrativos¹. El laudo arbitral de 8 de julio de 2016 desestimó las denuncias formuladas por la empresa tabacalera, al considerar que se trataba de medidas ajustadas al TBI, las cuales respondían al ejercicio razonable del poder del Estado para intervenir en la economía.

Se trata de una de las decisiones más importantes dictadas en uno de los temas que genera mayor preocupación en el arbitraje internacional de inversiones: el reconocimiento de límites al poder de revisión del arbitraje derivados del margen de deferencia que debe

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Universidad Monteávila. Investigador Visitante, Georgetown University.

¹ La regulación en materia de presentaciones fue dictada mediante la Ordenanza del Ministerio de Salud Pública de 18 de agosto de 2008. La regulación del 80% fue dictada mediante el Decreto N° 287/009 de 25 de junio de 2009.

reconocerse a la soberanía del Estado sede de la inversión para intervenir en la economía, esto es, el llamado «derecho a regular».

Asimismo, este laudo pone en evidencia cómo los casos resueltos por el arbitraje internacional de inversiones responden típicamente a controversias derivadas de la actividad de limitación que el Poder Ejecutivo del Estado sede ejerce sobre el inversor. Ello aconseja valorar a ese arbitraje desde una perspectiva más amplia, que tome en cuenta, dentro de las fuentes de Derecho Internacional aplicables, a los principios generales de Derecho Administrativo, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El propósito de este breve ensayo es analizar el citado laudo de 8 de julio de 2016, pero desde la perspectiva antes referida, es decir, desde la relación que debe existir entre el arbitraje internacional de inversiones y el Derecho Administrativo. A tal fin, el presente ensayo se dividirá en dos partes. En la primera se exponen las razones por las cuales el arbitraje internacional de inversiones tiene que valorarse desde el Derecho Administrativo Global, tomando en cuenta los principios generales de Derecho Administrativo. La segunda parte estudia el problema de la deferencia hacia el Estado sede, desde la mencionada perspectiva del Derecho Administrativo. Ambas partes se expondrán, principalmente, tomando en cuenta el citado laudo de 8 de julio de 2016.

I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El arbitraje internacional de inversiones ha sido valorado como una figura cercana al arbitraje comercial internacional, esto es, como un mecanismo para resolver disputas comerciales con el Estado. Asimismo, el arbitraje internacional de inversiones es valorado en el marco de los principios que rigen, en el Derecho Internacional, la responsabilidad del Estado. De esa manera, podemos citar recientemente los laudos de 24 de marzo de 2016, asunto *Mesa Power Group, LLC vs. Canadá*² y de 15 de abril de 2016, en el asunto *Vesley Group Limited v. Venezuela*³, en los cuales se insiste en la interpretación del correspondiente Tratado de acuerdo con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

La primera valoración la consideramos errada, mientras que la segunda valoración la consideración insuficiente. En efecto, el arbitraje internacional de inversiones, especialmente basado en Tratados, no se limita a la solución de disputas comerciales o contractuales. Antes por el contrario, toda la manifestación de la actividad e inactividad del Estado sede -especialmente por medio de su Administración, como veremos- queda sometida al Tratado. Por ello, el Tribunal Arbitral puede resolver disputas relacionadas con políticas públicas del Estado sede, traducidas en actos propios del Poder Público, como el acto administrativo.

De otro lado, no puede negarse que el Derecho Internacional resulta aplicable al arbitraje, especialmente en tanto su fuente directa es el Tratado. Sin embargo, las reglas de interpretación de los TBIs, de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena*

² Arbitraje bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, "TLCAN", conocido por sus siglas en inglés "NAFTA", de acuerdo con las reglas bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), párrafo 232.

³ Caso CIADI No. ARB/06/4, párrafo 115.

sobre el *Derecho de los Tratados*, son insuficientes, pues esas reglas no están especialmente diseñadas para resolver controversias Estado-inversor. Así, en el arbitraje internacional de inversiones las «*relaciones entre las partes*» a las cuales alude el citado artículo 31, no atienden a relaciones entre Estados, sino a relaciones entre el Estado sede y el inversor, típicamente, surgidas con ocasión a relaciones jurídico-administrativas.

Precisamente, es necesario atender a este último para realizar la naturaleza única del arbitraje internacional de inversiones, como un mecanismo especialmente diseñado para resolver controversias Estado-inversor, que en la práctica, suelen estar basadas en la actividad o inactividad de la Administración doméstica. De allí la propuesta de encuadrar al arbitraje internacional de inversiones dentro del llamado Derecho Administrativo Global.

1. El arbitraje internacional de inversiones como mecanismo de control de la Administración Pública

El sistema actual de arbitraje internacional es consecuencia de los cambios producidos entre las décadas de los cincuenta y los sesenta del pasado siglo. Luego de fracasar los intentos por crear instrumentos multilaterales de protección de inversiones, se optó por acudir a instrumentos bilaterales, orientados a promover y proteger las inversiones recíprocas. Tal fue el origen, en 1959, de los TBIs. Poco después, en 1965, se suscribió la Convención CIADI, por medio de la cual se creó un centro institucional especializado en administrar mecanismos de solución de disputas Estado-inversor, como el arbitraje.

En la década de los noventa del pasado siglo proliferaron los TBIs, como consecuencia del auge de las políticas de liberalización. Ello permitió el surgimiento de Tratados de integración que incluían, también, cláusulas de protección de inversiones, lo que permitió ampliar la categoría de Tratados a los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs).

Sin embargo, el cambio cuantitativo en el arbitraje internacional de inversiones se daría más recientemente, a inicios del presente siglo. Así, en 2001 Argentina atravesó una crisis económica que llevó al Gobierno a adoptar medidas de excepción⁴. Aun cuando las medidas de emergencia adoptadas se rigieron por el Derecho Público doméstico, diversos inversionistas consideraron que esas medidas violaban los estándares de tratamiento reconocidos en TBIs suscritos por Argentina. Por ello, sometieron tales controversias al arbitraje bajo las reglas del CIADI⁵.

A partir de entonces quedó en evidencia que el arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados tiene un alcance más amplio que el arbitraje comercial internacional y el que el arbitraje basado en contratos. Así, el arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados no conoce de simples controversias contractuales, sino de cualquier

⁴ Álvarez, José y Khamsi, Kathryn, “*The Argentine Crisis and Foreign Investor*”, en *The Yearbook of International Investment and Policy 2008/2009*, Oxford University Press, 2009, pp. 379 y ss. Por ello, el Derecho argentino ha prestado especial atención al arbitraje. Puede verse a Nieto, Rafael, “La paradoja del auge del arbitraje de inversión: ¿están los Estados reconsiderando su apoyo al arbitraje? El caso argentino”, en *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Legis, Bogotá, 2007, pp. 35 y ss.

⁵ Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Oxford, 2013, pp. 322 y ss.

actividad o inactividad imputable al Estado, especialmente, con ocasión a políticas públicas desplegadas en la economía a través de su Administración⁶.

Como era lógico esperar, la amplitud del control arbitral generó diversas críticas, que básicamente apuntaban a la falta de legitimidad del arbitraje para conocer de políticas públicas⁷. Estas críticas fueron particularmente intensas en Latinoamérica⁸, siendo relevante el caso de Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012)⁹, pues esos Estados denunciaron el Convenio CIADI, principalmente, considerando que las políticas económicas no podían someterse, sin más, a arbitraje internacional¹⁰.

Frente a esta realidad, un sector de la doctrina ha venido insistiendo en que es necesario cambiar la valoración del arbitraje internacional de inversiones, el cual debe ser considerado como un mecanismo de control externo sobre el Estado sede y su Administración, que garantiza el cumplimiento del Tratado aplicable y, por ello, promueve en el ámbito internacional el Estado de Derecho. Por ello, en una propuesta que compartimos, el arbitraje internacional de inversiones debe valorarse como un mecanismo de Derecho Público que regula relaciones entre el Estado y los inversores¹¹. Con lo cual, el estudio institucional de ese arbitraje debe ser de Derecho Público Comparado, es decir, de Derecho Constitucional y Administrativo Comparado¹². Esto permitirá una mejor interpretación de los estándares de protección del inversor que son así, también, estándares de revisión del

⁶ Lo que llevó a considerar la conexión entre ese arbitraje y el interés público. Entre otros, vid. Mills, Alex, "The public-private dualities in international investment law and arbitration", *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2012, pp. 99 y ss.

⁷ Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 17 y 43.

⁸ Cremades, Bernardo M., "Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America", en *Business Law International* N° 7, 2006, pp. 53 y ss.

⁹ En general, vid. Rondón de Sansó, *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI*, Caracas, 2012, pp. 205 y ss. Véase también a Titi, Catherine, "Investment arbitration in Latin America the uncertain veracity of preconceived ideas", en *Arbitration International Law* N° 30, 2014, pp. 357 y ss.

¹⁰ Rondón de Sansó, Hildegard, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Caracas, 2010, pp. 97 y ss. En el fondo de estas críticas, entendemos, reside un problema de mayor entidad: la aparente colisión entre el arbitraje internacional de inversiones y el concepto tradicional de Estado y soberanía, en el contexto de la globalización. Puede verse, desde la perspectiva Argentina, a Rosatti, Horacio, "Globalización, Derecho Constitucional y Arbitraje Internacional: Conexiones e interferencias en el caso argentino", en *Revista Internacional de Arbitraje* N° 13, Legis, Bogotá, pp. 79 y ss.

¹¹ La referencia al "Derecho Público", en este contexto, no desconoce que el arbitraje internacional es gobernado por el Derecho Público Internacional. La referencia, por el contrario, alude al Derecho Público Comparado con el sentido que esa expresión tiene en el Derecho doméstico, es decir, el Derecho que gobierna las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, típicamente, mediante el Derecho Constitucional y Administrativo. Ello implica reconocer la utilidad del método de Derecho Comparado: el arbitraje gobernando por el Derecho Internacional Público es analizado mediante la comparación con el Derecho Constitucional y Administrativo.

¹² Principalmente, vid. Wälde, Thomas, "The Specific Nature of Investment Arbitration", en Kahn, Philippe y Wälde, Thomas, (editores), *Les Aspects Nouveaux Du Droit Des Investissements Internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 42 y 76. Igualmente, vid. Stephan W. Schill, "International Investment Law and Comparative Public Law: Ways out of the Legitimacy Crisis?", tomado de <<http://www.iilj.org/research/documents/if2010-11.schill.pdf>> [Consulta: 04.08.16]. La adopción de un método de Derecho Público para encuadrar conceptualmente el arbitraje, es considerado un factor que aminora la crisis de legitimidad del arbitraje. Vid. Mann, Howard, "Civil society perspectives: what do the stakeholders expect from the international investment regime?", en *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, cit. pp. 22 y ss.

Estado sede y de su Administración¹³. En sentido similar ha observado Brown que el arbitraje internacional de inversiones permite el control jurisdiccional y la revisión de las políticas públicas adoptadas por el Estado en ejercicio de su soberanía, con lo cual ese arbitraje tiene un claro carácter de Derecho Público¹⁴.

2. *El arbitraje internacional de inversiones desde el Derecho Administrativo Global*

La especial naturaleza del arbitraje internacional de inversiones ha llevado a proponer que tal arbitraje debe insertarse dentro del llamado Derecho Administrativo Global, esto es, el conjunto de principios que, en el espacio global, (i) aplican a la Administración Global y (ii) a la Administración doméstica.

Así, conviene recordar que la propuesta del Derecho Administrativo Global surgió en la doctrina de Estados Unidos de Norteamérica, y luego fue desarrollada en Europa, incluyendo a España, así como en Latinoamérica. Inicialmente esta propuesta partió de la existencia de una «Administración Global». De esa manera, se observó que en el espacio global es posible identificar a organismos internacionales que desarrollan una actividad similar a la actividad administrativa, como es el caso del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas. Tales organismos, con la globalización, comenzaron a desarrollar una actividad cada vez más compleja y de cierta forma autárquica a la actividad administrativa del Estado. Por ello, del concepto tradicional de «Administración Internacional» se pasó al concepto de «Administración Global» para describir a esos organismos. Tomando en cuenta ello, la doctrina observó que la actividad de limitación o regulación de esos organismos incidían en la libertad de los ciudadanos, pese a lo cual su actividad no quedaba gobernada por ningún Derecho especial. Por ello se propuso articular un conjunto de principios generales o comunes de Derecho Administrativo -bajo la denominación «Derecho Administrativo Global»- con el propósito de asegurar que esa actividad de regulación cumpliera con principios tales y como el debido proceso, la proporcionalidad y la rendición de cuenta¹⁵.

¹³ Schill, Stephan W., "International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 3 y ss.

¹⁴ A pesar de lo cual, observa Brown que el marco institucional y procesal del arbitraje sigue modelos del arbitraje comercial. Cfr.: "Procedure in Investment Treaty arbitration and the relevance of Comparative Public Law", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, cit., pp. 659 y ss.

¹⁵ Una de las primeras referencias en este sentido es de Aman, Alfred, *Administrative Law in a Global Era*, Cornell University Press, 1992, especialmente pp. 131 y ss. Especialmente, vid. Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, Richard B., "The emergence of Global Administrative Law", *Law & Contemporary Problems* N° 68, 2005, Duke University, pp. 15 y ss. En España puede consultarse entre otros a Ballbé, Manuel, "El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", en *Revista de Administración Pública* N° 175, Madrid, 2007, pp. 215 y ss; Meilán Gil, José Luis, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Madrid, 2011, pp. 15 y ss.; Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 208 y ss.; Ponce Solé, Juli (coordinador), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010, *in totum*, y Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El Derecho administrativo global: un derecho principal", en *Revista de Derecho Público* N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 y ss. Desde Latinoamérica, entre otros, vid. Delpiazzo, Carlos E., "Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global", en *Desafíos del Derecho adminis-*

El Derecho Administrativo Global fue ampliado para incluir, también, a los organismos que se encargan de controlar, desde el Derecho Internacional, la actuación de los Estados y muy especial de su Administración Pública, en lo que Cassese ha denominado el «sistema judicial internacional»¹⁶. Dentro de esos organismos se han incluido a los Tribunales Arbitrales que resuelven disputas Estado-inversor, muy especialmente en el marco del Convenio CIADI, en tanto ese Convenio diseña mecanismos especiales de resolución de este tipo de controversias. De allí que Sabino Cassese ha concluido que el CIADI opera como una «*corte internacional administrativa*»¹⁷.

Esto ha permitido incluir al arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados dentro del Derecho Administrativo Global¹⁸. Dos consecuencias prácticas derivan de lo anterior:

- La *primera* consecuencia, es reforzar la tesis según la cual el arbitraje internacional de inversiones tiene, en el ámbito internacional, una naturaleza única y especial. Es único pues no existe, en el ámbito internacional, algún otro mecanismo general de solución de disputas Estado-inversor. Es especial, por cuanto el arbitraje está diseñado para resolver conflictos Estado-inversor, basados típicamente en relaciones jurídico-administrativas.

De allí el paralelismo existente entre el arbitraje internacional de inversiones y la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin perder de vista las importantes diferencias entre uno y otro mecanismo de solución de controversias, lo cierto es que en ambos casos nos encontramos ante controles jurisdiccionales externos sobre la Administración, que cumplen dos propósitos: (i) el control del principio de legalidad y (ii) la defensa de los derechos de los ciudadanos. En el arbitraje, el primer objetivo se logra a través del control sobre el cumplimiento de los estándares de protección previstos en el Tratado; lo segundo, se alcanza a través de la tutela de los derechos del inversor. De allí la dualidad ya señalada de los estándares establecidos en el TBI, que son *estándares de revisión* y *estándares de protección*¹⁹.

trativo contemporáneo, Tomo II, Paredes, Caracas, 2009, pp. 1286 y ss. y Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss. Los principales estudios de Kingsbury y Stewart dedicados a este tema han sido traducidos al español en la obra *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press-Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2016, editada por Javier Barnes. Nuestra posición sobre este tema puede verse en Hernández G., José Ignacio, “El concepto de Administración pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo Global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, N° 16, 2012, pp. 197 y ss

¹⁶ Cassese, Sabino, *The global polity*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 15

¹⁷ Sabino Cassese, «Global Administrative Law: An Introduction» (Working Paper, 2004), en http://www.iilj.org/oldbak/global_adlaw/documents/CassesePaper.pdf [Consulta: 06.08.16].

¹⁸ Van Harten, Gus y Loughlin, and Marti, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law” en *European Journal of International Law* N° 17, 2006, pp. 121 y ss.

¹⁹ Ortino, Federico, “The Investment Treaty System as Judicial Review”, en *American Journal of International Arbitration* N° 24, 2013, pp. 437 y ss. Véase también a Moloo, Rahim y Jacinto, Justin M., “Standards of Review and Reviewing Standards: Public Interest Regulation in International Investment Law”, en Sauvart, Karl P., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012*, Oxford University Press, 2013, p. 539. Igualmente, vid. Burke-White, William W. y Von Staden, Andreas, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, en *The Yale Journal of International Law*, Número 35, 2010, pp. 283 y ss.

La *segunda* consecuencia, es que la interpretación del TBI debe tomar en cuenta, dentro de las fuentes de Derecho Internacional aplicables, a los principios generales de Derecho Administrativo, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Inversiones, como veremos en la sección siguiente.

3. La utilidad de los principios generales de Derecho Administrativo y la tendencia a ignorar su aplicación: el caso Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay

Considerando la similitud entre el arbitraje internacional de inversiones y el control jurisdiccional sobre la Administración Pública, Thomas Wälde ha sostenido que el arbitraje internacional de inversiones no puede ser considerado como una derivación del arbitraje comercial internacional, esto es, como un mecanismo para resolver disputas comerciales con el Estado. En realidad, bajo el TBI aplicable, toda la actividad e inactividad de la Administración se somete a los estándares de protección del inversor, con lo cual, el Tribunal Arbitral actúa como un órgano externo de control de la legalidad de esa actividad e inactividad. Tomando en cuenta ello, Wälde insistió en la necesidad de integrar, en la interpretación del Tratado, los principios generales de Derecho Administrativo²⁰.

Ahora bien, como se sabe, dentro de las fuentes de Derecho Internacional a las que alude el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, encontramos, en el literal c) de su numeral 1, a los «*principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*». El propósito de esa norma fue evitar que la Corte pudiese abstenerse de decidir en ausencia de una norma aplicable desde el Derecho Internacional Pública, razón por la cual se permitió acudir a los principios generales del Derecho interno de los Estados²¹. Precisamente, el artículo 38.1 literal c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha sido invocado por la doctrina (Della Cananea) para justificar la existencia del Derecho Administrativo Global, estructurado a partir de los principios generales de Derecho Administrativo sistematizados por el método comparado²².

De esa manera, el arbitraje internacional de inversiones, en tanto mecanismo de control jurisdiccional de controversias usualmente surgidas con ocasión a la Administración del Estado sede, debe considerar dentro de las fuentes de Derecho Internacional aplicables, a los principios generales de Derecho Administrativo Comparado, en tanto ello permitirá adecuar la aplicación de los estándares de protección del Tratado a relaciones jurídico-administrativas.

Así, los estándares de protección establecidos en los TBIs coinciden con principios generales de Derecho Administrativo: prohibición de tratos discriminatorios; interdicción de la arbitrariedad; proporcional; protección de la confianza legítima y justa indemnización

²⁰ Wälde, Thomas, "The Specific Nature of Investment Arbitration", cit., pp. 42 y 76.

²¹ Hirsch, Moshe, "Sources of international investment law", en *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012, pp. 39 y ss., p. 23

²² Della Cananea, Giacinto, "Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law", en *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 y ss

expropiatoria son estándares de protección que corresponden a principios generales de Derecho Administrativo de amplia difusión en el Derecho Comparado²³.

Un ejemplo reciente -y excepcional- de este método es el caso *Gold Reserve v. Venezuela*. En esa oportunidad, el Tribunal Arbitral interpretó el estándar del «trato justo y equitativo», desde la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo²⁴. Con ello, el Tribunal reconoció que los estándares de protección del inversor son, al mismo tiempo, estándares de revisión del Estado sede y en específico, de su Administración²⁵. Esto es lo que llamamos la *interpretación de Derecho Administrativo de los estándares de protección*, esto es, la interpretación de los estándares previstos en los Tratados considerando, también, a los principios generales de Derecho Administrativo.

Sin embargo, la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo suele estar ausente en las decisiones arbitrales de los Tribunales constituidos bajo el Convenio CIADI. Por el contrario, lo común es que los estándares de protección sean interpretados a de las citadas reglas de interpretación de la *Convención de Viena*, tomando en cuenta otras decisiones arbitrales, decisiones que a su vez han partido, casi exclusivamente, de la citada Convención.

Precisamente, el caso *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay* es un ejemplo de cómo el Tribunal Arbitral no toma en cuenta la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo, lo que empaña la interpretación realizada a los estándares de protección aplicables.

Como señalamos, este caso se originó con ocasión al reclamo presentado por el inversor, basado en la actividad administrativa de policía o actividad de limitación del Estado sede, esto, es Uruguay. Básicamente, los alegatos del inversor apuntaban a la irracionalidad o desproporcionalidad de las medidas de limitación adoptadas por la Administración en materia de tabaco. En concreto, se alegó la violación de cinco estándares: (i) el estándar expropiatorio; (ii) el estándar del trato justo y equitativo; (iii) el estándar de protección frente a medidas de limitación de la inversión; (iv) denegación de justicia y (v) violación de las garantías asociadas a la propiedad intelectual.

Ahora bien, el contexto en el cual tales denuncias se formularon responde a un caso propio del Derecho Administrativo, en concreto, la limitación administrativa a la libertad económica y propiedad privada basada en la protección del derecho a la salud²⁶. De hecho, las medidas administrativas que fueron cuestionadas en la sede del arbitraje habían sido demandadas en nulidad ante Uruguay, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Suprema de Justicia²⁷.

²³ Esta es una de las conclusiones asumidas por William Burke-White y Andreas von Staden, en “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations”, *International Investment Law and Comparative Public Law*, cit., pp. 659 y ss. Véase también a Yannaca-Small, Katia, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, en *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, pp. 111 y ss.

²⁴ Laudo de 22 de septiembre de 2014, en el Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1.

²⁵ Giacinto Della Cananea, “Equivalent Standards under Domestic Administrative Law: A Comparative Perspective”, en *Transnational Dispute Management N° 1*, 2009, tomado de: <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1367>, [Consulta: 04.08.16].

²⁶ Esto es lo que se conoce en Derecho Administrativo como actividad de policía, o actividad de limitación. Por todos, vid. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico, Volumen I*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 125 y ss.

²⁷ Sección 153 y siguientes del laudo.

Sin embargo, el laudo del 8 de julio de 2016 consideró -como es usual- que el Derecho aplicable era el TBI Uruguay-Suiza, interpretado de acuerdo con *Convención de Viena*²⁸. No se cuestiona la aplicación de esas fuentes. Nuestra crítica apunta a que el Tribunal, además, ha debido ponderar la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo aplicables como fuente de Derecho Internacional.

De esa manera, a los fines de determinar la razonabilidad o proporcionalidad de las medidas administrativas de limitación adoptadas por el Estado sede, hubiese sido de utilidad considerar a los principios generales de Derecho que regulan a este tipo de limitaciones en relaciones jurídico-administrativas, esto es, los principios generales de Derecho Administrativo empleados como fuente de Derecho Internacional bajo el citado artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Solo desde el Derecho Público Comparado puede concretarse, con suficiente certidumbre, el alcance del principio de proporcionalidad a relaciones jurídico-administrativas²⁹.

II. LA DEFERENCIA AL ESTADO SEDE Y LA PROTECCIÓN DEL «DERECHO A REGULAR». DE NUEVO, SOBRE LA UTILIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La rápida evolución del arbitraje internacional de inversiones, y la experiencia derivada de la crisis Argentina, llevó a cuestionar la amplitud del control arbitral, en una controversia similar a la que, durante el siglo XX, se planteó entre el estándar nacional -derivado de la doctrina Calvo- y el estándar mínimo internacional. Estas preocupaciones se hicieron sentir especialmente en Latinoamérica, en parte, pues los Estados de esa región sufrieron un incremento de reclamos arbitrales, principalmente, ante el CIADI³⁰.

No obstante, avanzado el presente siglo, tales preocupaciones se han extendido incluso a Estados que tradicionalmente actuaron como exportadores de capitales. La globalización, así, ha permitido difuminar la clásica distinción entre *Estados exportadores* y *Estados receptores de inversión*, de lo cual está surgiendo un consenso en cuanto a la necesidad de conciliar los TBIs -y demás Acuerdos de protección de inversiones existentes- con la soberanía del Estado sede de intervenir en la economía. Esto ha llevado a confeccionar un nuevo modelo de Tratado, en el cual los estándares de protección se definen con mayor precisión, reconociéndose además la soberanía del Estado para intervenir en temas tales y como la salud y el medio ambiente³¹. Como se afirmó en la *Agenda de Acción de Addis Ababa*, suscrita en el marco de la Tercera Conferencia de la Organización de Naciones Unidas del Financiamiento para el Desarrollo (Julio 2015):

«El objetivo de proteger y promover la inversión no debe afectar nuestra habilidad de proteger nuestros objetivos de políticas públicas. Vamos a incentivar la

²⁸ Párrafos 209, 218 y 176 y siguientes del laudo.

²⁹ Kingsbury, Benedict y Schill, Sthepan, "Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law", en *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, pp. 219 y ss.

³⁰ Véase en general a Dugan, Christopher F., et al, *Investor-State Arbitration*, Oxford, 2008, pp. 11 y ss. y Sornarajah, M., *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 19 y ss.

³¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *World Investment Report 2016*, Organización de Naciones Unidas, 2016, pp. 100 y ss.

confección de acuerdos de comercio e inversión con apropiadas garantías que impidan limitaciones a las políticas domésticas y a la regulación en beneficio del interés público ...».

La protección del «derecho a regular» ha llevado a analizar si debe existir un «margen de deferencia» por parte del Tribunal Arbitral, lo que responde a los límites que el Tribunal Arbitral debe respetar al momento de determinar si la actuación del Estado sede - típicamente a través de su Administración Pública- contrarío o no los estándares de protección del inversor. Esta materia evidencia, especialmente, la utilidad que pueden tener los principios generales de Derecho Administrativo, lo que estudiaremos tomando en cuenta el caso *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay*.

1. *Los principios generales de Derecho Administrativo y el problema del “margen de deferencia” en el arbitraje internacional de inversiones*

En el Derecho Internacional de Inversiones se alude al término “derecho a regular”, a fin de aludir a la soberanía del Estado para intervenir en la economía, principalmente, a través de Leyes y la actividad administrativa. El derecho a regular, por ello, se relaciona con uno de los postulados defendidos con énfasis en la década de los sesenta y setenta del pasado siglo en el marco del llamado Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), a saber, la defensa de la soberanía de cada Estado para regular y ordenar su economía³².

