

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO

DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº 51

Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

Directora
Mariana Blengio Valdés



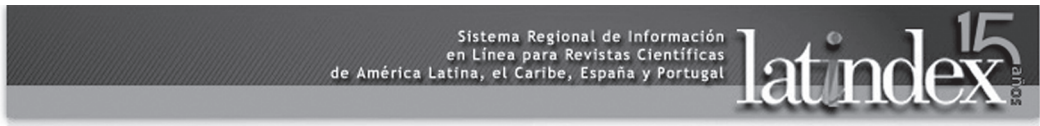
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 26. Número 51. Julio 2017

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)

Guido Berro (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

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)

Mario Armando Márquez (Asociación Argentina de Derecho Constitucional)

Ana Pita (Universidad de Vigo. España)

José Enrique Pons (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

Martín Risso Ferrand. (Universidad Católica del Uruguay)

Mariela Rubano (Universidad de San Sebastián. Chile)

Jaime Ruben Sapolski (Universidad de la República. Uruguay)

José Luis Shaw (Universidad de la República. Uruguay)

Frederic Vacheron (Oficina Regional UNESCO. Uruguay)

EQUIPO DE COLABORADORES

Rodrigo Díaz Inverso

Mariel Lorenzo Pena

María Emilia Miller

Jean Paul Tealdi

Camila Umpiérrez Blengio

CONTENIDO

DOCTRINA

La autonomía de las personas mayores en el ámbito sanitario. Voluntades anticipadas y suspensión de tratamientos <i>Mariana Blengio Valdés</i>	7
Irretroactividad impropia en materia tributaria: posibilidad de la admisión en nuestro derecho como causal de ilegitimidad de actos administrativos <i>Carlos Brandes y Gastón Lapaz</i>	15
El derecho de los tratados en la Roma republicana: teoría y práctica <i>Enrique Hernández</i>	23
Aplicación de los principios de “ética de la función pública” y de “imparcialidad en el ejercicio de la función” en situaciones en que la Administración ejerce potestades discrecionales <i>Lorena Machi y Eliana Machi</i>	47
Violencia de género en adolescencia y nuevos ritos de iniciación sexual <i>José Enrique Pons</i>	63
Congreso de Intendentes: posición institucional y legitimación para comparecer en juicio <i>Natalia Veloso Giribaldi</i>	85
JURISPRUDENCIA	
Variaciones sobre el agotamiento de la vía administrativa, la revocabilidad de los actos administrativos y el cumplimiento de la sentencia anulatoria. Análisis de unas sentencias, algunos precedentes y temas conexos y derivados <i>Juan Pablo Cajarville Peluffo</i>	103

Los servicios descentralizados y el estatuto de sus funcionarios. Comentario a sentencia N° 640/015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo <i>Rodrigo Díaz Inverso</i>	135
Responsabilidad del Estado, Banco Central del Uruguay: confianza y riesgos sistémicos. Reseña jurisprudencial <i>Viviana Pérez Benech</i>	143
Resolución de casos de Derechos Humanos: Acción de amparo y derecho de propiedad <i>Martín Risso Ferrand</i>	177
NOTA DE LEGISLACIÓN	
Algunas modificaciones introducidas por el Presupuesto Nacional a través de la Ley n° 19.355 al régimen de los municipios (Ley 19.272) <i>Fermín Farinha Tacain y María José Oviedo Peláez</i>	191
CONFERENCIAS	
Sobre laicidad y espacio público <i>Jaime Ruben Sapolski</i>	197

DOCTRINA

LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ÁMBITO SANITARIO. VOLUNTADES ANTICIPADAS Y SUSPENSIÓN DE TRATAMIENTOS

*Mariana Blengio Valdés**

RESUMEN. *El respeto a los derechos y libertades de las personas mayores de 60 años constituye el eje de la última Convención Interamericana aprobada en 2015 por la OEA. El tratado ratificado por Uruguay en 2016, introduce la perspectiva bioética en el abordaje de algunos aspectos de sus previsiones. Esta nota tiene por objetivo destacar la relevancia e incidencia del tratado, en relación a la regulación jurídica de la condición humana al final de la vida. Concretamente, las voluntades anticipadas y/o suspensión de tratamientos. En su carácter de tratado internacional, su ratificación incide directamente en legislaciones existentes en los países miembros de la OEA, aspecto que focalizamos en relación al impacto que este compromiso internacional genera a Uruguay en estos aspectos específicos.*

PALABRAS CLAVES. *Bioética. Derechos Humanos. Personas mayores. Voluntades anticipadas. Convención.*

ABSTRACT. *The core of the last Inter-American Convention adopted by the OAS in 2015 is to respect the rights and freedoms of people older than 60 years of age. The treaty, ratified by Uruguay in 2016, introduces bioethical perspectives in the approach of some aspects of its provisions. This comment aims to highlight the impact of this Convention in regards to legal regulations about human condition at the final stages of life. In particular, advance decisions and/or treatment suspension. As an international treaty, its ratification directly affects existing legislation in OAS' member states, aspect in which we focus in relation to the impact*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora (adj) Derechos Humanos y Bioética Facultad de Derecho UDELAR. Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

that this international compromise has in Uruguay in this specific matters.

KEYWORDS. *Bioethics. Human Rights. Older people. Advance decisions. Convention.*

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, documento aprobado en Washington el 15 de junio de 2015, entró en vigor el 11 de enero de 2017.¹ El texto aborda la situación de las personas mayores de 60 años, cualquiera sea su sexo o condición, en todos los ámbitos de la vida incursionando en aspectos que refieren directamente a la ética de lo vital y los derechos en el área clínica y sanitaria. El tratado introduce y define, conceptos sustanciales de la temática, como la discriminación, estigmatización, abandono, cuidados paliativos, envejecimiento activo y saludable, vejez, servicios socio-sanitarios integrados. Temas que en Uruguay vienen incorporándose a partir de una incipiente legislación con perspectiva bioética.

La Convención se centra en la necesidad de adoptar medidas para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos dentro de los cuales, un lugar primordial ocupa la vida y el derecho a vivir y morir con dignidad, en igualdad de condiciones con todos los sectores de la población. En su artículo 3 establece los principios generales aplicables a la Convención entre los que se destacan: la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía; valorización de la persona, la igualdad y no discriminación.

En el ámbito sanitario la Convención consagra el derecho a la salud en el artículo 19: “la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental sin ningún tipo de discriminación”. Enumera a continuación las obligaciones que asumen los Estados Partes para asegurar este derecho y garantizar su goce a través del diseño de políticas públicas que aseguren su atención preferencia y acceso universal, equitativo, oportuno en los servicios integrales de salud de calidad basados en la atención primaria, y aprovechar la medicina tradicional, alternativa y complementaria de conformidad con la legislación nacional y con los usos y costumbres”. (inciso a).

Bajo el título “Derecho a la independencia y la autonomía” el tratado en su artículo 7 establece “el derecho de la persona mayor de tomar decisiones, definir su plan de vida, desarrollar una vida autónoma conforme a tradiciones y creencias”. Lo que resulta armónico con las previsiones contenidas en el artículo 6, el cual prevé el “derecho al goce de la vida y el derecho a vivir con dignidad la vejez hasta el fin de sus días”, reconociéndose el derecho integral al cuidado y bienestar en todas las etapas de la vida. El convenio define al “cuidado paliativo” como “la atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor. Esta atención específica abarca al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan”. (artículo 2 inciso 3).

¹ Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Fecha de consulta: 27 de mayo 2017. Fue ratificado por Uruguay por ley 19430 de 8 setiembre 2016.

En relación a la atención sanitaria y en el marco de la autonomía como principio, la Convención específicamente en su artículo 11 hace hincapié en el derecho “irrenunciable” a brindar consentimiento “libre e informado”. Establece que “la negación de ese derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor” (inciso 1). Las previsiones del tratado luego refieren en cuanto al final de la vida, a la posibilidad de manifestar la voluntad anticipada y el derecho a negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos (artículo 11 incisos finales).

Destacando la importancia de esta Convención, puntualizaremos algunos aspectos que consideramos singulares en su contenido:

I. RESEÑA DE FUENTES EN EL PREÁMBULO

En el Preámbulo de esta Convención, como es ya costumbre en tratados básicos del Sistema de Protección de los derechos humanos, se hace referencia a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos ambas de 1948. Se remite como es de orden, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado sustancial para la organización y que centra su mirada en la protección de los derechos civiles y políticos sin perjuicio del progresivo desarrollo de los económicos sociales y culturales. A continuación el Preámbulo destina un párrafo a diversas fuentes en carácter de Principios de ONU a favor de las personas de edad (1991); Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento (2003); Declaración de Brasilia (2007); Plan de Acción de la OPS sobre salud de personas mayores (2009); Declaración de Compromiso Puerto España (2009) y la Carta de San José de los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe (2012). (Párrafo 8° del Preámbulo). Fuentes que sin lugar a dudas remiten a la temática en cuestión y cuya inclusión nos parece también sumamente valiosa y atendible.

El eje central de este Convenio como señalamos, gira en torno al principio de respeto a la dignidad de la persona y en el marco de ésta, la valorización de su libertad, autonomía y autodeterminación en todos los planos vitales. La incorporación de los documentos referidos en el Preámbulo fortalece y proyecta el documento demostrando la preocupación creciente de la comunidad internacional en sus diferentes ámbitos y manifestaciones por proteger en forma integral a las personas mayores. El texto es testimonio del proceso de especificación de la protección de los derechos humanos que busca fortalecer desde una perspectiva específica los derechos en función de la vulnerabilidad de los grupos o situaciones. En este caso, las personas mayores, especialmente vulnerables por razón de envejecimiento.

En términos de principios generales la vinculación armónica con otras fuentes internacionales como la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en 2005 es notoria. Esta última, más allá de su amplitud en relación a los sujetos que alcanza (no solamente mayores de 60 años) contiene un vínculo ineludible con este tratado. Ambos documentos refieren como eje central al principio de respeto de la dignidad de la persona y los derechos que de su condición existencial emanan en una perspectiva de la ética en lo vital que se encuentra inserta en

sus contenidos. Entendemos por tanto que su referencia en el Preámbulo, debería haberse incluido.²

II. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA

La Convención como hemos ya mencionado, dedica diversos artículos a los derechos y libertades en el ámbito sanitario refiriendo también a las obligaciones de los Estados Partes en relación a su observancia y efectiva protección que asegure el goce integral de los mismos.

Nos detendremos en esta breve nota sustancialmente a algunos aspectos del derecho a la salud (artículo 19) los que se analizan en armonía con el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (artículo 9), el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos crueles o degradantes (artículo 10); el derecho a brindar el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (artículo 11); el derecho a recibir servicios de cuidado a largo plazo (artículo 12); el derecho al acceso a la información (artículo 14) y el derecho a la privacidad e intimidad (artículo 16).

En el marco del derecho a la salud, la Convención establece aspectos relevantes tal cual nos detendremos a analizar.

En primer lugar consagra el “derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento” de carácter “libre e informado”, de manera “previa, voluntaria y expresa” en el ámbito de la salud. Con el correlativo derecho a modificarlo o revocarlo. Toda negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

En contrapartida la Convención dispone asimismo que los Estados deberán elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones existentes, sus riesgos y beneficios. Agrega que los mecanismos que elabore el Estado deberán brindar una información “clara, adecuada y oportuna” que de “forma accesible” sea presentada de manera comprensible de acuerdo a la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación del adulto mayor.

En cuanto al fin de la vida, el Convenio establece que la persona mayor tiene “derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos ya sean de carácter físico o síquico y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión”. (Párrafo 6º del referido artículo 11).

Como puede apreciarse el Convenio refiere directamente a la auto determinación de la persona, en este caso mayor, en ejercicio de su libertad inherente a su condición humana.

² Sobre la proyección de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005) puede ampliarse en: “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO” Coordinadores Yolanda Gómez Sancho y Héctor Gros ESpiell. Granada, 2006; “Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO” Coordinadora María Casado. Observatori de Bioètica i Dret. Universidad de Barcelona y Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, España 2009.

Dicha determinación trasciende la asistencia clínica abarcando integralmente cualquier tipo de medicina, e incluye también la auto determinación en el campo de investigación o experimentación tanto síquica como física. Por tanto su alcance es verdaderamente amplio. Téngase presente que en algunos países entre los que se encuentra Uruguay, las disposiciones sobre investigación en seres humanos a nivel legal son escasas y se encuentran referidas a algunos problemas específicos.³

El consentimiento informado está previsto genéricamente en la legislación uruguaya por la ley 18335 tanto para la atención clínica sanitaria como para la investigación en seres humanos. El artículo 12 de dicha norma dispone que todo procedimiento debe 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”. En el ámbito clínico la ley determina que “todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante, luego de recibir información adecuada, suficiente y continua, y el profesional de salud”. (artículo 11). Debiéndose consignar el consentimiento en lo diagnóstico y terapéutico en la historia clínica del paciente. Hacemos referencia a esta norma legal en tanto no distingue grupos etéreos y su alcance es general tanto en lo clínico como en materia de investigación lo que no implica que co existan otras previsiones legales que también refieran al consentimiento como condición para garantizar la autonomía del usuario y el paciente en forma más específica como ser las normas referidas a la reproducción humana asistida o las voluntades anticipadas.

En relación a las denominadas voluntades anticipadas la Convención establece en el inciso 7 del artículo 11, el “derecho a manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de salud, incluidos cuidados paliativos”. Señala que “la voluntad anticipada podrá ser revocada, modificada o ampliada en cualquier momento sólo por la persona mayor, a través de instrumentos vinculantes, de conformidad con la legislación nacional”.

La incidencia de estas previsiones resulta significativa y nos permite abrir una instancia de interpretación que puede arrojar algunas interrogantes.

El tratado en sí de naturaleza vinculante irrumpe en el ordenamiento jurídico y su contenido pasa a integrarlo al verificarse la ratificación en base a lo previsto en la Constitución de la República (artículo 168 numeral 20 y 85 numeral 7). Por tanto resulta necesaria su armonización con la normativa interna que eventualmente co exista en el Estado Miembro de la OEA, que opte por ratificar este tratado.⁴

En relación a Uruguay entendemos que la Convención se armoniza básicamente con la regulación legal sobre voluntades anticipadas, cuyas disposiciones las prevén desde el año

³ Puede verse al respecto BLENGIO VALDÉS, Mariana. “Sobre la regulación jurídica bioética de la investigación en seres humanos en Uruguay”. En Revista de Derecho Público No. 50, Montevideo, 2016, pp. 167 a 182. Disponible en: www.revistaderechopublico.com Fecha de consulta: 28 de julio 2017.

⁴ Del estudio de las ratificaciones operadas a la fecha de elaboración de este aporte Bolivia, Costa Rica y Uruguay han ratificado esta Convención. Por su parte Argentina la ha firmado al igual que Brasil y Chile. Resta aún la ratificación del tratado y el depósito del instrumento internacional. Los demás países de la OEA, no han firmado el tratado. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Fecha de consulta: 27 de mayo 2017. Fue ratificado por Uruguay por ley 19430 de 8 setiembre 2016.

2009 a través de la ley 18473, norma que fuera reglamentada por Decreto 385/2013. Sin embargo procederemos a puntualizar algunas diferencias.

La Convención parece no acotar dicha manifestación a una determinada patología como si lo hace la ley uruguaya que reduce la posibilidad de hacer valer las instrucciones dadas con anterioridad en casos de “patología terminal, irreversible e incurable” (artículo 1 inciso 2). La falta de referencia a dicha situación específica en la propia Convención genera algunas dudas de interpretación.

Concretamente si es de aplicación en los hechos la legislación nacional que pueda ser restrictiva en tanto solo puede darse en la situación terminal incurable o irreversible antes mencionada o si por el contrario es de aplicación el contenido del tratado, que no prevé tales circunstancias.

Para discernir esta problemática puede recurrirse al principio in dubio pro omine, cuyo alcance determina que en caso de duda ante la norma a aplicar a una persona habrá de optarse por la que signifique lo mejor o más beneficioso para la persona en sí misma, y lo contemple más integralmente desde la consideración de su condición humana y derechos inherentes. La duda entonces consistiría en definir si en base a este principio será de aplicación la ley nacional en tanto restrictiva protege al individuo o si por el contrario deberían aplicarse estas previsiones que respetan la voluntad en su sentido más esencial y no la limitan desde una mirada que puede ser conceptualizada como paternalista estatal, a la situación fáctica de irreversible, incurable o terminal, que determine las características de dicha patología.

Pero más aún. La decisión que se adopte en uno u otro sentido, puede generar también problemas vinculados con la igualdad en relación a quienes no poseen aún 60 años. La Convención tiene por sujeto de derechos a las personas mayores. Por tanto son sólo los integrantes de este grupo etario quienes eventualmente podrían adoptar voluntades anticipadas más amplias si se opta por la aplicación el tratado. No así quienes no han llegado a los 60 años a quienes solo se les aplicaría la ley nacional en tanto no están comprendidos por las disposiciones del tratado.

En cuanto a la suspensión de tratamientos:

La ley uruguaya establece el derecho a “oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos” (ley 18473 artículo 1). Mientras que la Convención incluye disposiciones que pueden interpretarse como más amplias al disponer que la persona mayor puede: “aceptar, negarse a recibir o interrumpir” tratamientos médicos o quirúrgicos incluidos la “medicina tradicional, alternativa y complementaria; y todo lo que refiere a la investigación no solo física sino síquica”. Más allá del alcance de los verbos “aceptar y oponerse” véase que comprende la interrupción, además de referir a todos los tipos de medicina y la investigación de la cual pueda ser objeto lo que la legislación uruguaya no considera específicamente en la ley.

La interrogante entonces radica en definir estas interferencias entre ley y tratado en tanto parecería que la norma internacional está determinando una mayor amplitud en materia de derechos y libertades de este grupo de personas mayores de 60 años en relación al final de la vida. Tanto para definir anticipadamente sus voluntades como para suspender o el tratamiento que reciben. Aspecto que en los hechos puede generar más allá de lo jurídico algunas dudas en su aplicación práctica y asistencial.

III. REFLEXIÓN FINAL

El ejercicio sobre el impacto de esta Convención en el ordenamiento jurídico nacional que hemos realizado, valdrá por cierto para todos los países que incluyan en su agenda la posible ratificación de este tratado. Con las posibles consecuencias que la falta de armonización del texto con la legislación nacional pueda implicar. O en su caso, ante la ausencia de regulación la constatación de que será esta la norma a aplicar en caso de que se llegue a tal circunstancia.

El relevante contenido de la Convención es testimonio, como hemos planteado, del proceso de especificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos atendiendo las particularidades de un grupo etáreo, personas mayores de 60 años. Y que incluye aspectos que hacen a la vida en su conjunto. Pero sobre todo con aspectos que la nutren desde una perspectiva bioética, que a la fecha no tiene antecedentes tan nítidos en el sistema de protección americano.

Su implementación puede determinar una necesaria adecuación normativa de las fuentes, a los efectos de su armonización. En tanto las dudas en su interpretación pueden arrojar alguno problemas prácticos.

En lo formal pero con alcance también sustancial, también destacamos la necesidad de intensificar la perspectiva bioética en las normas de fuente internacional, proceso que entendemos debe proyectarse a nivel regional en el seno de la OEA. En la búsqueda de un consenso internacional sobre los grandes desafíos que en materia de derechos humanos irrumpen vertiginosamente a partir del avance biotecnológico. Proceso que cuenta con invalorable iniciativas que ofician de antecedentes ineludibles como la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- ANDORNO, Roberto.** “La dignidad humana como fundamento de la Bioética y los Derechos Humanos” En Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (Gros Espiell y Gómez Sanchez Coordinadores). UNESCO, Paris, 2008, pp. 253 a 270.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana.** La dignidad humana como parámetro de interpretación en fuentes de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Bioética. ¿La definición inexistente?. En Revista de Derecho Público. No. 49, FCU. Montevideo, 2016, pp. 31 a 54. Disponible en: www.revistaderechopublico.com Fecha de consulta: 29 de mayo 2017.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana.** “El Derecho de la Bioética a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948”. En Revista Brasileira de Bioética, Volumen 4 número 1 y 2, Brasilia 2008, pp. 35 y ss.
- CASADO, María.** Bioética y Derecho. En Declaración Universal de DDHH UNESCO. UNESCO, España, 2006.
- DICCIONARIO LATINOAMERICANO DE BIOÉTICA.** (Juan Carlos Tealdi – Coordinador). UNESCO, Themis, Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- GROS ESPIELL, Héctor.** Bioética y Derechos Humanos. En Etica, Bioética y Derecho, Bogotá 2005.
- GROS ESPIELL, Héctor.** Bioética y Derecho. En Etica, Bioética y Derecho, Bogotá 2005.
- LUNA, Florencia y SALLES, Arleen.** Develando la Bioética. Perspectivas Bioéticas en las Américas. Año 1 No. 1, 1996.

- MAYOR ZARAGOZA, Federico.** “La Bioética y los derechos humanos como objetivos de la UNESCO”. En Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (Gros Espiell y Gómez Sanchez Coordinadores). UNESCO, Paris, 2008, pp 1 a 9.
- STOLKINER, Alicia.** “Derechos humanos y derecho a la salud en América Latina: la doble faz de una idea potente” en Medicina Social, No. 1, Volumen 5, marzo 2010. Disponible en: <http://www.medicinasocial.info/index.php/medicinasocial/article/view/410> . Fecha de consulta: 27 de mayo 2017.

31 julio 2017.

IRRETROACTIVIDAD IMPROPIA EN MATERIA TRIBUTARIA: POSIBILIDAD DE LA ADMISIÓN EN NUESTRO DERECHO COMO CAUSAL DE ILEGITIMIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Carlos Brandes * y Gastón Lapaz **

RESUMEN. *Apartándose de la actual jurisprudencia nacional, se entenderá en el marco de lo que se conoce como irretroactividad impropia, que en el ámbito tributario y en determinados supuestos, el acto administrativo que cuyo contenido produzca dicho efecto, podría acarrear ilegitimidad, y sería pasible de ser anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La salvaguarda del principio de seguridad jurídica, exige que se establezca al menos un criterio para que la configuración del supuesto de irretroactividad impropia deba pasar por un tamiz de contralor, al momento de determinar su legitimidad. Soluciones del derecho comparado han servido de referencia para la elaboración de un esquema preliminar que puede servir en nuestro derecho para analizar dichos actos administrativos.*

PALABRAS CLAVE. *Irretroactividad impropia. Seguridad jurídica. Derecho tributario. Legitimidad de los actos administrativos.*

ABSTRACT. *Straying from the tendency set forth in current national jurisprudence, this work shall address the issue known as Middle Level Retroactivity (“Retroactividad Impropia”), that in certain cases, particularly within the realm of Tax Law, the administrative act that produces said effect could be considered unlawful and would be subject to annulment by the Administrative Litigation Tribunal (“Tribunal de lo Contencioso Administrativo”). The protection of the principle of legal certainty requires, at the least, that criteria is adopted in order to*

* Doctor en Derecho y Aspirante a la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Montevideo. Integrante del Departamento de Corporate y Banking de Guyer & Regules. Correo electrónico: cmbrandeslamas@guyer.com.uy

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Público II Facultad de Derecho Universidad de la República. Maestrando en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo. Integrante del Departamento contencioso de Guyer & Regules. Correo electrónico: glapaz@guyer.com.uy

determine when Middle Level Retroactivity should be tested to determine whether it is legitimate or not. Methods taken from comparative law have worked as means of reference in order to elaborate a preliminary roadmap that may be put to use in our legal system to analyze these types of administrative acts.

KEY WORDS. *Middle Level Retroactivity. Legal certainty. Tax Law. Legitimacy of administrative acts.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tendrá por objeto el análisis de los supuestos de irretroactividad impropia que se dan en materia tributaria en nuestro derecho, y determinar si pueden existir hipótesis en que los mismos acarreen ilegitimidad, y en dicho caso cual podría ser el criterio rector al momento de identificar tal vicio en las normas.

Se abordará el estudio desde la diferenciación del fenómeno con la retroactividad propia o autentica, tanto en lo que refiere a su conceptualización, caracteres, y principalmente su incidencia práctica, a efectos de determinar si existen afectaciones al principio de seguridad jurídica.

Desde ya se deberá advertir que no existe jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”) que admita la retroactividad impropia como ilegítima. Ahora bien, en el presente, a la luz de la jurisprudencia comparada, se ha elaborado un esquema que entendemos puede servir para detectar actos administrativos de naturaleza tributaria, que a nuestro modo de ver vulneran la seguridad jurídica, y por tanto no se ajustan a la regla de derecho.

II. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO. ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIA TRIBUTARIA

Es conteste en nuestro derecho la afirmación por parte de la doctrina y jurisprudencia, respecto a la vigencia del principio de seguridad jurídica, el cual rige en todo el ordenamiento jurídico, especialmente en materia tributaria, ya que se entiende que dicho principio se manifiesta en nuestra Constitución, tanto por la mención del art. 7 del Código Civil, como a través del reconocimiento de los derechos inherentes a la personalidad humana que realiza el art. 72 de la Carta.

En este sentido, se ha manifestado que: “. . . la seguridad es necesaria no solamente como garantía referida a la actuación individual, sino también como base para la correcta y eficaz actuación jurídica del Estado. Desde el primer punto de vista, es evidente que el régimen jurídico debe fijar a priori, no solamente las consecuencias de la conducta voluntaria de los hombres, sino de la generalidad de todos los hechos y situaciones susceptibles de regulación. De otro modo, -y en razón de los múltiples entrecruzamientos que conectan las distintas manifestaciones de la vida social-, no se lograría el grado de previsibilidad indispensable para una convivencia ordenada y justa. . .”¹

¹ LEVRERO BOCAGE, Constancio en “Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos”, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1968, (22), pág. 261.

En esta línea de razonamiento, en lo relativo a la certeza que debe brindar el ordenamiento jurídico en general, se hace ilustrativo transcribir las enseñanzas del Profesor Jiménez de Aréchaga: *“La finalidad primaria del derecho es hacer posible la convivencia social pacífica, asegurar la paz y el orden dentro de una sociedad, para el cual el derecho debe introducir cierto grado de certeza en las relaciones entre los miembros de la sociedad”*.²

Por otra parte es fundamental reseñar que en materia tributaria en particular, las normas deben consagrar ese grado de certeza que referíamos, y es menester poner de manifiesto lo que entiende la doctrina contemporánea de mayor recibo: *“... puede decirse que las normas jurídicas tributarias cumplen un papel de estabilización de expectativas de sacrificio patrimonial individual en beneficio del conjunto.”* (...). *“Pero para que la estabilización de expectativas funcione, ella debe operar en términos de actualidad. En efecto, la posibilidad de prever un comportamiento tanto propio como ajeno solo existe si las personas pueden saber si una conducta es debida o no en el mismo momento en que la conducta se cumple. Es evidente entonces que si una conducta cualquiera pudiera ser calificada como debida o no debida en virtud de un criterio posterior de consumación de aquella, la estabilización de expectativas no existe”*.³

III. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS

Sin perjuicio de que el principio de irretroactividad de las normas es de aplicación en todo nuestro ordenamiento jurídico, en el derecho tributario su vigencia es mucho más clara ya que de configurarse dicha hipótesis, se estaría captando capacidades contributivas pasadas.

En efecto, es notorio que se ve lesionada la confianza del contribuyente cuando se establecen consecuencias más desfavorables que aquellas que el mismo contó para tomar sus decisiones.⁴

Ahora bien, debemos reiterar, que en el presente trabajo no abordaremos la hipótesis de retroactividad propia o auténtica -como se ha llamado en doctrina extranjera y veremos a continuación-, en donde los efectos de la norma operan hacia el pasado (hechos cuya realización ya ha concluido), sino que referiremos a supuestos de hecho cuya realización ha comenzado antes de que la norma entre a regir y no han concluido (el típico caso es el del hecho generador de carácter periódico). Estos son casos de retroactividad, pero impropia o media.

IV. BREVE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA RETROACTIVIDAD IMPROPIA

En primer lugar, es ilustrativo apreciar las enseñanzas de Cajarville Peluffo respecto de la conceptualización que ha efectuado el Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la retroactividad propia e impropia.

² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo en “Introducción al Derecho”. Montevideo. FCU, 2ª ed., pág. 27.

³ BLANCO, Andrés en “Los derechos humanos y los principios jurídicos fundamentales de los tributos: vínculos e implicancias”, Revista Tributaria, Tomo XXVII, N° 159, año 2000, pág. 770.

⁴ En este sentido se ha expresado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencias N° 419/2014, 964/2011 y 349/2008, entre otras.

En efecto, señala el autor que el citado Tribunal: “...*distingue la retroactividad “propia”, que recae en “supuestos de hecho ya concluidos”, de la “impropia”, “en la que la ley no actúa sobre supuestos de hecho ya terminados, pero sí sobre aquellos supuestos de hecho cuya realización ha comenzado ya.”* En igual sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional español al manifestar que: “...*la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aun no concluidas*”⁵. Los referidos conceptos no son ajenos a la doctrina nacional. Así, Arcia citando a Shaw ha referido de la misma manera a la aplicación inmediata de la norma tributaria.⁶

Ahora bien, delimitada la figura jurídica, debemos pasar a analizar la legitimidad o no de la misma en nuestro derecho.

V. LA RETROACTIVIDAD SEA PROPIA O IMPROPIA AFECTA LA SEGURIDAD JURÍDICA

Como ya se ha señalado, la jurisprudencia del TCA es conteste en señalar que la retroactividad propia o auténtica es ilegítima. Ahora bien, pasaremos a desarrollar los elementos que entendemos que se deberían valorar a la hora de determinar si pueden existir situaciones en que se configuren supuestos de retroactividad impropia que estén viciados de ilegitimidad.

En este sentido, en nuestra doctrina, Arcia señala, refiriéndose a la retroactividad impropia como el efecto inmediato de la nueva ley: “*Como bien indica SHAW, aun cuando no se trate de un caso de irretroactividad, sino de “efecto inmediato de la nueva ley” por el cual se cambia una situación de hecho en curso aún no configurada, el rechazo de esta solución legal se basa en los mismos fundamentos esgrimidos para el rechazo de la irretroactividad*”.⁷

Agrega el autor: “*Los particulares deben conocer con anterioridad a las acciones que emprendan en su vida económica cual será la carga tributaria que ellas conllevan y tan violatoria de esta esencial exigencia del conocimiento previo es una ley retroactiva que se aplique a hechos generadores ya consumados, como una ley que se aplique a hechos generadores continuados aún no consumados pero que ya han tenido comienzo de ejecución*”.

Asimismo, en nuestro derecho, Shaw ha resumido el concepto estableciendo que: “*Los principios de legalidad, libertad y seguridad jurídica determinan, asimismo, que la ley tributaria material no pueda aplicarse a hechos o situaciones configurativos de hechos generadores continuados, de formación sucesiva o periódicos que ya han comenzado a cumplirse, pero cuyo lapso de configuración no culminó al entrar la ley en vigor (...)*”.⁸

En el mismo sentido, nos parece esclarecedor apreciar los razonamiento de Cajarville Peluffo, quien parte de la premisa que: “*Puede ocurrir que la nueva norma modificativa de otra superior aplicable entre en vigencia, con retroactividad o sin ella, durante el*

⁵ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, en “Retroactividad de las Normas Jurídicas. Reflexiones provisionarias”, en Revista de Derecho Público, (46), pág. 29.

⁶ ARCIA, Sebastián en “Derechos Humanos y Tributación” en Revista Tributaria, Tomo 27, N° 159, pág. 709.

⁷ ARCIA, Sebastián en “Derechos Humanos y Tributación” en Revista Tributaria, Tomo 27, N° 159, pág. 709.

⁸ SHAW, José Luis, en “Los Fundamentos Constitucionales del Principio de Irretroactividad de la Ley Tributaria Material” en X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, pág. 385.

desarrollo en el tiempo del evento a que la norma anterior atribuía el carácter de supuesto o en su caso de consecuencia”; para luego concluir que: “Si algunos aspectos del supuesto, comunes a los de ambas normas, se hubieran cumplido bajo la vigencia de la norma anterior, que habría dejado de regirlo, estarían fuera de la vigencia de la nueva norma que ahora lo rige; si se admitieran en la configuración del supuesto de la nueva norma, ésta tendría eficacia retroactiva, cuya legitimidad requeriría norma legal expresa constitucionalmente legítima. Para que no exista retroactividad, como debe ser en principio, el supuesto deberá configurarse totalmente bajo la vigencia de la misma norma”.⁹

En idéntico sentido, a nivel de doctrina extranjera, se ha apelado a identificar a la retroactividad como un concepto unitario (sea propia o impropia como es nuestro caso): “*J. Lang, con sólidos argumentos, ha considerado que la diferencia entre retroactividad propia e impropia debería suprimirse y fijar un concepto de retroactividad unitario en que la ley reconozca consecuencia jurídicas a una disposición con vínculos fácticos o jurídicos que han fundamentado una posición de confianza. El peso de la protección de la confianza (también la correspondiente defraudación de esa confianza) sería, por tanto, contrario al bien general, que expresa el interés de modificar del legislador*” (TIPKE, Klaus “La Retroactividad en el Derecho Tributario” en “Tratado de Derecho Administrativo”, dirigido por Andrea Amatucci).

Por otro lado, vale la pena traer a colación la opinión de la doctrina especializada argentina en la materia sobre el punto: “*Debería suprimirse la diferenciación de que se trata y fijar un concepto de retroactividad unitario, donde la ley reconozca consecuencias jurídicas a una disposición con vínculos fácticos o jurídicos que han fundamentado una posición de confianza, que no puede defraudarse*”.¹⁰

Como corolario de lo expresado, podemos concluir en iguales términos que el Tribunal Constitucional de España, en cuya opinión: “*La mera constatación de que la mencionada (norma) tiene carácter retroactivo –aunque se trate de retroactividad impropia- debe llevar necesariamente a la conclusión de que la seguridad jurídica de los sujetos pasivos (...) ha quedado afectada*”.¹¹

Por todo lo expresado, podemos advertir que: i) la retroactividad puede ser propia o impropia; ii) la retroactividad impropia refiere a las normas que afectan supuestos de hecho cuya realización ha comenzado antes de que la norma entre a regir y no han concluido; iii) parte de la doctrina nacional y extranjera considera que debe construirse un concepto unitario de retroactividad, por lo que ambos supuestos merecerían idénticas consecuencias jurídicas; y iv) por tanto, la retroactividad impropia al menos afecta la seguridad jurídica tanto como la retroactividad propia.

Asimismo, recordemos que en nuestro derecho es de aplicación el artículo 8 del Código Tributario, que establece que: *El hecho generador para cuya configuración se requiere el transcurso de un período, se considerará ocurrido a la finalización del mismo.* Por esta razón, en la materia en análisis se pueden configurar hipótesis de retroactividad impropia,

⁹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo “Retroactividad de las Normas Jurídicas. Reflexiones provisionarias” Revista de Derecho Público, N° 46.

¹⁰ Naveira de Casanova, G. en “Aplicación de las Normas Tributarias en el tiempo” en García Belsunce, H. “Tratado de Tributación”, pág. 644.

¹¹ STS Sent. 182/1997.

como, a nuestro entender, es el reciente caso del Decreto N° 359/2015 que ha eliminado el ajuste impositivo por inflación.

Entonces vale referir cuando se da este fenómeno, en la práctica, existen una variedad de acciones y conductas adoptadas plenamente en el pasado bajo la anterior disposición tributaria, que pasan a ser reguladas de forma diferente luego de ya haber sido consumadas, desde la vigencia retroactiva (impropia) de la nueva disposición.

Este sería el caso, por ejemplo, de una norma que entrare en vigencia el 30 de diciembre de un año fiscal cualquiera y gravare la renta que surja de los ejercicios cerrados al 31 de diciembre de ese mismo año. Esta ley podría resultar violatoria de la seguridad jurídica y ser pasible de impugnación en base a su ilegitimidad en tanto se cumpla con ciertos requisitos que se verán a continuación (infra, capítulo VI).

VI. SUPUESTOS EN QUE LA RETROACTIVIDAD IMPROPIA NO SERÍA AJUSTADA A DERECHO: UNA PROPUESTA DE TAMIZ BASADA EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

Antes de ingresar en este apartado, queremos hacer dos precisiones. Por un lado, recordemos que nuestra Carta (tanto normas y principios de dicho rango) no limitan el concepto de retroactividad a la esfera de la llamada propia, sino que consagra la defensa de toda eventual lesión de derechos constitucionalmente protegidos por una disposición con cualquier efecto retroactivo, sea propio o impropio. Así, en nuestro derecho, se protege a nivel constitucional la seguridad jurídica y la certeza.

Por otro lado, debemos advertir que entendemos que la dinámica de la norma tributaria que *necesita* del transcurso del tiempo para que el hecho generador se configure, puede *cortar* en un determinado momento arbitrario –por ejemplo- el flujo de ingreso que determinan en definitiva la renta. Ahora bien, esto no implica que sea legítimo que *solapadas* de la retroactividad llamada impropia se dicten normas con efecto impuesto que puedan lesionar derechos constitucionalmente protegidos. Por ello, creemos necesario establecer cierto límite que debe primar ante el análisis de la legitimidad de dicha práctica.

En efecto, veremos que la jurisprudencia española y alemana han desarrollado los elementos que deben estar presentes en el análisis de legitimidad ante los supuestos de retroactividad impropia, para los casos en que no se entiende que la misma acarrea ilegitimidad ontológicamente. Así, del estudio de un cúmulo de fallos, podemos extraer que existen tres elementos determinados que deben ser analizados: i) la previsibilidad de la medida; ii) las razones que han llevado a adoptar la misma; y iii) el alcance de ésta.

Véase el reciente fallo de la máxima autoridad judicial de España: “*En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares (STC 126/1987, fundamentos jurídicos 11, 12 y 13, STC 197/1992,*

fundamento jurídico 4. y STC 173/1996, fundamento jurídico 3. Cfr. STC 182/1997, de 28 de octubre y STS 23 de mayo de 2011 (re. de cas. 4689/2007).¹²

En análogo sentido el referido Tribunal ya señalaba que: “*Si la afectación de la seguridad jurídica por una norma de retroactividad impropia como la enjuiciada vulnera o no la Constitución es un interrogante al que sólo puede responderse después de analizar las circunstancias específicas que concurren en el caso, especialmente, la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma*”.¹³

En lo que refiere a la previsibilidad de la medida como pauta, vale la pena detenerse en el fallo de la Corte Europea que refiere a la legítima expectativa del contribuyente: “*Resulta claro de la jurisprudencia asentada de la Corte que cualquier operador económico de quien una legítima expectativa ha sido promovida por autoridades nacionales puede basar su reclamo en el principio de la protección de las expectativas legítimas. Sin embargo, cuando un operador económico prudente y circunspecto podría haber previsto la adopción de una medida que probablemente afectaría sus intereses, no puede pretender resguardarse bajo dicho principio en caso que esa medida sea adoptada. Adicionalmente, los operadores económicos no poseen una expectativa legítima de que una situación existente que tiene la potencialidad de ser alterada por las autoridades nacionales en el ejercicio de su poder discrecional no será alterada*” (La traducción es nuestra).¹⁴

Por su parte, para analizar correctamente el elemento referido al motivo de la medida adoptada, enmarcaremos nuestro análisis según lo dispuesto por el ya citado Tribunal Constitucional de España, quien sostuvo que una norma retroactiva: “*sólo podría reputarse conforme a la Constitución si existen claras exigencias de interés general que justifiquen que el principio de seguridad jurídica*”¹⁵ y en otra oportunidad agregó que las “*exigencias de interés general que (...) deben ser especialmente nítidas cuando la norma retroactiva de que se trate incide en un tributo como el IRPF (español), un tributo personal, subjetivo y de carácter periódico que (...) ocupa una posición central en el conjunto de nuestro sistema tributario, circunstancias éstas que incrementan notablemente la incidencia que sobre la seguridad jurídica de los ciudadanos puede tener una norma que produce efectos sobre situaciones de hecho o relaciones jurídicas que han comenzado a constituirse antes de su entrada en vigor*”¹⁶. Por este motivo, deberá analizarse en cada caso si está en juego el interés general o el interés de la impositiva en recaudar. Y en caso de conflicto entre ambos, deberá establecerse cual debe primar.

Finalmente, expresamos, que para determinar que una norma dictada con efectos retroactivos (cuando esta retroactividad es impropia) es ilegítima, es también necesario determinar el impacto que genera la misma. En tanto, el Tribunal Constitucional Español considera que este requisito debe ser analizado de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto. Esta indeterminación, sin embargo, debe ser coloreada por el intérprete. Nosotros planteamos que, si luego del análisis de los criterios citados con anterioridad únicamente resta determinar si este último también conduce a la vulneración de los derechos de los

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 4569/2015

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 182/1997

¹⁴ Sentencia de la Corte Europea –Tercera Cámara– del 10 de setiembre de 2009, Caso C-201/08 Plantanol GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Darmstadt.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 173/1996

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 182/1997.

contribuyentes: entonces el mero aumento de la carga tributaria sobre los sujetos alcanzados por la obligación tributaria en cuestión debe ser suficiente para considerar que la situación en análisis es ilegítima.

VII. CONCLUSIONES

1. La seguridad jurídica es un principio cardinal en nuestro ordenamiento jurídico y la retroactividad vulnera este principio de rango constitucional.

2. La irretroactividad puede ser propia o impropia. Es propia cuando la norma expresamente refiere a hechos o situaciones ya consumados y es impropia cuando afecta hechos aún no concluidos pero que ya han comenzado.

3. En el campo del Derecho Tributario, la irretroactividad impropia puede resultar de clara aplicación cuando se regula sobre impuestos cuyo hecho generador es periódico.

4. Ante la disputa entre el principio de seguridad jurídica y la capacidad de la Administración para modificar la normativa fiscal, es necesario adoptar un criterio para discernir entre situaciones legítimas de aquéllas que no lo son.

5. El criterio debe basarse en la técnica de la ponderación de derechos. Se deberá analizar en cada caso: i) la previsibilidad de la norma que modifica la situación jurídica cuyo curso ya ha comenzado; ii) los motivos de la Administración para dictar dicha medida; y iii) el impacto que la medida tiene sobre los contribuyentes.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- ARCIA, Sebastián en “Derechos Humanos y Tributación” en Revista Tributaria, Tomo 27, N° 159, pág. 709.
- ARCIA, Sebastián en “Derechos Humanos y Tributación” en Revista Tributaria, Tomo 27, N° 159, pág. 709.
- BLANCO, Andrés en “Los derechos humanos y los principios jurídicos fundamentales de los tributos: vínculos e implicancias”, Revista Tributaria, Tomo XXVII, N° 159, año 2000, pág. 770.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, en “Retroactividad de las Normas Jurídicas. Reflexiones provisionarias”, en Revista de Derecho Público, (46), pág. 29.
- LEVRERO BOCAGE, Constancio en “Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos”, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1968, (22), pág. 261.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo en “Introducción al Derecho”. Montevideo. FCU, 2ª ed., pág. 27.
- SHAW, José Luis, en “Los Fundamentos Constitucionales del Principio de Irretroactividad de la Ley Tributaria Material” en X Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, pág. 385.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo “Retroactividad de las Normas Jurídicas. Reflexiones provisionarias” Revista de Derecho Público, N° 46.
- NAVEIRA DE CASANOVA, G. en “Aplicación de las Normas Tributarias en el tiempo” en García Belsunce, H. “Tratado de Tributación”, pág. 644.

Fecha de recepción: 23 de mayo 2017.

Fecha de aceptación: 15 de junio 2017.

EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN LA ROMA REPUBLICANA: TEORÍA Y PRÁCTICA

*Enrique Hernández**

RESUMEN. *Algunos autores como Wheaton y Laurent niegan la existencia de un Derecho Internacional en la Antigüedad. Este trabajo a través del estudio del Derecho Romano de los Tratados procura demostrar lo contrario, procurando identificar algunos institutos propios del Derecho Internacional que ya estaban presentes en la época de los juristas romanos de la era republicana. A tales efectos se examina la teoría general de los Tratados y su aplicación a vía de ejemplo en algunos tratados de amistad celebrados con Cartago.*

Palabras claves: *Tratados, Roma, Derecho Internacional, Amistad, Cartago*

ABSTRACT. *Some authors like Wheaton and Laurent deny the existence of international law in antiquity. This work through the study of Roman Law of Treaties seeks to demonstrate the contrary, trying to identify some institutes of international law that were already present in the time of the Roman jurists of the republican era. For this purpose the general theory of treaties and its application is examined, taking into account as an example some friendship treaties concluded between Rome and Carthago.*

Key words: *Treaties, Rome, International Law, Friendship, Carthago*

I. INTRODUCCION

El presente trabajo estudia y analiza el Derecho de los Tratados aplicado por Roma en tiempos de paz. A tales efectos y en lo relativo a la paz, se examinará el Derecho de los Tratados aplicable por Roma, en particular los tratados de amistad. En este sentido

* Profesor de Derecho Internacional Público Facultad de Derecho UDELAR. Director del Instituto de DIP UDELAR. Correo electrónico: ehernans@montevideo.com.uy

fundamentalmente se analizará el contenido jurídico de dichos instrumentos jurídicos, más que el contexto histórico en el cual fueron celebrados.

Normalmente el Derecho Romano es estudiado desde la óptica del *ius civile*. El presente trabajo pretende ampliar dicho enfoque y circunscribirlo al derecho que vinculaba a Roma con otros pueblos en tiempos de paz y de guerra.

Si bien en la antigüedad no existía un Derecho Internacional Público o Privado como lo concebimos en la actualidad, contrariamente a lo que se puede suponer, los romanos eran muy respetuosos de los acuerdos alcanzados con otros pueblos. Ese respeto permitió ir elaborando poco a poco un derecho que reguló no solo aspectos relacionados a la paz y la guerra, sino otros como los relativos a lo que hoy conocemos como Derecho Diplomático o Derecho Internacional Económico.

En este trabajo se hará en primer lugar, un estudio genérico del Derecho Romano, del Derecho de los Tratados en Roma, y el *ius gentium* aplicado, de manera de poder extraer los aspectos claves de este derecho los cuales servirán de guía en el análisis de algunos tratados de amistad.

Para elaborar la investigación se tuvieron en cuenta como aproximación inicial al trabajo, algunas fuentes antiguas las cuales contienen textos de tratados celebrados por Roma, tales como *la Historia de Roma* de Polibio, *las Décadas de la Historia Romana* de Tito Livio, y algunas obras de Cicerón como *la Republica*, y *el Tratado de las Leyes*. Asimismo fue importante para la elaboración del trabajo, la recopilación de legislación romana contenida en las páginas web sugeridas en materiales bibliográficos y documentales y en la recopilación efectuada por Wilhelm Grewe en su obra "*Fontes Historiae Juris Gentium*". En base a este repertorio de fuentes se elaboró un *corpus* que tuviera en consideración los aspectos fundamentales de dichas obras aplicables a la investigación de referencia.

Cabe destacar que teniendo en consideración estas fuentes se escogieron aquellos tratados más desarrollados por las mismas y que tuvieron un efecto más profundo en las relaciones entre Roma y Cartago. Lógicamente, existen muchas lagunas en las fuentes y diferencias de criterio adoptados por los autores al incluirlos en las respectivas obras que demandan un mayor esfuerzo a la hora de elegir los textos más adecuados.

II. EL DERECHO ROMANO

2.1. Generalidades

El Derecho Romano reguló a Roma desde su fundación, alcanzando su máximo desarrollo en el siglo VI d.C. con la compilación efectuada por Justiniano, cuyo cuerpo jurídico es conocido como *Corpus Iuris Civilis*.

Se fundó como un derecho consuetudinario aunque luego se transformó en escrito, en particular con las disposiciones de las Ley de la XII Tablas del 450 a.C. Posteriormente el derecho continuó evolucionando, pudiéndose distinguir varias etapas, la clásica que se extiende entre el 130 a.C. al 230 d.C., la dioclesiana del 230 d.C. al 330 d.C., la constantiniana del 330 d.C. al 430 d.C., la teodosiana del 430 d.C. al 527 d.C. y finalmente la justiniana de esta fecha en adelante¹.

¹ ROSSI MASSELLA, Blas, *Manual de Derecho Romano*, FCU, Montevideo, 1982, p 12

Inicialmente el Derecho Romano estuvo estrechamente vinculado a la religión, con la separación entre el derecho sagrado o divino llamado *fas* y el derecho cuya obra es atribuida a los hombres, el *ius*, distinción que con el tiempo fue perdiendo valor y finalmente todo el derecho se asimiló al *ius*.

Una de las características del Derecho Romano es el formalismo que se aplicó en todas las ramas del derecho y el desarrollo del concepto de obligación jurídica².

Respecto a la división del Derecho Romano aún hoy no existe total acuerdo respecto a su clasificación. En general se acepta que existió un derecho público que comprendió el gobierno del Estado, y las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. La otra importante rama de este derecho fue el privado que tuvo como objeto regular las relaciones entre las personas. Éste a su vez se subdividía en natural, civil y de gentes. El *ius naturale* que consideraba que el derecho tenía su fuente en la voluntad divina, dio origen a una corriente de desarrollo y evolución muy importante. Según las *Institutas* la ley de la naturaleza es aquella imputable a toda la raza humana³. Por otra parte, el *ius civile* se aplicaba solo a romanos y comprendía las relaciones entre los ciudadanos romanos. Finalmente el *ius gentium* o Derecho de Gentes establecía las normas que regulaban las relaciones entre Roma y otros centros de poder⁴.

2.2. El *Ius Gentium*

A pesar de lo establecido en las *Institutas*, el concepto de *ius gentium* es interpretado de manera diferente por varios autores. Para H. Maine este derecho se aplicó en las relaciones entre las diferentes tribus itálicas⁵. Ch. Savigny sostuvo que este derecho se caracterizó por una fuerte relación entre el *ius gentium* y el Derecho Internacional Privado, vale decir que el *ius gentium* estaría destinado a regular las relaciones entre los romanos y las personas extranjeras⁶. En el mismo sentido y más explícitamente se pronunció T. Mommsen quien afirmó que el *ius gentium* es el actual Derecho Internacional Privado, o sea que regula las relaciones entre romanos y extranjeros. Otros autores como G. Fusinato expresaron que el concepto de *ius gentium* abarcó tanto al Derecho Internacional Público como al Privado⁷.

El *ius gentium* es confundido con el *ius fetiale* por algunos autores como H. Wheaton y C. Calvo, sin embargo hay diferencias entre ambos derechos, ya que el segundo mencionado se refiere a aspectos específicos del primero, en particular a los relativos a la paz y la guerra⁸.

El *ius gentium* o Derecho de Gentes representaba la totalidad de normas encontradas en la costumbre y usos practicados por las antiguas tribus italianas y que formaban parte

² PHILLIPSON, Coleman *The International Law and custom of Ancient Greece and Rome, Tome I*, McMillan and Co Ltd, London, 1911, p 68.

³ *Dig.*, 1, 2

⁴ ROSSI MASSELA, Blas, *op. cit.*, p 15

⁵ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 69

⁶ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 70

⁷ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 94

⁸ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 96

del derecho de todas las naciones. Por lo tanto el origen del *ius gentium* fue el conjunto de reglas y principios que prevalecieron entre las diferentes tribus itálicas⁹.

De acuerdo a T. Mommsen, la concepción primitiva del Derecho de Gentes se asimiló a lo que hoy se conoce como Derecho Internacional Privado, el cual se desarrolló en Roma junto al Derecho Municipal Romano¹⁰. Es decir, el origen del término se aplicó a las relaciones entre las tribus. Sin embargo, posteriormente evolucionó siendo aplicado al derecho aplicado entre Roma y otros pueblos tales como Grecia, Macedonia, y Cartago. Es en definitiva en este sentido que los autores clásicos posteriores otorgaron un nuevo significado al término *ius gentium*, comenzando por Isidoro de Sevilla hasta Hugo Grocio, cuya acepción del término se aplicó en el derecho que reguló las relaciones entre las diferentes naciones.

A pesar del sentido utilizado por dichos autores, el *ius gentium* representó para Roma el Derecho Internacional Público y Privado, no existiendo distinción entre ambos. A veces se utilizó el término *ius fetiale* o *ius bellicum* como sinónimo del concepto general hasta que se llegó en esa evolución a la expresión *ius belli et pacis*, término mediante el cual se denominó a las relaciones de los romanos con otros pueblos, y que siglos después utilizará H. Grocio como título de su famoso tratado que se convirtió en el primero en el mundo sobre la materia.

En conclusión existió confusión respecto al uso del término adecuado para denominar el derecho que reguló las relaciones entre Roma y los demás pueblos, algunas veces se utilizó el término *ius gentium*, otras *ius fetiale* y finalmente *ius belli et pacis*.

Dicha confusión probablemente tenga origen en la propia evolución del Derecho Romano. Como ya se expresó, y afirmaba C. Phillipson, mediante la observación de las instituciones, reglas y principios de los pueblos itálicos, las antiguas tribus itálicas fueron estableciendo sus reglas y principios comunes a todas ellas¹¹. Las primeras regulaciones se habrían referido a las relaciones entre dichos pueblos y luego se fueron extendiendo a las relaciones entre Roma y otras naciones¹².

Posteriormente, Roma fue preponderante y utilizó el término de *ius gentium* tanto para el Derecho Internacional Privado como al Derecho Internacional Público sin hacer distinciones entre ambos derechos. Asimismo se utilizaron los términos de *ius fetiale* y de *ius belli et paci* como similares y en otros casos como conceptos diferentes. La confusión provendría en que Roma se ha referido a las relaciones con las naciones extranjeras utilizando dichos términos. En realidad estos derechos tienen puntos de coincidencia tales como en su fundamento, que procura determinar las razones por las cuales los pueblos se sentían obligados a respetar dicho derecho. En ese sentido el fundamento se encontraba en la religión, la cual estableció reglas comunes que se aplicaron a cualquiera de estos derechos. A pesar de ello el *ius fetiale* se refería a los principios y prácticas que regularon las funciones desempeñadas por el colegio de los *fetiales* y las formalidades requeridas para declarar la guerra. En otro sentido, el *ius belli et paci*, regularía las obligaciones resultantes de un estado de guerra entre Roma y otros pueblos. Por consiguiente, el concepto de *ius*

⁹ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 71

¹⁰ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 74

¹¹ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 71

¹² PHILLIPSON, Coleman *op. cit.*, p 91

gentium parecería haber sido utilizado de manera más genérica que los anteriores y se habría empleado para denominar la totalidad el derecho que regulaba las relaciones entre Roma y los pueblos extranjeros¹³.

2.3. El *Ius fetiale*

2.3.1. Concepto y origen

Este derecho trató los asuntos concernientes a la paz y la guerra, tales como la declaración de guerra, las condiciones de la paz, los tratados, el derecho de legación, y la extradición.

En general y tradicionalmente el *ius fetiale* reguló las funciones de los embajadores enviados a obtener la satisfacción por los agravios efectuados al pueblo romano y en el caso de que el ofensor la denegase, procedieran a declararle la guerra.

El derecho sagrado *ius sacrum* precedió a este derecho, al cual se le fue incorporando el *ius fetiale* que provenía de los antiguos pueblos itálicos¹⁴. Ya el *ius sacrum* prescribía formalidades solemnes que debían obedecerse para solucionar controversias no solo entre individuos, sino también entre ciudades.

Tito Livio remontó su origen a las comunidades italianas de los primeros tiempos de Roma. El autor mencionó a los *fetiales* en los primeros reinos romanos. La primera mención se encuentra en tiempos de Tullus Hostilius tercer rey de Roma quien gobernó entre el 672 al 641 a. C. en cuyo reinado se produjo el famoso combate entre los Horacios y Curiaquios. El rey romano selló un tratado con *Alba Longa* antes del combate enviando *fetiales*, quienes siguieron un procedimiento formal en el cual pronunciaron una fórmula preestablecida que los acreditaba como enviados del rey Tullus.

El rey Tullus Hostilius, hizo redactar una ley referente a ciertas formalidades que debían seguirse para declarar la guerra. La ley determinó que el comienzo de la misma debía ser precedido por una proclamación solemne en una ceremonia religiosa con sacerdotes *fetiales*, so pena de que la guerra fuera declarada injusta¹⁵. Su sucesor Ancus Marcius cuarto rey romano quien reinó entre el 640-616 a. C, también utilizó a los *fetiales* como sus emisarios ante los latinos¹⁶.

Livio también mencionó a los *fetiales* tras la derrota sufrida por los Samnitas en el 320 a. C. Éstos enviaron a Roma *fetiales* para ofrecer la entrega del cadáver de Brutulus Papius quien habiendo sido acusado por ser el causante de la guerra iba a ser entregado a Roma como satisfacción y ofrenda de paz. El acusado para evitar tal deshonra se suicidó, pero eso no impidió que los Samnitas ofrecieran su despojos mortales a Roma, quien finalmente se negó a recibirlos¹⁷.

¹³ PHILLIPSON, Coleman , *op. cit.*, p 92

¹⁴ PHILLIPSON, Coleman , Tome 2, p 319

¹⁵ CIC, *Rep.*, 2, 1, 7 y 2, 3, 1

¹⁶ LIV, 1, 24 y 1, 32

¹⁷ LIV, 8, 39

2.3.2. El Colegio de los *Fetiales*

Roma organizó un colegio de los *fetiales* compuesto por 20 miembros provenientes de familias patricias, aunque posteriormente a partir de la aprobación de la *lex Ogulnia* del 300 a.C. se permitió su integración con miembros de la plebe.

El cargo se ocupaba por cooptación, mediante un procedimiento que comenzaba con la nominación del candidato cuyo nombre se presentaba previamente al cuerpo para que manifestara su acuerdo. Luego le seguía la *cooptatio* o sea la competición entre varios candidatos y finalmente la *inauguratio* o la consagración del individuo ya electo¹⁸.

El *fetiale* que los presidía era elegido por los otros miembros, y se le denominaba *pater patratus*. Tenía como función presidir las delegaciones de *fetiales* que concurrían a las misiones diplomáticas y hacer uso de la palabra en nombre de sus compañeros¹⁹.

Los *fetiales* vestían con bastante simplicidad, iban cubiertos con ropaje confeccionado con lana blanca y en sus cabezas portaban una corona verde hecha con un manojito de verbenas²⁰.

El cargo era conferido a los *fetiales* de por vida, aunque podían ser destituido si cometían un injuria contra el Senado o el pueblo romano.

2.3.3. Las funciones de los *fetiales*

Las funciones que desempeñaron los *fetiales* fueron sacerdotales, diplomáticas y judiciales.

En principio fueron guardianes de la religión romana, además fueron verdaderos embajadores portadores de las quejas de Roma a otros pueblos, ante los cuales pedían extradiciones, y la entrega de los romanos que cometieron delitos contra centros de poder extranjeros. Finalmente tuvieron competencia en los asuntos de la paz y la guerra. Durante estas misiones fueron considerados sagrados por lo cual la integridad de su persona era inviolable y debía ser respetada y salvaguardada.

También cumplían funciones judiciales determinando si una guerra era o no justa, y podían desempeñarse como mediadores en una controversia internacional. Roma necesitaba la aprobación de la legitimidad de la guerra para poder tomar las armas contra un pueblo extranjero. También los *fetiales* controlaron los *sponsio* acordados por los generales como se estudiará más adelante²¹.

Ch Daremberg y E. Saglio destacan la importante labor que desempeñaban los *fetiales* en la conclusión de un tratado sea como embajadores, y en las formalidades que necesariamente debían seguirse para exigir una reparación o declarar la guerra de manera de cumplir con el Derecho Romano. A pesar de su importancia, a medida que el imperio se consolidó, los emperadores fueron utilizando menos a los *fetiales* y la práctica de declarar la guerra a través de ellos se perdió²². Esta evolución no debería sorprendernos pues al

¹⁸ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 322; ZIEGLER, Konrat und SONTHEIMER, Walther und GÄRTNER Hans, *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike*, Deutscher Taschenbuch, München, 1979,

¹⁹ LIV, 1, 24

²⁰ LIV, 1, 24

²¹ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 328

²² WEISS, André: "Fetiales, Ius Fetiale", en DAREMBERG, Ch. et SAGLIO, E, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments. Tome 12*, Paris, 1896, p 1101.

fundamentarse la naturaleza de esta institución en la religión, es razonable que el cristianismo haya modificado los fundamentos jurídicos de su aplicación. Esta apreciación se fundamenta en la aseveración de Laurent quien afirmó que : "...los romanos eran un pueblo muy religioso, al menos en la observación de ceremonias prescriptas por ellos. Ellos no emprendían ni la guerra ni la paz sin haber previamente consultado a los augurios"²³.

2.4. Conclusiones parciales

El Derecho Romano evolucionó desde sus fuentes consuetudinarias, recorriendo varias etapas de desarrollo hasta su perfeccionamiento en la época justiniana. Este derecho tuvo rasgos propios, tales como el carácter sagrado y el formalismo.

El *ius gentium* en su origen se compuso del conjunto de reglas y principios que prevalecieron entre las diferentes tribus itálicas. Sin embargo algunos autores atribuyeron a dicho derecho solamente las relaciones entre Roma y las personas extranjeras. Luego al evolucionar el derecho, el *ius gentium* incluyó las relaciones con otros pueblos. Otros autores sostuvieron que si bien el *ius gentium* específicamente se refiere a la paz, el *ius fetiale* se ocupó de las relaciones entre los pueblos durante la guerra. A pesar de ciertas confusiones en la denominación y ámbito de aplicación del *ius gentium*, se podría afirmar que éste es más genérico, y dentro de su concepto se puede incluir la totalidad del derecho que regulaba las relaciones entre Roma y los pueblos extranjeros.

El *ius fetiale* se ocupó de los asuntos concernientes a la paz y la guerra, tales como la declaración de guerra, las condiciones de la paz, los tratados, el derecho de legación, y la extradición. A pesar del amplio espectro que reguló este derecho, fundamentalmente se le asoció a su actuación en la guerra. Para cumplir con las normas de este derecho, existió un Colegio de los *Fetiales* presidido por el *pater patratus*, quien cumplía funciones de representación. Sus principales funciones fueron diplomáticas ya que fueron verdaderos embajadores de Roma ante los pueblos extranjeros. También desempeñaron funciones judiciales tales como la determinación de la justa causa de la guerra y la ejecución de varios procedimientos que la convertían en legítima.

III. EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN ROMA

3.1. GENERALIDADES

El *foedus*, palabra de origen indoeuropeo, fue el término usado por Roma para denominar a los tratados en general²⁴. Dicha denominación incluye todas las convenciones internacionales que celebraron Roma con otros pueblos²⁵. El tratado contenía un vínculo religioso que avala su cumplimiento mediante el cual invocaba a los dioses como garantes y testigos del acuerdo alcanzado. Cualquier violación del tratado constituía una afrenta

²³ LAURENT, F, *Etudes sur l' Histoire de l'Humanité*, Rome, Melines, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1862, p 14

²⁴ PARIBENI, Roberto, "Foedus" en DE RUGGIERO, Ettore, (dir) *Dizionario epigrafico di Antichità Romane*, Roma, 1922, p 172; SHERWIN-WHITE, Adrian, Nicholas, *The Roman Citizenship*. 2nd ed. Clarendon Press, Oxford, 1973; LURASCHI Gino, *Foedus, ius Latii, civitas, Aspetti costituzionali della romaizzazione in Transpadana*, CEDAM, Padua, 1979, pp 139-214

²⁵ WEISS, André: "Fetiales, Ius Fetiale", en DAREMBERG, Ch. et SAGLIO, E, *op. Cit*, p 1209

sagrada a la ley divina de los dioses. Como se verá el fundamento se encontró en el pensamiento religioso de los romanos, y su máxima expresión en las ceremonias de carácter religioso, tales como los sacrificios e invocaciones de tal carácter que se desarrollaron durante el procedimiento que efectuaron los *fetiales*. Las fórmulas jurídicas utilizadas además de su valor jurídico también tuvieron un importante fundamento religioso. Esta característica justificó el riguroso formalismo del Derecho Romano en particular en sus relaciones con otros pueblos.

El *foedus* procuró constituirse en un pacto mediante el cual las dos partes contratantes acordaban sus voluntades y creaban derechos y obligaciones. Para Roma el *foedus* no fue un instrumento destinado a aniquilar la voluntad del enemigo imponiéndole condiciones difíciles para su supervivencia. Por el contrario a través del tratado Roma procuró su reconciliación con el enemigo, mediante la concesión de beneficios y derechos.

Su finalidad fue facilitar la expansión romana mediante este mecanismo que procuró el establecimiento de un nuevo vínculo entre vencedor y vencido, confederando a este último, procurando el engrandecimiento de Roma además del sometimiento pacífico de los demás pueblos, y asegurando a su vez, una paz permanente con el otrora pueblo vencido.

3.2. Fundamento del respeto de los tratados

El Derecho Romano en general fue influenciado por la religión, ya que los rituales y las fórmulas sagradas estuvieron presentes en la creación de las normas jurídicas y en particular en los tratados suscritos por Roma.

El fundamento por el cual los romanos se sintieron obligados a respetar el derecho, fue el principio de buena fe, que luego se convirtió en la norma *pacta sunt servanda*, “los tratados deben cumplirse de buena fe”. Cualquier conducta diferente fue catalogada de *punica fides* que significaba un término de reproche ante una conducta violatoria del derecho por parte de otros pueblos y que recuerda a las relaciones tan complejas de Roma con Cartago.

El *foedus* buscó crear un vínculo jurídico con la intención de obligarse, por lo tanto la violación de un juramento era una ofensa a la buena fe y a los dioses.

3.3. Sujetos con los cuales Roma celebraba Tratados

El Derecho de los Tratados entre los pueblos se reservó a centros de poder soberanos y no a grupos de individuos. Roma solo negociaba tratados, intercambiaba embajadores o declaraba la guerra a pueblos libres y soberanos. Este concepto equivalió al moderno reconocimiento de Estado que regula el actual Derecho Internacional Público.

El Derecho de los Tratados en Roma se aplicó a pueblos independientes, por lo cual si éstos perdían su independencia, su personalidad jurídica desaparecía y por lo tanto el tratado terminaba.

El rechazo de Roma a acordar tratados con pueblos que no fueran independientes también se puede evidenciar en las formalidades que exigía a otros pueblos para reconocer el *ius exilii* o el *ius postliminii* aplicado a las personas libres que convertidos en esclavos

volvían a obtener su libertad²⁶. También Roma solo reconoció la capacidad de emitir moneda a aquellos pueblos independientes.

En tiempos de Cesar y posteriormente en la época del imperio se celebraron numerosos tratados con reyes y pueblos en particular luego de haberlos vencidos. Las materias más frecuentes de dichos tratados fueron los de establecimiento de fronteras, los comerciales favoreciendo las importaciones, la constitución de cuerpos militares provenientes de dichos pueblos, constituyendo unidades autónomas de las romanas y los de fijación de tributos en plata o cueros que se les reclamaba a los pueblos vencidos²⁷.

Como se apreciará el concepto de soberanía ya estaba presente y era un requisito básico en las relaciones de Roma con otros pueblos.

3.4. El principio de reciprocidad.

El principio de la reciprocidad que hoy se aplica en el Derecho Internacional, también se encontraba presente en el Derecho Romano. Roma sólo reconoció privilegios y derechos a sus enemigos, si en reciprocidad éstos se los reconocía a los romanos, en particular en materias tales como la adquisición del botín, la reducción de prisioneros a la esclavitud, el otorgamiento de salvoconductos, el intercambio de prisioneros o la negociación de treguas o armisticios²⁸.

Numerosos ejemplos de la aplicación de estos institutos se pueden encontrar en la *Guerra de Jugurta* de C. Salustio. Respecto a este último instituto, C. Salustio relató en la obra anteriormente citada que cuando las legiones al mando de Calpurnio invadieron África, ingresando a Numidia. Jugurta envió emisarios para resaltarle las dificultades de la guerra y disuadirlo mediante el pago de una suma de dinero. Jugurta quería ganar tiempo para poder negociar en Roma alguna resolución a su favor a cambio de dinero. Las negociaciones dieron sus frutos ya que Calpurnio hizo acampar a las legiones y luego de recibir treinta elefantes, una buena cantidad de ganados, caballos y algún dinero, regresó a Roma con el pretexto de asistir a la elección de magistrados. Como resultado de estas negociaciones y el soborno de Jugurta, el rey númida logró la tregua tan ansiada²⁹.

En la misma obra Salustio mencionó el salvoconducto que el rey Bocchus otorgó a Sila para que atravesara su territorio hasta su campamento para negociar el fin de la guerra. El rey envió a su hijo Volux que fue al encuentro de Sila a los efectos de escoltarlo y brindarle seguridad durante su viaje hasta la corte del rey. Durante la noche una patrulla de caballería enviada por Sila le comunicó que Jugurta se encontraba acampado a solo tres kilómetros. Sila acusó a Volux de haberlo traicionado y tendido una trampa violando su palabra y el salvoconducto otorgado, lo que después se comprobó que no era cierto, ya que por el contrario, gracias a la presencia del hijo del rey y sus tropas, Sila pudo continuar el viaje y pasar a través de las líneas de Jugurta sin ser molestado³⁰.

²⁶ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, Tome 1, p 113

²⁷ DAREMBERG, Ch. et SAGLIO, E, *op. cit.*, p 1210

²⁸ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 113

²⁹ SALL, *Iug.*, 29

³⁰ SALL, *Iug.*, 106 y 107

3.5. Las garantías de cumplimiento de un tratado y la violación del mismo

El no cumplimiento o la violación de los tratados era causa válida para su terminación y muchas veces se constituyó en el fundamento jurídico para declarar la guerra al Estado violador del tratado.

Otro incumplimiento considerado importante en el antiguo Derecho Internacional, era el quebrantamiento de la protección que gozaban los legados, cuya vida e integridad física debía ser respetada. El quebrantamiento de este principio configuró una importante causa para comenzar una guerra.

Un interesante e importante instituto del Derecho Internacional romano fue el juramento, cuya violación ameritaba una sanción divina, ya que su quebrantamiento se consideraba una ofensa a los dioses. Los tratados iban precedidos de una cláusula en la cual las partes invocaban a sus dioses, comprometiéndose ante ellos a respetar los términos acordados³¹. Los dioses invocados por los romanos fueron Júpiter, o en el caso de las alianzas, Jano o Eneas, como se aprecia en el tratado celebrado entre Roma y los Latinos, en el cual se reconocía la igualdad entre las partes. Para fortalecer tal compromiso, también se ofrecían animales en sacrificio, los que luego de sacrificados eran quemados, previa extracción de sus entrañas que colocaban sobre el altar destinado a tales efectos.

Muchas veces los tratados fueron garantizados por rehenes que permanecían en custodia en el territorio de la contraparte. Antes de esta concesión debía alcanzarse un acuerdo sobre la cantidad y la calidad de los mismos.

El compromiso asumido por Roma tenía como fundamento la *fides* romana, como ya se expresó. El tratado tenía una estructura parecida al contrato civil, fundamentando su cumplimiento en la buena fe y la religión.

Muchas veces como pretexto para justificar su incumplimiento, se procuraba fundamentarlo en una razón jurídica válida. En este sentido se puede citar el caso del tratado de las Horcas Caudinas, en el cual Roma actuó con innegable mala fe incumpliendo lo acordado, y justificando su actitud en que el tratado había sido concluido sin la autoridad del pueblo Romano³².

Los tratados podían ser anulados si las circunstancias cuando se celebraron habían cambiado, y si la continuación del cumplimiento de las obligaciones acordadas podría ir en detrimento de la política del Estado parte³³. Esta causal de anulación evolucionó en el tiempo y hoy la cláusula *rebus sic stantibus* se encuentra consagrada en el artículo 62 de la Convención de Viena de los Tratados de 1969³⁴.

3.6. Los diferentes tipos de tratados.

Roma suscribió diferentes tipos de tratados, algunos de los cuales establecían relaciones de alianza y se celebraban con otros pueblos basados en la amistad y la hospitalidad.

³¹ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 119

³² PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 115

³³ PHILLIPSON, Coleman *op. cit.*, Tome 2, p 409

³⁴ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p 91

Otros establecían relaciones de dependencia cuya naturaleza era establecer las relaciones entre las colonias o provincias con Roma.

Otro tipo de tratados fueron los *foedera* propiamente dichos, que eran tratados de paz donde se ajustaban las relaciones entre los beligerantes luego de la terminación de las hostilidades.

Los *foedera* se diferenciaban de la convención denominada *deditio* que fue un tratado de rendición, de naturaleza diferente al tratado de paz³⁵.

Los tratados llamados *indutiae* fueron treguas o armisticios acordados con el enemigo y que duraban un determinado período de tiempo.

A pesar de lo dicho anteriormente la naturaleza de las materias reguladas por los tratados en tiempo de Roma fue muy variada. Se pueden citar textos referidos al nombramiento del comandante de ejércitos aliados, sobre protección de templos, intercambio de derechos cívicos entre los diferentes ciudadanos³⁶, intercambio de embajadores y su correspondiente inviolabilidad³⁷, sobre refugiados y criminales fugitivos, donde se acordaba su extradición³⁸, sobre piratería³⁹, solución pacífica de controversias entre los cuales destacan los de arbitraje⁴⁰. Otros tratados se referían a cesión o donación de territorios, indemnizaciones de guerra, rehenes, capitulación⁴¹, y pasaje o retirada de un ejército por territorio neutral⁴².

Los cónsules romanos, los comandantes del ejército, los almirantes o los legados fueron quienes tuvieron la capacidad jurídica de negociar tratados en nombre de Roma llamados *sponsio*, los cuales generalmente contenían la cláusula que condicionaban su validez jurídica a la ratificación del pueblo de Roma⁴³.

3.7. Los primeros estudios jurídicos de los tratados.

T. Mommsen posiblemente haya sido el primer autor moderno en estudiar los tratados. Según dicho autor, el *foedus* que fue regulado por el *ius fetiale* fue una forma especial de tratado y no la regla general, pues existieron otros tipos de tratados especiales tales como la *amicitia*, *societas*, *indutiae*, y los de hospitalidad. Todos estos tipos de tratados provendrían de una forma más general que T. Mommsen denominó *hospitium publicum*⁴⁴. los cuales pretendían reconocer el derecho de existencia de pueblos de diferentes orígenes y alejar la guerra en las relaciones entre dichos pueblos y Roma.

B. Paradisi siguió esta teoría y sostuvo que la hospitalidad y hostilidad entre los pueblos fundamentaban la negociación y aprobación de tratados⁴⁵. Respecto al *hospitium*, E. Garcia

³⁵ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 380

³⁶ LIV, 5, 50

³⁷ LIV, 8, 5

³⁸ LIV, 38, 11

³⁹ POLYB, 2, 8

⁴⁰ POLYB, 16, 27

⁴¹ POLYB, 21, 42

⁴² DION HALIC, 6, 95

⁴³ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 383

⁴⁴ MOMMSEN, Theodor, *Disegno del Diritto Pubblico Romano*, (trad P. Bonfante), Milano, 1904, p 72.

⁴⁵ PARADISI, Bruno, "L'amitié internationale. Les phases critiques de son ancienne histoire", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1951), La Haye, 1951, pp 347 y ss.

Riaza destacó la naturaleza del compromiso asumido por quien prestaba su consentimiento en otorgar alojamiento a un extranjero en su propia casa, así como también representarlo y defender sus intereses ante las instituciones de su propio pueblo⁴⁶.

E. Täubler desarrolló el concepto de la hostilidad con profundidad afirmando que la guerra fue la fuente original de las relaciones internacionales. Coherente con esta visión el tratado más antiguo y fundamental fue la *deditio*, o sea aquel destinado al sometimiento del vencido al vencedor. Otro tratado importante fue el *indutiae*, o sea el armisticio que solía garantizarse con el intercambio de rehenes, aunque en algunas oportunidades la obligación de entregar rehenes fue unilateral y a cargo del pueblo vencido⁴⁷.

En otro sentido S. Brassloff reconoció la existencia de relaciones de *amicitia* entre los pueblos que preexistió a su formalización en un cuerpo de *foedus amicitiae cause*, lo que demostraba la existencia de relaciones jurídicas de amistad entre los pueblos como estado natural y primario⁴⁸. Ante estas interesantes teorías parecería que la evidencia subraya la importancia de la paz y la guerra en las relaciones entre los pueblos antiguos.

3.8. El procedimiento para la aprobación de un tratado

De acuerdo a B. Paradisi, el origen del procedimiento se encuentra en los tratados griegos que recogían el procedimiento utilizado por los hititas. El mismo consistió en que ambas partes intercambiaban el texto del tratado para posteriormente jurarlo ante sus respectivos dioses. Nótese la reiteración e importancia del vínculo religioso ya que el tratado se perfeccionaba con su juramento ante los dioses. Asimismo los ciudadanos tomaban conocimiento del texto en la Asamblea y lo ratificaban, pero este acto no condicionaba su validez, salvo que el tratado incluyera una condición precisa en ese sentido.

En Roma un papel fundamental en el procedimiento para obligarse por un tratado lo desempeñó el Colegio de los veinte *fetiales* quienes llevaban a cabo un procedimiento religioso con motivo de la declaración de guerra *-indictio belli-*, y probablemente también con motivo de la rendición *-deditio-*. Como ya se expresó, los *fetiales* eran enviados a cumplir con los ritos previstos para cumplir las solemnidades de los procedimientos de estos tratados. Las solemnidades incluían fórmulas pronunciadas y un sacrificio en honor a los dioses que consistió en matar un cerdo sobre una piedra consagrada.

M. Corbier expresa que la publicación era efectuada a través de un afiche escrito que contenían los actos oficiales a los efectos de que los ciudadanos tomaren conocimiento de la legislación, de la administración, finanzas, impuestos, y lo relativo al ejército y la guerra. Sin embargo, no era una práctica generalizada pues muchas veces los tratados se depositaban sin publicar⁴⁹. Luego de la firma del tratado, los *fetiales* lo llevaban a Roma para su ratificación, finalmente eran depositados en el Capitolio o en ciertos templos romanos⁵⁰.

⁴⁶ GARCIA RIAZA, Enrique, *Celtiberos y Lusitanos frente a Roma: Diplomacia y Derecho de Guerra*, Vitoria, 2002, p 164

⁴⁷ TAÜBLER, Eugen, *Imperium romanum*, Teubner, Leipzig, 1913, p 55

⁴⁸ BUONO CORE, Raúl, "Los Tratados en el Mundo Romano", *Revista de Estudios Históricos y Jurídicos*, 25, Pontificia Universidad Católica, Valparaíso, 2003, p 25

⁴⁹ CORBIER, Mireille, *Donner à Voir, Donner à Lire : mémoire et communication dans la Rome ancienne*, CNRS Editions, Paris, 2006, p 60.

⁵⁰ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 419

M. Corbier sostuvo que en la época de la República el texto de las leyes se depositaba en la Rostra, lugar donde los magistrados y oradores se dirigían al pueblo, o en el templo de Saturno. Sin embargo, los tratados y privilegios que se refirieran a las relaciones internacionales de Roma eran depositados en el Capitolio⁵¹.

En la época del Imperio la labor e importancia de los *foedales* declinó y muchas veces el emperador asumió en persona la conclusión de los tratados.

3.9. Conclusiones parciales

La obligatoriedad del cumplimiento del *foedus* se fundamentaba en su carácter sagrado y en la afrenta a la ley divina que significaba su incumplimiento. El juramento y los sacrificios ofrecidos a los dioses fortalecían el compromiso sagrado asumido. Los romanos se sintieron obligados a respetar el derecho debido al principio de que los pactos debían cumplirse y de buena fe.

Roma aplicaba su derecho a los pueblos soberanos, independientes y provistos de instituciones similares a las romanas. Se reconocieron privilegios y derechos a aquellos enemigos que en reciprocidad los otorgaban a los romanos. (Al respecto Salustio cita algunos ejemplos⁵²)

Tanto el incumplimiento o la violación de los tratados como la falta de respeto a la inmunidad de los legados fueron causas válidas para su terminación y se constituyeron en el fundamento jurídico para declarar la guerra. Los pueblos antiguos y en particular Roma exigieron como garantía del cumplimiento de los tratados la entrega de rehenes, cuyo número y calidad eran fijados previamente.

Roma se jactaba de cumplir el derecho y cuando no lo hacía buscaba pretextos jurídicos para justificar tal incumplimiento.

Los tratados que celebraba Roma se referían a diversas materias tales como paz y amistad, alianza, rendición, armisticios, treguas, rehenes, extradición, arbitraje, intercambio de embajadores, protección de templos, y hospitalidad. (Livio Polibio ejemplifica algunos tipos de los tratados mencionados⁵³).

El texto de los tratados era intercambiado entre las partes quienes luego los juraban ante sus respectivos dioses. Los mismos luego de ratificados por la Asamblea, eran publicados a los efectos de que los ciudadanos tomaran conocimiento de su existencia y finalmente eran depositados en el Capitolio o en algunos templos romanos.

IV. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO ROMANO EN LOS TRATADOS DE AMISTAD.

4.0. Generalidades.

Los Tratados de Amistad fueron denominados *foedus* y su finalidad fue establecer a perpetuidad relaciones de amistad, paz y alianza entre Roma y otros centros de poder. Estos tratados ponían fin al conflicto y por consiguiente fueron más amplios e importantes que los meros armisticios o *sponsio*, los cuales tuvieron un carácter temporal y limitado.

⁵¹ CORBIER, Mireille, *op. cit.*, p. 64

⁵² SALL, *Iug.*, 29, 106-107

⁵³ LIV, 5, 50; 8, 5; 38,11; POLYB, 2, 8; 16, 27; 21, 42

Del estudio de las fuentes, se puede afirmar que hubo tratados de paz desiguales donde se les impusieron importantes obligaciones al vencido, otros fueron más equitativos, por lo que se puede concluir que Roma negociaba y celebraba dichos tratados en estrecha relación con el resultado militar de la guerra.

Estos tratados generalmente fueron negociados por los *fetiales* como ya se explicó, y requerían la ratificación del Senado actuando con los cónsules, o el monarca según fuera el caso, y por el pueblo romano. Normalmente los tratados se documentaban en tabletas de bronce que eran depositadas en el Capitolio.

Seguidamente se expondrán algunos tratados celebrados con Cartago que por sus características e importancia permiten extraer conclusiones y enseñanzas que sostienen la teoría ya expuesta.

4.1. El Tratado entre Roma y Cartago de 508-507 a.C

Este fue el primer tratado que se acordó en la época en que Junio Bruto y Marco Horacio fueron Cónsules de Roma, luego de lo cual fue consagrado a Júpiter Capitalino, y seguidamente depositado en su templo⁵⁴.

Este fue un típico tratado de amistad, el cual acorde a la obra de Polibio⁵⁵ estaba contenido en la tableta llamada la Btetre, y fue preservado por el tesoro de Aediles cerca del templo de Júpiter Capitalino. La fecha de celebración es muy controvertida, si bien es datado en el 508-507 a.C, podría haberse celebrado también en el 400 o en el 348 a.C. Esta es la posición de T. Mommsen⁵⁶, quien en su tabla de equivalencias del calendario de su cronología romana, lo data en dicha fecha. Beaumont también critica la cronología de Polibio, pero rechaza la del año 348 a.C, debido a que en esa fecha Cartago gozaba en España de una política preponderante, hecho que Polibio no menciona en su obra. Sin embargo se debe observar que los cónsules mencionados por Polibio desempeñaron su cargo en fechas que permitirían datar al tratado en la fecha indicada por este cronista. Parecería entonces que aún existe desacuerdo sobre la fecha exacta de su celebración⁵⁷.

El tratado fue celebrado entre dos entidades políticas soberanas en exacto pie de igualdad. Después de 108 a.C. todo tratado de amistad que Roma celebrase, consagraría su preponderancia política.

El texto del tratado reconocía la amistad entre romanos y sus aliados con los cartagineses y sus aliados basados en los términos que constaban en el mismo⁵⁸. Esta disposición señalaba que había ciertas condiciones que debían cumplirse para la preservación de dicha amistad.

Roma y sus aliados se comprometían a no navegar con sus barcos más allá del Bello Promontorio, salvo que los “compela una tempestad o una fuerza enemiga”. En el caso en que alguien traspasase ese límite por la fuerza de las circunstancias, no le sería lícito

⁵⁴ POLYB, 22, 45

⁵⁵ POLYB, 3, 23.

⁵⁶ MOMMSEN, Teodor, *History of Rome, Tome 2*, The project Gutenberg ebook, 2006, p 134

⁵⁷ BEAUMONT, R.L., “The Date of the First Treaty between Rome and Carthage”, *JRS*, 29-1.1939, p 76

⁵⁸ POLYB, 3, 23

comprar, ni tomar más que lo preciso, para reparar su buque o realizar el culto de sus dioses y deberían en un plazo de cinco días⁵⁹.

Esta previsión era una medida humanitaria coherente con el espíritu que debía primar en un tratado de amistad. Sin embargo los cartagineses establecieron un límite máximo de cinco días para abandonar la región. Cabe destacar que este plazo era mayor al de las 72 horas que hoy estipula el Tratado de Neutralidad de la Haya de 1907, y que es destinado a los buques beligerantes para efectuar las reparaciones necesarias⁶⁰.

El Bello Promontorio es descrito por Polibio⁶¹, como aquel que se encuentra al frente de Cartago hacia el norte, y que señala el límite de navegación de los barcos romanos hacia el sur. Polibio justificó esta limitación impuesta a Roma, expresando que los cartagineses querían preservar las fértiles tierras del norte de África, cercanas a Bizacio y a las Sirtes. C. Phillipson denomina acertadamente estas cláusulas como limitativas a la explotación marítima⁶².

La segunda parte del tratado se refería a aspectos comerciales; y decía el mismo “los que vengan a comerciar no pagarán derecho alguno más que el del pregonero y el del escribano. Todo será vendido en presencia de éstos, la fe pública servirá de garante al vendedor, bien la venta sea en África o bien en Cerdeña. Si algún Romano aportase a aquella parte de Sicilia en que mandan los cartagineses, guárdesele en un todo igual derecho”⁶³.

Estas provisiones jurídicas permitían a los romanos comerciar con los cartagineses en África, Cerdeña y en la parte de Sicilia sujeta a Cartago. Evidentemente estas cláusulas protegían los dominios cartagineses en el Mediterráneo, los que indirectamente eran reconocidos por Roma, que en aquellos tiempos compartían con Cartago el poder en dicho mar. Por su parte Cartago defendió su soberanía sobre África y Cerdeña y reconoció expresamente repartir Sicilia con Roma y sus aliados, situación que luego será causa de futuros conflictos entre ambas partes.

El tratado continuaba estipulando que “Los cartagineses no ofenderán a los ardeatos, antiatos, laurentinos, circeienses, tarracinenses ni algún otro pueblo latino que obedezca a los romanos. Se abstendrán de agraviar a las ciudades aliadas, aunque no estén bajo la dominación romana. Si tomasen alguna, la restituirán íntegramente a los romanos. No construirán fortalezas en el país de los latinos, y si entran en esta provincia como enemigo, no pasarán la noche en ella”⁶⁴.

Los pueblos de *Ardea*, *Antium Laurentium*, *Circeii*, y *Terracina* y otros pueblos latinos estarían protegidos de cualquier acción que pudieran tomar los cartagineses, quienes asumen la obligación de respetarlos y abstenerse de cualquier acto de agresión contra ellos. Esta obligación que asumen, se extendía a los demás pueblos aliados de Roma, sin que estos asumieran una obligación similar respecto a Cartago o sus aliados. La última cláusula del tratado contenía una obligación específica de no hacer, mediante la cual los cartagineses se comprometían a no construir fortalezas en el país de los latinos y pasar solo la noche en

⁵⁹ POLYB, 3, 22

⁶⁰ Convenio XIII de la Convención de la Haya de 1907 sobre neutralidad en la guerra marítima.

⁶¹ POLYB, 3, 23

⁶² PHILLIPSON, Coleman, *op.cit*, Tome 2, p 75

⁶³ POLYB, 3, 23

⁶⁴ POLYB, 3, 23

caso que entraran en la provincia como enemigos. Este compromiso cartaginés evidentemente equivalía a un pacto de no agresión contra los romanos⁶⁵. Según C. Phillipson esta cláusula consagraba una limitación a las acciones militares⁶⁶.

Ambas partes debieron realizar juramentos sagrados que garantizaron el cumplimiento del tratado. Los cartagineses juraron por sus dioses ancestrales, y los romanos por Júpiter Lapis y Marte. El juramento ante Júpiter se efectuaba mediante una ceremonia, en la cual el legado tomaba una piedra en sus manos y al pronunciar el juramento en nombre de Roma según una fórmula consagrada que decía “Si respeto este juramento puede ser todo bueno para mí, pero si lo hago de otra manera, sea en pensamiento o acto, permite a todo los otros hombres vivir seguros en sus propios países bajo sus leyes y en posesión de sus propios templos y tumbas y pueda ser yo arrojado como esta piedra”⁶⁷. Dicho esto, el legado arrojaba la piedra de sus manos, quedando consagrado el mencionado juramento.

4.2. El Tratado entre Roma y Cartago del 306 a.C o 348 a.C.?

Este tratado reflejó las relaciones entre ambos pueblos antes del comienzo de la Primera Guerra Púnica. El tratado contenía ciertas modificaciones respecto al anterior, pues los tirios y urtucenses fueron incluidos a texto expreso, como aliados de Cartago. Asimismo en este tratado se incluyó a *Mastia* y *Tarseio* dentro de las regiones geográficas cuyo acceso estaba prohibido a los romanos impidiéndoles construir ciudades o realizar actos de piratería.

El texto decía lo siguiente: “Habrá alianza entre romanos y sus aliados, y los cartagineses, tirios, uticenses y aliados de éstos en base a estas condiciones: no andarán a corso, ni comerciarán ni edificarán ciudad los romanos en la parte más allá del *Bello Promontorio, Mastia y Tarseio*”⁶⁸. Nuevamente los cartagineses incluyeron en un tratado un límite a la navegación marítima romana asegurándose su predominio en el litoral africano, para lo cual escogieron puntos geográficos de fácil identificación de manera de dificultar cualquier posible violación de los términos del tratado por parte de los romanos debido a una mala interpretación geográfica.

Continuaba expresando el tratado “Si los cartagineses tomasen alguna ciudad en el Lacio que no esté sujeta a los romanos, retendrán para sí el dinero y los prisioneros, pero restituirán la ciudad. Si los cartagineses apresasen alguna persona cuyo pueblo esté en paz con los romanos por algún tratado escrito, aunque no sea su súbdito, no le llevarán a los puertos de los romanos; y en caso de ser llevado, si lo recupera algún romano, quedará libre» La misma obligación asumieron los romanos respecto a los cartagineses⁶⁹.

En esta cláusula los romanos, reiteraban respecto al Lacio, lo dispuesto en el tratado anterior protegiendo a sus aliados, los ardeatos, antiatos, circeios y tarracinos cuyas ciudades estaban situadas en la costa marítima constituyendo una clara limitación a las expediciones militares de los cartagineses, presumiblemente la contrapartida de la obligación asumida por los romanos de respetar las regiones bajo influencia cartaginesa.

⁶⁵ MOMMSEN, Theodor, *Die romische Chronologic bis auf Caesar*, Weidmann, Berlin, 1859

⁶⁶ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, Tome 2, p 76

⁶⁷ POLYB, 3, 23

⁶⁸ POLYB, 3, 24

⁶⁹ POLYB, 3, 24

Agregaba este instrumento jurídico: “Si éstos (los romanos) tomasen agua o víveres de alguna provincia dominada por Cartago, no usarán esas provisiones para hacer mal a cualquier persona de un pueblo con los cuales Cartago tiene paz y amistad. Asimismo los cartagineses tampoco lo harán. A ninguno será lícito hacerse justicia por su mano, y si la hiciese, será esto reputado por crimen público.” Según C. Phillipson esta disposición regulaba los castigos impidiendo que ante la comisión de un delito los afectados recurrieran a la venganza, poniendo en peligro la paz existente entre ambos pueblos⁷⁰. Esta disposición fortalecía el poder sancionador de los dos centros de poder contratantes ya que impedía que sus ciudadanos hicieran justicia por mano propia, que obligándolos a recurrir a las autoridades de sus pueblos respectivos, las que deberían tomar carta en el asunto y brindar justicia.

Luego agregaba el texto del tratado: “Ningún romano comerciará ni construirá ciudad en Cerdeña y Libia, ni permanecerá más allá de lo necesario sino para tomar víveres y reparar su buque. Si la tempestad los arrojase en esos lugares partirán dentro del plazo de cinco días.” Nuevamente los cartagineses en este tratado mencionaban a Libia y Cerdeña como propias, de tal manera que prohibían a los romanos cualquier posibilidad de contacto con estos lugares salvo fuerza mayor, como podía ser una tempestad, pero asumiendo la obligación de partir en un plazo determinado. Esta cláusula contenía una clara delimitación de jurisdicción territorial entre ambas potencias mediterráneas y garantizaba a Cartago de que Roma no se expandiría por el Mediterráneo Occidental, teniendo en cuenta la colonización cartaginesa en esa región y en particular en Hispania.

Respecto a Sicilia se estableció un artículo especial que disponía: “En Sicilia y en Cartago los ciudadanos romanos obrarán y venderán todo aquello que sea permitido con la misma libertad que un ciudadano cartaginés. Éstos gozaran del mismo derecho en Roma.” Esta disposición concedía a ambas partes mutuas concesiones comerciales, y consagraba una total libertad de comercio llamativa en esta etapa de la historia. Esta disposición contraría lo que Cicerón afirmó sobre el desprecio que los romanos tenían por el comercio⁷¹, posición que Roma modificó durante el Imperio cuando el comercio creció ante la demanda de los romanos por el lujo y el bienestar⁷². Sin embargo este artículo es un fiel antecedente de la posterior evolución del derecho de comerciar y establecerse en otros países, tal como lo enseñara el Padre F. Vitoria en sus Relecciones, al defender al inicio del siglo XVI las libertades de comunicación y de comercio entre España y América⁷³. Finalmente, el tratado que se analiza, constituye el remoto antecedente de los artículos 18 y 23 de la versión consolidada del Tratado de la Comunidad Económica Europea, mediante los cuales se garantiza la libertad de residencia y de comercio de los ciudadanos europeos dentro del espacio comunitario⁷⁴.

El tratado otorgaba libertad de acción a Cartago para realizar operaciones militares en Lacio, y a Roma el acceso a Cerdeña, España, y Sicilia. Si bien Libia y Cerdeña continuaban siendo propiedad de los cartagineses estos hicieron concesiones a los romanos en Sicilia. Por

⁷⁰ PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, Tome 2, p 77

⁷¹ CIC, *Off.*, 1, 42

⁷² PHILLIPSON, Coleman, *op. cit.*, p 369

⁷³ ARAUJO, Orestes, *Las doctrinas internacionalistas de Fray Francisco de Vitoria*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1948, pp 91 y ss.

⁷⁴ FOSTER, Nigel, *EC Legislation*, Blackstone, London, pp 6-7

su parte Roma mantuvo a Lacio bajo su dominio, y en particular las ciudades costeras de *Ardea*, *Antium*, *Circeii* y *Terracina*., La amistad entre Cartago y Roma consagrada en el tratado dependerá en el futuro de la estricta observancia de las estipulaciones del mismo⁷⁵.

4.3. El Tratado entre Roma y Cartago del 279 a.C.

Este tratado fue concluido antes que los cartagineses comenzaren la guerra de Sicilia en el 281 a.C, en el período en que Pirro invadió Sicilia en el 279 a.C.

En el texto se mantuvieron los términos de los dos tratados anteriores, aunque se adicionaron algunas nuevas disposiciones. Es un tratado cuya finalidad fue garantizar la ayuda mutua a pesar de que ambas partes contaban con tratados de alianza con otros pueblos⁷⁶. El tratado decía: “Si los romanos o cartagineses quieren hacer alianza por escrito con Pirro, la harán unos y otros con la condición de que se podrá auxiliar mutuamente a los que sean atacados.”⁷⁷.

Esta cláusula establecía que en caso de realizarse una alianza con Pirro tanto los cartagineses como los romanos, la harían compatible con la ayuda mutua que ambos acordaron brindarse.

Luego el tratado agregaba: “En el caso de que cualquiera de los dos pueblos necesite de socorro, los cartagineses pondrán los navíos, tanto para el viaje como para el combate; pero cada uno pagará el sueldo a sus tropas⁷⁸.”

Si bien se asumía el compromiso de asistencia mutua, los cartagineses a título expreso serían los responsables en caso de que los romanos solicitaran su ayuda, de proveerles de los necesarios buques de transporte o de guerra. Sin embargo ambas partes se hacían responsables de la paga de sus respectivos soldados.

Los cartagineses también otorgarían a los romanos la ayuda naval requerida en caso necesario; pero ninguna de las partes obligarán a sus tripulaciones a desembarcar contra su voluntad⁷⁹.

4.4. El Tratado entre Roma y Cartago del 241 a.C.

Este tratado fue negociado por Cayo Lutatius Catulus y en su honor también se le denomina el tratado *Lutatius*. Este distinguido romano fue el general y cónsul que derrotó a la flota cartaginesa en las islas Egusa. El tratado fue suscrito en el año 241 a.C, luego de concluida la guerra de Sicilia la cual habiéndose extendido por 24 años finalizó con perjuicios importantes para ambas marinas, ya que los romanos perdieron 700 galeras y los cartagineses 500.

Polibio rechazó en su obra, la teoría de Filino de Agrigento, historiador siciliano que sostuvo que los tratados anteriores suscritos por Roma y Cartago obligaban a los romanos a abstenerse de reclamar derechos en toda Sicilia, mientras que a los cartagineses se les

⁷⁵ POLYB, 3, 24

⁷⁶ PHILLIPSON, Coleman , *op. cit*, Tome 2, p 78

⁷⁷ POLYB, 3, 24

⁷⁸ POLYB, 3, 24

⁷⁹ POLYB, 3, 24

impedía lo propio respecto a toda Italia. Los romanos habrían violado el pacto y su solemne juramento, en el mismo acto que pasaron por primera vez a Sicilia. Polibio a pesar que utilizó a la perdida obra de Filino como su principal fuente para escribir sobre las guerras púnicas, rechazó esta teoría ya que negaba la existencia de un tratado que estipulaba obligaciones de esa naturaleza. Según Polibio no existía en el archivo de los textos jurídicos que se encontraba en el templo de Júpiter Capitalino depositado el tratado al cual aludía Filino.

Los romanos habían desembarcado en Sicilia a pedido de los mamertinos quienes habían solicitado su socorro, por lo tanto, mal habrían los romanos violado juramento o tratado alguno⁸⁰. El uso de los términos “juramento o tratado” que hace Polibio ratifica el carácter sagrado del juramento y por ende de los tratados, razón por la cual se podría fundamentar el incipiente Derecho Internacional de aquella época, en la obligación de respetar el juramento hecho ante los dioses. De aquí se desprende el carácter sagrado de los mismos y la obligación de cumplirlos de buena fe.

Podría llamar la atención la corta extensión del tratado, pero su brevedad se correspondía con la tendencia jurídica romana de vincular los armisticios con los tratados de paz.⁸¹

El tratado se constituyó en una paz preliminar mientras tanto no se firmara la paz definitiva. La contraparte cartaginesa fue el general cartaginés Amílcar Barca que se encontraba sitiado en el monte Eryx y al ver la imposibilidad de ganar la guerra, prudentemente buscó salvar a su ejército y lograr el máximo de concesiones posibles. Lutalius tampoco estaba interesado en proseguir la guerra debido a la débil situación romana, por lo que también gustosamente aceptó entablar las negociaciones que llevaron a la firma del tratado. Como era costumbre romana, Lutalius dejó constancia de que una vez suscrito el tratado era necesaria su aprobación por parte de la Asamblea popular de Roma, la que en definitiva la negó. Este rechazo obligó a ambas partes a renegociar el tratado introduciéndose en el texto definitivo una serie de cláusulas adicionales desfavorables a Cartago.

Decía el tratado: “Habrá amistad entre cartagineses y romanos, si lo aprueba el pueblo romano bajo estas condiciones: evacuarán los cartagineses toda Sicilia; no harán guerra a Hieron; no tomaran las armas contra los siracusanos ni contra sus aliados; restituirán sin rescate a los romanos todos sus prisioneros, pagarán a los romanos en veinte años dos mil doscientos talentos eubeos de plata”. Hieron II era el tirano de Siracusa quien aliado a los cartagineses le habían hecho la guerra a los mamertinos.

El tratado fue rechazado por la Asamblea popular en Roma la que decidió enviar 10 legados para tratar en más detalle el futuro acuerdo. Estos mantuvieron los términos pero agregaron mil talentos a las reparaciones de guerra que debían pagar los cartagineses. Además éstos debían evacuar todas las islas situadas entre Italia y Sicilia.

Al texto del tratado original se añadieron las siguientes cláusulas: “Evacuarán los cartagineses Sicilia y todas las islas situadas entre ésta e Italia, habrá seguridad entre los aliados de uno y otro pueblo, no dispondrá él uno en la dominación del otro, ni reedificará

⁸⁰ POLYB, 3, 26

⁸¹ POLYB, 3, 26

públicamente, ni contraerá alianza con los aliados del otro pueblo; los cartagineses pagarán dos mil doscientos talentos en diez años, los mil de contado; y los cartagineses restituirán a los romanos sin rescate todos sus prisioneros”.⁸² Esta adicción es una prueba del poder que tenía el pueblo Romano de ratificar o no un tratado y la importante labor negociadora de los legados, que evidentemente eran los *fetiales*.

4.5. Los Tratados entre Roma y Cartago del 239 a.C y 229 a.C.

Los tratados ya mencionados serán complementados por dos más celebrados en los años 239 a.C y 229 a.C. El primero mencionado pone fin a la guerra de África o de los mercenarios que tuvo lugar en Cartago entre el 241 y 239 a.C. Los romanos declararon la guerra a los cartagineses en el 238 a.C. Éstos deseosos de evitar el conflicto con Roma consintieron en añadir al tratado una cláusula por la cual los cartagineses deberían abandonar Cerdeña, y aumentaron en otros mil doscientos talentos la suma anteriormente acordada como indemnización a Roma.

Finalmente se concluyó el último tratado en el 229 a.C entre ambos pueblos, el cual fue suscrito por Asdrúbal en representación de la parte cartaginesa, quien encontrándose en España convino con los romanos que los cartagineses no pasarían con sus armas el río Ebro, el cual delimitaría entre ambos sus posesiones.

Éstas son las convenciones que rigieron las relaciones entre romanos y cartagineses hasta los tiempos de Aníbal y el comienzo de la segunda guerra púnica que tuvo lugar entre el 218 al 201 a.C, y son solo algunos ejemplos de las relaciones entre estas dos potencias, que terminará dramáticamente con la destrucción de Cartago.

4.6. Conclusiones parciales

Los tratados de amistad suscritos por Roma generalmente incluían cláusulas mediante las cuales se establecía una delimitación de áreas de influencia, y en particular la navegación en determinadas regiones. Dichas provisiones generalmente respondían a previos conflictos entre las partes, quienes se disputaron la hegemonía naval y la expansión marítima, -en particular Cartago- y que fueron *causa belli* de muchos conflictos entre las principales potencias mediterráneas. Estas cláusulas incluían el reconocimiento de la soberanía sobre regiones en África o en Europa y en algunos casos la supremacía de Roma. (Tratados entre Roma y Cartago del 508-507 a.C. sobre la delimitación en el Bello Promontorio; del 306 a.C. que reitera la región anterior y preserva para los cartagineses Cerdeña, parte de Sicilia y Libia; del 241 a.C., que otorga Sicilia a Roma; el del 229 a. C., por el cual Cartago pierde Cerdeña y finalmente el del 229 a. C. que fija en el río Ebro el límite entre ambas potencias, Paz de Tameia del año 188 a.C., que impidió al rey seléucida Antioco III pasar a Europa).

El otorgamiento de exenciones fiscales en el comercio con los pueblos con los cuales se celebraban tratados es otra característica de estos instrumentos jurídicos. Las exenciones fiscales, y la libertad de comunicación y de residencia se establecieron con Cartago, a pesar de los permanentes conflictos entre estas dos grandes potencias mediterráneas. El comercio

⁸² POLYB, 3, 26

fue adquiriendo cada vez mayor importancia para Roma, pactando con Cartago la total libertad de comercio y de residencia entre sus ciudadanos. (Tratado entre Roma y Cartago del 508-507 a.C. sobre derechos aduaneros en el comercio entre las partes contratantes y otorgamiento de permiso a los romanos para comerciar en puertos cartagineses; Tratado entre Roma y Cartago del 306 a.C o 348 a.C. en el que se prohíbe a los romanos comerciar en ciertas regiones de África, Sicilia y Cerdeña).

Estas dos principales potencias se comprometieron a ayudarse mutuamente y negociaron la situación política de sus aliados. Ambas partes se comprometían a respetar a los aliados de la contraparte y estos no podían ayudar a otros pueblos que quisieran emprender operaciones militares contra alguna de las partes contratantes. No se concedería derecho de paso por el territorio de una de las partes o de sus aliados, a los ejércitos que marchen contra la contraparte o sus aliados. Asimismo se otorgaría ayuda naval cuando fuera necesario (Tratado entre Roma y Cartago del 508-507 a.C. mediante el cual los cartagineses se comprometían a respetar la integridad de los pueblos aliados a Roma; Tratado entre Roma y Cartago del 279 a.C. en el que ambos pueblos se obligaron a ayudarse mutuamente con buques).

A los efectos de evitar que alguno de los ciudadanos de ambas parte hiciera justicia por mano propia, se fortalecía el poder sancionador de las dos Partes contratantes los que deberían tomar carta en el asunto y brindar justicia. (Tratado entre Roma y Cartago del 306 a.C o 348 a.C. que negó la posibilidad de que los ciudadanos de ambos pueblos

podieran hacerse justicia por mano propia en caso de violación de sus derechos, debiendo recurrir a los órganos judiciales competentes para efectuar dichas reclamaciones).

En algunos tratados se acordó indemnizaciones en beneficio de Roma y se permitía a los acreedores reclamar las cantidades que se les adeudaran. (Tratados entre Roma y Cartago del 241 a.C. que fijó el pago por parte de Cartago de una indemnización en diez años dos mil doscientos talentos eubeos de plata; del año 239 a.C que acrecentó la indemnización a pagar por Cartago en otros mil doscientos talentos).

Respecto a las formalidades que se requerían durante la celebración de los tratados se ratificaba el reconocimiento del carácter sagrado del juramento y la *sacrosanctitas* de los tratados. Asimismo se estipulaban garantías para asegurar el cumplimiento de los mismos. (Tratado entre Roma y Cartago del 508-507 a.C. en que ambas partes juraron por sus respectivos dioses cumplir el acuerdo alcanzado; Tratado entre Roma y Cartago del 241 a.C. donde se ratificó el carácter sagrado del juramento).

Según W. Harris,⁸³ los romanos tenían una actitud abierta hacia la guerra, y los motivos que los llevaban a hacer la misma fueron económicos, de expansionismo, la anexión de otros territorios o pueblos y la autodefensa. Los tratados de paz celebrados por Roma procuraron favorecer estos objetivos otorgándoseles ventajas a los romanos en relación a sus oponentes y a sus aliados. Posiblemente una buena explicación de dicho comportamiento se encuentre al decir de W. Harris en lo que escribía Polibio al respecto: “ningún hombre cuerdo hace la guerra a sus vecinos solo por derrotar a su oponente, lo mismo que ningún hombre cuerdo se hace a la mar simplemente por alcanzar la otra orilla, ni aprende una

⁸³ HARRIS, William, *Guerra e Imperialismo en la Roma Republicana 327-71 a.C.*, Siglo Veintiuno de España Ediciones, Madrid, 1989, p 1

técnica sólo por el placer de conocer. Todos los actos se emprenden por el consiguiente placer, bien o beneficio”⁸⁴.

V. CONCLUSIONES

El Derecho Romano influyó no solo a los pueblos contemporáneos a la era republicana sino que significó un desarrollo del Derecho Internacional regulando las relaciones de Roma con otros pueblos. El incumplimiento de este derecho constituía un desafío a la ley divina debido al carácter sagrado que tenían los acuerdos. La obligación de respetar los tratados se derivaban de la *pacta sunt servanda*, principio básico del actual Derecho Internacional Público y que nos legaran los romanos. La violación a una obligación asumida en un Tratado generalmente traía como consecuencia la guerra.

Los Tratados de Amistad fueron instrumentos jurídicos típicos en las relaciones con otros pueblos durante la época republicana. Un ejemplo lo constituyen los Tratados con Cartago, cuyo incumplimiento fue la *causa belli* de las guerras púnicas, que en realidad ocultaban la lucha por la supremacía en el mar Mediterráneo. En ellos entre otros objetivos se pueden identificar delimitación de áreas de influencia, exenciones fiscales en el comercio, libertad de comunicación, y de residencia para los ciudadanos de ambos pueblos. Asimismo se incluía el compromiso de respetar los aliados de la contraparte, y conceder el derecho de paso en caso necesario. En definitiva estos Tratado buscaron evitar un conflicto entre las partes y desarrollar una relación armoniosa con otros pueblos. El examen de las fuentes históricas demuestra claramente que en la antigüedad ya existía el Derecho Internacional tal como lo afirman Korff y Vinogradoff.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

FUENTES ANTIGUAS⁸⁵:

- CICERON, Marco Tulio, *De la Republica*, trad. Francisco Navarro y Calvo, Librería Sucesores de Hernando, Madrid, 1924.
- CICERON, Marco Tulio, *Tratado de las Leyes*, trad. Francisco Navarro y Calvo, Librería Sucesores de Hernando, Madrid, 1924.
- CORPUS IURIS CIVILIS, *Justiniano Digestas*, trad. Alvaro d’Ors, ed. Mommsen-Krüger, Berlín, 1954.
- CORPUS IURIS CIVILIS, *Justiniano Institutiones*, trad. Alvaro d’Ors, ed. Mommsen-Krüger, Berlin, 1954.
- JOSEFO Flavio, *Antigüedades Judaicas*, trad. Jesús M^a Nieto, Editorial Gredos, Madrid, 2001.
- LIVIO Tito, (1793), *Décadas de Tito Livio*, 5 tomos, trad. Pedro de la Vega, Imprenta Real, Madrid.
- MACABEOS, (2003), *La Biblia, Antiguo Testamento*, Libro 1, Cap VIII, párrafos 22-32, ed. Paulinas, Madrid.

⁸⁴ POLYB, 3, 4

⁸⁵ Las Fuentes clásicas se citaron a lo largo del trabajo, a pie de página, conforme a la relación de abreviaturas propuesta por *The Oxford Classical Dictionary*. Por tal motivo en esta sección solo se citarán las ediciones y traducciones con las cuales se trabajó en la elaboración de esta investigación.

- POLIBIO DE MEGALÓPOLIS, (2000), *Historia Universal bajo la República Romana*, 3 Tomos ediciones electrónica Aleph, Barcelona.
- SALUSTIO, Cayo, (1990), *La guerra de Jugurta*, Editorial Porrúa, México.
- HISTORIOGRAFIA CONTEMPORANEA:
- ARAUJO, O. (1948), *Las doctrinas internacionalistas de Fray Francisco de Vitoria*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo.
- BEAUMONT, R. L. (1939), "The Date of the First Treaty between Rome and Carthage", *JRS* 29-1, pp 74-86.
- BUONO, CORE, R. (2003), "Los Tratados en el Mundo Romano", *Revista de Estudios Históricos y Jurídicos* 25, pp 23-34.
- CHESTER JOHNSON, A., COLEMAN-NORTON, P., CARD BOURNE, F. y PHARR, C., (1961), *Ancient Roman Statutes: A Translation with Introduction, Commentary, Glossary, and Index*, University of Texas Press, Austin.
- CORBIER, M. (2006), *Donner à Voir, Donner à Lire: mémoire et communication dans la Rome ancienne*, CNRS Editions, Paris.
- DAREMBERG Ch. et SAGLIO E. (eds.) (1896), *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments. Tome deuxième, Deuxième partie (F-G)*, Librairie Hachette et Cie., Paris, pp 1095-1101.
- DOV, G. (1997), *Judaea and Mediterranean Politics 219 to 161*, B.C, E. Brill, Leiden, The Netherlands.
- GARCIA RIAZA, E.:
- (1997), "La función de los rehenes en la diplomacia hispano-republicano", *MHA* 18, pp 81-108.
 - (1999), "Derecho de Guerra Romano en Hispania (218-205a.C.)" *MHA* 19-20, pp 199-224.
 - (2002), *Celtíberos y lusitanos frente a Roma: diplomacia y derecho de guerra*, Universidad del País Vasco, Victoria.
 - (2005), "Lengua y poder. Notas sobre los orígenes de la latinización de las élites celtibéricas (182-133 a. C.)", *Palaeohispanica* 5, pp 637-656.
 - GREWE, W. (1994), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, 3 tomos, Walter de Gruyter, Berlin.
- HARRIS, William. (1989), *Guerra e Imperialismo en la Roma Republicana 327-71 a.C.*, Siglo Veintiuno de España Ediciones, Madrid.
- LAURENT, F.:
- (1850), *Histoire du droit des gens et des relations internationales*, Hebbelynck Imprimeur, Gand.
 - (1862), *Etudes sur l'Histoire de l'Humanité, Rome*, Melines, Cans et Compagnie, Bruxelles.
- LURASCHI, G. (1979), *Foedus, ius Latii, civitas, Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, SUPA, Pisa pp 139-214.
- MOMMSEN, T.:
- (2006), *History of Rome*, 5 tomes, The project Gutenberg eBook.
 - (1859), *Die romische Chronologic bis auf Caesar*, Weidmann, Berlin.
 - (1904), *Disegno del Diritto Pubblico Romano*, (trad. P. Bonfante), Arangio-Ruiz, Milano.
- PARIBENI, R. (1922), "Foedus" en DE RUGGIERO, E: *Dizionario epigrafico di antichità romane*, Pasqualucci, Roma.
- PARADISI, B.:

- (1951), "L'amitié internationale. Les phases critiques de son anciennes histoire", en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, La Haye, pp 325-378.
- (1940-41), "Deditio infidem" en *Studi in onore di A.Solmi*, I, Milan.
- PHILLPSON, C. (1911), *The International Law and custom of Ancient Greece and Roma*, 2 tomes, McMillian and Co Ltd, London.
- ROSSI MASSELA, B. (1982), *Manual de Derecho Romano*, FCU, Montevideo.
- SHERK, R. (1984), *Rome and the Greek East to the death of Augustus*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SHERWIN-WHITE, A. N.:
- (1973), *The Roman Citizenship*, Clarendon Press, Oxford.
 - (1980), "Rome, the aggressor?", *JRS* 70, pp 171-181.
- TAÜBLER, E. (1913), *Imperium romanum: Studien zur Entwicklungsgeschichte des romischen Reichs*, Teubner, Leipzig.
- WEISS, A. (1883), *Le droit fétil et les fetiaux ä Rome*, Étude de droit international, Kessinger Legaly Reprints, Paris.
- TRATADOS Y TEXTOS CONTEMPORÁNEOS:
- JIMENEZ DE ARECHAGA, E, (1980), *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Tecnos, Madrid.

Fecha de recepción: 14 de noviembre 2016.

Fecha de aceptación: 31 de diciembre 2016.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE “ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA” Y DE “IMPARCIALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN” EN SITUACIONES EN QUE LA ADMINISTRACIÓN EJERCE POTESTADES DISCRECIONALES

Lorena Machi * y Eliana Machi **

RESUMEN. *El objetivo es demostrar que se debería en los hechos de intentar conciliar la aplicación de diversos institutos cuando se está en pleno ejercicio de la función administrativa, en virtud de que muchas veces la aplicación irrestricta de solo uno de ellos (como el de la “Potestad Discrecional” por ejemplo), puede generar riesgos en el cumplimiento y en la aplicación de otros Institutos o principios generales del Derecho, los cuales de alguna manera se encuentran establecidos en normas constitucionales, legales y reglamentarias, pudiéndose citar por ejemplo en este caso el “Principio de la Ética de la Función Pública” y el de “Imparcialidad en el Ejercicio de la Función”. Los principios generales del derecho como los enunciados tienen una función predominantemente garantista y de protección de las relaciones jurídicas y de la aplicación del Derecho. Su finalidad es orientar, ayudar a interpretar y a aplicar las diferentes problemáticas que pueda traer aparejada el mundo jurídico. Muchos de ellos se encuentran plasmados en el Derecho Positivo, provienen de la doctrina o son producto de decisiones jurisdiccionales, pero más allá de eso presentan una naturaleza o jerarquía que se encuentra por encima de dichas fuentes, pudiéndose hablar de un origen iusnaturalista. Es más, también se ha afirmado que los mismos son fuente directa y principal de nuestro ordenamiento jurídico. Sin desatender la cuestión objeto del presente trabajo, nos referiremos además al “Principio de la Independencia Técnica” como garantía del funcionario público asesor de la Adminis-*

* Asesora Letrada de la Dirección Nacional de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Lorenayibarai1986@hotmail.com

** Asesora Letrada de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones y Servicios de Comunicación Audiovisual del Ministerio de Industria, Energía y Minería. elianayandira@hotmail.com

tración, y como consecuencia del deber de ética de la función pública y de imparcialidad que debe de ostentar el mismo.

PALABRAS CLAVES. *Potestad Reglada. Potestad Discrecional. Ética de la Función Pública. Principio de Imparcialidad. Independencia Técnica.*

ABSTRACT. *The objective of this paper is to try to demonstrate that it should be in the facts of trying to reconcile the application of several institutes when it is in full exercise of the Administrative Function, since often the unrestricted application of only one of them (The "Discretionary Power", for example), can generate risks in compliance and in the application of other Institutes or general principles of Law, which somehow are established in constitutional, legal and regulatory norms, for example, In this case the "Principle of the Ethics of Public Function" and the "Impartiality in the Exercise of Function". The general principles of law as stated have a predominantly guarantor role and protection of legal relations and the application of law. Its purpose is to guide, help interpret and apply the different problems that can bring the legal world. Many of them are embodied in the Positive Right, they come from the Doctrine or they are product of Jurisdictional Decisions, but beyond that they present a nature or hierarchy that is above these sources, being able to speak of a natural origin ius. Moreover, it has also been stated that they are a direct and principal source of our legal system. Without neglecting the subject matter of the present work, we will refer also to the "Principle of Technical Independence" as a guarantee of the civil servant Adviser of the Administration, and as a consequence of the duty of ethics of the public function and of impartiality that must bear the same.*

KEY WORDS. *Regulated Power. Discretionary Power. Ethics of the Public Function. Principle of Impartiality. Technical Independence.*

CAPÍTULO 1.

1.1 Concepto y diferencias entre Potestad Reglada y Potestad Discrecional

Cuando la doctrina se refiere a la "Potestad Reglada", hace alusión a un conjunto de pautas o comportamientos pre-establecidos en una norma o regla de Derecho. Implica la existencia de un presupuesto de hecho y una consecuencia ya prevista para el mismo, que determinará una conducta futura producto de una actuación administrativa.

En el caso en cuestión, lo que la regla de Derecho prevé es un comportamiento o actuación de la Administración, un camino a seguir específicamente previsto frente a la existencia de determinados hechos ocurridos en la realidad fáctica. Es por lo dicho que se denomina "Potestad Reglada".

... "Cuando hacemos referencia a la potestad reglada nos adentramos en el campo del espacio determinado en el cual la norma jurídica preestablece en forma concreta la conducta que ha de seguir el órgano administrativo en la resolución del asunto, y una vez constatada la presencia del presupuesto de hecho narrado por la norma se anula la

posibilidad de apreciación por la Administración y se limita a la aplicación de la consecuencia jurídica también determinada; es lo que podríamos llamar el rasgo fundamental de lo reglado”...¹

Por otra parte, cuando nos encontramos frente a supuestos de hechos previstos en normas jurídicas los cuales no tienen consigo una consecuencia jurídica o un accionar preciso de la Administración, vemos que se da la existencia de la “*potestad discrecional*”.

Es decir, cuando la norma jurídica no prevé una conducta a seguir, y por ende requiere necesariamente una decisión de la Administración, vemos que igualmente sigue siendo necesaria una actuación por parte de los órganos. Lo que se omite en este caso en las normas jurídicas es de prever la conducta que se deberá asumir, pudiendo la administración optar entre dos o más caminos.

.... “*La Rae define el término discrecional de este modo:” se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas” (Real Academia Española, 2001). Basándonos en aquella definición podríamos decir que la discrecionalidad administrativa es la facultad que otorga el ordenamiento jurídico a un órgano administrativo para decidir sobre un tema del cual no está contemplada una solución estricta en el reglamento o norma, o si ésta es ambigua”.² ... “esta facultad no es ilimitada, ni está por sobre la ley, en cuanto es derivada de ella misma. Gabino FRAGA señala que “. . la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar su actuación” (Fraga, 2007, pág. 232).³*

Nuestra Doctrina nacionalista ha visto con buenos ojos la existencia de la potestad discrecional, en el sentido de afirmar que la misma resulta necesaria para el buen funcionamiento de un Estado de Derecho. Se ha afirmado además que es un “*fenómeno de naturaleza jurídica*”, teniendo como fuente a normas jurídicas. Situación que compartimos plenamente.⁴

Pero un elemento no menos importante a destacar, refiere a que dicha actuación o potestad discrecional conlleva límites en su ejercicio... “*esta actuación tendrá como límite la apreciación, siempre, del interés público y de la finalidad de la norma por la cual fue conferida, pues la Administración no puede desprenderse de su propia naturaleza finalista.... Los criterios rectores de la decisión administrativa estarán dados por elementos extrajurídicos, esto es: políticos, económicos, de oportunidad que justificarán en última instancia la elección de una alternativa con respecto a otra*”.⁵

¹ ARIAS GAYOSO, Grethel. “A vueltas con la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*, N° 5 (2010), pp 11-26, disponible en :<http://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/814/816> fecha de consulta 12/1/17.

² VARGAS MURILLO, Alfonso Renato. “Arbitrariedad, Discrecionalidad y libertad en la figura de la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho y Cambio Social*, (2015) disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/ARBITRARIEDAD_DISCRECIONALIDAD_Y_LIBERTAD.pdf, fecha de consulta 12/1/17.

³ VARGAS MURILLO, Alfonso Renato, *op. Cit.* p.2

⁴ ARTECONA GULLA, Daniel. “Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y Conveniencia de la Consagración Legal de Potestades Discrecionales a favor de la Administración”, en *Revista de Facultad de Derecho UDELAR*, N° 30 (2011), disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/85>, fecha de consulta 12/1/17.

⁵ ARIAS GAYOSO, Grethel *op. Cit.* p. 15.

...*"Es fundamental destacar que los conceptos de "legitimidad" y "oportunidad" no se confunden ni se asimilan a los conceptos de "facultad reglada" y "facultad discrecional;" es éste un error que algunas veces se desliza en fallos o libros, creemos más por inadvertencia que por sentar un criterio formal y por ello es necesario advertir inicialmente en forma terminante contra él. Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica preestablece en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir; pero el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que haya normas o principios jurídicos que puedan resultar limitativos a ella. Es así posible mencionar entre los límites de las facultades discrecionales que son considerados en el control judicial y administrativo de la legitimidad del ejercicio de la función administrativa: a) los que hemos llamado "límites elásticos": razonabilidad (proporcionalidad, sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, etc.), desviación de poder, buena fe, alterum non lædere, doctrina de los actos propios (confianza legítima, no contradicción, etc.), eventualmente la equidad; b) los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación etc". ... "De ello resulta que el concepto de "legitimidad" es notablemente más amplio que el de "facultad reglada" y que "oportunidad" es un concepto más restringido que el de "facultad discrecional," con lo que, en definitiva, el control judicial y administrativo de la "legitimidad" abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales. El puro juicio de oportunidad, solamente entra en juego cuando no se han violentado ninguno de los principios jurídicos antes expuestos".*

1.2 Titular de dichas potestades y motivos en los cuales se pueden fundar dichas decisiones

El verdadero titular de la "potestad discrecional" y de la "potestad reglada" es el Administrador, y en este sentido se puede decir que el brazo ejecutor de la Administración lo constituye puramente el jerarca, el órgano que resuelve.