El derecho a regular es también conocido, en este ámbito, como «poder de policía»³³, esto es, como el poder del Estado sede de restringir el ejercicio de la actividad económica del inversor, a fin de atender a cometidos de interés público, como la defensa del medio ambiente y de salud. El ejercicio del poder de policía no es, en sí mismo, contrario al TBI. Tampoco se cuestiona que el Tratado pueda limitar ese poder de policía a través de los estándares de protección del inversor, cuya violación puede ser declarada por el Tribunal Arbitral. El punto del debate, más bien, se centra en determinar cuál es el ámbito que puede tener el control jurisdiccional ejercido por el Tribunal Arbitral, o lo que es igual, la necesidad de reconocer un «margen de deferencia», conforme al cual, el Tribunal Arbitral, en cierto casos, debe considerar que el poder de policía del Estado sede no resulta contrario a los estándares de protección, sin que pueda sustituirse en la valoración y decisiones del Estado sede con ocasión al ejercicio de ese poder de policía³⁴.

Sin embargo, en el Derecho Internacional de las Inversiones no existe una regla clara sobre si debe existir un margen de deferencia del Estado sede y, de ser el caso, cómo ese margen debería determinarse³⁵. Ello no ha impedido a la doctrina y a las decisiones

³² Dugan, Christopher, *et al*, *Investor-State Arbitration*, cit., pp. 25 y ss.

³³ Una de las limitaciones admitidas a la revisión arbitral deriva del concepto de “poder de policía”, en el sentido que las medidas basadas en ese poder tienden a presumirse válidas. Vid. Shirlow, Esmé, “Deference and Indirect Expropriation Analysis in International Investment Law: Observations on Current Approaches and Frameworks for Future Analysis”, en *ICSID Review N° 29*, 2014, pp. 595 y ss. Véase el asunto *Burlington Resources vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, laudo de responsabilidad de 14 de diciembre de 2012, párrafos 507 y 529. Ese concepto es similar al concepto tradicional de “policía administrativa” en los distintos sistemas de Derecho Administrativo.

³⁴ Titi, Catherine, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, pp. 35 y ss..

³⁵ Bajo una posición crítica, vid. Van Harten, Gus, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013, pp. 1 y ss.

arbitrales reconocer la existencia de tal margen de deferencia, para lo cual se acuden a distintas teorías, que pueden reagruparse en tres grandes grupos³⁶:

En *primer* lugar, la existencia de un margen de deferencia ha sido justificada en el principio de separación de poderes, argumentándose que el Tribunal Arbitral no puede invadir el ejercicio de las funciones propias del Estado sede³⁷.

En *segundo* lugar, otros autores proponen un estudio comparado con otras formas de resolución de conflicto en el ámbito internacional, como sucede con la doctrina del “margen de apreciación” reconocida por Tribunales de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸. Esa doctrina ha sido empleada, asimismo, en otros ámbitos del Derecho Económico Internacional³⁹. Bajo esta premisa, la doctrina del “margen de deferencia” ha sido ocasionalmente admitida en el arbitraje internacional de inversiones⁴⁰.

En *tercer* lugar, hay tesis que aluden, directa o indirectamente, a la “doctrina de la deferencia”, tomando en cuenta el tipo de actuación del Estado sede que es susceptible de violar los estándares de revisión del TBI. La expresión “margen de deferencia” no es empleada con un significado unívoco⁴¹, con lo cual, en realidad, podemos encontrar distintas explicaciones en torno al tipo de actividad del Estado sede que puede ser revisada por el Tribunal Arbitral. Así, en algunas decisiones arbitrales la “deferencia” se refiere a la *intensidad* exigida para que la ilegalidad del Estado sede sea relevante a fin de justificar

³⁶ Henckels, Caroline, “The role of standard of review and the importance of deference in Investor-State arbitration”, en *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford University Press, 2014, pp. 113 y ss.

³⁷ Schill, Stephan W., “International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction”, cit. Se ha observado, sin embargo, que la separación de poderes es una regla de organización del Estado, que no puede trasladarse sin más al ámbito internacional. Vid. Weiler, Todd, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 331 y ss.

³⁸ Entre otros, véase a Burke-White, William y Von Staden, Andreas, en “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations”, cit., p. 702. A Una referencia común sobre el margen de apreciación es la obra de Yutaka Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* Intersentia, 2002, pp. 3 y ss. Véase igualmente a Barbosa Delgado, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 51 y ss.

³⁹ El margen de apreciación es empleado también en el estudio de los estándares de revisión en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Cfr.: Oesch, Matthias, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2003, pp. 14 y ss. Véase también a Shany, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, en *European Journal of International Law* N° 16, 2006, pp. 907 y ss.

⁴⁰ Arato, Julian, “The Margin of Appreciation in International Investment Law”, en *Transnational Dispute Management* N° 1, 2014, <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2085> [Consulta 04.08.16]. En contra, puede verse la decisión adoptada en el marco del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, dictada en el caso *Quasar de Valores SICA SA and others v. Rusia*, (laudo de 20 de julio de 2012). Allí se enfatiza la diferencia entre los Tratados de Derechos Humanos y los AIIs. El Tribunal concluyó que debido a esas diferencias, la teoría del “margen de apreciación” en el marco del Derecho de los derechos humanos no era trasladable, sin más, al arbitraje Estado-inversor.

⁴¹ Schill, Stephan W., “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, en *International Dispute Settlement* N° 3, 2012, pp. 577 y 581.

el control arbitral⁴². Otras decisiones arbitrales sostienen que en caso de duda, debe favorecerse la legalidad de la actuación del Estado sede⁴³. Asimismo, la naturaleza del estándar de protección ha sido considerada, en algunas decisiones arbitrales, a fin de identificar la existencia del principio de deferencia, en el sentido que hay estándares—como el trato justo y equitativo— que exigen una violación de cierta intensidad al Tratado aplicable⁴⁴. Otras decisiones arbitrales justifican la deferencia en el carácter técnico de las decisiones del Estado sede, lo que se equipara a la tesis del “margen de apreciación”. Aquí, además, se alude al origen democrático de las decisiones del Estado sede, como un factor que debe llevar a la deferencia de esas decisiones frente al control ejercido por el Tribunal Arbitral, que carece de orígenes democráticos⁴⁵. Finalmente, algunos Tribunales Arbitrales emplean la doctrina de la deferencia a fin de presumir la validez de la interpretación del Derecho doméstico por el Estado sede, presunción que no aplica en casos de arbitrariedad⁴⁶.

Ahora bien, las dificultades para precisar los límites del control arbitral sobre el Estado sede, y consecuentemente, la preocupación por las consecuencias de un control arbitral excesivo, son aspectos que podrían enfocarse mejor a través de la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo como fuente del Derecho Internacional.

En efecto, la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo nos permite recordar que, frente a la Administración, los TBIs actúan como límites externos que reconocen -o presuponen- el poder del Estado para intervenir en la economía, esto es,

⁴² Véase el asunto *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/09/20, laudo de 16 de mayo de 2012, párrafo 258.

⁴³ *Sempra Energy International v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, laudo de 28 de septiembre de 2007, párrafo 301.

⁴⁴ *Glamis Gold, Ltd. vs. Estados Unidos de Norteamérica, Glamis Gold, Ltd. vs. United States of America* (Tribunal Arbitral NAFTA), decisión de 8 de junio de 2009, párrafo 617. Véase igualmente el asunto *Continental Casualty vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, laudo de 5 de septiembre de 2008, párrafo 181.

⁴⁵ Como sucedió en el caso *Chemtura Corporation vs. Canadá*, laudo de 2 de agosto de 2010, en un arbitraje ad-hoc del NAFTA bajo las reglas UNCITRAL (párrafo 123). Véase también a Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, en *International Dispute Settlement N° 4*, 2013, pp. 197 y 213.

⁴⁶ Esta es la aproximación tradicional del caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párrafo 122. Más recientemente, véase el asunto *Teco Guatemala Holdings LLC vs. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, laudo de 19 de diciembre de 2013, párrafo 492. Una de las justificaciones de la deferencia es la tendencia del Tribunal de confiar en la interpretación del Derecho doméstico por las autoridades del Estado sede. Véase el asunto *Joseph Charles Lemire vs. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, decisión de jurisdicción y responsabilidad de 14 de enero de 2010, párrafo 505, así como *Sergei Paushok vs. Mongolia*, laudo de jurisdicción y responsabilidad de 28 de abril de 2011, arbitraje CIADI bajo las reglas UNCITRAL, párrafo 299. Por ello, el Tribunal Arbitral no actúa como revisor de asuntos de Derecho doméstico (*William Ralph Clayton and others vs. Canadá*, en arbitraje bajo el NAFTA y las reglas del UNCITRAL, laudo de jurisdicción y responsabilidad de la Corte Permanente de Arbitraje de 17 de marzo de 2005, párrafos 437 y 439, así como *Hassan Wadi Enterprise Business Consultants Inc. v Rumania*, Caso CIADI No. ARB/10/13, laudo de 2 de marzo de 2015, párrafos 326 y 327). Por ello, por ejemplo, el Tribunal tiende a ser deferente en cuanto a la interpretación basada en el Derecho doméstico en cuanto al interés público que puede justificar una expropiación. Cfr.: Reinisch, August, “Legality of Expropriations”, en *Standards of Investment Protection*, cit., pp. 183, 186.

“derecho a regular” del Estado sede, o “poder de policía”⁴⁷. Aquí es aplicable, comparativamente, la tesis de la vinculación negativa, que como tal, admite un grado de deferencia a favor de la Administración⁴⁸.

Frente a la Administración del Estado sede, los AIIs actúan como límites externos. El Tratado, así, no habilita a la Administración para intervenir en la economía. Antes por el contrario, el Tratado presupone la potestad de la Administración para intervenir en la economía, como parte de la soberanía del Estado. La función del Tratado es más bien otra, a saber, fijar los límites dentro de los cuales la Administración podrá regular la economía. Solo cuando esos límites sean violados, es decir, solo cuando la Administración viola alguno de los estándares reconocidos en el Tratado, es que el Tribunal Arbitral podrá declarar la violación del Tratado y, de ser el caso, acordar las medidas de reparación que estime pertinente.

La relación del Tratado con la Administración, por ello, no puede explicarse a través de la tesis de la vinculación positiva, en tanto no es el Tratado el que habilita a la Administración para intervenir en la economía, asunto enteramente dominado por el Derecho doméstico. Por ello, aplicando analógicamente los modos de vinculación de la Administración a la Ley, se concluye que la relación entre el Tratado y la Administración puede explicarse como una vinculación negativa, lo que implica, consecuentemente, el reconocimiento de un margen de deferencia, en el sentido que el Tribunal Arbitral no podrá sustituirse en la Administración allí donde no ha quedado en evidencia la violación del estándar aplicable.

Así, la deferencia deriva, al menos inicialmente, del tipo de vinculación que los TBIs producen respecto de la Administración. Al tratarse de una vinculación negativa, el Tribunal Arbitral debe partir del principio conforme al cual el Estado sede -especialmente, a través de su Administración- puede regular la actividad del inversor, regulación que deberá reputarse legítima salvo que se determine, con claridad, la violación del estándar de protección aplicable.

2. La arbitrariedad y el margen de deferencia en el arbitraje internacional de inversiones

Un concepto que es relevante al momento de determinar la existencia del margen de deferencia es la arbitrariedad, pues de acuerdo con las decisiones arbitrales en la materia, la deferencia no opera en caso de arbitrariedad. Así, si la medida del Estado sede es considerada arbitraria, el Tribunal podrá valorar íntegramente tal medida para considerarla contraria al Tratado. De lo contrario, privará la deferencia a favor de tal medida. A su vez, la arbitrariedad eleva el tipo de violación al Tratado que puede ser considerada por el Tribunal Arbitral, al exigirse que solo violaciones groseras o evidentes puedan ser

⁴⁷ Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, cit. Cabe advertir que el alcance del control arbitral suele ser valorado desde dos extremos: o la deferencia total o una revisión sin deferencia, conocida como “*de novo review*”. Un ejemplo más bien excepcional de un control minucioso sin margen de deferencia puede verse en el asunto *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de Norteamérica*, decisión adoptada en el marco del NAFTA bajo las reglas UNCITRAL de 3 de agosto de 2005 (parte IV, Capítulo D, párrafos 7 y 15).

declaradas por el Tribunal Arbitral, todo lo cual apareja un grado de deferencia respecto de violaciones que no revistan esas características especiales⁴⁹.

En el Derecho Internacional de Inversiones, el concepto de arbitrariedad ha sido tomado desde el Derecho Internacional Público, sin que se aprecie –no al menos, de manera recurrente– que tal concepto sea empleado a partir de los principios generales de Derecho Administrativo. Por el contrario, las distintas decisiones arbitrales que se pronuncian sobre la arbitrariedad suelen partir de la definición aportada en el caso *ELSI* de la Corte Internacional de Justicia⁵⁰. Allí se afirmó lo siguiente:

“La arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una regla jurídica, sino algo opuesto al Estado de Derecho (...) Se trata de una violación intencionada al debido proceso, un acto que choca o al menos sorprende, desde un punto de vista jurídico”.

En tal sentido, los Tribunales Arbitrales suelen aludir al sentido común de la arbitrariedad. De allí que suele relacionarse la arbitrariedad con la decisión adoptada por el «puro capricho» del Gobernante⁵¹. En el laudo de 11 de diciembre de 2013, recaído en el caso *Micula vs. Rumania*, caso CIADI N° ARB/05/2, la aproximación al concepto de arbitrariedad se hizo a partir del concepto de irrazonable (*unreasonable*). De esa manera, en el párrafo 525 de esa decisión se sostiene que la decisión irrazonable es aquella que no está justificada o basada en motivos. La decisión del Estado será razonable cuando cumpla con dos condiciones, a saber, (i) su justificación en una política racional y (ii) la racionalidad de la medida en función a tal política. Este último requisito demuestra que no es suficiente que la medida invoque políticas racionales, pues además, es indispensable que la ejecución de la medida por el Estado se ajuste racionalmente a ese objetivo.

Esa segunda condición enfatiza la relación entre la arbitrariedad y la proporcionalidad⁵². La proporcionalidad es, así, uno de los principios generales de mayor uso por Tribunales Arbitrales al concretar el concepto de arbitrariedad. Incluso, alguna decisión ha llegado a sostener que corresponde al Estado demostrar que la medida adoptada por la Administración en detrimento del inversor es proporcional y adecuada⁵³.

La estrecha vinculación entre arbitrariedad y proporcionalidad ha sido tomada en cuenta para precisar otro concepto problemático: las medidas de efecto equivalente a la

⁴⁸ La tesis de la vinculación negativa, como se conocida, asume que la Administración queda subordinada a la Ley, pero en el sentido que se admitirá su actuación, salvo cuando menoscabe la Ley. Por todos, vid. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Volumen I*, Civitas-Thompson Reuters, Madrid, 2013, p. 480.

⁴⁹ Heiskanen, Veijo, “Arbitrary and Unreasonable Measures”, en *Standards of Investment Protection*, cit., pp. 87 y ss., y Schreuer, Christoph H., «Protection against arbitrary or discriminatory measures», en *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 191 y ss.

⁵⁰ *Elctronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v Italy)*, sentencia de 20 de julio de 1989, párrafo 128.

⁵¹ Laudo de 19 de agosto de 2005, dictado por el Tribunal Arbitral ad-hoc en el caso *Eureka vs. Polonia*, párrafo 233., y asunto *Azurix Corp. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, decisión de 14 de Julio de 2006, párrafo 392.

⁵² Para un análisis basado en la arbitrariedad de la motivación del Estado sede, vid. *Nordzucker Ag vs. Polonia*, arbitraje ad hoc de acuerdo con el TBI Alemania-Polonia, segundo laudo parcial de 28 de enero de 2009, párrafo 91. Para un análisis de proporcionalidad, vid. *EDF (Services) Limited vs. Rumania*, laudo de 28 de octubre de 2009, Caso CIADI N° No. ARB/05/13, párrafo 293.

⁵³ *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo de 5 de octubre de 2012, párrafo 416.

expropiación. Esto es, las medidas que restringen las inversiones del inversor de manera tal que privan a la inversión de toda utilidad para el inversor, con lo cual, sustantivamente, ellas equivalen a una expropiación, aun cuando el inversor mantenga la propiedad formal. Sin embargo, se presume que la regulación no tiene efectos expropiatorios, excepto cuando se compruebe una afectación intensa, desproporcionada o arbitraria⁵⁴.

Ahora bien, el principio de arbitrariedad, al exigir un grado determinado de violación al TBI, ha sido también empleado para tratar de resolver el problema del margen de deferencia hacia el Estado sede⁵⁵. Así fue examinado en el caso *the Tza Yap Shum*, en el cual se sostuvo que la arbitrariedad es un principio fundamental que debe definirse con precaución, tomando en cuenta elementos como la motivación de la decisión, la buena fe y el debido proceso, así como su conexión con el estándar del «trato justo y equitativo». Además, para ese laudo, cuando el Tribunal Arbitral analiza la medida del Estado sede, debe respetar un «grado de deferencia», el cual es limitado: si el Estado actúa con arbitrariedad no se respetará ninguna deferencia⁵⁶:

«Pero esta deferencia no es ilimitada. Aun cuando se tomen medidas en virtud de un interés público legítimo, los Estados no están exentos de responsabilidad y de la obligación de pagar compensación si su proceder es arbitrario o discriminatorio».

Debido a esto, la arbitrariedad exige demostrar «algo más» que la ilegalidad de la decisión⁵⁷. Por ello, puede apreciarse una tendencia favorable a la deferencia hacia el Estado sede, especialmente respecto de medidas técnicas, las cuales -salvo casos de arbitrariedad- se estiman conforme con el TBI⁵⁸.

Sin embargo, no se aprecia en estas decisiones un enfoque basado en el principio de arbitrariedad dentro del Derecho Administrativo Comparado, a pesar que, en el ámbito específico de las relaciones jurídico-administrativas, la interdicción a la arbitrariedad es un principio de gran tradición. Esto ha afectado la elaboración de un marco adecuado que

⁵⁴ La regulación adoptada por el Estado se presume que no tiene efectos expropiatorios, salvo cuando revista especiales condiciones, no siempre precisadas con rigor en la jurisprudencia. Por ello, un sector opina que la diferencia entre una medida de regulación y una medida de efectos equivalentes a la expropiación -o expropiación indirecta- debe encontrarse en la intensidad de la medida, relacionada con la proporcionalidad, que es un principio conectado con la interdicción de la arbitrariedad, según hemos visto. Cfr.: Henckels, Caroline, «Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration», en *Journal of International Economic Law*, Volumen , N° 15, 2012, pp. 244 y ss.

⁵⁵ Schill, Stephan W., «Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review», cit.

⁵⁶ *Señor Tza Yap Shum vs. Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, laudo de 7 de Julio de 2011, párrafos 148, 186, y 192. Véase la decisión de nulidad de ese laudo, de 12 de febrero de 2015, párrafo 156.

⁵⁷ De acuerdo con este criterio, además de la ilegalidad o «*ultra vires*», es necesario demostrar una irregularidad más grave. Luego, si en una primera impresión se concluye que la Administración ha obrado abusivamente, regirá una especie de presunción de arbitrariedad. Ver: Weiler, Todd, «Good faith and regulatory transparency: the story of Metalclad v Mexico» en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 701 y 737. Ese trabajo se basa en la decisión *Metalclad Corporation Claimant vs. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000.

⁵⁸ Laudo de 4 de abril de 2016, en el asunto *Crystallex International Corporation vs. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, párrafo 583.

permita precisar un concepto general de arbitrariedad, apreciándose más bien análisis casuísticos derivan en decisiones no siempre consistentes⁵⁹.

3. *El margen de deferencia, la arbitrariedad y el caso Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay*

El caso *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay* responde a esta línea de protección del derecho a regular frente a control arbitral basado en TBIs. Como vimos, tal y como se concluyó en el laudo comentado, cada vez más se impone la tesis según la cual el Tribunal Arbitral debe presumir la conformidad con el Tratado de las medidas adoptadas por el Estado sede mediante el ejercicio de su poder de policía, como es el caso de la intervención administrativa en economía que atiende a la protección del derecho a la salud.

El objeto básico de ese caso, como indicamos, consistía en determinar si la regulación dictada por la Administración en materia de tabaco constituía una violación al TBI aplicable, lo que pasaba, entre otros aspectos, por determinar su razonabilidad y racionalidad. Precisamente, el laudo arbitral comentado negó que las medidas administrativas cuestionadas violasen el TBI, partiendo de la deferencia a favor del poder de policía del Estado sede.

Así, el Tribunal Arbitral concluyó que la protección a la salud ha sido considerada una manifestación esencial del poder de policía del Estado sede. Por ello, reiteró que como regla, la regulación adoptada por el Estado para atender políticas públicas, como el derecho a la salud debe presumirse conforme al Tratado. Sin embargo, el comentado laudo del 8 de julio de 2016 recordó que tal deferencia no siempre ha sido reconocida⁶⁰:

«El principio según el cual el ejercicio racional y de buena fe del poder de policía del Estado en materias como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye compensación incluso cuando ocasiona daños a un inversión, con lo cual las medidas tomadas para esos fines no deben ser consideradas como expropiatorias, no encontró reconocimiento en las decisiones arbitrales. Pero una línea consistente orientada a diferenciar el ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta surgió después del 2000».

Tomando en cuenta estos antecedentes, el Tribunal Arbitral consideró que las regulaciones en materia de tabaco habían sido dictadas para proteger el derecho a la salud, de conformidad con el ordenamiento jurídico de Uruguay. Asimismo, el Tribunal consideró que las medidas fueron adoptadas de buena fe y de manera no-discriminatoria, y que en general, se trató de medidas efectivas para proteger la salud pública, considerando otras fuentes de Derecho Internacional, especialmente, el *Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del tabaco*⁶¹.

⁵⁹ Metodología que ha sido criticada, por derivar en interpretaciones casuísticas y potencialmente contradictorias. Vid. Kingsbury, Benedict y Schill, Sthepan, “Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law”, cit. La expresión en inglés es “*I know it when I see it*”. Esa frase, como es sabido, es tomada de Estados Unidos de Norteamérica. En el caso *Jacobellis v. Ohio* (378 U.S. 184 (1964)), la Corte Suprema de Justicia precisó que el concepto de «obscenidad» -que es un típico concepto jurídico indeterminado- no puede determinarse de manera apriorística, sino en cada caso concreto.

⁶⁰ Párrafos 291 y siguientes.

⁶¹ Párrafo 395.

De esa manera, el Tribunal Arbitral reiteró la aplicación del margen de deferencia, al considerar que «*la responsabilidad por medidas de salud pública descansa en el Gobierno y los Tribunales de Inversión deben reconocer una amplia deferencia a las decisiones del Gobierno en aspectos domésticas como la protección de la salud pública*». Tal grado de deferencia llevó al Tribunal a considerar que las medidas administrativas cuestionadas no eran arbitrarias o desproporcionales, con lo cual, no violaban el estándar del trato justo y equitativo⁶².

Este enfoque evidencia los cambios producidos en el sistema de arbitraje internacional de inversiones, que luce hoy como un sistema más consolidado, que reconoce la necesidad ponderar debidamente la soberanía del Estado sede para regular la actividad del inversor. Esta deferencia a favor del Estado sede aplica de manera especial ante medidas derivadas del poder de policía en temas de «orden público», como sucede especialmente con la protección de la salud.

No obstante, el laudo arbitral comentado se limitó a la interpretación del Tratado aplicable de acuerdo con los principios de la Convención de Viena, considerando diversas decisiones de Tribunales internacionales, pero sin concretar los estándares valorados desde la perspectiva del Derecho Administrativo Comparado, a pesar de que el caso examinado era un caso típico de limitaciones administrativas a la libertad económica y propiedad privada.

Ahora bien, la aplicación al caso comentado de los principios generales de Derecho Administrativo, como fuente de Derecho Internacional, hubiese permitido afinar mejor alguno de los pronunciamientos del Tribunal Arbitral. Así:

Por un lado, y en *primer* lugar, el concepto de «margen de deferencia» pudo haberse enfocado más robustamente desde las limitaciones tradicionalmente admitidas al control de la actividad técnica de la Administración económica por parte del juez contencioso-administrativo.

En *segundo* lugar, el concepto de arbitrariedad -y consecuentemente, de proporcionalidad- hubiese podido perfilarse mejor acudiendo al método comparado del Derecho Administrativo, a fin de extraer un concepto común de arbitrariedad desde el Derecho Administrativo Comparado, de mejor adaptación a relaciones jurídico-administrativas entre el Estado y el inversor, como fue el caso de las relacionadas examinadas por el Tribunal Arbitral.

Por último, y lo más importante, el Tribunal Arbitral pudo considerar la interrelación existente entre el concepto de *sacrificio particular* en el Derecho Administrativo Comparado y el concepto de expropiación indirecta. Como pudimos ver, el Tribunal asumió el concepto de expropiación indirecta otorgando especial atención a la finalidad del poder de policía: si la limitación sobre la inversión se justifica en razones de interés general, como la protección de la salud, entonces, debe presumirse no solo que esa limitación es conforme al Tratado, sino que además, ella no genera derecho a compensación.

Sin embargo, en el Derecho Administrativo Comparado -nos referimos específicamente al Derecho Administrativo en Iberoamérica, en Alemania y también, en Estados Unidos- se ha admitido que hay limitaciones que, *incluso persiguiendo un fin de interés general*, pueden ocasionar en el caso concreto un daño especial o sacrificio particular, que el

⁶² Párrafo 399.

propietario no está en el deber de tolerar⁶³. Como se sostiene en la *Carta de México sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, aprobada por el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en 2014⁶⁴:

«En el ejercicio de su actividad lícita, el Estado también puede provocar perjuicios injustos, cuando genera un daño especial y anormal sobre la esfera jurídica de quien no tiene el deber jurídico de soportarlo, creando con ello una situación de desigualdad de las personas frente a las cargas públicas».

La finalidad de la medida de limitación; su adecuación al test de razonabilidad y racionalidad y en general, la adecuación al principio de proporcionalidad e interdicción a la arbitrariedad, son parámetros que determinan la licitud o ilicitud de la medida. Pero incluso cuando la aplicación de esos parámetros permita concluir que la medida de limitación es lícita -por responder a un fin de interés general, así como por ser una medida debidamente motivada, racional y proporcionada- la responsabilidad patrimonial de la Administración puede subsistir, si se determina que existe un daño especial, o sea, una aminoración patrimonial que en el caso examinado implica un sacrificio que el propietario no está en el deber de tolerar.