Como podemos ver, la decisión final sin dudas es extrajurídica, y corresponde que el jerarca de todos modos justifique y motive en la resolución a dictar, cuáles fueron los elementos que tomó en consideración a los efectos de llegar a esa decisión final, y el mismo en nombre de la Administración a la cual representa es el único responsable de las decisiones que pueda tomar.

Pero aclaramos y reiteramos que la decisión por más que sea discrecional no permite que se pueda sostener la inexistencia de una debida motivación del acto administrativo, sino todo lo contrario, dicha decisión reflejada en un acto debe de estar debidamente motivada. Por cuanto se ha precisado que la decisión discrecional requiere un matiz extra de fundamentación o motivación de la decisión a recaer.

Es más, al respecto se comparten los siguientes términos: *"según el Tribunal Constitucional, la discrecionalidad es una facultad derivada del mismo Derecho, nunca de la mera voluntad humana, pues el hecho de que exista la libertad de decisión, no implica, que esta deba actuar de modo arbitrario, al contrario, al regirse bajo el principio de legalidad, el cual justifica la existencia de actos no reglados como explicamos antes (pues no todo está estipulado en la norma), es totalmente concordante con el Derecho, pues*

la calidad interpretativa del ente administrativo responde también a los criterios valorativos intrínsecos a su función. No puede entenderse la discrecionalidad fuera del principio de legalidad, pues “cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es la potestad discrecional donde la ley se expresa como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento”⁶.

Sobre lo dicho, respecto a la necesidad de una imperiosa motivación de una decisión discrecional, lo ha afirmado la jurisprudencia del TCA, pudiéndose citar a modo de ejemplo la Sentencia N° 728/2010 de fecha 16 de setiembre de 2010, la cual expresa que: “*Máxime, que lo relacionado con la “motivación” se agudiza en materia de actos discrecionales (como sin duda lo es, el que motiva este accionamiento anulatorio), donde -con relación a los reglados- es mayor la necesidad de justificar la íntima correlación entre “motivo”, “contenido” y “finalidad” del acto (Cf. MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo” T. II, Págs. 330 y ss.). Por su parte, GARCÍA de ENTERRÍA considera que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho “los actos, que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales...”. Agregando que “..Particularmente importante es la existencia de motivación de los actos discrecionales... por estimar que la expresión de los motivos, en cuya virtud la Administración ha optado por una concreta solución entre las muchas posibles, es sencillamente fundamental a efectos del control jurisdiccional...” (“Op. Cit.”, T. I, Págs. 554/555)*”.

Como puede verse, la potestad discrecional no implica “*absoluta libertad de decisión*”, la misma está determinada por la existencia de elementos previos que coadyuvan a su determinación, y en definitiva los mismos forman parte del conjunto de motivos que serán contenidos en el considerando de un acto administrativo, como corresponde, por formar parte de la motivación del mismo acto.

Según nuestra posición el instituto de la potestad discrecional viene ligado con el “principio de eficiencia” que debe procurar cumplir la Administración en todo momento en un Procedimiento Administrativo, conforme a lo previsto en el art 2 del Decreto 500/91. (Lo que está en negrita nos pertenece).

Como es lógico de entender, la normativa existente no puede prever todas las posibles hipótesis de actuación, básicamente porque el Derecho no puede contemplar todos los posibles resultados, y a los efectos de poder dar agilidad y eficacia en la actuación administrativa, es que se reconoció la existencia de la potestad discrecional. Es más, muchos autores afirman que este instituto constituye una garantía de la buena administración.

1.3 Límites a la potestad discrecional que tiene el jerarca de la Administración

Claro que sí, y es más, dichos límites constituyen una garantía de protección de los ciudadanos, quienes son en definitiva los destinatarios de las decisiones discrecionales que toma la Administración.

Muchas veces se ha podido ver que a los efectos de conferirle mayor valor a dichas decisiones, se terminan transformando resoluciones concretas y específicas a actos

⁶ VARGAS MURILLO, Alfonso Renato. *op. Cit.* p. 4.

administrativos genéricos, como Decretos, pretendiendo convertir aspectos discrecionales en reglados, cuando en realidad continúan formando parte del elenco de decisiones discrecionales.

Al respecto, Gordillo ha dicho: ... *"El problema contemporáneo, con todo, es la tendencia administrativa a dictar reglamentaciones en exceso, que son fruto de una decisión discrecional y se transforman mágicamente en fuente de regulación. Por ello cabe tener presente que esta pseudo regulación administrativa es una de las grandes trampas de la administración contemporánea"*.

En lo que refiere a los límites, el citado autor ha precisado que: *"En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión, al par que la violación de las facultades regladas es usualmente más clara, al resultar de la mera confrontación del acto con la norma legal; así, la regulación es límite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos. Los principales límites que analizaremos ahora son los siguientes: la razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente; en otra formulación, la justicia), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), la buena fe, el alterum non lædere"*.⁷

... *"Razonabilidad Sustento fáctico y motivación. La decisión "discrecional" del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es "irrazonable," lo cual puede ocurrir cuando: a) No exprese los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr"*.

Además de la razonabilidad, se ha dicho que se debe de respetar el principio de proporcionalidad, el cual afirma que: *"Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad," refiriéndose a la finalidad "que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes."* La proporcionalidad entre: a) el fin de la ley y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal⁸.

Además de lo enunciado, se suma el principio general de la no desviación de poder, el cual afirma: *"La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con "desviación de poder," sea: a) Por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); b) con un*

⁷ GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas". Buenos Aires, F.D.A., 2013. Tomo 1 parte General. Capítulo X "Clasificación jurídica de la función administrativa". "Los Límites a la Actividad Discrecional" p.X26.

⁸ GORDILLO, Agustín. *Cit. op.* P X29.

fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (p. ej., el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (p. ej., para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales). La desviación del poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza.)⁹.

CAPÍTULO 2

2.1 El Principio de Imparcialidad de la función pública cuando estamos en presencia de la potestad discrecional de la Administración

Podemos decir que la imparcialidad del funcionario constituye y ha constituido uno de los principios básicos del Derecho Administrativo, y a pesar de llamarlo “*principio*”, podemos recalcar que existen disposiciones expresas que refieren al mismo, muchas de las cuales se pueden extraer de nuestra Constitución Nacional y normas legales diversas, dentro de las cuales se citan a continuación:

2.2 Derecho Positivo

-El art 58 de la Constitución el cual prevé: “*Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie. No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes*”.

-El art 59 de la Constitución establece: “*La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario*”.

-Art 20 de la Ley 17.060 dice: “*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*”.

-Art 21 de la Ley 17.060 expresa: “*Artículo 21.- Los funcionarios públicos observarán los principios de respeto, imparcialidad, rectitud e idoneidad y evitarán toda conducta que importe un abuso, exceso o desviación de poder, y el uso indebido de su cargo o su intervención en asuntos que puedan beneficiarlos económicamente o beneficiar a personas*

⁹ GORDILLO, Agustín. *Cit. op.* P X29, X30.

relacionadas directamente con ellos. Toda acción u omisión en contravención del presente artículo hará incurrir a sus autores en responsabilidad administrativa, civil o penal, en la forma prescrita por la Constitución de la República y las leyes”.

-Art 29 Ley N° 19.121 del Estatuto del funcionario público prevé: *“(Enumeración de deberes y obligaciones).- Los funcionarios deben actuar con arreglo a los siguientes deberes y obligaciones: 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”.*

-Art 16 del Decreto N° 30/03 de Normas de Conducta de la Función Pública prevé: *“Imparcialidad. El funcionario público debe ejercer sus atribuciones con imparcialidad (art. 21 de la ley 17.060), lo que significa conferir igualdad de tratamiento en igualdad de situaciones a los demás agentes de la Administración y a todas las personas a que refiera o se dirija su actividad pública. Dicha imparcialidad comprende el deber de evitar cualquier tratamiento preferencial, discriminación o abuso del poder o de la autoridad hacia cualquier persona o grupo de personas con quienes su actividad pública se relacione (art. 8° de la Constitución y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por el artículo 15 de la ley 15.737 de 8 de marzo de 1985). Los funcionarios deberán excusarse de intervenir o podrán ser recusados cuando medie cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad, estando a lo que resuelva su jerarca”.*

2.3 Posición de la Doctrina

Después de haber hecho este recorrido por las diversas normas que de manera directa o indirecta refieren al principio en cuestión, ahora vamos a esbozar lo que considera la Doctrina respecto al mismo.

En este caso Emilio Biasco ha dicho que: *“Desde el punto de vista negativo, el principio de imparcialidad expresa la necesaria separación entre política y administración en lo que refiere al funcionamiento de la Administración Pública. Se refiere a la exigencia de que la Administración, en el ejercicio de sus funciones, valore y actúe los intereses públicos, sin sufrir desviaciones por intereses personales del agente, o intereses de grupos de presión públicos o privados, partidos políticos. Desde el punto de vista positivo, expresa que la Administración, sobre la base de la distinción entre parte (parcialidad) y todo (imparcialidad), debe valorar y comparar los distintos intereses que están en juego en la actividad administrativa, de modo que la elección constituya el resultado de un armónico moderamiento de los diversos intereses (Allegretti)... Asimismo, la imparcialidad constituye un corolario del principio de transparencia de la actuación administrativa, en cuanto control democrático de los ciudadanos, sobre la acción de la misma”... “la violación del principio de imparcialidad conduce a la ilegitimidad del acto, bajo el perfil del exceso del poder, por ausencia de una ponderada comparación entre los diversos intereses, públicos y privados, sobre los que el acto incide”.*¹⁰

¹⁰ BIASCO, Emilio. “El Principio de imparcialidad y sus corolarios: la excusación y la recusación”. Disponible en: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/imparcialidad.PDF>, fecha de consulta 13/17.

Vemos claramente el papel fundamental que trae consigo el principio de imparcialidad, el cual permite constituir una especie de límite de determinados intereses de agentes políticos, ideológicos, y de cualquier otro tipo de influencias externas. Y por ende podríamos considerar además que constituye también un límite agregado a la “Potestad Discrecional” que tendrá a su cargo la Administración.

No puede desconocerse que las Direcciones de los Organismos Públicos, conllevan una naturaleza política detrás de ellas. Los jefes son designados por el Presidente de la República y no por la ciudadanía, y es de entender que un partido político que haya resultado electo por la ciudadanía para gobernar, va a colocar en las diversas instituciones figuras políticas o afines al sector o partido político de que se trate.

Este hecho permite afirmar que los jefes cuando asumen sus cargos ya ingresan con determinados ideales e intereses sectoriales. Y es por eso que para evitar el ejercicio de dichos ideales e intereses políticos y la desviación de la función pública al dictar actos administrativos discrecionales, es que consideramos primordial la aplicación como límite del principio de imparcialidad del funcionario público.

El jefe al tomar decisiones discrecionales debe de actuar de acuerdo al principio de independencia o imparcialidad en la función pública, y pensar más allá de la posición política que ostenta. Debe de pensar en favor del interés público que representa, y del interés general. Las decisiones que tome el jefe durante su ejercicio deben de ser o tratar de ser lo más objetivas posibles, fundadas, motivadas, valoradas, apreciadas desde el punto de vista de su legitimidad.

Emilio Biasco ha considerado que diversos institutos son necesarios y que por ende efectivizan el principio de imparcialidad, siendo los mismos:

- *“los llamados y los concursos abiertos;*
- *las comisiones paritarias;*
- *la abstención y la recusación;*
- *la participación de terceros en el procedimiento administrativo;*
- *el contradictorio;*
- *la congrua motivación de los actos;*
- *el principio de publicidad y las notificaciones;*
- *el principio de buena fe objetiva;*
- *la lealtad de comportamiento por parte de la Administración;*
- *la eliminación de disparidad de trato como síntoma del vicio de exceso de poder”¹¹.*

Como podemos ver en virtud de lo enunciado, actuar en contra del principio de imparcialidad, y por ende ser parcial por algo, o por alguien, implica tener conducta funcional que no se encuentra orientada conforme al interés público, sino por lo contrario, se utiliza a la función pública como una posibilidad de concreción de las aspiraciones personales, privadas, sectoriales, o políticas.

¹¹ BIASCO, Emilio. *op. Cit.* p. 8.

... “*el interés público se relaciona con nuestra dimensión social en el aspecto que conlleva lo político pero también, aun sin conllevar lo político, trasciende de lo meramente privado al ocupar un espacio que necesariamente es genéricamente compartido por requerirlo el adecuado desarrollo de la personalidad*”.¹²

Es por esto que dicha sujeción a tal principio se reitera y reafirma continuamente en diversas normas, cuando según nuestra opinión es casi innecesario que así se haga, puesto que el mismo se encuentra consagrado en diversas disposiciones ya enunciadas de nuestra Carta Magna.

Ahora bien, el Decreto N° 30/003 prevé que cuando el funcionario público incurre en violación de alguna de las disposiciones previstas en el mismo será pasible de un procedimiento disciplinario. Esto es así, en virtud de lo previsto en el Artículo 38° cuando dice lo siguiente: “*Faltas disciplinarias*). *El incumplimiento de los deberes explicitados en este decreto y la violación de las prohibiciones contenidas en él constituirán faltas disciplinarias.*”

Podemos ver que evidentemente una actuación contraria a los deberes enunciados por la norma, constituye una falta disciplinaria. Y hemos visto que el deber de actuación conforme al principio de imparcialidad es uno de dichos deberes, por lo tanto una decisión discrecional de la administración que sea dictada en contra del principio de imparcialidad será contraria a Derecho.

2.4. Opinión de la Jurisprudencia del TCA

-En sentencia N° 232/2016 de fecha 24 de mayo de 2016 ha precisado que: “*entendida ésta como aquella que busca preservar la relación del Juzgador con el objeto del proceso y que se dirige a asegurar que quienes intervengan en la resolución de un recurso se acerquen al mismo sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo que pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María: “La Imparcialidad en el Procedimiento Administrativo: Abstención y Recusación”, Thomson Reuters-Aranzadi, 1ª Edición, Navarra, 2012, pág. 27) de integral aplicación subespecie*”.

-*Sentencia N° 560/2015 de 4 de agosto de 2015*: “Por último, y en lo que respecta a la denunciada violación del principio de imparcialidad (arts. 20, 21 de la Ley 17.060, art. 16 del Decreto No. 30/003, arts. 2, lit. a), y 3 del Decreto No. 500/991), se estima de recibo el planteo, habida cuenta que el órgano público, por su actuación defectuosa y desviada, dispensó inequitativo tratamiento a diversos agentes de la Administración que operaban como destinatarios del obrar estatal. Para ello, se actuó sin objetividad, neutralidad, desconsiderando la labor funcional del reclamante con el inequívoco propósito de beneficiar otras situaciones funcionales en lugar de priorizar el interés público”.

¹² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Improbidad del Funcionario Público” disponible en www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload?2,4,1240,O,S,0,27940%3BS%3B1%3B108, fecha de consulta 13/1/17.

CAPÍTULO 3

3.1 Aplicación del Principio de Imparcialidad respecto al funcionario asesor o técnico de un Organismo del Estado y la conjugación del deber de obediencia con el de Ética de la Función Pública

Bien hemos dicho que el Jerarca de la Administración tiene en determinados momentos la potestad de dictar actos administrativos reglados, pero también discrecionales. En este último caso, las decisiones que toma son extrajurídicas, ya que se basan en diversos aspectos o motivos que pueden ser técnicos, económicos, políticos, pero en definitiva la decisión final debe de respetar el interés público

La mayoría de las veces el jerarca solicita informes técnicos y jurídicos respecto a determinadas cuestiones previo a resolver en particular, y es aquí donde debemos recalcar que la voluntad decisora del jerarca es y debe de ser totalmente independiente de los asesoramientos existentes en el expediente administrativo, y viceversa, los asesoramientos técnicos y jurídicos deben de ser realizados con la absoluta independencia técnica que implica una actuación funcional imparcial por parte del funcionario público.

3.2 Manifestación del principio de imparcialidad de un funcionario público profesional que ocupa un cargo de asesor en un Organismo del Estado

Esta respuesta es simple, se manifiesta en el sentido de que existe una obligación de brindar un asesoramiento técnico, jurídico u económico objetivo, imparcial, desprovisto de cualquier sugerencia, influencia, elocuencia que pueda darse al mismo. Si el funcionario asesor se encontrase de alguna manera influenciado a que se modifiquen las conclusiones postuladas en su informe, vemos que aquí claramente existiría una transgresión al principio de independencia técnica y por ende al de imparcialidad.

Esta situación es fundamentalmente aceptada por la doctrina, ya que se postula la existencia de independencia técnica que debe de tener y cumplir el funcionario asesor. El mismo ha sido contratado por el Organismo por sus competencias y su conocimiento, no así por su influencia política, sectorial o ideológica. Y tal es así, que el funcionario de carrera subsiste más allá de los diversos cambios de gobierno y por ende cambios de jerarquía que pueda tener el lugar en el cual se desempeña.

Los profesionales asesores o técnicos que fueron contratados por el Estado, tienen como cliente al Estado, pero este hecho no significa que conforme al deber de obediencia debida y al principio de jerarquía funcional deban de informar conforme a los intereses que presenta el Estado. En absoluto.

Si bien el cliente es el Estado, el mismo contrata asesores con el fin de poder determinar con la absoluta conciencia la toma de sus decisiones, pudiendo tener previo a resolver un pleno conocimiento e información de cuáles podrían llegar a ser las posibles consecuencias en las que desembocará tal o cual toma de decisión.

El Estado, por la función que tiene a cargo debe de ser absolutamente responsable en el ejercicio de su función de las resoluciones que dicte. Y estas dependerán en parte del producto o resultado de opiniones técnicas, económicas y jurídicas que el mismo pueda recabar.

Por otra parte los funcionarios profesionales que fueren contratados por el Estado, se deben a la función, y como bien hemos visto *"están al servicio de la nación"*, y no de los intereses particulares que pueda tener el Organismo en el cual se desempeñan.

La RAE define al concepto de Nación como: *"conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo Gobierno"*. Por otro lado nuestro artículo primero de la Constitución al hablar de Nación y Soberanía establece lo siguiente: *"La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio"*. Éste es el concepto de Nación que tenemos en nuestro sistema jurídico, y es ante todos los habitantes que se deben los funcionarios públicos, entre los que se encuentran los funcionarios profesionales asesores de los Organismos del Estado.

... *"En definitiva, en la cabeza de todo funcionario público, incluidos los asesores letrados del Estado, la idea que debe subyacer es la necesidad de brindar sus servicios o ejecutar órdenes del modo más eficaz y eficiente, no pensando en su persona o exclusivamente en los intereses del Estado sino teniendo presente siempre el objetivo de acercar a la sociedad al bien común"*.¹³

La manera en que los funcionarios públicos profesionales o asesores del Estado ejercen su función y por ende realizan su actividad es mediante asesoramientos o informes técnicos, objetivos, jurídicos, los cuales resultan ser objetivos, precisos, analizados, estudiados, contemplando las diversas consecuencias posibles que pueda tener determinada decisión.

Pero no solamente mediante asesoramientos escritos por medio de informes es que se manifiestan, sino también asesoramientos y sugerencias verbales. Pero como sobre las últimas no queda constancia alguna ni registro de las advertencias que han brindado los asesores frente a consecuencias negativas que pueda acarrear la actuación de la Administración, a veces se estima afirmar que la tarea de los mismos se traduce únicamente en los dictámenes solicitados, pero esto no es así.

Cabe destacar que es casi seguro que las posibles consecuencias negativas que hayan podido ocurrir ya hubieran sido advertidas previamente, pero a pesar de eso hayan resultado ser desatendidas por la jerarquía. Pero además está decir, que el jerarca no tiene el deber de sujetarse a los dictámenes técnicos y jurídicos, ya que los mismos no resultan vinculantes.

Tanto de una manera (dictamen técnico) como de otra (asesoramiento verbal), el funcionario asesor se encuentra regido por un principio denominado *"independencia técnica"*, y debe de respetarlo en el ejercicio de su función.

... *"Dice Méndez, citado por Rotondo: "el dictamen o consulta, en cuanto traduce un juicio, opinión y hasta consejo del inferior tiene necesariamente que emanar de una voluntad libre, esto es, no sujeta ontológicamente, al poder de mando del superior (...) se trata de discrecionalidad en lo sustantivo o de fondo, en lo que es objeto de examen del consultado que no afecta el orden jerárquico. Dentro de los órganos activos esa discrecionalidad natural existe para órganos eminentemente técnicos"... "En suma, si no existiera la subordinación habría anarquía, pero, si no existiera la independencia técnica, habría autoritarismo. Solo un buen equilibrio entre subordinación e independencia"*

¹³ FAGET, Cecilia. "La Ética del Asesor Letrado de la Administración" en *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año VIII, n° 15 (2009), Monografía Estudiantil, p 215.

técnica garantiza la democracia, justicia y derechos de los Administrados”... “El asesor letrado del Estado, por tanto, puede y debe ampararse en la independencia técnica como herramienta que garantice la independencia de su opinión y saber técnico, por encima del interés personal del jerarca o del propio Estado”... “En otras palabras, el asesor letrado de la Administración tiene el poder-deber de acudir y ampararse en la independencia técnica como modalidad de centralización jurídica siempre que entienda que el interés del Estado no sea armonizable con la norma de derecho”.¹⁴

Cabe agregar que el denominado “Principio de Independencia” se encuentra plasmado además en el Código de Ética de los Profesionales, destacándose en este caso en particular el Código de Ética de los Abogados aprobado por la Asamblea General Extraordinaria de Socios del Colegio de Abogados del Uruguay (Sesiones del 5/12/02 al 14/5/03).

Si nos disponemos a leer el capítulo referente a “Deberes y Responsabilidades del Abogado”, podemos ver que en el numeral 2.4 se encuentra prevista la Independencia técnica, expresando lo siguiente: *“El Abogado tiene el derecho y el deber de desempeñar su profesión con absoluta independencia técnica, tanto respecto de su propio interés como de las presiones externas, y debe abstenerse de comprometerla para complacer a su cliente, al Tribunal o a terceros. Se aplica sin limitaciones a toda intervención profesional, en ejercicio de la defensa o del asesoramiento legal, a personas públicas o privadas, exista o no relación de dependencia por razón de empleo”.*

Creemos que está por demás demostrada la importancia de la existencia de dicho principio, y por ende la importancia en radicar el cumplimiento del mismo.

La doctrina sostiene que la independencia técnica de los asesores letrados en la Administración constituye una garantía para los administrados, para los ciudadanos, ya que en definitiva terminan siendo los destinatarios de la mayoría de las decisiones que se toman en la Administración, o resultan afectados por las mismas de forma indirecta.

Si la expresión de conocimiento y de técnica que esboza un técnico asesor se encontrase influenciada, viciada, o presionada por un jerarca, se estaría atacando la ética del funcionario público, y además, los intereses públicos que el Estado debe de proteger, que en definitiva son los intereses de los ciudadanos, del pueblo y del elector.

Al respecto puede verse lo siguiente: *“La opinión de un asesor letrado, en ningún momento debería verse viciada éticamente en aras de la tutela del interés del propio Estado. Sería una gran ironía que el propio Estado, regulador de todas las normas de derecho y quien en definitiva debe velar por su cumplimiento en aras del fin social, sea quien perturbe y hasta vulnere la aplicación objetiva de la norma de derecho. La misión del asesor letrado es ajustar a derecho el poder del Estado”.¹⁵*

Un tema no menor radica en la situación en la cual se puede encontrar un funcionario asesor cuando el jerarca le impone una orden la cual es considerada contraria a derecho o a la ética de dicho funcionario.

En virtud de la existencia de este tipo de disyuntivas existentes en la Administración, fue que se previó en el art 29 numeral 3 de la Ley N° 19.121 (Estatuto del funcionario público) en los siguientes términos: *“(Enumeración de deberes y obligaciones).- Los funcionarios*

¹⁴ FAGET, Cecilia. *Op. Cit.* p. 218.

¹⁵ FAGET, Cecilia. *Op. Cit.* p. 221.

deben actuar con arreglo a los siguientes deberes y obligaciones: 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”.

CAPÍTULO 4

4.1 Decisión Discrecional de la Administración con riesgo de convertirse en Arbitraria

Al respecto se ha dicho que: *“La arbitrariedad, en cambio, se caracteriza por expresar la voluntad ilegítima de quien ejerce el poder; no constituye una potestad reconocida por el derecho sino una definición que se halla fuera del derecho y se extiende a los principios generales, en una suerte de consecuencia del bloque de legalidad”*.¹⁶

Sumado a lo anterior se puede decir que: *“la arbitrariedad según la RAE es el “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.” (Real Academia Española, 2001). Por tanto la arbitrariedad por el solo hecho de proceder en contra de la razón es opuesta a la discrecionalidad. Por su oposición a la ley, antijurídico, y por proceder contra la justicia es contraria a los fines valorativos del Derecho”*¹⁷.

Ahora bien, si pretendemos analizar de qué manera podemos darnos cuenta cuando estamos frente a un acto arbitrario y no discrecional debemos de plantearnos cuáles son los elementos que permiten que nos demos cuenta de esta situación.

El art 123 del Decreto 500/91 preceptúa lo siguiente: *“Artículo 123. Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada”*.

Podemos ver que el principio general en materia de Derecho Administrativo refiere a que los actos que dicte la Administración deben de contar con una motivación.

4.2 En presencia de un acto arbitrario de la Administración

Cuando estamos frente a un acto arbitrario podemos encontrarnos con que el mismo no cuenta con la debida motivación del acto administrativo.

... *“Para el profesor Ramón Fernández, la ausencia de motivación es lo primero que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, porque si no hay motivación que sostenga el acto, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien lo adopta. “La necesidad de que las decisiones administrativas puedan reportar una explicación objetiva, no es una invención del estamento de los juristas para su propio recreo o para auto afirmar su hipotética preeminencia estamental en el sistema político, es, más bien,*

¹⁶ ARIAS GAYOSO, Grethel. *Cit. op.* p 20.

¹⁷ VARGAS MURILLO, Alfonso Renato. *Cit. op.* P 5.

*una forma imprescindible de búsqueda del consenso democrático en la sociedad actual. Se trata de un esfuerzo puramente de justificación de las decisiones que muestra su carácter por ello la imprescindible legitimidad de ejercicio de sus autores, que la comunidad, que no acepta ya la mera imposición de las mismas por vía coactiva, inexcusablemente reclama”.*¹⁸

CONCLUSIÓN

Creemos firmemente que ha quedado por demás demostrado que nuestra intención fue explicar que los principios de la “Ética de la Función Pública” y el de “Imparcialidad del Funcionario Público” en el ejercicio de la función están de alguna manera por encima de la “Potestad Discrecional” que pueda ejercer la Administración, de modo que esta última al actuar conforme a la misma no debe desconocer ni vulnerar principios fundamentales que de alguna manera forman parte del ordenamiento jurídico y radican en propiciar las debidas garantías para la función pública, así como para los funcionarios en el ejercicio de las tareas que llevan a cabo y como garantía para los ciudadanos, quienes son en definitiva los destinatarios de los efectos de las decisiones que dicta la Administración y por ende los beneficiarios o perjudicados por los mismos.

La administración puede resolver discrecionalmente determinadas asuntos, pero cuando utilice a los funcionarios como asesores técnicos necesarios en forma previa a la decisión a tomar, deberá contemplar la existencia del principio de imparcialidad y de independencia técnica por encima de todo, sin vulnerarlos, ya que controvertir los mismos implicará una actuación funcional pasible de ser denunciada por violación a las normas de conducta de la función pública.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALEMÁN PARDO, María José. “Acerca de las Diferencias entre Discrecionalidad y Arbitrariedad en la Actuación de la Administración”, disponible en: www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=96, fecha de consulta 13/1/17.
- ARIAS GAYOSO, Grethel. “A vueltas con la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*, N° 5 (2010), pp. 11-26, disponible en: <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/814/816> fecha de consulta 12/1/17.
- ARTECONA GULLA, Daniel. “Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y Conveniencia de la Consagración Legal de Potestades Discrecionales a favor de la Administración”, en *Revista de Facultad de Derecho UDELAR*, N° 30 (2011), disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/85>, fecha de consulta 12/1/17.
- BIASCO, Emilio. “El Principio de imparcialidad y sus corolarios: la excusación y la recusación”. Disponible en: “<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/imparcialidad.PDF>”, fecha de consulta 13/1/17.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Improbidad del Funcionario Público” disponible en www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload?2,4,1240,O,S,0,27940%3BS%3B1%3B108, fecha de consulta 13/1/17.

¹⁸ ALEMÁN PARDO, María José. “Acerca de las Diferencias entre Discrecionalidad y Arbitrariedad en la Actuación de la Administración”, disponible en: www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=96, fecha de consulta 13/1/17.

- FAGET, Cecilia. “La Ética del Asesor Letrado de la Administración” en *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año VIII, n° 15 (2009) , Monografía Estudiantil, p 215.
- GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”. Buenos Aires, F.D.A., 2013. Tomo 1 parte General. Capítulo X “Clasificación jurídica de la función administrativa”. “Los Límites a la Actividad Discrecional” p.X26
- VARGAS MURILLO, Alfonso Renato. “Arbitrariedad, Discrecionalidad y libertad en la figura de la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho y Cambio Social*, (2015) disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/ARBITRARIEDAD_DISCRECIONALIDAD_Y_LIBERTAD.pdf, fecha de consulta 12/1/17.

Fecha de recepción: 19 de enero 2017.

Fecha de aceptación: 10 de marzo 2017.

VIOLENCIA DE GÉNERO EN ADOLESCENCIA Y NUEVOS RITOS DE INICIACIÓN SEXUAL

*José Enrique Pons**

RESUMEN. *La adolescencia es un proceso evolutivo, que conduce gradualmente a la autonomía y autoexpresión del menor, con expansión de conocimiento, competencias y comprensión, tanto por los cambios cerebrales como por la educación. Se acepta actualmente que los y las adolescentes son sujetos de derecho, reconocidos por convenciones internacionales y leyes nacionales. La progresiva consolidación de la autonomía de la mujer, ha pasado a ser cuestión de especial atención, como parte de la libertad de la persona. Dentro de los criterios de libertad de elección, considerada como derecho de los adolescentes se cuenta la elección propia sobre sexualidad. Sin embargo, los condicionantes sociales y culturales siguen teniendo peso enorme en consecuencias negativas para mujeres adolescentes, determinando una particular vulnerabilidad. Vivimos en una época en que muchas decisiones se toman en base a la opinión de liderazgos fuertes en los grupos de pertenencia. La imposición de criterios vulnera la pregonada autonomía personal, pero la necesidad de “pertenecer” lleva a que muchas adolescentes acepten nuevos “ritos de iniciación sexual”, manipulativos y deshumanizantes, alejados de la sexualidad sana y gratificante. Las estadísticas nacionales demuestran que Uruguay no es ajeno a ese fenómeno. Sin embargo, aunque el panorama parece desalentador, existen ejemplos de programas educativos exitosos, que conducen a reconocer que la sexualidad es una dimensión humana buena, saludable y gratificante, pero que exige autocuidado, así como cuidado y respeto de los congéneres. Los y las adolescentes deben ser escuchados, respetados, apoyados. Es imprescindible contribuir a que sean capaces de forjar su propio destino.*

* Doctor en Medicina UDELAR. Presidente de la Academia Nacional de Medicina. Ex Profesor Titular de Clínica Ginecotológica, Facultad de Medicina, Universidad de la República. Correo electrónico: jeqpons@gmail.com

ABSTRACT. *Adolescence is an evolutionary process gradually leading to autonomy and self-expression of minors, with increasing knowledge, skills and understanding, both as a consequence of brain maturation and education. Adolescents are admittedly Subjects of Right, as stated in International Conventions and National Laws. A progressively consolidated idea of the autonomy of women has become an issue of special attention, as part of personal freedom. Own decisions about sexual options count among the criteria of freedom of choice, accepted as a right of adolescents. However, social and cultural conditioning factors still account for heavy negative consequences for adolescent women, which may suffer especial vulnerability. This is a time when many decisions are based on the opinions of strong leaders. This kind of imposition infringes the preached personal autonomy, but the need of “being part of” pushes many adolescent women into new “sex initiation rites”, accepting manipulative and dehumanizing behaviors, far apart from a healthy and gratifying sexuality. National statistics show that Uruguay is not free of this situation. Though the picture looks discouraging, there are some examples of successful educational programs, aimed at leading young people to recognize sexuality as a good, healthy and gratifying human dimension, but also one that demands self-care, as well as partner’s care and respect. Adolescents, boys and girls, must be heard, esteemed, and supported. Contributing to help them forge their own destiny is mandatory.*

PALABRAS CLAVE. *Adolescencia. Género. Iniciación sexual. Derechos. Igualdad.*

KEYWORDS. *Adolescence. Gender. Sexual initiation. Rights. Equality.*

1. MIRADAS MÚLTIPLES SOBRE “ADOLESCENCIA”

Se repite desde fines del s. XVIII, que “adolescencia” es un invento de Jean Jacques Rousseau, quien lo habría expuesto en “Emile”¹. En buena medida esta opinión está basada en el hecho de que muchas de las definiciones de adolescencia encuentran base en doctrinas sociales y Rousseau presentaba en esa obra sus ideas sobre roles sociales (no es este momento ni lugar para ingresar en los aspectos más discutibles de las opiniones rousseauianas). Sin embargo, los análisis más serios y exhaustivos van más allá y consideran todos los aspectos vinculados a ese período etario: los biológicos (centrados en la pubertad, aunque esta comienza antes que la adolescencia propiamente dicha y finaliza promediando la franja etaria), los psicológicos (aunque las diversas corrientes doctrinarias no alcanzan acuerdos en definiciones), los sociales (que han sido cambiantes a lo largo de la historia), los culturales (para los cuales cabe la misma observación anterior) y los jurídicos (en cierta medida – aunque no totalmente – relacionados con las diversas culturas). Una aproximación a lograr esa visión más integral, aparece en la obra de Hall, de 1904.

¹ ROUSSEAU J-J. *Émile ou de l’Éducation*. Disponible en: http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/emile/emile.html. Fecha de consulta: 23 abril 2016.

La caracterización negativa, presentando a los adolescentes como antisociales, irracionalmente rebeldes y destructores, ha sido una constante a lo largo de la historia. A Sócrates se atribuye la frase: *«Los jóvenes ahora aman el lujo. Tienen malos modales, desprecio por la autoridad, demuestran falta de respeto hacia los adultos y prefieren el parloteo en lugar del ejercicio»*. Con algunas variaciones, frases similares han sido repetidas hasta el presente. En honor a la verdad, la frase no es de Sócrates, sino de Kenneth John Freeman, un estudiante de Cambridge, que en 1908 dedicó su tesis de graduación a la educación en la antigua Grecia. Como resumen de sus hallazgos de reproches a los jóvenes griegos, por sus conductas y estilos de vida, escribió: *“Los cargos de los que se los acusaba eran lujo, malos modales, desacato a la autoridad, falta de respeto a los ancianos, y un amor por la charla en lugar de ejercicio”*. Muchas de esas críticas pueden ser consideradas hoy como travesuras o transgresiones menores, según ejemplificaba Freeman: *“Los jóvenes comenaban por ser los tiranos, y no los esclavos de sus hogares. Ya no se levantaban de sus asientos cuando un mayor ingresaba al cuarto, contradecían a sus padres, charlaban frente a los visitantes, engullían las golosinas de la mesa y cometían varias ofensas contra las costumbres helénicas, tales como cruzar las piernas. Tiranizaban a sus pedagogos y maestros”*².

La opinión se volvió más severa en épocas posteriores. San Bernardino de Siena dejó una frase memorable: *“Si yo fuera sienese como soy, y tuviera hijos como no tengo, haría con ellos lo que diré: en cuanto tuvieran tres años, los mandaría sin perder tiempo fuera de Italia, y que no volvieran hasta que hubiesen cumplido los cuarenta por lo menos”*.³

Estas opiniones cambiaron en los últimos tiempos, al menos en parte (aunque no necesariamente se concrete siempre en la práctica), en aceptación plena de la dignidad de la condición adolescente, basada en derechos y respetuosa de su grado de autonomía. Posiblemente la reticencia, o franco rechazo en muchos casos, obediencia a que simultáneamente han virado algunas conductas de los adolescentes. Esto requiere un análisis más detenido, lo cual constituirá un aspecto central de este artículo.

Los cambios sociológicos propios de fines del siglo XIX y en especial de la primera mitad del siglo XX, con la aparición de fenómenos políticos nuevos y el tremendo impacto sociocultural de las dos guerras mundiales –además de la irrupción en el ámbito socioeconómico, civil y político del nuevo rol de la mujer– tuvo para los adolescentes efectos removedores, entre ellos la oportunidad de establecer relaciones más estrechas y sostenidas con sus compañeros, de uno y otro sexo, lo que incluía extensos períodos de cortejo con varias parejas. La asociación de este proceso con la formación de la identidad y sus problemas, condujo al psicólogo y psicoanalista Erik Erikson a acuñar la idea de “crisis de identidad”. La eclosión de fenómenos de cuestionamiento de la ortodoxia vigente y rebelión contra el mundo de los padres, dio origen al “rebelde sin causa”, contemplado desde la perspectiva adulta, o “con causa”, visto desde la adolescencia.

La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por profundización y a veces radicalización de los cambios. Tener en cuenta ese fenómeno permitió entender cómo la evolución cognitiva

² FREEMAN KJ. *Schools of Hellas: an Essay on the Practice and Theory of Ancient Greek Education from 600 to 300 BC*. London: Macmillan and Co, 1908.

³ BERNARDINO DA SIENA (San). *Le prediche volgari di San Bernardino da Siena dette nella Piazza del campo l'anno 1427*. (Ed. L. Bianchi). Siena, Tip. Edit. all'inseg. di S. Bernardino, 1880.

y psicológica propia de la adolescencia, en conjunción con las influencias sociales, determinan no solo maduración, sino también, en ciertas condiciones, una particular vulnerabilidad, que tiene consecuencias en la génesis de algunos de los problemas que se observan en la práctica médica en general y en la ginecológica en particular, entre ellos los que motivan este trabajo.

Históricamente, la asistencia de patologías de adolescentes estuvo en manos de médicos generales. A medida que se tomó conciencia de que la edad determinaba condiciones especiales, los pediatras comenzaron a asumir la asistencia. Secundariamente, los ginecólogos tomaron a su cargo la patología especial de las mujeres adolescentes. La Organización Mundial de la Salud (OMS), aceptó—aunque no con peso de criterio definitivo—la propuesta de un grupo de expertos, de considerar que la adolescencia se extiende desde los 10 años cumplidos, hasta finalizar los 19⁴. Las reglamentaciones adoptadas por los organismos rectores de la sanidad de cada país, establecen franjas etarias para la actuación de pediatras y ginecólogos, no necesariamente ajustadas a esa definición, ni tampoco uniformes. Muchos médicos que no profesan esas disciplinas, son consultados por adolescentes, ya sea por preferencia personal, o por la ausencia de tales especialistas en los sitios de residencia.

En realidad, no escapa a nadie que el período de 10 a 19 años, aceptado convencionalmente, es útil a los efectos estadísticos comparativos. Pero no debe perderse de vista que, con criterio más integral, se amalgaman en esos diez años componentes biológicos, psicológicos, sociales, jurídicos, extremadamente diversos. Los primeros signos de desarrollo puberal se observan a edades diferentes según la etnia, la geografía, el clima o la alimentación. Las exigencias sociales impuestas a adolescentes dependen del sistema educativo, el nivel económico, las expectativas laborales. La edad de consentimiento para inicio de actividad sexual o para contraer matrimonio y para adquirir plenos derechos (también responsabilidades), varía según criterios ideológicos, entre ellos el sistema jurídico de cada país, la religión de estado—cuando existe— y la ética social vigente⁵.

Por todo esto, los problemas de salud de los adolescentes, no pueden ser abordados con visión exclusivamente médica (en el sentido restringido, biologicista). Se fracasará si no se tienen en cuenta los otros componentes. El sociólogo Lawrence K. Frank llamó la atención sobre el hecho de que la “rebelión adolescente” es un comportamiento normal, propio del desarrollo, y que si no se lo entiende como tal, la ayuda médica a los adolescentes se resiente. En la tarea asistencial, es necesario mantener tolerancia hacia algunas actitudes y conductas de rebeldía, con comprensión, aunque sin llegar a la aceptación resignada, cómplice, de extralimitaciones mayores.

Una asistencia adecuada, por tanto, exige tener información sobre los condicionantes psicológicos y sociales que impactan sobre la salud en la adolescencia, desarrollar actitud positiva para involucrarse en la ayuda requerida, poseer conocimiento de las herramientas diagnósticas especiales y manejo juicioso de las opciones terapéuticas. Exige también capacitación en trabajo interdisciplinario, adecuado recurso a derivaciones, y compromiso

⁴ OMS. La salud de los jóvenes: un desafío para la sociedad. Informe de un Grupo de Estudio de la OMS acerca de los jóvenes y la “Salud para Todos en el Año 2000”. Organización Mundial de la Salud. Serie de Informes Técnicos 731. Ginebra, 1986, pp. 11-13.

⁵ PONS JE. Adolescencia, adolescentes, ginecología y ginecólogos. Anales de la Facultad de Medicina, Universidad de la República, Uruguay 2015; Vol. 2, pp. 9-20.

ético⁶. Los criterios preventivos deben orientarse a los problemas propios de la edad, así como a las consecuencias que algunos de esos problemas, que comienzan en la adolescencia, tendrán en la edad adulta. Los problemas de salud de las mujeres adolescentes merecen consideraciones propias, diferentes de las observadas en varones.

Sin embargo, en la práctica clínica se traiciona a diario la individualidad de cada adolescente, fruto de la particular conjunción de todas esas variables. No existen dos adolescentes idénticos. En algunos ámbitos, como el legal, los límites deben ser generales. La legislación formula una regulación genérica que no implica el estudio individual de cada persona. Por ejemplo cuando se establece la mayoría de edad en los 18 años, se está tomando un criterio a partir del cual se adopta una solución para el tratamiento de las diferentes franjas de la población, con consecuencias tanto en el plano penal, como socio-económico y familiar. Así, se considerará a todos los que tengan 18 años mayores de edad y por tanto serán imputables en materia penal, a diferencia de todos aquellos que no hayan cumplido aún esa edad quienes tendrán otro tipo de tratamiento ante conductas ilícitas en su condición de menores de edad. Esto se evidencia también en lo que refiere al derecho a recibir por parte de sus progenitores pensión alimenticia incluyendo la satisfacción de todas sus necesidades (alimentación, vestido, salud, vivienda, educación). Si bien la norma prevé que dicho derecho se puede extender a los 21 años en caso de adolescentes que no trabajan y estudian, puede verse claramente que el límite legal general se ha establecido en ese específico momento con la excepción expresada. Ello ha sido así, no en consideración de la especial madurez o capacidad de una persona en particular, sino en términos genéricos en forma igualitaria y sin atención de su individualidad.

Por tanto, al momento de aplicar la norma el juez debe analizar lo que establece la ley. La que determinará incluso hasta su ámbito de competencia en materia penal, menores, violencia doméstica o familiar. Lo que no implica por cierto que no exista la posibilidad de que ante un conflicto suscitado por una situación puntual y singular, los magistrados, sin apartarse del precepto legal, puedan resolver el mismo con el margen de apreciación que estimen adecuado en base a la interpretación de la norma, y en atención a las circunstancias fácticas y demás condicionantes que lo determinen (a modo de ejemplo, existencia de agravantes o atenuantes).

Ahora bien, sin perjuicio de la regulación que el ordenamiento jurídico ha establecido para resolver y potenciar la convivencia pacífica entre los diversos individuos, en la forma que se agrupen (alejándonos desde nuestro concepto de un único tipo familiar sino bajo el entendido que existe una gran diversidad de formas de convivencia familiar); la medicina debe interiorizarse por la situación concreta e individual de ese ser humano que requiere asistencia o asesoramiento en el ámbito de la salud. Y para ello debe atender la particularidad existencial de la condición del sujeto sin ningún tipo de consideración genérica. Sino desde su singular condición humana, irrepetible y diversa por esencia.

Eso implica que sin apartarse de la regulación legal que pueda determinar su campo de actuación, el equipo médico asume desde el inicio la consigna de que “todos somos diferentes ante la medicina”. El aforismo “no hay enfermedades sino enfermos” lo traduce

⁶ PONS JE. Ética y derechos humanos en la atención de adolescentes. En: Giurgiovich AJ, De la Parra I, Escobar de Fernández ME (Editoras). Ginecología Infanto juvenil. Un abordaje interdisciplinario. Buenos Aires. Journal, 2015 pp. 22-26.

adecuadamente. Y si es verdad en medicina en general, lo es con más razón en la asistencia de adolescentes, que están viviendo una etapa de urdimbre enmarañada e inestable, entre cambios interiores e influencias exteriores, como no se dan en otra época de la vida⁷.

Todas las perspectivas arriba resumidas desbordan lo “médico”, pero adquieren tintes especiales, porque muchos de los juicios negativos del pasado se fundaron sobre supuestas razones bio-médicas. El más recurrido fue el de la “inmadurez” de los adolescentes. Esa franja etaria se encontraba “en camino a...” la madurez, la cual se alcanzaba al llegar la edad adulta. Resulta extremadamente difícil erradicar la idea de inmadurez de la mente de muchos médicos, en especial cuando se tiene en cuenta que para algunas funciones orgánicas, la madurez no se alcanza hasta promediar la década que la OMS acepta como “adolescencia”. La más clara es la función reproductora, que se logra hacia los 12 años, pero llega a los resultados mejores (de menor “riesgo” biológico) hacia el final de los 15.

A esto debe agregarse la persistente falacia de la inferioridad femenina, que se remonta a concepciones como la hipocrática, postulando que en el sexo femenino predominaba la frialdad y humedad, lo cual hacía de las mujeres seres más endebles, y “justificadamente” personas subalternas. A lo largo de la historia, una extensísima lista de médicos, filósofos, juristas, educadores y religiosos, siguieron afirmando la inferioridad de la mujer. Aún los hay hoy.

Vivimos en una época en que se han dado pasos importantes –aunque no definitivos– para intentar revertir tanto la denostación de la condición de adolescente, varón o mujer, como la perversa idea de la inferioridad biológica, psicológica, emocional e intelectual de la mujer. La doctrina admitida en la parte del mundo que más ha progresado en este sentido, considera a los y las adolescentes como sujetos de derecho.

En el año 1979 se produce un hito significativo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en un documento que constituye una primera señal específica de un consenso internacional en relación a la situación de las mujeres y la necesidad de que sus derechos sean efectivamente protegidos en un plano de igualdad. Este tratado que Uruguay ratificó por Decreto Ley 15164 de 4 de agosto 1981, establece la igualdad del hombre y la mujer en las esferas política, económica, social, cultural, civil o de cualquier otra. Define como discriminación “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. (artículo 1). La Convención que ha sido también parámetro inspirador de múltiples regulaciones nacionales, establece la obligación por parte de los Estados de “modificar patrones socio culturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de perjuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

⁷ PONS JE. Ética y derechos humanos en la atención de adolescentes. En: Giorgiovich AJ, De la Parra I, Escobar de Fernández ME (Editoras). Ginecología Infanto juvenil. Un abordaje interdisciplinario. Buenos Aires. Journal, 2015 pp. 22-26

Adoptada en el ámbito de la OEA, reviste especial consideración el compromiso asumido por los Estados al aprobar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, adoptada el 9 de junio de 1994 y ratificada por Uruguay por ley 16735 en el año 1995. Constituye una segunda etapa del punto de vista de la evolución paulatina de la protección de los derechos de las mujeres, focalizada en la violencia como forma de discriminación y anulación de la persona. El tratado establece que las mujeres (niñas, adolescentes, adultas o ancianas) habrán de ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La vida libre de violencia incluye “el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación”. Entre las múltiples medidas que recomienda esta norma internacional encontramos algunas cuya proyección reviste especial interés, tal cual veremos más adelante. Concretamente el “fomento y apoyo a programas de educación que apunten a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer”. Además, la necesidad de “alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas”. La convención insta a fortalecer su protección, con énfasis en las mujeres menores de edad, en función de su situación de vulnerabilidad.⁸

El Uruguay, en armonía con estas normas internacionales, adopta entre otras, dos leyes significativas que merecen destacarse en tanto incorporan estándares internacionales. En 2002 la ley de violencia doméstica (17514) declara de interés general todas las actividades orientadas a su prevención, detección temprana, atención y erradicación. Incluye cuatro manifestaciones de violencia: física, psicológica o emocional, sexual y patrimonial. En 2008 se aprueba la ley 18426, en defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva en la cual se incluye como objetivo específico: difundir y proteger los derechos de niños, niñas, adolescentes y personas adultas en materia de información y servicios de salud sexual y reproductiva. También dispone la necesidad de proporcionar a las mujeres antes de la edad reproductiva, la información y tratamientos necesarios para evitar la propagación de infecciones de transmisión sexual. Y en su artículo 7 incorpora al Código de la Niñez y Adolescencia el derecho a la información de niños, niñas y adolescentes, el derecho a la confidencialidad de la consulta y el principio de autonomía progresiva de los adolescentes.

También en el ámbito de las Naciones Unidas, en el año 1989 se da otro paso significativo en relación a la protección en el plano internacional de los derechos de la niñez con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño⁹. Este tratado es testimonio de la denominada etapa de especificación de los derechos y libertades reconocidos por la fuente internacional. Se entiende por tal, un período en el cual se profundiza en el sujeto

⁸ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer adoptada el 9 de junio de 1994 en Belén do Pará. Ley 16735 de 5 enero 1996. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_20305-1522-4-30.pdf?100908171834 Fecha de consulta: 23 febrero 2017.

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de setiembre de 1989. En el año 2002 se aprobó el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Uruguay ratificó ambos documentos por leyes 166137 y 17559 respectivamente. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_20305-1522-4-30.pdf?100908171834 Fecha de consulta: 23 febrero 2017.

a ser protegido por el ordenamiento jurídico, en base a sus características o necesidades específicas. Si bien anteriores documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) o los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos Sociales y Culturales (1966) protegen a todos los seres humanos y reconocen sus derechos y libertades (incluyendo civiles, políticos, sociales, económicos y culturales), en esta etapa posterior de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se atiende a categorías específicas como pueden ser las mujeres, o los niños y adolescentes. En relación a los últimos, primero se atiende a la categoría en sí (menores de 18 años) y luego, con la aprobación de los dos Protocolos Facultativos, se apunta a preservar la integridad de niños y adolescentes en situaciones de gravísima vulnerabilidad como puede ser la prostitución infantil, la venta de niños y la utilización de niños en pornografía.¹⁰

Dado que señalamos sus “necesidades específicas”, en relación a la protección jurídica de los derechos de los niños y adolescentes, es necesario acompasar un proceso de aproximación a su condición desde un enfoque “integral” de derechos, que no se circunscriba a la irregularidad de alguno de sus actos o conductas (infractor, etc). Se atiende al menor de 18 años en su existencia vital, previéndose—además de las situaciones en las cuales pueda ser tratado por una conducta ilícita—también en lo cotidiano, en relación a su individualidad y convivencia familiar y social, tanto en lo civil como lo socio-económico o cultural. En este punto escogeremos dos previsiones que desde el ámbito internacional se presentan como estándares incorporados a la legislación interna de los Estados, en diversas formas. Por un lado el “interés superior del niño” y por otro el principio de autonomía progresiva de los menores de edad en relación a las decisiones que atañen a su vida y existencia. Ambas previsiones, aplicadas al ámbito sanitario, revisten especial interés porque aún en forma genérica, aluden a una necesaria toma de posición en relación al tratamiento que habrá de ofrecerse a los menores de 18 años. Y en lo que atañe a este estudio, ambas previsiones ponen en evidencia que deberá prestarse especial atención a la autonomía como parte de la libertad de la persona, aun cuando sea considerado un menor de edad en lo que refiere a lo jurídico. Esto es de especial relevancia en el plano sanitario en el cual las decisiones de los menores han de tenerse en cuenta en base, por cierto, a su grado de madurez.

La evolución jurídica, reflejada muy lentamente en la norma internacional y nacional, es testimonio de un cambio mucho más dinámico producido en la práctica asistencial y la forma en la cual se atiende a las personas en medicina, en este caso la franja etárea de los niños y los adolescentes. Una de las resultancias positivas de estas nuevas visiones, es haber superado el criterio esquemático de “edad de transición”. Es verdad que todavía estamos más en la letra que en los hechos, y que aún prevalece en muchos medios la idea de que a los adolescentes “algo les falta”, ya que esto apunta a ver a la adultez como la etapa culminante del trayecto vital. Sin embargo, los adolescentes no son “minusválidos”, son lo que son, y no aquello que eventualmente—y solo eventualmente—llegarán a ser. Porque en rigor, todo el camino de la vida es una transición, con posibilidad de “llegar”, pero solo eso. Las “ganancias” y las “pérdidas” a lo largo del camino, son relativas. La caricatura del decurso vital como “nacer, crecer, reproducirse y morir”, deja de lado a la cultura y a la

¹⁰ El Código de la Niñez y la Adolescencia (Uruguay. Ley 17823) de 7 de setiembre de 2004 dispone “se entiende por niño a todo ser humano hasta los 13 años de edad y por adolescente a los mayores de 13 y menores de 18 años de edad”. Destaca también que la referencia a niños o adolescentes comprende ambos géneros.

moral. ¿Con cuánta frecuencia intervenimos para adelantar o postergar un nacimiento, que la naturaleza desencadena, en el entendido de que con ello se disminuye la chance de un riesgo? ¿Con cuánta frecuencia se interviene en el proceso de crecimiento, tanto físico (para paliar una falla de la hormona de crecimiento; para aumentar el desarrollo muscular), como cognitivo (a través de la educación, procurando incidir en el aprendizaje, el razonamiento, la atención, la resolución de problemas, la toma de decisiones o el procesamiento del lenguaje)? ¿Con cuánta frecuencia se decide evitar reproducirse, temporaria o definitivamente, pese a que “naturalmente” ese sería un paso necesario del camino vital? ¿Con cuánta frecuencia interrumpimos un proceso de deterioro de funciones, por ejemplo en una enfermedad severa, mediante gestos terapéuticos o de sostén funcional que nada tienen de natural, y por tanto dilatamos en el tiempo la muerte que debería suceder antes?

Cada etapa se define por lo que tiene, y por lo que es, y no por lo que supuestamente le falta. La adultez, cuando en teoría “se tiene” lo que definiría a la madurez, también está sujeta a eventualidades. ¿Es lo mismo la adultez de un egipcio durante el reinado de Mentuhotep I, que uno actual, considerando los avatares de la vida de uno y otro (alimentación, trabajo, prevención y tratamiento posibles frente a enfermedades)? ¿Es lo mismo la adultez de un noruego de hoy que la de un cazador-recolector, también de hoy? ¿Es lo mismo la adultez de cualquier persona actual, que lo que será la de alguien que viva dentro de 400 años? Es importante pensar en estas cuestiones para tomar conciencia de hasta donde muchos criterios son esquemáticos, relativos, y en consecuencia, limitantes de la verdadera comprensión del valor de una persona, sea cual sea su edad.

Esto da valor agregado a la mirada basada en derechos, respecto a los adolescentes. Empero, en la práctica persisten las visiones distorsionadas, incluso entre quienes deberían ubicarse en la vanguardia. Se sigue caminando por rumbos pertinazmente ligados a los criterios infamantes. Los condicionantes sociales y culturales siguen teniendo un peso enorme en las consecuencias para los adolescentes y la asistencia fracasa a diario, ya sea por barreras a la buena intención, o por resistencias de algunos profesionales.

Hace pocos años, en Uruguay, nada menos que el jerarca responsable del Instituto de la Juventud seguía sosteniendo que el término “adolescencia” derivaba de adolecer. Este tipo de “errores” conduce a la negación de derechos, puesto que exagera la necesidad de que los adultos tomen las decisiones, ya que los adolescentes, carentes de suficiente competencia, serían incapaces de tomarlas, o lo harían equivocadamente.

Sin embargo, es tan caricaturesco tratar a los adolescentes como “niños grandes”, incapaces de tomar decisiones, como considerarlos tácitamente emancipados. La adolescencia es un proceso evolutivo, que conduce progresivamente a la autonomía y autoexpresión del menor, con expansión de conocimiento, competencias y comprensión, tanto por los cambios cerebrales, como por la educación. El adolescente no es ni inmaduro, ni maduro, está madurando.

Pero la libertad de elegir requiere haber alcanzado “capacidad” o “competencia”, es decir poseer inteligencia y voluntad suficientes para ejercitar un derecho. Significa la aptitud para comprender la situación a la que se enfrenta y las alternativas posibles de actuación, con las consecuencias previsibles de cada una¹¹.

¹¹ GABALDÓN S. PETIBÓ, M.D. El menor maduro. Aspectos éticos y legales en la atención al menor. Disponible en: <http://www.gencat.es:8000/salut/depsalut/pdf/avalcompe.pdf>. Fecha de consulta. 20 marzo 2016.

La maduración de las funciones neuropsicológicas no se hace en forma idéntica –a la misma edad cronológica– para todos los individuos. Esta noción es fundamental a la hora de comprender el alcance del concepto de “menor maduro”, un principio adoptado ya por la ciencia jurídica como hemos visto, lo que demuestra un avance significativo y de gran proyección para la efectiva protección de derechos de los niños y adolescentes.

En forma resumida, se trata de alguien que posee suficiente madurez para elegir o rechazar aunque aún no esté emancipado (por ejemplo, requerir todavía soporte económico, entre otros). Pero no debe perderse de vista que la adquisición de esa capacidad es individual y –valga la insistencia– progresiva. Es en función del nivel de madurez observado que se reconoce la existencia de determinados derechos y la posibilidad de que los menores sean capaces de tomar decisiones y evaluar sus consecuencias.

En función de la maduración progresiva, se adquiere autonomía, asimismo progresiva; y en virtud de ella se reconoce libertad de elección a los adolescentes. Es momento ahora de tratar de entender si el proceso es igual para varones que para mujeres y, en especial, si a igualdad de nivel alcanzado se logran idénticos derechos para mujeres que para varones.

2. DERECHOS DE LAS MUJERES ADOLESCENTES

Platón, en el “Timeo” recurre a un mito que justificó durante milenios la subordinación femenina. Al comienzo de la segunda generación de la humanidad –dice– todos aquellos que se habían comportado como cobardes o injustos durante la primera, se volvieron mujeres. Esta era una nueva justificación para considerarlas inferiores y subordinadas. Pero además –sigue Platón– en ese momento, los dioses pusieron dentro de todos los humanos la parte salvaje del alma, que es un “animal” deseoso de unión sexual. Un deseo es como un animal, porque tiene un período natural de vida (“nace”, se desarrolla y “muere”). En el varón, el pene tiene una naturaleza desobediente y obstinada, no obedece a la razón, el “logos”¹². Esta sería la “explicación”, durante milenios, de la impulsividad irracional de la sexualidad del varón adolescente. En el varón adulto, el desarrollo del logos logra sofrenar el deseo.

Pero más aún, el mito ratificaba la inferioridad –mental y sexual– de las mujeres en general (y de las adolescentes como casos particulares de la regla). Siendo “cobardes” e “injustas” su impulso ya no era transitoriamente irracional (como en el varón, durante la excitación sexual), sino que lo era siempre. En base a la pertinaz penetración de estas ideas, no pueden extrañar afirmaciones tan drásticas como las del cirujano y obstetra Francis Seymour Haden: *“nos hemos constituido, por decirlo así, en guardianes de los intereses (de las mujeres), y en muchos casos, a pesar nuestro, nos convertimos en custodios de su honor. Somos más fuertes, y ellas más débiles. Tienen la obligación de creer lo que les decimos. No están en posición de discutir nada de lo que les decimos, y nosotros, por lo tanto, podría decirse que las tenemos a nuestra merced. Nosotros, siendo hombres, tenemos a nuestras pacientes, que son mujeres, a nuestra merced”*¹³.

Los condicionantes sociales y culturales siguen teniendo un peso enorme en las consecuencias para los adolescentes, pero en forma mucho más dura, incluso trágica, para

¹² PLATÓN. Timeo Disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf06131.pdf>. Fecha de consulta: 27 agosto 2016.

¹³ HADEN FS. Citado por: KING H. Hippocrates’ Woman. Reading the Female Body in Ancient Greece. London and New York. Routledge, 1998.

las adolescentes. No es gratuito que se deba reiterar una y otra vez que: *“Las mujeres adolescentes tienen derechos humanos¹⁴ incluyendo el derecho a la educación, la alimentación el cuidado de la salud, así como a la protección contra la violencia”*, porque esos derechos les son negados repetidamente. Y que también deba insistirse en vocear el hecho de que *“las mujeres adolescentes experimentan tasas más elevadas de violencia sexual y doméstica, subordinación doméstica y exclusión de educación, que los varones adolescentes. La discriminación contra las mujeres adolescentes fomenta la impotencia que muchas enfrentan en sus comunidades (lo cual explica) las prácticas dañinas que afectan desproporcionadamente a las adolescentes mujeres”¹⁵*.

Esta larga introducción permite ahora aproximarnos a considerar la iniciación sexual femenina en nuestros tiempos, y procurar encontrar respuestas a dos preguntas ¿Son realmente autónomas las *“decisiones libres”* que toman las adolescentes mujeres en su ingreso a la sexualidad? Y secundariamente ¿existe violencia de género en esta etapa vital?

No es gratuita la referencia moderna que testimonia la propia Convención de los Derechos del Niño. En virtud de la cual estos ya no son percibidos como objetos de derechos, sino como sujetos de derechos y libertades. En función de ello, se establece que a medida que los niños adquieren mayores competencias, es necesario guiarlos, pero desde el respeto a su autonomía y no en forma represiva o desde una mirada basada en estereotipos paternos y en una potestad de dominio materno-paterna, los que aluden a otras necesidades existenciales ajenas a sus sentimientos o emociones, fruto de patrones culturales o religiosos que no condicen con la libertad que les es intrínseca y que no justifica su opresión.

3. ALGUNAS ANTINOMIAS

Dentro de la “libertad de elección” considerada como derecho de los adolescentes, se cuenta la elección propia sobre sexualidad, incluyendo la libre elección de su orientación sexual, el derecho individual al control de la fertilidad y el derecho a una vida sexual libre de violencia, coerción o riesgo de enfermedades o embarazos no deseados.

Sin embargo, es prudente enfatizar la necesidad de un adecuado balance al considerar las implicancias prácticas de esos principios. Los adolescentes tienen también derecho a protección, en concordancia con su autonomía progresiva. Esto no es un contrasentido, sino la consecuencia del criterio de “capacidades progresivas”, es decir, evolutivas. Tal evolución conducirá a la culminación de un proceso deseable, sano. Como ya se señaló, durante la adolescencia los individuos adquieren y refinan habilidades cognitivas, emocionales y sociales, conducentes a lograr independencia y responsabilidad sexual, entre otras. Ese proceso debe ser respetado so riesgo de consecuencias graves.

El proceso de “capacidades evolutivas” debe acompañarse de un paulatino aflojamiento de la protección de índole dominante (“control”) parental y estatal, lo que no implica un abandono brusco de la tarea de protección especial. Se trata de acompañar el proceso, evitando tanto el rigor paralizante, como la permisividad negligente. Lamentablemente no

¹⁴ En el texto original no figura “humanos”, sin embargo, dado el avance conceptual de las últimas décadas, nos parece necesario clarificar la redacción incluyéndolo.

¹⁵ UNICEF. Adolescents and Youth. Adolescent girls. Disponible en: http://www.unicef.org/adolescence/index_rights.html. Fecha de consulta: 17 julio 2016.

existe, en la mayor parte de las sociedades, una educación para padres, madres o adultos responsables, que enseñe a conducir esa marcha.

Los cambios físicos y comportamentales que caracterizan a la adolescencia, son la resultante de una interacción de factores biológicos y ambientales¹⁶. El medio puede determinar diferencias en la expresión de varias conductas, pero hay un ámbito del comportamiento para el que no existen esas diferencias: independientemente de nivel económico, de residencia, de medio social conservador o liberal: el ingreso en la actividad sexual de los jóvenes, varones y mujeres, es ahora más precoz y más intenso. Esta afirmación no es un juicio de valor, es apenas la constatación de un hecho. Muchas veces esa conducta lleva a una vida sexual más saludable y menos hipócrita. Pero otras, puede gatillar problemas médicos, sociales o sexuales. Ni la idealización, ni la condena, resultan de ayuda. Será un adecuado balance entre “autonomía” (capacidad de decisión) y “heteronomía” (protección juiciosa y límites basados especialmente en educación) la que posibilite que los derechos logren ejercerse de la mejor manera, la más segura, sana y gratificante. El “cómo” de ese balance diferirá dentro de amplios límites, entre menores de edades diversas y estadios de desarrollo individuales distintos. De ahí que la libertad de elección implique tanto oportunidades como riesgos, y que ambos estén desigualmente distribuidos.

4. INICIO SEXUAL EN SOCIEDADES ALTAMENTE SEXUALIZADAS

La incorporación del concepto de valores no es producto de maduración, en el sentido en que lo hacen otras funciones. Es la educación la que puede ayudar –aunque no siempre lograr– que los niños y jóvenes reconozcan y decidan respetar los valores que posibilitan la vida armónica en sociedad. Esto no contradice la natural tendencia a la rebeldía (los jóvenes necesitan cortar amarras) y a la adopción de ciertas conductas de riesgo. Pero deben aprender a armonizar esas tendencias con la paulatina comprensión de que existen límites y reglas de convivencia y que los propios derechos no pueden llegar al extremo de avasallar los de otros. Cuando un adolescente, acuciado por la intensidad del descubrimiento del impulso sexual, pretende transformarlo en ejercicio, es deseable que haya logrado, a través de la educación, la capacidad de considerar ciertos criterios valorativos. Appelbaum y Roth establecieron cuatro, aquí presentados ligeramente editados para adecuarlos al punto en análisis:

- “Apreciación”: valora correctamente la situación en la que se encuentra;
- “Comprensión”: advierte realmente los problemas potenciales más relevantes de la situación;
- “Razonamiento”: maneja racionalmente la información de que dispone;
- “Expresión de elección”: si se le pregunta, puede enunciar lo que ha decidido¹⁷.

Estos criterios son igualmente válidos para las mujeres adolescentes, pero veremos que en la práctica son menos considerados.

¹⁶ ERNST M, FUDGE JA. A developmental neurobiological model of motivated behavior: anatomy, connectivity and ontogeny of the triadic nodes. *Neurosci Biobehav Rev* 2009 Vol. 33, pp. 367-382

¹⁷ APPELBAUM PS, ROTH LH. Competency to Consent to Research: a Psychiatric Overview. *Arch Gen Psychiatry* 1982 Vol. 39, pp. 951-958.

En la asistencia clínica de adolescentes, cuando se aplican los criterios de Appelbaum y Roth, es usual preguntarse: “¿Se adecua el nivel de madurez a lo exigible para considerarles autónomos en la toma de decisiones?”. Existen guías para establecer madurez en esas condiciones. Sin embargo, cuando se trata de la vida sexual, la decisión de actuar estará condicionada por factores que difícilmente se acerquen a otra posibilidad que no sea la educación en valores que se haya recibido. Es aquí donde los condicionantes sociológicos adquieren su mayor peso. De Ajuriaguerra sostuvo: *“Se ha dicho que la adolescencia es una etapa en que las necesidades personales adquieren toda su importancia, la afectividad pasa a primer plano y acapara todas las disponibilidades del individuo. Pero, como ha mostrado J. Piaget, esta etapa es la del posible acceso a los valores morales y sociales abstractos. No hay que dejar pasar esta etapa sin interesar al adolescente en los valores, sin hacerle descubrir el deber de orientar la vida social hacia los valores espirituales y morales. El momento en que puede descubrirlo es el momento en que tiene que descubrirlo, ya que después será demasiado tarde. Hay un momento apropiado para el aprendizaje: es el momento de aprender todo cuanto ha de constituir la orientación de la vida del hombre para poder ser llamada verdaderamente humana”*¹⁸.

Los intentos de lograr que los adolescentes se abstengan de mantener relaciones sexuales han estado sistemáticamente condenados al fracaso. Un estudio reciente sobre la influencia de valores sexuales manifestados por los padres en cuatro sociedades (Estados Unidos, España, Costa Rica y Perú), mostró que pese a que los mensajes parentales eran restrictivos, en las cuatro sociedades los jóvenes de ambos sexos sostenían valores permisivos, significativamente diferentes a los de sus padres¹⁹. Esto era así a pesar de que la teoría de aprendizaje social ha mostrado que los valores paternos, en otros dominios (por ejemplo los políticos y religiosos), se extiende hasta la adultez

El hecho de que la mayor parte de las sociedades occidentales se hayan vuelto altamente sexualizadas, puede jugar un papel en determinar que el ingreso en la actividad sexual se produzca cada vez más precozmente. Esto no necesariamente es un problema, si ese ingreso se hace en condiciones de respeto de la autonomía de cada participante. Sin embargo, los datos disponibles parecen demostrar exactamente lo contrario. En muchos casos, y en especial para las mujeres adolescentes, el inicio es forzado, impuesto. En algunas estadísticas, un tercio o más de las mujeres tuvo su primera experiencia sexual bajo presión, y no por decisión libre. Estas cifras se repiten en múltiples contextos, como lo mostró un estudio de la Organización Mundial de la Salud²⁰.

Se ha creído que este fenómeno es propio de las poblaciones de bajos recursos económicos y pobre educación. Sin embargo, también entre mujeres de clase media, así como universitarias, se observa imposición masculina para iniciar o mantener relaciones

¹⁸ DE AJURIAGUERRA, J. Manual de Psiquiatría Infantil. (4ª edición). Barcelona. Masson, 1977.

¹⁹ NEGY, C; VELEZMORO R; REIG – PERRER, A; SMITH CASTRO, V, LIVIA J. Parental Influence on Their Adult Children’s Sexual Values: A Multinational Comparison Between the United States, Spain, Costa Rica, and Peru. Arch Sex Behav 2015 DOI 10.1007/s10508-015-0570-9 Published online 22 July 2015.

²⁰ GARCÍA - MORENO C, JANSEN HA, ELLSBERG M, HEISE L, WATTS CH, WHO Multi-country Study on Women’s Health and Domestic Violence against Women Study Team. Prevalence of intimate partner violence: findings from the Who multi-country study on women’s health and domestic violence. Lancet 2006 Vol. 368(9543), pp. 1260-1269.

sexuales. Muchas mujeres resultan más vulnerables al acoso durante sus años juveniles. Un estudio mostró que en Uruguay, también entre mujeres de clase media y estudiantes universitarias de medicina, la violencia física y sexual estaba presente en su iniciación sexual, aunque en porcentajes inferiores a los observados en clases económicamente deprimidas.

5. ¿CUÁN “LIBRES” SON LAS DECISIONES LIBRES?

Para valorar correctamente el tema de la libertad, es necesario insistir en que la adopción de riesgos y el intento de modificar el panorama social, son normales en la adolescencia. Constituyen elementos esenciales para adquirir ciertas metas del proceso de desarrollo. Como en cualquier proceso, pueden distorsionarse, generando peligros. Resulta imprescindible conocer algunos aspectos del control neural del comportamiento, si se quiere alcanzar un juicio que permita una ayuda efectiva a los adolescentes enfrentados a problemas.

El control neural ha sido explicado por diversas teorías, algunas competitivas entre sí. A los efectos prácticos, se hará referencia exclusivamente al llamado “modelo triádico” del grupo de Ernst²¹, que centra su propuesta en la interacción de tres sistemas neurales, implicados en el control del comportamiento: el núcleo accumbens, la amígdala cerebral y la corteza prefrontal medio-ventral. El primero tiene un papel preferencial en la conducta de aproximación. El segundo lo tiene sobre la conducta de evitación. El tercero está involucrado en el control regulatorio sobre las respuestas de aproximación y de evitación.

En el adulto el sistema está –o debería estar– balanceado; las decisiones se toman después de una ponderación, por la corteza cerebral, entre las respuestas de aproximación y evitación. Este proceso es sumamente rápido y no es consciente. En cambio, el patrón esperable en la adolescencia está inclinado hacia un predominio de la conducta de aproximación. Esta es la razón por la cual se adoptan conductas de riesgo.

Se sabe que el funcionamiento adecuado del sistema de control neural de la conducta puede verse desafiado en algunas circunstancias. Los estudios de resonancia magnética volumétrica han demostrado que el núcleo caudado del cuerpo estriado sufre una pérdida de volumen a partir de alrededor de los 10 años en niñas y de los 14 en varones, comprobándose una disminución más pronunciada en las primeras que en los segundos²². Esto no implica ningún tipo de ventaja o desventaja funcional. Las relaciones tamaño/función son complejas debido a la muy numerosa cantidad de factores que contribuyen al tamaño de una estructura, entre otras el volumen corporal global.

Sin embargo, algunas diferencias no deben ser soslayadas, en especial las de mecanismos epigenéticos, que son básicos tanto para riesgos como resiliencia. Se sabe que ciertas interacciones de genes y del medio, remodelan la estructura cromatínica, aumentando o

²¹ ERNST M, PINE DS, HARDIN M. Triadic model of the neurobiology of motivated behavior in adolescence. *Psychol Med* 2006 Vol. 36, pp. 299-312

²² LENROOT RK, GOGTAY N, GREENSTEIN DK, WELLS EM, WALLACE GL, CLASEN LS, BLUMEN-THAL JD, LERCH J, ZIJDENBOS AP, EVANS AC, THOMPSON PM, GIEDD JN. Sexual dimorphism of brain developmental trajectories during childhood and adolescence. *Neuroimage* 2007 Vol. 36, pp. 1065–1073.

disminuyendo las tasas de transcripción de genes. Las alteraciones cromosómicas persistentes, que impactan la función de genes y del cerebro, pueden conducir a diferencias sexo-específicas, para que se favorezca ya sea el riesgo o bien la resiliencia, de trastornos del desarrollo neurológico en etapas posteriores de la vida ²³.

Esas alteraciones se ven en condiciones de exposición peripuberal a stress. En varones, dejan tanto hiperactividad de la amígdala (involucrada en reacciones emocionales), como hipoactividad de la corteza prefrontal medio-ventral. Esto conduce a predisposición a la violencia, con tasas incrementadas y sostenidas de agresividad en edades posteriores, incluso contra individuos no hostiles²⁴.

En cambio en niñas dejan una disminución de la conectividad de reposo entre la amígdala y la corteza prefrontal ventromedial. Esto se asocia con síntomas depresivos. ²⁵

Antes de proseguir, es necesario volver a manifestar enfáticamente que el derecho a la libertad de elección es un avance en el reconocimiento de la dignidad humana, en este caso, de los adolescentes. Pero asimismo es legítimo preguntarse ¿son las decisiones que toman siempre realmente libres? Cuando algunas mujeres adolescentes deciden mantener actividad sexual ¿están decidiendo libremente por sí mismas, o están siendo empujadas, como en el llamado “sexo transaccional”? Cuando algunas mujeres adolescentes deciden embarazarse ¿lo están decidiendo libremente, o están respondiendo a urgencias inconscientes ancladas en su pasado? ¿Hasta dónde las experiencias estresantes previas condicionan la conducta?

Estas preguntas apuntan a diferentes aspectos de una misma cuestión: los límites de la libertad y las acechanzas contra ella. Pretender responder todas excedería los fines de este artículo. Solo se mencionarán aspectos relacionados con violencia de género, en particular en la iniciación de las experiencias sexuales.

Vivimos en una época en la que las decisiones se toman en base a la opinión de grupos de pertenencia, como quizás nunca antes. Esas decisiones pueden ser buenas o malas, y es posible que en el caso de la adolescencia actual, el péndulo haya oscilado más hacia las segundas, a juzgar por las imperturbables tasas de embarazo adolescente; por el mantenido recurso al aborto, muchas veces en condiciones de riesgo, como fruto del fracaso en la utilización de anticonceptivos; por la recrudescencia de infecciones de transmisión sexual (ITS), VIH y SIDA, que se han “juvenilizado” y “feminizado”.

Existe cuantioso conocimiento acerca de las prácticas sexuales de adolescentes, en casi todo el mundo, pero escasa comprensión de los factores que determinan que algunas adolescentes se encuentren en riesgo aumentado de violencia sexual, embarazo, aborto inseguro, ITS y disfunciones sexuales en su futuro.

²³ JESSEN HM, AUGER AP. Sex differences in epigenetic mechanisms may underline risk and resilience for mental health disorders. *Epigenetics* 2011;6:857-861.

²⁴ MÁRQUEZ C, POIRIER GL, CORDERO MI, LARSEN MH, GRONER A, MARQUIS J, MAGISTRETTI PJ, TRONO D, SANDI C. Peripubertal stress leads to abnormal aggression, altered amygdala and orbitofrontal reactivity and increased prefrontal MAOA gene expression. *Transl Psychiatry* 2013 Jan 15;3:e216. doi: 10.1038/tp.2012.144.

²⁵ BURGHY CA, STODOLA DE, RUTTLE PL, MOLLOY EK, ARMSTRONG JM, OLER JA, FOX ME, HAYES AS, KALIN NH, ESSEX MJ, DAVIDSON RJ, BIRN RM. Developmental pathways to amygdala-prefrontal function and internalizing symptoms in adolescence. *Nat Neurosci* 2012 Vol. 15, pp. 1736-1741.

Cuando un profesional sanitario es consultado por una adolescente, para prevenir o tratar cuestiones sexuales, suele afirmarse que la decisión acerca de si se está frente a un “menor maduro” o no, surgirá del buen sentido del profesional. Sin embargo ¿son competentes los profesionales para juzgar con prudencia el nivel de evolución de capacidades alcanzado por el o la adolescente en cuestión? Admitiendo que los profesionales son bien intencionados ¿respetan siempre la libertad de elección, o creen hacerlo sin estar en condiciones de juzgar adecuadamente qué nivel de autonomía ha alcanzado quien consulta?

Landsown estableció cuatro elementos centrales en la toma de decisión (basados en apreciación diagnóstica) acerca de competencia. Muchos de ellos son coincidentes con los criterios de Appelbaum y Roth, antes vistos, pero incorporan una perspectiva centrada en el clínico que actúa, que debería ser capaz de establecer: 1) la capacidad del adolescente de entender y comunicar información relevante; 2) su capacidad de razonar y elegir con cierto grado de independencia; 3) su capacidad de valorar el beneficio y riesgo o daño potencial de su decisión; 4) demostrar haber alcanzado una base de valores de cierta estabilidad.²⁶

Los avatares particulares de la vida moderna tienen impacto notorio en la autonomía resultante, y pese a las oportunidades, parece que el balance se inclina cada día más peligrosamente hacia la pérdida de la capacidad de juicio.

Los adolescentes se han vuelto un público consumidor enormemente atractivo para varios intereses comerciales. Como consecuencia de la propaganda seductora, han ingresado enérgicamente al mundo del consumo, cerrando un círculo que se autoalimenta y crece.

Los elementos de atracción para estimular el consumo, apelan a lo que resulta más llamativo para los jóvenes. El sexo es uno de los llamadores. Las imágenes sugerentes, o decididamente sexuales, son cotidianas e imparables. Llegan a través de todos los medios disponibles y cuando los mayores, en especial los padres, intentan evitarlo, descubren que sus hijos e hijas, incluso los de edad escolar, acceden con facilidad a mensajes erotizados. Los cuerpos atractivos, las actitudes sugestivas, o las imágenes apenas –o nada– disimuladamente sexuales, están al alcance de quien sea. Scheper-Hughes y Lock señalaban adecuadamente que el cuerpo es, simultáneamente, un artefacto físico y simbólico, producido tanto en forma natural como cultural²⁷. El cuerpo se experimenta viviendo, pero el sentido que se concede a la experiencia es cultural²⁸. Así por ejemplo, las imágenes de prácticas de deportes, una actividad sana y deseable, se manipulan para que además sean eróticamente atractivas o estimulantes. A través de ese mecanismo de tentación, se incrementa el consumo de vestimenta y calzado deportivo, de alto precio. Lo mismo ocurre para cualquier otro producto, por alejado que parezca del ámbito de la sexualidad.

Los niños en los Estados Unidos tienen presencia “online” desde los dos años de edad²⁹. ¿Es muy diferente en los países latinoamericanos? Si hay diferencias, son de muy pocos

²⁶ LANDSOWN G. The evolving capacities of the child. UNICEF. Florence, Italy, 2005.

²⁷ SCHEPER – HUGHES N, LOCK MM. The Mindful Body: A Prolegomenon to Future Work in Medical Anthropology. *Medical Anthropology Quarterly*, 1987;1:pp. 6–41.

²⁸ KING H. *Hippocrates’ Woman. Reading the Female Body in Ancient Greece*. London and New York. Routledge, 1998.

²⁹ KING H. *Hippocrates’ Woman. Reading the Female Body in Ancient Greece*. London and New York. Routledge, 1998.

años. Acceden a los artefactos digitales muy precozmente, y en poco tiempo están adjuntando al “texting” sus “selfies”, en las redes sociales. No necesitamos estadísticas, lo vemos a diario. Y casi simultáneamente, están colgado fotos y comentarios sobre otros niños –y después adolescentes– de todo tipo, entre ellos los agresivos, los denostadores, los humillantes, los que buscan el “bullying”. Si esos comentarios son sobre sexo, mejor, es el mundo de hoy, es donde se vive. Si el comentario es “cool”, seguramente se “viralizará”. Y si lo que se buscaba era degradar a alguien, la viralización lo logrará. Será el triunfo del que lo lanzó. Pero al mismo tiempo, será necesario saber que se puede pasar de victimario a víctima. Los jóvenes necesitan aprender “como «Survive and Thrive»” (sobrevivir y prosperar) *en tiempos de entornos relativamente hostiles*³⁰. La profusión de terminología inglesa parece dar especial sabor a lo que se hace. La abundancia de términos vinculados a la sexualización exacerbada de nuestra época, parece fruto de cornucopia. Sólo que ese cuerno no es el de la cabra Amaltea, sino el de “Los juegos del hambre”³¹; puede matar, ya sea socialmente (lo que primariamente se busca al divulgar el mensaje), o literalmente (véase el número de suicidios de adolescentes agobiados por la degradación de su imagen).

Los jóvenes necesitan sentirse respaldados, en especial por sus pares. Ser marginados de sus grupos es una de las frustraciones más dolorosas, en una etapa de la vida en la cual “ser parte” es importante. Es en ese ámbito en el que se hacen manifiestas las personalidades más fuertes, asumiendo papeles de líderes grupales e imponiendo sus decisiones. En la enorme mayoría de los casos esos líderes son varones. Lo que hacen se enmarca dentro de los criterios de violencia de género, porque la mayoría de quienes acatan y se someten son mujeres, aunque muchas veces parece existir una negación a aceptar que de eso se trata. ¿Cuántos de los líderes grupales estarán pagando su propio precio, a la hiperactividad de la amígdala cerebral e hipoactividad de la corteza prefrontal medio-ventral? ¿Cuántos estarán transitando de víctimas a victimarios?

Difícilmente un grupo desplace a quien pretenda imponerse. Es más probable que quién no acate los mandatos de los “fuertes” sea marginado, y pague las consecuencias. El deseo de “pertenecer” lleva a que las adolescentes casi nunca se resistan a adoptar las conductas propuestas por sus líderes. Entre ellas, el inicio de relaciones sexuales, o la incursión en conductas sexuales deshumanizadas y de riesgo. Por alguna perversa razón, la mayor participación en tales actividades genera “prestigio” dentro del grupo, aunque con frecuencia la transición desde el prestigio al desprecio es “rápida y furiosa”.

En muchos de nuestros países el inicio sexual de las adolescentes es coercitivo. La participación en sexo grupal ha aumentado. Los “juegos” como la llamada ruleta sexual han ganado espacio. Son los nuevos “ritos de iniciación”, ahora ya no la vieja “presentación en sociedad”, o la tradicional sanción social de la incorporación al mundo cuasi-adulto. La iniciación de hoy es la inmersión en el mundo del sexo, pero no el sano y gratificante, sino el manipulador, el mandatado por los fuertes, el deshumanizado.

Las características sociológicas del presente hacen que la tendencia normal de los y las adolescentes a incurrir en conductas de riesgo, se desplace más allá de los límites aceptables. Las consecuencias negativas han aumentado. Desde hace casi 40 años se ha hecho evidente que algunas conductas peligrosas pueden ser puerta de entrada para el

³⁰ SANFILIPPO JS. Sexualization. Social Media Update. NASPAG News. 2016 Vol. 30, pag. 8.

³¹ COLLINS S. Los juegos del hambre. Madrid. Ediciones RBA, 2008.

desencadenamiento de lo que se ha llamado “síndrome de conductas de riesgo”: asociación de varias conductas desadaptadas, que son manifestaciones de un factor subyacente común³². Esto, que era reconocido en varones, es hoy observado con creciente frecuencia en adolescentes mujeres, con aumento de las tasas de alcoholismo, abuso de sustancias, conductas sexuales de riesgo y –como efecto de las mismas– victimización, y embarazo indeseado.

El ingreso deshumanizado, impuesto, en la sexualidad deja huellas profundas. ¿Cuántas de las adolescentes mujeres estarán demostrando, al aceptar participar, el precio pagado a la disminución de la conectividad de reposo entre la amígdala cerebral y la corteza prefrontal ventromedial? Las mujeres que informan abuso físico o sexual en la niñez o la adolescencia, son más propensas a presentar en la adultez más síntomas físicos, depresión, ansiedad, somatización, baja autoestima, abuso de drogas o alcohol, intento de suicidio e ingresos psiquiátricos³³.

Existe un factor distorsionante, que considera el perjuicio que provoca en los jóvenes como un “daño colateral” tolerable. Hace pocos años, dos jóvenes graduados universitarios norteamericanos, Brooks Buffington y Tyler Droll, crearon una aplicación a la cual llamaron “Yik Yak”. Su idea fue proporcionar una pizarra virtual para comunicación entre jóvenes. En poco tiempo estaba siendo usada para obtener datos personales con propósitos espurios o para acosar a otros jóvenes. “*Fuimos ingenuos* –dijo uno de los creadores– *para utilizarlo se requiere cierta cuota de madurez y responsabilidad, fuimos idealistas sobre quiénes la tenían*”³⁴.

¿Son igualmente “ingenuos” o “idealistas” los productores de los programas de televisión que inundan las emisiones en horarios centrales y en los de “protección al menor” (que nadie se encarga de controlar, ni mucho menos de proteger)? ¿Son ingenuos o idealistas los que crean las letras de las canciones con texto sexual degradante? Estos son también “nuevos ritos de iniciación”. Sus consecuencias empiezan a ser descubiertas, y los resultados, lejos de ser “colaterales” demuestran ser centrales.

La exposición a escenas sexuales en televisión tiene relación directa con la posibilidad de inicio de actividad coital. A los 16 años algo más del 18% de las mujeres adolescentes con baja exposición las habrá iniciado, contra casi 30% entre las con alta exposición. Paralelamente, existe relación directa con la posibilidad de embarazo. A los 18 años menos de 7% de adolescentes mujeres se embarazarán o varones provocarán un embarazo cuando la exposición es baja, contra cerca de 17% cuando es alta³⁵. Pero esa exposición vende, existe “clientela” para ella. Esto vale como justificativo para quienes pretenden que su emisora de televisión, su radio, o su medio que sea, tenga el mejor rating.

³² JESSOR R, JESSOR SL. Problem behavior and psychosocial development. A longitudinal study of youth. New York. Academic Press, 1977.

³³ Mc CAULEY J, KERN D, KOLODNER K, DILL L, SCHROEDER A, HALLIE K, DeCHANT HK, RYDEN J, BASS EB, DEROGATIS LR. The “battering syndrome”: prevalence and clinical characteristics of domestic violence in primary care internal medicine practices. *Ann Intern Med* 1995 Vol 123, pp: 737-746.

³⁴ GRABER D. Yik Yak App Makers Do the Right Thing. Disponible en: www.huffingtonpost.com/diana-graber/yik-yak-app-makers-do-the_b_5029679.html. Fecha de consulta: 25 marzo 2016.

³⁵ COLLINS RL, ELLIOT MN, BERRY SH, KANOUSE DE, KUNDEL D, HUNTER SB, Miu A. Watching Sex on Television Predicts Adolescent Initiation of Sexual Behavior. *Pediatrics* 2004 Vol. 114, pp. 280-289.

Una investigación acerca del contenido sexual en letras de canciones, en Estados Unidos, mostro los siguientes porcentajes, por géneros y en orden creciente, para contenido sexual degradante: rap-metal (14%), “rhythm and blues” (17%), rap-rock (45%), rap (70%). El análisis de regresión multivariada mostro que los jóvenes que oyen contenidos sexuales más degradantes son más propensos a iniciar actividad sexual tanto coital como otras. Este resultado es consistente con la “teoría del guión sexual”, de Gagnon y Simon³⁶ y sugiere que los mensajes acerca de conductas sexuales esperadas producen ese efecto³⁷. Pero este tipo de canciones genera suficiente público ávido. Esto vale como justificativo para quienes pretenden que su negocio de grabación tenga el mejor nivel de ventas.

Investigadores españoles analizaron recientemente los efectos no deseados del uso de las tecnologías digitales de comunicación, centrándose en los efectos negativos que pueden derivar del uso de esas herramientas desde el punto de vista moral y cognitivo de los jóvenes. Los resultados demostraron que la calidad de la respuesta moral disminuye cuando se usan tecnologías digitales, respecto a cuando es papel y lápiz. Esa diferencia es mayor cuando se utilizan imágenes de personas a través de animación que cuando se emplean imágenes audiovisuales de personas reales, ya que influye aún más negativamente en la calidad de la respuesta moral³⁸. Sería ridículo concluir que la solución pasa por desterrar la tecnología. El fracaso ha consistido en no fortalecer la capacidad de juicio moral, independientemente de lo que se utilice.

En 2014 se registró en Uruguay una duplicación de casos de abuso sexual a menores, respecto al año previo. El jerarca que divulgó la información relativizó el dato, pese a que más del 20% de los casos de adolescentes explotadas eran menores de 13 años, ya que en su opinión podía tratarse de que *“hay más denuncias que antes y por eso el delito es más visible. En realidad no podemos saber fehacientemente si hay más casos”*³⁹. Pero el problema no es cuantitativo, ni se resuelve apuntando a los números. Porque es posible que varias de esas adolescentes, técnicamente abusadas, hayan aceptado “voluntariamente” participar. Nuevamente: ¿Cuántas de ellas estarán demostrando el precio pagado a la disminución de la conectividad de reposo entre la amígdala cerebral y la corteza prefrontal ventromedial?

6. “LASCIA TE OGNI SPERANZA...”

No cabe duda que el panorama presentado luce desalentador. Enfrentamos problemas nuevos, de enorme penetración, y detrás de los cuales hay —entre otras cosas— intereses poderosos, que difícilmente renunciarán a los beneficios que obtienen. ¿Significa esto que, como la inscripción que Dante puso en la puerta del infierno, se debe abandonar toda esperanza? No. Los clínicos actuamos con frecuencia como bomberos: llegamos para

³⁶ GAGNON J, SIMON W. *Sexual Conduct: The Social Sources of Human Sexuality*. Chicago. Aldine, 1973.

³⁷ MARTINO SC, COLLINS RL, ELLIOT MN, STRACHMAN A, KANOUSE DE, BERRY SH. Exposure to Degrading Versus Nondegrading Music Lyrics and Sexual Behavior Among Youth. *Pediatrics* 2006 Vol. 118, pp. 430-441.

³⁸ ARROYO ALMARAZ I, GÓMEZ DÍAZ R. Efectos no deseados por la comunicación digital en la respuesta moral. *Comunicar* 2015;22(44) Disponible en: <http://dx.doi.org/10.3916/C44-2015-16>. Fecha de consulta: 12 febrero 2016.

³⁹ El País (Montevideo). Sábado 6 de diciembre de 2014, p. B6.

intentar apagar el incendio, después que éste ha estallado. Pero no perdemos la esperanza de lograr impactos preventivos, evitando que la chispa, si surge, determine inevitablemente una ignición.

Existen evidencias de programas educativos exitosos. Existen ejemplos de sociedades que han logrado inculcar valores de respeto al otro y responsabilidad en sus jóvenes. Existen proyectos efectivos de ayuda a jóvenes, en particular mujeres, que han sido abusadas, y logran superar las consecuencias de las experiencias traumáticas.

Hace más de 70 años la UNESCO ilustrativamente destacó, en el Preámbulo de su Carta Constitutiva, que “las guerras nacen en la mente” de hombres y mujeres, y por tanto es ahí donde deben erigirse los baluartes de la paz ⁴⁰. Lo cual es también aplicable a los nuevos problemas que acechan a los y las adolescentes. Puesto que los riesgos nacen en la mente de los varones y las mujeres adolescentes, es en la mente de ellos donde deben erigirse los baluartes de los valores que posibiliten el bienestar y la salud.

De ahí que resulte necesario desarrollar enfoques orientados a problemas específicos, con participación del sector educativo formal y no formal y compromiso legislativo, creación y mantenimiento de programas y centros de rehabilitación para consumidores de drogas, infractores juveniles y otros comportamientos antisociales, establecimiento de programas e infraestructuras recreativas que saquen a los jóvenes de la calle, y estructuración de programas y servicios asistenciales sanitarios adecuados a las necesidades de los y las adolescentes. Y, fundamentalmente, es necesario desterrar las conductas punitivas, basadas en juicios de valor (al menos como recurso exclusivo, y –de requerirse– aplicable solo cuando el caso especial lo amerite y siempre a criterio de la justicia). En su lugar, es imperioso asumir posturas de asistencia fundamentadas sobre el reconocimiento y respeto de la sensibilidad cultural, que considere las opiniones y visiones de los adolescentes ⁴¹.

6. COLOFÓN

La sexualidad es una dimensión humana buena, saludable, gratificante, pero exige autocuidado, así como cuidado y respeto de los congéneres. Esto no surge espontáneamente, sino que se educa y se aprende. Para que sea eficaz, los propios adolescentes, varones y mujeres, deben ser escuchados, comprendidos, respetados y si pese a todo, se meten en problemas, apoyados. Es imprescindible contribuir a que sean capaces de forjar su propio destino, sin recetas doctorales. Sin dominación. Sin estereotipos culturales que anclados en tradiciones afecten su singularidad como humanos. La resiliencia no se receta, pero se puede cultivar.

⁴⁰ UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura). La convención sobre los derechos del niño. Contribución de la UNESCO. París, 1995.

⁴¹ PONS JE. Culturally sensitive gynecologic care in adolescence. In: Sultan C. (Editor). Pediatric and adolescent Gynecology: evidence-based clinical practice. (2nd Revised Edition). Basel (Switzerland). Karger, 2012, pp. 378-383.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- HALL GS. *Adolescence: Its Psychology and Its Relations to Physiology, Anthropology, Sociology, Sex, Crime, Religion, and Education*. New York: Appleton; 1904.
- ERIKSON EH. "Identity crisis" in autobiographic perspective. En: Erikson EH. *Life history and the historical moment*. New York: Norton; 1975 p. 17-48.
- FRANK LK, HARRISON R, HELLERSBERG E, MACHOVER K, STEINER M. *Personality development in adolescent girls*. New Orleans: Society for Research in Child Development; 1953.
- NORTMAN D. *Maternal Age as a Factor in Pregnancy Outcome and Child Development*. Report on Population/Family Planning, No 16. New York: Population Council; 1974.
- PIENOVI M, PONS JE, NIETO F, SCHWARCZ RL. *Edad y paridad maternas y resultados perinatales adversos*. Rev. Latin. Perinat. 1987 Vol. 7 pp: 48-58.
- HIPOCRATES. *Places in Man. Glands. Fleshes. Prorrhetic 1-2. Physician. Use of Liquids. Ulcers. Haemorrhoids and Fistulas*. Edited and translated by Paul Potter. Loeb Classical Library 482. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.
- GLASS J, BENGSTON VL, DUNHAM CC. *Attitude similarity in three-generation families: Socialization, status inheritance, and reciprocal influence?* American Sociological Review 1986 Vol. 51 pp: 685-698.
- HOGUE DR, PETRILLO GH, SMITH EJ. *Transmission of religious and social values from parents to teenage children*. Journal of Marriage and the Family, 1982 Vol. 44 pp: 569-580.
- KROH, M, SELB P. *Inheritance and the dynamics of party identification*. Political Behavior 2009 Vol. 31 pp: 559-574.
- COKER A, SMITH P, BETHEA L, KING M, MC KEOWN R. *Physical health consequences of physical and psychological intimate partner violence*. Archives of Family Medicine, 2000, Vol. 9 pp: 451-457.
- JEWKES R, VUNDULE C, MAFORAH F, JORDAAN E. *Relationship dynamics and adolescent pregnancy in South Africa*. Soc Sci Med, 2001 Vol. 52 pp: 733-744.
- Mc CAULEY J, KERN D, KOLODNER K, DILL L, SCHROEDER A, HALLIE K, DE CHANT HK, RYDEN J, BASS EB, DEROGATIS LR. *The "battering syndrome": prevalence and clinical characteristics of domestic violence in primary care internal medicine practices*. Ann Intern Med 1995 Vol. 123 pp: 737-746.
- RODRIGUEZ F, FLORES C, MASENA B, PONS J. *Prevalencia de la violencia sexual de las mujeres mayores de 18 años en los Servicios de Ginecología del Hospital Pereira Rossell*. Arch Ginec Obstet 2009 Vol. 47 pp: 123-130.
- BALDWIN DC Jr, Daugherty SR, Eckenfels EJ. *Student perceptions of mistreatment and harassment during medical school. A survey of the United States schools*. West J Med 1991 Vol. 155, pp: :140-145.
- NAGATA -KOBAYASHI S, MAENO T, YOSHIZU M, SHIMBO T. *Universal problems during residency: abuse and harassment*. Med Educ 2009 Vol. 43, pp: 628-636.
- OWOAJE ET, UCHENDU OC, Ige OK. *Experiences of mistreatment among medical students in a university in Routh west Nigeria*. Niger J Clin Pract 2012 Vol. :15, pp: 214-219.
- RAUTIO A, SUNNARY V, NUUTINEN M, LAITALA M. *Mistreatment of university students most common during medical studies*. BMC Med Educ 2005 Oct 18 pp: 5:36.

CONGRESO DE INTENDENTES: POSICIÓN INSTITUCIONAL Y LEGITIMACIÓN PARA COMPARECER EN JUICIO

Natalia Veloso Giribaldi*

RESUMEN. *Análisis de la posición institucional del Congreso de Intendentes a los efectos de determinar si el mismo detenta personería jurídica o no, si tiene legitimación para comparecer en juicio, su régimen recursivo y el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial que en general, ha recibido durante los últimos años.*

ABSTRACT. *Analysis of the institutional position of the Congress of Governors for the purpose of determining whether they have legal status or not, if they have procedural legitimization, their appeal means and the normative, doctrinal and jurisprudential treatment that has received during the last years.*

PALABRAS CLAVE. *Congreso de Intendentes. Personería Jurídica. Legitimación. Competencias. Recursos.*

KEYWORDS. *Congress of Governors. Legal Status. Procedural Legitimization. Powers. Appeal Means.*

1. PLANTEO DEL PROBLEMA

Con la Reforma Constitucional de 1996 se incorporó el inc. 6° del art. 262 de la Constitución de la República que lacónicamente estableció que: “*Habrá un Congreso de Intendentes, integrado por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, con el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales. El Congreso, que también podrá celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente, se comunicará directamente con los Poderes del gobierno*”.

Sin embargo, dicha disposición no aclara cuál es la naturaleza jurídica de dicho Congreso, que si bien resulta claro es pública e integrante de la organización estatal, no se define si se trata de una persona jurídica estatal menor o si se trata de un órgano, cuya ubicación orgánica tampoco se determina.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo (2005), Máster en Derecho Administrativo Económico (2011), Profesor Adscripto de Derecho Administrativo I y II en la Universidad de Montevideo (2014). Correo electrónico: natalia.veloso@delpiazzo.com

Así planteada la cuestión, nuestra doctrina ensayó posibles respuestas a la interrogante de la posición institucional del Congreso de Intendentes, que buscaban dar respuesta, no solo a un problema teórico, sino también a un problema práctico, ya que de su naturaleza jurídica dependerían temas cruciales como la forma de recurrir administrativamente sus actos, su régimen presupuestal, el estatuto de sus funcionarios, su legitimación para comparecer en juicio, sea como actor o demandado en caso de responsabilidad civil, etc.

Sin embargo, a 20 años de la incorporación del citado inciso 6° del art. 262, aún no existe consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de la naturaleza jurídica del Congreso de Intendentes.

Ello se torna trascendente además porque, con la aprobación de la Ley N° 18.456 de 26 de enero de 2009 de Vehículos Automotores y de la Ley N° 18.860 de 11 de enero de 2012 creadora del Sistema Único de Cobro de Ingresos Vehiculares (SUCIVE), el Congreso de Intendentes ha incorporado una importante cantidad de competencias. Ello hace necesario la revisión del tema mediante un relevamiento de las disposiciones normativas, las posiciones doctrinarias y el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado al tema en estos años.

2. ENFOQUE NORMATIVO

2.1. Normativa Constitucional

El Congreso de Intendentes funcionó con anterioridad a su reconocimiento constitucional. Tal como señala Cristina VÁZQUEZ: “El Congreso de Intendentes funciona desde 1943. En el período comprendido entre 1943 y 1947 se celebran sin regularidad y a instancia del entonces Intendente de Montevideo – reuniones con participación de los Intendentes, con la intención de discutir temas de interés común. El 3 de septiembre de 1959, a sugerencia de quien luego fuera Secretario General del Congreso hasta el 31 de octubre de 1983 (J.A. Suárez Nairac), se crea un sistema de apoyo permanente a dichas reuniones: la Secretaria General en Montevideo. Desde entonces aparece con un funcionamiento administrativo independiente de las Intendencias, financiado con aportes de éstas”¹.

Con la reforma constitucional de 1996, se incorporó el **inc. 6° del Art. 262** que estableció que: “*Habrá un Congreso de Intendentes, integrado por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, con el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales. El Congreso, que también podrá celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente, se comunicará directamente con los Poderes del gobierno*”.

De la sola lectura de la norma constitucional (que establece que la finalidad del Congreso es “coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales”) contrastada con la realidad fáctica acontecida hasta el momento de su sanción, se desprende que la intención del constituyente fue reconocer normativamente la organización que ya venía funcionando en los hechos, contemplando específicamente su competencia de coordinación, sobre lo que volveremos más adelante.

¹ Cristina VÁZQUEZ – “Los acuerdos de los Gobiernos Departamentales” en “La reforma Constitucional de 1997 en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, 1997, pág. 130 y “Los acuerdos de los Gobiernos Departamentales. El Congreso de Intendentes” en Reforma Constitucional de 1997, Universidad Católica del Uruguay, Serie de Congresos y Conferencias N° 16, pág. 142).

Por su parte, el **art. 230** de la Constitución también hizo referencia al Congreso de Intendentes al incorporar delegados de dicho Congreso a la Comisión Sectorial destinada a proponer planes de descentralización. En efecto, el art. 230 señala que: *“La Oficina de Planeamiento y presupuesto, asistirá al Poder Ejecutivo en la formulación de los Planes y Programas de Desarrollo, así como en la planificación de las políticas de descentralización que serán ejecutadas: A) Por el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, respecto de sus correspondientes cometidos. B) Por los Gobiernos Departamentales respecto de los cometidos que les asignen la Constitución y la Ley. A estos efectos se formará una Comisión Sectorial que estará exclusivamente integrada por **delegados del Congreso de Intendentes** y de los Ministros competentes, la que propondrá planes de descentralización que previa aprobación por el Poder Ejecutivo, se aplicarán por los organismos que corresponda. Sin perjuicio de ello, la Ley podrá establecer el número de los integrantes, los cometidos y atribuciones de esta Comisión así como reglamentar su funcionamiento”*.

Así, a partir de la Constitución de 1997, el Congreso de Intendentes encontró recepción constitucional como integrante del organigrama estatal, compuesto por los titulares del cargo de Intendente o quienes lo estuviesen ejerciendo y con potestades definidas como las de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales, celebrar convenios con otras entidades Públicas Estatales, comunicarse directamente con los Poderes de Gobierno e integrar la Comisión Sectorial para la formulación de planes de descentralización.

2.2. Normativa legal

Posteriormente a su recepción constitucional, son varias las disposiciones de rango legal que hacen referencia al Congreso de Intendentes y le atribuyen potestades y competencias no contempladas al momento de su creación.

En primer lugar, el **art. 486 de la Ley de Presupuesto Nacional N° 17.930** de 23 de diciembre de 2005, estableció que: *“El Congreso de Intendentes confeccionará su Presupuesto el que, al igual que su Rendición de Cuentas, aprobará por dos tercios de sus integrantes, observando los plazos que establecen los artículos 214, 223 y 224 de la Constitución de la República”*. Y agrega que: *“Los recursos para su financiación serán los correspondientes a los Gobiernos Departamentales que éstos determinen y cualquier otro con distinto origen, excepto los establecidos en el artículo 485 de la presente ley”*.

Quiere decir, que con independencia de cuál sea la posición institucional, será el propio Congreso de Intendentes el que proyectará su presupuesto, el que será aprobado por dos tercios de sus integrantes. Asimismo, dicho presupuesto deberá cumplir con los plazos establecidos en el art. 214 y 223 y 224 de la Constitución, en tanto el art. 486 de la Ley N° 17.930 así lo establece.

En función de ello, el presupuesto deberá ser aprobado dentro de los seis primeros meses del ejercicio del mandato (art. 214 y 223), contando la Junta Departamental con cuatro meses desde su aprobación para su estudio (art. 224 de la Constitución).

Ello permite concluir, como lo ha señalado Daniel Hugo MARTINS que: *“...los Intendentes deberán prever en el presupuesto a enviar a las respectivas Juntas Departamentales”*.

mentales la contribución destinada a solventar los gastos, sueldos e inversiones del Congreso de Intendentes”².

Por su parte, el inciso final del art. 486 también agrega que los recursos para la financiación del Congreso de Intendentes serán los que éstos dispongan y cualquier otro con distinto origen, pero expresamente excluye a los establecidos en el art. 485 del mismo cuerpo normativo, que no son otros que los destinados al fondo presupuestal para el desarrollo del interior del país y la ejecución de las políticas de descentralización (art. 298 inc. 2° de la Constitución).

En segundo lugar, **el art. 160 de la Ley N° 17.556 de 18 de setiembre de 2002** dispuso que: *“el Ministerio de Economía y Finanzas depositará en una o en varias cuentas a la orden del Congreso de Intendentes, con carácter de anticipo, dentro de los 60 días de finalizado cada cuatrimestre, el 80% (ochenta por ciento) de la cuota parte correspondiente a los Gobiernos Departamentales de las utilidades líquidas devengadas por los Casinos del Estado en el referido cuatrimestre, según lo dispuesto por los artículos 3° de la Ley N° 13.453, de 2 de diciembre de 1965, y 169 de la Ley N° 16.736, de 5 de enero de 1996, y por el Decreto N° 588/975, de 24 de julio de 1975. El saldo de las utilidades correspondientes a cada ejercicio, deberá ser depositado en la o las cuentas correspondientes dentro de los 180 días de finalizado dicho ejercicio”*.

En tercer lugar, **el art 2° Ley N° 18.456 de 26 de enero de 2009** también le otorga importantes potestades al Congreso de Intendentes en materia de tributos sobre vehículos automotores dado que regula el lugar donde deben empadronarse los mismos y establece que: *“El Poder Ejecutivo, en función del interés general y con el asesoramiento del Congreso de Intendentes, podrá establecer en la reglamentación los parámetros de tiempo y condiciones que determinarán la habitualidad de la circulación, cuando haya pluralidad de domicilios o ésta no coincida con el domicilio del titular”*. Asignándole la misma potestad de asesorar al Poder Ejecutivo, para la reglamentación de dicha ley (art. 11)³.

En cuarto lugar, **el art. 3° de Ley N° 18.860 de 11 de enero de 2012** establece: *“Créase la Comisión de Seguimiento del Sistema Único de Cobro de Ingresos Vehiculares (SUCIVE)”* que *“estará integrada por siete miembros: cinco de ellos designados por el Congreso de Intendentes, uno designado por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y otro designado por el Ministerio de Economía y Finanzas”*⁴.

Por otra parte, el artículo 4° de la **Ley N° 18.860 de 11 de enero de 2012** le da un importantísimo rol al Congreso de Intendentes en materia tributaria, en tanto dispone que: *“Antes del 31 de octubre de cada año una Comisión conformada por delegados de los Intendentes, de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas elevará al Congreso de Intendentes una propuesta de valores de aforo*

² Daniel Hugo MARTINS – “El Gobierno y la Administración de los Departamentos”, Segunda Edición Corregida y Ampliada, Montevideo, 2006, pág. 249.

³ Graciela RUOCCO – “Ley de Patentes de Rodados: ¿avance o retroceso?”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2011), N° 6, pág. 201 y sigtes. y Carlos E. DLPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial”, A.M.F., Montevideo, 2015, Volumen I, tercera edición, pág. 548.

⁴ Daniel Hugo MARTINS – “El Sistema Único de Cobro de Ingresos Vehiculares (SUCIVE)”, en Rev. de Legislación Uruguaya sistematizada y analizada (La Ley Uruguay, Montevideo, 2012), Año III, N° 8, pág. 11 y sigtes. y Carlos E. DLPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial”, cit., pág. 543.

vehiculares, alícuotas a aplicar sobre los mismos y todo otro elemento necesario para calcular el valor del impuesto a los vehículos de transporte (numeral 6° del artículo 297 de la Constitución de la República) correspondiente al ejercicio siguiente, las formas de pago del tributo, así como todo otro aspecto que contribuya a la homogeneidad del monto del tributo a nivel nacional. El Congreso de Intendentes resolverá sobre la misma antes del 15 de noviembre de cada año, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 273 y 275 y en el numeral 6° del artículo 297 de la Constitución de la República”.

Se ha discutido acerca de la constitucionalidad de esta norma al conferirse potestad tributaria sobre vehículos automotores al Congreso de Intendentes en contravención de lo dispuesto por el art. 297 num. 6°, extremo que fue objeto de análisis en la Justicia y que será tratado más adelante al analizar el enfoque jurisprudencial.

Por otra parte, la ampliación de las competencias del Congreso de Intendentes parece ser ratificada por el **art. 9° de la Ley N° 18.860**, que establece que: *“Los valores de aforo vehiculares, alícuotas a aplicar sobre los mismos y todo otro elemento necesario para calcular el valor del impuesto a los vehículos de transporte (numeral 6° del artículo 297 de la Constitución de la República) correspondiente al ejercicio 2012, las formas de pago del tributo, así como todo otro aspecto que contribuya a la homogeneidad del monto del tributo a nivel nacional, serán acordados por el Congreso de Intendentes, teniendo en consideración la propuesta que realizarán al respecto la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas”.*

Por último, el **art. 21 de la Ley N° 19.272 de 25 de septiembre de 2014** de Descentralización en Materia Departamental, Local y de Participación Ciudadana, establece que: *“El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento del Congreso de Intendentes, propondrá las normas legales que estime necesarias para determinar adecuadamente el gasto público realizado en políticas sociales por los Gobiernos Departamentales. Dicho gasto deberá ser considerado en la forma de distribución de recursos que determina el literal C) del artículo 214 de la Constitución de la República”.*

En definitiva, parece claro que en los últimos años, mediante normas de rango legal, se han atribuido al Congreso de Intendentes competencias que exceden el carácter consultivo o de coordinación entre los distintos Gobiernos Departamentales.

Tal como se analizará más adelante, entendemos que en alguno de esos casos, dicha ampliación de competencias que exceden la finalidad de coordinación de las políticas de los Gobiernos Departamentales, es inconstitucional no solo por contravenir dicha finalidad, sino porque además en algunos casos directamente pretende modificar por vía legal competencias constitucionalmente asignada al Intendente y a la Junta Departamental.

2.3. Normativa reglamentaria

El Congreso de Intendentes ha aprobado su propio Reglamento de Funcionamiento que establece como modalidades de actuación el Plenario y las Comisiones (que se integrarán voluntariamente por los Sres. Intendentes, y cada una contará con un máximo de 6 miembros).

Respecto de las resoluciones el Reglamento en su **art. 1°** establece que: *“Todas las resoluciones deberán ser adoptadas en Plenario y son obligatorias para sus integrantes, hayan concurrido o no a la sesión que adoptaron”.*

Asimismo, el **art. 13** del Reglamento establece que en las reuniones del Plenario y de las Comisiones los Intendentes “*podrán hacerse representar por otro funcionario de jerarquía del Municipio, a cuyos efectos lo apoderarán por escrito con constancia expresa de que le otorguen voz y voto*”.

Al respecto, Daniel Hugo MARTINS señala que dichas disposiciones no estarían ajustadas al texto constitucional en tanto la obligatoriedad de las decisiones adoptadas en el Congreso de Intendentes, tanto para los que estén o no en la sesión, serían contrarias a la finalidad de “coordinar” que establece el art. 262 inc. 6 de la Constitución. Concretamente sostiene que: “Entiendo que deben ser respetadas por todos – aunque no hayan concurrido o hayan votado en contra – las resoluciones relativas al funcionamiento del Congreso, incluso la adopción de un reglamento permanente, pero no las resoluciones relativas a “coordinar políticas” o “celebrar convenios” para lo cual se requiere el consentimiento expreso de cada uno de los que deseen obligarse”⁵.

Lo mismo sostiene respecto a la posibilidad de que los Intendentes se hagan representar por otro funcionario de jerarquía del Municipio, en tanto resultaría violatoria de la disposición constitucional que establece que el Congreso de Intendentes estará integrado “por quienes fueren titulares de ese cargo lo estuvieren ejerciendo” y en función de lo dispuesto por el art. 268, que establece que quienes estuviesen ejerciendo el cargo no pueden ser otros más que los suplentes⁶.

Asimismo, se prevé la creación de la Mesa del Congreso de Intendentes como un órgano directamente jerarquizado al Congreso de Intendentes, con funciones ejecutivas y de administración, bajo la denominación de Mesa del Congreso de Intendentes. Este órgano estará integrado por el Presidente, el primer y el segundo Vicepresidente del Congreso de Intendentes. Podrá también funcionar bajo la modalidad de Mesa del Congreso de Intendentes Ampliada, en cuyo caso se integrará con el Secretario Ejecutivo del Congreso y los tres Consejeros.

3. ENFOQUE DOCTRINARIO

Tal como se señaló anteriormente, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la naturaleza jurídica y posición orgánica del Congreso de Intendentes, existiendo posturas doctrinarias que sostienen que es un órgano y otras que entienden que posee personería jurídica.

Tal como lo ha señalado Augusto DURÁN MARTÍNEZ: “Se ha pensado en distintas posibilidades: a) que sea un órgano constitucional más de la Persona Jurídica Estatal Mayor, como lo son los tres clásicos Poderes del Estado, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Cuentas y la Corte Electoral; b) que sea un nuevo “órgano sui generis” que no expresa la voluntad de una persona jurídica estatal sino de varias, la de los Gobiernos Departamentales; c) que sea una nueva persona jurídica estatal distinta de las ya existentes”⁷.

⁵ Daniel Hugo MARTINS – “El Gobierno y la Administración de los Departamentos”, cit., pág. 248.

⁶ Ídem.

⁷ Augusto DURÁN MARTÍNEZ – “Casos de Derecho Administrativo”, Montevideo, 1999, INGRANUSI Ltda., pág. 207.

A continuación, se analizarán las distintas posiciones doctrinarias dividiéndolas entre aquellas que entienden que el Congreso de Intendentes no tiene personería jurídica y los que entienden que sí.

3.1. Posiciones doctrinarias que no le atribuyen personería jurídica

Señala Daniel Hugo MARTINS que: “En nuestra opinión es un órgano de la persona jurídica Estado, que expresa su voluntad con el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales, se comunica directamente con los Poderes de Gobierno y puede celebrar los convenios a que se refiere el inc. 5° del art. 262”⁸.

En la misma tesitura ha sostenido Mariela SAETTONE que se trata de un órgano de creación constitucional necesario, que se incorpora a la organización pública estatal uruguaya y que debe regirse por el Derecho público. En cuanto a su conformación, también se ha sostenido que está conformado por los órganos ejecutivos de los Gobiernos Departamentales⁹.

En el mismo sentido también ha manifestado Felipe ROTONDO que se trata de un órgano de creación constitucional y no de una persona jurídica¹⁰.

En posición similar manifiesta Fulvio GUTIÉRREZ que: “Se trata de un órgano que tiene una competencia limitada, ya que como expresamente lo indica el art. 262 inc. 6° de la Constitución, solo puede hacer dos cosas: “coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales”; y “celebrar convenios con los Gobiernos Departamentales, el Poder Ejecutivo, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, pero solo en cuanto a la “organización y prestación de servicios y actividades propias o comunes”, ya sea en el territorio de algún departamento, en forma regional o interdepartamental”¹¹.

En la misma línea, Carlos E. DELPIAZZO reconoce que la Constitución no despeja las múltiples interrogantes que plantea la constitucionalización del Congreso de Intendentes y que corresponderá al legislador definir su naturaleza jurídica, sin perjuicio de lo cual concluye que el Congreso de Intendentes es un órgano pluripersonal y potenciado¹².

Por su parte, Cristina VÁZQUEZ también parece inclinarse por que se trataría de un órgano manifestando que, conforme a la previsión del art. 262 de la Constitución, el Congreso “es un órgano constitucional, pluripersonal, consultivo, simple y potenciado” ya que “sus integrantes lo son en virtud de ser titulares de otros órganos”. Agregando que es un órgano que expresa la voluntad jurídica no de una sino de varias personas jurídicas (de cada uno de los Gobiernos Departamentales)¹³.

⁸ Daniel Hugo MARTINS – “El Gobierno y la Administración de los Departamentos”, cit., pág. 244.

⁹ Mariela SAETTONE – “Congreso de Intendentes” en Revista de Derecho Público N° 30, pág. 29 y 30

¹⁰ Felipe ROTONDO - “Organización de la descentralización territorial” en “Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996”, AAVV, F.C.U., Montevideo 1998, pág. 102.

¹¹ Fulvio A. GUTIÉRREZ – “Gobierno Departamental”, F.C.U., 2004, 2 edición, pág. 55.

¹² Ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Uruguayo”, Porrúa-UNAM, México, 2005, pág. 103 y sigtes.; “Derecho Administrativo Especial”, cit., pág. 163 y 164y “Autoridades departamentales y municipales”, A.M.F., Montevideo, 2010, pág. 40 y sigtes.

¹³ Cristina VÁZQUEZ – “Los acuerdos de los Gobiernos Departamentales. El Congreso de Intendentes” n Reforma Constitucional de 1997, Universidad Católica del Uruguay, Serie de Congresos y Conferencias N° 16, pág. 142.

Por último, si bien Augusto DURÁN MARTÍNEZ no opta por ninguna de las tres alternativas lógicas planteadas en su trabajo, concluye que se trata de un órgano u organismo sin dudas estatal, de creación constitucional y necesaria¹⁴.

3.2. Posición doctrinaria que le atribuye personalidad jurídica

Esta posición ha sido expuesta aisladamente por Héctor DELPIANO, quien entiende que el Congreso de Intendentes está dotado de personalidad jurídica en tanto se trataría de una entidad que cuenta con presupuesto propio, cuenta con autonomía técnica y ha sido incluida en el ámbito de la descentralización territorial sin resultar jerarquizada a ningún otro Poder u órgano o entidad estatal, por lo que se trataría de una nueva persona pública estatal menor descentralizada por razones de territorio¹⁵.

3.3. Nuestra posición

La jerarquía y la variedad de opiniones doctrinarias relevadas dejan de manifiesto que el tema en cuestión es sumamente discutible. Sin embargo, nos inclinamos por sostener que en nuestro ordenamiento constitucional no existen elementos para considerar que el Congreso de Intendentes haya sido dotado de personería jurídica y que por ende, tampoco podemos sostener que estemos ante una nueva persona jurídica estatal de Derecho público menor, diferente de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y de los Gobiernos Departamentales.

En efecto, el hecho de contar con presupuesto propio no es una nota exclusiva de las personas jurídicas sino que existen órganos estatales que aprueban su propio presupuesto como lo son las Cámaras y nadie duda sin embargo de su calidad de órganos. Por lo que la atribución de un régimen presupuestal especial (en este caso por ley), no puede ser considerada un rasgo definitorio de la personalidad.

Por su parte, tampoco puede confundirse el tener un presupuesto propio con poseer un patrimonio. En efecto, como bien señala Enrique SAYAGUÉS LASO “Toda persona pública tiene patrimonio. Esto es consecuencia de su personalidad jurídica e independiente de la cuantía u origen de los bienes que lo forman”¹⁶. No obstante, puede tenerse presupuesto asignado y no por ello estar dotado de patrimonio. A modo de ejemplo, nadie duda de que el Poder Ejecutivo tiene presupuesto, pero tampoco nadie duda de que el patrimonio pertenece al Estado Persona Pública Mayor.

Lo mismo vale decir respecto al argumento de que el Congreso de Intendentes esté dotado de autonomía técnica¹⁷. En efecto, la autonomía técnica es una de las modalidades de la centralización¹⁸.

¹⁴ Augusto DURÁN MARTÍNEZ – “Casos de Derecho Administrativo”, cit., pág. 207.

¹⁵ Héctor M DELPIANO – “El Congreso de Intendentes. Su naturaleza jurídica. Posición institucional y la cuestión de la Autonomía Departamental” en Anuario de Derecho Administrativo, F.C.U., Tomo XIV, Año 2006, pág. 28 a 31.

¹⁶ Enrique SAYAGUÉS LASO “Tratado de Derecho Administrativo”, FC.U., Montevideo 1974, Tomo II, 3ª Edición, pág. 186.

¹⁷ Héctor M DELPIANO – “El Congreso de Intendentes. Su naturaleza jurídica. Posición institucional y la cuestión de la Autonomía Departamental” cit., pág. 28 a 31.

¹⁸ Aparicio MÉNDEZ – “Teoría del órgano” A.M.F., Montevideo, 1971.

Sin embargo, la ausencia de personalidad jurídica –y por tanto la calidad de órgano estatal- nos lleva a plantearnos una cuestión que es aún más difícil de resolver que es a qué persona jurídica pública estatal pertenece dicho órgano y a qué persona o personas jurídicas compromete con su actuación.

En este sentido, parece lógica la opción de los autores que entienden que se trata de un órgano de carácter constitucional, público y estatal, de creación necesaria y no sometido a la jerarquía de ningún Poder de Gobierno¹⁹, que debería ubicarse como tal dentro de la Persona Pública Estatal Mayor, al igual que los demás órganos de creación constitucional (Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Corte Electoral).

Ello en tanto un órgano integrado por todos los Intendentes de todos los Gobiernos Departamentales, excede las competencias de cada uno de los Gobiernos Departamentales por separado y por tanto, no podría incluirse dentro de ninguno de los Gobiernos Departamentales en particular. Por el contrario, el Congreso de Intendentes tiene competencia en aquellos asuntos que son de interés común de dichos gobiernos descentralizados o que al menos alcanzan a varios de ellos, por lo que el ámbito natural sería un órgano de carácter nacional y no departamental.