El laudo comentado, por el contrario, niega la responsabilidad internacional del Estado, considerando únicamente la licitud de las medidas administrativas de limitación cuestionadas, licitud declarada, además, bajo una amplia deferencia al Estado sede. Una inadecuada interpretación de este criterio, mantenido en el laudo de 8 de julio de 2016, podría llevar a rechazar el derecho de compensación del inversor ante cualquier medida administrativa de limitación del Estado basada en cometidos estatales considerados afines al orden público.

No obstante, es conviene insistir que tal conclusión no puede sostenerse, sin más, en el Derecho Administrativo Comparado, pues la tesis de la responsabilidad patrimonial de la Administración por sacrificio particular o por daño especial requiere, precisamente, la existencia de *medidas lícitas* de limitación que, pese a ello, ocasionan en el caso concreto un daño indemnizable. La licitud de la medida administrativa de limitación, por ello, no es una condición que excluya absolutamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración⁶⁵.

⁶³ Excedería de los límites de este trabajo analizar a profundidad la tesis del sacrificio particular o daño especial. Como referencia general podemos citar a Waline, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 453 y 473.

⁶⁴ Puede consultarse en la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 5, Caracas, 2014, pp. 319 y ss. Desde una perspectiva comparada, vid. Parés Salas, Alfredo, *La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Unión Europea por actuaciones conformes a Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, pp. 23 y ss. y 37 y ss. En Estados Unidos se estudia a la expropiación regulatoria, para aludir a los casos en los cuales la regulación, pese a ser lícita, ocasiona un daño indemnizable. Cfr.: Epstein, Richard, *Takings. Private property and the Power of Eminent Domain*, Harvard, 1994, p. 331. Estos conceptos han sido antes analizados por nosotros en Hernández G., José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, pp. 123 y ss.

⁶⁵ Como se ha observado «siempre que se produzca un daño producido como consecuencia de una función administrativa que el administrado no está en el deber de soportar nace el derecho a la indemnización, aunque el acto que origina el daño sea conforme al Ordenamiento jurídico». González Pérez, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2013, p. 411.

Incluso, el concepto de expropiación indirecta, en el Derecho Internacional de Inversiones, precisamente parte de considerar que aun cuando la medida de limitación adoptada por el Estado sede atiende a una causa de interés público, será posible determinar la existencia de efectos expropiatorios y, por ende, el derecho a compensación del inversor, cuanto esa limitación afecte de tal intensidad al inversión que privada permanentemente de toda utilidad a la inversión⁶⁶.

En el comentado laudo de 8 de julio de 2016 no se aprecia un adecuado desarrollo de esta posibilidad, quizás por haberse centrado más en reiterar el principio de deferencia derivado del ejercicio del poder de policía que no resulta manifiestamente arbitrario. Esta deferencia -desde la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo- es sin duda relevante para determinar la licitud de la limitación a la inversión. Pero incluso admitiéndose esa licitud, hubiese sido deseable un análisis más detallado de los supuestos en los cuales la regulación que responde a una causa de interés público puede generar daños especialmente intensos que como tal, implican un sacrificio indemnizable⁶⁷.

No estamos señalando, aclaramos, que en el caso resuelto por el Tribunal Arbitral existía un daño especial que ha debido ser indemnizado, o una medida de limitación con efecto expropiatorio. Más bien queremos llamar la atención acerca de cómo la aplicación de los principios generales de Derecho Administrativo pudo haber enriquecido el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral.

En cualquier caso, el laudo *Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay* podría ser el inicio de una etapa del arbitraje internacional de inversiones que, con mayor intensidad, promueve la protección del derecho a regular de los Estados sedes. En esta nueva línea, deberá insistirse en la utilidad de acudir a los principios generales de Derecho Administrativo como fuente complementaria del Derecho Internacional aplicable al arbitraje de inversiones.

Caracas (Venezuela), agosto de 2016

Fecha de recepción: 8 agosto 2016.

Fecha de aceptación: 20 agosto 2016.

⁶⁶ Toda limitación o regulación sobre la propiedad privada, que en un caso concreto resulte particularmente intensa y desproporcionada, de forma tal que ella prive permanentemente al inversor del uso o del beneficio económico de la inversión, tendrá efectos expropiatorios (*Pope Talbot vs. Canadá*, laudo de 31 de marzo de 2002). Ese efecto expropiatorio no requiere demostrar la intención de la medida de regulación: basta que ésta genere un efecto expropiatorio, aun cuando no haya sido ésa la intención (*Generation Ukraine vs. Ucrania*, laudo de 16 de septiembre de 2003).

⁶⁷ El laudo niega que la limitación administrativa haya afectado sensiblemente a la inversión, pero siempre partiendo de la deferencia en torno a la licitud de las limitaciones derivadas del ejercicio del poder de policía.

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA-BIOÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN EN SERES HUMANOS EN URUGUAY *

*Mariana Blengio Valdés***

I. VACÍO LEGAL

La regulación jurídico – bioética de la investigación en seres humanos, constituye una asignatura pendiente en la agenda legislativa del Uruguay. Esto supone un “debe” real y no potencial para el país. Su aprobación permitirá establecer las bases de una normativa armónica, justa y equitativa que promueva la protección de la vida, dignidad, integridad, libertad, intimidad, seguridad y salud humanas en el marco de la proyección de la investigación biomédica como elemento esencial para el desarrollo y bienestar de los seres humanos.

En la actualidad coexisten en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de diferente jerarquía: leyes, decretos y ordenanzas. De su análisis global se puede inferir: la existencia de un vacío legal y las consecuencias que ello determina en relación a la protección efectiva de los sujetos y la seguridad del proceso; la discordancia de algunas de las previsiones existentes; y en definitiva, la necesidad de armonización de todas las disposiciones.

Fundamentos jurídicos - bioéticos:

La futura regulación legal habría de armonizar y asegurar en el marco de los fines propuestos, los principios éticos a observar que aseguren el goce de derechos y libertades de los sujetos de investigación a la luz de los avances científicos y biotecnológicos que se verifican en relación a la salud humana y que potencian el bienestar individual y colectivamente considerado.

* El presente informe se realiza a partir de las reflexiones que nos merece la reciente aprobación de la Ordenanza 827/2016 de 4 octubre 2016 sobre pautas y criterios de acreditación y funcionamiento de los Comités Institucionales de Ética en Investigación en seres humanos. Su objetivo radica en promover y proyectar una regulación jurídica bioética que con bases sólidas y armónicas regule aspectos sustanciales de la investigación en seres humanos con el alcance que se entienda deba corresponder. Lo que determinará asimismo la consolidación de un sistema nacional que regule, evalúe y realice el seguimiento de los proyectos y protocolos, como parte de una política pública con perspectiva bioética.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Adj. (efectiva) de Derechos Humanos e Introducción a la Bioética en la Facultad de Derecho de la UDELAR. Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

Todo ello en armonía con las disposiciones constitucionales, y en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar los tratados de derechos humanos en el ámbito universal y regional, que hoy conforman un *corpus juris* de protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana y cuya observancia también refiere a la temática de la investigación en seres humanos en tanto son éstos los sujetos de derecho involucrados.¹ Muy especialmente además en armonía con las obligaciones también asumidas por Uruguay ante la comunidad internacional al adoptar la Declaración Universal sobre Genoma Humano (1997 UNESCO – 1998 ONU); la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos (UNESCO 2003) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO 2005).

Así también, en consideración del marco normativo internacional de la biomedicina que incluye otros documentos, que más allá de su diverso alcance y ámbito de aplicación, offician de referentes en la temática como por ejemplo la Declaración de Helsinki y sus modificaciones posteriores en la medida que se estime corresponden; y las Recomendaciones del Consejo de Organizaciones de las Ciencias Médicas (CIOMS), entre otras.

Leyes que vinculan a la investigación en seres humanos en Uruguay.

El análisis exhaustivo de los fines y contenidos a incorporar en una futura regulación legal, excede el contenido de este informe. Sin embargo en forma sintética y meramente descriptiva, y atento a la dispersión normativa que se constata, destacaremos algunos aspectos relevantes a considerar oportunamente realizando una reseña de las leyes que vinculan directa o indirectamente al tema.

La ley 18335 de 15 agosto 2008, reguló los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud. En su artículo 12 se incluyó una norma que refiere a las **investigaciones médicas**. Dada su importancia y la alusión que haremos a ésta a lo largo de este texto, la transcribiremos:

“Artículo 12. Todo procedimiento de investigación médica deberá ser expresamente autorizado por el paciente sujeto de investigación, en forma libre, luego de recibir toda la información en forma clara sobre los objetivos y la metodología de la misma y una vez que la Comisión de Bioética de la institución de asistencia autorice el protocolo respectivo. En todos los casos se deberá comunicar preceptivamente a la Comisión de Bioética y Calidad de Atención del Ministerio de Salud Pública. La información deberá incluir el derecho a la revocación voluntaria del consentimiento en cualquier etapa de la investigación. La Comisión se integrará y funcionará según reglamentación del MSP y se asesorará con los profesionales cuya capacitación en la materia los constituya en referentes del tema a investigar”.

El artículo reafirma en lo sustancial el principio de autonomía y la garantía del consentimiento de los **pacientes** que participan en las investigaciones médicas. Consentimiento cuyo derecho a revocar, se establece a texto expreso en el mismo artículo.

Dicho artículo también introduce aspectos instrumentales relativos a los protocolos de investigación. Concretamente hace referencia a la actuación de las **Comisiones de**

¹ A modo de ejemplo puede verse el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Uruguay por ley 13751 de julio 1969: “... En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Bioética y a la Comisión de Bioética y Calidad Asistencial del MS², alcance que analizaremos más adelante.

La ley fue reglamentada por el Decreto 274/2010 de 8 setiembre 2010. Este último incluye previsiones sobre consentimiento informado además de otras relativas a las Comisiones de Bioética asistencial y su vínculo con la Comisión de Bioética y Calidad Asistencial del MS. Excepto cuando la ley disponga lo contrario, los dictámenes de las Comisiones de Bioética asistenciales tendrán el carácter de recomendaciones no vinculantes (artículo 40).

La disposición del artículo 12 de la ley 18335 y otras concordantes, se vincula directamente con el Decreto 379/2008 sobre investigación en seres humanos y la Ordenanza 827/2016 de 4 octubre 2016 relativa a la acreditación y pautas de funcionamiento de los Comités Institucionales de Ética en investigación en seres humanos (CEI), a la cual haremos referencia más adelante.

La previsión de la ley 18335, no es la única que en nuestro ordenamiento jurídico, aborda la temática de las **investigaciones que involucran seres humanos**. Siguiendo un orden cronológico haremos referencia a algunas de estas normas legales que refieren a la investigación en seres humanos:

La ley 18426 de 1 de diciembre 2008 sobre **derechos sexuales y reproductivos** establece que corresponde al MSP “**investigar** y difundir los resultados de la **incidencia del VIH-SIDA y otras infecciones de transmisión sexual** en diferentes grupos poblacionales incluidos los recién nacidos”. (Artículo 4 inciso g literal 4).

La ley 18968 de 4 de setiembre 2012 (que modifica las anteriores 14005 y 17668) refiere a la **donación y trasplante de células, órganos y tejidos** prevé la ablación de órganos, tejidos y células en caso de muerte, con fines terapéuticos y **científicos**. Lo que remite a la órbita del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de células, tejidos y órganos En lo sustancial instala en nuestro ordenamiento **un tipo de consentimiento de carácter “presunto”** para el caso que la persona que fallece no haya manifestado su consentimiento o negativa. Dicha presunción permite el empleo total o parcialmente de su cuerpo para **usos de interés científico**. Lo que entendemos comprende entonces, la investigación biomédica. La presunción del consentimiento en esta materia constituye un aspecto notoriamente contradictorio y cuestionable en tanto contradice el principio de autonomía, autodeterminación y la manifestación del consentimiento, como principio rector de la perspectiva bioética.³

² El Poder Ejecutivo por resolución 610/2005 de 11 abril 2005 constituyó la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la atención de la salud con carácter honorario y de alcance nacional. Sus funciones son de educación, supervisión y normatización.

³ Sobre el consentimiento **presunto** nos hemos ya pronunciado en sentido contrario señalando que dicha “presunción” constituye una clara manifestación de la violación de los principios bioéticos universalmente proclamados así como derechos intrínsecos a la persona humana como la libertad y la autonomía. Lo que no implica negar el altruismo y relevante significado de la donación de órganos, células y tejidos sino proyectarla desde un enfoque de derechos. Puede verse al respecto: BLENGIO VALDÉS, Mariana. “Donación y trasplante de células, órganos y tejidos” en *Tribuna del Abogado*, octubre/diciembre 2012, pp.28 a 32; BERGEL, Salvador D. “Bioética, cuerpo y mercado”, Universidad del Bosque Departamento de Bioética. Colombia, pp. 133 a 164.

La ley de reproducción asistida humana No. 19167 de 22 noviembre de 2013 prevé en el artículo 18 la **investigación científica con gametos y embriones** para la mejora de las técnicas de reproducción asistida. Prohíbe la investigación o experimentación científica con embriones generados para desarrollar embarazos con las técnicas de reproducción humana asistida reguladas por dicha ley. En lo instrumental prevé además que “todo **protocolo de investigación básica o experimental** deberá ser aprobado por la **Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida** previo a iniciarse el mismo”. Comisión Honoraria que posee alto grado de independencia por su creación legal, y no reviste el carácter de mera asesora del MS sino que además de ésta función, cuenta con atribuciones especiales. Fue reglamentada por los Decretos 69/2014 de 17 de marzo 2014, Decreto 311/2014 de 30 octubre 2014 sobre baja complejidad y Decreto 84/2015 de 27 febrero 2015 sobre alta complejidad. Este último Decreto establece en su artículo 19 inciso 3 que “todo **protocolo de investigación básica o experimental** deberá ser aprobado por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida y cumplir con los restantes requisitos establecidos por la normativa (**Comisión Nacional de Ética de Investigación**) previo a iniciarse el mismo”. No refiere su articulado a los Comité Institucionales de Ética en Investigación en seres humanos.

El cuarto inciso de este artículo señala que la inobservancia de las disposiciones podrá determinar las sanciones que correspondan “en los mismos términos” de lo dispuesto en los artículos 103 a 105 del Decreto 416/2002. Este prevé que el MS puede aplicar multas y clausuras en casos de reincidencia previéndose el pasaje a la justicia ordinaria en caso de posibles conductas delictivas sin perjuicio de otras actuaciones administrativas.

La ley de reproducción humana asistida prohíbe la clonación de seres humanos así como cualquier procedimiento dirigido a la transformación o alteración de la especie humana, a partir de material biológico obtenido en aplicación de estas técnicas (artículo 19).

La ley 19268 de 25 setiembre 2014 aprueba el Código de Ética Médica del Colegio Médico del Uruguay. En su sección VI establece disposiciones sobre la “**Investigación científica con seres humanos**”. Además y bajo el título “problemas éticos específicos” referidos al inicio de la vida humana se establece que “no es éticamente admisible que el médico contribuya a gestar seres humanos para investigar o comerciar. El embrión humano nunca puede ser sujeto de comercialización ni experimentación, ni materia prima de medicamentos, cosméticos u otros productos” (artículo 42).

En la sección VI sobre investigación científica con seres humanos el artículo 63 que “todo protocolo de investigación o experimentación debe ser aprobado por **un Comité de Ética de la Investigación en seres humanos** antes de iniciarse la investigación. Este Comité deberá contar con criterios claros y explícitos de evaluación, basados en las normativas vigentes en el país y declaraciones y tratados internacionales concordantes”. No refiere a la Comisión Nacional de Ética en Investigación del MS.

La sección consagra principios fundamentales relativos a la autonomía, consentimiento expreso y revocable, confidencialidad, información y riesgos beneficios. Establece que “recibir información es un derecho de todo individuo” (artículo 64). En relación al “médico investigador” señala que debe “aclarar a las personas o también a las instituciones que de éstas dependen, que los datos obtenidos serán utilizados exclusivamente en el protocolo de investigación” (artículo 65). Establece la obligación del médico de respetar que la persona se “retire de la investigación en cualquier momento sin que le cause perjuicio, debiendo

hacer lo necesario para que no se vea afectada la relación clínico asistencial con el equipo de salud”. En relación a riesgos el artículo 67 establece que debe el médico agotar los medios para proteger a los participantes sujetos de investigación o experimentación”. Previéndose también la responsabilidad del médico “del seguimiento de los pacientes sujetos de investigación con el fin de detectar los perjuicios que puedan derivarse de la investigación o experimentación” (artículo 68). Sobre su rol de investigador se establece que no podrá suprimir datos discordantes con sus hipótesis o teorías, falsificar ni inventar datos, debiendo ser suficientemente claro ante posibles conflictos de interés. No deberá ocultar datos e insiste en la confidencialidad de los sujetos de investigación. (artículo 70).

Por último, y sin que esta reseña pretenda agotar el listado, destacamos que vinculado a la temática la ley 18611 de 2 octubre 2009 establece disposiciones sobre la utilización de animales en investigaciones científicas incluyendo la competencia de la Comisión Nacional de Experimentación Animal y los Comités de Ética en uso de animales.

Esta descripción pone en evidencia la importancia del tema y reafirma la necesidad de armonizar todos los aspectos que directa o indirectamente vinculan a la investigación que involucra seres humanos. Definiendo su ámbito de aplicación, asegurando los principios bioéticos que las regirán, y armonizando las previsiones en relación a quienes supervisan los aspectos éticos y científicos de las investigaciones que involucran seres humanos.

De su análisis se desprende la falta de coordinación, la ausencia de referencias en algunas disposiciones y la superposición de roles en relación a los aspectos instrumentales de evaluación y seguimiento. Además de algunas cuestiones que interfieren en aspectos sustanciales como autonomía (tipo de consentimiento a observar en casos puntuales) y concepto de vulnerabilidad.

Los diferentes aspectos de una posible regulación legal con perspectiva bioética.

En concreto, entendemos que una futura ley que abordara la temática podría, en forma coordinada con las ya existentes en tanto algunas refieren a materias altamente específicas, prever dos grandes grupos de disposiciones.

En primer lugar lo relativo a los aspectos sustanciales lo que incluye su ámbito de aplicación, fines, aspectos científicos y éticos. Y en segundo lugar lo relacionado con la organización e instrumentación que habilite el desarrollo debidamente pautado de las investigaciones que involucran seres humanos incluyendo su seguimiento.

1) Aspectos sustanciales.

En relación a los aspectos sustanciales o de fondo habrían de determinarse entre otros aspectos que no agotan esta lista:

a) Fines de la ley y ámbito de aplicación; incluyendo definiciones como por ejemplo el alcance del término “investigación”⁴ y actividades comprendidas en la medida que involucren seres humanos;

⁴ En tal sentido definir si abarcará investigación biomédica con seres humanos únicamente o incluirá las realizadas en el campo social lo que ampliaría sensiblemente el alcance de la norma.

b) Aspectos éticos de la investigación en seres humanos. Incluyendo entre otros la justificación, confidencialidad, inexistencia de procedimientos alternativos, evaluación de riesgos y beneficios; autonomía y consentimiento informado.

Otros aspectos a tener en cuenta en la futura legislación en armonía como hemos visto con las normas existentes en forma específica y otras que también será imprescindible atender en el marco de la armonización normativa⁵:

c) Previsiones que vinculan a investigaciones que involucren a menores de edad, incluyendo recién nacidos; personas incapaces o con discapacitadas; mujeres de edad fértil, mujeres embarazadas, mujeres en trabajo de parto o alumbramiento; puérpera; investigaciones en embriones, fetos; investigaciones con grupos subordinados (estudiantes, empleados de hospitales, laboratorios, cárceles, etc);

d) Aspectos relacionados con las investigaciones farmacológicas y la investigación genética en armonía como hemos dicho con la legislación que pudiera estar vigente.

Y la eventual o posible previsión de sanciones ante violación de la ley. En forma armónica también con normativa vigente. En su caso evaluar la procedencia de la denuncia ante el Tribunal de Etica que rija la matrícula profesional o sanciones por aplicación del régimen estatutario del sector público.

Lugar prioritario ocuparán en esta primera parte los principios de respeto a la dignidad humana, igualdad y no discriminación, autonomía, beneficencia, no maleficencia, confidencialidad, y justicia. Con el fin de lograr un equilibrio que permita proyectar la vida y la salud de los individuos, la atención sanitaria y el goce de sus derechos, en forma armónica con la libertad del investigador, y la necesaria proyección de la investigación científica para el desarrollo de la vida humana.⁶

2) Aspectos relacionados con la organización del sistema en aras de crear un sistema nacional de investigación.

Concretamente sobre las funciones a desarrollar por los Comités de Etica Institucionales en Investigación en la medida también que se determine su alcance. Determinando sus potestades en materia de evaluación y seguimiento de proyectos y protocolos de investigación biomédica en su caso, acreditación, registro y vínculo con una Comisión Nacional de Investigación en seres humanos con la ubicación que se considere pertinente atribuirle a ésta última.

Sobre el punto habrá de tenerse especial atención a la experiencia en Uruguay de los Comités Institucionales de Etica en Investigación en seres humanos regulados por el Decreto 379/2008 al que remite directamente la reciente Ordenanza No. 827 del 4 de octubre 2016.

⁵ Por ejemplo las relativas a la autonomía progresiva de los menores de edad atendiendo las normas previstas en el Código de la Niñez y la Adolescencia sobre el alcance del derecho a ser oído, la información y demás aspectos que vinculan a la participación del niño maduro o con grado de discernimiento.

⁶ Puede ampliarse en: BLENGIO VALDES, Mariana. "La dignidad humana como parámetro de interpretación en fuentes de derecho internacional de los derechos humanos y bioética. ¿La definición inexistente?. Disponible en: www.revistaderechopublico.com. GROS ESPIELL, Héctor. "Dignidad humana en instrumentos internacionales". En Separata "Dignidad Humana" (coord. Mariana Blengio Valdés); Cátedra UNESCO DDHH UDELAR, Montevideo, 2003. ANDORNO, Roberto. "La dignidad humana como fundamento de la Bioética y los DDHH". En Declaración Universal sobre Bioética y DDHH (Coord. Y. Gómez Sánchez y H. Gros Espiell). UNESCO, Paris, 2008. Pp 253 – 270.

A la luz de dicha experiencia, convendría hacer lugar a una discusión, y a partir de la experiencia y/o sus carencias, sobre las funciones específicas de estos Comités.

En concreto consideramos de utilidad, analizar la viabilidad de una regulación que pudiera salvar problemas operativos relacionados con la especificidad de dicha labor. Esta evaluación permitiría determinar la necesidad o no de prever la existencia de un solo Comité que cumpla las dos funciones (por un lado la evaluación de la calidad técnica y el mérito científico además de los aspectos éticos incluyendo la evaluación de riesgos y beneficios, protección de sujetos y observancia de autonomía y consentimiento) y/o la co existencia de dos tipos de Comités que en forma coordinada analicen proyectos y protocolos desde ambas perspectivas y emitan también en forma consensuada, sus decisiones. Sin disociar la revisión ética de su análisis científico, sino al contrario, potenciando las evaluaciones. Cumpliendo ambos tareas de asesoramiento a la Institución de Salud al autorizar la investigación, asistencia integral al equipo de investigación y control de la aplicación de los preceptos legales.

Comisión Nacional de Investigación en seres humanos y funciones.

La previsión de un órgano central en carácter de Comisión Nacional de Ética en Investigación resulta también relevante. Pautada ésta con un grado de independencia suficiente y claramente definida. Cuyas funciones básicas comprenderían las de acreditación, supervisión, control, registro o base de datos de todas las investigaciones a nivel nacional. Además de la evaluación y dictámenes en temáticas específicas o situaciones a definir.

Corresponde también una discusión sobre su composición y ubicación en el organigrama sanitario lo que determinará su integración y eventual vínculo a definir con la autoridad sanitaria. Fundamenta esta preocupación la necesidad de proyectar el rol de dicha Comisión Nacional a fin de garantizar y optimizar su gestión asegurando la ausencia de cualquier tipo de conflicto de interés público o privado, bajo la premisa de la protección integral del sujeto de investigación.

Al igual que lo referido en relación a los Comités, la experiencia de la actual Comisión Nacional de Investigación en Seres Humanos vinculada a la Dirección General de Salud del MS constituye la base de análisis de la regulación futura.

La perspectiva bioética eje de las políticas públicas en salud.

Como ya hemos señalado en anteriores escritos y más allá del ámbito específico de la investigación biomédica y los aspectos instrumentales que la regulen incluyendo los Comités Institucionales de Ética en Investigación en seres humanos y la Comisión Nacional de Investigación en seres humanos, Uruguay continúa sin avances sobre la creación de una Comisión Nacional de Bioética cuya relevancia fue puesta de manifiesto en el año 1995 y 2003 (incluyendo un proyecto de ley de creación) en armonía con las recomendaciones de Unesco.⁷ El objetivo de esta Comisión de Bioética consiste en permitir la conformación de

⁷ Puede verse al respecto: BLENGIO VALDÉS, Mariana. "Salud, acceso a medicamentos y Bioética". En RDP, año 24, No. 48 – diciembre 2015, pp. 13- 38. Las comisiones nacionales creadas en otros países tienen diferentes matices sin perjuicio de lo cual se hace especial hincapié en su independencia tal cual puede cotejarse con las recomendaciones de UNESCO en relación a las mismas.

un ámbito de reflexión bioética que elabore y promueva recomendaciones interdisciplinarias, objetivas e independientes, basadas en el abordaje o perspectiva bioética, y que permita desde el consenso, officar de guía a diferentes y complejos problemas que se generan en relación a la vida, integridad, dignidad y salud humanas y el necesario equilibrio de derechos y libertades individual y colectivamente considerados.

II. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA

Ante la inexistencia de la previsión de rango legal que regule en forma integral la investigación con seres humanos y sin perjuicio de las previsiones específicas que puedan existir como vimos en la reseña legislativa; nos compete realizar algunas precisiones sobre las previsiones contenidas en el Decreto 379/2008 vinculado a la investigación en seres humanos y la Ordenanza 827/2016 recientemente aprobada.

A tales efectos conviene precisar aspectos cronológicos de su aprobación:

El Decreto 379/2008 de 4 agosto 2008 (D.O 14 agosto 2008) relativa a la investigación en seres humanos advierte que: “la investigación en seres humanos es una práctica muy extendida en los sistemas de salud a nivel internacional y nacional, siendo muy necesario en el desarrollo científico, debiendo desde la Bioética preservarse en todos los casos la dignidad y los derechos humanos de los sujetos”.⁸ Señala que todas las **instituciones de salud tanto públicas o privadas** deberán velar para que toda modalidad de investigación en que participen seres humanos respete el marco regulatorio previsto en el decreto. Prevé el funcionamiento de los Comités Institucionales de Etica en investigación y la Comisión Nacional de Etica en Investigación en seres humanos quien deberá “velar por el buen funcionamiento de los primeros”.