Sin embargo, debe reconocerse que esta ubicación orgánica no soluciona el problema de la imputación de la actuación del órgano a la persona jurídica que integra. En efecto, si el Congreso de Intendentes es un órgano del Estado Persona Pública Mayor, su actuación lógicamente se debería imputar a dicha persona jurídica, lo cual, genera enormes dudas.

Allí es donde nos parece que la finalidad atribuida por el Constituyente de “coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales” adquiere mayor importancia, ya que dicho órgano parece estar concebido, no como un órgano decisor, sino como un órgano para la coordinación de decisiones que posteriormente, deberán ser adoptadas por cada órgano interviniente en ejercicio de las facultades constitucionalmente atribuidas a cada uno²⁰.

Dicha interpretación, podría ser puesta en tela de juicio por la potestad atribuida de celebrar convenios que el Constituyente le confiere al Congreso de Intendentes. Sin embargo, si bien la Constitución prevé que se puedan celebrar convenios, parecería que cualquier competencia del Congreso de Intendentes debe ser leída e interpretada a la luz de esa finalidad explícita que le atribuye el legislador que no es otra más que la de “coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales”.

En efecto, luego de señalar que habrá un Congreso de Intendentes con “*el fin de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales*”, la Constitución le atribuye al Congreso la posibilidad de “*celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente*”.

¹⁹ Sobre el particular correspondería preguntarse si estamos ante un órgano aislado o si el mismo puede considerarse un sistema orgánico como otros órganos de creación constitucional. Si bien la Constitución no ofrece respuesta a dicha interrogante, entendemos que nada impediría que el Congreso de Intendentes funcionaria como un sistema orgánico. En efecto, su reglamento prevé la creación de la Mesa del Congreso de Intendentes como un órgano directamente jerarquizado al Congreso de Intendentes, lo cual parece indicar que estaríamos ante un sistema y no simplemente ante un órgano aislado.

²⁰ En una posición aún más restrictiva de las competencias del Congreso, se pronunció Fulvio GUTIÉRREZ al sostener que: “En general, el Congreso de Intendentes se expresa mediante resoluciones que tienen carácter de recomendaciones, y que por sí, no tienen efecto vinculante” (Fulvio GUTIÉRREZ – “Gobierno Departamental”, cit. pág. 55.).

El inciso precedente, es el inc. 5° del art. 262 a cuyo tenor: *“Los Gobiernos Departamentales podrán acordar, entre sí y con el Poder Ejecutivo, así como con los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental”*.

Ahora bien, parte de la doctrina ha entendido que esta posibilidad de celebrar convenios es muestra de la intención del legislador de dotar de personería jurídica al Congreso de Intendentes, ya que únicamente los sujetos de Derecho pueden celebrar convenios²¹.

Sin embargo, si bien el argumento resulta más que atendible, entendemos que debe analizarse en su contexto teniendo en cuenta no solo la finalidad explícita de coordinación que el Constituyente le dio al Congreso de Intendentes, sino considerando además que no se le atribuye la potestad de celebrar cualquier convenio, sino únicamente los previstos en el inciso 5° del art. 262.

El inciso 5° **no prevé cualquier tipo de convenio**, sino que prevé específicamente convenios que revisten una doble calidad que está dada por los sujetos que pueden ser parte de los mismos y por el objeto sobre el cual pueden versar.

Respecto de los sujetos que pueden ser parte de los mismos, el inc. 5° prevé que puedan ser celebrados entre los distintos Gobiernos Departamentales o entre los Gobiernos Departamentales, el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados. En este sentido, adviértase que la propia Constitución está previendo que el Poder Ejecutivo firme esta clase de convenios y sin embargo nadie discute que el Poder Ejecutivo no es una persona jurídica sino un órgano integrante de la Persona Pública Estatal Mayor, por lo que evidentemente el Constituyente entendió que no se requiere de personería para celebrar este tipo de acuerdos.

Por otra parte, el objeto de los convenios también está establecido por la Constitución que específicamente dice que serán convenios que versen sobre *“la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental”*.

Parece claro que los servicios y actividades que presta o realiza una entidad pública estatal no se fijan por convenio sino que se enmarcan dentro de las competencias que cada entidad tienen asignadas por la Constitución o por ley²², por lo que los convenios a los que hace referencia dicho inciso solo pueden versar sobre cómo organizar y/o prestar las actividades y servicios que ya tienen asignados dentro su competencia las respectivas entidades estatales.

Por lo que en definitiva, lo que estaría otorgando la constitución son potestades jurídicas para celebrar convenios para la coordinación de actividades y servicios entre los diferentes entes públicos, pero respetando las competencias que la Constitución y la Ley le atribuyen a cada organismo estatal.

Es por ello, que entiendo que la posibilidad de celebrar convenios tampoco debe ser entendida como un atributo determinante de la intención del Constituyente de asignarle

²¹ Héctor M DELPIANO – “El Congreso de Intendentes. Su naturaleza jurídica. Posición institucional y la cuestión de la Autonomía Departamental”, cit., pág. 28 a 31.

²² Ver: Enrique SAYAGÜES LASO – “Tratado de Derecho Administrativo”, cit., pág. 198

personalidad jurídica al Congreso de Intendentes, ya que no se le da el atributo de perfeccionar cualquier convenio sino únicamente los convenios de coordinación referidos anteriormente.

Es que al tratarse de convenios de coordinación, ajustados a su finalidad constitucional, no manifiestan la voluntad de la Persona Pública Mayor Estado, sino que por el contrario, vinculan a cada Intendente que estará obligado a cumplir con lo acordado en cada uno de sus Gobiernos Departamentales de acuerdo a las competencias que la Constitución le haya asignado ya sea al Intendente o a la Junta Departamental.

Sobre el particular, Daniel HUGO MARTINS ya señalaba que era inconstitucional la disposición reglamentaria del Congreso de Intendentes que disponía que las decisiones del Congreso obligaban a todos los integrantes estuviesen o no presentes por contrariar su finalidad constitucional de coordinar.

Al respecto, señalaba: “Entiendo que deben ser respetadas por todos – aunque no hayan concurrido o hayan votado en contra – las resoluciones relativas al funcionamiento del Congreso, incluso la adopción de un reglamento permanente, pero no las resoluciones relativas a “coordinar políticas” o “celebrar convenios” para lo cual se requiere el consentimiento expreso de cada uno de los que deseen obligarse”²³.

En este sentido, se comparte dicha apreciación considerando también correcto que lo que se verá comprometido en caso de arribarse a una resolución o convenio firmado por los Intendentes es la obligación del Intendente de ejecutar lo acordado debiendo además intentar obtener el pronunciamiento de la Junta Departamental en caso de que sea necesario²⁴.

En efecto, parece lógico que el Intendente únicamente pueda comprometer su voluntad en cuanto a aquella materia que es de su competencia exclusiva, no siendo posible por ejemplo, comprometer la voluntad de la Junta Departamental que no integra el Congreso de Intendentes.

En este sentido, adviértase que cuando se tacharon de inconstitucionalidad los arts. 1,2,3,4,5, 8 y 9 de la Ley N° 18.860 (Creadora del SUCIVE) por entender que la misma vulneraba la autonomía departamental al concederle competencia al Congreso de Intendentes en materia tributaria propia de los Gobiernos Departamentales (art. 297 num. 6°), una de las defensas esgrimidas por el Estado fue justamente que el Congreso de Intendentes iba a ejercer las competencias asignadas, sin perjuicio de que después, cada Gobierno Departamental, aprobaría por separado y siguiendo los mecanismos constitucionales previstos, las resoluciones adoptadas en el ámbito del Congreso, sin las cuales, no nacería el tributo en cada uno de los Gobiernos Departamentales²⁵.

En definitiva, entendemos que no existen elementos para concluir que el Constituyente haya querido atribuir al Congreso de Intendentes personería jurídica, creando de este modo, una nueva persona pública estatal menor diferente de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales. Por el contrario, se entiende que estamos ante un órgano de creación constitucional, que orgánicamente debe ubicarse junto a los

²³ Daniel Hugo MARTINS – “El Gobierno y la Administración de los Departamentos”, cit., pág. 248.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ver Sentencia N° 568/2013 SCJ de 25 de noviembre de 2013.

otros órganos de creación constitucional no subordinados a los Poderes de Gobierno, esto es, dentro de la Persona Pública Mayor Estado. En consecuencia, sus actos administrativos serían impugnables únicamente mediante el recurso de revocación frente al propio Congreso de Intendentes.

En cuanto al problema que ello genera respecto a la imputación de la voluntad, creemos que la solución viene dada por la propia naturaleza del órgano de creación constitucional que está previsto como un ámbito de coordinación entre los Intendentes y no como un órgano decisor.

En función de ello, su competencia se agotaría en la instancia de coordinación, quedando vinculados por sus decisiones los Intendentes que allí llegaran a un acuerdo, siempre y cuando ello estuviese dentro de sus competencias exclusivas y en caso de desconocer lo acordado, entonces será el Gobierno Departamental respectivo el que incurra en responsabilidad frente a los demás integrantes del Congreso.

4. ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

En los últimos años han existido algunos pronunciamientos referentes a cuestiones relativas al Congreso de Intendentes, que resultan relevantes a la hora de analizar el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado al tema.

4.1. Sobre su naturaleza jurídica y legitimación para comparecer en juicio

La Sentencia N° 54/2014 del TAC 7° de 28 de abril de 2014 resulta de fundamental importancia ya que en la misma se analiza concretamente el tema de la personería jurídica del Congreso de Intendentes.

En efecto, una funcionaria del Congreso de Intendentes instauró una acción contra el Congreso y contra uno de sus funcionarios, por entender que existió acoso laboral. El codemandado que era funcionario del Congreso de Intendentes interpuso la excepción de falta de legitimación pasiva del funcionario público (art. 24 y 25 de la Constitución) y el Congreso de Intendentes interpuso la excepción de falta de legitimación pasiva del Congreso de Intendentes, por entender que carecía de personería para estar en juicio, amparándose en la tesis mayoritaria.

La Sentencia de Primera Instancia²⁶ acogió la excepción de falta de legitimación pasiva del codemandado funcionario público pero desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva del Congreso de Intendentes por entender que el mismo sí poseía personería jurídica, adhiriéndose a la tesis minoritaria.

Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación y se pronunció el TAC 7°, entendiendo sobre el punto que si bien el Congreso de Intendentes es un órgano integrante de la Persona Pública Mayor, la ausencia o no de personería no obstaculizaba su comparecencia en juicio ya que podría irrogarse la personería jurídica de la Persona Pública Mayor Estado, que integra.

²⁶ Sentencia Definitiva N° 5/2013 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er Turno.

Por su importancia, se transcriben los pasajes de la Sentencia comentada: “Respecto de la legitimación pasiva del Congreso Nacional de Intendentes, también se ratificará la decisión de primera instancia, no sin antes reconocer lo serio de los argumentos contrarios analizados en el sublite.

El art. 262 inciso final de la Constitución establece que “Habrá un Congreso de Intendentes integrado por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, con el fin de coordinar políticas de los Gobiernos Departamentales. El Congreso, que también podrá celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente, se comunicará directamente con los Poderes del Gobierno.

En concepto de la Sala del texto surge que no es meramente un ámbito coordinador de Intendencias, sino que ejerce una voluntad orgánica propia, en tanto puede acordar con el Poder Ejecutivo, así como con Entes y Servicios Descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental, e incluso comunicarse directamente con los Poderes de Gobierno según se vio. Pero además puede confeccionar su propio Presupuesto (art. 486 de la ley N° 17.930; contrata sus propios funcionarios (fs. 34/35; 36/37; 142, 144); elabora su propio Reglamento de funcionamiento y El Estatuto de sus propios funcionarios fs. 38/44; 147/152vto.); tiene injerencia en la unificación de patentes (leyes N° 18.456, 18.860).

Entonces, si bien integra la persona mayor Estado y aunque no sea persona jurídica de derecho público como sostiene DELPIAZZO, “Derecho Administrativo Uruguayo”, Porrúa-UNAM, 2005, pág. 103, 104; “Derecho Administrativo Especial” Amalio Fernández, Montevideo 2009 Vol.I, segunda edición págs. 139, 140; “Autoridades departamentales y municipales”, Amalio Fernández 2010 pág. 40 y ss; ROTONDO TORNARÍA “Organización de la descentralización territorial” en Reflexiones de la Reforma Constitucional de 1996 FCU 1998 pag. 102 citados por la parte demandada a fs. 341) o bien lo sea (VAZQUEZ, DELPIANO citados a fs.99 y vto. y A-quo) **en concepto del Tribunal ello no es incompatible con la posibilidad de que sea el Organismo con quien se tenga que entender la demanda contra el Estado.** El Congreso, como expresión orgánica del Estado que actúa en representación de intereses colectivos, puede ser demandado asumiendo la personería por el Estado en tanto vulnera derechos de los administrados, teniendo presente que el art. 24 de la Carta, antes analizado, tomó en cuenta para la legitimación pasiva la expresión orgánica y no la personalidad jurídica de la repartición estatal.

En sentido coadyuvante, en sentencias 505/11 y 1171/11 de la Suprema Corte de Justicia, se da cuenta de la presentación del Congreso de Intendentes quien se había postulado como legitimado en forma activa para comparecer en virtud de lo previsto en el art. 262 inc. 6 de la Constitución y acreditó su interés directo personal y legítimo (en que la ley N° 18.456 se había gestado en un Acuerdo del propio Congreso y que la misma ley les había asignado determinadas atribuciones como por ejemplo el asesoramiento al Poder Ejecutivo en el momento de elaborar la reglamentación, atribuciones que resultaban inherentes al mandato constitucional de coordinar las políticas de los Gobiernos Departamentales. Es de ver que, aunque fue desestimada la pretensión, no lo fue por falta de personería como aquí se invoca”.

Surge del texto de la Sentencia que el TAC 7° entiende que el Congreso de Intendentes integra la Persona Pública Mayor (Estado) pero igualmente sostiene que ello no sería obstáculo para comparecer en juicio, ya que podría ser demandado irrogándose para su comparecencia en el proceso, la personería jurídica del Estado.

Sin perjuicio de que no se comparte que se pueda ser demandado sin tener personería jurídica, ya que lo que corresponde es demandar a la persona jurídica y no al órgano, debe señalarse que la Sentencia en consideración admite que el Congreso de Intendentes integra la Persona Pública Mayor, con lo cual excluye cualquier posibilidad lógica de que el mismo sea considerado también una persona jurídica, ya que dentro de las personas jurídicas no coexisten otras personas jurídicas sino únicamente órganos.

En consecuencia, si bien no se establece una relación necesaria entre su carácter de órgano y su legitimación para comparecer en juicio, el fallo en cuestión resulta relevante ya que expresamente da reconocimiento a la tesis que sostiene que el Congreso de Intendentes debe ubicarse dentro de la Persona Pública Mayor Estado.

4.2. Sobre su falta de legitimación en Acción de Lesión de Autonomía

Comparece el Gobierno Departamental de Colonia, promoviendo Acción por Lesión de Autonomía Departamental respecto de la Ley N° 18.456 (Ley de Vehículos Automotores) en el entendido de que dicha ley regulaba un impuesto que constituía fuente de ingresos del Gobierno Departamental (art. 297 de la Constitución).

En dicho proceso compareció voluntariamente el Congreso de Intendentes solicitando la suspensión del proceso hasta tanto se subsanara la omisión de no haber emplazado al Congreso de Intendentes y a todas las Intendencias del país. Entendían que tenían competencia para comparecer en dicho proceso en tanto la Ley N° 18.465 se había gestado en un Acuerdo del Congreso de Intendentes y que la misma le había otorgado competencia como el asesoramiento al Poder Ejecutivo al momento de dictar la reglamentación.

La Suprema Corte de Justicia por Sentencia N° 505/2011 de la SCJ de 28 de febrero de 2011 rechazó el pedido de suspensión entendiendo que el Congreso de Intendentes carecía de legitimación pasiva para comparecer en el proceso en tanto el fallo a dictarse en nada afectaría a los Gobiernos Departamentales y mucho menos al Congreso de Intendentes, ya que el efecto del eventual acogimiento de la acción de lesión de autonomía únicamente alcanzaría al Gobierno Departamental actor, por lo que el Congreso de Intendentes carecería de interés directo, personal y legítimo con relación al proceso.

4.3. Sobre su carencia de potestad tributaria

La Sentencia N° 568/2013 SCJ de 25 de noviembre de 2013 debió analizar la solicitud de inconstitucionalidad de los art. 1,2,3,4,5, 8 y 9 de la Ley N° 18.860 (creadora del SUCIVE) por entender que la misma vulnera la autonomía departamental al concederle competencia al Ministerio de Economía y Finanzas, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Congreso de Intendentes en materia tributaria propia de los Gobiernos Departamentales, cuando la Constitución específicamente establece aprobación de impuestos sobre vehículos la tienen los Gobiernos Departamentales mediante iniciativa del Intendente y aprobación de la Junta Departamental (art. 273 num. 3 y 275 num. 4). Desestiman por considerar que

los titulares de la acción son propietarios de vehículos que no tienen un interés directo, personal y legítimo en tanto no tienen legitimación para alegar la violación de la autonomía departamental.

Sin embargo, interesa la **discordia del Ministro Julio CHALAR** en tanto sostiene que las partes sí tienen legitimación activa por el solo hecho de ser sujetos pasivos del tributo patente de rodados, ingresando al tratamiento del fondo de la cuestión.

En lo medular, sostiene que el SUCIVE fue creado con la finalidad de *“realizar todas las acciones y gestiones necesarias para el cobro de impuesto a los vehículos de transporte empadronados en cualquier departamento de la república (art. 1° de la Ley N° 18.860)”*. Asimismo, manifiesta que la ley atribuye al Congreso de Intendentes la potestad de resolver: *“valores de aforo vehiculares, las alícuotas a aplicar sobre los mismos y todo otro elemento necesario para calcular el valor del impuesto a los vehículos de transporte...”* Y sobre este punto, la discordia sostiene que: *“la Ley N° 18.860 legitima al SUCIVE para pretender el cobro de un tributo en cuya configuración interviene preceptivamente un órgano que carece de la potestad tributaria necesaria, conforme a lo dispuesto por la Constitución de la República (art. 297 numeral sexto, 273 incisos primero y segundo, 274, 275 numeral 4°”*.

Y prosigue: *“Entonces, lo que conforme a la Ley N° 18.860 debe cobrar el SUCIVE no es el tributo de patente de rodados que aprueban los Gobiernos Departamentales conforme a la Constitución, sino algo distinto: debe cobrar lo que resuelva el congreso de Intendentes. De esto, que los contribuyentes del impuesto patente de rodados se ven gravados por un impuesto decretado en infracción a las normas constitucionales que asignan en forma exclusiva el ejercicio de la función legislativa – y administrativa- en la materia a los Gobiernos Departamentales, asignación indelegable en ausencia de norma expresa en tal sentido. Como expresó Cajarville: “es meridianamente claro que ningún órgano del Estado que reciba competencia de la Constitución o de la Ley, puede transferirla a un tercero mediante un contrato, de manera que el contrato de “adhesión al Sistema” previsto en el art. 2°.. no puede legitimar esta solución”*.

Tal como se desprende de lo ya manifestado, se comparten las apreciaciones de la discordia en cuanto a la inconstitucionalidad de dichos artículos en tanto vulneran las competencias constitucionalmente atribuidas al Intendente y a la Junta Departamental y en cuanto además, exceden la finalidad expresa de coordinación asignada por el Constituyente al Congreso de Intendentes.

5. CONCLUSIONES

Si bien se reconoce la dificultad del tema en cuestión, entendemos que del análisis propuesto pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) la Reforma Constitucional de 1997 que le dio al Congreso de Intendentes un marco normativo vino a reconocer una realidad que existía con anterioridad y que operaba como un ámbito de coordinación y discusión de temas comunes a los Gobiernos Departamentales;
- b) la ley ha ampliado las facultades del Congreso de Intendentes, en algunos casos, en contravención de la finalidad coordinadora de las políticas de los Gobiernos Departamentales que expresamente le confiere el art. 262 inc. 6° de la Constitución;

- c) a veinte años de su creación, no existe aún ni en doctrina ni en jurisprudencia unanimidad acerca de la naturaleza jurídica y posición orgánica del Congreso de Intendentes;
- d) sin embargo, entendemos que no existen elementos para concluir que el Constituyente haya querido atribuir al Congreso de Intendentes personería jurídica, creando de este modo, una nueva persona pública estatal menor diferente de los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales;
- e) por el contrario, entendemos que estamos ante un órgano de creación constitucional, que orgánicamente debe ubicarse junto a los otros órganos de creación constitucional no subordinados a los Poderes de Gobierno, esto es, dentro de la Persona Pública Mayor Estado;
- f) conforme con dicha postura, los actos administrativos del Congreso de Intendentes serían impugnables únicamente mediante el recurso de revocación interpuesto frente al propio Congreso de Intendentes;
- g) en cuanto al problema de la imputación de la voluntad, creemos que la solución viene dada por la propia naturaleza del órgano de creación constitucional que está previsto como un ámbito de coordinación entre los intendentes y no como un órgano decisor;
- h) en función de ello, su competencia se agotaría en la instancia de coordinación, quedando vinculados por sus decisiones los Intendentes que allí llegaran a un acuerdo, obligándose a ejecutar los actos propios de su competencia conforme a lo acordado en el Congreso de Intendentes, sin perjuicio de no poder vincular al Gobierno Departamental en los asuntos que requieran intervención de la Junta Departamental. En esos asuntos el único obligado será el Intendente a intentar un pronunciamiento favorable de la Junta Departamental y el Gobierno Departamental no estará obligado mientras la Junta no se pronuncie favorablemente sobre el particular; y
- i) para los asuntos en los que el Intendente represente con su sola intervención al Gobierno Departamental, el no respeto por éste de lo acordado por su Intendente en el ámbito del Congreso de Intendentes, hará responsable al Gobierno Departamental frente a las demás partes de dicho acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- DELPIANO, Héctor – “El Congreso de Intendentes. Su naturaleza jurídica. Posición institucional y la cuestión de la Autonomía Departamental” en Anuario de Derecho Administrativo, F.C.U., Tomo XIV, Año 2006.
- DELPIAZZO, Carlos E. – “Derecho Administrativo Uruguayo”, Porrúa-UNAM, México, 2005.
- DELPIAZZO. CARLOS E. - “Autoridades departamentales y municipales”, A.M.F., Montevideo, 2010.
- DLPIAZZO, Carlos E. – “Derecho Administrativo Especial”, A.M.F., Montevideo, 2015, Volumen I, tercera edición..
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto – “Casos de Derecho Administrativo”, Montevideo, 1999, IN-GRANUSI Ltda.
- GUTIÉRREZ, Fulvio A. – “Gobierno Departamental”, F.C.U., 2004, 2 edición.
- MARTINS, Daniel Hugo – “El Gobierno y la Administración de los Departamentos”, Segunda Edición Corregida y Ampliada, Montevideo, 2006.

- MARTINS, Daniel Hugo – “El Sistema Único de Cobro de Ingresos Vehiculares (SUCIVE)”, en Rev. de Legislación Uruguaya sistematizada y analizada (La Ley Uruguay, Montevideo, 2012), Año III, N° 8.
- MÉNDEZ, Aparicio – “Teoría del órgano” A.M.F., Montevideo, 1971.
- ROTONDO, Felipe - “Organización de la descentralización territorial” en “Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996”, AAVV, F.C.U., Montevideo 1998.
- RUOCCO, Graciela – “Ley de Patentes de Rodados: ¿avance o retroceso?”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2011), N° 6.
- SAETSTONE, Mariela – “Congreso de Intendentes” en Revista de Derecho Público N° 30.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique- “Tratado de Derecho Administrativo”, FC.U., Montevideo 1974, Tomo II, 3ª Edición.
- VÁZQUEZ, Cristina – “Los acuerdos de los Gobiernos Departamentales” en “La reforma Constitucional de 1997 en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, 1997.
- VÁZQUEZ, Cristina – “Los acuerdos de los Gobiernos Departamentales. El Congreso de Intendentes” en Reforma Constitucional de 1997, Universidad Católica del Uruguay, Serie de Congresos y Conferencias N° 16).

Fecha de recepción: 22 de marzo 2017.

Fecha de aceptación: 26 de abril 2017.

JURISPRUDENCIA

VARIACIONES SOBRE EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA, LA REVOCABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA ANULATORIA

Análisis de unas sentencias, algunos precedentes y temas conexos y derivados

*Juan Pablo Cajarville Peluffo**

I. INTRODUCCIÓN

La opinión de la doctrina, al presente unánime o poco menos, concluye que el régimen de recursos y de agotamiento de la vía administrativa no puede considerarse una garantía ni un medio de defensa efectivo para los habitantes, sino un desmedido privilegio de la Administración; para que cumpla alguna finalidad de garantía requiere una modificación de normas constitucionales que permita el acceso a la vía jurisdiccional en un plazo razonable¹. Tal vez la mejor solución sea transformarlo en optativo para el agraviado por un acto administrativo; pero en tanto la Carta no sea modificada en ese punto, sólo cabe reglamentarlo de manera adecuada a la norma superior que disminuya en lo posible su irrazonabilidad.

En ese sentido, se han dictado varias leyes que no es del caso enumerar ahora detalladamente²; una de las más trascendentes y sin duda de más compleja interpretación, cuyo alcance se ha ido develando en su aplicación jurisprudencial y en su análisis doctrinal, es la contenida en el art. 36 del Decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, “Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”. A ese esclarecimiento han contribuido las sentencias que se comentarán en esta nota, en que aparecen “variaciones”³ sobre el tema,

* 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 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, **Recursos Administrativos**, 4ª ed., F.C.U., Montevideo, 2008, págs. 11 a 14 y 269 a 274, y doctrina conforme.

² CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., *in tot.* y en esp. págs. 16 a 41.

³ En sentido análogo al musical: “Cada una de las imitaciones melódicas de un mismo tema” (Dicc. RAE).

y otros vinculados o derivados. Entre estos, el nada sencillo de la revocación de oficio de los actos que se suponen “creadores de derechos *adquiridos*”.

II. PLANTEAMIENTO DEL CASO

La facilidad con que los medios informáticos permiten actualmente el acceso a la jurisprudencia de los tribunales probablemente justifica que no se incluya en las publicaciones el texto completo de las sentencias anotadas, junto a sus comentarios. Pero siendo así, la debida comprensión del análisis requiere un planeamiento detallado del caso sobre el cual recaen el o los fallos. A eso se destina el siguiente planteamiento⁴.

a) El caso se inicia con la Resol. N° 150/004 del Ente que después sería demandado, disponiendo el “Llamado a Concurso de Méritos y Antecedentes para la provisión de dos cargos de Ingeniero Agrónomo Supervisor”.

b) Por Resol. N° 472/004, de 28.4.04, “se integró el Tribunal de Concurso encargado de establecer las bases, supervisar y decidir el referido concurso”.

La Resol. N° 1546/004 definió “criterios especiales para ponderar en forma diferencial, en los ítems de méritos y antecedentes, la especialización de los concursantes en materia agrícola ganadera y forestal”; pero la Resol. N° 753/005 de 6.7.05, resolviendo recursos interpuestos por otros dos funcionarios, revocó la recién mentada Resol. N° 1546/004.

La Resol. N° 888/005 aprobó las bases del concurso; y la N° 181/006, de 22.2.06, designó a los funcionarios G.T. y J.M. en los dos cargos concursados.

c) En tiempo y forma, el funcionario del mismo Ente Ing. J.P. presentó sendas demandas de nulidad contra las resoluciones aludidas en el ap. b):

- impugna la Resol. N° 472/004, “por la cual se designó al Ing. A.I. como miembro del Tribunal de Concurso de Ingeniero Agrónomo Supervisor”, por entender que con dicha designación “se violenta sus derechos, ya que no se le ofrecen garantías suficientes de su imparcialidad”, porque “ha sido denunciado por el compareciente por la persecución ejercida sobre su persona”.
- impugna la Resol. N° 753/005, que dejó sin efecto la anterior N° 1546/004 que había establecido criterios especiales para ponderar en forma diferencial los méritos y antecedentes para el concurso de Ingeniero Agrónomo Supervisor. Agrega que los argumentos esgrimidos por los impugnantes del acto revocado no son ciertos, porque todos los Ingenieros Agrónomos egresados con antelación al año 1990 “debieron optar por una especialización y/u orientación”, y la revocación desconoce “una realidad con fundamentos técnicos, en beneficio de algunos y en detrimento del actor, quien posee la especialización Agrícola Ganadera”. Agrega que la Administración “se dejó llevar por la arbitrariedad, el abuso de poder, y la omisión en respetar y garantizar los derechos del compareciente”⁵.

⁴ Me atengo especialmente a: *Result.* I a IV de la sentencia del T.C.A. N° 527, de 21 de junio de 2011, y *Consid.* VI “Antecedentes” de la sentencia del T.C.A. N° 408, de 19 de julio de 2016. Todas las resoluciones del Ente demandado mencionadas en el texto emanaron de su Directorio.

⁵ Según lo que resulta de las sentencias de que se trata, y sin haber examinado los expedientes respectivos, la impugnación jurisdiccional de la Resol. N° 753/005 pudo haber sido entablada cuando

- impugna la Resol. N° 888/005, porque aprueba criterios para ponderar los méritos “que varían de los mantenidos hasta el presente (siempre se otorgó mayor puntaje a la capacitación para el cargo, ahora prevalece la antigüedad)”, “con el fin de perjudicarlo por cuanto es el único funcionario del Departamento que cuenta con los conocimientos exigidos para tal designación”.
- impugna la Resol. N° 181/006, designando a dos funcionarios en los cargos concursados, reiterando para ello los agravios esgrimidos respecto de las otras recurridas.

d) La Sentencia N° 527 del T.C.A., de fecha 21 de junio de 2011, acogió las demandas promovidas en los expedientes acumulados detallados en el apartado precedente y, en su mérito, anuló los cuatro actos impugnados:

- la Resol. N° 472/004, “que designa como presidente del Tribunal de concurso al Ingeniero A.I.”, entendiéndose probado el vicio que se invoca y considerando “evidente que la designación del Ing. I. como presidente del Tribunal de concurso, afectaba las garantías del actor concursante, viciando todo el procedimiento” (*Consid.* III);
- la Resol. N° 753/005, “que acogiendo los recursos interpuestos por dos postulantes al concurso, revoca la RD 1546/04”; así como la Resol. N° 888/005, “acto por el cual se aprueban las nuevas bases del concurso”, por estimar “que fueron viciados por desviación de poder” (*Consid.* IV); y
- la Resol. N° 181/006, “que designó para ocupar dos cargos de Ingeniero Agrónomo Supervisor, a los funcionarios G.T. y J.M.”, su nulidad “se impone por el vicio de la RD N° 472/2004”, por ser “aplicable en la especie, el principio jurisdiccional de ‘nulidad en cascada’ principio según el cual, el vicio del acto originario, inficiona de nulidad, todos los actos posteriores conexos con aquél o que de aquél dependen” (*Consid.* V).

la acción había caducado por aplicación de lo dispuesto en el art. 36 del Decreto-ley N° 15.524, de 9.I.84 y art. 9° inc. 1° de la Ley N° 15.869 de 22.VI.87. El acto en cuestión, de fecha 6.VII.05, se dictó resolviendo recursos administrativos de otros funcionarios; por lo tanto conforme al mentado art. 36 inc. 1°, habrían agotado la vía administrativa (véase lo expuesto por el autor de esta nota en: **Recursos Administrativos**, cit., págs. 135 y 253 a 257, y confs., sents. T.C.A. reseñadas en loc. cit. pág. 257, texto y nota 53). Pero del *Result.* I de la Sent. N° 498/016 se infiere que el Ing. J.P. la habría recurrido administrativamente, y el *Consid.* I de la Sent. N° 527/011 consigna parcamente que “en la especie se verifica el correcto agotamiento de la vía administrativa”, sin proporcionar detalles. Ahora bien, aunque esa acción hubiera caducado, la sentencia, según se dirá de inmediato, acogió la demanda y falló sobre el fondo anulando todos los actos impugnados en las acciones acumuladas. Por ende, deberá interpretarse que respecto a dicho acto, el actor y luego el propio Tribunal adhirieron a la solución que reconoce, tanto al anterior impugnante como al tercero, la opción por volver a recurrir en vía administrativa patrocinada por la jurisprudencia citada en la nota 52, págs. 256/257 de **Recursos Administrativos**, cit. El Tribunal había revisado esa posición, rechazando la existencia de tal opción en la Sent. N° 1158/999 de 13.10.999 recogida en **Recursos Administrativos**, cit., pág. 257 (confs. Sents.: N° 210 de 5.4.000; N° 481 de 14.6.000; N° 737 de 6.12.004; N° 393 de 25.7.07; N° 492 de 10.9.07; N° 450 de 30.9.014 y N° 453 de 9.10.14); sin embargo, volvió a sostenerla en Sents.: N° 1201 de 5.11.99; N° 277 de 22.5.002; N° 79 de 13.2.08; N° 287, de 9.5.013 (todas en banco de jurisprudencia CADE). Como puede observarse, ambas soluciones se han alternado en las decisiones del Tribunal, pese a que son contradictorias: admitir una nueva recurrencia requiere entender que la anterior no agotó la vía administrativa. Aun así, debe reconocerse una vez más el mérito de esa jurisprudencia cuando tiende a facilitar el acceso a la jurisdicción.

e) El 21 de setiembre de 2011 el Directorio del Ente en cuestión dictó la Res. N° 0646/011, que en su N° 1° dispuso: “Anúlense las Resoluciones de Directorio Nos. 472/2004, 753/05, 888/2005 y 181/2006, de fechas 28 de abril de 2004, 6 de julio de 2005, 10 de agosto de 2005 y 22 de febrero de 2006”; vale decir, los cuatro actos administrativos anulados por la Sent. N° 527/011 del T.C.A. reseñada en la letra d) precedente.

f) El 8 de junio de 2012, el Ing. J.M. compareció ante el T.C.A. promoviendo demanda de nulidad contra la Resol. N° 0646/2011 del Directorio del Ente demandado, que había impugnado mediante el recurso de revocación interpuesto en tiempo y forma, sobre el cual recayó denegatoria ficta. La demanda fue introducida en tiempo útil y así lo consigna el Tribunal (*Consid.* II de la Sent. N° 408/016 recaída en la causa).

Fundó su pretensión en que en ninguno de los recursos administrativos que precedieron a la acción de nulidad que culminó con la Sentencia N° 527/011, ni en ese proceso jurisdiccional, ni más tarde en el procedimiento administrativo que condujo a la Resolución N° 0646/011 objeto de su propio accionamiento, fue notificado ni emplazado, ni tuvo noticia alguna de su existencia, vulnerando “el principio del contradictorio y de la debida defensa” y causando su indefensión, lo que conlleva la anulación de la resolución impugnada; que ésta lesiona su derecho al cargo, al que accedió por concurso y ejerce hace más de cinco años; y que la resolución impugnada desconoce el alcance de la sentencia anulatoria y sus efectos, limitados al caso concreto y a las partes intervinientes en el proceso, y no le resultan oponibles (*Result.* I Sent. 408/016).

g) La demandada negó la existencia de indefensión en vía administrativa, “desde que todos los actos recurridos por P. fueron mantenidos” por la Administración; que el Ente “procedió al dictado del acto en causa como consecuencia del acatamiento al fallo” N° 527/011, “lo cual implicó necesariamente la nulidad del acto que designaba al actor”; que no puede admitirse lesión al derecho al cargo, en razón del efecto “ex tunc” de la sentencia anulatoria, “que es indiscutible que no existen derechos adquiridos contra la legalidad” y que “constituye cosa juzgada que el accionante no tiene derecho al cargo en cuestión, que venía desempeñando” (*Result.* II Sent. 408/016).

El Ing. P. dedujo tercería “invocando su interés en que se mantenga firme la resolución que se impugna en autos” (*Result.* III Sent. 408/016).

h) La Sent. N° 408, de 19 de julio de 2016, adoptada por mayoría⁶, coincidiendo con lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, acogió el planteo anulatorio impetrado⁷, con una discordia.

Sus fundamentos comienzan por señalar que “la resolución impugnada es consecuencia del dictado de la Sentencia [...] N° 527/211” (*supra*, letra d). Afirma que “asiste plena razón al accionante” al plantear que la Sent. N° 527/2011 “no le resulta oponible”; recayó “tras

⁶ Conformes: Ministros Dr. Echeveste (r.), Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dr. Vázquez Cruz.

⁷ Corresponde tener presente que por Sent. N° 88/015, de 5 de febrero de 2015, dictada por unanimidad (Ministros Dra. Sassón -r.-, Dr. Harriague, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dr. Echeveste) en acción de nulidad promovida por el Ing. G.T. (el otro funcionario designado conjuntamente con el Ing. J.M. por la Resol. N° 181/006, *supra*, este ap., letra b), el Tribunal anuló la misma Resol. N° 0646/011 (*supra*, este ap., letra e) anulada por la Sent. N° 408/016 ahora reseñada en el texto. Los argumentos de ambas sentencias, por supuesto, son absolutamente coincidentes; las diferencias consisten en que la posterior, suscrita por mayoría, transcribe a la precedente y agrega alguna otra transcripción coincidente.

un proceso contencioso anulatorio en el que el hoy accionante no tuvo participación ya que no fue emplazado” y “de una anulación por violación de un derecho subjetivo del promotor de aquel accionamiento, más precisamente por la afectación de las garantías del debido procedimiento administrativo que asistían al concursante P.[...]”. “De esta manera, en tanto lo que se afectó fue un derecho subjetivo del allí demandante, conforme a lo dispuesto por el art. 311, inc. 2º [sic], de la Constitución, la decisión tiene efecto únicamente en el proceso en que se dicta y [...] los efectos de la sentencia del Tribunal no pueden alcanzar a los terceros que no fueron parte del proceso”. Transcribe en ese sentido jurisprudencia que recoge prestigiosa doctrina en su respaldo (*Consid. IX*)⁸.

Agrega por último en su fundamentación la mayoría “que también es de recibo el agravio del accionante relativo a que en el trámite administrativo que concluyó con el dictado de la resolución encausada se omitió el otorgamiento de una vista previa a su respecto, lo que lo dejó en indefensión”, dado que “se trataba de una actuación seguida de oficio, iniciada a efectos de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuyo resultado podía perjudicar al aquí accionante, y en los hechos efectivamente lo perjudicó, desde que implicó la revocación de su designación en el cargo [...], conculcándose de ese modo las garantías del debido proceso” (*Consid. XII*).

i) La discordia⁹ entendió que “corresponde desestimar la pretensión anulatoria”, en primer lugar porque “[p]or el acto que se impugna, la Administración procedió a dar cumplimiento a la sentencia anulatoria dictada por este Tribunal”; y así, “el numeral 1º del acto resistido, cabe señalar que anula las resoluciones que previamente había anulado el Tribunal y que los numerales 2º y 3º apuntan a la recomposición de la situación encauzando el concurso a modo de subsanar los vicios relevados por el Tribunal” (num. 1).

Trae a colación los principios ampliamente aceptados por la doctrina procesal que están recogidos en el C.G.P. art. 318.3: “son alcanzados por la cosa juzgada los terceros cuyos derechos dependen del acto cuya validez ha sido juzgada, solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito. Para lo cual quien acciona debe pedir que se dé noticia del juicio a todos aquellos a los que pretende que queden alcanzados por la sentencia a recaer.[...] de no procederse de ese modo, la sentencia es inoponible a los terceros a quienes la decisión puede perjudicar”. Recuerda la opinión coincidente de Sayagués Laso, y concluye con precisión: “No es entonces un problema de falta de vista previa, como alega el actor, ni tampoco es el caso de que se vea privado de un cargo que adquirió legítimamente como también sostiene. Es pura y simplemente una cuestión de inoponibilidad de la sentencia anulatoria N° 527/2011, que conduce ‘al absurdo de que la anulación del acto produciría efectos entre el accionante y la Administración, y no frente a los terceros, respecto de los cuales el acto continúa teniendo validez’ ”¹⁰ (num. 2).

⁸ Se prescinde ahora de analizar la cuestión, planteada por la demandada y rechazada por el Tribunal, acerca de si la comparecencia del actor como testigo en la causa en que se dictó la Sent. N° 527/011 puede considerarse un “conocimiento judicial del pleito” que le haga oponible este fallo (*Consid. X*).

⁹ Ministra Dra. Alicia Castro.

¹⁰ La opinión de Enrique SAYAGUÉS LASO y el doble entrecomillado final en la transcripción de la discordia corresponden al **Tratado de Derecho Administrativo**, tomo II, 4ª ed., Montevideo, F.C.U., 1987, pág. 602.

“Lo que motiva mi discordia -continúa diciendo la Dra. Castro en el num. 3- es la perplejidad ante lo paradójico que resulta que el propio Tribunal anule una resolución de la Administración que no podría tildarse de ilegítima, ya que no hace más que dar cumplimiento a un fallo anulatorio que él mismo ha dictado. Es casi un sinsentido que el Tribunal haya dictado un fallo anulatorio y luego impida su cumplimiento”.

Recuerda que durante mucho tiempo el Tribunal evitó el absurdo considerando irrelevante la falta de noticia al afectado como obstáculo para ejecutar una sentencia anulatoria, citando como ejemplo la Sent. N° 489/001 de 13.8.01. Pero “la cuestión luego fue revisada teniendo en cuenta que el derecho de defensa es un derecho fundamental que no puede ser negado ni soslayado”. Así, agrega, “parece haberse creado una situación difícil: el cumplimiento de la sentencia anulatoria por la Administración perjudica a quien se beneficiaba por el acto anulado, sin que haya tenido oportunidad de defenderlo. Ante esa comprobación, el Tribunal ha optado por lo que bien podría considerarse una contradicción performativa¹¹: anular los actos de cumplimiento de la sentencia”.

Se continúa leyendo en la fundada discordia: “A mi juicio, una sentencia anulatoria que no se puede cumplir porque no es oponible a quien fue indebidamente beneficiado por el acto ilegítimo que se anula, es una sentencia que no tiene sentido. Ni siquiera es ya necesaria para ejercitar la acción reparatoria. Como creo -con Neil MacCormick- que las decisiones jurisdiccionales deben tener sentido en el contexto del sistema jurídico y también en el mundo, me resisto a aceptar ese resultado”¹². Cita en su respaldo la sentencia del mismo Tribunal N° 489/2001, redactada por el recordado Ministro Dr. Víctor Bermúdez, donde se sostuvo que es impensable la procedencia de una anulación jurisdiccional de un acto administrativo que se limita a disponer lo necesario para prestar cabal acatamiento a una sentencia anulatoria dictada con arreglo a derecho (num. 4 de la discordia).

Enuncia luego tres órdenes de consideraciones que le permiten discrepar con la decisión en mayoría e inclinarse por desestimar la demanda. En primer lugar (num. 5), que al dictarse sentencia anulatoria, el acto se extingue de pleno derecho, y la administración debe adoptar todas las medidas necesarias para cumplir el fallo anulatorio, dictando los actos y realizando las operaciones materiales necesarias para cumplir cabalmente con la sentencia¹³. Solo podría calificarse como ilegítima una actuación no orientada al cumplimiento, y no califica como tal un acto dictado a consecuencia de un fallo anulatorio que se ajuste en

¹¹ Si se procurara un paralelismo o una correspondencia entre el calificativo “performativo” (traducción del inglés *performative*: FERRATER MORA, José, **Diccionario de Filosofía**, Madrid, 1980, T. 3, voz “*performative*” y T. 2, voz *ejecutivo*) y la conocida clasificación doctrinal de las sentencias en *declarativas, constitutivas y de condena* (puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 736 a 740, y doct. cit.), pienso que, en tal contexto, el paralelismo o correspondencia procurados se configurarían adecuadamente con el carácter *constitutivo*; lo cual es coherente con el mismo carácter constitutivo (aunque también declarativo y eventualmente de condena) de ambas mentadas sentencias. Pero obsérvese que la Dra. Castro, desde la perspectiva de su distinguida especialización académica, no aplica el calificativo a cada una de las sentencias del T.C.A. que señala en “paradójico” conflicto, sino a la contradicción en sí misma, o tal vez más precisamente a la solución a ella por la que ha optado el Tribunal.

¹² La cita corresponde a: MacCORMICK, Neil, **Legal reasoning and legal theory**, Oxford, University Press, 1978, p. 103.

¹³ Transcribe en su respaldo la enseñanza de SAYAGUÉS LASO, E., **Tratado...**, T. II, cit., pág. 596.

su contenido a lo establecido por el Tribunal; “anular ese acto equivale a perpetuar el efecto jurídico de los actos anulados, priorizando un supuesto derecho que no es tal pues fue adquirido contra legem”.

En segundo lugar (num. 6), que la sentencia N° 527/011 anuló el concurso convocado para proveer los cargos en cuestión por entender que hubo desviación de poder en el procedimiento, y es por vía de consecuencia que declara la nulidad de la resolución que ascendió al actual actor. Quien demandó la nulidad en aquel juicio [en que se dictó dicha sentencia] no invocó ni tenía un derecho subjetivo a ocupar el cargo, sino un interés legítimo, personal y directo a concursar para ascender, que se vio lesionado porque la Administración, al designar el tribunal y modificar las bases del concurso, actuó con desviación o abuso de poder. De ese modo aquella situación no encuadra en lo dispuesto por la Constitución art. 311, inciso 1 -lesión de un derecho subjetivo- sino en que la Administración, al incurrir en abuso o desviación de poder, actuó violando reglas de derecho o de buena administración y con ello lesionó el interés legítimo de aquel impugnante, encuadrando en lo dispuesto por el art. 311 inc. 2°, que dispone que la sentencia “producirá efectos generales y absolutos”¹⁴.

En tercer término (num. 7), sostiene que “el derecho de defensa es un derecho fundamental, pero no es una mera formalidad, apunta a la oportunidad de ejercitar una defensa sustantiva”; “el actor sólo hace caudal de una cuestión formal -la falta de citación en el juicio anulatorio precedente- sin señalar siquiera someramente que efectivamente tenía alguna defensa para oponer a la anulación, es decir, sin señalar ninguna defensa sustantiva concreta que se haya visto impedido de plantear en aquella oportunidad”; “es relevante la circunstancia de que ahora no señale ningún argumento que se haya visto privado de exponer y eventualmente probar en aquel juicio en defensa de los actos anulados que eran el sustento del derecho que esgrime. Nuestra doctrina procesal enseña que no hay indefensión sólo por razones formales, sino que quien alega indefensión tiene la carga de mostrar que tenía defensas que se vio impedido de oponer. Es el principio de trascendencia [...], quien alega indefensión debe señalar que tenía defensas y no pudo oponerlas. Esas defensas deben articularse para demostrar que hubo realmente indefensión. De ese modo el principio de trascendencia evita que la normativa procesal se convierta en extremadamente ritualista”¹⁵. “[...] el actor que argumentó no haber podido defender la validez de los actos que fueron anulados, no ofrece ninguna razón para demostrar que podía haber defendido su derecho mostrando que -contra lo que consideró el Tribunal- aquellos actos eran legítimos. Su único argumento que, en definitiva, es la indefensión, queda en una cuestión meramente formal carente de trascendencia”¹⁶.

¹⁴ Cita en su respaldo a los maestros SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado...*, T. II, cit., págs. 602, y CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución Uruguaya*, en *Derecho Constitucional y Administrativo*. Estudios compilados por Carlos Sacchi, Montevideo, La Ley, 2010 p. 338-339.

* **ADVERTENCIA:** en la versión del notable estudio del maestro CASSINELLI MUÑOZ que acaba de citarse, en la pág. 341, el renglón número treinta, que comienza con la palabra “revocar”, **debe decir “provocar”**.

¹⁵ Cita conforme: VESCOVI, Enrique y colaboradores, *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, Tomo 2, p. 416.

¹⁶ Terminada con esto la exposición del caso analizado principalmente en esta nota, que no me pareció conveniente interrumpir introduciendo otro no menos complejo, creo oportuno volver a la Sent. del T.C.A. N° 450 de 30.9.014, citada en la nota 5 por otro motivo, que merece alguna consideración más

detenida. No ahora por su importancia -que la tiene- en cuanto al régimen de fondo de los actos impugnados, sino por algunas de las soluciones en materia de agotamiento de la vía administrativa en que se concluye. Para comprenderlas, se esquematizará seguidamente el desarrollo de este otro caso: -La Resol. del MVOTMA N° 588 de 3.9.07 concedió una autorización ambiental previa a FGP. El 26.2.08 CCR y otra interpusieron recursos de revocación y jerárquico contra esa Resol. N° 588/007, que no les había sido notificada; el MVOTMA, resolviendo el primer recurso, dictó la Resol. N° 1098 de 16.11.08, revocando la Resol. N° 588/007, y por ende no se franqueó el jerárquico porque la pretensión deducida había sido satisfecha. Así, la vía administrativa no se tendrá por agotada mediante dichos recursos interpuestos (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., págs. 255/256).

-FGP, beneficiario de la autorización revocada, interpuso entonces recursos de revocación y jerárquico contra esa Resol. N° 1098/008 del MVOTMA. Resolviendo el primero, el Ministerio confirmó el acto impugnado, pero franqueado el jerárquico, el Poder Ejecutivo revocó la Resol. N° 1098/008 del Ministerio mediante la Resol. PE/449, de 16.12.09, notificada a CCR el 28.12.09.

-El 25 de febrero de 2010, CCR y otra presentaron demanda de nulidad ante el T.C.A. Los actos objeto de la demanda fueron: la Resol. del MVOTMA N° 588 de 3.9.07 y la Resol. del Poder Ejecutivo N° PE/449 de 16.12.09. De la comparación de las fechas de notificación del último acto y de presentación de la demanda, cabe inferir que no se presentaron en ese lapso recursos administrativos por los actores contra los actos impugnados.

-Sobre esa acción de nulidad, recayó la Sent. N° 450 de 30.9.014 que se considera en esta nota al pie. El Tribunal comienza por proclamar, invocando el respaldo del maestro Horacio Cassinelli Muñoz, que en cuanto “revocación de revocación”, “esta última Resol. del Poder Ejecutivo resulta ser, en puridad, confirmatoria de la Resol. original del MVOTMA, por lo cual, en estricto rigor, cabe considerar como único acto impugnado a la Resol. del MVOTMA N° 588/007” (*Consid. I a IV*). Sobre ese supuesto, concluye que “la demanda de nulidad de autos fue incoada en tiempo y forma”, invocando para ello que: “Contra dicho acto [Resol. N° 588/007] [...], interpusieron éstos [los actores] los correspondientes recursos de revocación y jerárquico el día 26 de febrero de 2008”, que “el MVOTMA acogió el recurso de revocación interpuesto, pero luego el Poder Ejecutivo revocó la Resol. revocatoria, mediante el dictado de la Resol. V/449 de fecha 16 de diciembre de 2009, la cual vale como acto confirmatorio de la volición impugnada” (*Consid. IV*).

La admisión de la acción de nulidad sin la previa impugnación de la Resol. V/449 sería incuestionable conforme a lo dispuesto por el art. 36 del Dec.-ley N° 15.524 (**Recursos Administrativos**, cit., págs. 253 a 255); pero con acierto, el T.C.A. interpretó ese acto como meramente confirmatorio de la Resol. N° 588/007 del Ministerio que había otorgado la autorización.

En cuanto al agotamiento de la vía administrativa respecto de este último acto, que así devino el único objeto de la acción, es verdad, como señala el Tribunal, que “[c]ontra dicho acto [la Resol. MVOTMA N° 588/07], [...] interpusieron éstos [los actores] los correspondientes recursos de revocación y jerárquico el día 26 de febrero de 2008”, y que “el MVOTMA acogió el recurso de revocación interpuesto”; también lo es que “luego el Poder Ejecutivo revocó la Resol. revocatoria, mediante el dictado de la Resol. V/449 de fecha 16 de diciembre de 2009, la cual vale como acto confirmatorio de la volición impugnada”, y que “[e]sta última Resol. fue notificada a los actores con fecha 28 de diciembre de 2009”. Pero cabe señalar que el recurso de revocación contra la Resol. MVOTMA N° 588/07 acogido por el Ministerio fue interpuesto por los actores CCR y otra, y que el jerárquico en su subsidio no fue franqueado por haberse satisfecho la pretensión del recurrente (por eso fue debida la nueva impugnación administrativa de FGP); pero en cambio, la revocación de aquel acogimiento (que valió como confirmación del acto de otorgamiento de la autorización) ocurrió al decidir el recurso jerárquico de FGP, beneficiario de la autorización. Entonces, el agotamiento de la vía administrativa admitido por el T.C.A., ocurrió mediante recursos de revocación y jerárquico interpuestos por sujetos distintos (el primero por el agraviado por el acto y actor en la demanda de nulidad; el segundo por el beneficiario del acto), que ejercieron pretensiones contradictorias; cuestión que el Tribunal no abordó.

El aspecto subjetivo de la cuestión: la diferencia en la persona recurrente en uno y otro recurso, es admitida explícitamente por la norma legal (Dec.-ley N° 15.524, art. 36 inc. 2º) y su constitucionalidad no parece cuestionable (**Recursos Administrativos**, cit., pág. 253, nota 44). La extensión de esa misma solución a la discordancia entre las pretensiones deducidas en los recursos (el recurrente en revocación pretendía la extinción del acto, y el que lo fue en el jerárquico pretendía su “confirmación”) es una consecuencia necesaria de la recién admitida constitucionalidad del aspecto subjetivo de la cuestión, y de su acumulación con la admisión legal de la solución formal sobre el concepto de agotamiento de la vía administrativa (**Recursos Administrativos**, cit., págs. 256 a 259). La diferencia en el pretensor de cada uno de los recursos considerados al efecto del agotamiento de la vía

III. CUESTIONES A CONSIDERAR

Del caso planteado resultan, entre otras, las siguientes cuestiones de interés, que serán analizadas en esta nota:

- a) alcance subjetivo de las Sents. del T.C.A. N° 527/011 y N° 408/016;
- b) legitimidad o ilegitimidad del acto anulado por la Sent. N° 408/016;
- c) revocabilidad de oficio del nombramiento anulado por sentencia inoponible al designado.
- d) cumplimiento del fallo anulatorio dispuesto por la Sent. N° 527/011.

IV. ALCANCE SUBJETIVO DE LAS SENTENCIAS DEL T.C.A.

1. Si el presente fuera un comentario solamente de la Sent. N° 408/016, este análisis debería comenzar por el punto que aparecerá en segundo lugar. La mayoría del Tribunal consideró que el acto administrativo objeto de la causa era ilegítimo por violación del principio de debida defensa en vía administrativa y por esa razón debía ser anulado, y así se decidió; en cambio, la discordia sostuvo que procedía desestimar la pretensión anulatoria. Ese punto debería ser entonces el primero a considerar ahora.

Pero su dilucidación, como se verá, requiere esclarecer previamente el alcance subjetivo de la Sent. N° 527/011, y entonces este último tema se antepone en la consideración, arrastrando consigo la misma cuestión en cuanto a la Sent. N° 408/016.

2. La Constitución, como ocurre en tantos temas con relevancia administrativa¹⁷, contiene una detallada regulación, de enorme trascendencia, sobre la acción de nulidad de los actos administrativos¹⁸: regula la competencia para juzgarla y el órgano al que se

administrativa, acarrea con necesidad la diferencia entre las pretensiones de uno y otro; el supuesto constitucional de que el recurso subsidiario deba interponerse conjuntamente con el de revocación se cumple.

Sin embargo, existe jurisprudencia admitiendo el agotamiento de la vía administrativa con la resolución del recurso de revocación, sin resolución del jerárquico: Sents. N° 507/996, de 22.7.96, y N° 153/002, de 3.4.0. Todo lo cual es coherente con la teoría de la opción reconocida al agraviado (*supra*, nota 5), y cabe reconocerle el mismo mérito.

¹⁷ La cuestión me ha llevado a sugerir que tal vez sea preferible hablar de “administrativización de la Constitución”, en lugar de la tan mentada “constitucionalización del Derecho Administrativo”. Seguramente la adecuación de la denominación al fenómeno dependa del punto de vista desde el que se observe. Mirado desde el punto de vista formal con que se define generalmente el Derecho Constitucional (como materia), parece preferible designarlo como “administrativización” de la Constitución, porque se refiere al contenido de las normas que se incluyen en la materia que así se denomina generalmente; recuérdese al respecto la preocupación del maestro Justino Jiménez de Aréchaga por el estudio global y sistemático de todas esas normas. Desde el punto de vista de la relevancia jurídica del fenómeno, en especial de la eficacia formal de las normas, sin duda lo relevante es la “constitucionalización” de las que suelen considerarse propias del Derecho Administrativo. De todas maneras, es obvio que el objeto observado es siempre el mismo, y su importancia se percibe observándolo desde ambas perspectivas, que se refuerzan dialécticamente. Sobre la cuestión: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *El marco constitucional del Derecho Administrativo. Reflexiones desde el derecho uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 405 y sgts., en esp. págs. 406 a 422.

¹⁸ Sobre estos temas, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 617 a 655, y la bibliografía básica referida.

confiere, la legitimación que debe invocar el actor, los motivos por los que puede decidirse, el contenido posible de la sentencia y los intereses en atención a los cuales puede disponerse la anulación; punto este último de singular relevancia ahora, porque ha merecido regulación constitucional en un mismo artículo con el que se trata de dilucidar: el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria. Ambos temas han merecido conjuntamente una de las disposiciones más confusas de la Carta¹⁹.

3. Aquellos intereses en atención a los cuales se puede declarar legítimamente la nulidad de un acto administrativo se definen así en el art. 311 (reiterado por Decreto-ley N° 15.524, art. 28, incs. 2° y 3°): 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. En primer lugar, porque la “regla de derecho” no es ni puede concebirse como una entidad subjetiva portadora de intereses; 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; pero con ello puede no agotarse el ámbito de intereses eventualmente afectados, porque es posible 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, la mención de “la buena administración” no puede significar, en el contexto constitucional, que el Tribunal pueda declarar la nulidad por razones de mérito²⁰; tampoco cabe suponer 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. Dicho negativamente, la disposición significa que el Tribunal, que no puede anular el acto impugnado por razones de mérito sino sólo por contrariedad con una regla de derecho, tampoco puede

¹⁹ Me atengo en lo que sigue a lo que sostuve más ampliamente en: *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en la “Rev. de Derecho Público”, N° 50, Montevideo, 2016, págs. 7 a 25, en esp. ahora págs. 10 a 19, con amplia exposición de las demás soluciones patrocinadas en nuestra doctrina y jurisprudencia.

²⁰ El concepto de “buena administración” excluye cualquier actuación contraria a derecho; requiere por supuesto la actuación sin desviación de poder, y la opción por un medio inapto para lograr el fin debido causa ilegitimidad de la actuación. 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, porque la opción, entre varios medios idóneos para el fin legítimo, por aquél que se entienda lo es *en mayor grado*, es cuestión de mérito y no de legitimidad (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 50 a 53 y págs. 64/65, en esp. nota 121).

hacerlo simplemente para satisfacer el interés del actor²¹, salvo cuando el derecho positivo lo configure como un derecho subjetivo asegurando su satisfacción; 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.

El postulado precedente es coherente con el concepto constitucional de “interés legítimo”, que atento a lo dispuesto en el art. 309 inc. 3º y descartada como viene de hacerse la hipótesis de titularidad de derecho subjetivo, legitimará en este caso al actor; situación subjetiva cuya satisfacción coincide con la del interés general directamente tutelado por la norma jurídica atributiva de la potestad de dictar el acto en cuestión²². Si el interés general directamente tutelado por la norma ha sido satisfecho, pese a la ilegitimidad del acto impugnado, la mera insatisfacción del interés subjetivo del actor, aunque legítimo²³, no da lugar a la anulación²⁴; 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 (Const., art. 310 inc. 3º), pero el acto no se anula²⁵ porque los intereses en tutela de los cuales podría anularse no lo requieren.

4. El mismo art. 311 de la Carta contiene la regulación de la eficacia subjetiva de la sentencia anulatoria, haciéndola depender del otro aspecto que viene de considerar: el de los intereses que habilitan la anulación. Atribuye en principio “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

²¹ Puede citarse como ejemplo en este sentido la jurisprudencia, que el propio T.C.A. 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”; véase su cita detallada en *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, cit., pág. 12, nota 16.

²² Sobre los conceptos de “derecho subjetivo” e “interés legítimo”: CAJARVILLE PELUFFO, J. 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.

²³ 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; si es posible *in limine*, o de lo contrario previa sustanciación de toda la causa para dilucidarlo.

²⁴ Véase el paralelismo, que no es casual, entre la solución sostenida en el texto y la postulada por CASSINELLI MUÑOZ, seguido por valiosa doctrina, para la revocación por ilegitimidad 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 (más ampliamente en: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, cit., pág. 13, nota 19).

²⁵ 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; véase *supra*, notas 20 y 21.

generales y absolutos” cuando la nulidad se declare “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”²⁶.

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 art. 311 establece los dos casos en que el Tribunal puede anular el acto impugnado en atención a los intereses afectados (*supra*, este ap. IV, N° 3), y el alcance subjetivo de la anulación en uno y otro caso, que ahora se considera.

Las dos primeras disposiciones constitucionales 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 del inc. 2º tiene un alcance más amplio y comprensivo que la sola situación de interés legítimo.

Con frecuencia el derecho positivo tutela el interés público por la vía de consagrar derechos subjetivos en favor de los habitantes o categorías de ellos²⁷; y siempre que 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 y absolutos”. Por otra parte, 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”, como buena parte de nuestra mejor doctrina ha sostenido, porque mientras este último es en la Carta, nítidamente, una situación jurídica subjetiva del actor²⁸, aquellos intereses son con igual nitidez, en tal concepción, ajenos a él y por ende diferentes a su interés, que es además “personal”.

²⁶ Sobre la interpretación de este artículo, se encontrará una detenida exposición de todas las tesis que se han sustentado, así como su crítica, y una más detenida fundamentación de la aquí acogida, en: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Rev. cit., en esp. págs. 14 a 19.

²⁷ 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, Horacio, *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, en **Derecho Constitucional y Administrativo**. Estudios compilados por Carlos Sacchi, Montevideo, 2010, págs. 1230/1231.

²⁸ Lo afirma CASSINELLI MUÑOZ en el primer párrafo de su célebre estudio: *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, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, y aquí cit. de **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit. pág. 324; conf: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 880/881.

Entonces, las dos hipótesis del art. 311 no se excluyen recíprocamente, no coinciden por ende necesariamente con las del art. 309 inc. 3º ni con las del art. 310 inc. 3º, y el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria no depende exclusivamente de la legitimación del actor²⁹.

Por consiguiente, si la legitimación del actor resultó de la violación de un derecho subjetivo, la sentencia anulatoria tendrá *en principio* alcance entre las partes (Const., art. 311, inc. 1º), sin requerir declaración alguna del Tribunal al respecto³⁰. 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”³¹; así lo ha hecho mediante declaración expresa en pronunciamientos anulatorios en que el Tribunal afirmó o dio por supuesta la existencia de violación de derechos subjetivos³².

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 por al menos cuatro votos conformes; si así no hubiera sido, habría correspondido la confirmación del acto impugnado (*supra*, este mismo ap. IV, parág. 3), con reserva de la acción de reparación si tres votos conformes declararan su ilegitimidad (Const. art. 310, inc. 2º). Por ende, esa anulación tendrá “efectos generales y absolutos”, sin necesidad de declaración expresa y por directo imperio constitucional (art. 311, inc. 2º).

²⁹ 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., pág. 339; conf. DELPIAZZO, Carlos E., *Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento*, en **Actividad reglamentaria de la Administración**, 1as. Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Montevideo, 1989, págs. 143/144). 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.

³⁰ En contra, ignorando sencillamente lo dispuesto por el art. 311 inc. 1º 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.

³¹ Confs. en cuanto a esta posibilidad, por supuesto desde posiciones distintas a la aquí sustentada sobre la interpretación del art. 311, criticando la solución constitucional: 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, pág. 102); y coincidentemente, GIORGI, Héctor, **El Contencioso Administrativo de Anulación**, Montevideo, 1958, pág. 289. También desde su punto de vista: FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *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 pág. 292.

³² 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, véase: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Rev. cit., en esp. pág. 19 nota 62. 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.

5. Ostensiblemente, ambas sentencias aquí consideradas anulaban los actos administrativos sobre los cuales recayeron en atención al interés del actor en la debida defensa tanto en vía administrativa como jurisdiccional y para ello en el debido procedimiento en ambas sedes; interés sin duda configurado jurídicamente como derecho subjetivo en nuestro ordenamiento³³.

La Constitución distingue los *derechos* de las *garantías*; en ese contexto, a las situaciones jurídicas sustanciales, que valen por sí mismas, se oponen las garantías, que valen porque sirven para asegurar aquellas situaciones sustanciales³⁴. La instrumentalidad de las garantías consiste, bien en evitar que las situaciones sustanciales sean lesionadas, o bien en remediar una situación sustancial que efectivamente ha sido desconocida o lesionada; de manera que las garantías tienen un valor reflejo, no valen por sí mismas sino por lo que aseguran, y como tales, son contingentes, variables, sustituibles.

Sin embargo, la distinción no constituye una incompatibilidad conceptual; con frecuencia se proclaman constitucionalmente derechos que son en sí mismos instrumentales y funcionan como tales en cuanto garantías³⁵; ejemplo típico de tal configuración es justamente el derecho a defenderse en vía administrativa, que no vale por sí, sino por los derechos o intereses sustanciales agredidos o eventualmente lesionados³⁶.

El derecho a la debida defensa puede imponer en algunos casos un comportamiento cierto y determinado a la Administración, y su violación consumarse instantáneamente por su omisión en el momento en que era debido. En otros, la conducta debida por la Administración puede ser más elástica, precisamente por el carácter instrumental del procedimiento³⁷, por ende contingente y variable, y la violación del derecho resultará del conjunto de trámites y formalidades cumplidos previamente al dictado del acto lesivo, o de su lisa y llana omisión, que hayan impedido al lesionado defenderse adecuadamente, y se consumará con el dictado del acto lesivo en sí mismo con omisión del debido presupuesto de procedimiento³⁸.

³³ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., **Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991**, 1ª ed. 1992, 2ª ed. 1997, págs. 20/21 y 22; y en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit.: *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur*, págs. 155/156; *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, págs. 179 a 183; *El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y eficiencia de la Administración*, págs. 209 a 221; y bibliografía cit.

³⁴ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., pág. 146.

³⁵ Sobre las técnicas de configuración constitucional de derechos subjetivos: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general*, en "Rev. de Derecho Público", N° 43, Montevideo, 2013, págs. 144 a 146, y doct. cit.

³⁶ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991**, cit., pág. 9, e *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., 166.

³⁷ De ahí la categorización de los actos de procedimiento en reglados y discrecionales, y los principios de economía, celeridad y eficacia, informalismo en favor del administrado y flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos, que caracterizan al procedimiento administrativo: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991**, cit., págs. 25/26, 56 y 88 a 110; e *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 201 a 204 y bibliog. cit.

³⁸ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 33/34.

Pese a lo escueto de su fundamentación, la Sent. N° 527/011 hace constar que el actor alegó la violación de derechos y garantías (*Result.* I y III), y esa misma afectación invocó el propio Tribunal (*Consid.* III *in fine*). En ese mismo sentido interpretó el propio Tribunal en mayoría su pronunciamiento anterior, en la Sent. N° 408/016 (*Consid.* VIII y IX); y la fundamentación del contenido anulatorio de esta última también invoca la violación de esos mismos principios en los trámites administrativos que precedieron al dictado de esa resolución ahora encausada (*Consid.* XI y XII). Ambas están por lo tanto incluidas en el art. 311 inc. 1°³⁹.

La discordia discrepa en este punto decisivo para la resolución del litigio: a su juicio, “quien demandó la nulidad en aquel juicio no invocó ni tenía un derecho subjetivo a ocupar el cargo, sino -como el actor de este proceso- un interés legítimo, personal y directo a concursar para ascender y aquel interés se vio lesionado por la Administración [...]. De ese modo, aquella situación no encuadra en lo dispuesto por la Constitución art. 311, inciso 1 -lesión de un derecho subjetivo- que limita el efecto ‘únicamente al proceso en que se dicte’. La anulación fue fundada en que la Administración, al incurrir en abuso o desviación de poder, actuó violando reglas de derecho o de buena administración y con ello, lesionó el interés legítimo de aquel impugnante, lo que viene a encuadrar en lo dispuesto por el art. 311 en su inciso 2, que dispone que la sentencia ‘producirá efectos generales y absolutos’⁴⁰” (num. 6 de la discordia).

Sin duda asiste razón a la Sra. Ministra discorde cuando afirma que en el juicio en que se dictó la Sent. N° 527/011 el actor “no invocó ni tenía un derecho subjetivo a ocupar el cargo”, como no lo tiene ningún concursante al menos hasta ganar el concurso de que se trate; pero en cambio sí tenía -como todos los habitantes de nuestra República- e invocó para fundar su pretensión anulatoria un derecho subjetivo al debido procedimiento y a la debida defensa en vía administrativa. El derecho al cargo no estaba en juego ni podía estarlo en la impugnación de la integración del tribunal de concurso, ni de sus bases, ni consecuen- cialmente de la designación recaída. Sí lo estaban el derecho a la defensa y al debido procedimiento en el concurso, y el principio de imparcialidad, expresamente invocado en la sentencia anulatoria N° 527/011, que integra las garantías del debido procedimiento⁴¹, sin perjuicio de su derivación además del gran principio de igualdad que preside nuestro ordenamiento. Fue en atención a su violación que los actos objetados en uno y otro juicio

³⁹ La misma Res. N° 0646/011, anulada por la Sent. N° 408/016, fue anulada también mediante la Sent. N° 88/015 de 5.2.15, en la causa promovida por el otro funcionario Ing. G.T., designado conjuntamente con el Ing. J.M. Por supuesto, los fundamentos de las dos sentencias son totalmente coincidentes, al punto que en la posterior se transcribe un fragmento de la anterior. Por consiguiente, el alcance subjetivo de ambas, conforme al art. 311, es el mismo. Pero se señala que en la causa en que se dictó la Sent. N° 408/016, el tercero interesado, Ing. P., compareció expresamente deduciendo tercera (*Result.* III), y su situación quedó por eso incluida en el inc. 1° del art. 311.

⁴⁰ Esta última frase transcrita de la discordia parece relacionarse con la equiparación, limitación o paralelismo entre la desatención del “interés de la buena administración” y la actuación con desviación de poder, que sugiere el maestro Horacio CASSINELLI MUÑOZ, y no entendí de recibo en *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Rev. cit., pág. 17 nota 56. (Véase *supra*, nota 29).

⁴¹ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., en *Sobre Derecho Administrativo*, T. II, cit.: *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur*, págs. 146, 155/156; *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, págs. 179/180 y 185/186; *El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y eficiencia de la Administración*, págs. 209 a 221; y bibliografía cit.

fueron anulados por el Tribunal, y conforme al inc. 1° del art. 311 ambos fallos tienen en principio efectos en el proceso en que se dictaron.

Conforme a su reiterada jurisprudencia, el Tribunal pudo adjudicar “efectos generales y absolutos”, como lo prevé el inc. 2° del mismo artículo, a su sentencia N° 527/2011; para ello debió así declararlo expresamente (*supra*, este ap. IV, N° 4 y nota 32), pero no lo hizo. Con tal declaración, se hubiera evitado el absurdo que la discordia de la Sent. N° 408/016 señala acertadamente, invocando la mejor doctrina⁴². La declaración hubiera sido sobradamente pertinente, si se tiene presente que debe reconocerse a la posibilidad de defenderse de los interesados un valor instrumental respecto a la eficiencia de la actuación administrativa, en cuanto el conocimiento previo de sus razones coadyuva a la conveniencia y oportunidad de la actividad administrativa⁴³.

V. ILEGITIMIDAD DEL ACTO ANULADO POR LA SENT. N° 408/016

1. El Tribunal, en su Sent. N° 408/016, anuló el acto impugnado, cuyo contenido había consistido en “anular” administrativamente (en la terminología más habitual: *revocar* por ilegitimidad) los mismos actos que ya lo habían sido por la Sent. N° 527/011 (*supra*, ap. II, letra h). Ese es el origen de “la perplejidad ante lo paradójico que resulta que el propio Tribunal anule una resolución de la Administración que no hace más que dar cumplimiento a un fallo anulatorio que él mismo ha dictado”.

Sin embargo, al “anularse” administrativamente esos actos, entre ellos el nombramiento del actor, se dio a la extinción de sus efectos un alcance subjetivo que conforme a la Constitución la sentencia no tenía. Según el art. 311 inc. 1°, “la decisión [anulatoria del Tribunal] tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte” (*supra*, ap. IV, N° 5), vale decir *inter partes*; mientras la “anulación” por acto administrativo no está sometida a la restricción del alcance subjetivo preceptuada por esa disposición constitucional⁴⁴. Por añadidura, el designado por el acto anulado no había tenido conocimiento ni participación en la causa en que se dictó la Sent. N° 527/011, y por consiguiente sus efectos no le eran oponibles⁴⁵. Tales los fundamentos del segundo fallo anulatorio ahora analizado, la Sent. N° 408/016, expuestos clara, explícita y reiteradamente en su *Consid. IX*.

⁴² Hubiera sido esa la misma solución al absurdo señalado por la discordia que la que, por otra vía, en mi opinión intransitable, hubiera resultado de la confirmación de la Res. 0646/2011: atribuir a la anulación de la designación (y demás actos administrativos atinentes al concurso) eficacia frente a los funcionarios designados. Eso se hubiera logrado con adecuación a derecho dando a la anulación dispuesta por la Sent. N° 527/011 “efectos generales y absolutos” conforme al inc. 2° del art. 311 Const.; pero dispuesta por acto administrativo, tal solución era intransitable porque era sin duda ilegítima, y promovida en tiempo y forma la acción de nulidad, sólo cabía su anulación.

⁴³ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit.: *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur*, pág. 155, y *El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y eficiencia de la Administración*, págs. 213 y 227/228 y bibliog. cit. en nota 10.

⁴⁴ Salvo una posible interpretación constitucionalizante de la Resolución N° 0646/2011 (véase *infra*, nota 77).

⁴⁵ La oponibilidad a terceros indefensos de una sentencia dictada en causa en que no han podido participar, que se ha sostenido jurisdiccional y administrativamente, es la más grosera violación del principio del debido proceso que pueda concebirse. Véanse la Sent. N° 499, de 16.VIII.12 (Dres. Preza, Harriague, Sassón, Gómez Tedeschi -r.-, Tobía), y la Sent. N° 88, de 5.II.15 ya cit. *supra* nota 39 (Sassón -r.-,

2. Pero respecto a los agravios del actor, acogidos por la mayoría en la Sent. N° 408/16, sobre la omisión de conferirle vista en todos los recursos administrativos que precedieron a ambas sentencias consideradas, y sobre la circunstancia de que no fue parte, ni fue notificado ni emplazado, en la causa en que se dictó la Sent. N° 527/011, vulnerando con ello y reiteradamente su derecho a la debida defensa (*Consids.* IX, XI y XII), la discordia formula un cuestionamiento que merece detenida consideración.

Dice la Ministra Dra. Castro en el num. 7 de su discordia, y requiere su transcripción *in extenso*: “el derecho de defensa es un derecho fundamental, pero no es una mera formalidad, apunta a la oportunidad de ejercitar una defensa sustantiva. En su demanda, el actor sólo hace caudal de una cuestión formal -la falta de citación en el juicio anulatorio precedente- sin señalar siquiera someramente que efectivamente tenía alguna defensa para oponer a la anulación, es decir, sin señalar ninguna defensa sustantiva concreta que se haya visto impedido de plantear en aquella oportunidad. [...] me parece que es relevante la circunstancia de que ahora no señale ningún argumento que se haya visto privado de exponer y eventualmente probar en aquel juicio en defensa de los actos anulados que eran el sustento del derecho que esgrime. Nuestra doctrina procesal enseña que no hay indefensión sólo por razones formales, sino que quien alega indefensión tiene la carga de mostrar que tenía defensas que se vio impedido de oponer. Es el principio de trascendencia que explica muy claramente Lino Palacio al señalar que no corresponde la declaración de nulidad si el defecto no ha ocasionado gravamen al derecho de defensa y es claro que para que eso ocurra, quien alega indefensión debe señalar que tenía defensas y no pudo oponerlas. Esas defensas deben articularse para demostrar que hubo realmente indefensión. De ese modo el principio de trascendencia evita que la normativa procesal se convierta en extremadamente ritualista. [...] el actor que argumentó no haber podido defender la validez de los actos que fueron anulados, no ofrece ninguna razón para demostrar que podía haber defendido su derecho mostrando que -contra lo que consideró el Tribunal- aquellos actos eran legítimos. Su único argumento que, en definitiva, es la indefensión, queda en una cuestión meramente formal carente de trascendencia”.

La transcripción comienza con una afirmación plenamente compartible: “el derecho de defensa es un derecho fundamental, pero no es una mera formalidad, apunta a la oportunidad de ejercitar una defensa sustantiva”. Porque es en verdad un “derecho fundamental”, su violación acarrea invalidez de lo actuado, y su sanción, según el caso, consistirá en nulidad, anulabilidad o desaplicación (objetiva, o bien subjetiva: inoponibilidad) de la actuación de que se trate⁴⁶.

Harriague, Gómez Tedeschi, Tobía, Echeveste), en que se exponen las posiciones sostenidas con anterioridad por la jurisprudencia del Tribunal sobre el tema, y se pronuncian (por unanimidad en ambas sobre este punto) por la que considero arreglada a derecho, es decir la inoponibilidad de esa sentencia al tercero ajeno a la causa porque no fue parte, emplazado ni notificado de su existencia (fuente: banco de datos de jurisprudencia CADE). Confs.: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, **Contencioso Administrativo**, 2ª ed., Montevideo, 2015, pág. 342, y *Efectos con relación a tercero de la sentencia anulatoria de un acto administrativo*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, Buenos Aires, 2012, págs. 564/565; DELPIAZZO, Carlos E., **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, Montevideo, 2013, págs. 355 a 357; NESSAR de LENOBLE, S., *Eficacia subjetiva de la sentencia anulatoria*, cit., págs. 883 a 890.

⁴⁶ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 17 a 22.

Es un ejemplo de derecho con función de garantía (*supra*, ap. IV, num. 5), que como bien dice a continuación, “apunta a la oportunidad de ejercitar una defensa sustantiva” (destacado mío). No es ciertamente una mera formalidad; consiste en la posibilidad real y efectiva de “ejercitar una defensa sustantiva” de los derechos o intereses de que el eventual afectado por las resultancias de cualquier procedimiento crea ser titular. Por eso no se limita a la posibilidad de ser oído antes de dictarse resolución; comprende también el derecho a ser notificado de la existencia del procedimiento, a conocer el contenido de las actuaciones, a comparecer reclamando lo que se entienda corresponder con el patrocinio letrado que se juzgue conveniente, a que se diligencie la prueba admisible, pertinente y conducente que se ofreciera, a que se resuelvan las pretensiones en un procedimiento de duración razonable y a que se dé conocimiento de los motivos de la decisión de la Administración⁴⁷.

El derecho a que exista *la oportunidad* de defenderse, que se garantiza, naturalmente preexiste a cualquier actuación del titular en el procedimiento en cuestión; y no está ni puede estar condicionado ni vinculado, ni presupone en manera alguna, la admisibilidad del contenido de esa eventual “defensa sustantiva”, ni requiere el previo anuncio de ese contenido, ni siquiera la enunciación ni la efectividad del propósito subjetivo del titular de ese derecho de ejercer tal “defensa sustantiva”⁴⁸.

Cuando la discordia vincula la relevancia de la violación de ese “derecho fundamental”, de alguna manera no bien definida, con el ejercicio de la defensa sustantiva o el anuncio o proclamación de su posible contenido, su razonamiento deja de ser compartible. La indefensión se configura por la circunstancia en sí misma de que el agraviado no haya tenido oportunidad de defenderse, sin que sea relevante para ello que tuviera o no alguna defensa para oponer, sin necesidad de señalar una defensa sustantiva concreta que se haya visto impedido de plantear, como se sugiere en la discordia.

Ese claro deslinde entre la oportunidad en sí misma para defenderse y el eventual ejercicio de ese derecho y su contenido, permite la aplicación certera del *principio de trascendencia*, propio de la teoría de las nulidades, en especial de las formales o procedimen-

⁴⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 179/180 y amplia bibliog. cit.

⁴⁸ El maestro COUTURE explica idéntica desvinculación entre *oportunidad* de defenderse y “defensa sustantiva” cuando considera *La excepción como derecho de defensa en juicio*: “Para poder oponerse a una demanda no se necesita tener razón. El demandado también puede actuar con conciencia de su sinrazón y oponerse a una demanda fundada. Pero su razón o falta de razón no pueden ser juzgadas en el transcurso del juicio, para detener o para no dar andamio a su oposición, sino que se actúa tal como si el derecho a oponerse fuera perfecto, hasta el momento de la sentencia. El demandado, con razón o sin ella, reclama del juez que se le absuelva de la demanda; nadie puede privarle de ese derecho. [...] El precepto *audiatur altera pars* aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma, o sea su nota típica de alteralidad o bilateralidad. [...] Pero conviene reparar, desde ya, en que lo que se da al demandado es *la eventualidad* de la defensa. [...] El demandado se defiende; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que sólo en la sentencia se sabrá si su defensa es fundada.” (**Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires, 1964, págs. 95 y 97, destacados del autor). Por eso el maestro había dicho páginas antes, a propósito de la acción y el derecho a pedir, pero en conceptos plenamente aplicables a la defensa y a su contenido: “Toda idea que tienda a asimilar el derecho a pedir con la justicia de lo pedido, constituye una *contradictio in adjecto*. El derecho de pedir no requiere un examen del contenido de la petición, pues siendo un derecho de garantía, debe tener andamio hasta el momento de la decisión” (op. cit., pág. 76).

tales⁴⁹, que la discordia trae también a colación. La trascendencia no se refiere a la efectividad del ejercicio de la defensa ni a su contenido, por lo demás ambos eventuales, sino a la realidad y efectividad de la *oportunidad para ejercerla*. Si esa oportunidad existió, en tiempo hábil y con todo su alcance y contenido -ejemplo clásico: una notificación cuyo defecto no impidió el conocimiento acabado por el interesado- el procedimiento no resulta viciado por indefensión⁵⁰.

3. En conclusión sobre este ap. V, la contrariedad del acto administrativo objeto de la acción con una regla de derecho es incuestionable y justifica la declaración de nulidad del acto impugnado.

Pero cabe analizar si la propuesta en discordia de desestimar la pretensión anulatoria pudo fundarse por otra vía, ajena al cumplimiento de la sentencia anulatoria que se invocó por el Ente.

VI. IRREVOCABILIDAD DEL NOMBRAMIENTO POR EL ÚNICO MOTIVO DE SUANULACIÓN POR SENTENCIA INOPONIBLE AL DESIGNADO

1. A partir de lo expuesto en el ap. IV sobre el alcance subjetivo de la Sent. N° 527/011, previsto en la Constitución, la apreciación de la legitimidad del acto administrativo impugnado en la segunda causa analizada, privada del sustento que pudo conferirle el cumplimiento de la cosa juzgada, se puede trasladar a la cuestión de la potestad de la Administración de revocar de oficio por ilegitimidad un acto suyo creador de derechos subjetivos, como sin duda lo ha sido la designación del último impugnante⁵¹.

⁴⁹ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 34 a 39; puede verse ahí un examen crítico de la jurisprudencia del T.C.A. en la materia, desde la que subsumía el vicio formal de procedimiento en “la legalidad material o de fondo”, hasta la que se comparte, en el sentido de anular los actos impugnados por vicio de procedimiento siempre que se haya producido indefensión, que invoca como fundamentos los arts. 12, 66 y 72 de la Constitución, el art. 76 y concordantes del Dec. N° 500/991, y también el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

⁵⁰ Otra vez COUTURE lo explica con todo acierto: “no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia *sobre las garantías esenciales* de defensa en juicio. [...] las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga *restricción de las garantías* a que tienen derecho los litigantes” (op. cit., pág. 390; destacados míos).

⁵¹ En lo que sigue, se utilizan los términos *eficacia formal*, *ilegitimidad*, *invalidez*, *firmeza* y *estabilidad*, cuyas significaciones no son unánimes en la doctrina; aquí tendrán los sentidos definidos previamente en *Sobre actos administrativos*, y en *Cuestiones sobre la “revocación” y la “reforma” de los actos administrativos*, ambos en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 12 a 22, y págs. 126/127, respect., y doct. cit. *Eficacia formal* del acto será su aptitud para innovar en el orden jurídico preexistente creando, modificando o suprimiendo situaciones jurídicas resultantes de otros actos o hechos anteriores (fuerza activa, de innovación o derogatoria), y su aptitud para resistir la modificación o supresión por otros actos de las situaciones jurídicas que él mismo ha creado (fuerza pasiva o de resistencia). La contrariedad del acto a una regla de derecho configura lo que se califica aquí como su *ilegitimidad*; en principio, los actos administrativos ilegítimos producen los efectos que le son propios en tanto no exista un acto jurídico posterior con eficacia formal suficiente para disponer lo contrario. La violación del deber ser jurídico puede acarrear una sanción establecida por el propio derecho positivo, que puede ser de variada índole; si esa sanción consistiera en una afectación de la eficacia formal del acto ilegítimo haciéndolo susceptible de su revocación (administrativa) o de su anulación (jurisdiccional), o de ambas, esa consecuencia se califica como su *invalidez*, que puede tener distinto alcance según lo que establezca el propio derecho positivo. Naturalmente, en cuanto la sanción de la ilegitimidad no

La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y un importante sector de la doctrina se inclinan a afirmar que desde que la Administración tiene conocimiento de la ilegitimidad de un acto causante de su invalidez, tiene el deber de revocarlo para ajustar su actuación a derecho⁵². Suele sostenerse por quienes comparten esta solución, aunque con ocasionales salvedades, que no pueden oponerse a la revocación supuestos derechos creados por el acto ilegítimo, porque no pueden existir derechos contra la legalidad. El principio de seguridad jurídica –se dice– se adecua plásticamente al de legalidad, porque sólo existe seguridad conforme a derecho, y no contra derecho; nadie puede pretender ni la Administración puede reconocer un derecho a la seguridad en la ilegitimidad⁵³.

2. No obstante, aunque se compartieran esas razones, no es posible admitir la existencia de tal *deber* de revocar todo acto administrativo desde que se conozca o se denuncie su ilegitimidad, en un sistema jurídico que como el nuestro establece plazos perentorios para su impugnación; admitirlo equivaldría a privar de sentido esos plazos, porque bastaría presentar en cualquier momento una denuncia de ilegitimidad para que la Administración debiera revocar.

Este argumento innegable ha conducido a buena parte de nuestra mejor doctrina a sostener que la potestad de la Administración de revocar los actos administrativos inválidos firmes es *discrecional*. De la discrecionalidad se infiere -se agrega- que la revocación por ilegitimidad sólo deberá ser dispuesta de oficio cuando existan razones de interés público que la impongan, como es de principio en el ejercicio de toda potestad discrecional, no bastando para fundarla la mera ilegitimidad en sí misma⁵⁴. Para esta posición, el acto administrativo

consista en tal afectación de la eficacia formal, el acto será *válido*, aun siendo *ilegítimo*. La *firmeza* del acto hace referencia a su inimpugnabilidad en cualquier vía, administrativa o jurisdiccional; en cambio, la *estabilidad* se refiere a la inmutabilidad de la situación creada por el acto, y depende de las reglas de fondo que rigen esa situación.

⁵² La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se inclina, por cierto con vacilaciones, a sostener que la Administración tiene el *deber* de revocar sus actos ilegítimos, aun de oficio, desde que conoce esa ilegitimidad; no obstante, en alguna oportunidad, en virtud del tiempo transcurrido, el Tribunal exige que los vicios sean patentes y graves, o descarta la revocabilidad por razones de seguridad jurídica. En cuanto a la revocabilidad en principio de los actos inválidos y el deber de revocarlos, esta jurisprudencia tiene el respaldo de muy destacada doctrina, que también formula salvedades atinentes a la existencia de plazos para impugnar, al tiempo transcurrido o a exigencias del principio de seguridad jurídica. Puede verse la referencia detallada en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 128/129, nota 18; a la que debe agregarse FERREIRA, Cecilia, *Actitud de la Administración ante un reglamento ilegítimo*, en “Revista de Derecho y Tribunales”, N°14, Montevideo, octubre 2010, págs. 115 a 131, en esp. págs. 130/131, precedidas de un prolijo desarrollo del tema.

⁵³ Puede verse la referencia detallada en CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 128/129, nota 19. En contra, admitiendo la inmutabilidad de actos administrativos pese a su ilegitimidad: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Revocación del acto administrativo*, en **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, 1999, en esp. pág. 213; DELPIAZZO, Carlos E., *Revocación del acto administrativo por razones de legitimidad y derechos adquiridos*, en Vs. As., **Seguridad jurídica y Derecho Administrativo**, ed. F.C.U., Montevideo, 2011, págs. 15 a 26, y **Derecho Administrativo General**, Vol. I, 2ª ed., Montevideo, 2015, pág. 327/328; Sent. Jdo. de Paz Dep. de San José N° 13, 12.8.05, Dr. Gabriel Ohanian, “L.J.U.”, T. 132, caso 15.166, pág. J298 y sgts., cuando la revocación afecta el derecho humano fundamental a la seguridad jurídica, aplicando criterio de razonabilidad sobre el tiempo transcurrido.

⁵⁴ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 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; *Recurso erróneo contra*

inválido firme, haya creado o no derechos subjetivos, sólo podrá revocarse por razones de interés público; de tal manera que si la Administración lo revocara con el solo fin de satisfacer el interés privado de otro sujeto, incurriría en desviación de poder; y asimismo, incurriría en desviación de poder si existiendo razones de interés público que justificaran la revocación, se abstuviera de hacerlo para atender el interés privado del beneficiario del acto inválido⁵⁵.

un acto administrativo firme, en “Rev. D.J.A.”, Montevideo, T. 55, págs. 38/39, y en **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit., págs. 798/799; y también en *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, “Rev. D.J.A.”, T. 67, Montevideo, págs. 303 y sgts., y en **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit. págs. 1229 y sgts. Conf. BARBÉ PÉREZ, Héctor, *Relación entre demérito e invalidez del acto administrativo*, “Rev. Fac. de Der. y C. Soc.”, Montevideo, 1961, Año XII, N° 2, pág. 333, y *El poder de revocar los actos administrativos*, en “Rev. de la Fac. de Der. y C. Soc.”, Montevideo, 1963, Año XIV, N° 2, págs. 223/224, quien basaba explícitamente su opinión de que la “anulación” por la Administración del acto ilegítimo debe considerarse discrecional, “en el hecho de que no existe sanción directa y específica si no se anula”. Ello era cierto bajo la interpretación dominante de la redacción original del art. 312, bajo la cual no podía reclamarse ni siquiera la reparación patrimonial de los daños causados por el acto firme, según se verá (*infra*, este ap. VI, num. 5 *in fine*, notas 72 y 73). Pero felizmente, la nueva redacción de la disposición constitucional permite reclamar esa reparación; entonces, existe una consecuencia desfavorable para la Administración si niega la revocación por ilegitimidad, aunque no se la quiera considerar técnicamente como una “sanción”; creo que tampoco BARBÉ PÉREZ utilizaba la palabra en sentido técnico estricto en su pasaje transcrito más arriba.

Adherí a esta posición en *Invalidez de los actos administrativos*, en **Dos estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, 1ª ed., 1988, 2ª ed. 1995, pág. 77, sin agregar otros argumentos; también lo hicieron DURÁN MARTÍNEZ, A., *Revocación del acto administrativo*, cit., pág. 212, y DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. I, cit., págs. 327/328, pero ambos con la salvedad que consta en nota 53.

⁵⁵ 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”; esta advertencia apareció en la 1ª ed. de **Sobre Derecho Administrativo** de 2007, y se mantuvo incambiada en las dos siguientes de 2008 y 2012. Distinguida doctrina atribuyó a esa rectificación una trascendencia que en mi propósito no tenía; y entiendo que tal vez por eso Delpiazzo pudo decir que “lamentablemente” rectifiqué mi opinión (DELPÍAZZO, C. E., en *Revocación del acto administrativo por razones de legitimidad y derechos adquiridos*, cit., pág. 18, nota 16), y Durán Martínez pudo interpretar que por mi parte “recientemente” había compartido “la tradicional tesis de Real quien sostenía el deber de la Administración de revocar los actos administrativos ilegítimos aun sin recurso y aun si fuesen creadores de derechos [...] admitida por la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo” (DURÁN MARTÍNEZ, A., en *Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, cit., 2012, págs. 376/377); también Cecilia FERREIRA, compartiendo mi argumentación (op. cit., pág. 124), parece haberme interpretado en el mismo sentido, vistas sus conclusiones reseñadas en nota 52 *in fine*.

Lamento haberme expresado de manera tan inapropiada como para que estudiosos tan distinguidos me malinterpretaran. Por eso (en *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en “Rev. de Derecho Público”, N° 50, Montevideo, 2016, pág. 13 nota 19), intenté aclarar que sólo había tratado de señalar diversos factores a considerar al valorar la estabilidad de la situación creada por el acto ilegítimo (“...su estabilidad deberá apreciarse...” escribí textualmente); entre ellos, “frecuentemente, según las circunstancias del caso, puede jugar el principio de seguridad jurídica”; y que “[s]obre tales reglas de fondo se valorará la posibilidad de revocar o reformar el acto y con ello modificar la situación creada, sea ella favorable o gravosa para el destinatario”. Todas estas transcripciones textuales de *Cuestiones...*, cit. pág. 131, recogen conceptos, en mi opinión, nítidamente incompatibles con la tesis del deber de revocar. Escribí además, insistiendo en lo señalado en *Cuestiones...*, “que, siendo discrecional la revocación del acto ilegítimo, no será legítima, en ejercicio

3. Pero el enfoque precedente, en principio muy convincente, merece una objeción: tiene que ver con la *firmeza* del acto, consistente en su inimpugnabilidad; resulta de las normas formales de procedimiento que regulan la impugnación del acto en cualquier vía, y su consagración no persigue la legitimidad de la actuación administrativa, sino su eficiencia “en cuanto permite al administrador no tomar en cuenta los vicios de un acto anterior y apoyarse en él para continuar administrando los intereses que se le han cometido”⁵⁶.

En cambio, lo relevante a los efectos de su revocabilidad radica en su *estabilidad*, atinente a la mutabilidad o inmutabilidad de la situación que ha creado, y dependiente, como también su legitimidad o ilegitimidad, de las normas de fondo aplicables al acto y a la situación que ha creado. Por consiguiente, con su firmeza no se legitima el acto inválido ni la situación jurídica que haya creado, ni se le confiere estabilidad si era modificable. Siendo así, si por *discrecional* se ha de entender la posibilidad de optar *entre varios comportamientos legítimos*⁵⁷, no parece hasta aquí adecuado calificar como tal la opción de la Administración por persistir en la ilegitimidad sin caer en contradicción.

4. Pero, siendo acertado cuestionar el equívoco de invocar la firmeza del acto, cuestión procedimental formal, para resolver un tema atinente a la sustancia del acto y la situación creada, como es su mutabilidad, sin embargo es verdad que en este tema, la mentada cuestión procedimental incide en la sustancia de la situación jurídica considerada.

Existiendo plazos perentorios para promover la impugnación de un acto ilegítimo, su vencimiento sin que los medios pertinentes se hayan promovido en tiempo y forma le atribuye *firmeza*; y este carácter, en principio puramente procedimental, porque atañe a la posibilidad de impugnarlo, puede modificar sustancialmente la índole de la situación resultante de su dictado, al perimir la posibilidad de impugnarlo y por ende de retornar a la situación preexistente incluso contra la voluntad de la Administración actuante; y ello, sin que se purgue por eso su ilegitimidad. Puede resultar de ese fenómeno la degradación de una situación de derecho subjetivo a otra de interés legítimo⁵⁸. La legitimidad

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 que, como había señalado en *Cuestiones...*, “la modificación del art. 312 de la Carta permitirá al lesionado invocar esa ilegitimidad en el reparatorio de daños” (*Efectos de la sentencia...*, pág. 13, nota 19, 2do. párrafo). Estas dos últimas afirmaciones me siguen pareciendo tan irrelevantes como las que en su momento consideré fundaban la tesis de la discrecionalidad, que recién invoqué en el texto; todas ellas y cada una son francamente incompatibles con la tesis del deber de revocar.

Todo esto, entonces, me induce, en este nuevo acercamiento, a replantear totalmente el tema de la revocación de oficio por ilegitimidad, tras detenida reflexión y estudios posteriormente publicados, sustituyendo expresamente mi opinión contenida en el parág. 4 de *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., págs. 128 a 132.

⁵⁶ CASSINELLI MUÑOZ, H., *Recurso erróneo...*, cit., pág. 36; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral*, “Rev. D.J.A.”, T. 74, Montevideo, 1974, pág. 8.

⁵⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., pág. 52: “La *discrecionalidad* consiste en la posibilidad de elegir libremente, entre todas las soluciones admitidas por derecho, aquella que se entienda más adecuada a los motivos por los cuales se actúa y más idónea para lograr el fin debido.”

⁵⁸ La posibilidad de promover acciones que conduzcan a la extinción del acto lesivo mediante su anulación, como garantía de la inmutabilidad de la situación existente, es la diferencia sustancial y definitoria entre el derecho y el interés legítimo en el derecho uruguayo, a nivel constitucional; el titular de interés

constitucional de esa mutación será incuestionable⁵⁹, puesto que estará impuesta precisamente por las disposiciones constitucionales expresas que consagran la perentoriedad de esos plazos⁶⁰.

5. Entonces, perfeccionado el acto ilegítimo, su estabilidad deberá apreciarse teniendo en cuenta las reglas de derecho que recayeron en su momento sobre su dictado, pero también las que incidan luego sobre la situación creada. Entre ellas, frecuentemente, según las circunstancias del caso, puede jugar el principio de seguridad jurídica, como señala buena parte de la doctrina y jurisprudencia ya citadas. Sobre tales reglas de fondo se valorará la posibilidad de revocar o reformar el acto y con ello modificar la situación creada, sea ella gravosa o favorable para el destinatario⁶¹.

Cuando el acto ilegítimo es gravoso o limitativo para los alcanzados por su dimensión subjetiva, sea el destinatario o terceros afectados legitimados para impugnarlo, el vencimiento del plazo perentorio establecido constitucional o legalmente imposibilita al lesionado recurrirlo en vía administrativa, o en su caso promover la acción de nulidad; por ende, le priva de todo medio para imponer a la Administración aun contra su voluntad la extinción del acto. Con ello, aunque la protección jurídica de la situación lesionada por el acto ilegítimo pudiera calificarse inicialmente como derecho subjetivo, a consecuencia del vencimiento del plazo para impugnar sin hacerlo se habrá degradado a la categoría de interés legítimo, porque ha perdido las defensas que aseguraban la satisfacción de su pretensión. El conflicto entre el interés público y la situación de ese titular de un interés legítimo será decidido discrecionalmente por la Administración, teniendo en cuenta todos los factores que por principio son relevantes⁶², y el interés en que el acto sea revocado sólo será satisfecho si

legítimo está legitimado para promover la acción de nulidad (Const., art. 309 inc. 3°), pero su sola lesión no es motivo suficiente para la anulación del acto si ello no está requerido por razones de interés público o general. (Véase CASSINELLI MUÑOZ, H. *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, aquí cit. de **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit., en esp. págs. 328 a 331 y 337 a 339. También: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de "interés legítimo" en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 880 a 882 y *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, cit., págs. 10 a 14).

⁵⁹ Sobre ese plazo para recurrir y su cómputo, véase CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., págs. 187 a 200. A nivel *constituyente*, la degradación de todos los derechos, nada menos que frente a todas las entidades estatales, por una inactividad durante diez días, es indefendible, y la necesidad de su reforma es indiscutible: en esp. **Recursos...** cit., págs. 69 a 72.

⁶⁰ Por eso, *por razones de derecho positivo*, no puede admitirse, en nuestro ordenamiento, las opiniones citadas que admiten la oposición de *derechos*, se les añada o no el superfluo calificativo "adquiridos", a la revocación por ilegitimidad del acto firme: porque si fueron derechos, han dejado de serlo por la firmeza del acto lesivo. Sobre el carácter *superfluo* del calificativo *adquiridos*: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Retroactividad de las normas jurídicas. Reflexiones provisionales*, en "Rev. de Derecho Público", N° 46, Montevideo, 2014, pág. 13, recogiendo opinión de J. Dabin.

⁶¹ Apelo a la distinción de "actos favorables o ampliatorios de derechos y facultades" y "actos de gravamen o limitativos" (a la que atribuyen relevancia, entre otros, a los efectos de su revocación), añadiendo los que la doctrina alemana denomina "actos administrativos de doble efecto", favorables para un sujeto y de gravamen para otro: 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.

⁶² Sobre los límites flexibles de la discrecionalidad: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 50 a 81, y doct. cit.

coincide con el interés público⁶³; si por el contrario, éste requiere el mantenimiento, así deberá ser dispuesto.

Si la situación resultante del acto ilegítimo para los comprendidos en su dimensión subjetiva fuera más favorable que la preexistente, también estará viciada por ilegitimidad, y el acto podrá revocarse discrecionalmente de oficio si existieran razones de interés público para ello⁶⁴, sin otro límite que los que resulten de las normas generales, o eventualmente especiales, que regulen la prescripción, adquisitiva o extintiva según el caso⁶⁵. Si existieran terceros titulares de derechos subjetivos lesionados y por ende interesados en la revocación del acto ilegítimo (que sería entonces de los catalogados como “actos de doble efecto”, *supra*, nota 61)⁶⁶, podrán impugnarlo y la revocación por ilegitimidad resolviendo el recurso será un acto debido para la Administración⁶⁷; pero vencido el plazo perentorio para la impugnación sin que ocurra, el acto será *firme* para ellos, se verán privados de los medios adecuados para asegurar la satisfacción de su pretensión, y el derecho subjetivo que fuera lesionado se degradará a la tutela de un interés legítimo⁶⁸, que sólo será satisfecho en su pretensión de revocación del acto ilegítimo si coincide con el interés público⁶⁹, siendo aplicable lo expuesto sobre similar conflicto de intereses antes analizado.

⁶³ Esta solución concilia la no revocación (administrativa) y la “confirmación” (jurisdiccional, Const. art. 310 inc. 3°) del acto ilegítimo por razones de interés público, con el principio de que no existen derechos adquiridos contra la legalidad, sostenido por nuestros máximos órganos jurisdiccionales en oposición a la impugnación de la extinción de oficio de actos ilegítimos creadores de supuestos derechos, que no eran tales, sino intereses legítimos, cuya satisfacción depende de su coincidencia con el interés público: véase CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., pág. 128, jurisprud. cit. en nota 37. También incide en la interpretación del art. 166 del Decreto N° 500/991, cuestión planteada en loc. cit.

⁶⁴ Conf. doctrina en ese sentido cit. en nota 54.

⁶⁵ DURÁN MARTÍNEZ llamó la atención sobre la eventual relevancia en la cuestión de las normas de prescripción (*Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, cit., 2012, pág. 379). Aunque en realidad, en este caso, la estabilidad de la situación jurídica no dependerá del acto administrativo ilegítimo que pueda haber existido, sino justamente de la prescripción que haya operado.

⁶⁶ Véase como ejemplo típico el caso largamente comentado *supra*, nota 16.

⁶⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., pág. 264 y bibliog. cit.; y *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 132; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Revocación del acto administrativo*, cit., pág. 206; DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. I, cit., pág. 329.

⁶⁸ Aclaro, aunque sea obvio, que no estoy afirmando que el funcionario, en el caso del derecho al ascenso, o el propietario en un ejemplo como el de la nota 16, o genéricamente el titular de cualquier derecho afectado por un acto administrativo, dejen de serlo y se vean privados del derecho por la firmeza del acto lesivo. Lo que se degrada es la *protección jurídica que merezca la pretensión ejercida en cada caso respecto al acto en cuestión*, que puede tener según el caso la propia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Cuando se produzca la degradación de que se habla ahora, la pretensión del sujeto con respecto al acto administrativo que se entiende lesivo podrá o no seguir siendo la misma, pero en todo caso su tutela jurídica se habrá debilitado.

⁶⁹ Este fenómeno exactamente, aunque no lo haya explicitado en estos términos, es el que nos hizo ver CASSINELLI MUÑOZ con relación en particular al derecho al ascenso, cuando nos mostró que la anulación de un ascenso no extingue por sí los ascensos subsiguientes que en él se hayan basado (también ilegítimos, loc. cit., págs. 1228 y 1233), sino que éstos deberán ser impugnados a su vez si se pretende también su extinción; lo hizo en su notable estudio -como lo son todos los suyos- titulado: *Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada* (en **Derecho Constitucional y Administrativo...**, cit., págs. 1229 a 1234). Lo que explica, justamente, consiste en que el derecho al ascenso que hubiera podido oponerse por terceros a esos ascensos posteriores ilegítimos, se habría degradado a la calidad de

Si, en todos los casos, por *interés público* o *interés general* debe entenderse la situación jurídica (general o particular, abstracta o concreta) que hace jurídicamente posible la satisfacción necesaria de los derechos subjetivos y también jurídicamente posible la satisfacción no necesaria de los intereses legítimos, de todos los habitantes sujetos al ordenamiento jurídico⁷⁰, entonces el interés legítimo en su mantenimiento del beneficiado por el acto administrativo, o en su revocación por el lesionado, será satisfecho, salvo que a ello se opongan otras razones también de interés general que en su balance predominen⁷¹.

Bajo la interpretación predominante del art. 312 de la Carta en su redacción original, en todos esos casos la firmeza del acto hubiera impedido a los lesionados promover incluso la acción de reparación⁷². Es difícil exagerar la gravedad del atentado a los derechos de los particulares y el desmedido privilegio a favor de las entidades estatales que supuso semejante régimen. Pero el nuevo texto producto de la reforma de 1996 les permite acudir directamente al reparatorio⁷³, o previo agotamiento de la vía administrativa⁷⁴ según la

interés legítimo si esos ascensos hubieran adquirido *firmeza*. Dice: “cada vez que alguno de los titulares del derecho al ascenso admite su preterición, aquella potestad discrecional [de “principio” de “escoger discrecionalmente a quien entendiéndose mejor candidato”] resurge y se expande en el ámbito dejado por la situación preferente abandonada por su titular” (op. cit., págs. 1230 y 1232). Si ello es posible legítimamente, es precisamente porque el derecho al ascenso de los funcionarios para los cuales el acto es firme, en esa hipótesis, o sea respecto concretamente a esos actos administrativos lesivos, ha perdido “la protección jurídica del derecho subjetivo” resultante de “reglas limitativas de la discrecionalidad de las designaciones”, “hipótesis que es la del derecho al ascenso de los funcionarios de carrera en Uruguay”, y “sólo merecerían protección en la medida en que coincidieran con el interés del servicio inmediatamente contemplado mediante el acto de designación” (los entrecomillados en op. cit. pág. 1230). La sustancia de lo ocurrido la expone el ilustre maestro; no la define como degradación de la situación jurídica preexistente porque está mirándola desde el punto de vista del interés del tercero por *evitar que la firmeza se consume*. No he podido revisar la totalidad de los numerosos estudios del maestro para constatar si se ha referido al mismo fenómeno en relación con otros derechos; pero no veo razones para restringir el análisis y el fenómeno que ahí señaló al caso del derecho al ascenso.

⁷⁰ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general*, en Rev. de Derecho Público”, N° 43, Montevideo, 2013, pág. 150, nota 25.

⁷¹ Sobre el “balance” de intereses a otros efectos (el de la suspensión de la eficacia de actos administrativos), pero conteniendo consideraciones también aplicables a lo ahora expuesto, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo*, cit., págs. 744 a 751.

⁷² Jurisprudencia y doctrina dominantes sostuvieron, hasta la reforma del art. 312 de la Constitución que entró en vigencia el 14 de enero de 1997, la imposibilidad de reclamar la reparación de los daños causados por un acto administrativo ilegítimo, si no se había obtenido previamente su anulación o la reserva de la acción de reparación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, basándose en una interpretación *a contrario* de la redacción originaria del art. 312 de la Constitución. En contra: ver CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Contencioso Administrativo de Reparación Patrimonial*, en “Rev. Urug. de Derecho Procesal”, N° 1/1989, Montevideo, en esp. págs. 24 a 28, y en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 790 a 799, y doct. cit.

⁷³ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *La reforma constitucional de 1997, los recursos administrativos y la acción reparatoria*, octubre de 1999, en “L.J.U.”, T. 121, Montevideo, 2000, pág. D-53 a D-55, y *Contencioso Administrativo de Reparación Patrimonial*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 799 a 804, y doct. y jurisprud. cit.; DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. I, cit., págs. 375 a 377; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Debilidades actuales del contencioso anulatorio*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, cit., págs. 601/602, y una extensa y exhaustiva exposición del tema en **Contencioso Administrativo**, cit., págs. 409 a 475; DELPIAZZO ANTÓN, Gabriel, **Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración**, Montevideo, 2009, pág. 76.

⁷⁴ Una doctrina absolutamente minoritaria, y una jurisprudencia vacilante y contradictoria, reincidiendo

solución que predomine, y a tal efecto es relevante proclamar que la persistencia en la ilegitimidad seguirá siendo en principio un comportamiento ilegítimo de la Administración, aunque en ciertos casos la trascendencia del interés público comprometido pueda configurar una legítima opción discrecional (*supra*, este ap VI, parág. 4 y notas 60, 63 y 69)⁷⁵. En todos los casos, este será un factor relevante, entre otros, a considerar al resolver discrecionalmente el conflicto de intereses que suscita la revocación del acto ilegítimo.

6. Corresponde abordar ahora la cuestión que quedó planteada al final del ap. V: si la propuesta en discordia de desestimar la pretensión anulatoria pudo fundarse por otra vía ajena al cumplimiento de la sentencia anulatoria N° 517/011; en otros términos, si el acto impugnado en la causa en que se dictó la Sent. N° 408/016 pudo legitimarse como ejercicio de una potestad discrecional de revocación del acto allí cuestionado.

El motivo y la finalidad invocados para el dictado de ese acto que revocó por ilegitimidad el nombramiento radican en el cumplimiento de la sentencia anulatoria N° 527/011; pero esa sentencia no es oponible al designado, según quedó establecido, porque la impugnación administrativa de esa designación, igual que la posterior jurisdiccional, no fueron dadas a conocer al designado. Entonces, en la relación entre la Administración y su funcionario, su designación debe considerarse un acto legítimo creador de un derecho subjetivo, que no ha sufrido degradación alguna; por ende, su revocación por ilegitimidad está viciada tanto en su motivo como en su finalidad.

Pero incluso prescindiendo de lo anterior, y suponiendo que la Administración hubiera podido ejercer una potestad discrecional de revocar la designación, para ejercerla legítimamente deberían haber existido, según también queda expuesto, razones de interés público que la justificaran. La circunstancia de hecho de que se hayan encomendado interinamente las funciones del cargo vacante en virtud de la revocación del nombramiento a la misma persona cuya designación se revocó (Sent. N° 408/016, *Consid.* VI, penúltimo párrafo) parece excluir totalmente esa posibilidad.

con frecuencia en el argumento *a contrario* improcedente si los hay, ha sostenido que tratándose de actos administrativos ilegítimos, el agotamiento previo de la vía administrativa se requiere también para la promoción de la acción de reparación. En este sentido, y como jurisprudencia reciente del máximo nivel, cabe citar la Sent. de la Suprema Corte de Justicia N° 567, de 8.5.17, dictada por mayoría con dos discordias, desestimando el recurso de casación contra la Sent. del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno (en la que es notoria la presencia del Min. Dr. Luis María Simón Olivera), con la más seria fundamentación que conozco de esa solución, prescindiendo del argumento *a contrario* palmariamente improcedente y buscando la fundamentación en criterios de coherencia del régimen de control jurisdiccional de la Administración. Esta fundamentación, sin embargo, no supera la iniquidad que subsiste: el perjuicio de todo derecho por la inactividad durante el exiguo término de diez días, incluso contando con la posibilidad de recurrir sin fundamentar, y el sometimiento del perjudicado a plazos de agotamiento de la vía administrativa que siguen siendo absurdos. La coherencia que preocupa a dicha fundamentación se lograría exigiendo la conciliación previa en caso de opción por la reparación directa del daño; y ni siquiera eso, que podría requerir modificación legal, sería necesario, bastaría con la imposición por vía jerárquica del deber de informar al jerarca máximo del sistema antes de contestar la demanda, cuando el tema no hubiera llegado antes a su conocimiento.

⁷⁵ En otras palabras, y para evitar nuevos malentendidos: el acto ilegítimo será revocado dando satisfacción al interés legítimo del lesionado en su extinción; salvo que razones de interés público impusieran su mantenimiento, el cuyo caso el lesionado será íntegramente indemnizado por el comportamiento ilegítimo de la Administración al dictar el acto lesivo.

VII. CUMPLIMIENTO DEL FALLO ANULATORIO DISPUESTO POR LA SENT. N° 527/011

1. Huelga decir que la anulación de la Res. N° 0646/2011 del Ente demandado, dispuesta por la Sent. N° 408/016, en nada afecta la eficacia y el alcance subjetivo de la Sent. N° 527/2011, como obviamente tampoco los había modificado el propio acto administrativo anulado, porque resultan de normas constitucionales.

Ello no significa que la última sentencia haya sido innecesaria, inútil, ineficaz; por el contrario, ha evitado que por vía administrativa se extendieran indebidamente a un funcionario designado por uno de los actos incluidos en la primera anulación, consecuencias similares (no idénticas) a las de esa decisión jurisdiccional, que constitucionalmente no lo afecta.

Así se vuelve a la situación anterior a la Resolución con la cual el Ente demandado pretendió dar cumplimiento a la sentencia, anulando a su vez los mismos actos⁷⁶. De ahí la perplejidad que lúcidamente señala la discordia, ante la paradoja de que se anule una resolución administrativa que no pretendió más que dar cumplimiento al fallo anulatorio. Tal vez aquella Resolución pudo ser objeto oportunamente de una interpretación constitucionalizante en ese sentido⁷⁷, pero esa posibilidad quedó clausurada por su anulación.

Sin embargo, la perplejidad subsiste; porque la paradoja resulta de la propia situación creada por esos fallos y su alcance constitucional, que imponen dar satisfacción a dos pretensiones antagónicas, incompatibles, que han recibido ambas amparo jurisdiccional: que se anule el concurso y la designación a que condujo, pero sin afectar la situación adquirida por los ganadores de ese concurso y beneficiarios de la designación.

Con todas las dificultades existentes en nuestro derecho para la ejecución de las sentencias anulatorias⁷⁸, la opción por una u otra de las posibles formas de cumplimiento que puedan suponerse, salvo acuerdo de partes, dependerá de las decisiones de la Administración demandada frente a la cosa juzgada, de la actitud de la contraparte frente a ellas, y finalmente de las acciones que para lograrlo promueva el lesionado.

a) Una solución posible a esa paradoja podría ser crear otro cargo para ubicar en él al actor que logró las primeras anulaciones.

Se contemplarían así los intereses de los tres funcionarios implicados en el caso. Es la solución por la cual optó el legislador cuando se trata “del cumplimiento de las sentencias anulatorias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de las reparaciones reconocidas en vía administrativa o judicial, en materia de funcionarios públicos pertenecientes a los

⁷⁶ Así interpretaron la Resol. 0646/2011 el propio funcionario designado en su demanda anulatoria (Sent. N° 408/016, *Result.* I), el Ente demandado (Sent. cit., *Result.* II), y tanto la mayoría como la discordia del propio Tribunal (Sent. cit., *Consid.* VI Antecedentes, y discordia num. 1 y 3).

⁷⁷ Sobre la interpretación constitucionalizante de los actos y normas infraconstitucionales: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Supremacía constitucional e interpretación*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 385 a 404, en esp. pág. 396, y bibliog. cit.

⁷⁸ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *ejecución de sentencias en el contencioso administrativo. Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 805 a 835; y *Una debilidad del sistema: la ejecución de la sentencia en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en “Rev. de Derecho Público”, N° 49, Montevideo, 2016, págs. 149 a 159.

Incisos comprendidos en el Presupuesto Nacional”⁷⁹. En el caso en examen, se trata de un Ente cuyos presupuestos se aprueban por el procedimiento del art. 221 de la Constitución, de manera que esa regulación legal no es directamente aplicable; pero podría adoptarse la misma solución por los órganos competentes en tal procedimiento⁸⁰.

Aunque pudiera justificarse esa solución de la paradoja por la satisfacción del interés de todos los funcionarios implicados, seguramente está reñida con el “interés de la buena administración”, que también la Carta contempla. El Tribunal tuvo en sus manos contemplar además ese interés, dándole a su decisión “efectos generales y absolutos” conforme al inc. 2º del art. 311 de la Carta; pero no ejerció en el caso esa potestad, que siempre debería tener en cuenta al fallar.

Por otra parte, incluso contemplando exclusivamente el interés de los funcionarios y no el de la buena administración, la creación aunque transitoria de un nuevo cargo podrá justificarse cuando se haya anulado lo actuado por haberse reconocido el derecho a ascender⁸¹ del promotor de la acción, pero no si se trata solamente de un interés legítimo;

⁷⁹ Ley N° 16.736, de 5.1.96: “Art. 21. A efectos del cumplimiento de las sentencias anulatorias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de las reparaciones reconocidas en vía administrativa o judicial, en materia de funcionarios públicos pertenecientes a los Incisos comprendidos en el Presupuesto Nacional, la Contaduría General de la Nación podrá habilitar el crédito correspondiente hasta la creación del cargo o función contratada en la siguiente instancia presupuestal.

“Hasta tanto se disponga legislativamente la creación del cargo o función contratada, se considerará que los funcionarios alcanzados por esta norma gozan de todos los derechos inherentes al respectivo cargo o función contratada.”

“A los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 21 de la Ley N° 16.736”, como se suele decir impropriamente en los textos legales, se han dictado por ej., los arts. 115 y 116 de la Ley N° 19.149, de 24.10.13, el art. 257 de la Ley N° 19.355, de 19.12.15, y el art. 21 de la Ley N° 19.438, de 14.10.16. También suele establecerse en esas leyes “de cumplimiento”, que tales cargos serán ocupados exclusivamente por los funcionarios que obtuvieron las anulaciones, y se suprimirán al vacar. (Banco de datos de jurisprudencia CADE).

⁸⁰ CASSINELLI MUÑOZ enseñó que “la sentencia dictada en proceso seguido contra un órgano legitimado para litigar, es oponible a los órganos de contralor administrativo del primero, aunque pertenecieren en su normal funcionamiento, a una persona pública diferente. [...] Así, el órgano de contralor no puede ejercer sus poderes sobre los actos del controlado, en sentido violatorio de una sentencia ejecutoriada obtenida contra el ente descentralizado. El órgano de contralor administrativo está frente a la sentencia pronunciada en un litigio en que es parte el órgano controlado, en posición análoga a la de un juez frente a una sentencia dictada por otro juez entre las mismas partes. La circunstancia de que los dos jueces integren la misma o distintas personas públicas (caso del estado federal, por ejemplo), es irrelevante.” (*La apelación para ante la Asamblea General según el art. 303 de la Constitución*, en “Rev. D.J.A”, Montevideo, 1957, T. 55, pág. 136; también en **Derecho Constitucional y Administrativo**. Estudios compilados por Carlos Sacchi, cit., pág. 311). Aunque la actividad decisoria prevista en el art. 221 a cargo de órganos ajenos a la Administración descentralizada difícilmente pueda calificarse estrictamente como de control, sin embargo el razonamiento del maestro le es aplicable: esos órganos no podrán ejercer las potestades que ahí se les confieren en sentido violatorio de una sentencia ejecutoriada obtenida contra el Ente descentralizado.

⁸¹ En el sentido en que utilizan la expresión CASSINELLI MUÑOZ (**Derecho Público**, ed. F.C.U., Montevideo, 1999, págs. 434 a 436, y *Derecho al ascenso e interés legítimo en ascender y Anulación del ascenso subsiguiente a una designación anulada*, en **Derecho Constitucional y Administrativo**, cit., págs. 1328/1329, y 1229 a 1234, respect.), y el tan recordado Héctor FRUGONE SCHIAVONE (**Calificaciones y ascensos en la Administración Central**, ed. F.C.U., Montevideo, 1974, págs. 96 a 98), que distinguen nítida y claramente el *derecho al ascenso*, consagrado en el art. 61 de la Constitución, y el *derecho a ascender*, que se configurará en cada caso conforme a las normas aplicables

en esta última hipótesis, probablemente debería predominar el interés público de la buena administración, y así fue en el caso analizado.

b) Conviene reflexionar sucintamente sobre la situación que se hubiera creado si se hubiera atribuido efectos generales y absolutos a la anulación de los actos atinentes al concurso y la designación resultante; y aún más genéricamente, sobre los efectos de esa declaración expresa, sólo posible cuando el actor basó su legitimación en la titularidad de un derecho subjetivo⁸².

Seguramente la locución del constituyente “generales y absolutos” significa, en terminología tal vez más técnica, *generales* y *abstractos*⁸³: generales, por alcanzar a una categoría o clase de sujetos, y abstractos, por contemplar una categoría o clase de acontecimientos, típicamente descriptos; cuyas características comunes resultarán, en ambos casos, del contenido de la causa en que la sentencia se dicta y más concretamente de los que correspondan al o a los actos que fueron su objeto.

La pluralidad de sujetos o de acontecimientos alcanzados puede resultar de que el acto objeto de la impugnación sea un reglamento (como tal, por definición, general y abstracto). Pero también una resolución (particular y concreta) puede afectar a terceros, de lo cual son ejemplo precisamente los actos de que tratan las sentencias analizadas; y puede suceder, como en estos casos, que no hayan tenido participación en la causa, pero a quienes convenga al “interés de la regla de derecho o de la buena administración” incluir en sus efectos⁸⁴.

que lo reglamenten (confs.: VAZQUEZ, Cristina, *Derechos y garantías de los funcionarios*, en Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina, **Manual de derecho de la función pública**, Montevideo, 1998, págs. 186 a 188; DELPIAZZO, C. E., **Derecho Administrativo General**, Vol. 2, cit., págs. 47/48). No utilizo por cierto la expresión en el sentido de la Ley N° 16.127, de 7.8.990, art. 8, que con ostensible incompatibilidad conceptual define el “derecho a ascender” como “la situación jurídica de interés legítimo...”. Tampoco en el del art. 58 del proyecto del Poder Ejecutivo de lo que luego llegaría a ser la Ley N° 19.121 de 20.8.013 (Estatuto de los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo), que contienen ambos, proyecto y ley, la siguiente definición: “es la posibilidad de postularse para la provisión de cargos presupuestales...”, atribuyéndola el primero al “derecho a ascender” (art. 58) y la segunda al “derecho al ascenso” (art. 54), errando en ambos casos. Es inexplicable el desacierto reiterado del legislador, en esta materia que tanto ha clarificado nuestra mejor doctrina.

⁸² CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Rev. cit., en esp. págs. 18/19. En contra: DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso Administrativo**, cit., págs. 334 a 337, sostiene que los efectos “generales y absolutos” sólo son posibles cuando se trata de actos generales y la legitimación consiste en la titularidad de un interés legítimo.