La Ley 18335 relativa a derechos y obligaciones de pacientes y usuarios. Fue aprobada el 15 agosto 2008 (D.O 26 agosto 2008). Su Decreto reglamentario No. 274/2010 es de 8 setiembre 2010. (D.O 16 setiembre 2010);

La Ordenanza del MS No. 827 de 4 octubre 2016 relativa a normas y criterios de acreditación y funcionamiento de Comités Institucionales de Etica en investigación en seres humanos. Su marco normativo remite a la Declaración de Helsinski (2000) y la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Constitución Nacional y la siguiente regulación legal: Ley Orgánica de salud pública No. 9202; Ley No. 18331 relativa a los datos personales, y ley No. 18335 sobre pacientes y usuarios. No hace referencia a ninguna otra ley de las mencionadas supra que vinculan a la investigación en seres humanos. En cuanto a los decretos remite directamente al 379/2008 antes mencionado.

A continuación detallaremos algunos de los principales problemas o interrogantes que nos surgen de su análisis:

⁸ Se trata de un extenso decreto (cuenta con IX capítulos y 53 artículos). El marco normativo al cual refiere bajo en sus consideraciones iniciales remite a: Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración de Helsinski, Declaración de Bioética y Derechos Humanos (2005), Constitución, Ley Orgánica de Salud Pública.

1. La inexistencia de previsiones legales específicas en la ley 18335 sobre los Comités Institucionales de Etica en investigación en seres humanos y la Comisión Nacional de Etica en Investigación MS.

Como hemos visto la ley 18335 en su artículo 12 establece que:

“Todo procedimiento de **investigación médica** deberá ser expresamente autorizado por el paciente sujeto de investigación, en forma libre, luego de recibir toda la información en forma clara sobre los objetivos y la metodología de la misma y una vez que la **Comisión de Bioética de la Institución de asistencia** autorice el protocolo respectivo. En todos los casos se deberá informar preceptivamente a la **Comisión de Bioética y Calidad de Atención del MSP ...**”.

Según podemos apreciar no hay en de dicha disposición referencias a los Comités Institucionales de Etica en Investigación en seres humanos (CEI). El artículo 12 refiere a la aprobación de los protocolos por parte de una “Comisión de Bioética de la Institución”. Previéndose por un lado la necesidad de que éstas autoricen el protocolo de investigación respectivo. Por otro, la “comunicación preceptiva” a la “Comisión de Bioética y Calidad de Atención del MS”.

Tampoco se refiere a la Comisión Nacional de Etica en Investigación del MS.

Téngase presente que tanto Comités Institucionales de Etica en Investigación en seres humanos como esta última Comisión de carácter nacional, fueron regulados por el Decreto 379/2008. Este Decreto fue aprobado antes de la ley 18335 según se puede apreciar en el orden cronológico descripto. No se constata entonces entre este Decreto 379 y la Ley 18335 aprobada unos días después, la armonización necesaria. Como tampoco se adecua este decreto a otras disposiciones legales que refieren a temas específicos como hemos visto.

El Decreto 379/2008 prevé la existencia y el rol de los Comités Institucionales de Etica en Investigación (CEI) en el capítulo VI y la creación de una Comisión Nacional de Etica en Investigación (CNEI) en el capítulo VII. Definida ésta última en forma atípica como una “instancia de naturaleza consultiva, educativa y normativa independiente” y “vinculada a la Dirección General de la Salud del MSP”.

La circunstancia fáctica de que la ley 18335 no remita al Decreto 379/2008 aprobado con anterioridad, puede determinar la dudosa legalidad de la actuación de los CEI y la propia CNEI. Y específicamente en lo que incumbe a los aspectos instrumentales y formales del sistema de investigación médica y las previsiones sobre la aprobación de protocolos de investigación y demás actividades de seguimiento.

Téngase presente que los dictámenes que dictan los CEI no tienen el mismo valor que los informes que emitan las Comisiones de Bioética Asistencial tal cual se desprende de las normas que los regulan. Lo que distingue claramente sus alcances. En el caso de los CEI la aprobación del proyecto y protocolo es necesaria para que el mismo se lleve adelante o se realice.

Por su parte las leyes que referenciamos en un inicio (Código de Etica Médica, Reproducción Humana Asistida y otras) tampoco son claras con respecto a la competencia de los CEI y la CNEI. Más allá del alcance del término “investigación”. Pero siempre bajo la consigna de que involucran seres humanos.

Como salvedad podemos referir también que el posterior Decreto 274/2010 de setiembre 2010 prevé en el artículo 48 que las Comisiones de Bioética podrán constituirse en Comités de Ética de la Investigación regulado por el Decreto 379/2008. Lo que aún con la supuesta situación de que una Comisión de Bioética se constituyera en Comité de Ética de Investigación, sus roles son esencialmente distintos y sus actuaciones al igual que sus decisiones. Ello en mérito a que las de las Comisiones de Bioética no serían vinculantes y las del CEI en aplicación del Decreto 379/2008 si lo serían. En definitiva el Decreto reglamentó la ley 18335 e hizo referencia a las Comisiones de Bioética salvo esta mínima previsión que eventualmente podríamos considerar que no apunta al Decreto 379/2008 sino que se realiza en función de la ley que reglamenta y específicamente las Comisiones de Bioética que el legislador ordenó crear a partir del año 2008.

En relación a los aspectos sustanciales también consideramos de rigor realizar un análisis de lo consagrado en vía legal en materia de autonomía y consentimiento (incluyendo revocación y formalidades) entre las leyes referidas y las de rango inferior, concretamente el Decreto 379/2008 y leyes posteriores incluida la de trasplantes y donación de órganos con fines terapéuticos y científicos.

2. Ordenanza 827/2016 de 4 octubre 2016.

Del punto de vista instrumental, y en el supuesto caso que pasemos por alto este desajuste entre una regulación legal y la promovida por el Poder Ejecutivo sobre existencia y funciones de los Comités Institucionales de Ética en investigación en seres humanos (CEI) y Comisión Nacional de Ética en Investigación del MS (CNEI), considerando que han ocupado el lugar que la ley otorgó a las Comisiones de Bioética y a la Comisión de Bioética y Calidad de Atención del MSP pero conservando sus atribuciones, la aprobación de la Ordenanza de 4 de octubre nos obliga a realizar otras consideraciones.

En este aporte solo referiremos a una síntesis de las principales observaciones que hemos ya detallado en anteriores documentos de trabajo cuyo abordaje específico excede este breve informe.

El análisis se remite a la ley 18335 pues es esta norma como vimos, la referida en relación al marco normativo de la Ordenanza además del Decreto 379.

a. Alcance y ámbito de aplicación.

La ley 18335 en su artículo 12 refiere a los procedimientos de “investigación **médica**” con seres humanos.

El Decreto 379/2008 en su artículo 2 en relación a las investigaciones en seres humanos señala que será aplicable a “todas las instituciones públicas y privadas **de salud**” públicas y privadas.

La reciente Ordenanza de 4 de octubre 2016 señala en su artículo 1 establece: “**toda** institución tanto público o privada en la que se realicen **investigaciones que involucran seres humanos**”.

No resulta ajustada a las anteriores previsiones.

b. Acreditación de los CEI. Plazos. Formalidades.

Se prevé un plazo de **60 días para acreditar los CEI** desde el momento que **sean creados**. Así lo dispone el artículo 1 del Anexo I de la Ordenanza que remite a un Formulario cuyo contenido se describe en el Anexo II. Sin embargo para los que ya estén funcionando el plazo para acreditar el Comité que prevé la Ordenanza en el artículo 3 es de **3 meses desde la publicación de la Resolución**. Tal vez debió decir, Ordenanza. Lo que habría de aclararse en el Anexo II en tanto allí genéricamente se titula “Formulario de Acreditación. Presentación”, y no distingue entre CEI nuevos y otros que deban acreditarse por estar funcionando, formulando un único plazo de **60 días**.

Por su parte en relación a **la forma y sobre el contenido del formulario** a presentar sería conveniente algún tipo de previsión en relación a la **veracidad** de lo que allí se incorpore, eventualmente en calidad de declaración jurada o similar a evaluar oportunamente. Esto se justificaría dada la relevancia de la información a proporcionar, por ejemplo sobre la efectiva inexistencia de conflictos de interés.

Destacamos además lo **impreciso y subjetivo que pueda significar la información a proporcionar sobre la formación en bioética** de sus integrantes, entre otros aspectos puntuales. Convendría eventualmente formular algún parámetro para su evaluación.

Estos aspectos aunque parezcan menores o puedan ser vistos como excesivos apuestan a asegurar y jerarquizar el rol de los Comités Institucionales de Etica de Investigación en seres humanos, en atención de sus funciones y potestades. Conviene recordar que son éstos quienes resuelven sobre la efectiva realización o no de un protocolo de investigación en seres humanos, siendo su decisión de carácter vinculante y muy distinta a las que puedan cumplir las Comisiones de Bioética sin que esto implique que la formación en ambos casos no sea prioritaria.

La formación en Bioética habrá de ir entonces en forma complementaria a todas las acciones o medidas que se instrumenten en el marco del sistema nacional de investigación en seres humanos como parte de una política que debe asegurar el conocimiento específico de los principios bioéticos y la relevancia de su alcance para la sociedad.

c. Hoja de ruta: CEI – CNEI. Proceso de aprobación, informe y ejecución del proyecto:

Del cotejo de los artículos 7 y 14 del Anexo I de la Ordenanza nos surgen algunas interrogantes.

El artículo 7 establece: “Los proyectos o protocolos de investigación que no se refieren a las áreas temáticas específicas, serán evaluados por el CEI y una vez dictaminada su aprobación, junto con la autorización de la dirección de la Institución, deberán ser informados a la CNEI para su registro, a partir del cual podrán ser ejecutados por los investigadores conforme al Flujograma A) incorporado en la Ordenanza como Anexo III”

Identificamos las siguientes etapas:

- A) Evaluación y aprobación del Comité de Etica de Investigación en seres humanos institucional del protocolo;

- B) Autorización de dicha evaluación por parte de la Dirección de la Institución;
- C) Información a la CNEI para su registro;
- D) Registro por la CNEI;
- F) Ejecución.

Habiéndose cumplido las etapas referidas los mismos “deberán ser informados a la CNEI para su registro y **a partir de ese momento** podrán ser ejecutados por los investigadores”

Por tanto se podría entender que para ejecutar el proyecto o protocolo de investigación que no refiere a área específica, el investigador debería aguardar hasta el registro en la CNEI.

Sin embargo el artículo 14 de la referida Ordenanza expresa que: “Los proyectos aprobados, junto con el aval de la Dirección de la Institución **pueden ejecutarse**. Oportunamente deberán enviarse al MS para registro en el banco de datos de la CNEI”.

Y continúa el artículo: “Los proyectos de áreas específicas antes señaladas serán enviados con Informe del CEI para registro y dictamen de la CNEI ... “

Interrogantes:

Analizadas ambas disposiciones (artículo 7 y primera parte del artículo 14) no resulta claro **desde cuando** podrán ejecutarse los “proyectos o protocolos” aprobados por los Comités Institucionales que no refieran a áreas temáticas específicas.

La coordinación con la ley 18335 también nos genera otras interrogantes:

El artículo 12 de la ley 18335 dispone en **relación a los protocolos de investigación médica** “la autorización previa del protocolo de investigación por la Comisión de Bioética de la Institución de asistencia autorice el protocolo respectivo”. Además de la “comunicación preceptiva a la Comisión de Bioética y Calidad del MSP”.

Aún entendiéndose que por Comisión de Bioética actuaría el CEI, la previsión de la Ordenanza contenida en el artículo 7, de registrarla en la CNEI y **a partir de allí su ejecución** no se armoniza estrictamente con el precepto legal. Que refiere a “comunicación preceptiva” y no del registro.

En relación al Decreto 379/2008:

Además de lo previsto en las atribuciones de los CEI en el Capítulo VI, el Decreto 379 prevé un Capítulo VIII que titula “De la Instrumentación”. Allí dispone que:

Que el investigador deberá esperar al **pronunciamiento del CEI** antes de comenzar la ejecución del proyecto. Y no refiere a la CNEI. (artículo 46 a)

Y el artículo 49 del Decreto señala que “se consideran autorizados para su ejecución los protocolos aprobados por el CEI” excepto los de temáticas específicas. Los que luego de aprobados por el CEI deberán ser enviados a la CNEI la cual les dará debido trámite.

No hay referencias a la CNEI en relación al comienzo de la ejecución de los protocolos o proyectos que no sean de temáticas específicas.

d. Temáticas específicas.

Capítulo aparte nos merece la previsión de la hoja de ruta en relación a las aquellos proyectos o protocolos que refieren **temáticas específicas**. Lo que ameritaría en nuestra opinión verificarse exhaustivamente en aras de armonizar de lo previsto en la Ordenanza con el Decreto en relación a la actuación de la CNEI y la obligatoriedad de las decisiones ya sea del CNE o de la CNEI. Más aun cuando incluso remitiendo a los Flujogramas de la Ordenanza estos **no establecen los diversos plazos** que si refiere el Decreto. Téngase presente que dichos plazos provocan **denegatorias fictas** en algunas hipótesis lo que complica aún más y pone en evidencia imprecisiones importantes en la hoja de ruta que habrán de observar estos tipos de investigaciones en temáticas específicas.

Además de que, en relación a las categorías, convendría analizar la conveniencia o no de la utilización de “vulnerabilidad” para incluir o no determinadas investigaciones. Sin desechar su referencia, generan dudas si la investigación en fetos, embriones, mujeres en proceso de parto, púerperas entrarían en tal categoría. Algunas de las cuales también tienen una regulación aparte tal cual vimos anteriormente.

Compartimos la intención de prever especial atención a las áreas con temáticas específicas. Sin embargo entendemos que se requiere pulir algunas dudas de interpretación pre existentes en el Decreto para que luego puedan implementarse debidamente. La Ordenanza pretendiendo ordenar las disposiciones, ha puesto en evidencia algunas discordancias de la anterior regulación realizada por el Decreto 379.

Por tanto una primera cuestión radica en determinar cual sería el alcance específico del dictamen de la CNEI en estos casos. Especificar los **plazos** que no se encuentran en la ordenanza ni el flujograma en tanto pueden generar consecuencias. Y regular debidamente todo el pasaje y proceso.

Aunque aún en ese supuesto, no podemos dejar de reiterar la **discordancia con la norma legal** contenida en la ley 18335. Según el artículo 12, aun previéndose que debería sustituirse Comisiones de Bioética por CEI no establece ninguna distinción por proyectos de áreas específicas.

Señala en relación a los CEI y los protocolos aprobados:

“En todos los casos se deberá comunicar preceptivamente a la Comisión de Bioética y Calidad de Atención del MSP”. ¿Qué alcance tiene dicha comunicación? ¿Es atendible esta regulación tan detallada sobre una previsión legal del punto de vista formal, inexistente?

e. Seguimiento luego de la aprobación de los proyectos o protocolos.

No hay previsiones en la Ordenanza. Podría ser un primer paso la remisión de un informe de estado de situación o seguimiento por parte de los CEI.

La falta de seguimiento de los proyectos de investigación deja abierta la posibilidad de incumplimientos por parte de los investigadores del contenido mismo del proyecto avalado por el Comité, en desmedro de la protección de los sujetos de investigación, esto es, las personas.

Téngase presente que el Decreto 379/2008 refiere al seguimiento en varias de sus disposiciones. Entre ellas la prevista en el artículo 6 literal w). Señala que la investigación podrá interrumpirse por “razones debidamente fundamentadas”. Lo que deberá comunicarse a la CNEI y a los CEI para su “valoración”. Señala que la “discontinuidad del estudio en

forma definitiva o transitoria” será resuelta por investigador o CEI siendo la opinión de ésta la que prima en caso de discordancia. El punto está regulado en el capítulo II sobre aspectos éticos de las investigaciones, lo que destaca aún más su relevancia. En tanto forma parte de la protección del sujeto investigado que más allá de la existencia o no de una regulación específica sobre investigación, es obligación del Estado en observancia de la Constitución y los tratados de derechos humanos.

Por otro lado en las competencias de la CNEI se refiere la de “prohibir o interrumpir investigaciones definitiva o temporalmente pudiendo requerir los protocolos para el análisis ético inclusive los ya aprobados por los CEI. (artículo 43 g).

Aunque la Ordenanza no haya abordado estos aspectos éticos en forma sustancial esto sí estaría comprendido dentro del Capítulo II de la misma que refiere a la forma de actuar de los CEI.

f. Potestades de la Comisión Nacional de Ética en Investigación en seres humanos. ¿Sanciones?

En la Ordenanza se hace referencia a recomendaciones concretas a observar por los CEI en relación a la actuación y formalidades de los protocolos. Sin embargo se plantean como pautas genéricas y no se prevé ningún tipo de consecuencia en caso de no observarse las mismas.

Veamos algunos ejemplos:

1. No existen previsiones específicas para el caso que el Comité no se acredite. Lo que podría determinar dudas en cuanto al momento que pueda comenzar la ejecución del proyecto y más allá de las salvedades expresadas supra.

Ese punto nos remite directamente al Decreto 379/2008 en cuanto expresamente prevé requisitos a observar por los CEI. Entre ellos número de integrantes, equipo interdisciplinario; sexos; mayoría de miembros según especialidad; conflictos de intereses. Y otros aspectos formales. ¿Qué sucede si no se cumple con estos requisitos?

2. El artículo 11 de la Ordenanza recomienda que se contemple lo previsto en el Decreto 379/2008 artículos 7 a 14 sobre consentimiento informado sin perjuicio de lo cual no hay referencias a que sucede si no se cumple con estas previsiones. A lo cual agregaríamos la necesaria referencia expresa al derecho a la revocación del consentimiento (artículo 12 de la ley 18335) sin perjuicio que se encuentre implícitamente comprendida (referencia a artículo 8 f) del Decreto).

Evidentemente este aspecto puede exceder la Ordenanza y reitera la necesidad de una legislación que permita definir con claridad el alcance de las obligaciones asumidas.

CONCLUSIÓN:

En la reciente regulación (incluida en esta última Ordenanza 827/2016) el Poder Ejecutivo aborda fundamentalmente la regulación y puesta en marcha de los aspectos formales y no entra en los aspectos sustancialmente relevantes de la temática de fondo que por cierto permitirán fortalecer el rol de los CEI y la CNEI, sin dudas sobre su ubicación jurídica y marco legal.

Temática de fondo, que como hemos dicho el Uruguay requiere, en tanto el objetivo y fin último de una normativa relativa a la investigación en seres humanos radica en la protección de los sujetos involucrados, seres vivos integrantes de la especie humana, en su calidad de sujetos de derecho. Quienes en consecuencia deben ser protegidos en el goce de su dignidad más allá de una regulación que específicamente lo prevea en relación a las investigaciones.

La potestad de proponer y proyectar una regulación la posee, entre otros, la Comisión Nacional de Ética en Investigación del MS. Así la ha mandatado el Poder Ejecutivo en el Decreto 379 que prevé entre sus atribuciones: “promover normas específicas en el campo de la ética de la investigación”. (Artículo 43 d) Decreto 379/2008.

Compete a la CNEI al igual que a los demás actores, directa o indirectamente alcanzados por esta temática y a la sociedad toda, la responsabilidad de instalar en la agenda nacional la regulación de las **investigaciones que involucran seres humanos**, en el marco de los derechos y libertades consagrados en las normas de fuente nacional e internacional de la República.

En cuanto a los aspectos formales y aún en el lapso que comprenda este proceso de armonización legislativa, es relevante la iniciativa de poner en marcha mecanismos que permitan un trabajo coordinado, adecuándose lo más efectivamente posible a las necesidades y requerimientos de la ética en investigación en seres humanos como forma de garantizar el goce de derechos y libertades.

Sin perjuicio de los problemas que, como hemos dicho, aun previéndose algunas pautas de implementación de los Comités Institucionales de Ética en Investigación y la Comisión Nacional de Ética en Investigación en seres humanos del MS, la inexistencia de previsiones específicas y claras sobre su existencia y atribuciones en la normativa legal puedan implicar aunque formalmente, para la validez o eventual nulidad de las actuaciones.

Montevideo, 31 de octubre 2016.

LEY N° 19.362. EXTENSIÓN DE LA CIUDADANÍA NATURAL A NIETOS DE URUGUAYOS

*Miguel Bonomi Santurio **

I. INTRODUCCIÓN

El día 31 de diciembre de 2015, el Poder Ejecutivo, con las firmas del Presidente de la República y el Ministro del Interior, promulgó la Ley N° 19.362.¹ La misma consta de dos artículos a través de los cuales se introducen algunas modificaciones a los artículos 3° y 5° de la Ley N° 16.021, de 13 de abril de 1989, relativa a la nacionalidad uruguaya, también conocida como *Ley Ortiz*.

La nueva redacción dada al artículo 3° de la citada ley, pone de manifiesto la voluntad de legislador en extender la ciudadanía natural a un nuevo grupo de personas, habitualmente denominados como «*nietos de uruguayos*». A su vez, la modificación operada respecto del artículo 5°, flexibiliza las exigencias para la justificación del vecinamiento en el país. De esta forma, previo a la inscripción en el Registro Cívico, le compete a la Corte Electoral verificar el cumplimiento de por lo menos dos de los requisitos enumerados por el artículo 4° de la Ley 16.021 en la redacción dada por la Ley N° 18.858, de 23 de diciembre de 2011.²

No obstante, debe advertirse que el tratamiento de la nacionalidad y ciudadanía en nuestro país ha suscitado discrepancias en el plano doctrinal, ello, por cuanto la normativa constitucional vigente sobre la materia carece de la precisión técnica que se podría esperar. En este sentido, para comprender el estado actual de la cuestión a partir de la promulgación de esta nueva ley, nos parece oportuno aclarar algunos conceptos. Para ello, partiremos de las definiciones de nacionalidad y ciudadanía, y posteriormente, mencionaremos sucintamente el estado de nuestra normativa constitucional a la luz de las tendencias del Derecho comparado. Acto seguido, dedicaremos un apartado a los antecedentes legislativos y al

* Procurador. Estudiante de la carrera Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Correo electrónico: miguelbonomi.1@gmail.com.

¹ Publicada en el Diario Oficial el día 12 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.impo.com.uy> Fecha de consulta: 20.08.2015.

² Sobre este punto, ver: TEALDI CORREA, Jean-Paul. Requisitos para la inscripción de ciudadanos naturales hijos de padre o madre oriental. Modificaciones introducidas por la ley 18858 en *Revista de Derecho Público* N° 41, Enero-Julio 2012, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 113-118.

proceso que culminó con la promulgación de esta nueva ley, que hemos de comentar como epílogo de esta nota de legislación.

II. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

En la doctrina uruguaya de Derecho Constitucional³ existe un acuerdo generalizado respecto a lo que debe entenderse por nacionalidad y ciudadanía, por ello, nos permitimos acudir a las enseñanzas del Maestro del Derecho Constitucional uruguayo.

Dice Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, con la claridad que lo distingue, que la nacionalidad es *«un vínculo natural, derivado del nacimiento, de la sangre o de un acto voluntario, que liga a un individuo con una comunidad estatal, que produce ciertas consecuencias de Derecho, especialmente en el orden internacional, y que normalmente atribuye a quien posee tal condición cierta vocación de adquirir el status de ciudadano»*.⁴

Mientras que la ciudadanía, en palabras del emérito profesor, es *«una calidad simplemente jurídica, definida por el Derecho interno, que habilita al individuo para participar en la vida política del grupo, otorgándole ciertos derechos especiales o imponiéndole, al mismo tiempo, ciertos deberes»*.⁵

Esto que resulta claro a nivel doctrinal, en nuestro texto constitucional no se aprecia con tanta nitidez, en la medida que éste no regula con extremo rigor técnico los aludidos institutos. Esto nos parece doblemente reprochable, en primer lugar por cuanto los miembros de la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado cuya labor culminó con la redacción de la Constitución uruguaya de 1830, tuvieron acceso a textos constitucionales donde se le daba a la cuestión una regulación mucho más precisa. Sírvase tomar de ejemplo la Constitución de la Monarquía Española de 1812, también conocida como la Constitución de Cádiz, la cual distinguía claramente en su artículo 5° quienes eran los españoles - es decir los nacionales -, y en sus artículos 18 a 26 regulaba todo relativo a la ciudadanía. El segundo reproche corresponde a los miembros de la Convención Nacional Constituyente que redactaron la Constitución uruguaya de 1918, quienes tuvieron oportunidad de adecuar el texto constitucional. En cambio, estos se limitaron a realizar algunas adiciones a los textos que venían del año 1830, lo que se refleja especialmente hasta la fecha en la actual redacción del artículo 74, quid de la cuestión.

Así como la Constitución española de 1812 perfectamente distingue la nacionalidad de la ciudadanía, encontramos Constituciones como la de los Estados Unidos Mexicanos de

³ Para mayor desarrollo de los temas nacionalidad y ciudadanía, véase: CAGNONI BUFFA, José Aníbal. El Derecho Constitucional uruguayo. 2^{da} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Derecho Público. 3^{era} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009. CORREA FREITAS, Ruben. Derecho Constitucional Contemporáneo. Tomo I. 4^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL, Justino. La Constitución Nacional. Tomo I. Montevideo, editado por la Cámara de Senadores, 1991. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL, Justino. «Significado del vocablo uruguayo» en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 55, 1957. KORZENIAK FUKS, José. Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional. 4^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008. RISSO FERRAND, Martín J. Derecho Constitucional. 2^{da} edición. 1^a reimpression. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL, Justino. La Constitución Nacional. Tomo I. Montevideo, editado por la Cámara de Senadores, 1991. pp. 396/397.

⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL, Justino. Op. cit. p. 397.

1917, o más modernamente, la de la República de Colombia de 1991 (ambas enmendadas en diversas ocasiones), con un manejo superlativamente mejor al nuestro de los institutos de la nacionalidad y ciudadanía. Ambas Cartas Constitucionales distinguen claramente quienes son los nacionales del respectivo Estado, quienes son extranjeros, así como quienes son sus ciudadanos; en cada caso enunciando los derechos y deberes derivados de cada una de dichas situaciones jurídicas.⁶

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En nuestro país, en el año 1989, el legislador nacional ante el proyecto de ley presentado por el Senador Dardo ORTIZ, dio un paso importante al sancionar la Ley N° 16.021 fijando los criterios definitorios de la nacionalidad uruguaya. Sin embargo, a pesar del avance que implicó dicha norma, la solución dada por ésta fue calificada como injusta, insuficiente, o de excesiva exigencia. Ante tales cuestionamientos, el primer paso dado por Poder Legislativo fue la aprobación en el año 2011 de la Ley N° 18.858, por la cual se modificaron algunos de los requerimientos a los efectos de probar el vecinamiento en el país. Pese a todo, en esa oportunidad no se dio respuesta a una antigua demanda de los nietos de uruguayos en ser considerados ciudadanos naturales.