⁸³ Conf. con el significado de la locución constitucional: DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso Administrativo**, cit., págs. 337/338. Sobre los conceptos “general” y “abstracto” y sus opuestos: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos Administrativos**, cit., pág. 124, nota 26, y *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., pág. 43; y doct. cit.

⁸⁴ La pluralidad de sujetos o acontecimientos alcanzados por los efectos de una sentencia no puede resultar en cambio de que se defina el objeto de la acción de nulidad como una categoría o clase de actos administrativos; a ello se opone el art. 310 de la Constitución, que limita la actuación del Tribunal a “apreciar el acto en sí mismo”, lo que requiere la individualización singularizada de cada uno de los actos que se impugnan, sean uno o varios. No parece admisible que esa disposición tolere, por ejemplo, que se promueva una acción de nulidad contra todos los actos administrativos definidos por caracteres comunes, por ej., que aplicaron sanciones a todos los sujetos que participaron en tal momento y lugar en determinada actividad colectiva; a lo cual se opondría también la necesidad de individualizar los sujetos legitimados para actuar, salvo que se admitiera la legitimación de entidades por los intereses de sus afiliados o integrantes.

En tal caso, la declaración puede conducir a que terceros ajenos a la causa sean afectados por una sentencia sin que hayan tenido oportunidad de defenderse. Es precisamente lo que habría ocurrido si se hubiera formulado esa declaración en la Sent. N° 527/011; eso habría perjudicado el interés del actor en la causa, porque hubiera abierto la participación en un eventual nuevo concurso a otros funcionarios que no habían impugnado ese acto; así será en todo caso de postulaciones excluyentes. A diferencia de la hipótesis en que “la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte”, este efecto general y abstracto no podrá considerarse una violación del principio de debido proceso. Se trata de una hipótesis de prevalencia del interés público sobre los intereses subjetivos y personales afectados por el acto anulado, litigantes o no en esa causa; prevista constitucionalmente en forma expresa, dispuesta por órgano con competencia del mismo origen, sobre cuya legitimidad en cada uno de los casos concretos a que se aplique existirá cosa juzgada. Por el contrario, el principio de debido proceso existe para tutela de aquellos intereses que en el caso han sido postergados, y no confiere a su titular legitimación para defender dicho interés público.

Precisamente, si se hubieran atribuido por el Tribunal “efectos generales y absolutos” a las sentencias anulatorias de que se ha tratado, seguramente la solución justa y razonable de esos conflictos de intereses hubiera consistido en volver a tramitar el concurso conforme a las pautas que surgen de las sentencias. Esa solución, que habría sido la intentada mediante la Resolución que resultó anulada por la Sent. N° 408/016⁸⁵, quedó bloqueada por el “efecto únicamente en el proceso” con que se dictó la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, y la consiguiente inexistencia de cargo vacante a proveer⁸⁶.

c) En la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia por alguno de los caminos antes enunciados, y teniendo presente las consabidas dificultades para la ejecución forzada contra la Administración, la única salida parece ser la de la indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios.

Siendo así, la indemnización que corresponderá al beneficiario de la anulación será generalmente por la pérdida de una posibilidad; y el aminoramiento del monto indemnizatorio por la inoponibilidad de la sentencia al beneficiario del acto anulado obedecerá a la propia omisión del damnificado, por no haber promovido oportunamente la convocatoria de los terceros al juicio por la vía procesal pertinente.

VIII. CONCLUSIONES GENERALES Y ABSTRACTAS

Del análisis de los casos considerados pueden extraerse conclusiones de carácter general y abstracto, con trascendencia teórica y práctica; algunas son las siguientes:

- 1) El agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de una acción de nulidad es constitucional y legalmente admisible siempre que el acto

⁸⁵ Discordia de la Ministra Dra. Castro, num. 1 *in fine*.

⁸⁶ Así lo sostuvo el Ente demandado, en la causa en que se le condenó a pagar una indemnización de daños y perjuicios al funcionario demandante Ing. J.P., incluyendo los correspondientes a pérdida de una chance: Sent. del Jdo. Ldo. de lo Cont. Adm. de 1er. Tno. de 7.2.014; Sent. del Trib. de Apel. en lo Civil de 4° Tno. de 3.12.014; Sent. de la Suprema Corte de Justicia N° 171/016, de 2.6.16, con dos discordias (banco de datos de jurisprudencia CADE).

impugnado haya sido confirmado expresa o fictamente por el jerarca máximo del sistema, aunque los recursos requeridos para ello no hubieran sido interpuestos todos ellos por el actor, sino que alguno lo hubiera sido por otro interesado sustentando una pretensión opuesta a la del actor (nota 16).

- 2) La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sigue sosteniendo el criterio de reconocer en favor del lesionado por un acto administrativo, sea un ex-impugnante, sea un tercero, la opción entre recurrir nuevamente en vía administrativa luego de resueltos los recursos interpuestos que correspondieran, o bien dándola por agotada, promover directamente la acción de nulidad. Sin perjuicio de su ilegitimidad, proclamada por parte de la doctrina y algunos pronunciamientos del propio Tribunal, debe reconocerse una vez más el mérito de esa jurisprudencia cuando tiende a facilitar el acceso a la jurisdicción⁸⁷.
- 3) El vicio de forma en el procedimiento, como presupuesto de un acto administrativo, produce invalidez del acto siempre que por sus efectos haya ocasionado indefensión, sin necesidad de que se invoque o haya invocado el contenido ni la mera existencia de defensas sustanciales que pudieran haberse opuesto de haber existido la oportunidad para hacerlo.
- 4) La revocación por ilegitimidad de un acto administrativo firme es discrecional para la Administración competente, y por consiguiente podrá disponerse siempre que existan razones de interés público para ello; no podrá oponérsele la existencia de derechos subjetivos, porque los relevantes para ello que pudieran haber preexistido a la firmeza de ese acto se habrán degradado a la condición de intereses legítimos al haber perimido, por imperio constitucional, la posibilidad de promover las acciones que posibilitarían al lesionado imponer la extinción del acto lesivo contra la voluntad de la Administración.
- 5) La degradación a intereses legítimos de los derechos subjetivos frente a todas las entidades estatales, impuesta constitucionalmente en virtud de la omisión de interponer los recursos administrativos en el exiguo plazo perentorio de diez días, carece de razonabilidad y debería ser modificada por alguno de los procedimientos previstos en el art. 331 de la Carta.

Julio de 2017

⁸⁷ Frente a la incertidumbre jurisprudencial, en la práctica profesional vuelve a ser lo más prudente cubrir todas las posibilidades.

LOS SERVICIOS DESCENTRALIZADOS Y EL ESTATUTO DE SUS FUNCIONARIOS. Comentario a sentencia N° 640/015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

Rodrigo Díaz Inverso*

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante “TCA” o el “Tribunal”) N° 640/015 de 20 de agosto de 2015,¹ anuló dos actos administrativos dictados en el año 2012 por el Directorio de la Agencia Nacional de Vivienda (en adelante “ANV”). Uno de esos actos aprobaba el “*Reglamento de ascensos para la provisión de cargos y funciones de alta conducción*” y el otro disponía un llamado a concurso para la provisión por vía de ascenso de un cargo de alta conducción, en aplicación del referido reglamento.

El actor, funcionario de la ANV, recurrió ambos actos en vía administrativa y luego jurisdiccional, argumentando la incompetencia del órgano emisor (el Directorio de la ANV) para el dictado de disposiciones normativas de carácter estatutario. El tribunal acogió la pretensión, anulando los actos impugnados (el reglamento y su acto de aplicación).

2. ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS DE LOS SERVICIOS DESCENTRALIZADOS

La ANV fue creada como servicio descentralizado del dominio industrial y comercial del Estado.² Es pues necesario determinar el régimen constitucional aplicable a los funcionarios de los servicios descentralizados, para encuadrar normativamente la decisión del tribunal.

Nuestro ordenamiento constitucional en materia de funcionarios públicos consagra un régimen de estatutos múltiples. Esto determina que no exista un único estatuto que regule

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad de la República). Correo electrónico: rodrigodiazinverso@hotmail.com

¹ Ministros integrantes del TCA firmantes de la sentencia: Sassón, Harriague, Gómez Tedeschi (r.), Tobía, Echeveste.

² Ley N° 18.125 de 27 de abril de 2007, art. 9.

a todos los funcionarios que trabajan en relación de dependencia para las distintas entidades estatales³ sino que, dependiendo de la persona jurídica estatal para la que trabajen, el sistema orgánico al que pertenezcan o incluso, dentro de un mismo sistema orgánico, el tipo de funciones o cometidos que realicen, es que quedarán sujetos a distintos estatutos.

Así, encontraremos que la Constitución prevé la existencia de los siguientes estatutos formales⁴: (a) uno general, aplicable a todos los funcionarios del Poder Ejecutivo (con excepción de militares, policías y diplomáticos), servicios descentralizados, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas, Poder Judicial y Tribunal de lo Contencioso Administrativo (excepcionalmente, en estos dos últimos casos, a los cargos de la judicatura); (b) uno para los jueces⁵; (c) uno para los funcionarios policiales; (d) uno para los militares; (e) uno para los diplomáticos; (f) uno para los funcionarios de cada uno de los Gobiernos Departamentales; (g) uno para los funcionarios de la Cámara de Representantes y otro para los del Senado; (h) uno para los funcionarios de cada uno de los Entes Autónomos.⁶

Los servicios descentralizados quedan comprendidos en el estatuto de alcance más general, de rango legal, previsto en el artículo 59 de la Carta. Esa es la regla general y cualquier excepción requiere una ley que expresamente establezca una solución distinta, fundada en “*la diversa índole de sus cometidos*”.⁷

Lo anterior es de vital importancia para entender cuáles son las potestades jurídicas de los órganos jerarcas de los servicios descentralizados en relación a las normas estatutarias que les rigen a sus funcionarios. Y la respuesta es clara: la Constitución no les asigna potestades decisorias en cuanto al contenido del estatuto; la materia estatutaria queda, en sede de servicios descentralizados, reservada a la ley,⁸ siendo el Directorio o Director General del servicio descentralizado un órgano de aplicación de dicha ley.

Sí podría entenderse, como poder implícito de estos jerarcas, el de poner en conocimiento del Poder Ejecutivo los inconvenientes o carencias que detecten en la aplicación de normas estatutarias y proponer ajustes legales; incluso el de elaborar un anteproyecto de ley al amparo del artículo 59 literal E. Pero no puede considerarse que exista un poder jurídico atribuido al jerarca del servicio descentralizado de aprobar por sí el estatuto aplicable a sus funcionarios, pues esa potestad ha sido atribuida constitucionalmente al Poder Legislativo.

La doctrina ha entendido que dentro de la potestad estatutaria se encuentran las materias referidas en el artículo 61 de la Carta: permanencia en el cargo, ascenso, descanso

³ Sin perjuicio de normas constitucionales que, por su generalidad, aplican a todos los funcionarios públicos.

⁴ Puede consultarse un esquema de los distintos estatutos con identificación del acto jurídico que los aprobó (legislativo o reglamentario, según corresponda) en: LARRAÑAGA LARGHER, María Victoria y FIGUEREDO SIMONETTI, Roberto. “La incidencia del Derecho Laboral en la Ley N° 19.121”, En DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador), *Funcionarios públicos: especial énfasis en la Ley N° 19.121*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2014, pp. 186-188.

⁵ “...cargos de la Judicatura”, en términos del artículo 59 literal B

⁶ Con distintos procedimientos de aprobación según sean entes del dominio industrial y comercial, de enseñanza o no integren ninguna de esas categorías.

⁷ Sucede esto, por ejemplo, en el caso de la Administración Nacional de Telecomunicaciones que por Decreto-ley N° 15.709 de 28 de enero de 1985 tiene un estatuto especial para sus funcionarios, siendo una solución completamente ajustada a la Carta, en virtud del artículo 59 literal E.

⁸ Sobre el concepto de reserva de la ley y su configuración en el Derecho Constitucional uruguayo: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo 1, 2ª Ed, Montevideo, FCU, 2008, pp. 433-441.

semanal, licencia anual y por enfermedad, suspensión, traslados, obligaciones funcionales.⁹ Por ende, la normación inicial de tales materias respecto a los funcionarios de estos servicios corresponde a la ley.¹⁰

3. LA SENTENCIA Y SUS PROYECCIONES SOBRE OTROS SERVICIOS DESCENTRALIZADOS

El argumento central del Tribunal en la sentencia comentada se funda en la incompetencia del Directorio de la ANV para el dictado de normas estatutarias conforme al marco jurídico antes reseñado; siendo el ascenso un componente del derecho a la carrera administrativa, y reconocido a todos los funcionarios de carrera¹¹, ingresa dentro del ámbito de la materia estatutaria.¹² Así se recoge en el Considerando V en los siguientes términos:

“En tanto Servicio Descentralizado, el poder normativo atribuido para el dictado del Estatuto corresponde por imperio Constitucional al legislador (art. 59, literal E). (...) Se conviene que esta excepción prevista no puede entenderse, como la posibilidad de que el legislador otorgue al propio servicio descentralizado la competencia estatutaria.

El artículo 23 de la Ley 18.125 en su literal g) dispuso como competencia del Directorio de la ANV “aprobar, dentro del plazo de 120 días de su instalación, el proyecto de normas especiales a incorporar al Estatuto del Funcionario y elevarlo al Poder Ejecutivo a sus efectos”.

La norma, no atribuye a la Agencia Nacional de Vivienda poder normativo para dictar disposiciones estatutarias. La labor asignada por el legislador (perfectamente compatible con lo regulado en la Constitución de la República), es meramente preparatoria. A tal fin, se le mandató al Directorio de la ANV la aprobación (término no utilizado en términos técnicos ajustados) del proyecto de normas “A INCORPORAR” al Estatuto, ¿por qué? Porque no los incorpora el Directorio por sí mismo porque carece de competencia estatutaria. No ostenta el poder jurídico habilitante para establecer el régimen jurídico que aplicará a su personal.”

La claridad del razonamiento expuesto exime de mayores comentarios. La Corporación realizó una correcta interpretación del texto constitucional y, ante un texto legal que pudiera generar dudas en torno a su apego a la Constitución, optó por una interpretación constitucionalizante, que lo hiciera compatible con el artículo 59. Utilizó así una forma sencilla de salvar la cuestión, procurando atribuir un significado que permitiera conciliar el texto legal con el constitucional, de acuerdo a las enseñanzas de la mejor doctrina en materia de interpretación conforme a la Constitución,¹³ aun cuando no hiciera caudal expreso de ello.

⁹ Sobre el contenido de la relación funcional (objeto de regulación del estatuto): MARTINS, Daniel Hugo. *El Estatuto del funcionario*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965, pp. 143-226.

¹⁰ Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, op. cit., p. 441.

¹¹ Constitución, art. 61.

¹² Cfr. MARTINS, Daniel Hugo, op. cit., p. 197.

¹³ Ver al respecto: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, op. cit., pp. 345-364.

En esa línea, debe entenderse, como lo entendió el TCA, que la potestad atribuida legalmente al Directorio de la ANV es la de confeccionar un anteproyecto de ley con normas estatutarias, para que sea remitido al Poder Ejecutivo y este a su vez lo envíe (con las modificaciones que entienda del caso proponer) al Poder Legislativo, de forma tal de que sea aprobado mediante una ley en sentido orgánico-formal. Se trataría entonces de una actividad meramente preparatoria (desarrollada por la ANV)¹⁴ para que luego el Poder Ejecutivo, en su rol de co-legislador, remita el proyecto de ley a la Asamblea General.

El Tribunal dejó así claramente establecido que: (i) el estatuto de los funcionarios de un servicio descentralizado es siempre de fuente legal, como surge sin hesitaciones del literal E del artículo 59, sea porque quedan comprendidos dentro del estatuto más general, sea porque se utiliza la excepción allí establecida; (ii) la ley no podría, para ser compatible con la Constitución, asignar al Directorio o Director General de un servicio descentralizado la potestad jurídica de dictar disposiciones de naturaleza estatutaria. La excepción del artículo 59 literal E a lo que habilita es a que existan *leyes* especiales que contengan estatutos específicos para los funcionarios dependientes de un servicio descentralizado, lo cual no equivale a admitir la constitucionalidad de facultar al Directorio a aprobar normas estatutarias de fuente reglamentaria. El acto jurídico que apruebe la excepción debe ser siempre una ley y ser ella misma la que adopte las soluciones estatutarias para los funcionarios del servicio.

Lo anterior, que parece de meridiana claridad y no despierta mayores debates en la dogmática, puede sin embargo generar confusión al momento de aplicar las leyes de creación de los más recientes servicios descentralizados, tal y como parece haber sucedido en el caso de la ANV, laudado por el TCA.

En esa línea, cabe destacar que en la última década (2005-2015) se han creado siete servicios descentralizados, que se vienen a sumar a los cinco ya existentes, completando el siguiente listado: Administración Nacional de Puertos (ANP);¹⁵ Administración Nacional de Obras Sanitarias del Estado (OSE);¹⁶ Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL);¹⁷ Administración Nacional de Correos (ANC);¹⁸ Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU);¹⁹ Agencia Nacional de Vivienda (ANV);²⁰ Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE);²¹ Instituto Uruguayo de Meteorología (INUMET);²² Sistema Público de Radio y Televisión Nacional (SPRTN);²³ Fiscalía General de la Nación

¹⁴ Se podría entender que el acto administrativo por el que el Directorio de la ANV apruebe el anteproyecto de ley resultaría un acto ilesivo, en tanto se limitaría a proponerle al Poder Ejecutivo lo que el Directorio entiende que *debería ser* el contenido del estatuto de sus funcionarios. Como tal, no produce efectos jurídicos de ningún tipo y ni siquiera puede ser considerada una hipótesis de iniciativa legislativa, en tanto ésta le corresponde en tal caso al Poder Ejecutivo.

¹⁵ Ley N° 5.495 de 21 de julio de 1916.

¹⁶ Ley N° 11.907 de 19 de diciembre de 1952.

¹⁷ Decreto-ley N° 14.235 de 25 de julio de 1974.

¹⁸ Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996, art. 747.

¹⁹ Ley N° 15.977 de 14 de setiembre de 1988, con el cambio de denominación introducido por el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823 de 7 setiembre de 2004, art. 223).

²⁰ Ley N° 18.125 de 27 de abril de 2007, art. 9.

²¹ Ley N° 18.161 de 29 de julio de 2007.

²² Ley N° 19.158 de 25 de octubre de 2013.

²³ Ley N° 19.307 de 29 de diciembre de 2014, art. 150. De todos los aquí listados es el único que a la fecha no se encuentra en funcionamiento.

(FGN);²⁴ Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP)²⁵ e Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (INISA).²⁶

Los últimos seis mencionados tienen algunas disposiciones en sus leyes de creación que puedan dar lugar a dudas respecto a cómo interpretarlas. En estos servicios descentralizados de reciente creación las soluciones normativas previstas en sus leyes orgánicas han sido disímiles.

Así, en el caso de **ASSE** y **SPRTN**, se estableció que sus respectivos Directorios “proyectarían” y “elevarían” el Estatuto del Funcionario, con un determinado contenido (ingreso, ascenso, descanso, licencias, suspensión o traslado, régimen disciplinario). En ninguno de los casos se agrega a qué órgano se eleva ni cómo se aprueba. Ambas disposiciones normativas son imprecisas y la interpretación que proponemos es la ya indicada para la ANV: la “elevación” es al Poder Ejecutivo para que éste la remita al Legislativo, a efectos de ser aprobada en el marco del artículo 59 literal E. No puede interpretarse que allí el legislador le está atribuyendo una potestad decisoria al Directorio (de ASSE o del SPRTN), en tanto eso sería incompatible con la Constitución e incluso con los propios textos legales, que utilizan los verbos “proyectar” y “elevar”, y no “aprobar” o “sancionar”.

En relación al **INUMET** sucede algo similar al caso de la ANV planteado en la sentencia comentada: la ley habla -a diferencia de los dos casos anteriores- de la “*aprobación*” del estatuto del funcionario por parte del Directorio (art. 24) y también de la elevación del “proyecto” de estatuto al Poder Ejecutivo, a sus efectos. Entendemos que una interpretación ajustada a la Carta supone darle a esta disposición legal el significado que el TCA dio en la sentencia: la Ley encomienda al **INUMET** formular un proyecto de estatuto para sus funcionarios; ese proyecto debe ser enviado al Poder Ejecutivo, y este lo remitirá al Poder Legislativo para que lo apruebe en forma de ley.²⁷

La **JUTEP**, por su parte, tiene previsto entre las potestades de su Directorio, la de “*proyectar y elevar al Poder Ejecutivo a sus efectos, el Estatuto del Funcionario de la JUTEP*”²⁸ y lo propio sucede con la **FGN**.²⁹ Rigen por tanto similares consideraciones, en cuanto a la necesidad de que sea aprobado por ley en sentido orgánico-formal, y es a esos efectos que el servicio descentralizado lo eleva al Poder Ejecutivo.³⁰

²⁴ Ley N° 19.334 de 14 de agosto de 2015.

²⁵ Ley N° 19.340 de 28 de agosto de 2015.

²⁶ Ley N° 19.367 de 31 de diciembre de 2016.

²⁷ Cfr. DÍAZ INVERSO, Rodrigo. “Instituto Nacional de Meteorología: Nuevo servicio descentralizado. Ley N° 19.158” en *Revista de Derecho Público*, N° 45 (2014), p. 121.

²⁸ Ley 19.340, art. 6 numeral 5.

²⁹ Ley 19.334, art. 12. Recientemente, la FGN remitió al Poder Ejecutivo y éste al Legislativo, un proyecto de ley conteniendo el estatuto de los funcionarios no fiscales de dicho servicio; disponible en: https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2016/proyectos/07/mec_046.pdf. Sobre la inconstitucionalidad de regular por acto administrativo el estatuto de los funcionarios de la FGN, puede verse: VIANA, Enrique. “De por qué las fiscalías letradas no pueden ser ubicadas en un servicio descentralizado”, en *Revista de Legislación Uruguaya*, (2015), 1247, cita online UY/DOC/462/2015. Fecha de consulta: 31 de enero de 2017.

³⁰ Cfr. SENA, Sonia. “Junta de Transparencia y Ética Pública (Servicio descentralizados)”, En ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Estudios sobre la Administración Uruguaya*, Montevideo, FCU. 2016, p. 199.

Finalmente, en el caso del **INISA**, la ley no hace una referencia expresa al régimen estatutario general de sus funcionarios, salvo en materia de ingreso, en donde declara la aplicabilidad de “*las normas generales del Estatuto del Funcionario Público, sin perjuicio de las reglas especiales que se dicten en atención a la índole de sus cometidos (literal E) del artículo 59 de la Constitución de la República*” (art. 14). Es razonable en este caso concluir que se aplicará plenamente, en todos sus aspectos y no solamente en materia de ingresos, el Estatuto del Funcionario Público (entendiendo por tal la Ley N° 19.121).³¹

4. CONCLUSIÓN

La sentencia comentada recoge el criterio unánimemente seguido por la dogmática en la interpretación del artículo 59 literal E de la Constitución en materia del estatuto de funcionarios de servicios descentralizados y anula correctamente la norma de contenido estatutario y de fuente reglamentaria que la ANV aprobó e intentó aplicar. Se reafirma pues la reserva legal en materia estatutaria respecto a los funcionarios de servicios descentralizados.

De hecho, se encuentra actualmente a consideración del Parlamento un proyecto de ley que contiene el estatuto para el funcionario de la ANV,³² preparado por ésta y remitido por el Poder Ejecutivo para su aprobación y en cuya exposición de motivos se indica correctamente que este estatuto requiere ley en sentido orgánico-formal. Por tanto, bien podría suponerse que la sentencia objeto de este análisis tuvo efectos prácticos que excedieron el caso concreto y que impulsaron a la Agencia a seguir el camino previsto en el literal E de la Carta, y dotar de regularidad jurídica y estabilidad a su actuación en materia de funcionarios.

Esta sentencia sirve, a su vez, como guía para los restantes servicios descentralizados de reciente creación, al momento de interpretar cuales son las normas estatutarias aplicables a sus funcionarios y, especialmente, cuales son las potestades que el órgano jerarca tiene en la materia. Rige respecto a los servicios descentralizados la Ley N° 19.121 y sus decretos reglamentarios³³, cediendo sólo en caso que existan normas legales que

³¹ El punto que podría generar dudas en relación a la aplicación de la Ley N° 19.121 a los servicios descentralizados viene dado por la “aplicación gradual”, prevista en su artículo 102 literal f, que remite a la negociación colectiva. El tema excede el alcance del presente; puede ampliarse en: MARTINS, Daniel Hugo. “Estatuto del funcionario”, En ROTONDO, Felipe (Coordinador), *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*, Montevideo, FCU, 2014, p. 366; LARRAÑAGA LARGHER, María Victoria y FIGUEREDO SIMONETTI, Roberto, op. cit., pp. 136-141; GUARIGLIA, Germán. *Reforma de la Administración, un reto permanente. El nuevo estatuto del funcionario público*. Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, pp. 108-112. Disponible en: <http://www.um.edu.uy/docs/tesisfder-reforma-de-la-administracion-un-reto-permanente-el-nuevo-estatuto-del-funcionario-publico-guariglia-german.pdf>. Fecha de consulta: 31 de enero de 2017.

³² Disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/1442877.PDF>. Fecha de consulta: 31 de enero de 2017.

³³ Podría discutirse si la aplicación del Estatuto del Funcionario Público a que refiere el artículo 59 de la Constitución comprende, en relación a los servicios descentralizados, a los decretos que el Poder Ejecutivo dicte reglamentando el texto legal. En otras palabras, si la Ley aplica a todos los funcionarios listados en el artículo 59, pero luego sus respectivos jefes tienen potestad reglamentaria para ejecutar dicha ley o si, por el contrario, los decretos del Poder Ejecutivo que sean dictados en carácter de reglamento de ejecución de la ley, son aplicables a todos. En principio, parecería que siendo

establezcan excepciones, quedando vedado al jerarca del servicio descentralizado aprobar normas que ingresen en la materia estrictamente reservada al estatuto.

Finalmente, también es importante la sentencia y el criterio que reafirma, en momentos en que se discuten tres iniciativas del actual Poder Ejecutivo (período 2015-2020) para la creación de nuevos servicios descentralizados.³⁴

Fecha de recepción: 6 febrero 2017.

Fecha de aceptación: 6 de marzo 2017.

reglamentos de ejecución de una ley, corresponde aplicar la solución general que determina que, en nuestro derecho, la potestad de principio le es asignada al Poder Ejecutivo (Art. 168 nral. 4; puede ampliarse en CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, op. cit., p. 442 y ss.). En consecuencia, los funcionarios de los servicios descentralizados quedarían comprendidos en las disposiciones de la Ley N° 19.121 y de sus decretos reglamentarios, con la salvedad resaltada en el pie de página 31 y siempre y cuando no hubiera un estatuto de fuente legal aprobado al amparo del artículo 59 literal E.

³⁴ Nos referimos a los proyectos de ley de creación del Instituto de Obras y Servicios de Arquitectura del Uruguay (disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2016090543-001176127.pdf#page>) y la Administración Nacional de Casinos y Juegos de Apuesta del Estado (disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/127042/tramite>). Fecha de consulta: 31 de enero de 2017. Por su parte, el artículo 168 de la Ley de presupuesto N° 19.355 de 19 de diciembre de 2016 encomendó al Ministerio del Interior “*la constitución de una comisión con el objetivo de presentar al Poder Ejecutivo un cronograma de actividades para la transformación del Instituto Nacional de Rehabilitación en un servicio descentralizado.*”

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, BANCO CENTRAL DEL URUGUAY: CONFIANZA Y RIESGOS SISTÉMICOS. RESEÑA JURISPRUDENCIAL

*Viviana Pérez Benech**

I. FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA CON RELACIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LOS COMETIDOS BANCOCENTRALISTAS

I.1. Administración y función jurisdiccional

Los jueces y los tribunales en general, son los órganos que ejercen la llamada función jurisdiccional, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Materialmente, se trata de decidir cuestiones jurídicas controvertidas, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva¹.

Precisamente el valor y fuerza de cosa juzgada es la principal característica que distingue la función administrativa y de la jurisdiccional, lo que cobra especial importancia a la luz de los nuevos y crecientes cometidos que se fueron atribuyendo a la Administración reguladora y controladora de la actividad privada. El cumplimiento de tales cometidos genera a veces confusiones sobre la función que desempeña la Administración cuando es llamada a pronunciarse en asuntos que involucran cuestiones jurídicas controvertidas, conflictos intersubjetivos de intereses, por ejemplo entre entidades reguladas y sus clientes.

Pero mientras que todo pronunciamiento de la Administración es esencialmente revisable en vía jurisdiccional (ya sea contencioso anulatoria o reparatoria), los fallos de la justicia, agotadas todas sus instancias (por acción o inacción de las partes), adquieren carácter firme y son pasibles de ejecución forzada.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Magíster en Derecho Administrativo Económico y Derecho de la Empresa, profesora asistente interino (grado 2) de la materia Derecho Público II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Correo electrónico: vivipebe@yahoo.com.ar

¹ Conforme lo resume SAYAGUES LASO, citando a destacados autores de la doctrina francesa (Jèze, Duguit, Bonnard, etc.), en *“Tratado de Derecho Administrativo”* Tomo I, 6ta. edición, Montevideo, 1988, pág.47.

El Banco Central del Uruguay (BCU) es un ejemplo típico del creciente papel conformador de la Administración. Basta citar a mero título de ejemplo sus competencias y poderes jurídicos en materia de defensa de la competencia, relaciones de consumo, seguro obligatorio de automóviles, prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, etc.

Pero en tanto la función desempeñada es de naturaleza administrativa, naturalmente el BCU también está sujeto al pronunciamiento de un tercero imparcial (un tribunal de justicia) que dirime en forma definitiva la legitimidad de su actuación en el ejercicio de sus cometidos.

A su vez, también puede ser el propio BCU quien requiera tal pronunciamiento si el cumplimiento de los cometidos de interés público que le asigna la normativa legal lo exige. Por ejemplo, cuando revestía la calidad de liquidador de las instituciones de intermediación financiera², el deber de proteger el ahorro público ante una situación de insolvencia, le podía llevar a demandar a sus propietarios o personal superior por su eventual responsabilidad. Actualmente, pueden darse situaciones análogas por su condición de liquidador de los intermediarios de valores, en las que quien acuda a un pronunciamiento judicial sea el BCU, en forma directa o a través de un liquidador delegado, como parte de las medidas destinadas a que los activos de terceros en poder del intermediario sean debidamente cautelados.

I.2. La jurisprudencia como fuente no formal de Derecho. Importancia en Derecho Administrativo

La jurisprudencia es el conjunto de decisiones jurisdiccionales de los tribunales sobre una materia determinada, emitidas con ocasión de los juicios sometidos a su resolución³. Como es sabido, no constituye en nuestro orden jurídico una fuente formal de Derecho, según lo establece expresamente el artículo 12 inciso segundo del Código Civil⁴.

No obstante, COUTURE señalaba que aún no teniendo fuerza obligatoria, la jurisprudencia *“se impone por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del cual emanan”*⁵. Se trata del “Derecho vivo”, el Derecho real, según se expresaba en la editorial de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal en el año 1976: *“..el Derecho que verdaderamente vale puesto que es el que se pone en vigencia para cada situación concreta y determinada. Es por eso que no nos podemos cansar de destacar el hecho esencial en la vida del Derecho y aún en el plano axiológico, de que el momento jurisdiccional se presenta como decisivo y fundamental. El Derecho para el individuo es el que interpreta el juez, el que dice el Juez (iuris dictio). De ahí la importancia que tiene la jurisprudencia como ciencia y de allí la trascendencia que tiene el Juez en la vida social y en la esfera de las conductas humanas.”*⁶

² La creación de la Corporación de Protección del Ahorro Bancario (COPAB) por obra de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008, determinó la asignación de esta competencia a dicha persona pública no estatal.

³ COUTURE, Eduardo J., *“Vocabulario Jurídico”*, 4ta. Edición, editorial BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 458.

⁴ Artículo 12 del Código Civil: *“las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.”*

⁵ COUTURE, op. cit. pág. 458.

⁶ RUDP, Números 3-4, 1976, nota editorial *“El Derecho, la Justicia y los Magistrados”*.

Es precisamente esta centralidad en la persona humana, la “humanización” del Derecho que se produce a través de la aplicación que el juez debe hacer de la norma general al caso concreto, lo que confiere un papel protagónico a las resoluciones que derivan del ejercicio de la función jurisdiccional en el marco de un Estado de Derecho y en clave de uno de sus principios fundacionales: la separación de poderes. No debe olvidarse que nuestro orden jurídico obliga a los jueces a dictar sentencia en todos los casos, no pudiendo ampararse en el silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes⁷.

Ciertamente son muchos los casos de oscuridad, silencio, insuficiencia, imprevisión, contradicciones, derogaciones tácitas y difusas de las normas jurídicas, así como la multiplicidad de relaciones humanas y jurídicas que están en juego y los fenómenos imprevisos, de conmoción social, intereses públicos y particulares, que están presentes en las causas sometidas a la justicia.

De ahí el especial desafío que tienen por delante los jueces cuando se enfrentan a la decisión que deben tomar: impartir justicia no es una potestad sino un deber. El Estado de Derecho se mantiene vivo en tanto la justicia independiente deba dar solución a todos los reclamos que sus individuos le planteen; mientras los jueces no puedan eludir su responsabilidad de aplicar rectamente el orden jurídico a la realidad, a las causas y reclamos concretos, a los conflictos que se plantean en la vida cotidiana de las personas, procurando dilucidar la solución justa y ajustada a Derecho aún ante la confusión, oscuridad o falta de previsión de la norma objetiva.

En reciente sentencia el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno, ilustra muy bien este sentido de la función jurisdiccional como actividad estatal en cumplimiento de sus cometidos esenciales, cuando expresa “. . . *El Estado y este Tribunal, ejerciendo la jurisdicción del mismo.*” A su vez, el maestro COUTURE definía la Justicia como una “virtud” o un “valor”, antes que por su condición de legitimidad, ajuste al Derecho u organización administrativa del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.⁸

Al decir de Ramón PARADA, la jurisprudencia posee en la vida del Derecho una eficacia condicionante de la actividad de los sujetos, igual –o incluso mayor- que las normas que aplica⁹. Citando a SANTAMARÍA PASTOR, ilustra esta relación entre el Derecho y la Jurisprudencia sosteniendo que ésta se adhiere a las normas como una “segunda piel”, limitando o ampliando su sentido y en todo caso, concretándolo y modificándolo, “*de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, sino lo que los tribunales dicen que dicen*”. De forma inevitable, conscientemente o no, la doctrina jurisprudencial termina creando Derecho.

Incluso los jueces y tribunales se ven impulsados a seguir los criterios interpretativos sentados por los órganos judiciales superiores, no sólo por razón de coherencia, sino eventualmente motivados a evitar la revocación de sus fallos.¹⁰

⁷ Artículo 15 del Código Civil.

⁸ COUTURE, op. cit., pág. 469.

⁹ PARADA, Ramón, “*Derecho Administrativo I. Parte General*”, décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 86.

¹⁰ PARADA, op. cit., pág. 86.

Pese a que en Derecho Administrativo, al igual que en Derecho Privado, la jurisprudencia no es fuente formal de Derecho¹¹, la seguridad jurídica de las soluciones normativas no será completa sin el componente jurisprudencial. Incluso cabe anotar que en esta rama del Derecho se plantea la cuestión relativa a la extensión del fallo más allá del caso concreto, en las sentencias referidas a los actos administrativos de carácter general (reglamentos), según lo previsto en el artículo 311 inciso segundo de la Constitución¹². Pero en términos generales, si bien los fallos ciñen su ámbito de aplicación al caso concreto, sientan criterios jurídicos o guías de actuación que permean hacia otros casos, otros asuntos aún no resueltos, o incluso asuntos respecto de los cuales la Administración ni siquiera se ha pronunciado.

El caso del Consejo de Estado francés es emblemático. Al decir de SAYAGUES LASO, es por demás conocida su magnífica labor creadora y su jurisprudencia, retroalimentada por la mejor doctrina¹³. Ha ido elaborando en gran parte, paso a paso, el Derecho Administrativo francés, quizá –según el autor en su época- el más adelantado del mundo. De esta influencia recíproca, fueron surgiendo y desarrollándose, por ejemplo, muchas de las creaciones fundamentales de la jurisprudencia y la doctrina francesas, como las nociones de servicio público y la teoría de la responsabilidad por acto o hecho administrativo.

Sin embargo, la eficacia jurídico formal de la jurisprudencia en Derecho Administrativo no difiere sustancialmente del Derecho Privado: carece de toda fuerza obligatoria fuera del caso concreto en que se dictó el fallo (con la única excepción señalada del artículo 311 inciso segundo de la Constitución)¹⁴.

Pero SAYAGUES LASO señalaba dos motivos por los cuales cobra mayor importancia que en Derecho Privado: a) en Derecho Administrativo (una rama relativamente incipiente del Derecho en comparación con el Derecho Civil) no hay grandes codificaciones como sí las hay en Derecho Privado, que dan solución a mayor cantidad de casos prácticos; y b) la labor interpretativa de jueces y juristas tiende a generar nuevos vacíos normativos donde no los había y que requieren a su vez de nuevas interpretaciones jurisprudenciales para su llenado.¹⁵

Un ejemplo claro de esto último –dice el propio autor- es la evolución del derecho francés en materia de responsabilidad por acto o hecho de la Administración, lo que nos lleva directamente a ingresar en el objeto de análisis.

Al respecto, cabe realizar dos aclaraciones iniciales:

- a) Puede considerarse al Derecho Bancario como una suerte de “fusión” o combinación entre temáticas propias del Derecho Administrativo y del Derecho Comercial. En

¹¹ SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 144.

¹² El artículo 311 inciso segundo de la Constitución establece que “cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.”

¹³ Basta citar como ejemplo la influencia de LAFERRIERE, DUGUIT, HAURIOU, JEZE, WALINE, etc. en la jurisprudencia francesa.

¹⁴ Con la precisión de que algunos fallos de nulidad de actos administrativos reglamentarios, conforme al citado artículo 311 inciso segundo de nuestra Constitución, pueden tener efectos generales y absolutos cuando la decisión jurisdiccional fuere adoptada en interés de la regla de derecho o de la buena administración. La discusión doctrinaria sobre los presupuestos para que se configure esta extensión de los efectos del fallo es extensa y excede el alcance del presente trabajo.

¹⁵ SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 162.

este sentido, el análisis de la responsabilidad del Estado por su actuación como regulador nos remite a todas las consideraciones y desarrollos que la jurisprudencia ha elaborado en base a las escasas normas de Derecho Público que regulan expresamente la cuestión (fundamentalmente artículos 24 y 25 de la Constitución). Así, los elementos de la responsabilidad –falta de servicio, daño, nexo causal-, la prosecución del fin debido por la actividad estatal, materializado en el interés general y los intereses específicos sectoriales (como por ejemplo la protección del ahorro público), signan la relevancia de la creación jurisprudencial, necesariamente innovadora, conforme a los permanentes cambios que operan en la realidad y el contexto social y económico en el que se producen los hechos sometidos al pronunciamiento de los tribunales.

- b) Por otra parte, las particulares características del funcionamiento del sistema financiero agregan especificidades a los cometidos del Banco Central del Uruguay en su carácter de regulador sectorial. Entre ellas, le hacen pasible de responsabilidades vinculadas a estas características, entre las cuales el valor de la *confianza* (concepto inmaterial si los hay) trasciende el plano ético y se proyecta directamente como condicionante de la “salud” y estabilidad del sistema. Basta mencionar su importancia en el marco de un proceso de crisis bancaria, tanto a nivel de instituciones como su efecto en posibles propagaciones sistémicas de las crisis institucionales.

II. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE DISTINTOS TEMAS CLAVES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL, RIESGOS SISTÉMICOS EN EL SECTOR FINANCIERO Y CRISIS BANCARIA

Por los fundamentos que vienen de expresarse, resulta de especial interés el análisis de la jurisprudencia que se ha ido generando a raíz de los diversos reclamos vinculados a las crisis bancarias, entre las que notoriamente la crisis del año 2002 generó una conmoción sistémica sin precedentes y derivó en múltiples pronunciamientos jurisdiccionales en reclamos de diversa naturaleza.

Por un lado, reclamos civiles del Banco Central del Uruguay contra personas físicas o jurídicas responsables de desequilibrios financieros en las entidades controladas o contenciosos administrativos de anulación contra actos sancionatorios a dichas personas; y por otro lado, la enorme mayoría, conformada por reclamos de muy diversa índole contra el Banco Central del Uruguay, planteados por quienes resultaron damnificados en la crisis por distintas operativas: tenedores de eurobonos emitidos por las entidades bancarias liquidadas, ahorristas de dichas entidades, inversores en valores emitidos por empresas extranjeras vinculadas, víctimas del robo de cofre-fort, etc. Esta gran variedad casuística incluye una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso planteado por los referidos inversores.

Sin que ello represente una muestra estadística de casos, ni siquiera una muestra completa, seleccionamos a modo de ejemplo algunos de los criterios más emblemáticos derivados de estos casos jurisprudenciales, que pueden resultar de interés.

II.1- El Banco Central como actor: acciones de responsabilidad promovidas por el Banco Central del Uruguay contra personas físicas o jurídicas participantes en operaciones presuntivamente dolosas que directa o indirectamente pudieran haber contribuido a provocar el desequilibrio económico o financiero de empresas bancarias.

Es una de las caras de la responsabilidad del BCU como regulador y supervisor del sistema financiero y promotor de su solvencia, eficiencia y desarrollo (según establece su Carta Orgánica¹⁶). Probablemente es la faceta menos conocida del regulador, la que corresponde a su responsabilidad por “acción” y no por “omisión”. Las presuntas “omisiones” del BCU en el contralor del sistema financiero fueron el fundamento de multiplicidad de reclamos promovidos por clientes del sistema financiero (ahorristas, inversores, deudores, etc.) a raíz de la crisis bancaria de 2002, lo que dio más notoriedad pública al tema.

Este otro tipo de reclamos fueron promovidos por el BCU contra personas físicas o jurídicas presuntamente responsables de maniobras que derivaron en la insolvencia de instituciones financieras de plaza (sobre todo bancos), con el objetivo de que reparen con su patrimonio los daños y perjuicios causados a dichas instituciones y en definitiva a sus ahorristas.

II.1.1. Antecedente

El Banco Central del Uruguay ya había promovido judicialmente en la década del '90, a raíz de la crisis del entonces Banco Pan de Azúcar, medidas cautelares y demanda de daños y perjuicios contra personal superior de dicho banco.

La Sentencia No. 14 de 28 de marzo de 2003¹⁷ del Juzgado Letrado de 1era. Instancia en lo Civil de 6º Turno hace lugar a la condena por daños y perjuicios solicitada por el Banco Central del Uruguay contra ex directores del banco, laudando el cuestionamiento realizado por la parte demandada a la existencia de legitimación activa de esa institución para promover acción de daños y perjuicios, debido a que el artículo 24 del Decreto-Ley N° 15.322 de 17-IX-1982 sólo prevé en forma expresa su legitimación para solicitar medidas cautelares.

En tal sentido, expone la referida sentencia entre sus fundamentos que *«como consecuencia ineluctable de la posición sustentada en ambas instancias, el Banco Central del Uruguay debió promover la demanda pertinente, vinculada inescindiblemente con las medidas cautelares peticionadas, y en consecuencia, no es dable pretender que carezca de legitimación en la causa, quien ha gestionado y obtenido medidas cautelares, dentro del marco de sus atribuciones legales, y que han sido el presupuesto formal, para la promoción del accionamiento incoado.»*

¹⁶ Artículo 3 de la Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008.

¹⁷ Dictada en autos «Banco Central del Uruguay c/Stephane Denis Benhamou Gharbi y Sergio Giorgio Dell Acqua Pagnamenta. Medidas Cautelares - Solicitud de Embargo - Daños y Perjuicios (Reembolso)» Ficha 227/96.

«En buen romance, no es razonable pretender, que se admita la legitimación para solicitar medidas cautelares, y se pretenda desconocer que el mismo Organismo que las ha solicitado carezca entonces de legitimación para impetrar la demanda resarcitoria, encuadrada legalmente dentro de las facultades que le otorga el art. 24 del Decreto-ley No. 15.322.»

«. . . el Banco Central del Uruguay, ha probado la admisibilidad y pertinencia de su accionamiento, basado en la defensa de los intereses patrimoniales de Banco Pan de Azúcar S.A., afectado gravemente por las operaciones dolosas de los codemandados.»

II.1.2. Legitimación activa del BCU

En demanda promovida por el BCU contra múltiples personas físicas y jurídicas, reclamó la reparación civil a uno de los bancos liquidados a raíz de la crisis de 2002 (concretamente el ex Banco de Montevideo) por la responsabilidad de aquéllas en maniobras que directa o indirectamente pudieron haber provocado su quiebra. El BCU invocó en respaldo normativo de su legitimación, los artículos 24 del Decreto-Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982 (Ley de Intermediación Financiera) y el artículo 23 de la Ley N° 17.613 de 27 de diciembre de 2002 (llamada “de Fortalecimiento del Sistema Bancario” por regular la salida jurídica a diversos aspectos de la crisis bancaria de 2002).¹⁸ Según aclaró el BCU en la demanda, el producido de esa acción sería destinado a la reparación de los clientes del banco damnificados por su quiebra.

En reciente Sentencia N° DFA 3-532/2016 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno desestimó ambos fundamentos legales para la legitimación activa del BCU, por considerarlos insuficientes en el caso planteado: el Decreto-Ley N° 15.322, por referir únicamente a la adopción de medidas cautelares y no a la acción principal de responsabilidad civil y la Ley N° 17.613, por conferir legitimación activa únicamente al Estado persona pública mayor (y no al ente autónomo BCU), alegando que la ley recoge en otros artículos la distinción entre ambos significados de la palabra “Estado”. Invoca el Tribunal el principio de especialidad, para limitar la legitimación activa del BCU en este tipo de reclamos a la expresamente reconocida en la ley. Sin embargo, finalmente sí reconoce la legitimación activa del BCU en base a otro fundamento, a la luz del principio “*iura novit curia*”: la protección del ahorro público por razones de interés general.¹⁹

Si bien esta sentencia de segunda instancia (aún resta resolver el recurso de casación) reconoció la legitimación activa del BCU, no compartimos este fundamento. Entendemos que la Sentencia de primera instancia (N° 45/2014 del Juzgado Letrado en lo Civil de 17mo.

¹⁸ Autos “Banco Central del Uruguay c/XXX y otros – Daños y Perjuicios” IUE 2-12117/2004, ante el Juzgado Letrado en lo Civil de 17mo. Turno, en los que recayó la Sentencia N° 45/2014 de 8 de setiembre de 2014. Luego de apelada dicha Sentencia, el Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno dictó recientemente la Sentencia N° DFA 3-532/2016 SEF 3-111/2016 de 24 de agosto de 2016, en la que ratifica parcialmente la condena dispuesta en primera instancia.

¹⁹ El reconocimiento expreso de la protección del ahorro público como un interés general, se encuentra presente en diversas disposiciones legales, fundamentalmente sancionadas a partir de la crisis de 2002, entre las cuales cabe destacar los artículos 22 inciso tercero y 27 inciso primero de la mencionada Ley N° 17.613 de 27 de diciembre de 2002 y el artículo 42 de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008, al definir este último la finalidad de los procedimientos de solución bancaria.

Turno) había marcado el camino correcto en este sentido, al aceptar el fundamento de la legitimación del BCU en la potestad de solicitar medidas cautelares por las mismas causales y contra las mismas personas físicas o jurídicas: no existe argumento que respalde interpretación restrictiva de la facultad conferida al BCU por el referido artículo 24 del Decreto-Ley N° 15.322.

Como expresa la mencionada sentencia de primera instancia, no se trata de medidas cautelares autosatisfactivas y consecuentemente, al ser solicitadas en el marco de un proceso preliminar “*necesariamente deben ser seguidas en razón de su instrumentalidad, accesoriedad y provisoriedad de un proceso principal resultante del ejercicio de una acción autónoma.*” Sostener lo contrario, es decir, que la facultad del BCU se restringe únicamente a solicitar medidas cautelares por ser las únicas previstas a texto expreso, careciendo de potestades para promover el juicio ordinario posterior), implicaría –como bien dice la sentenciante- un perjuicio para los intereses de los propios demandados, quienes interpusieron la excepción de falta de legitimación activa, ya que en tal caso las medidas adoptadas con carácter cautelar se extenderían *sine die*, no sujetándose a la interposición de la demanda ordinaria posterior. A ello debe sumarse que precisamente, como consecuencia de la provisoriedad inherente a su carácter cautelar, son dispuestas con menores exigencias en cuanto a sus fundamentos sustanciales –la prueba del buen derecho o “*fumus bonis juris*”, en razón de estar sujetas a las resultancias del proceso ordinario posterior.

II.1.3. Cometidos del BCU - el fin debido

Es relevante el reconocimiento jurisprudencial del cometido del BCU vinculado al interés general en la protección del ahorro público. Si bien no es completamente novedoso, adquiere especial relevancia en este caso por eruirse como único fundamento de la legitimación activa del BCU en este tipo de acciones, a falta de una norma expresa que la confiera. La Ley N° 17.613 es en realidad pionera en explicitar este cometido en más de un pasaje: el artículo 22 inciso tercero impone al BCU la finalidad de “*la custodia del ahorro por razones de interés general*” en su carácter de liquidador de los bancos²⁰ y el artículo 27 confiere al Poder Ejecutivo la potestad de destinar partidas en beneficio de los depositantes de los bancos liquidados.

En definitiva, en clave de Derecho Administrativo, se trata del “fin debido” al que debe ajustarse la actuación del regulador bancario en este caso.

A su vez, como fundamento legal, en la referida sentencia el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno sí invocó el artículo 3 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay²¹, donde se establece como una de sus dos finalidades “*La regulación del funcionamiento y la supervisión del sistema de pagos y del sistema financiero, promoviendo su solidez, solvencia, eficiencia y desarrollo.*” Mediante esta acción –según expresa el Tribunal- el BCU cumple con tal finalidad al procurar que los responsables de la situación

²⁰ Esta competencia ya no corresponde al BCU, en virtud de haber sido asignados los procesos de solución y resolución bancaria a la COPAB (Corporación de Protección del Ahorro Bancario), por obra de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008 (ver artículo 42 de dicha ley).

²¹ Artículo 3 de la Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por el artículo 1 de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008.

de insolvencia de los bancos reparen los perjuicios causados a los patrimonios de éstos. El apartamiento del fin debido—ya sea mediante actos, hechos u omisiones de la Administración— implica, recordemos, desviación, abuso o exceso de poder, lo que determina en todos los casos la ilegitimidad de lo actuado.

II.1.4. Responsabilidad de los directores de los bancos insolventes

En cuanto a este punto, la citada sentencia de segunda instancia se remite a las normas y principios de derecho comercial común—responsabilidad de los directores de sociedades anónimas— y las acciones previstas fundamentalmente en la Ley N° 16.060 y la condena “in solidum” prevista en el artículo 668 del Código Civil.

No obstante, cabe mencionar que la sentencia de primera instancia no había optado tan claramente por el marco jurídico de la Ley N° 16.060 para calificar la responsabilidad de los demandados ex directores o socios del banco como “societaria”. Enumeró una serie de fundamentos jurídicos posibles y en definitiva, estableció finalmente que cualquiera sea la posición que se sostenga, para que se configure la responsabilidad civil de los directores de una sociedad anónima deben verificarse sus tres elementos constitutivos: a) el evento dañoso (incumplimiento de una obligación contractual, o si se sostiene la naturaleza extracontractual, del deber genérico de diligencia; b) el factor de imputación de responsabilidad (dolo o culpa); y c) la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño.²² Resulta una posición en definitiva más amplia para valorar jurisprudencialmente la conducta de los sujetos individuales o colectivos en las crisis bancarias.

II.1.5. Responsabilidad del personal superior del ex Banco Comercial S.A.

El Banco Central, ejerciendo la potestad sancionatoria respecto del personal superior que le atribuye el artículo 23 del Decreto-Ley N° 15.322, instruyó un sumario administrativo a su respecto y demandó civilmente a aquéllos que consideró responsables de maniobras que produjeron el desequilibrio económico que llevó a la liquidación del ex Banco Comercial S.A.

En un caso, la sentencia de primera instancia acogió parcialmente la demanda y la de segunda instancia la revocó²³. Al interponerse el recurso de casación, la Suprema Corte de Justicia confirmó la sentencia desestimatoria de segunda instancia²⁴, por entender que el BCU carecía de legitimación causal activa, debido a que la condición de síndico de la demandada exigía la configuración de culpa grave o dolo para ser pasible de responsabilidad, lo que no se había acreditado.

En otro juicio promovido por el Banco Central del Uruguay contra un corredor de bolsa a quien se reclamó su responsabilidad civil conforme al citado artículo 24 del Decreto-Ley N° 15.322, la Sentencia N° 5 de 2 de marzo de 2015 hizo lugar parcialmente a la demanda condenando al demandado a abonar la suma de U\$S 5.100.000 más ilíquidos, expresando que: “*El B.C.U. en mérito a lo dispuesto por el inc. 1° Art. 24 del Decreto-Ley 15.322 y por*

²² Considerando 4.1 de la mencionada Sentencia N° 45/2014.

²³ Sentencias N° 3/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 12° turno y en segunda instancia SEF 0007-000493/2014 del Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno.

²⁴ La Sentencia de casación de la SCJ es la N° 339 de 5 de enero de 2016.

²⁵ Sentencia N° SEF-0006-000168/2015 MET-0006-000489/2015 de 23 de diciembre de 2015.

su calidad de liquidador del B.C.S.A., y en suma por su actuación como tal en defensa y protección de los derechos de los depositantes de las entidades suspendidas por razones de interés general (Art. 22 de la Ley N° 17.613), debe ser resarcido por el daño causado... por lo que corresponde se condene al demandado a reparar los daños y perjuicios”.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno el 23 de diciembre de 2015²⁵ En dicha confirmación expresó el Tribunal: *“La solución confirmatoria de la sentencia de condena con la imputación de la participación del demandado en una “operativa fraudulenta”, que incluía negocios ficticios o simulados, un entramado de negocios en violación a la ley y actuaciones dolosas, determina la aplicación de las máximas sanciones, las costas y costos del proceso, tanto en primera como en segunda instancia, a quien contribuyó con su conducta a la estratagema que permitió el maquillaje de los balances del Banco Comercial y que derivó, a la postre, en su quiebra y afectación de derechos de terceros (arts. 56 y 261 CGP y 688 CC).”*

II.2. El Banco Central como demandado

II.2.1. Antecedentes

a) *Intervención de una casa bancaria*

A raíz de la actuación del Banco Central del Uruguay como interventor de una casa bancaria en crisis, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno se pronunció mediante Sentencia N° 78/95²⁶ sobre los límites de la responsabilidad del Banco Central del Uruguay en el ejercicio de su función de contralor del sistema financiero. En dicho caso se desestimó la demanda incoada por clientes que sostenían la configuración de falta de servicio, por haberse dispuesto tardíamente la intervención de la casa bancaria, perjudicando así sus intereses al permitirse de este modo el crecimiento de la insolvencia de la misma.

La Sentencia estableció al respecto: *“..todas las actividades de intermediación financiera están sometidas al contralor del BCU. Corresponde determinar si dichos controles fallaron, en cuyo mérito se demoró una medida que habría superado la situación y que debido a ello se configura falta de servicio. Una cosa es detectar irregularidades u operaciones riesgosas y otra comprobar operaciones simuladas y la consiguiente maniobra dolosa que se efectuaba de forma tal que podía escapar al control bancocentralista. Sólo cuando se decreta la intervención se detecta la maniobra. Los contralores se hicieron y resulta difícil concluir que las irregularidades detectadas imponían la adopción de medidas extremas. Cuando la casa bancaria solicitó la moratoria el BCU dispuso la intervención a fin de realizar una investigación exhaustiva. Y no cabe dejar de lado que la crisis estuvo impulsada por factores externos. E incluso que la medida de la intervención se encuadra en el marco de decisiones políticas que refieren a la imagen de nuestra plaza financiera.”* La sentencia descarta la afirmación de la parte actora en cuanto a que era inexcusable la responsabilidad del Estado, sosteniendo que quienes orquestaron la maniobra, los administradores de la casa bancaria, eran a quienes acudieron y en quienes confiaron los inversores, mientras que el Banco Central tiene por cometido la prevención de riesgos y no es responsable en el caso por las maniobras efectuadas con el fin de eludir

²⁶ Ministros Redactores Caorsi, Troisa y Rodríguez, publicada en Anuario de Derecho Comercial Tomo 8 (“Contralor del BCU”), pag. 344, Caso, 207.

sus controles, “porque las cuentas equilibraban perfectamente” y sólo podían ser detectadas a partir de la intervención cuando el BCU asume directamente la administración.

Esta posición se compadece, a nuestro juicio, con la naturaleza “prudencial” de la regulación bancocentralista (artículo 38 literal A de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay)²⁷, respecto de las entidades que integran el sistema financiero y el propio sistema (“mercado”) en el que éstas actúan.

b) Responsabilidad “in vigilando” del Estado regulador y fiscalizador

Igualmente ilustrativas resultan sobre responsabilidad de la Administración por los daños causados por entidades sujetas a su fiscalización, las manifestaciones del ex Magistrado Dr. Antonio Grille en juicio referido al control de instituciones de intermediación financiera²⁸: “...sólo puede emerger responsabilidad cuando ha habido una relación directa e inmediata entre el comportamiento dañoso de la Administración y el perjuicio que se reclama, y que por ende, no puede surgir tal responsabilidad cuando ese comportamiento ha sido “condición” y no “causa” del perjuicio.”

Ejemplificando su posición, más adelante expresaba el citado magistrado: “la función de contralorpuede ser categorizada como de “policía” económica” y en base a ello podríamos poner un ejemplo que a nuestro entender esclarecerá aún más la cuestión. Si alguien es víctima de una rapiña en una calle céntrica de nuestra ciudad, parece indiscutible que su perjuicio ha surgido en razón de que el rapiñero aprovechó una ocasión: la defección de la “policía de seguridad” que no custodiaba la zona para ejercer la función preventiva que tiene asignada. Pero parece también evidente que no por ello, la víctima de ese delito puede tener derecho a reclamar del Estado la indemnización del perjuicio sufrido, alegando que la “omisión” de la Policía ha sido la causa del mismo. Mutatis mutandi es lo que sucede con el caso en examen” .

c) Inexistencia de una noción del Estado como “garante” de los depósitos bancarios

Más recientemente el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. turno, en Sentencia No. 322/04 de 3 de noviembre de 2004²⁹, ha ratificado esta posición sosteniendo que “El fundamento de la ley No. 15.322 no radica en la noción de garantía del Estado sobre los depósitos de particulares en instituciones privadas como sostienen los accionados, pues la

²⁷ El artículo 38 de la Ley ° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por el artículo 11 de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008, establece que es competencia no privativa de la Superintendencia de Servicios Financieros “Dictar normas generales de prudencia, así como instrucciones particulares, tendientes a promover la estabilidad, solvencia, transparencia y el funcionamiento ordenado y competitivo de las entidades supervisadas y de los mercados en que actúan, así como para la protección de los consumidores de servicios financieros y la prevención y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.”

²⁸ Sentencia consentida No. 113 de 26.9.1973 Juzgado Nacional de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo, en autos “Ding de Mathias Irene y otros c/ B.C.U. y B.R.O.U.” Daños y Perjuicios Ficha ac/ 54/1969.

²⁹ Sentencia Dictada en autos caratulados “Banco Central del Uruguay C/Benhamou, Stephane y Dell Aqua, Sergio – Daños y Perjuicios, Reembolso” IUE 30-227/1996.

circunstancia de ser responsable de ejercer contralores no permite ampliar el concepto y considerar que aquél asuma una garantía patrimonial directa por los agentes privados”.³⁰

d) No configuración de responsabilidad por inversiones en el extranjero realizadas a través de bancos de plaza

En igual sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno en Sentencia No. 78 de 28 de junio de 1995³¹, confirmatoria de la primera instancia, desestimando la demanda incoada por depositantes de Hispanoamericana Casa Bancaria, donde con absoluta claridad, expresa entre otros conceptos en el Considerando II que “...el depósito en un banco extranjero...a través de otro Banco supone además una operación riesgosa que tenía además la contrapartida de que se obtenían intereses mayores. En estas condiciones es claro que nuestro Estado no estaba obligado a garantizar tales depósitos...”

e) Responsabilidad del inversor en productos financieros

La mayor o menor sofisticación del inversor como variable determinante de su responsabilidad por los riesgos asumidos, ha sido también una constante en la jurisprudencia especializada.

Como ejemplo, basta citar dos casos emblemáticos:

- La Sentencia No. 25/04 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno de 9-III-2004³²: “Indiscutiblemente, que los actores sabían lo que hacían al decidir sus inversiones.

Porque cuatro años recibiendo informes mensuales y tomando decisiones respecto a la próxima colocación, sin duda da versación suficiente en el tema, como para no tener que depender en forma exclusiva de lo que le puedan decir quienes reciben su decisión.

Máxime cuando, como en el caso, se trata de profesionales universitarios, sin duda capaces de comprender y valorar tanto la información recibida de BGV como la que recogían por sí mismos del medio.

Si bien resulta razonable atribuir cierto peso al comentario –o aun, consejo- que el funcionario de la demandada pueda verter sobre la cuestión, no lo es adjudicarle carácter definitorio cuando han transcurrido tantos años de operativa y se trata de personas lúcidas.

El solo hecho de haber resuelto, con el transcurso del tiempo, asumir mayores riesgos en la colocación a fin de recibir mayores réditos, está indicado que se trata de personas conocedoras de lo que hacían: y del riesgo a que se exponían.