Desde entonces, y a partir de una postura en minoría dentro de la Cátedra de Derecho Constitucional, se retomaron los esfuerzos para cumplir con dicha demanda. En efecto, durante la XLVII Legislatura (2010-2015), el Poder Ejecutivo encabezado por el Presidente José MUJICA CORDANO envió un proyecto de ley para someter a consideración del Parlamento.

En aquella oportunidad, el miembro informante de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración - Representante Nacional Daoiz URIARTE - expresó que *«el objetivo de un país en desarrollo que busca recuperar a sus hijos que por diversos motivos emigraron en su momento a otros países debe ser, sin duda; facilitar las condiciones en que sus descendientes puedan retornar a su patria, consolidando los lazos que por familiaridad los ligan a nuestro país. Es por ello que la interpretación, aun cuando existiesen dudas, debe resolverse en favor de la admisión de la ciudadanía, otorgándole los derechos a que a ella acompañan»*.⁷

A pesar de haber obtenido media sanción por parte de la Cámara de Representantes, el proyecto de ley no fue votado por el Senado en la última sesión de la XLVII Legislatura. Las razones para ello fueron las observaciones que formulase un Senador de la oposición al artículo 2° del proyecto que pretendía modificar al artículo 4° de la Ley 16.021.

Lo antes dicho fue motivo para que durante la actual Legislatura (XLVIII), la bancada de Senadores oficialistas⁸ del Frente Amplio presentase - el 16 de junio de 2015 - un nuevo proyecto de ley para modificar únicamente los artículos 3° y 5° de la *Ley Ortiz*, y no así el artículo 4° que mantiene la redacción dada por la Ley N° 18.858.

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, artículos 30 a 38. (Capítulos I, II y III del Título I). Constitución Política de la República de Colombia, vigente, artículos 96 a 100 (Capítulos I, II y III del Título III).

⁷ *«Informe y proyecto de ley de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes, de 2 de abril de 2014»* en Carpeta N° 265/2015, Distribuido N° 262 de 27 de julio de 2015 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores. Disponible en sitio web del Poder Legislativo: www.parlamento.gub.uy Fecha de consulta: 20.08.2015.

A continuación haremos referencia a los puntos más significativos en la discusión parlamentaria que culminase con la sanción de la Ley N° 19.362.

III. TRÁMITE PARLAMENTARIO

A. Tratamiento en las Comisiones de cada Cámara.

Previo a su aprobación por las respectivas Comisiones de cada Cámara Legislativa, comparecieron ante estas los constitucionalistas Ruben CORREA FREITAS y Martín J. RISSO FERRAND, a los efectos de ilustrar a los legisladores integrantes de las mismas sobre las posibles connotaciones de este proyecto de ley.⁹

En ambas oportunidades, los juristas destacaron que cuando se habla de nacionalidad y ciudadanía se está ante cosas diferentes; a pesar que el texto constitucional confunde ambos conceptos.

El artículo 1° del proyecto, por el cual se extiende la ciudadanía a los nietos de uruguayos, puso de manifiesto las dos grandes tesis que al respecto se han desarrollado en la doctrina uruguaya a partir de la interpretación del artículo 74 de la Constitución de la República.

Por un lado, RISSO FERRAND - quien se afilia a la interpretación tradicional que entre otros desarrollara Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA - entiende que «conforme a la Constitución: a) son ciudadanos naturales desde el nacimiento los individuos nacidos dentro del territorio de la República, y b) también son ciudadanos naturales los nacidos en el extranjero pero hijos de padre o madre nacidos en el territorio que se vecinen y se inscriban en el Registro Cívico...»¹⁰, y agrega más adelante que «sólo los nacidos dentro del territorio de la República transmiten a sus hijos nacidos en el extranjero la nacionalidad y la aptitud para adquirir la ciudadanía natural».¹¹ En consecuencia, para RISSO - siguiendo la tesis tradicional - son orientales exclusivamente los nacidos dentro del territorio nacional.

En base a dichas razones, a juicio del jurista podría plantearse un problema respecto de la constitucionalidad del artículo 1° del proyecto de ley, en cuanto se admite la ciudadanía natural a personas que no son hijas de personas nacidas en el territorio uruguayo. Esto a su vez, traería consigo aparejado otro problema, ya que según RISSO «...cortar entre nietos y bisnietos no es ajustado a la Constitución, y genera problemas con el principio de igualdad: [¿] por qué los nietos sí, y los bisnietos, no [?].» Afirma más adelante en su intervención que «nuestra Constitución no habilita a que se corte; no dice “en los términos que establezca la ley”, o sea que no daría pie para esa situación. Creo que el criterio de ius

⁸ Senadores Ernesto AGAZZI, Patricia AYALA, Leonardo DE LEÓN, Rubén MARTÍNEZ HUELMO, Rafael MICHELINI, José MUJICA, Marcos OTHEGUY, Ivonne PASSADA, Daniela PAYSSÉ, Yerú PARDIÑAS, Rafael PATERNAIN, Enrique PINTADO, Lucía TOPOLANSKY y Mónica XAVIER.

⁹ El 11 de agosto los constitucionalistas se presentaron ante la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, mientras que el día 9 de diciembre comparecieron ante la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes.

¹⁰ RISSO FERRAND, Martín J. Derecho Constitucional. 2^{da} edición. 1^a reimpresión. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015. p. 795.

¹¹ Idem.

*sanguinis no funciona, y que esto de habilitar a los nietos y no a los bisnietos puede crear un problema de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad».*¹²

Por su parte, CORREA FREITAS fundamentó su tesis a partir de una ponencia que expusiera en 1984 durante el *Encuentro Argentino-Israelí de Derecho Comparado* celebrado en Buenos Aires. Desde entonces, ha sostenido el referido autor que para la Constitución uruguaya los términos nacional y ciudadano natural son sinónimos; y que en definitiva debe distinguirse por un lado entre nacionalidad y extranjería, y por otro, entre ciudadanía natural y legal. Esto lleva a que la nacionalidad y la ciudadanía sean conceptos distintos, a pesar de la diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, el constituyente patrio haya confundido ambos conceptos.¹³

Con la sanción de la Ley Ortiz, opina CORREA que se *«vino a solucionar parcialmente el tema, en el sentido de establecer concretamente quiénes tienen derecho a la nacionalidad. Y la Ley N° 16.021, en forma muy clara, interpretó correctamente la Constitución de la República afirmando que son nacionales, o sea, que tienen derecho a la nacionalidad, no sólo los nacidos en el territorio de la República, sino también los hijos de padre o madre oriental»*.¹⁴

No obstante, a su juicio la solución adoptada por el legislador en el año 1989 fue injusta por el hecho de no reconocerle el derecho a la ciudadanía natural a los nietos de uruguayos.¹⁵

Aquella injusticia, queda subsanada por el legislador en este proyecto de ley, en el cual se *«ha sido cuidadoso desde el momento en que a los nietos no les confiere la nacionalidad, sino la ciudadanía natural»*, según manifestó el profesor.¹⁶

Respecto de la constitucionalidad de la solución adoptada por el artículo 1° del proyecto de ley, sostuvo el constitucionalista: *«...me parece que es justo, que se adecua a la Constitución uruguaya y que es potestad del legislador establecer esta disposición, reconociendo a los nietos de aquellos uruguayos nacidos en el territorio de la República, para que también tengan la calidad de ciudadanos naturales»*.¹⁷

Finalmente, en lo que respecta al artículo 2° del proyecto de ley por el cual se modifica al artículo 5° de la Ley 16.021, los profesores de Derecho Constitucional no opusieron objeciones, haciendo la salvedad que debe cumplirse con la voluntad del constituyente de probarse fehacientemente el vecinamiento.

¹² Versión taquigráfica de la sesión del día 11 de agosto de 2015 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores. Carpeta 265/2015. Distribuido N° 300. Disponible en: www.parlamento.gub.uy Fecha de consulta: 20.08.2015.

¹³ Véase: CORREA FREITAS, Ruben. «Nacionalidad y Ciudadanía en el régimen constitucional uruguayo» en *Revista La Justicia Uruguaya*, tomo 89. Montevideo, 1984. págs 11-13.

¹⁴ Versión taquigráfica de la reunión del día 9 de diciembre de 2015 de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes. Carpetas N° 572 y 258 de 2015. Versión Taquigráfica N° 364 de 2015. Disponible en: www.parlamento.gub.uy Fecha de consulta: 22.08.2015.

¹⁵ Esta es la postura de CORREA FREITAS desde 1993, año en que publicó la primera edición de su libro *Derecho Constitucional Contemporáneo (FCU)*, y que ha mantenido en las sucesivas ediciones de dicha obra. Véase: CORREA FREITAS, Ruben. *Derecho Constitucional Contemporáneo*. Tomo I. 4^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013.

¹⁶ Versión taquigráfica. 9 de diciembre de de 2015. Cit.

¹⁷ Versión taquigráfica. 9 de diciembre de de 2015. Cit.

B. Votación en el Pleno de cada Cámara.

La Cámara de Senadores, en la 41ª Sesión Ordinaria¹⁸ celebrada el día 13 de octubre del año 2015, sometió a consideración de sus miembros el proyecto de ley aludido *ut supra*. En la misma, el debate giró en torno a las posiciones esgrimidas por los constitucionalistas en su comparecencia a la Comisión de Constitución y Legislación. En ese sentido, debemos mencionar lo expresado por el Senador Rafael MICHELINI - miembro informante de la Comisión - que en el Pleno del Senado expresara el alcance que el Parlamento le asigna al vocablo «oriental».

Afirmó MICHELINI: *«Si otorgáramos a la palabra “oriental” el sinónimo de “ciudadano natural”, todos los nietos, bisnietos –y así sucesivamente– tendrían ciudadanía natural. Es verdad que esta no es una interpretación mayoritaria de la cátedra. (...) La cuestión es que nosotros vamos por el camino del medio. El Parlamento no interpretó la palabra “oriental” del artículo 74 como sinónimo de ciudadanía natural. Hasta ahora decimos que “oriental” es el natural del país».*¹⁹

En otro orden de cosas, ha de agregarse al debate la postura esgrimida por algunos Senadores de la oposición, quienes sostuvieron que para la aprobación de la norma se requería la mayoría especial exigida por el artículo 77 numeral 7° de la Constitución (dos tercios del total de componentes de cada Cámara), ello en la medida que consideraban que con esta reforma se modificaba el padrón electoral al agregar un nuevo elenco de ciudadanos naturales. Finalmente, y previo a la votación, el Presidente del Senado dejó constancia que para la Mesa el proyecto de ley puesto a consideración no encuadraba en ninguna de las hipótesis previstas por el artículo 77 numeral 7° de la Constitución.

Sometido a votación, el proyecto de ley obtuvo media sanción por parte de la Cámara de Senadores, por 20 votos en 30. Por su parte, en la votación particular del articulado, el artículo 1° fue aprobado afirmativamente por 20 votos en 29, mientras que el artículo 2° también fue aprobado de manera afirmativa por 27 votos en 28.

La Cámara de Representantes, en tanto, dio sanción definitiva al proyecto de ley que contaba con media sanción del Senado en la Sesión Extraordinaria del día 21 de diciembre de 2015.²⁰ En la misma, la discusión transcurrió en los mismos términos que en la Cámara de origen, es decir, se debatió en torno a las posturas que esgrimieron los constitucionalistas a su paso por la Comisión de Constitución, Códigos y Legislación General y Administración, así como también, sobre la pertinencia o no de la aprobación de la norma mediante la mayoría especial requerida por el artículo 77 numeral 7° de la Carta Magna.

En la votación general del proyecto de ley, la Cámara de Representantes votó afirmativamente por 51 votos en 86; mientras que en la votación particular, ambos artículos fueron votados afirmativamente por 52 votos en 87 y 62 votos en 88, respectivamente.

¹⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Primer Período Ordinario de la XLVIII Legislatura. 41.ª Sesión Ordinaria (N.º 42 - Tomo 543) 13 de octubre de 2015. Disponible en: www.parlamento.gub.uy
Fecha de consulta: 22.08.2015.

¹⁹ Idem.

²⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes. Primer Período Ordinario de la XLVIII Legislatura. 2ª Sesión Extraordinaria (Diario N.º 4008) 21 de diciembre de 2015. Disponible en: www.parlamento.gub.uy Fecha de consulta: 22.08.2015.

IV. COMENTARIO DEL ARTICULADO

El criterio seguido por el legislador al sancionar esta ley nos parece oportuno, además de sumamente loable al satisfacer una antigua demanda social de aquellos quienes por diferentes motivos - sobre todo por vínculos de sangre - de ahora en más podrán participar activamente en la vida política del país.

Por supuesto que esta ley - en especial su artículo 1° - nos estimula a reflexionar sobre las posibles derivaciones que se puedan llegar a plantear en el futuro mediato.

En lo que hace a eventuales reclamaciones por inconstitucionalidad, el criterio del legislador parece haber desvanecido cualquier posibilidad. En primer lugar al satisfacer la pretensión de los nietos en ser ciudadanos naturales, estos quedaron sin objeto de reclamación; y en segundo lugar, las futuras generaciones - léase bisnietos, tataranietos, etc. - no quedan comprendidas en la interpretación que hace el legislador del vocablo «oriental» del artículo 74 de la Carta Magna, quien lo considera como sinónimo de «natural» o «uruguayo» y no de «ciudadano natural»; por tanto han de carecer de la legitimación activa para accionar.

Entonces, debemos señalar que de conformidad con la Constitución de la República y la Ley Ortiz - con la adecuación legislativa operada - son nacionales, es decir, uruguayos: **A)** aquellas personas nacidas en territorio de la República (criterio *ius soli* del artículo 74 de la Constitución y artículo 1° de la Ley 16.021). **B)** Las personas que sin importar dónde hayan nacido, sean hijos de padre o madre nacidos en territorio uruguayo, y además hayan cumplido con el requerimiento constitucional de acercarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico (criterio *ius sanguinis* del artículo 74 de la Constitución y del artículo 2° de la Ley 16.021).

Por su parte, son ciudadanos naturales los sujetos comprendidos en los literales **A)** y **B)** antes referidos, así como también **C)** los nietos de uruguayos; en otras palabras, los hijos de los hijos de padre o madre oriental nacidos en el extranjero (Artículo 3° de la Ley 16.021 con la redacción dada por la Ley N° 19.362).

Y como complemento de estas dos categorías, la Constitución prevé la existencia de electores no ciudadanos; que son aquellos extranjeros que sin haber tramitado previamente la ciudadanía legal tienen derecho a sufragar siempre que cumplan con los requisitos preceptuados en el artículo 78 de la Carta.

Del examen anterior se advierte como novedoso lo que acontece con los nietos de uruguayos, si nos limitamos al tenor literal de las normas. A partir de la Ley 19.362, estos formarían una nueva categoría; la de los ciudadanos naturales a quienes la ley no les otorga expresamente la calidad de nacionales.

Aquí - y en virtud de no exceder este comentario de legislación - hemos de plantear tan solo algunas interrogantes. La primera de ellas tiene relación con la omisión del legislador - con o sin intención - en no otorgarle la calidad de nacionales a los nietos de uruguayos. ¿Esto los convierte en extranjeros?. La respuesta a la que arribe sin lugar a dudas tendrá implicancias en un tema de suma importancia como lo es la elección del Presidente y Vicepresidente de la República. Llegados a este punto nos encontramos con el artículo 151 de la Constitución el cual dispone que para dichos cargos, sólo podrán ser elegidos aquellos ciudadanos naturales en ejercicio, que tengan treinta y cinco años cumplidos de edad. Por

tanto, es de esperar que el centro del debate se enfoque en esclarecer la posición de los nietos como ciudadanos naturales ya sean estos como nacionales o extranjeros. En la tesitura tradicional esto puede llegar a ser un problema, no obstante, entendemos como ajustado a la Constitución afirmar que los nietos además de ciudadanos naturales, son nacionales. Esto se desprende de la interpretación armónica del artículo 74 y 81 de la Carta Magna, por lo que parece lógico afirmar que la existencia de ciudadanos naturales que no sean nacionales es improbable. Ello no quita, que por el contrario puede haber nacionales que no sean ciudadanos naturales por el hecho de no acercarse e inscribirse en el registro respectivo.

En definitiva, todo se reduce a problemas de interpretación, que en esta materia ponen especialmente de manifiesto la necesidad de abordar exhaustivamente en una próxima reforma del texto constitucional, la regulación de la nacionalidad y la ciudadanía; a fin de superar las imperfecciones técnicas con la que el constituyente ha manejado dichos conceptos.

Como comentarios finales de esta nota de legislación hemos de referirnos al artículo 2° de la Ley. El mismo exige la acreditación de por lo menos dos de los requisitos enunciados en el artículo 4° de la Ley 16.021 - en la redacción dada por la Ley 18.858 - a los efectos de demostrar el acercamiento en el país. Cabe consignar que la Corte Electoral procedió a su reglamentación a través de la Circular N° 9.725, de 26 de abril de 2016, en la cual establece cómo ha de proceder para comprobar el acercamiento; para luego efectuar sin más trámite la inscripción del interesado en el Registro Cívico.

Así, el interesado - nieto - deberá acompañar su solicitud con el testimonio de su partida de nacimiento, la de su padre o madre (ciudadano natural por criterio *ius sanguinis*), así como también la del abuelo o abuela (ciudadano natural por criterio *ius soli*). Además, la Corte habrá de proceder a verificar si el padre o madre están acercados e inscriptos en el Registro Cívico. Esto último, supone una dificultad en la medida que no existe un Registro de Acercamientos, así como tampoco cabe la posibilidad de acudir al Padrón, ya que en éste sólo figuran los habilitados y no los inscriptos como establece la Constitución. Entonces, la solución adoptada implica acudir al Registro Patronímico, en dónde constará si el padre o madre está o estuvo inscripto, lo que supone que se acercó en el país.

Finalmente, se prevé que para los casos en los que de un único documento se tenga por acreditado más de un requisito; no será necesario agregar otro documento. En este sentido, la solución adoptada por la Corte Electoral deja librado al interesado las formas instrumentales que ha de adoptar para demostrar el acercamiento. Consideramos que la Corte de esta forma cumple adecuadamente con la exigencia constitucional de acreditar debidamente el acercamiento, así como con la exigencia legal de probar al menos dos de los requisitos previstos en la norma.

NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES:

Constitución de la República

Artículo 73.- Los ciudadanos de la República Oriental del Uruguay son naturales o legales.

Artículo 74.- Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de avecinarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico.

Artículo 81.- La nacionalidad no se pierde ni aun por naturalizarse en otro país, bastando simplemente, para recuperar el ejercicio de los derechos de ciudadanía, avecinarse en la República e inscribirse en el Registro Cívico.

La ciudadanía legal se pierde por cualquier otra forma de naturalización ulterior.

Ley N° 16.021 de 13 de abril de 1989 [con las modificaciones dadas al artículo 4° por la Ley N° 18.858 de 23 de diciembre de 2011]

Artículo 1°.- Tienen la calidad de nacionales de la República Oriental del Uruguay los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República.

Artículo 2°.- Tienen igualmente dicha nacionalidad, sea cual fuere el lugar de su nacimiento, los hijos de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior.

Artículo 3°.- Los hijos de las personas a quienes por el artículo 2° de esta ley se les otorga la calidad de nacionales, nacidos fuera del territorio nacional, no tendrán en ningún caso la calidad de ciudadanos naturales.

Artículo 4°.- Interpretase el artículo 74 de la Constitución de la República en el sentido que debe entenderse por avecinamiento la realización de actos que pongan de manifiesto, de manera inequívoca, la voluntad de la persona en ese sentido, tales como, por ejemplo:

A) La permanencia en el país por un lapso superior a tres meses.

B) El arrendamiento, la promesa de adquirir o la adquisición de una finca para habitar en ella.

C) La instalación de un comercio o industria.

D) El acceso a un empleo en la actividad pública o privada.

E) La inscripción y la concurrencia a un centro de estudio público o privado, por un lapso mínimo de dos meses.

F) Cualquier otro acto similar demostrativo del propósito mencionado».

Artículo 5°.- La justificación de los extremos requeridos precedentemente se hará ante la Corte Electoral de acuerdo con la reglamentación que dictará la misma y, conforme a ella, emitirá el certificado que acredite el avecinamiento.

Ley N° 19.362 de 31 de diciembre de 2015.

Artículo 1°.- Sustitúyese el artículo 3° de la Ley N° 16.021, de 13 de abril de 1989, por el siguiente:

“ARTÍCULO 3°.- Los hijos de las personas a quienes por el artículo 2° de esta ley se les otorga la calidad de nacionales, nacidos fuera del territorio nacional, tendrán la calidad de ciudadanos naturales”.

Artículo 2°.- Sustitúyese el artículo 5° de la Ley N° 16.021, de 13 de abril de 1989, por el siguiente:

“ARTÍCULO 5º.- La justificación de los extremos requeridos en el artículo 4º precedente se hará ante la Corte Electoral la que, una vez constatare el cumplimiento de, como mínimo, dos de los requisitos (literales A, B, C, D, E o F), procederá sin más trámite a la inscripción en el registro correspondiente”.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- CAGNONI BUFFA, José Aníbal. El Derecho Constitucional uruguayo. 2^{da} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Derecho Público. 3^{era} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- CORREA FREITAS, Ruben. «*Nacionalidad y Ciudadanía en el régimen constitucional uruguayo*» en Revista La Justicia Uruguaya, tomo 89. Montevideo, 1984. págs 11-13.
- CORREA FREITAS, Ruben. Derecho Constitucional Contemporáneo. Tomo I. 4^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL, Justino. La Constitución Nacional. Tomo I. Montevideo, editado por la Cámara de Senadores, 1991.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL, Justino. «*Significado del vocablo uruguayo*» en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 55, 1957.
- KORZENIAK FUKS, José. Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional. 4^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- RISSO FERRAND, Martín J. Derecho Constitucional. 2^{da} edición. 1^a reimpresión. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- TEALDI CORREA, Jean-Paul. «*Requisitos para la inscripción de ciudadanos naturales hijos de padre o madre oriental. Modificaciones introducidas por la ley 18858*» en Revista de Derecho Público N° 41, Enero-Julio 2012, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 113 118.

Fecha de recepción: 5 setiembre 2016.

Fecha de aceptación: 21 setiembre 2016.

CONFERENCIA MAGISTRAL

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *

*Martín Risso Ferrand***

I. INTRODUCCIÓN

Hablar del control de convencionalidad hace necesario o conveniente la realización de dos precisiones previas. Se me podrá decir que ambas son obvias, pero de todas formas entiendo que deben tenerse presente.

En primer lugar, es oportuno reparar en que el control de convencionalidad es un tema novedoso y está de moda. Y es oportuno tener esto presente pues lo nuevo, como lo desconocido, causa dudas, vacilaciones y muchas veces miedo. Lo que está de moda, por su parte, genera respuestas extremas: para unos es fantástico y adhieren a la moda entusiastamente, pero para otros es inaceptable y la rechazan con énfasis. Estas dos realidades hacen que sea difícil el análisis de las novedades que están de moda y hay que tener cuidado al avanzar.

En segundo lugar, se debe recordar, al analizar la evolución jurisprudencial de esta noción, que el pensamiento jurídico no avanza en línea recta sino en zigzag, a veces evoluciona y otras involuciona, a veces los avances se producen con base en errores y, a veces, los retrocesos se basan en aportes significativos. O sea, se debe ser muy prudente al analizar la evolución de una noción que apenas supera la década de existencia.

Comenzaré el análisis señalando cómo ingresa y se posiciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) respecto al derecho interno. Ya nadie duda que las normas comprendidas en el DIDH se aplican directamente y son obligatorias en el ámbito interno, pero para el control de convencionalidad es preciso definir cómo se relaciona y posiciona con el derecho interno. Este debe ser el punto de partida.

Luego procuraré definir un concepto básico de control de convencionalidad y qué se viene discutiendo, o dudando, en la materia, pero a continuación daré un paso atrás. Voy

* Versión corregida por el autor de la exposición brindada el día 10 de agosto de 2016 en el marco de las actividades llevadas a cabo por el Seminario Permanente de Derechos Humanos que anualmente se organiza en la UDELAR. La sesión en la cual se brindó esta conferencia, se realizó en la Sala Maggiolo de la UDELAR.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Director de la Maestría en la UCUDAL. Correo electrónico: mrisso@ucu.edu.uy

a buscar algo vinculado al control de convencionalidad pero que no sea novedoso ni esté de moda. Voy a buscar algo que sea absolutamente conocido y que nos dé seguridades. Por último, intentaré llegar a algunas conclusiones, provisorias, como siempre lo son, aunque a veces no se reconozca.

II. ¿COMO SE RELACIONA Y POSICIONA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS RESPECTO A NUESTRO DERECHO INTERNO?

En forma muy esquemática, pues no tengo tiempo para profundizar, cabe señalar que esta pregunta puede recibir cinco respuestas básicas. A saber:

A) El DIDH tiene rango supraconstitucional (basado en el principio de jerarquía) o prima la norma de fuente internacional aun frente a la Constitución.

B) Los derechos y garantías contenidos en el DIDH, ingresan en nuestro derecho interno, con rango constitucional, por la vía del artículo 72 de nuestra Constitución. El razonamiento es sencillo: si esta disposición constitucional dice que tendrán rango constitucional aquellos derechos no establecidos a texto expreso en la Carta si es que son inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno, qué mayor argumento puede haber para sostener que un derecho es inherente a la personalidad humana que el que deriva de ver que ha sido reconocido con tal carácter por el DIDH. La mera constatación de que un derecho humano, no establecido a texto expreso en la Carta, es reconocido como tal por el DIDH conduce a que deba reconocérsele rango constitucional y con dicha condición se deberá aplicar.

C) Otra posibilidad sería recurrir al “bloque de constitucionalidad de los derechos humanos” o “bloque constitucional de los derechos humanos” o, simplemente, a la expresión que más me convence, el “bloque de los derechos humanos” a secas. Componen este bloque todos los derechos y garantías que se encuentran en la Constitución y en el DIDH, más los derechos implícitos (aún no desarrollados) en los dos órdenes. Y los casos de contradicción o simplemente de diversa regulación de un derecho, no se resuelven por el principio de jerarquía normativa ni por el principio de primacía de la fuente interna o de la internacional, sino conforme a la *directriz de preferencia de normas*, lo que implica que siempre se debe aplicar la norma más favorable al derecho, la que lo reconoce con mayor alcance, la que lo protege mejor.

La directriz de preferencia de normas tiene una base lógica evidente: tanto nuestra Constitución (conforme el artículo 72 y en general toda la sección II que no impide que se agreguen derechos ni que se protejan con mayor intensidad de lo que surge de nuestra Carta), como el DIDH, son regulaciones de derechos y estándares mínimos. Esto significa que no se pueden excluir derechos reconocidos expresamente ni hacer bajar los estándares de protección por debajo de los mínimos constitucionales o internacionales, pero sí se pueden agregar derechos o aumentar los estándares de protección. La directriz de preferencia de normas tiene como fundamento incuestionable, las regulaciones de derechos y estándares mínimos. Se aplica siempre la más protectora para el derecho.

D) Una cuarta posibilidad sería decir que el DIDH tiene rango infra constitucional pero supra legal. O sea, no puede ser contrario a lo establecido en la Constitución, pero la

ley no lo puede modificar. Es evidente que esta alternativa tiene un problema muy claro: no se compadece con el artículo 72 de la Constitución. Podrá afirmarse esto para el Derecho Internacional Público General pero no para el DIDH.

E) La última variante sería sostener que el DIDH tiene rango legal, con lo que no sólo estaría sometido a la Constitución, sino que una ley posterior lo podría modificar. Esta variante merece las mismas objeciones que la anterior, más las tradicionales que rechazan que un tratado internacional, regularmente ratificado por el Estado, pueda ser desaplicado por acto interno unilateral. Sólo podría llegarse a este resultado por la vía de la denuncia y cumpliendo con las normas internacionales aplicables a estos efectos.

Descartadas por lo dicho, respecto al DIDH, las últimas dos variantes, parecería que, desde el punto de vista de nuestro derecho interno, también debe rechazarse la primera. La supra constitucionalidad del DIDH puede haber sido una alternativa con muchos consensos en América Latina, pero no veo ninguna forma de compatibilizarla con la Constitución uruguaya. Para aceptarla precisaríamos reformar la Carta.

Las variantes B y C, tienen prácticamente las mismas consecuencias, aunque las ventajas del bloque de los derechos humanos son muy claras. La Suprema Corte de Justicia, en la sentencia 365/2009, considerando final, ha utilizado las dos variantes (artículo 72 y bloque de los derechos humanos) y desde entonces, en algunos casos parece aproximarse más a la alternativa del artículo 72 y otras veces al bloque.

No puedo extenderme en este punto, por lo que sobre las ventajas del bloque y su compatibilidad con nuestra Constitución debo hacer remisión a otros trabajos¹. Sin perjuicio de lo cual cabe insistir en que el bloque y la directriz de preferencia de normas, tiene una base lógica jurídica incuestionable: si tanto la regulación constitucional de los derechos humanos como la internacional, son regulaciones de derechos y estándares de protección mínimos, tanto el bloque como la directriz de preferencia no pueden ser cuestionadas.

La dificultad de aceptar el bloque y la directriz de preferencia puede venir del pasado. En efecto, las contradicciones normativas siempre se resolvieron (con carácter general y sin perjuicio de soluciones particulares de algunas ramas del Derecho) con base en el principio de jerarquía, en el principio de temporalidad, en la primacía de la fuente interna o de la fuente internacional y en el principio de competencia. Con estas herramientas para superar la divergencia de la regulación siempre se aplicaba una u otra. Ahora se agrega una nueva herramienta y, conforme a esta directriz, y solo en materia de derechos humanos, se prescinde de las herramientas tradicionales y se recurre a una que no opta por una u otra regulación en su totalidad, sino por aquella, que en cada caso proteja mejor el derecho.

La novedad complica, pero no debe perderse de vista la lógica y la base normativa que implica y, además, es la forma de proteger mejor los derechos humanos: no se pueden excluir derechos, pero sí agregar derechos y, además, siempre se opta por la solución con mayor estándar mínimo de protección.

¹ RISSO, Martín, *¿Qué es la Constitución?*, tercera edición, FCU, Montevideo, 2015, pp. 64/66. RISSO, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición ampliada, FCU, Montevideo, 2011, pp. 23/33 y 43/57.

III. ¿QUE ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Brevemente pues ya ha sido esto analizado por el Prof. Uriarte, podría decirse que el control de convencionalidad nació en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, cuando en el párrafo 27 de su voto, el juez Sergio García Ramírez, señaló que no es posible seccionar al Estado y decir que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) obligan sólo a alguno de sus órganos y que otros quedan fuera del control de convencionalidad que realiza dicha Corte. Luego, el propio García Ramírez, en el caso Tibi vs. Ecuador (de 7 de setiembre de 2004), sostuvo que, así como los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad” de las leyes, la Corte IDH controla la “convencionalidad” de los actos internos.

En el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, de setiembre de 2006 (párrafo 124), la Corte IDH fue quien dijo que es cierto que los jueces y tribunales nacionales deben aplicar las normas vigentes en su país, pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a las normas convencionales y debe asegurarse que los actos internos no afecten la eficacia de las normas superiores internacionales. Es el Poder Judicial de cada Estado quien debe ejercer una suerte de control de convencionalidad de las normas jurídicas internas.

En *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, en noviembre de 2006 (párrafo 128), la Corte IDH dijo que cuando un Estado ratifica una norma internacional los jueces están sometidos a esta norma. Nuevamente reiteró que los jueces deben ejercer un control de convencionalidad, así como deben realizar un control de constitucionalidad.

En agosto de 2008, en *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, la Corte insistió en este contralor a cargo de los jueces y en la necesidad de que ellos aseguren el efecto útil de la norma internacional. En 2009 y 2010 se repiten estos conceptos en varias sentencias.

La Corte IDH fue evolucionando en cuanto a los sujetos obligados. Primero fue el Poder Judicial, luego los órganos del Poder Judicial, más adelante jueces y órganos vinculados al Poder Judicial y, finalmente, el control de convencionalidad debe realizarse por cualquier autoridad pública y no solamente por el Poder Judicial (caso *Gelman vs. Uruguay*).

No puedo detenerme en este punto, pero sí debe adelantarse que, así como variaron los obligados (según la Corte IDH) que debían realizar el control de convencionalidad, también varió el concepto. Primero este control solo refería a asegurar la prevalencia de la Convención sobre el derecho interno y la necesidad de aplicar efectivamente la primera, luego apareció la jurisprudencia internacional. Así ha señalado la Corte IDH que cuando una sentencia que recae en un proceso en que un Estado determinado fue parte, hace, para dicho Estado, “cosa juzgada”, pero la interpretación que de la Convención hace la Corte IDH, también hace “cosa interpretada”, que es vinculante fuera del caso concreto resuelto.

Ante la imposibilidad de profundizar en el tema, debo señalar, esquemáticamente, que aparecen cuatro eventuales posiciones en este punto:

a) Rechazar la existencia del control de convencionalidad. Esta posición, conservadora, no tendría sustento alguno, pues implica prescindir de una parte del orden jurídico sin habilitación normativa.

b) Aceptar el control de convencionalidad, pero prescindiendo de la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta posición sería como pretender que el control de constitucionalidad se

realice sin conocer la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en la materia. Tampoco puede aceptarse.

c) Una tercera alternativa, sostenida a veces por la Corte IDH, implicaría aceptar el control de convencionalidad comprendiendo en él la jurisprudencia general de la Corte IDH. La referida “cosa interpretada” sería obligatoria para todos los intérpretes posteriores.

d) La cuarta, aceptada por la Suprema Corte de Justicia, implicaría aceptar el control de convencionalidad y considerar al utilizarlo la jurisprudencia general de la Corte IDH, pero sin que esta sea obligatoria. No debe pensarse en que esto coincide con la posición “b”, pues una cosa es no considerar la jurisprudencia de la Corte IDH y otra, muy distinta, considerarla sin que sea obligatoria. La Jurisprudencia del Tribunal continental, aun sin ser obligatoria, es básica para el control de convencionalidad y salvo algún caso aislado (en que se encuentren alternativas interpretativas más protectoras del derecho), será utilizada en el ámbito interno.

IV. EN LA BÚSQUEDA DE ALGO QUE NO SEA NOVEDOSO NI QUE ESTÉ DE MODA.

Si tratamos de ubicar en nuestros sistemas jurídicos el control de convencionalidad, es muy claro que debe ser asociado, en forma inmediata y sin dudas posibles, con el control de constitucionalidad. Y acá aparece la ventaja, ya que este último no es nuevo (tiene más de dos siglos), no está de moda y es muy claro y aceptado en qué consiste.

El control de constitucionalidad no tiene hoy misterios y puede definirse diciendo que este control significa que:

A) La Constitución no puede dejarse de aplicar por la existencia de actos inferiores inconstitucionales que impidan la aplicación de la Carta. Estos actos inconstitucionales deberán desaplicarse, por los caminos que corresponda, y deberá aplicarse efectivamente la Constitución.

B) La Constitución no puede dejarse de aplicar en razón de omisiones en el ordenamiento jurídico inferior. Aun cuando existan estas omisiones, deberán ser superadas, mediante la integración del ordenamiento inferior, a los efectos de aplicar efectivamente la Constitución.

C) La Constitución es una herramienta básica a los efectos de la interpretación del orden inferior. Este debe interpretarse partiendo de la Constitución, al igual que el acto administrativo reglamentario debe ser interpretado partiendo de la ley que reglamenta.

D) Y por supuesto que toda violación de la Constitución o postergación en su aplicación, que cause un daño a terceros, hará civilmente responsable al Estado o al responsable de dicha situación irregular.

Pero este acuerdo sobre el control de constitucionalidad no se logró en un día. Recordemos el proceso. Si bien las primeras constituciones modernas aparecieron a finales del siglo XVIII, parecería que el control de constitucionalidad tiene un año estelar, 1803, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció en el caso “Marbury v. Madison”. Si bien había antecedentes minoritarios en la propia Corte Suprema, también se conocía la opinión previa de Hamilton y algún antecedente del derecho inglés, esa sentencia

supone el nacimiento del control de constitucionalidad en su dimensión judicial, el “judicial review”.

Como suele ocurrir en la evolución jurídica, esto no fue fácilmente comprendido y el judicial review desapareció de la jurisprudencia de la Corte Suprema hasta la segunda mitad del siglo XIX (solo se la usó antes para cuestiones federales), pero luego se ha ido afianzando en Estados Unidos y en todo el mundo (con las variantes conocidas según el país de que se trate) y hoy, si bien subsisten cuestionamientos, parece estar totalmente consolidado.

Si bien nuestro actual artículo 332 proviene de la reforma constitucional de 1942, recién en los años setenta (del siglo XX), en Europa, comenzó a analizarse sistemáticamente la cuestión de las inconstitucionalidades por omisión del ordenamiento inferior. En los ochenta el tema ingresó en América Latina y hoy está consolidado, sin mayores cuestionamientos teóricos, aunque con dificultades en su aplicación práctica.

La interpretación “desde” la Constitución, si bien se encuentran manifestaciones tempranas, en especial en Alemania en los años sesenta, es mucho más reciente, aunque reconocida hoy sin mayores cuestionamientos.

La responsabilidad del Estado por la violación de la Constitución es un fenómeno propio del siglo XX y, en el ámbito teórico, no se cuestiona.

O sea, el control de constitucionalidad requirió más de dos siglos, de dudas, marchas y contramarchas, para lograr un contenido propio, claro y consolidado.

Una segunda pregunta aparece ahora: ¿quiénes deben realizar el control de constitucionalidad? Esta pregunta que generó muchos problemas en el pasado, tiene hoy una respuesta clara: todos deben realizar el control de constitucionalidad. Veamos:

A) Los jueces, cuando en su labor jurisdiccional encuentran una norma inferior contraria a la Carta deberán desaplicar la primera y aplicar efectivamente la Constitución. Por supuesto que frente a las leyes existen en nuestro país normas que atribuyen la competencia en la desaplicación de una ley por inconstitucional a la Suprema Corte de Justicia. También los jueces deberán recurrir al artículo 332 de la Carta y suplir eventuales vacíos del orden inferior que impidan la aplicación de disposiciones constitucionales, también deberán interpretar el ordenamiento inferior “desde” la Constitución y tendrán competencia para los juicios de responsabilidad del Estado. Los jueces, en su labor judicial, se expiden con actos susceptibles de alcanzar la cosa juzgada y este será el valor de cada pronunciamiento.

B) Las autoridades legislativas y administrativas, en el ejercicio de sus competencias, deberán interpretar previamente la Constitución a los efectos de que sus decisiones se ajusten a la Carta y no la contradigan, a los efectos de la interpretación desde la Constitución y para evitar incurrir en responsabilidad. En general, en estos casos, el control constitucional será presupuesto para la actuación o no actuación de las autoridades. El control se manifestará en el acto legislativo o administrativo que corresponda o en los hechos u omisiones de las autoridades, será su fundamento, sin perjuicio de casos especiales como el del numeral final del artículo 85 de la Constitución. En definitiva, la aplicación que de la supremacía constitucional realice cada órgano, tendrá el status del acto en que se manifieste: legislativo o administrativo o jurisdiccional.

C) En los mismos términos que en el apartado anterior, la supremacía constitucional se manifestará (o debería manifestarse) en la labor de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y en general en la labor de todo órgano del Estado.

D) También los particulares deberán aplicar el principio de supremacía constitucional y deben adecuar su conducta al Carta. Un periodista, antes de difundir una noticia que puede afectar el honor o la intimidad de un sujeto, debería realizar un control de constitucionalidad y evaluar si puede dar la noticia, cómo debe hacerlo y quedando, obviamente, responsable por los abusos en que, eventualmente, incurra.

V. DE VUELTA AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La pregunta ahora es muy sencilla. ¿Existe alguna razón para no trasladar al novedoso control de convencionalidad todo lo que, con seguridad, nos dice hoy el control de constitucionalidad? O si se prefiere, ¿hay alguna diferencia conceptual, que lleve a contenidos y consecuencias distintas, entre el principio de supremacía constitucional o el de supremacía del DIDH? Las únicas diferencias que se podrían encontrar estarían en la directriz de preferencia de normas y sus consecuencias, pero esto no quita que los cuatro componentes del control de constitucionalidad sean trasladables al control de convencionalidad.

Las dudas que genera la novedad del control de convencionalidad, entonces, deben solucionarse rápidamente si miramos al control de constitucionalidad y apreciamos que muchas de las dudas actuales sobre el primero, ya están resueltas y superadas en el segundo. Aprovechemos los dos siglos del control de constitucionalidad y agilicemos la evolución del de convencionalidad.

Al igual que respecto a la constitucionalidad, el principio de convencionalidad significa que la convención no puede dejarse de aplicar por normas que excluyan derechos o que disminuyan los estándares mínimos de protección, ni por omisiones en el ordenamiento inferior que impidan su aplicación. Asimismo, el derecho interno debe ser interpretado “desde” la Constitución y “desde” el DIDH y, por supuesto, la violación del DIDH, así como la violación de la Constitución, puede generar responsabilidad civil del Estado. La única diferencia, o novedad, en el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, y que no genera dificultades, surge de la aplicación de la directriz de preferencia de normas.

Pero si lo anterior es claro, alguna duda aparece cuando nos preguntamos quién debe realizar el control de convencionalidad. En efecto, es muy claro que, al igual que en materia del control de constitucionalidad, todos, autoridades legislativas, jurisdiccionales y administrativas y los propios particulares deberán respetar la supremacía convencional, utilizar la directriz de preferencia de normas y efectuar, dentro de sus competencias, el control de convencionalidad. El problema es cuando exista una contradicción entre una ley y el DIDH.

Para este último caso, caben dos interpretaciones posibles:

A) CASSINELLI señalaba que hay un principio general que llamaba de aplicación integral del ordenamiento jurídico. De este principio derivaba a) que el orden jurídico no se aplica por categorías o franjas, sino que todas las normas, sean de la jerarquía o naturaleza que sean, que resulten aplicables al caso, deben ser consideradas; y b) un segundo derivado

aparece con la solución de principio que señala que es el intérprete que corresponda el que determina cuáles son las normas aplicables, interpreta su contenido y, si encuentra contradicciones en las normas aplicables, las resuelve conforme los principios de temporalidad, jerarquía o competencia (ahora corresponde agregar la directriz de preferencia de normas). Esto es válido para todos los intérpretes, para cualquier autoridad (inclusive los jueces) o particular (por supuesto que variarán los efectos de la interpretación según quién la realiza y en qué acto jurídico se manifiesta).

Pero este principio general tiene una excepción constitucional, por ende de interpretación estricta, en los artículos 256 y siguientes de la Carta, en la medida que para que una disposición legal pueda ser desaplicada por inconstitucional en un proceso judicial, se requiere sentencia de la Suprema Corte (competencia concentrada en la Corte).

¿Qué pasa con el control de convencionalidad? Pues bien, reparando en que el control de convencionalidad no está comprendido en la excepción del artículo 256 y siguientes de la Constitución, debería concluirse, como primera variante interpretativa, que cualquier juez podrá dejar de aplicar una ley si considera que es contraria a una norma comprendida en el DIDH.

B) Pero si lo anterior es de estricta lógica, aparecen en nuestra Constitución algunas dificultades. La inmensa mayoría de los casos de inconvencionalidad de una ley serán, además, casos de inconstitucionalidad. O sea, si admitimos la competencia difusa para la inconvencionalidad de la ley, estaremos alterando la arquitectura constitucional en la medida que, casos de inconstitucionalidad de una disposición legal, serán resueltos por cualquier juez en clara contravención al artículo 256 y siguientes de la Carta.

Entiendo que la objeción anterior debe ser atendida. El control de convencionalidad debe aceptarse, pero reconociendo que su existencia no estaba prevista en 1966. Si aplicamos los principios generales a algo que no existía al redactarse la Constitución terminamos chocando con otras previsiones constitucionales.

Además, debe repararse en que conforme el artículo 239 numeral 1, la Suprema Corte también tiene competencia originaria en las cuestiones relativas a tratados y convenciones con otros Estados. Es claro que esta previsión no estaba pensada para el control de convencionalidad que no existía en 1966.

En este esquema, y con las dudas que siempre genera adecuar algo nuevo al derecho anterior, entiendo que la solución adecuada conforme nuestra Constitución, consiste en que en los casos de desaplicación judicial de una disposición legal por inconstitucional o inconvencional, la competencia judicial está concentrada en la Suprema Corte de Justicia.

De todas formas, corresponde aclarar, por haber generado dudas en el pasado, que lo único que ingresa dentro de la excepción es lo referido a la declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una ley. Fuera de esto (del caso de la ley) se aplican las consideraciones generales y cualquier juez resolverá las contradicciones entre la Constitución o el DIDH respecto a un acto que no sea una ley o un decreto con fuerza de ley en su jurisdicción de los Gobiernos Departamentales; interpretará “desde” la Constitución y “desde” el DIDH; superará las omisiones inconstitucionales o inconvencionales del orden inferior mediante la integración; y será competente para los casos de responsabilidad civil por la violación de la Constitución o del DIDH.

VI. CONCLUSIONES

En definitiva, parece que en nuestros días:

A) No podemos dudar de la pertinencia y obligación de realizar el control de convencionalidad, considerando el DIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH. La única duda sería sobre la pertinencia de la “cosa interpretada” y obligatoriedad de la jurisprudencia o si lo que corresponde es conocerla, darle una muy especial relevancia, pero sin llegar a la obligatoriedad (con las distintas interpretaciones se debería recurrir a la directriz de preferencia de interpretaciones y utilizar, dentro de las variantes interpretativas razonables, aquella que sea más favorable para el derecho en juego).

B) No se justifican las dudas en cuanto al contenido del control de convencionalidad, ya que será el mismo que el del control de constitucionalidad. La única diferencia derivará de la utilización de la directriz de preferencia de normas.

C) En cuanto a que todos deben realizar este control de convencionalidad, en los mismos términos que ocurre con el control de constitucionalidad, no parece que pueda haber duda posible.

D) La única duda sería respecto a la competencia de los órganos jurisdiccionales para la declaración de inconvencionalidad de una ley. En mi opinión, y reconociendo en este caso lo opinable de la cuestión, entiendo que la competencia está concentrada en la Suprema Corte de Justicia.

APORTES PARA LA DISCUSIÓN BIOÉTICA

BIOTERRORISMO DE ESTADO EN URUGUAY

Ana Rosengurt^{*}

RESUMEN. *El Dr. Knock, protagonista de una parodia teatral de 1923, aplica el marketing para expropiar la salud e instaurar la economía de la enfermedad en un pueblo rural de Francia a comienzos del siglo XX. Casi 100 años después, el mundo entero ha adoptado el método Knock. Se toma partido por el proveedor en la desigual relación entre él y el consumidor, alentando los conflictos de interés en detrimento de los derechos humanos de la ciudadanía. Las industrias farmacéutica y de tecnología médica sólo difunden los resultados exitosos de los ensayos sobre sus productos y en base a esa información sesgada las autoridades sanitarias toman decisiones que afectan a ciudadanos de buena fé. El marketing utilizado por Knock para alentar el temor a la enfermedad y la muerte, es subvertido por el Estado en bioterrorismo. El ejemplo paradigmático es la desaparecida lucha contra el cáncer, patología que en el Uruguay representa la segunda causa de muerte entre su población. Pero también se crean enfermedades nuevas para captar personas sanas y expandir la economía de la enfermedad. El seguimiento de posibles enfermos es gestionado por el Estado que se vale de un modelo hiper controlador de los usuarios de servicios de salud, el cual vulnera la protección de sus datos personales.*

PALABRAS CLAVE. *Dr. Knock. Economía de la enfermedad. Historia clínica. Protección de datos personales. Sesgo en la información.*

ABSTRACT. *Dr. Knock, protagonist of a theatrical parody of 1923, uses marketing to expropriate health and to establish the economics of the disease in a rural village of France at the beginning of the XXth century. Almost 100 years later, the whole world has adopted Knock's method. Taking sides by the supplier in the unequal relationship between him and the consumer, conflicts of interest of the industry are encouraged to the detriment of human rights of citizens. The pharmaceutical and medical technology industries only spread results of the tests on their products*

^{*} Correo electrónico: ana.rosengurt@gmail.com. Bitácora: <https://auraradiactiva.org.uy>

when they are successful so health authorities make decisions based on biased information that affect citizens of good faith. Dr. knock's marketing used for stimulate the fear of disease and death, is subverted by the state in bioterrorism. The paradigmatic example is the unfair fight against cancer, disease that represents in Uruguay the second cause of death among its population. But there is also disease mongering in order to join health people to feed the market of illnesses. The follow up of possible patients is carried by the state with an hypercontrolled model over health service users which vulnerates the protection of their personal data.

KEY WORDS. *Dr.Knock. Economics of the disease. Medical records. Personal data protection. Information bias.*

I. INTRODUCCIÓN

A principios del siglo XX llega el joven Dr.Knock a la zona rural francesa de Saint Maurice a sustituir al veterano médico partidario del “primum non nocere” (del latín, “lo primero es no hacer daño”) quien al jubilarse vende su consultorio al dinámico joven. Knock establece su consultorio en el domicilio de su antecesor y comienza a ejercer en un pueblo donde sus habitantes estaban sanos y no iban al médico. Pero según Knock “Toda persona sana es un enfermo que ignora que lo es” y mediante técnicas de manipulación ideológica y comercial, explota el mecanismo de la credulidad humana hasta quitar de la cabeza a las personas la idea de salud y crear una sociedad donde sólo hay pacientes. Con el señuelo de una primera consulta gratuita y la ayuda del pregonero, el maestro y el farmacéutico, Knock logra que allí donde prácticamente no había enfermos todo el mundo resultara diagnosticado o tratado, hasta el punto de convertir el pueblo en un hospital y a todos sus habitantes en enfermos que no pueden prescindir de él ni de sus medicamentos. A horas pautadas por Knock, todos suspenden sus actividades para medirse obedientemente la temperatura rectal.

Lo que antecede es el argumento de la obra teatral “Knock” escrita por Jules Romains en 1923. El autor recrea la construcción de la enfermedad a través del marketing. Representa una auténtica profecía de la medicalización de la vida en la sociedad actual.

II. KNOCK EN EL SIGLO XXI

Existe una agenda internacional de efemérides relacionadas con la salud, a la cual Uruguay no es ajeno. En función de ella habitualmente los médicos montan tinglados y realizan intervenciones en espacios públicos muy concurridos (como el colon gigante en la explanada de la Intendencia Municipal de Montevideo) para abordar a los ciudadanos con el objetivo de alertarlos sobre la posibilidad de que porten determinada patología y lo ignoren. Cual día de Halloween cuando niños disfrazados de personajes terroríficos salen a divertirse asustando a gente a cambio de golosinas, los médicos salen de sus consultorios con su habitual indumentaria blanca a encarar ciudadanos desprevenidos incitándolos al miedo a la enfermedad y a la muerte con el fin de convertirlos en hipocondríacos y reclutarlos como usuarios-clientes dóciles a sus recomendaciones. Estas intervenciones se realizan por especialidad médica. Por ejemplo los diabetólogos, adheriendo a las pautas promovidas desde

las instituciones que los nuclean, alertan sobre el supuesto avance de la diabetes desde que en 1997 un grupo de expertos convocado por la Asociación Americana de Diabetes cambió la definición de la diabetes tipo 2, reduciendo el umbral de azúcar en la sangre, por lo que dos millones de estadounidenses sanos fueron convertidos en diabéticos. Nuevamente en 2003 la Asociación cambió la definición de diabetes para diferenciarla de una nueva condición identificada como pre-diabetes y de un día para otro 25 millones de estadounidenses sanos se convirtieron en pre-diabéticos. La complejidad de la diabetes es reducida simplemente a la disminución del azúcar en la sangre para mantener una economía de la diabetes cuya industria gira en torno al control de la glucemia. El 11 de noviembre es el día mundial de la diabetes.

Una historia análoga a la del umbral del azúcar en la sangre, tiene la del umbral del colesterol en la sangre. El valor normal de colesterol en la sangre era de 240mg/dL, luego fue reducido a 220mg/dL y actualmente es 200mg/dL. En cada bajada millones de estadounidenses empezaron a ser tratados con estatinas.

Para promocionar sus productos las farmacéuticas no sólo se valen de visitantes médicos sino que financian la asistencia de los médicos a eventos que ellas organizan. Y últimamente también organizan eventos internacionales para periodistas.¹ La estrategia de Knock valiéndose del farmacéutico y del pregonero del pueblo fue ampliamente superada por esta alianza sin fronteras entre una farmacéutica y los medios de comunicación continentales.

La especialidad que más efemérides concita es la oncología y por eso existen el día mundial contra el cáncer (4 de febrero), el día mundial contra el cáncer infantil (15 de febrero), el día mundial del cáncer de próstata (11 de junio), el día mundial del cáncer de mama (19 de octubre), etc.

III.LA “ROSIFICACIÓN” DEL CÁNCER

Desde 1985 octubre es el mes de la concientización del cáncer de mama por iniciativa de la American Cancer Society y con el apoyo de la farmacéutica Astrazeneca² que produce medicamentos oncológicos. El número de empresas que adhieren a esa campaña se incrementa año a año. El lazo rosado es el símbolo internacional que la identifica. Fue introducido por la Fundación Susan G. Komen y Pink Ribbon International posee los derechos del mismo. Monumentos famosos alrededor del mundo son iluminados con una luz de color rosado durante las noches de octubre.

Cualquier empresa puede poner una cinta rosada en sus productos para mostrar su solidaridad con la campaña. Sin embargo el símbolo de la cinta rosada no está regulado por ningún organismo y su exhibición no necesariamente significa que la empresa contribuye eficazmente a combatir el cáncer de mama. En un derroche de filantropía, numerosas corporaciones vuelcan recursos en la detección y cura de la enfermedad en lugar de promover los esfuerzos de prevención de la misma y la salud pública. Y hasta existen corporaciones que fabrican y/o comercializan productos carcinogénicos y al mismo tiempo adhieren a la campaña del lazo rosado como forma de exhibir una imagen solidaria y comprometida con las víctimas de su actividad, por lo que esta práctica se conoce como *pinkwashing*.

En Uruguay no sólo la iniciativa privada adhiere a la campaña del lazo rosado para posicionarse ante la opinión pública. La Intendencia Municipal de Montevideo organiza la carrera “5K contra el cáncer de mama”, pinta de rosado las letras del cartel “Montevideo” ubicado en la rambla, ilumina la puerta de la Ciudadela con luz rosada y hasta la Administración Nacional de Telecomunicaciones cambia la iluminación habitual de su torre icónica para exhibirla de color rosado durante cada noche de octubre.

Las autoridades sanitarias secundan y amparan oficialmente a la campaña del lazo rosado con su participación en distintos eventos que son amplificadas por los medios durante todo el mes de octubre. Su accionar recuerda el *modus operandi* del Dr. Knock, pero viniendo del poder ejecutivo, en vez de marketing se le debe considerar *bioterrorismo de estado* porque inyectando el miedo a la enfermedad se condiciona a las ciudadanas a reaccionar en función de esa emoción entregándose a los servicios del Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS, creado por ley 18211) para aventar la ansiedad generada.

Han surgido movimientos críticos para señalar que el cáncer de mama se ha convertido en un objeto de mercadotecnia y así generar una tendencia creciente que trata de desmitificar y “desrosificar” esta enfermedad. Ejemplo de ello son el proyecto “The SCAR project: breast cancer is not a pink ribbon”³ del fotógrafo David Jay y la campaña “Think before you pink”⁴ de Breast Cancer Action. Se oponen al cada vez mayor uso comercial y glamoroso del lazo rosado, al creciente marketing que lo rodea del que cada año se aprovechan cientos de empresas que en octubre lanzan al mercado sus productos “rosas” (para el mercado femenino). Muchas de estas campañas han hecho más por las firmas comerciales que por la lucha contra la enfermedad. Además las campañas no constituyen actos reivindicativos para resaltar la diversidad corporal de las mujeres y despatologizar los cuerpos mastectomizados, sino todo lo contrario puesto que los pechos se muestran como objetos donde el placer (del otro) y el consumo van a la par.

Se recauda a costa del cáncer en base al sexismo, la sexualización, la infantilización de las mujeres, la difusión de información sesgada o totalmente irrelevante. El uso del color rosado y toda la parafernalia en torno a este cáncer crean una (falsa) sensación de festividad. Esta frivolidad hace responsable a las mujeres de prevenir el cáncer, de detectarlo, curarlo y de culpabilizarlas si las cosas salen mal. El adoctrinamiento promueve el acatamiento de las normas sobre el comportamiento personal y coercitivo, apelando al miedo a la enfermedad, a la responsabilidad social y a las responsabilidades de género para influir en el comportamiento de las mujeres. Mujeres sanas de todo el mundo están siendo víctimas de una manipulación para convencerlas de que sus bellas y nutricias mamas tienen un solo objetivo: matarlas. Algunas se han anticipado recurriendo a la mutilación de su cuerpo al someterse a la extirpación de sus glándulas mamarias sanas.

En Uruguay el bioterrorismo de estado que participa de la campaña del lazo rosado apremia a las mujeres a que cumplan con los mandatos médicos sometándose a las mamografías periódicas, las cuales fueron decretadas gratuitas y obligatorias en el carné de salud por el decreto 571/2006 a la población que el MSP dispone.⁵

IV. ECONOMÍA DE LA ENFERMEDAD

Según los datos disponibles en el sitio web del Ministerio de Salud Pública (MSP) sobre causas de mortalidad, en 2012 se registraron un total de 33.354 muertes en Uruguay, de las cuales 7.743 se debieron al cáncer. La Comisión Honoraria de Lucha contra el Cáncer (CHLCC) publica el detalle de las muertes por esa patología durante ese mismo año. La siguiente tabla combina los datos de ambas fuentes [MSP 2] y [CHLCC 1].

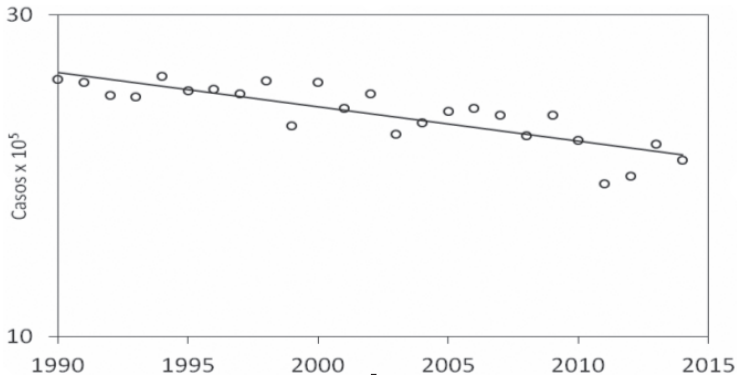
Defunciones registradas en 2012, Uruguay

Causa de muerte	Casos	%
Enfermedades del sistema circulatorio (cardiovascular, cerebrovascular, etc)	9.375	28,1
Tumores (excluidos el mamario y el prostático)	6.516	19,5
Enfermedades del sistema respiratorio (gripe, neumonia, etc)	3.527	10,6
Síntomas, signos y hallazgos no clasificados en otra parte	3.310	9,9
Externas (violentas, complicaciones de la atención médica y quirúrgica, etc)	2.332	7,0
Enfermedades del sistema digestivo	1.367	4,1
Enfermedades del sistema nervioso	1.251	3,8
Enf. endócrinas, nutricionales y metabólicas (diabetes, obesidad, desnutrición, etc)	1.113	3,3
Enfermedades del sistema genitourinario	977	2,9
Enfermedades infecciosas y parasitarias (tuberculosis, SIDA, hepatitis, etc)	766	2,3
Trastornos mentales y del comportamiento	694	2,1
Tumor mamario (9 hombres y 629 mujeres)	638	1,9
Tumor prostático	589	1,8
Enfermedades del sistema osteomuscular y del tejido conjuntivo	189	0,6
Afecciones originadas en el período perinatal	189	0,6
Malformaciones congénitas, deformaciones y anomalías cromosómicas	186	0,6
Enfermedades de la piel y del tejido subcutáneo	180	0,5
Enfermedades de la sangre y los órganos hematopoyéticos	147	0,4
Embarazo, parto y puerperio	5	0,0
Enfermedades del oído y de la apófisis mastoides	3	0,0
Totales	33.354	100,0

La tabla detalla las defunciones de 2012 en orden decreciente de cantidad de casos por causa de muerte junto con el porcentaje en función del total de muertes. Del total de muertes por tumores según el MSP (7.743) se desglosó el número de las ocasionadas por cáncer mamario y prostático brindado por la CHLCC (638 y 589 respectivamente) intercaladas y destacadas en el lugar correspondiente del ranking: posiciones 12^a y 13^a.

Otra información disponible es la tendencia de la mortalidad por cáncer de mama, la cual está en descenso desde 1990 en Uruguay [CHLCC 2, pág.7]. La gráfica siguiente en base a datos disponibles hasta 2014 inclusive es bien expresiva:

Tendencia de la mortalidad por cáncer de mama en Uruguay, 1990-2014



La mamografía como estrategia para disminuir la mortalidad de una patología en descenso desde 1990 es una falacia. La gráfica evidencia que su obligatoriedad desde 2006 no contribuyó más a ello, por lo que sostenerla constituye un despilfarro de recursos.

Es sorprendente que el cáncer de mama, enfermedad causante del 1,9% de las muertes en 2012 y en descenso desde 1990, sea objetivo de una campaña de sensibilización que se prolonga durante todo un mes. Una simple regla de tres revela que si a las enfermedades del sistema circulatorio (primera causa de muerte con el 28,1%) se les dedicara un mes de sensibilización, al cáncer de mama (la 12^a) se le debería dedicar tan sólo dos días.

Las nueve muertes de hombres por cáncer de mama advierten que el lazo rosado es discriminatorio puesto que esa patología no es exclusiva del sexo femenino como lo es el cáncer de próstata para el sexo masculino el cual ocasiona el 1,8% de los fallecimientos sin que merezca un mes de sensibilización para una campaña identificada con un lazo celeste. La detección temprana del cáncer de próstata en hombres asintomáticos fue promocionada en Estados Unidos al inicio de los años '90 mediante la determinación en sangre del nivel del antígeno prostático específico y el tacto rectal. Pero ambas estrategias fueron descartadas debido a que produjeron sobrediagnósticos, esto es, casos de cáncer de próstata diagnosticados y tratados sin que se registrara una disminución de la mortalidad por cáncer de próstata ni de la mortalidad en general de los varones sometidos a tales técnicas.

Otra curiosidad que surge de los datos del MSP es que del total de las muertes por cáncer en 2012, 4.454 corresponden a hombres y 3.598 a mujeres, es decir, los hombres son más propensos que las mujeres a morir por cáncer (56% y 44% respectivamente). Según los datos disponibles en el Instituto Nacional de Estadística en Uruguay hay más mujeres que hombres y la esperanza de vida de los uruguayos es 73 años mientras la de las uruguayas es 81 años, por lo que la cantidad de muertes por cáncer a favor de los hombres es aún más significativa.

La industria farmacéutica produce medicamentos para el mercado de enfermos y éstos se reclutan mediante los procedimientos de diagnóstico realizados con equipamiento

producido por la industria de tecnología médica (instrumentos como el mamógrafo bastante más complejo que el termómetro clínico de uso doméstico). Los equipos médicos que utilizan radiación ionizante en uso en Uruguay son adquiridos principalmente de segunda mano, al ser descartados en origen cuando alcanzan la vida útil aceptable para el uso médico y son derivados para la práctica veterinaria [Directiva 2013/59/EURATOM, pág.4 viñeta 31]. Sobre el estado de los mamógrafos uruguayos la única información disponible a la fecha es el relevamiento realizado en 2008 [Berterretche, pp 122-133]. Para satisfacer la demanda de mamografías obligatorias desde 2006 por el carné de salud, en 2008 había 62 mamógrafos en el país, de los cuales más de la mitad habían sido adquiridos usados. El mismo informe subraya que con más de 10 años de uso los mamógrafos son considerados obsoletos para advertir que el promedio de edad de los uruguayos al 2008 era de casi 15 años. Varios carecían de servicio técnico y de mantenimiento preventivo de modo que tan sólo dos de los 62 presentaban la garantía vigente. Además evidencia la situación antirreglamentaria en que se encontraban puesto que algunos carecían de la autorización del MSP y otros de la habilitación por la Autoridad Reguladora Nacional de Radioprotección del MIEM. La falta de control en la calibración de los mamógrafos permite concluir que las imágenes que ellos producen no son confiables debido a problemas de calidad. Desde 2013 está vigente la ley 19056 relativa a la protección y seguridad radiológicas de personas, bienes y medio ambiente pero aún no ha sido reglamentada.

En febrero de 2014 Suiza se convirtió en el primer país del mundo en considerar la cancelación de todos los programas de detección precoz de cáncer de mama por mamografía. El principal motivo para esa decisión fue que quienes sostienen la vigencia del cribado mamográfico se apoyan en los resultados de los ensayos iniciales, realizados en el milenio pasado [Biller-Andorno]. El primer ensayo se inició hace más de 50 años en la ciudad de Nueva York y el último en 1991 en el Reino Unido. Ninguno de ellos se inició en la era del tratamiento moderno del cáncer de mama, que ha mejorado dramáticamente el pronóstico de esa patología. El comité suizo destacó la evidencia actual: la alta tasa de daños ocasionados (falsos negativos, falsos positivos y sobrediagnósticos) supera los escasos beneficios. Göttsche afirma que si la mamografía fuera un fármaco, hace tiempo que habría sido retirada del mercado.

En octubre de 2016, en plena campaña mundial del lazo rosado, Francia se convierte en el segundo país del mundo en seguir el ejemplo de Suiza. La razón es el exceso de sobrediagnósticos que genera el cribado mamográfico y los innecesarios tratamientos que desencadena.⁶

En la antípoda de Suiza y Francia, se encuentra Uruguay que regido por el *biototalitarismo* [Rosengurtt] ejercido desde un ministerio creado bajo la dictadura de Gabriel Terra con el objetivo de combatir los vicios sociales (ley 9202 orgánica del MSP) desde 2006 impone la mamografía obligatoria a sus ciudadanas, único país del mundo según reportara el British Medical Journal en 2013. Considerando el precario estado de los mamógrafos uruguayos y la consecuente dudosa calidad de las mamografías que producen es de suponer que las tasas de daños son superiores a las registradas por Suiza y Francia, por lo que incrementan en forma alarmante la iatrogenia. ¿No es criminal obligar a mujeres sanas a radiarse con vetustos mamógrafos en condiciones antirreglamentarias?

Además de las enfermedades conocidas existe el “tráfico de enfermedades” o “promoción de enfermedades” que es la traducción al español de la expresión anglosajona “disease

mongering”. Algunas de las estrategias usadas para crear enfermedades son considerar los factores de riesgo como enfermedades (por ejemplo la edad, la prediabetes, etc) y convertir los problemas personales y sociales en trastornos de salud diagnosticables con necesidad imperiosa de tratamiento (por ejemplo la timidez como fobia social, el duelo, la ansiedad, etc). El resultado es la medicalización de la vida y la mercantilización de la medicina. El médico danés Peter C. Gøtzsche describe y documenta cómo las farmacéuticas han corrompido el sistema de salud, hasta el punto de convertir la iatrogenia en la tercera causa de muerte en el mundo debido a los daños de los fármacos [Gøtzsche].

V. INFORMACIÓN SESGADA PARA LA TOMA DE DECISIONES

De la historia de la diabetes y la hipercolesterolemia surge que los datos son manipulados para generar nuevos enfermos y vender más medicamentos. El proceso comienza en el laboratorio de investigación de alguna de las compañías farmacéuticas cuando se descubre un nuevo producto. Deben cumplirse varias etapas de investigación antes de ser aprobado por el regulador para ser aplicado en los seres humanos e incorporado al mercado. El regulador no realiza sus propias investigaciones sobre la validez de los resultados requeridos al fabricante y éste no entrega al regulador la totalidad de la información obtenida, por lo que son resultados sesgados los que sirven de base para su aprobación. Casos fraudulentos son descubiertos cuando al liberarse su uso comercial, algunos pacientes consumidores sufren efectos adversos que detectados en los ensayos no fueron declarados al momento de su comercialización. En esos casos los laboratorios resultan multados económicamente y a veces hasta deben retirar el producto del mercado, además de indemnizar a las víctimas.

Las empresas y los investigadores pueden retener los resultados de los ensayos clínicos realizados. La evidencia disponible muestra que muchos ensayos clínicos no han sido publicados y que los ensayos con resultados negativos son mucho más propensos a ser deliberadamente ocultados. Este es un problema serio porque se necesita toda la evidencia acerca de un tratamiento para entender sus riesgos y beneficios. Si se lanza al aire una moneda 100 veces pero sólo se comparte el resultado cuando salió cara, parece como si la moneda se hubiera lanzado 50 veces y siempre salió cara. Desde 2008, la FDA ha requerido que todos los ensayos registrados en el sitio oficial del registro nacional de ensayos clínicos (ClinicalTrials.gov) debían publicar sus resultados antes de un año desde la finalización del ensayo, fuera cual fuera su resultado. Sin embargo una auditoría publicada en 2012 ha demostrado que la mayoría de los ensayos no cumplió esa imposición [Prayle].

La iniciativa RIAT (Restoring Invisible and Abandoned Trials) promueve la publicación de estudios abandonados o reportados incorrectamente para garantizar a médicos y pacientes el acceso a información completa y precisa a la hora de tomar decisiones relativas a tratamientos [Doshi]. El primer caso reanalizado por RIAT fue el de un antidepresivo indicado a adolescentes a partir del informe favorable publicado en 2001 por la farmacéutica que financió el ensayo. El reanálisis concluyó que la droga no era más efectiva que el placebo y en 2012 la farmacéutica fue multada en tres mil millones de dólares [Jureidini].

La iniciativa “Todos los ensayos registrados, todos los resultados informados” promueve la publicación de todos los ensayos clínicos que se realizan, sea cual sea su resultado⁷. Lidera una campaña mundial de recolección de firmas en apoyo a esta acción. Los ensayos clínicos son la mejor herramienta para evaluar si tanto un procedimiento diagnóstico o un

medicamento son seguros y efectivos. Pueden llegar a involucrar a miles de personas entre pacientes y profesionales sanitarios, así como llevar años en completarse. Los ensayos clínicos con resultados negativos tienen el doble de posibilidades de no ser publicados frente a aquellos que tienen resultados positivos.

La omisión de la publicación de los informes desfavorables constituye un sesgo del total de la información producida por todos los ensayos realizados y debería ser considerada fraude científico. La consecuencia de esto es que los decisores no disponen de toda la información para hacer las opciones adecuadas.

VI. EL HIPERCONTROL

Una vez empujados a la máquina de la industria médica por la inyección de miedo a la enfermedad y la muerte, aún careciendo de síntomas y gozando de una calidad de vida inmejorable, los ciudadanos se someten compulsivamente a algún tipo de chequeo, por cierto más complejo y riesgoso que el registro de la temperatura rectal con un termómetro clínico doméstico. En la historia clínica electrónica (HCE) se registrará cada interacción del usuario con el sistema y quedarán agendadas todas las recomendaciones del sistema al usuario. Nadie tendrá escapatoria al seguimiento y control por parte del sistema de salud una vez abducido por él.

La HCE es “el conjunto de datos clínicos, sociales y financieros referidos a la salud de una persona, procesados a través de medios informáticos o telemáticos” (decreto 396/003). En 2012 se firmó el acuerdo entre el MSP, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y la Agencia para el Gobierno Electrónico y la Sociedad de la Información y la Comunicación (Agesic, dependiente de la Presidencia de la República) que creó el programa *Salud.uy* con el fin de apoyar al SNIS. Su objetivo esencial es definir una HCE unificada y ponerla en marcha interconectando todos los centros asistenciales del país. En Uruguay ya existe la HCE en varios servicios de salud pero son todos sistemas independientes entre sí. Este programa aspira a integrar toda la información del paciente a lo largo de su vida (desde su nacimiento hasta su muerte) generada en distintas instituciones. Durante su presentación en la Torre Ejecutiva, las expresiones del entonces prosecretario de la Presidencia Dr. Diego Cánepa aún disponibles en el portal de la Presidencia sintetizan el espíritu del programa: “Nosotros tenemos el desafío de lograr una historia clínica universal de todos los habitantes. Hemos podido controlar la trazabilidad de todas las vacas y no sabemos dónde está la gente. No es natural ni normal que eso pase.”⁸ No es correcto igualar sujetos de derecho con bienes de consumo.

En 2013 se formalizó un préstamo por 18 millones de dólares entre el Banco Interamericano de Desarrollo y el MEF para financiar el programa *Salud.uy*. Desde entonces *Salud.uy* ha desarrollado estándares y normas técnicas que facilitarían la interoperabilidad de los distintos sistemas en todos los ámbitos de salud pública y privada con el fin de que todo el sector salud funcione con documentos electrónicos. La plataforma de *Salud.uy* integrará su índice maestro de pacientes con el registro en la Dirección Nacional de Identificación Civil y el registro único de cobertura de asistencia formal (RUCAF) en el MSP para así conformar un registro nacional de usuarios de salud. El RUCAF registra los distintos tipos de cobertura de salud de las personas, desde mutualistas hasta emergencias móviles. Reporta si los usuarios se encuentran dentro del sistema de salud, el tipo de cobertura que tienen y la institución. Está previsto que en un futuro se

comunique con un sistema de georeferenciación para obtener exactamente en el mapa dónde vive, trabaja o veranea el afiliado⁹, tal como anunciaba Cánepa la meta de gestionar la trazabilidad de los ciudadanos.

En 2018 la implantación de la HCE nacional (HCEN) sería obligatoria en todos los prestadores de servicios de salud del país y se fiscalizaría su cumplimiento. El bioterrorismo de estado promociona este programa ejemplificando su utilidad en una situación extrema: “Si alguien sufre un accidente en una ruta a 300 kilómetros de su hogar, su HCEN estará disponible para quien le toque asistirlo, sea una emergencia móvil o una institución pública o privada de cualquier departamento.”¹⁰ El código de ética médica, ley 19286, en su artículo 20 establece que el médico tiene la obligación de “aceptar asistir a un paciente que *no quiere* o *no puede* revelar su identidad en determinadas circunstancias”. De modo que la historia clínica es accesoria para la asistencia médica.

La HCEN integraría un sistema de alertas por el cual “si el médico le indica al paciente que vuelva a consultar en 90 días y pasado ese plazo la persona no se ha agendado, el profesional recibirá un aviso. Lo mismo sucederá si el paciente crónico no repite una medicación.”

Además de la HCEN, el Programa *Salud.uy* desarrolló la Historia Clínica Electrónica Oncológica (HCEO) a instancias de la CHLCC, del Hospital de Clínicas y de la Asociación Española, instituciones en las que ya está operativa. La mayoría de los uruguayos no mueren por cáncer (en 2012 el 77% de las muertes se debieron a otras causas) sin embargo la oncología es la única especialidad médica que tiene una HCE particular en la plataforma de *Salud.uy*.

No sólo las historias clínicas serían electrónicas sino también las recetas de medicamentos y las imágenes de estudios complejos, como tomografías o resonancias. Otro de los proyectos de *Salud.uy* es la Red Integrada de Diagnóstico por Imágenes (RIDI) cuyo objetivo es desarrollar e implantar aplicaciones en la gestión de servicios de análisis y diagnóstico basados en imágenes radiológicas. La teleimagenología hace posible que la imagen obtenida en la localidad donde se encuentra el equipamiento y el paciente sea informada por un médico radiólogo en otra parte del país. Si RIDI registrara las unidades de radiación recibidas por el paciente en cada exposición desde su nacimiento, lideraría la vanguardia en América de lo que será obligatorio en Europa a partir de 2018: el registro de la información relativa a la exposición del paciente en el informe médico para poder registrar cada exploración en su historial dosimétrico [Directiva 2013/59/EURATOM, art. 60].

Simultáneamente con el lanzamiento de *Salud.uy* en 2013, la Agesic anunciaba tres proyectos para implementar bancos de datos centralizados con la información contenida en documentos públicos relativos a la salud de la población: uno para el registro del carné de salud laboral, otro para los niños y otro para el carné de vacunas.¹¹ Según consta en el sitio web de Agesic, el objetivo del banco de datos del carné de salud laboral electrónico es “realizar el diagnóstico de salud de la población trabajadora y el seguimiento de los problemas de salud detectados en forma oportuna”. Desde su creación en 2007 el SNIS paga a los prestadores de salud según el cumplimiento de la meta asistencial que promueve que cada usuario se asista con un médico de referencia que sigue su evolución. De modo que la pretensión del MSP a través de estos proyectos de Agesic para “realizar el diagnóstico de salud de la población trabajadora y el seguimiento de los problemas de salud detectados en forma oportuna” constituye un control abusivo sobre el ciudadano puesto que la autoridad

sanitaria ignora su derecho a la autonomía para elegir el médico de su confianza. Este seguimiento en conjunto con el sistema de alertas activado desde la HCEN responde a la funcionalidad de los sistemas de gestión de clientes utilizados por las empresas para aumentar la oferta y asegurar su fidelidad. En el caso de las empresas prestadoras de servicios de salud los usuarios podrían ser segmentados en base a factores tales como la demografía, psicográficos y de alto riesgo, problemas de salud y otros con el fin de diseñar campañas especialmente orientadas a ofrecer las prestaciones a grupos de pacientes que son propensos a requerir un servicio de salud determinado o a procedimientos específicos.

En mayo de 2016 *Salud.uy* convocó a los prestadores de salud y los proveedores de soluciones informáticas (que están trabajando para adoptar la plataforma) a una jornada de ejercicio conjunto para medir el grado de avance del plan en cuanto a la interoperabilidad de los diferentes sistemas a través de la plataforma. El objetivo fue que cada uno pudiera probar su estado de desarrollo hacia la HCEN y que *Salud.uy* conociera la situación del colectivo. Participaron 40 organizaciones entre prestadores de salud privados, públicos y proveedores de soluciones informáticas. El nivel básico de interconexión logrado en conjunto representó la integración de 2.919.000 afiliados cubiertos por los prestadores que participaron.¹²

VII. ASEPSIA POR LA TRANSPARENCIA EN LA SALUD

Clásicamente se define como fin primario de la medicina “procurar la curación, aliviar el dolor y fomentar la salud del paciente”. Sin embargo, en el ejercicio de la práctica profesional aparecen otros móviles que, pudiendo ser legítimos, a veces entran en conflicto con el fin primario. Algunos ejemplos son el afán de lucro, prestigio, conocimiento, seguridad o placer. El conflicto de interés aparece cuando alguno de estos móviles se opone en alguna medida al fin primario.

Desde 2012 por mandato de la ley 18996 art. 198, una declaración de conflicto de interés es exigible a todos los profesionales que se relacionen financiera o técnicamente con el Fondo Nacional de Recursos incluyendo la comercialización, producción, financiamiento o utilización de determinadas tecnologías, dispositivos, actos médicos o medicamentos. Del total de 2.000 profesionales obligados, sólo habrían firmado el 60%. El 23/3/2015, a pocos de días de asumir el nuevo gobierno en Uruguay, las flamantes autoridades del MSP firmaron voluntariamente dicha declaración como forma de alentar a los colegas a asumir una actitud ética en su desempeño, como forma de “prever posibles incompatibilidades en el ejercicio de la función”.¹³

VIII. LA SALUD DE MIS DATOS

Desde 2008 en Uruguay rige la ley 18331 de protección de datos personales y acción de habeas data fundada en el principio «el derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana». Un dato personal es cualquier tipo de información que pueda identificar directamente a una persona o la hace identificable: nombre, dirección, teléfono, cédula de identidad, RUT, huella dactilar, número de socio, número de estudiante, una fotografía o hasta el ADN. La acción de habeas data es el ejercicio del derecho que tiene toda persona de solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión de sus datos personales en un plazo máximo de cinco días hábiles ante el custodio de esos datos. También

a limitar la divulgación de la información que se haya recogido sobre ella en bases de datos públicas o privadas por cuanto la ley habilita el tratamiento de datos personales cuando conste el consentimiento libre, previo, expreso e informado de su titular.

La ley identifica a los datos relativos a la salud como datos que deben ser especialmente protegidos y por eso los clasifica como “datos sensibles”. Son los concernientes a “la salud pasada, presente o futura, física o mental, de una persona, así como también los referidos a su porcentaje de discapacidad o a su información genética”. Para usar la información personal con una finalidad distinta de la original por la cual se recabó, se debe requerir el consentimiento del titular. En el caso de los carnés electrónicos de vacunas y de salud de los menores de edad se debería recabar el consentimiento de sus responsables. Por otra parte la ley 18335 de los derechos de los pacientes y usuarios de servicios de salud establece que la historia clínica (soportada en cualquier medio físico) es reservada y propiedad de su titular. El código de ética médica (ley 19286) define que el médico es su custodio. El decreto 396 del 2003 sobre la HCE establece expresamente que su contenido no puede ser usado en forma nominada sin el consentimiento de su titular para un fin distinto al asistencial del propio interesado pero los datos podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocian de sus titulares, es decir, divulgando los datos anonimizados.

Los bancos de datos de los tres carnés electrónicos constituirían registros a nivel nacional “en modo de datos abiertos” para ser consultados por todos los interesados: ciudadanos, servicios de salud, servicios de emergencia, instituciones educativas y empresas que contratan personal. Los tres carnés son documentos públicos pero su contenido es parte de la historia clínica. Por lo tanto los tres proyectos de salud de Agesic no respetan la normativa vigente sobre protección de datos personales e historia clínica.

Para controlar el cumplimiento de la protección de datos personales de los ciudadanos y garantizar la acción de habeas data cuando la requieran, la ley creó la Unidad Reguladora y Control de Datos Personales (URCDP) que es la autoridad con autonomía técnica responsable de registrar la inscripción de las bases de datos a través de su sitio web para que cada ciudadano conozca el custodio de los datos al cual debe dirigirse cuando necesite rectificar, eliminar o consultarlos en los organismos o empresas que registren datos sobre él. Una revisión a ese registro revela la ausencia de la inscripción de las bases de datos de varios organismos y servicios de salud públicos como el MSP y el programa *Salud.uy*, pero el incumplimiento no es verificable puesto que el registro mismo está actualizado hasta el año 2012. Vale decir que quien debe gestionar el registro de responsables para cumplir su función de control y brindar garantías a la ciudadanía, también estaría omiso.

Analizando el pliego redactado en 2013 por *Salud.uy* para la adquisición del sistema informático para la HCEO surge la ausencia total de mención alguna a la obligación de articular técnicamente todos los aspectos de la ley 18331 para que el ciudadano pueda ejercer el derecho a la acción de habeas data sobre todos y cada uno de sus datos. Este pliego establece un piso o estándar mínimo para todos los demás prestadores y por eso el redactado en 2016 por ASSE para la adquisición de un sistema de HCE de consulta ambulatoria tampoco especifica la consideración técnica del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales. Además del análisis de ambos pliegos surge la inexistencia de estándares en aspectos de ciberseguridad. Y ninguno especifica la definición de un perfil de usuario para que el propietario y titular de la HCE la acceda desde la web tal como accede a sus datos comerciales y financieros en los servicios que haya contratado así como

también a sus datos tributarios en el Banco de Previsión Social y la Dirección General Impositiva. Tampoco surge que los sistemas deban registrar la autorización expresa de cada usuario para que los prestadores puedan compartir sus datos con dicha plataforma ni que esté prevista la posibilidad de que un usuario solicite eliminar toda su trazabilidad en *Salud.uy* (derecho al olvido).

La ley 18331 prohíbe la transferencia de datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales que no proporcionen niveles de protección adecuados de acuerdo a los estándares del derecho internacional o regional en la materia. En la plataforma de *Salud.uy* no están garantizados los niveles de protección para el intercambio de información dentro del Uruguay, debido a que el programa *Salud.uy* no lo impuso como un estándar obligatorio a cumplir por él mismo y todos los que usen su plataforma.

IX. CONCLUSIÓN

El bioterrorismo de estado alienta la medicalización de la vida. Ésta convierte ciudadanos sanos en pacientes a los que se destinan recursos en detrimento de los que necesitan los enfermos para superar su condición, violentando así los derechos individuales de unos y otros.

Considerando el sesgo de la información disponible sobre servicios y productos de salud, resulta que la toma de decisiones en asuntos sanitarios está viciada. El estado en su rol de regulador de servicios y productos de salud no debiera tomar partido por el proveedor en la desigual relación entre él y el consumidor porque expropia su salud, promueve la economía de la enfermedad y esquilma a la ciudadanía.

El bioterrorismo de estado favorece los intereses de la industria. La declaración voluntaria de conflicto de interés no pasa de ser la anécdota de una iniciativa con buena intención pero sin consecuencia ninguna ni siquiera sobre los obligados por ley y omisos en su cumplimiento.

Al registrar todos los eventos médicos desde el nacimiento, la HCEN constituiría un certificado perpetuo, cual pecado original, que tentaría a condicionar asistencia futura por eventos registrados desde la cuna. La vasta información contenida en una única HCEN en clara omisión en cuanto a la protección de datos y en manos de actores con conflictos de intereses varios, hacen de este programa un objetivo inaceptable. La HCEN es propiedad de su titular quien por el derecho de habeas data está legitimado tanto para conocer y rectificar como para exigir la supresión de información y así ejercer el derecho al olvido. Es el secreto bancario el que ampara la protección de los datos financieros aún en la era Internet y no la tecnología.

Uruguay se impuso a Philip Morris en la demanda internacional que la tabacalera iniciara en 2010 pero el hábito de fumar tabaco sigue siendo legal en nuestro país para todos aquellos ciudadanos que libremente decidan practicarlo conforme a las reglas. También es legal fumar cannabis, comer y beber en exceso, así como rechazar una vacuna, un diagnóstico o un tratamiento. No son estrategias eficaces la prohibición, la coacción ni la manipulación para asegurar buena calidad de vida a la población. La salud pública se conquista con ciudadanía empoderada que por decisión propia decida vivir según conductas proactivas a favor de su bienestar. Y el empoderamiento se activa sólo con la educación consciente de los ciudadanos por parte de médicos sin conflictos de interés.

Sólo el respeto absoluto a los derechos humanos impedirá que la salud constituya un bien de consumo y la preservará como un derecho.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AGESIC. Acuerdo MSP/MEF/AGESIC para la creación de *Salud.uy*. Presidencia de la República, Montevideo, Uruguay, 2012. https://www.agesic.gub.uy/innovaportal/file/2325/1/acuerdo_msp_mef_agesic.pdf
- AGESIC. Pliego para adquirir HCEO. Montevideo, Uruguay, 2013. https://www.agesic.gub.uy/innovaportal/file/3243/1/pliego_de_condiciones_lp05_2013.pdf
- ARIE, Sophie. "Uruguay's mandatory breast cancer screening for working women aged 40-59 is challenged" en *British Medical Journal*, 2013. *BMJ* 2013;346:f1907 <http://www.bmj.com/content/346/bmj.f1907>
- ASSE. Pliego para adquirir HCE. Montevideo, Uruguay, 2016. <http://www.asse.com.uy/aucdocumento.aspx?8836,53196>
- BERTERRETICHE, Rosario. Análisis del equipamiento médico instalado para la detección precoz del cáncer de mama en Uruguay. Montevideo, Uruguay, 2008. http://www.agev.opp.gub.uy/observatorio_docs/publico/335.pdf
- BILLER-ANDORNO, N y JÜNI, P. "Abolishing Mammography Screening Programs? A View from the Swiss Medical Board" en *N Engl J Med* 2014; 370:1965-1967. <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp1401875>
- COMISIÓN HONORARIA DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER. "Mortalidad por cáncer en Uruguay-2012". Montevideo, Uruguay. <http://www.comisioncancer.org.uy/andocasociado.aspx?216,1022>
- COMISIÓN HONORARIA DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER. "Cáncer de mama". Montevideo, Uruguay. <http://www.comisioncancer.org.uy/andocasociado.aspx?357,1485>
- DOSHI, Peter et al. "Restoring invisible and abandoned trials: a call for people to publish the findings" en *BMJ* 2013;346:f2865. <http://www.bmj.com/content/346/bmj.f2865>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. "Cuadro 3: Población por área y sexo, según grupo quinquenal de edades. Total país", censo 2011. http://www.ine.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=b681ade2-6ab7-44c7-a410-efa0662c8caa&groupId=10181
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. "Uruguay: esperanza de vida al nacer por sexo, tasa global de fecundidad y edad media a la maternidad. Período 1996-2050". http://www.ine.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=9335cd53-dfda-44d4-b17e-6082efd83556&groupId=10181
- JUREIDINI, Jon et al. "Reanalysis of antidepressant trial finds popular drug ineffective and unsafe for adolescents" en *British Medical Journal*. http://study329.org/wp-content/uploads/2015/09/BMJ_Release.pdf
- MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Adquisición de servicios informáticos: solución para el Registro Único de Cobertura de Asistencia Formal (RUCAF). http://www.comprasestatales.gub.uy/Pliegos/pliego_411387.docx
- MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. "Mortalidad por causa, sexo y edad, Uruguay 2012". www.msp.gub.uy/sites/default/files/archivos_adjuntos/Cuadro%20Mortalidad%20por%20causa%20%20sexo%20y%20edad.%20Uruguay%20%20a%20C3%B1o%202012.ods
- PRAYLE, Andrew P et al. "Compliance with mandatory reporting of clinical trial results on ClinicalTrials.gov: cross sectional study" en *British Medical Journal*. *BMJ* 2012;344:d7373. <http://www.bmj.com/content/344/bmj.d7373>
- PORROCHE-ESCUADERO, Ana. "La violencia de la cultura rosa" en *Mujeres y Salud*, n.37. (2014), pp.32-37. <http://mys.matriz.net/mys37/img/mys37.pdf#page=32>
- ROMAINS, Jules. Knock. L'Académie Française. 1923. http://lewebpedagogique.com/vaslin/files/2009/02/knock_-_texte_integral.pdf

ROSENGURTT, Ana. “Biototalitarismo en Uruguay” en *Revista de Derecho Público*, n.49. (2016), pp.169-185.<http://revistaderechopublico.com/revistas/49/archivos/Rosengurtt49.pdf>

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2013/59/EURATOM. Diario Oficial de la Unión Europea. 5/12 2013.<http://www.boe.es/doue/2014/013/L00001-00073.pdf>

WEBGRAFÍA*

- ¹ <http://www.latamrochepressday.com/es/home/AcercaDelEvento.html>
 - ² https://en.wikipedia.org/wiki/National_Breast_Cancer_Awareness_Month
 - ³ <http://www.thescarproject.org/>
 - ⁴ <http://thinkbeforeyoupink.org/>
 - ⁵ La sentencia 396 de fecha 19/7/2016 del TCA declaró inválidos y nulos el decreto y la ordenanza, por lo que resultan inaplicables.
 - ⁶ <http://m.slate.fr/story/124965/depistage-cancer-sein>
 - ⁷ <http://www.alltrials.net/find-out-more/why-this-matters/the-alltrials-campaign/>
 - ⁸ <http://presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/programa-salud-uy>
 - ⁹ <http://arnaldocastro.com.uy/about/ac-noticias/173-proyecto-rucaf-hacia-una-historia-cl%C3%ADnica-electr%C3%B3nica-nacional.html>
 - ¹⁰ <http://www.elobservador.com.uy/en-la-salud-todo-sera-electronico-2019-n282810>
 - ¹¹ http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/v/3194/1/agesic/proyectos_de_salud.html
 - ¹² https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_T468/Presentacion.pdf
 - ¹³ <http://www.msp.gub.uy/noticia/basso-y-lustemberg-firmaron-formulario-msp-impulsa-firma-de-declaraci%C3%B3n-de-conflicto-de>
- * Todos los vínculos fueron verificados el 10/10/2016.

Fecha de recepción: 10 octubre 2016.

Fecha de aceptación: 15 octubre 2016.

INFORMACIÓN

CICLO ANUAL 2016.

INFORME DE ACTIVIDADES.

Seminario Permanente de Derechos Humanos y Bioética. XV edición.

Vivir en clave de Derechos Humanos

En su carácter formativo, el Seminario Permanente se llevó adelante durante los meses de agosto a noviembre 2016 en la Universidad de la República, con una importante participación de estudiantes, docentes y egresados de la comunidad académica.

Comprendió cuatro sesiones ordinarias, dos de carácter extraordinario además de un Ateneo.

Se participó en dos tipos de modalidades con una carga horaria de 10 horas y 30 horas. En este último caso, se previó como en ediciones anteriores, además de la asistencia a las sesiones la realización de un trabajo externo según pautas previamente establecidas.

CRONOGRAMA:

I sesión: “URUGUAY Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”.

Panel integrado por **Decano Facultad de Derecho UDELAR, Dr. Profesor Gonzalo Uriarte; Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Ricardo Pérez Manrique; Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Jorge Chediak;; Catedrático Derecho Constitucional UCUDAL, Dr. Profesor Martín Risso y Dra. Prof. (Adj). Mariana Blengio Valdés.**

10 de agosto 2016

II sesión: “SUICIDIO EN EL URUGUAY”.

A cargo del **Académico Dr. Profesor Guido Berro.**

29 de agosto 2016.

III sesión: “URUGUAY Y LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS ANTE ÓRGANOS DE NACIONES UNIDAS EN VIRTUD DE LA RATIFICACIÓN DE LOS TRATADOS DE DDHH”.

A cargo de la **Directora de la División de Derechos Humanos Dra. Alejandra Costa.**

26 setiembre 2016.

IV sesión: “EXPLOTACIÓN SEXUAL Y TRATA DE PERSONAS EN EL SIGLO XXI”.

Invitada especial:

Dra. Maria Julia Moreyra, miembro del Comité Ejecutivo para la lucha contra la trata y explotación de personas de Argentina.

Bajo la coordinación del **Dr. Prof. (Adj). Alejandro Pastori**

12 de octubre 2016.

ATENEO sobre aspectos bioéticos de la sentencia del TCA sobre obligación del examen de mamografía en carné de salud.

Sentencia 396/2016 de 19 de julio de 2016.

Panel integrado por **Académico Dr. Guido Berro y Dra. Prof. (adj). Mariana Blengio Valdés.**

5 octubre 2016.

SESIÓN EXTRAORDINARIA - DONACIÓN DE SANGRE.

A cargo del **Director de la Carrera de HEMATOLOGÍA de la Escuela de Tecnología Médica de la Facultad de Medicina UDELAR, Profesor Nilo Bentancor.**

17 octubre 2016.

SESIÓN EXTRAORDINARIA – “MORIR EN PAZ”

Invitado especial:

Dr. Prof. Académico Marcos Gómez Sancho. Universidad de Gran Canaria. España.

15 noviembre 2016.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES REVISTA DERECHO PÚBLICO

1.- Se publicarán trabajos originales.

2.- El idioma oficial de la Revista es el español sin perjuicio de lo cual se publicarán también textos originales en francés, inglés, portugués e italiano.

3.- Las colaboraciones deben remitirse a la dirección electrónica: ius@netgate.com.uy.

4.- Los originales se someten a evaluación externa por pares antes de su publicación. Se detalla objetivo y procedimiento del arbitraje:

Como requisito para la publicación se establece un régimen de evaluación por árbitros externos quienes revisten la calidad de juristas destacados en su especialidad pudiendo ser nacionales y extranjeros.

Una vez recibido el artículo se designarán dos evaluadores en vinculación directa con la temática abordada por el autor del trabajo y su especialidad. Aceptada la evaluación por parte del árbitro designado, éste contará de un plazo de 30 días para evaluar el texto. El informe del evaluador deberá señalar específicamente si el texto reúne los requisitos de calidad y solidez suficientes como para ser publicado en la Revista de Derecho Público. En caso que se formulen observaciones por parte de los árbitros, las mismas podrán ser trasladadas al autor a los efectos de que las subsane.

Todo el proceso de evaluación se realizará en forma confidencial. La revisión será de carácter anónima tanto para el evaluador como para el autor. En ningún caso se comunicará al autor quien ha realizado su evaluación externa. La lista de evaluadores también será anónima.

Podrán incluirse en la publicación textos que en virtud de haber sido solicitados expresamente al autor en su carácter de referente o especialista, no observen el proceso de evaluación externa. Estos casos serán de carácter excepcional.

5.- Los autores deben identificarse con su nombre completo, titulación y aportar su correo electrónico el cual será incluido al pie de esta mención.

6.- Los artículos de doctrina deberán tener un máximo de 30 páginas incluida la bibliografía utilizada para la elaboración del trabajo. Los comentarios jurisprudenciales tendrán como extensión máxima 15 páginas. Las notas de legislación o consultas un máximo de 10 páginas y las reseñas bibliográficas 5 páginas.

7.- Tipo de letra: Los trabajos deberán estar escritos a doble espacio, en formato A4, con tamaño de letra 12 para el texto propiamente tal y 10 para las notas al pie.

8.- Los autores incluirán un breve resumen en el idioma original del artículo y en idioma inglés y cinco palabras claves o descriptores de la materia en su idioma original, debiendo también ser traducidas al idioma inglés.

9.- Los gráficos, tablas y/o material fotográfico deberán acompañarse con un breve texto al pie del mismo. No obstante la Dirección de la Revista se reserva la posibilidad de modificar su tamaño o su ubicación, en razón de la diagramación o diseño de la misma.

10.- Abreviaturas: Si el autor incluye abreviaturas deberá consignar en la segunda nota al pie identificada con dos asteriscos (**) su descripción.

Ejemplo: PNUD: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; cap.: capítulo; art.: artículo; V.: ver.

11.- Se deben adoptar las siguientes pautas:

7.1.- Referencias a fuentes en el texto del trabajo. Deberán ser citadas las fuentes, numeradas en orden correlativo identificándose la primera con el número 1.

7.2.- Bibliografía consultada. Al final de cada artículo de doctrina deberá incluirse la bibliografía empleada ordenada alfabéticamente por el apellido del autor.

12.- Las formas de identificar las fuentes según su tipo:

Estas rigen para identificar fuentes en REFERENCIAS en el texto del trabajo y en el listado de BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA que debe incluirse al final del trabajo.

La página precisa que se cita, se incluirá solamente en las REFERENCIAS a fuentes en el texto del trabajo.

Manuales o monografías: identificación de autor/es (apellido en mayúscula y nombre en minúscula separado por una “coma”). Título de la obra en cursiva, edición (solo si no es la primera) y con indicación de ser traducción o reimpresión; ciudad de edición; editorial; año de publicación; tomo o volumen citado y página empleada. Si es una sola página se utilizará la letra “p” seguida de un “punto” y el número preciso de la página (ejemplo p.12) Si son varias páginas se empleará la expresión “pp” seguida de un “punto” y de los números precisos de las páginas (ejemplo pp. 12- 45) o del primer número y las expresiones “y”, “ss” o “sgtes”. (Ejemplo pp 12 y ss. o pp. 12 y sptes).

Ejemplo: VALDES COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario*, 3º. Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2001, p. 12.

Ejemplo 2: VALDES COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario*, 3°. Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp. 12 – 45.

Artículos de revistas: identificación del autor/es (apellido en mayúscula y nombre en minúscula separado por una “coma”). Título del artículo entre comillas, título de la publicación en cursiva precedido de la palabra “en”; volumen; número; año (entre paréntesis) y la página/s empleadas.

Ejemplo: CAGNONI, José Aníbal. “Constitución y jurisdicción militar” en *Revista de Derecho Público*, No. 34. (2008), pp. 41 – 58.

Partes de obras colectivas: Identificación de los autores (apellido en mayúscula y nombre en minúscula separado por una “coma”); responsabilidad de la obra precedida de la preposición “en” (indicándose apellido del editor, director, compilador, coordinador); título de la obra en cursiva; edición (solo si no es la primera); ciudad de edición; editorial, año de publicación; tomo o volumen si procede y la página/s empleadas.

Ejemplo: AYALA CORAO, Carlos. “El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”, En FIX ZAMUDIO, Héctor (Coordinador) *México y las declaraciones de derechos humanos*, México. UNAM IJ, 1999, pp. 99 y sgtes.

Documentos electrónicos: Incluir la palabra “Disponible en”: seguida de la dirección de Internet íntegra y” agregándose la fecha de consulta al sitio.

Ejemplo: Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> Fecha de consulta: 6.11.2011.

Citas de fuentes ya citadas: Incluir apellido en mayúscula y nombre en minúscula del autor, agregar la expresión op cit. (en cursiva) e indicar el número de la página empleada.

Ejemplo: GROS ESPIELL, Héctor, *op. cit.* p. 22.

La Revista de Derecho Público es de acceso abierto. Los autores acceden a la publicación on line y con acceso libre y universal del texto enviado.

Todo el contenido es de libre consulta y sin costo alguno. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, e imprimir los aportes de esta publicación sin solicitar autorización del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones. En todos los casos y sin excepciones deberá citarse la fuente. De acuerdo a los parámetros BOAI (Budapest Open Access Initiative) de acceso abierto.

PUBLICATION GUIDELINES FOR AUTHORS REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

1.-Only original works will be published.

2.-Spanish is the official language of this journal. Nevertheless, texts written originally in French, English, Portuguese and Italian will also be published.

3.-Collaborations must be emailed to the following address: ius@netgat.com.uy

4.-The original works are subjected to evaluation by pairs of outside reviewers prior to the publication. The aim and procedure of the arbitration are as follows:

An evaluation system is established as a requirement for publication. It is performed by outside arbitrates, locals or foreigners, who are qualified jurists proficient in their field of expertise.

Once the article has been received, we will select two reviewers who are directly related to both the topic addressed by the author of the work and their field of expertise. The selected arbitrate, after having accepted the evaluation task, will have 30 days to review the text. The reviewers' report must indicate specifically whether the text has fulfilled all the quality and solidity requirements needed to be published in *Revista Derecho Público*. If arbitrates should make any observations, these will be communicated to authors so that they can correct their work.

The entire evaluation process will be confidential. The review will be as anonymous to the reviewer as it will be to the author. Under no circumstances will authors be made aware of who were their outside evaluators. The reviewers list will also be anonymous.

Texts which were not subjected to the outside evaluation process because they had been requested directly to the author in their capacity of qualified referent or specialist will be allowed to be included in the publication. These are exceptional cases.

5. - Authors must identify themselves by their full name and title, and must also give their email address, which will be included after the previous information has been mentioned.

6.-Articles on doctrine must have a maximum of 30 pages, including the bibliography used to write the work. Jurisprudential comments should be a maximum of 15 pages long. Notes regarding legislation or consultations a maximum of 10 pages and bibliographic reviews of 5 pages.

7. - Font: The texts must be written in double-spaced lines in A4 format. While the font size must be 12 for the text itself, footnotes should be written in font size 10.

8.-The authors must include a brief summary in the original language in which the article was written as well as the summary's translation into English. Also, they must include 5 keywords or words that describe the subject matter in both languages.

9.-Graphs, tables and/or photographic material must have a brief caption. Nevertheless, this Journal's administration may, if necessary, modify its size or location depending on the layout.

10.-Abbreviations: Should the author include abbreviations, their definition must be indicated in the second footnote, identified with two asterisks (**)

Example: UNDO: United Nations Development Programme; ch.: chapter; art.: article.; V.: see.

7.-We recommend following the next guidelines:

7.1.-In-text citations of sources: sources must be cited. They must be numbered in the corresponding order, the first citation being number 1.

7.2.- Consulted bibliography. At the end of each article on doctrine, the used bibliography must be included in alphabetical order according to the authors' surnames.

8.-How to identify sources according to their type:

The following information can be used to identify in-text REFERENCES and in the CONSULTED BIBLIOGRAPHY list which must be included at the end of the work.

The specific page which is being cited will be included only in the in-text REFERENCES.

Handbooks or monographs: identification of the author/s (surname in capital letters, and name in lower case, separated by a 'comma'). Italicized title of the work, edition (only if it is not the first edition) and indicating whether it is a translation or reprint. If it is one page only the letter 'p' followed by a 'stop' will be used as well as the exact page number (e.g. p.12). If there are several pages you must use the expression 'pp' followed by a 'stop' and the exact page numbers (e.g. pp.12-45), or the first page number and the expressions 'f' or 'ff'. (e.g. pp.12f or pp.12ff).

Example: VALDES COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario* (3rd ed.), Bogotá, Editorial Temis, 2001, p.12.

Example 2: VALDES COSTA, Ramón. *Curso de Derecho Tributario* (3rd ed.), Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp. 12-45.

Journal articles: identification of the author/s (surname in capital letters and name in lower case separated by a 'comma'), title of the article between inverted commas; italicized title of publication; volume; number; year (between parentheses) and the used page/s.

Example: CAGNONI, José Aníbal. 'Constitución y Jurisdicción militar'. *Revista de Derecho Público*, No.34 (2008), pp. 41-58.

Collective works sections: identification of the authors (surname in capital letters and name in lower case separated by a 'comma'); the person responsible for the work (indicating the surname of the editor, director, compiler, coordinator); title of work in italics; edition (only if it is not the first one); city of edition; publisher, year of publication; volume if appropriate, and the page/s used.

Example: AYALA CORAO, Carlos. 'El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos' FIZZAMUDIO, Héctor (Coordinator) *México y las declaraciones de derechos humanos*, Mexico. UNAM IIJ, 1999, pp. 99 ff.

Electronic sources: include expression 'available at:' followed by the complete Internet webpage address as well as the date in which the webpage was consulted.

Example: Available at: <http://www.corteidh.or.cr/> Consultation date: 11.6.2011

Sources previously cited: Include surname in capital letters and name in lower case of the author, add expression *op. cit.* (in italics) and indicate the number of the used page.

Example: GROS ESPIELL, Héctor, *op. cit.* p. 22

Revista Derecho Público is an open access journal. The authors can access the publication online of the emailed text, which is made available for the public unrestrictedly.

The entire content is available for consultation and free of charge. Users can read, download, copy, distribute, and print the contributions of this publication without requesting any authorization on the part of the editor or on the author, as long as there is no economic benefit obtained in the aforementioned operations. In every case and without exceptions the source must be cited, in accordance to BOAI (Budapest Open Access Initiative) definition of open access.