³⁰ El artículo 42 del mismo Decreto Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por la Ley N° 16.327 del 11 de noviembre de 1992, establece que “El Estado no es responsable por cualquier incumplimiento en que puedan incurrir las instituciones financieras no estatales. Estas deberán advertir a sus clientes de tal circunstancia en los términos que reglamentará el Banco Central del Uruguay.”

³¹ Sentencia dictada en autos “ Germán Delgado y otros C/ Poder Ejecutivo (M.E.F.) y Banco Central del Uruguay”

³² Publicada en LJU, caso 15023, Tomo 131, año 2005.

Es obvio que toda inversión conlleva riesgo, incluso un plazo fijo en un Banco; porque aún existiendo un compromiso formal de una institución a devolver en determinada fecha la suma que recibe, el riesgo existe.

Resulta por ello razonable pensar que el portafolio de inversión con que se manejaban los actores distribuía sus fondos como medio de reducir, en parte, el riesgo que asumían –mayor o menor- en cada una de ellas. Pero aún así no obtenían la seguridad que hoy reclaman, en tanto conservaban la característica de su imprecisa evolución.

A la seguridad extrema sólo puede aspirar quien pague para tener su dinero custodiado (cofre fort), pero no quien cobra interés al entregarlo. Y menos aún si ellos son más altos que los comunes de plaza.

III. Dentro de este esquema, la imputación de los actores relativa a que fue el erróneo asesoramiento de la demandada lo que los llevó a invertir en una empresa que carecía a la fecha de capacidad de respuesta, no resulta de recibo.

Primero porque, de acuerdo a lo expuesto, de haber sido la caída de la empresa un hecho previsible –supuesto del que parten los actores para endilgar responsabilidad a la demandada-, ellos estaban capacitados para valorar por sí la conveniencia de continuar o no renovando su inversión. En consecuencia, no existía posibilidad de dependencia del erróneo asesoramiento en que fundan su pretensión indemnizatoria. . . .”

• En el mismo sentido, la Sentencia No. 3 de 7-II-2001 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno³³, expresa citando a BETTI: *“En sede de negocios jurídicos se trata, al decir de Betti, de las cargas de sagacidad y claridad, que perfilan la necesidad de una cierta y determinada forma de comportamiento a riesgo de soportar las consecuencias desfavorables de su actuar negligente. En las palabras del jurista: “para evitar luego que la eficacia del negocio se extienda más allá de los confines previstos incumbe a la parte un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía que el derecho le reconoce desde luego en su favor pero también a su propio riesgo. Es libre y desinhibido de actuar en el sentido de su propio beneficio según su criterio pero las consecuencias eventualmente perjudiciales o dañosas de un uso torpe de la iniciativa desarrolladas están solo a cargo de ellos”. Describiendo la carga de sagacidad dice que en el acto que da vida a un negocio jurídico incumbe a la parte “estar atenta a cuanto dice o hace además de conocer los términos y el significado de la declaración que emite y representarse exactamente la situación de hecho sobre cuya base se determina el negocio; le incumbe sobre todo una carga de claridad en el sentido de fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible en cuanto le interesa el valor vinculante al negocio que concluye. El negocio es un acto humano de importancia social fruto de consciente iniciativa y por tanto de libertad; es un acto cuyas consecuencias aún las onerosas debe el autor someterse en el mundo social y por tanto fuente de auto-responsabilidad” (Betti, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, edit. Combres S.L. Granada 2000, p. 103; Revista IUDAU, año 7, No. 20, ps. 69-70; Sentencias de la Sala 134/99 y 302/00)”.*

Luego de la crisis de 2002, la jurisprudencia recogió criterios similares al afirmar que *“. . . los actores [que reclamaban la responsabilidad del BCU por sus inversiones en valores*

³³ Publicada en ADCU T. XXXII, caso 1078

extranjeros] *asumieron el riesgo de colocar dinero fuera del país a cambio de obtener una mayor tasa de interés y su relación contractual fue entre el actor y la institución extranjera y por tanto no sujeta al contralor del BCU*³⁴

II.2.2. El tema de la confianza legítima y la estabilidad del sistema financiero

Una sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to Turno, del 3 de octubre de 2012³⁵, al rechazar una pretensión de amparo contra el Banco Central del Uruguay, expresó a nuestro juicio en forma muy ilustrativa el peso fundamental del valor “confianza” en la estabilidad del sistema financiero. Desestima la acción de amparo incoada por una administradora de grupos de ahorro previo contra el BCU, en la que se oponía a la prohibición dispuesta por éste de hacer publicidad en base a información descalificatoria de una empresa competidora, en los años subsiguientes a la crisis de 2002.

Al fundamentar su voto en la referida Sentencia, la Dra. Ana Maggi expresa que “. . . *La estabilidad del sistema financiero se basa en la confianza, razón por la cual, la continuación de la campaña publicitaria podría tener eventualmente consecuencias perjudiciales e imprevisibles cuya determinación excede la cognición sumaria del amparo.*”

“Pascale enseña que la crisis ha demostrado que uno de los principales bienes de la economía es la confianza. La economía y la psicología han demostrado ser complementarias para el estudio de las diferentes situaciones. Entre ellas se ha fallado que las decisiones económicas ya no las toma un ser humano con racionalidad perfecta sino seres humanos psicológicamente más complejos insertos en situaciones de incertidumbre que les comportan diferentes niveles de riesgo. En estas decisiones económicas influye la confianza que. . . procura reducir la percepción del riesgo.”

“Se observa la estrecha relación entre economía y confianza, pues la baja de esta última comienza con la irrupción de la crisis.”

“Las finanzas tienen un alto componente de confianza y esta última se había quebrado y no es fácil reconstruirla.”

“La confianza disminuye el riesgo en situaciones de incertidumbre emocional y financiera. (“la economía en tiempo de desconfianza” Pablo Pascale y Ricardo Pascale)”.

II.2.3. Caso de los cofre fort de Pando

Se multiplicaron las demandas contra el Banco Central del Uruguay formuladas por los titulares de cofre-fort en la sucursal Pando del ex Banco La Caja Obrera que resultaron violentados en un hecho delictivo que oportunamente cobró notoriedad, el día 28 de mayo de 2002. Se pretendió la responsabilidad del BCU *in vigilando*, así como por su condición de interventor y luego liquidador de dicho banco. Según surgió de la prueba diligenciada, los actores –clientes del banco- sostuvieron que en dichos cofre fort guardaron en esos días grandes cantidades de efectivo que retiraban de depósitos bancarios comunes, por temor a

³⁴ Sentencia N° 81/2006 de 28 de setiembre de 2006 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno

³⁵ Sentencia DFA-0009-100124/2012 sef-0009-199994/2012

medidas estatales de restricción de retiros de depósitos como se habían adoptado en Argentina.

Los reclamos contra el BCU fueron siendo rechazados por argumentos similares, entre los que cabe citar a modo de ejemplo la Sentencia N° 18/2007 de 28 de agosto de 2007:

“En cuanto a [la responsabilidad del BCU] por su calidad de liquidador del B.C.O., la misma fue asignada por Ley N° 17.613 de 27 /12/2002, disponiéndose la intervención sin suspensión de actividades el 21/06/2002 y su disolución y liquidación en sede administrativa el 31/12/2002, es decir luego de ocurrido el insuceso en la sucursal Pando, por lo que su legitimación queda descartada.”

“Con relación a su responsabilidad por hecho propio, como ya se señalara no es parte del contrato de locación de servicios respecto al Cofre Fort violentado, ni se demostró la existencia de ningún acto, hecho u omisión del B.C.U. que represente un nexo causal con el daño patrimonial alegado por los reclamantes.”

“En cuanto a la Seguridad y su control, a juicio del Oficio, la misma queda fuera del control, vigilancia y fiscalización respecto a las instituciones de intermediación financiera, siendo el tema de los sistemas de seguridad asunto del Ministerio del Interior, por lo que también se descarta la legitimación pasiva del B.C.U. al respecto.”

II.2.4. Eurobonos – compensación

Otra serie de juicios fue promovida contra el Banco Central del Uruguay por prestatarios de créditos otorgados y pendientes de pago a los bancos suspendidos o liquidados durante la crisis de 2002, que a su vez adquirieron obligaciones negociables emitidas por éstos (Eurobonos) en los años previos para su colocación en el mercado internacional. Obviamente, una vez que los referidos bancos fueron suspendidos, ingresaron en cesación de pagos respecto de dichos valores y en tal situación aquéllos prestatarios, que podían comprar los bonos a muy bajo precio en el mercado, pretendieron mediante estas demandas compensar ambas obligaciones (eurobonos contra créditos otorgados por el banco liquidado) fuera de la “moneda de quiebra” de los bancos suspendidos o liquidados.

La jurisprudencia rechazó unánimemente estos reclamos. El artículo 20 de la Ley N° 17.613 de 27 de diciembre de 2002 estableció que la suspensión de actividades de las instituciones bancarias determinaba la suspensión de la exigibilidad de todas sus obligaciones mientras durara la medida. En consecuencia, los tribunales desestimaron la referida pretensión de compensación, entendiendo que no se daba la nota de “exigibilidad”

³⁶ En cuanto al argumento concreto de Derecho Positivo, expresó la sentencia: *“En efecto, el art. 20 de la Ley No. 17.613 declaró que la suspensión de actividades de las entidades de intermediación financiera comprendidas en el art. 1 del Decreto-Ley No. 15.322 ‘... tendrá por efecto la suspensión de la exigibilidad de todos los créditos contra la entidad suspendida por todo el plazo de duración de esta medida...’; y como la accionante devino titular de los créditos que pretende compensar cuando ya estaba vigente la suspensión de actividades del Banco de Montevideo, en la medida que la referida falta de exigibilidad rigió—según declaró la Ley— por todo el plazo de duración de la medida de suspensión de actividades (esto es, desde el 29/7/2002 hasta que se dispuso la liquidación el 31/12/2002), el crédito de la actora no se tornó exigible y por ende no procede la compensación pretendida, conforme a lo dispuesto por el art. 977 inc. 3 del C. Comercio.”*

requerida por el Código Civil para que resultara compensable la obligación negociable – emitida por el banco luego suspendido- con las deudas de sus tenedores con el mismo banco.

Se expidió al respecto la Suprema Corte de Justicia en múltiples sentencias, entre las que mencionamos la N° 23 de 198 de febrero de 2014:

“En consecuencia, partiendo como lo hizo la Sala, del contexto histórico en que se sucedieron los hechos, la magnitud y naturaleza de la crisis económico-financiera que afectó al país y al entorno regional y los cometidos de política financiera que dan fundamento a las facultades de contralor e intervención asignadas al Banco Central del Uruguay, no se advierte que la conducta de la entidad pueda vincularse causalmente con los daños cuyo sufrimiento invocó la recurrente. La omisión atribuida por los accionantes al B.C.U. no resulta ser la causa adecuada, es decir aquella condición a la que, conforme a parámetros de previsibilidad, abstractamente considerados, desde una perspectiva ‘ex ante’ y no ‘ex post facto’, corresponda atribuir, imputar, la verificación del evento y resultados dañosos invocados por la parte actora.”...³⁶

“Con criterio realista no puede desconocerse que el legislador reguló la situación de instituciones bancarias cuyas actividades habían sido suspendidas administrativamente en momentos en que se había desencadenado una grave crisis bancaria con hondas repercusiones en la economía nacional”...”el Banco Central había dispuesto la suspensión de la institución, lo que impedía que se procediera a restituir la suma pretendida. En definitiva, la Corporación considera que no puede imputársele falta de servicio al Banco Central del Uruguay.”

II.2.5. Responsabilidad como regulador y supervisor del sistema financiero frente a los clientes de las instituciones en crisis.

a) Fin debido: diferencia entre la estabilidad del sistema financiero y de las unidades de negocios que lo componen.

La jurisprudencia acogió una defensa del Banco Central basada en que su cometido refiere principalmente a la estabilidad del sistema financiero en general (artículo 3 de su Carta Orgánica) y cuando ello colide con la estabilidad de una institución supervisada en particular, debe primar aquella finalidad principal. En otras palabras, los “riesgos” que debe cubrir el BCU son fundamentalmente los sistémicos y no es su objetivo evitar la quiebra de las entidades consideradas individualmente, más allá de las normas prudenciales. Es más: puede suceder que la liquidación de una entidad o la liquidación de un área de sus negocios pueda tener efectos positivos o al menos mitigadores de la propagación de la crisis hacia el sistema. En tal caso, el regulador debe procurar que la liquidación se realice de la manera más ordenada posible y la entidad liquidadora (actualmente la COPAB) actuar durante dicho proceso con el fin de proteger el ahorro público por razones de interés general.

La creación del Comité de Estabilidad Financiera por Decreto N° 224/011 de 23 de junio de 2011, confirmó la relevancia de este cometido primordial al que considera un “bien público”, institucionalizando la coordinación entre los organismos involucrados (Ministerio de Economía y Finanzas, COPAB, Superintendencia de Servicios Financieros y Banco Central del Uruguay), que integran, según la parte expositiva del citado Decreto, una “red

de seguridad financiera” para la identificación y monitoreo sistemático de los riesgos a los cuales está expuesta la actividad financiera.³⁷

En primera instancia, la Sentencia N° 81/2006 de 28 de setiembre de 2006 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno, estableció al respecto que *“Las medidas que adoptó el BCU fueron tomadas con discrecionalidad y apreciando la oportunidad y conveniencia y sobre todo teniendo presente las repercusiones que pudiera tener una medida severa en el sistema financiero nacional, cuando en la región (Argentina) la situación era bastante peor.”*

En el año 2006, la Sentencia No. 234 de 11 de octubre de 2006, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, puntualizó el alcance de las responsabilidades sistémicas del supervisor financiero: *“Es obvio que la obligación de supervisión y contralor de la actividad bancaria del Banco Central del Uruguay no es una obligación de resultado sino una mera obligación de medios, y que por ende la mera caída de una institución financiera o de varias no implica por sí la responsabilidad del ente controlador.”... “...el apreciar la oportunidad (o falta de oportunidad) de la medida de suspensión de actividades del Banco Comercial puede ser fácil, una vez ocurridos los hechos, pero es claro que no es lo mismo cuando lo que se trata es de sanear la situación económico-financiera de un país.” “Acá se trata de determinar la eventual responsabilidad del Banco Central del Uruguay por sus acciones concretas respecto del Banco Comercial, su tempestividad o no, o si debieron tomarse otras medidas en lugar de las que se tomaron, de conformidad con el estado actual de la ciencia económica...o si debió razonablemente descubrir en tiempo –con la diligencia del buen supervisor medio- la maniobra fraudulenta que se estaba realizando. Pero para poder arribar a tal conclusión, la situación alegada debió ser objeto de contundente prueba pericial, realizada por un conjunto de especialistas reconocidos internacionalmente, y de variada orientación política, y no lo fue.”*

“La autoridad bancocentralista antes de la crisis bancaria no tenía por finalidad “evitar insolvencias” sino controlar el ajuste a las reglas que la misma dictaba tendientes a medir la liquidez y solvencia exigidas y las entidades estaban obligadas a suministrar a la autoridad de supervisión toda la información que la ley o las normas reglamentarias establecían, de modo que por ese medio se pudiera fiscalizar el cumplimiento de las reglas de liquidez y solvencia.”...

“Los bancos están expuestos a crisis. En la normativa anterior (a la Ley 17.613), exigir que el BCU se anticipara a la misma, obturándola o impidiéndola con medidas de diligencia no era lo debido por falta de una política en tal sentido ya que se creía que las crisis se resolvían atendiendo financieramente a las entidades, además de la falta de todos los medios legales y reglamentarios idóneos.”

La Sentencia N° 18/09 del Tribunal de Apelaciones de 6to. Turno expresó sobre el punto: *“asiste razón al B.C.U. al afirmar que su rol, su cometido competencial, se limita a un control del sistema, en general, pero no refiere a las unidades que lo componen (artículo 41 y 42 del Dec. Ley N° 15.322)....” y en definitiva, en opinión del Tribunal, lo cierto es que con las herramientas con las que contaba la autoridad bancocentralista en la época de la crisis bancaria no podía haber adoptado otras conductas...”*

³⁷ Considerando II del Decreto N° 224/011.

A su vez, las sentencias dictadas a propósito de la más reciente crisis de la cooperativa COFAC en juicios promovidos contra el BCU —entre otros demandados— por sus socios cooperativistas, volvieron sobre esta distinción entre el cometido de preservar la estabilidad del sistema. El caso es muy ilustrativo de este potencial conflicto entre la estabilidad del sistema y de cada entidad financiera, ya que la suerte de salida “concordataria” que se dio en el marco de la Ley N° 17.863 de 11 de marzo de 2005, buscó viabilizar de la manera menos perjudicial posible para sus ahorristas el “cierre” de la operativa de intermediación financiera, de modo que conjuntamente con la operativa del seguro de depósitos, se evitara la propagación de la crisis hacia el sistema financiero en general.

Como ejemplo de lo antedicho, basta citar la Sentencia N° SEF-0109-000061/2013 de 20 de setiembre de 2013: *“La plataforma fáctica desarrollada evidencia que no existió «falta de servicio» imputable al B.C.U sino que, dada la crisis financiera de COFAC, la demandada adoptó las medidas que racionalmente correspondían desde el punto de vista de un «idóneo observador razonable», en ejercicio de facultades discrecionales legalmente conferidas, para corregir la situación y evitar un daño integral del sistema financiero. Porque las medidas adoptadas y ya relacionadas, deben interpretarse en el marco de decisiones tendientes al mantenimiento de la solidez, solvencia y funcionamiento en forma del sistema financiero. En base a ello se entiende que no existió en la especie «falta de servicio» imputable al B.C.U que en conocimiento de la situación de inestabilidad del COFAC adoptó medidas adecuadas para evitar un perjuicio generalizado en el sistema financiero en aplicación de los principios de progresividad, ponderación y racionalidad. El ejercicio de la potestad administrativa discrecional del B.C.U a los efectos de cumplir sus fines de conformidad con los poderes jurídicos consagrados en el art. 4 de la ley 16.696, encuentra en la norma citada el fundamento de la amplitud de criterio para imponer en el momento oportuno las medidas que considere adecuadas ante una situación determinada.(...)”*

En el mismo sentido, la Sentencia del TAC 7° Turno N° 134 de 16 de agosto de 2012 expresó: *“Cabe recordar que al Estado no puede atribuirse el rol de garante de la actuación de cada una de las instituciones del sistema financiero y menos ser custodio de los clientes de un banco, puesto que el régimen de contralor no fue establecido en beneficio de los acreedores considerados particularmente, sino en protección del interés general de la economía y ahorro nacional (leyes 15.322, 16.327, 16.696, 17.613 a vía de ejemplo).”*

La sentencia N° SEF-0006-000119/2013, de 26 de junio de 2013 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, dictada en un proceso iniciado por depositantes de COFAC, estableció: *“... tal como esta Sala ha señalado en casos semejantes, la mera caída de una o de varias instituciones bancarias o financieras no implica, por sí, la responsabilidad del Ente controlador (sent. N° 147/2008, entre otras). En el caso, se probó que el Banco Central venía “monitoreando” a COFAC desde el año 2002, tal como surge de los medios de prueba diligenciados. Como se ha tenido oportunidad de sostener antes de ahora (sentencias Nos. 244/07 y 147/08), el Estado no es responsable por las vicisitudes o los incumplimientos en que los Bancos privados puedan llegar a incurrir por su mala gestión. Y es que no puede atribuirse al Estado el rol de garante de la actuación de cada una de las instituciones del sistema financiero en general ni, mucho menos, de asistente, asesor o custodio de los clientes de un Banco. El régimen jurídico de contralor del sistema financiero no fue establecido en beneficio de los acreedores particularmente considerados,*

sino en protección del interés general de la economía y del ahorro nacional. Sus cometidos se orientan a preservar la estabilidad del sistema financiero, pero no pueden asegurar que las colocaciones individuales estén exentas de riesgos. Cabe recordar la vigencia del art. 42 del Decreto-Ley N° 15.332 que postula la inexistencia de responsabilidad del Estado por “cualquier incumplimiento en que puedan incurrir las instituciones financieras no estatales (cf. sentencia 293/06 del TCA). Tampoco puede responsabilizarse al Banco Central por haber aprobado el convenio colectivo, desde que, como ya se estableció, este se celebró con absoluto apego a las pautas establecidas en la Ley N° 17.863 (cf. sentencia N° 76/10). Entonces, en la formulación del recurso de que a COFAC le cabe la misma responsabilidad que al BCU, fs. 2681 y vto., que significó el abandono del fundamento original de las pretensiones deducidas, no existiendo mérito para su condena tampoco lo hay para la de COFAC”.

b) Límites jurídicos de la discrecionalidad

Las medidas adoptadas por el Banco Central con respecto a las instituciones del sistema financiero que caían en crisis (supervisión intensiva, intervención sin y con remoción de autoridades, suspensión de actividades, liquidación) también estuvieron sujetas a la revisión del pronunciamiento jurisdiccional.

Claramente, el mérito y la oportunidad de la adopción de las medidas no se encuentran reglados en las normas generales y corresponden por tanto al actuar discrecional de la Administración. No obstante, tal actuar discrecional no se sustrae por completo al control jurisdiccional. Al decir de CAJARVILLE, éste debe actuar conforme a los límites jurídicos de la discrecionalidad, normas de razonable adecuación entre el fin debido y el contenido del acto administrativo o el actuar de la Administración. En caso de no existir ajuste entre ambos extremos la conducta de la Administración podrá resultar ilegítima por desviación, abuso o exceso de poder³⁸.

Pero en cuanto al mérito y oportunidad estrictamente, la jurisprudencia ha sostenido que no le cabe competencia material en su revisión. Resulta de una claridad meridiana, en ese sentido, el comentario del Dr. CASSINELLI MUÑOZ a propósito de la Sentencia No. 65 del TCA del 25 de mayo de 1964³⁹. Sostuvo allí que “*En Uruguay, no existe la jurisdicción de mérito*”. Si la sentencia se fundara en razones de buena administración o mérito y no de Derecho, la actividad del juez “*bien puede calificarse de actividad materialmente administrativa.*” “*La sentencia que confirmara, corrigiera o extinguiera, por razones de mérito, un acto administrativo legítimo, sería una anomalía difícil de justificar en teoría e imposible de conciliar con el orden jurídico uruguayo. Podría justificarse si el órgano jurisdiccional tuviera mejor preparación como buen administrador que el órgano administrativo autor del acto impugnado; pero en tal caso ¿por qué no hacer de aquél un jerarca o contralor administrativo de éste, en lugar de tenerlo por juez? La autoridad de cosa juzgada de tales sentencias de mérito, en efecto, ataría o paralizaría el movimiento ordinario de la actividad administrativa.*”⁴⁰

³⁸ CAJARVILLE, Juan Pablo, “*Invalidez de los actos administrativos en la Ley 15.524. Desviación, abuso y exceso de poder, o violación de una regla de Derecho*”. Ed. Universidad, Montevideo, 1984.

³⁹ Publicada en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 65, págs. 219 y ss.

⁴⁰ Si bien esta afirmación del connotado jurista corresponde a la década del '60 y al día de hoy podría merecer una relectura a la luz del avance jurisprudencial sobre el concepto de “buena administración”

En tal sentido, la justicia desistió de ingresar en el juicio de mérito respecto de las medidas administrativas adoptadas (o dejadas de adoptar) por el Banco Central del Uruguay durante la crisis que llevó a la liquidación del Banco de Montevideo (instrucciones particulares, supervisión intensiva, intervención, etc.). Al respecto, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno en Sentencia N° 155/09 de 31 de julio de 2009 expresó: “...en la medida que no se viole una regla de derecho y se respeten los límites jurídicos de las potestades discrecionales (entre ellos la legalidad y proporcionalidad), el mérito de las medidas adoptadas por el Banco Central debe ser evaluado por éste y no corresponde trasladarlo a la órbita jurisdiccional.”...”El BCU fue adoptando una serie de medidas a lo largo de la crisis bancaria con los elementos de que disponía en ese entonces y según su apreciación técnica, donde el tema medular se suscita cuando, ante las dificultades presentadas por las instituciones en cuestión, debió inicialmente asistirlos, luego suspender sus actividades hasta llegar a la liquidación.”...” En todo caso, los eventuales errores (no probados en forma fehaciente), hubieran constituido una de las condiciones que habilitó la o las maniobras fraudulentas realizadas por propietarios y directores de los bancos (de propiedad y gestión privada), que fue lo que realmente pudo o perjudicó a los actores, y no la causa eficiente directa de los perjuicios que alegan...”

Este criterio de “razonabilidad” que legitima la actuación administrativa discrecional estuvo presente en sentencia 42/2006 dictada por el Juzgado Letrado de 1era. Instancia de 2° Turno (ficha 2-7993/2004), que descartó la responsabilidad del BCU por entender que “no aparece en modo alguno, atención a los hechos probados, que la actuación bancocentralista ora haya pecado de omisa ora se haya excedido en el cumplimiento de su función generando la crisis financiera y particularmente la de Banco de Montevideo S.A. En cuanto a las omisiones o negligencias que se le atribuyen en la demanda, aludiendo a manifestaciones aisladas y tomadas fuera de contexto que se transcriben, cabe puntualizar que de acuerdo con la normativa en el momento vigente, la operativa desarrollada por el demandante es lícita e igual lo que se asesoren a esos efectos con representantes de la misma y concreten su operación mediante una institución de intermediación financiera (...) la actuación banconcentralista aparece como razonable y criteriosa en un contexto generado en la región a causa de la crisis eclosionada en la República Argentina a raíz de las medidas adoptadas por el Ministerio de Economía (...) Ellas en lo que a nuestro país atañen determinan por la pérdida de acceso a sus fondos que recurran los ahorristas argentinos a aquellos depositados aquí generando por consecuencia que los depósitos en moneda extranjera que al 31.12.2001 ascendían a 14285 millones de dólares americanos a fines de julio del año 2002 descendieron a 8.456 millones (...) se advierte en la actuación del organismo un adecuar y acompañar las medidas de vigilancia y contralor de acuerdo con la evolución de la situación en el Banco de Montevideo(...) Ni siquiera se presenta por la demanda otra actitud como debida a la desarrollada en la oportunidad por el Banco Central del Uruguay; técnicamente no se manejan otras soluciones que las arbitradas y demuestra lo dificultoso de la toma de decisión las disímiles posturas que manejan los

y su vinculación a los derechos ciudadanos respecto de la Administración o gestión estatal, igualmente resulta vigente, a nuestro entender, en tanto refiere a un pronunciamiento conceptual sobre la distinción entre la función administrativa y jurisdiccional, y la existencia de límites (que pueden ser objeto de interpretaciones evolutivas por parte de la jurisprudencia) sobre la valoración de esta última sobre el mérito de aquella.

restantes codemandados y el propio actor (...)En definitiva, no puede equipararse el cometido de esta institución a un seguro de depósitos de los ahorristas, lo que pueden esperar es un comportamiento razonable que atienda a las múltiples complejidades de la actividad financiera, que a no dudar clara incidencia recibe de las resoluciones políticas que el Poder Ejecutivo de la época adoptó. Razonabilidad que el Banco Central del Uruguay tuvo en el manejo de la situación...”

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno en Sentencia N° 181/2008 de 30 de julio de 2008, expresó al respecto que: “[el Tribunal]... *ha considerado la función de supervisión y control del sistema financiero como típicamente bancocentralista que, por su naturaleza es ejercida con un rango de alta especialización técnica y en forma discrecional (art. 3 de la ley 16.696, Orgánica de la Institución), y por tanto –sin que suponga ausencia de límites jurídicos para la actuación- eso implica que la oportunidad y conveniencia de la misma deben ser apreciados por el órgano competente. De modo que, en la medida que no se viole una regla de derecho y se respeten los límites jurídicos de las potestades discrecionales (entre ellos la legalidad y proporcionalidad), el mérito de las medidas adoptada por el Banco Central debe ser evaluado por éste y no corresponde trasladarlo a la órbita jurisdiccional.”*

La Suprema Corte de Justicia también fue cauta al distinguir el ámbito de jurisdicción de su actuación, excluyendo las valoraciones de mérito en tanto resulten de un complejo proceso técnico de valoración por parte del órgano Administrativo cuestionado. En Sentencia N° 846 de 20 de setiembre de 2010 expresó al respecto que *”la complejidad de la situación, la necesidad de preservar la estabilidad de la plaza financiera en el momento histórico en que las medidas discrecionales de contralor son tomadas, imponen al órgano jurisdiccional un criterio de prudencia y mesura (self restraint) a la hora de calificar, tiempo después, no la conveniencia o acierto de las medidas preventivas o represivas adoptadas, sino su jurisdicción, máxime si se tiene en cuenta que las alegadas omisiones -genéricamente expuestas- no exhiben, ni por asomo, los rasgos de claridad, contundencia u ostensibilidad que tornen fundada la responsabilidad imputada al ente demandado.”*[el Banco Central del Uruguay]. *«En consecuencia, partiendo como lo hizo la Sala, del contexto histórico en que se sucedieron los hechos, la magnitud y naturaleza de la crisis económico-financiera que afectó al país y al entorno regional y los cometidos de política financiera que dan fundamento a las facultades de contralor e intervención asignadas al Banco Central del Uruguay, no se advierte que la conducta de la entidad pueda vincularse causalmente con los daños cuyo sufrimiento invocó la recurrente.”*

La ya citada jurisprudencia generada a raíz del más reciente caso COFAC, concretamente sobre los reclamos de los cooperativistas que se vieron obligados a capitalizar una parte de sus depósitos en el marco de la Ley especial N° 17.863 de 11 de marzo de 2005, ingresa en el alcance de la responsabilidad del Estado regulador del sistema financiero, en el ejercicio de sus potestades discrecionales. A modo de ejemplo, la Sentencia SEF-0109-000061/2013 de 20 de setiembre de 2013, expresó con claridad: *“...en la medida que no se viole una regla de derecho y se respeten los límites jurídicos de las potestades discrecionales (entre ellos la legalidad y proporcionalidad), el mérito de las medidas adoptadas por el Banco Central debe ser evaluado por éste y no corresponde trasladarlo a la órbita jurisdiccional (sent. 312/07)...el Banco Central adoptó decisiones a medida que se precipitaban los acontecimientos, acompasándolos, sin poder soslayarse a la hora de*

valorar su actuación, que las mismas debieron tomarse en momentos de grave situación de la economía nacional y por ende, cualquier medida a disponer debe serlo en forma cuidadosa, contemplando la crisis de liquidez o insolvencia que, acontecimientos como los sucedidos en la época relevante, aparejan a todo el sistema financiero nacional...la actividad desplegada por el BCU en la especie no aparece como omisiva o tardía...sino por el contrario, ajustada a la particular y excepcional gravedad de la situación que atravesaba el ámbito financiero nacional y también el internacional, con clara incidencia en el primero...» (T.A.C 7o turno en sentencia 129/2009).»

En el mismo sentido, se pronunció la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno N° 134 de 16 de agosto de 2012: *“Con relación al BCU se señaló que “no se probó que en su gestión de contralor se hubiera sido omiso o negligente. Por el contrario se demostró que se venía “monitoreando” a COFAC ya desde 2002”...”Más aún es la propia COFAC quien en nota del 4/3/2005 pone en conocimiento del BCU como venían fracasando los intentos por lograr una capitalización de la entidad (fs. 1077) ante lo cual suspende preventivamente en forma urgente y por primera vez sus actividades. Paulatinamente fue luego ejerciendo cada vez más ingerencia (observaciones y recomendaciones hasta culminar en la intervención (testigos referidos) todo en el marco de discrecionalidad técnica que le corresponde como autoridad bancocentralista.”*

c) Nexo causal

En cuanto a existencia de nexo causal entre el daño sufrido por los damnificados por la crisis financiera de 2002 y la actividad del supervisor -aún en caso de haberse comprobado alguna omisión por parte de éste-, la jurisprudencia de los Tribunal de Apelaciones y de la Suprema Corte de Justicia fueron desestimatorias. Esta perspectiva del nexo causal resultó clave, ya que en definitiva se trató –a nuestro juicio- del principal fundamento para el rechazo por el máximo órgano jurisdiccional de las acciones contra el BCU. Como ejemplo, cabe citar:

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, Sentencia No. 34 del 28 de febrero de 2007: rechaza una demanda de responsabilidad de un inversionista en TCB Cayman a través de Banco de Montevideo, revocando la sentencia de 1era. Instancia que condenara al Banco Central, sosteniendo que aún si se comprobara (cosa que no sucedió en dicho proceso) la existencia de omisiones por parte del BCU en el contralor, no se advierte la existencia de nexo causal entre las mismas y el daño sufrido por el actor. Expresa textualmente, luego de enumerar los requisitos que deben verificarse para que el Estado sea responsable de acuerdo al artículo 24 de la Constitución (entre los cuales enumera el nexo causal), que: *“...en la situación planteada no se advierte que se haya operado el nexo causal entre el actuar de la Administración y el perjuicio sufrido, o sea no se advierte la necesaria relación causa-efecto entre uno y otro.”...”Los eventuales errores de contralor (no admitidos formalmente por el Banco Central del Uruguay ni probados pericialmente) en el mejor de los casos hubieran sido una de las condiciones que permitió la maniobra fraudulenta realizada por los propietarios y directores del banco (de propiedad y gestión privada), que es la que perjudicó a la actora, y no la causa eficiente directa de los perjuicios que alega.”...”La autoridad bancocentralista antes de la crisis bancaria no tenía por finalidad “evitar insolvencias” sino controlar el ajuste a las reglas que la misma dictaba tendientes a medir la liquidez y solvencias exigidas y las entidades estaban obligadas a*

suministra a la autoridad de supervisión toda la información que la ley o las normas reglamentarias establecían, de modo que por ese medio se pudiera fiscalizar el cumplimiento de las reglas de liquidez y solvencia.”

La Suprema Corte de Justicia se pronunció finalmente en forma contundente con relación al alcance de los cometidos bancocentralistas de contralor del sistema financiero y como consecuencia, la ausencia de nexo causal entre el daño reclamado por un cliente damnificado y la conducta del regulador. Pese a que la transcripción es extensa, entendemos ilustrativo remitirnos al tenor textual de la Sentencia N° 846 de 20 de setiembre de 2010: *“con relación al cumplimiento por parte del Banco Central de la normativa vigente regulatoria del control de las instituciones bancarias y de intermediación financiera, la Corte, en la sentencia N° 648/2008, ha arribado a una serie de conclusiones, que, aunque referidas a la operativa del Banco Comercial, son extensibles -en lo pertinente- al presente caso. En tal sentido, la Corporación sostuvo: «...En la especie, la actora no acreditó la concordancia entre los fundamentos fácticos de su pretensión reparatoria y la realidad histórica en que se inserta, esto es, que la conducta omisiva del B.C.U. en su cometido de supervisar o controlar la gestión de las entidades de intermediación financiera, hubiera determinado causalmente -en forma adecuada y exclusiva- la pérdida del depósito que la accionante tenía en el Banco Comercial. «No se verifica falta de servicio con relevancia causal que virtualizara la responsabilidad del ente autónomo demandado, en la previsión del art. 24 de la Carta... «(...) Y es en el ámbito del nexo causal (quaestio juris) donde, como acertadamente lo resolviera el Tribunal de mérito, el progreso de la pretensión encuentra un escollo insalvable, según la mayoría concurrente a esta decisión. «En efecto, la causa del desastre financiero y la caída del Banco Comercial debe ubicarse en un complejo fáctico acumulativo que claramente no pudo ser evitado por el B.C.U. y es extraño por completo a sus potestades de prevención y evitación... «(...) Por otra parte, existieron factores concurrentes que desataron la grave crisis bancaria nacional respecto de las cuales el B.C.U. no tuvo participación alguna ni pudo razonablemente prevenirlas, esto es, el efecto reflejo de la crisis argentina, con la inmediata consecuencia del deterioro de los activos de los bancos uruguayos, y la inmediata ‘corrida’ bancaria del país. Determinada entre otros, por factores de orden eminentemente psicológicos imposibles de controlar desde la autoridad banco centralista. «Y el Estado uruguayo por sí y a través del B.C.U., tomó medidas precisas para tratar de evitar el desastre: capitalizó el banco con el aporte estatal, prestó asistencia financiera extraordinaria a la institución afectada, tomó medidas concretas de control, suspendió sus actividades, para finalmente ante su inevitabilidad, disponer la liquidación del banco. «Es claro que en el ejercicio discrecional de tales cometidos el banco central no puede entenderse extraño al control revisivo jurisdiccional, en la medida que la discrecionalidad de las potestades no autoriza su arbitrariedad. Pero de la misma manera, la complejidad de la situación, la necesidad de preservar la estabilidad de la plaza financiera en el momento histórico en que las medidas discrecionales de contralor son tomadas, imponen al órgano jurisdiccional un criterio de prudencia y mesura (self restraint) a la hora de calificar, tiempo después, no la conveniencia o acierto de las medidas preventivas o represivas adoptadas, sino su juridicidad, máxime si se tiene en cuenta que las alegadas omisiones -genéricamente expuestas- no exhiben, ni por asomo, los rasgos de claridad, contundencia u ostensibilidad que tornen fundada la responsabilidad imputada al ente demandado. «En consecuencia, partiendo como lo hizo la Sala, del contexto histórico en*

que se sucedieron los hechos, la magnitud y naturaleza de la crisis económico-financiera que afectó al país y al entorno regional y los cometidos de política financiera que dan fundamento a las facultades de contralor e intervención asignadas al Banco Central del Uruguay, no se advierte que la conducta de la entidad pueda vincularse causalmente con los daños cuyo sufrimiento invocó la recurrente. La omisión atribuida por los accionantes al B.C.U. no resulta ser la causa adecuada, es decir aquella condición a la que, conforme a parámetros de previsibilidad, abstractamente considerados, desde una perspectiva 'ex ante' y no 'ex post facto', corresponda atribuir, imputar, la verificación del evento y resultados dañosos invocados por la parte actora"⁴¹ ... "Ciertamente, el Banco Central tiene el deber de vigilar y custodiar el sistema bancario como centinela alerta, activo y diligente. Pero el extremo rigor con que la parte actora evalúa el cumplimiento por el ente estatal de sus cometidos de contralor del sistema bancario y de intermediación financiera lo transformaría, en los hechos, en una entidad garante de la restitución de los depósitos efectuados en las instituciones bancarias nacionales, tesis que, a juicio de la Suprema Corte, no resulta compatible (cf. sentencia No. 869/2008)".

Finalmente, cabe anotar que esta posición de la Suprema Corte de Justicia –referida a la materia bancocentralista- resulta consistente con su anterior jurisprudencia vinculada al nexo causal como factor determinante de la configuración de responsabilidad estatal. A modo de ejemplo, cabe citar un pronunciamiento del año 2002, que si bien refiere a una circunstancia de hecho completamente diferente –la eventual responsabilidad del Estado por el delito cometido por un recluso en salida transitoria- también descarta dicha responsabilidad en atención a la ausencia de una causa eficiente del hecho dañoso en la conducta estatal. En Sentencia N° 440 de 13 de octubre de 2002 (caso 14.191 de LJU) sostuvo la SCJ que «cualquiera sea el enfoque sobre el art. 24 de la Constitución (si la responsabilidad del Estado es subjetiva u objetiva) para la configuración de dicha responsabilidad es siempre necesario que exista un nexo causal adecuado entre el obrar estatal y el daño invocado por el demandante». Agrega nuestro máximo órgano jurisdiccional que «será causa aquella condición que produce «adecuadamente» un determinado efecto. Aquella que un hombre normal, razonable, el prototipo del «buen padre de familia», ha considerado como consecuencia natural de un cierto comportamiento. Esto es, la causa «eficiente», en el sentido de ser «el principio productivo del efecto, o la que hace o por quien se hace alguna cosa (Diccionario de la Lengua Española, voz causa eficiente, pág. 285) y que se puede prever como resultado común o propio de una acción...».

⁴¹ Con relación al análisis de las medidas concretas adoptadas por el BCU, expresa la SCJ en dicha sentencia: «En definitiva, como se sostuvo en la Sentencia N° 31/2010 cit., "... el Banco Central del Uruguay actuó en forma correcta, dictando instrucciones particulares destinadas a prevenir riesgos. Así, a partir de la comprobación del aumento de la exposición del Banco de Montevideo respecto del Grupo Velox el 25 de febrero de 2002, dispuso la supervisión intensiva de la institución bancaria; formuló observaciones en cuanto al incremento del crédito referido; ordenó (por D/110/02 del 7 de marzo de 2002) la adopción de medidas inmediatas para proceder a la recomposición de la situación patrimonial del Banco de Montevideo en el plazo de 90 días; por D/119/02 de 25 de abril de 2002, le otorgó un plazo al T.C.B. para que cancelara sus obligaciones con el Banco de Montevideo; requirió un aporte de capital de U\$S45.000.000 antes del 15 de mayo, y la constitución de garantías reales hipotecarias y prendarias para respaldar la deuda con el T.C.B.; el 9 de junio de 2002 designó un veedor con facultades de veto; actuaciones que derivaron, finalmente, en la intervención del Banco de Montevideo el 21 de junio de 2002 (cf. sentencias Nos. 731/2008, 869/2008, 275/2009 y 423/2009 ...)."

d) La supervisión como obligación de medios y no de resultado. Ausencia de garantía legal de depósitos (artículo 42 del DL 15.322).

El Juez Letrado en lo Civil de 17mo. Turno en Sent. No. 13/2007 de 8 de marzo de 2007, expresó en forma contundente que ha de verse en la actividad de contralor del BCU una *“actividad de Medio y no de Resultado porque no conjura totalmente las actividades de “mala Praxis Bancaria”, esta sí de total responsabilidad de los Bancos Privados, sino que tiende a encausar y restablecer la Normalidad si se puede de la Institución Bancaria Privada, intentando minimizar los problemas bancarios y los efectos colaterales. Es una actividad de Control (o de Contralor) pero no de Tutela o Dirección. El Monitoreo de la Actividad Bancaria, aunque sea permanente, se va dando sobre los Hechos que van sucediendo o pasando, y algunos aunque reversibles, pueden ocasionar perjuicios. Los “Cracks financieros”, como los Terremotos, pueden controlarse o preverse, pero no puede evitarse que sucedan o que no sean devastadores. En nuestro caso, las Crisis de cada Banco son Responsabilidad del Banco Privado que las provocó, no del Banco Central que lo quiere corregir o controlar”. Las inversiones, colocaciones y negocios bancarios son por definición, operaciones de Riesgo, se pretenda o no que haya habido información suficiente (arts. 6 Num. “C” y 12 y ss., 17, 20, 21, 32 de la Ley No. 17250). Los Bancos Centrales son pueden ni tienen por qué asumir las pérdidas o riesgos de los particulares. En cuanto a su función de Contralor sobre el Sistema Bancario, el Banco Central propicia la Estabilidad, pero no es la Garantía ni garantiza la total Estabilidad del Sistema Bancario.”*(Considerando VI).

La Sentencia No. 13 de 28 de febrero de 2007 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, en caso análogo, se pronuncia en forma contundente en el mismo sentido: *“La obligación de supervisión y contralor de la actividad bancaria del Banco Central del Uruguay no es una obligación de resultado sino una mera obligación de medios, y que por ende la mera caída de una institución financiera o de varias no implica por sí la responsabilidad del ente controlador.”*

También en sentencias más antiguas, del año 1994, había entendido el Juzgado Letrado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno⁴², que *“debe descartarse que el Estado Uruguayo o el Banco Central del Uruguay deban garantizar la recuperación de los depósitos efectuados en instituciones bancarias o de intermediación financiera que operan en nuestro país...»* *«Son los agentes bancarios y de intermediación financiera - y no el Estado o el Banco Central uruguayo - quienes asumen directamente la responsabilidad ante sus depositantes y es a ellos exclusivamente que deben dirigirse las demandas judiciales fundadas en contratos de depósito bancario»*. En igual sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno en Sentencia No. 78 de 28 de junio de 1995 confirmatoria del expresado fallo. Allí, con absoluta claridad, expresa en otros conceptos en el Considerando II que *“...el depósito en un banco extranjero...a través de otro Banco supone además una operación riesgosa que tenía además la contrapartida de que se obtenían intereses mayores. En estas condiciones es claro que nuestro Estado no estaba obligado a garantizar tales depósitos...”*

Desde la perspectiva del Derecho Positivo, la jurisprudencia citó recurrentemente en este sentido el artículo 42 del Decreto-Ley N° 15.322, que dispone expresamente: *“Art. 42.*

⁴² Sentencia No. 84 de 17 de junio de 1994 (confirmada por el órgano de alzada).

El Estado no es responsable por cualquier incumplimiento en que puedan incurrir las instituciones financieras no estatales. Éstas deberán advertir a sus clientes de tal circunstancia en los términos que reglamentará el Banco Central del Uruguay.”

Tales el caso de la Sentencia N° 81/2006 de 28 de setiembre de 2006 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno expresó al respecto que *“El régimen jurídico se establece para la protección del interés general de la economía y del ahorro nacional y el régimen de los controles de los Bancos no supone un seguro que cubra los riesgos que los clientes de los bancos puedan correr en sus negocios bancarios y el Estado no respalda esos riesgos según el art. 42 de la ley 15.322”*.

Del mismo modo la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno N° SEF-0006-000119/2013 de 26 de junio de 2009, expresa con relación al supervisor: *“.. no puede atribuirse al Estado el rol de garante de la actuación de cada una de las instituciones del sistema financiero en general ni, mucho menos, de asistente, asesor o custodio de los clientes de un Banco.”.. “Sus cometidos se orientan a preservar la estabilidad del sistema financiero, pero no pueden asegurar que las colocaciones individuales estén exentas de riesgos. Cabe recordar la vigencia del art. 42 del Decreto-Ley N° 15.332 que postula la inexistencia de responsabilidad del Estado por “cualquier incumplimiento en que puedan incurrir las instituciones financieras no estatales” (cf. sentencia 293/06 del TCA).”*

La Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 486 de 20 de setiembre de 2010, dispuso que cabía descartar la función del Estado—en este caso a través del regulador sectorial Banco Central del Uruguay— de garante de cada una de las entidades que conforman el sistema financiero. Expresó al respecto que *“...el extremo rigor con que la parte actora evalúa el cumplimiento por el ente estatal de sus cometidos de contralor del sistema bancario y de intermediación financiera lo transformaría, en los hechos, en una entidad garante de la restitución de los depósitos efectuados en las instituciones bancarias nacionales, tesis que, a juicio de la Suprema Corte, no resulta compatible (cf. sentencia No. 869/2008)”*.

e) Diferencia entre gestión y supervisión

Esta distinción ya aparecía implícita en la citada Sentencia N° 78/95 del TAC 7° Turno, al señalar, con relación a la intervención de una casa bancaria, que los inversores acudieron a los administradores y en ellos confiaron, por lo que *“está fuera de lugar literalmente la afirmación de que tal plaza financiera, dotada de un sistema económico-administrativo jurídico especial, cuyo correcto funcionamiento a cargo del Estado, no puede considerarse un riesgo del particular sino una responsabilidad inexcusable del Estado...”*

La sentencia No. 234 de 11 de octubre de 2006, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, estableció al respecto que *“Los eventuales errores de contralor (no admitidos formalmente por el Banco Central del Uruguay ni probados pericialmente) en el mejor de los casos hubieran sido una de las condiciones que permitió la maniobra fraudulenta realizada por los propietarios y directores del banco (de propiedad y gestión privada), que es la que perjudicó a la actora, y no la causa eficiente directa de los perjuicios que alega.”*

En expresiones también aplicables a la distinción entre gestión y contralor bancario, la ya citada Sentencia N° 13/2007⁴³ del Juzgado Letrado en lo Civil de 17mo. Turno definió

⁴³ de 8 demarzo de 2007.

que la actividad de contralor del BCU es una “*actividad de Medio y no de Resultado porque no conjura totalmente las actividades de “mala Praxis Bancaria”, esta sí de total responsabilidad de los Bancos Privados, sino que tiende a encausar y restablecer la Normalidad si se puede de la Institución Bancaria Privada, intentando minimizar los problemas bancarios y los efectos colaterales. Es una actividad de Control (o de Contralor) pero no de Tutela o Dirección. El Monitoreo de la Actividad Bancaria, aunque sea permanente, se va dando sobre los Hechos que van sucediendo o pasando, y algunos aunque reversibles, pueden ocasionar perjuicios. Los “Cracks financieros”, como los Terremotos, pueden controlarse o preverse, pero no puede evitarse que sucedan o que no sean devastadores. En nuestro caso, las Crisis de cada Banco son Responsabilidad del Banco Privado que las provocó, no del Banco Central que lo quiere corregir o controlar”.*

En el mismo sentido se expidió años más tarde la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, N° SEF-0006-000119/2013 de 26 de junio de 2013, al señalar: “...Como se ha tenido oportunidad de sostener antes de ahora (sentencias Nos. 244/07 y 147/08), el Estado no es responsable por las vicisitudes o los incumplimientos en los que los Bancos privados puedan llegar a incurrir por su mala gestión.”

II.2.6. El caso COFAC

Como hemos dicho, la jurisprudencia generada a partir del caso COFAC ocurrido en el año 2005-2006, sentó también posición relevante en diversos aspectos generales relativos al alcance de la responsabilidad del supervisor bancario, de los cuales se han mencionado algunos en los capítulos anteriores.

Por ello, bastará con citar a continuación un par de fragmentos de la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno N° 1 de 17 de febrero de 2011 que resume diversas consideraciones de interés sobre el punto:

- a) Sobre el cuestionamiento de la constitucionalidad de la Ley especial N° 17.863⁴⁴, en cuanto debió inspirarse en razones sistémicas de interés general, más allá de la protección individual de los ahorristas: “*De los términos de la propia ley discusión parlamentaria surge claramente cuál era la finalidad que inspiró la ley y llevó a la categorización de los ahorristas: protección del interés general. La retención obligatoria de depósitos fue una medida realizada con fundamento legal inspirada en la emergencia económica que habilitó a intervenir en el contrato de depósito celebrado entre el banco y su cliente, prorrogando los plazos y modificando la moneda. Por emergencia económica debe entenderse un hecho externo temporalmente limitado que afecta aspectos esenciales de la organización del Estado creando una situación de peligro colectivo, que autoriza la adopción de medidas que afectan las garantías individuales (Cf. Lorenzetti, Ricardo “La emergencia económica y los contratos, págs. 78 y ss.) tal fue lo que ocurrió en el caso de COFAC. En estos casos a fin de superar una crisis de entidad como la que afectó a la cooperativa se habilita la solución legal con el fin de garantizar la estabilidad social (Alterini, Juan Martín “Aproxima-*

⁴⁴ La cuestión de constitucionalidad de la Ley N° 17.863 fue planteada ante la Suprema Corte de Justicia, que desestimó dicha pretensión en diversas sentencias, entre ellas la N° 81 de 22 de abril de 2008.

ciones al derecho de crisis. Poder de la policía financiera”, en Revista Crítica de Derecho Privado N° 3, 2006, pág. 129).”

- b) Con relación a la responsabilidad del supervisor en el ejercicio de su potestad discrecional: “. . . no se probó ninguna omisión o negligencia del BCU, sabido es que la obligación de dicha institución es de medios y no de resultados, por tanto no alcanza con constatar la caída financiera de una institución bancaria para atribuir la responsabilidad que se pretende. Por el contrario, la prueba diligenciada da cuenta que el BCU venía monitoreando a COFAC desde 2002 y que si no se llegaba al acuerdo que cuestiona la actora la cooperativa hubiera cerrado y se procedía a su liquidación (testimonios fs. 1506/1537). También resulta probado que se requirió que COFAC presentara otra solución para mitigar la caída financiera, todo lo cual culminó a la postre con la intervención de la cooperativa. También resulta probado que el BCU siguió de cerca la situación patrimonial de COFAC así como la tuvo en forma permanente bajo supervisión estricta. Entiende el Tribunal que la respuesta del BCU no fue tardía, como se alega sino que el BCU estuvo atento a la situación de COFAC desde su problema patrimonial en 1998, agudizado por el retiro de depósitos del año 2002. La entidad banco centralista realizó todo lo posible para que la cooperativa readecuara su patrimonio, tomándose como última medida la suspensión de actividades y posterior intervención con desplazamiento de autoridades cuando ya se vio que la situación había escapado de las manos de los directivos de COFAC.”

II.2.6. Responsabilidad por el tipo de cambio.

A raíz de las variaciones en el tipo de cambio de moneda extranjera operados durante el año 2002, se instauraron diversas acciones contra el Estado - Ministerio de Economía y el Banco Central del Uruguay, por parte de tomadores de préstamos en moneda extranjera que vieron acrecentado el monto nominal de su deuda en moneda nacional en virtud de la variación en el tipo de cambio.

En este caso la pretensión de responsabilizar al BCU se vincula con la otra finalidad establecida en el artículo 3 de su Carta Orgánica⁴⁵: “La estabilidad de precios que contribuya con los objetivos de crecimiento y empleo.”

Las demandas fueron desestimadas y a modo de ejemplo, cabe citar la extensa pero ilustrativa (por la claridad de su exposición y fundamentos) Sentencia N° 272/12 de 16 de octubre de 2012 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno:

“Alega la parte actora que la parte demandada por actos y hechos ejecutados en ejercicio de la función administrativa que le es inherente a la competencia legalmente atribuida, modificó la política cambiaria que imperaba desde hacía 12 años aproximadamente en nuestra República, mediante las siguientes decisiones: ensanchar la banda de flotación –de 7 de enero de 2002-; aumentar el ritmo devaluatorio- de 19 de junio de 2001; y la posterior de culminar el proceso de transición hacia un régimen cambiario totalmente

⁴⁵ Artículo 3 de la Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por el artículo 1 de la Ley N° 18.401 de 24 de agosto de 2016.

flexible, disponiendo la libre flotación del peso uruguayo- de 20 de junio de 2002. Tales decisiones ocasionaron a los accionantes los daños y perjuicios que especifica, resumida en que “se volvió mas gravosa la situación de cada uno de los actores para afrontar las obligaciones asumidas”, explicitando que en términos generales, el daño irrogado es el siguiente: “diferencia en valor existente entre la cotización del dólar americano interbancario vendedor correspondiente al 31 de diciembre de 2001, anterior al ensanchamiento de la banda de flotación, con el ritmo devaluatorio del 0.6% mensual, correspondiente al momento anterior a la modificación del aumento del ritmo devaluatorio (19 de junio de 2001) y la cotización de dicha moneda (interbancario vendedor) correspondiente a la fecha de exigibilidad de la última de las cuotas correspondientes al préstamo contraído con la institución prestataria. Tal diferencia en pesos uruguayos por cada dólar americano pendiente de cancelación a la fecha de promoción de esta demanda, en relación al monto total de adeudo, será la pretensión de condena que se impetra”...

“No son de recibo los agravios formulados. En primer término, respecto a la ausencia de legitimación causal pasiva del BCU, emerge del recaudo obrante a fs.180 (comunicado aludido por el apelante), que se trató claramente de una decisión de “el Gobierno”. No es el BCU el que determina la política económica, ni en el marco de la misma la política cambiaria. La conducción de la política económica es un cometido que corresponde ejercer al Poder Ejecutivo conforme a las normas constitucionales (art.50 de la Carta) y legales (Ley 16.696 vigente a la fecha en que se constituyeron los préstamos aludidos por los demandantes). Como expresa el Dr.Carlos Delpiazzo “. . desde el punto de vista orgánico, parece claro que el cometido esencial de la conducción de la economía, concretado en la fijación de las respectivas políticas, corresponde a los órganos ejecutivos o gubernamentales de cada país. . .(Cf. “El Banco Central del Uruguay”, p.6). Y agrega que, mientras el BCU actúa “. . en función del interés público, como instrumento de la política general del Estado (. .) siendo a la vez instrumento y una fuerza. Como instrumento, es el medio utilizado por el Estado para llevar a cabo su política financiera nacional y como fuerza, dispone de los recursos necesarios para lograr los fines de esa política (. .) La conducción de la economía está a cargo del Poder Ejecutivo”...

“Resulta claro entonces que, la dirección de la economía está a cargo del Poder Ejecutivo, por intermedio del MEF, al que compete la conducción de la política nacional en materia económica y financiera y del comercio, así como la coordinación y contralor de la planificación económica y su ejecución (D Nro.574/74).

“No resulta de recibo entonces, partir de la existencia de un “cambio reglado”, desconociendo que en nuestro país no existe una política de cambios fijos, siendo el libre juego de la oferta y la demanda el que determina el precio de la moneda extranjera (art.1 Ley 12.670). Finalmente, en punto al tercer agravio no comparte la Sala que la decisión de política monetaria que determinó la libre flotación del dólar fuera imprevisible. En el marco de una economía liberal, la modificación de la cotización de la moneda extranjera, es previsible y la devaluación del signo monetario en nuestro país también es un hecho razonablemente previsible. No existía en nuestro país en el período considerado en obrados, una política de cambios fijos, sino -como se ha dicho precedentemente- un régimen de tipo de cambio flexible, regulado por la oferta y la demanda. Entonces, no puede considerarse ilegítimo ni el ensanchamiento de la banda de flotación (7.1.2002), ni

el aumento del ritmo devaluatorio (19.6.2002) que culminaron con un proceso de transición hacia un régimen cambiario totalmente flexible (20.6.2002)”...-

“Tampoco puede considerarse que las decisiones referidas fueran la causa determinante del daño alegado por los accionantes. Por el contrario, los actores asumieron el riesgo de contratar en dólares con la institución bancaria que refieren. En tal caso, pactado un precio que depende de las variaciones de una moneda extranjera, el contrato se vuelve aleatorio en tanto las ventajas o pérdidas para ambas partes o una de ellas, depende de un acontecimiento incierto (valor de la divisa al momento de pago). Así como no cabe invocar la excesiva onerosidad para pretender revisar el contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión -que no es el caso, pero si lo fuera no sería de recibo porque la onerosidad no se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato- tampoco puede sostenerse que la fluctuación de la moneda o el cambio de la pauta devaluatoria como instrumento, se trate de un hecho extraordinario e imprevisible, por lo que la ausencia de nexo causal es patente. Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia en sentencia Nro.196 del 30/9/1985: “. . . nuestro país, como todos aquellos de economía dependiente, tiene una larga tradición de inestabilidad monetaria, que incluye reiteradas devaluaciones de gran magnitud (. . .) basta señalar que en noviembre de 1967 se efectuó una devaluación del tipo de cambio oficial que pasó de 99 a 200 pesos por dólar, en abril de 1968 el dólar se llevó a \$250; tras un período de relativa estabilidad en diciembre de 1972 el financiero alcanza a \$861.68 en diciembre de 1973 (. . .), en diciembre de 1974 a \$ 2186,84 (. . .) y al abandonarse el sistema de fijación administrativa en noviembre de 1982 el dólar pasa de N\$ 13.12 a N\$ 28.51 promedial en diciembre en régimen de fluctuación libre . . .” Y más adelante expresa “. . . en la previsión razonable del hombre común la continuidad de la política económica del gobierno no puede asumirse como un hecho definitivo e irreversible (. . .) si la devaluación del signo monetario en nuestro país debe estimarse como un hecho razonablemente previsible, la estipulación en el contrato de ejecución diferida o continuada por períodos extensos de prestaciones periódicas expresadas por su valor nominal en moneda extranjera, implica la asunción de un riesgo, la introducción de un alea, que sin enervar la conmutabilidad del vínculo contractual excluye la aplicabilidad del instituto de la imprevisión para alterar los términos del contrato en función de la excesiva onerosidad superviniente. Y aún así, si la parte perjudicada por el cambio de política económica alegare su absoluta confianza en el programa gubernamental como motivo determinante de la concreción del negocio en moneda extranjera, tal móvil psicológico carece de relevancia causal, al ubicarse en el plano de la motivación subjetiva extraña a la noción legal de “causa inmediata” (art.1261 del C.C.) como requisito de perfeccionamiento del contrato (. . .)” (Cf. LJU T.XC c.10290). V. La conducta procesal de las partes, no amerita especial condenación en el grado (art.688 C.Civil y art.261 C.G.P.).“

II.2.7. Acciones de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Varios ex directores de un banco liquidado a raíz de la crisis de 2002, fueron sumariados y sancionados por el Banco Central, con inhabilitación por 10 años para desempeñar cargos de personal superior de bancos, en base a la potestad disciplinaria establecida en el artículo 23 del Decreto-Ley N° 15.322.

Impugnadas estas sanciones en vía administrativa, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo las confirmó en Sentencia N° 319 de 20 de mayo de 2010 –entre otras-, estableciendo respecto de la responsabilidad del BCU que: “. . . *la sanción de inhabilitación impuesta por las resoluciones que se procesan, se dictaron en el ejercicio legítimo de la potestad sancionatoria que le asiste al Banco Central del Uruguay, en tanto máxima Autoridad en el contralor de la actividad de intermediación financiera (Decreto-Ley 15.322)*” *resulta de absoluto rechazo, la pretendida exoneración de responsabilidad, invocando la crisis financiera y la responsabilidad que le pudo haber cabido al Banco Central, al decretar la intervención de los bancos involucrados. Y ello porque las imputaciones que el Banco Central del Uruguay le realiza a los hermanos Peirano, son concretas y están enumeradas en las propias resoluciones sancionatorias que éstos resisten; se trata concretamente de múltiples acciones y omisiones, provenientes de conductas irregulares de los imputados. Por ende, las eventuales “causas exógenas” de la crisis financiera, no enervan la cuota de responsabilidad administrativa que les corresponde afrontar.*”

Otras múltiples demandas de nulidad de actos administrativos fueron interpuestas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por actos dictados por el Banco Central del Uruguay (verificación de créditos en la liquidación de bancos, medidas preventivas adoptadas respecto de las instituciones en crisis y su personal superior, etc.). En la medida que en tales casos no refieren directamente a la responsabilidad civil del Banco Central por su gestión de supervisor (son acciones de nulidad contra actos administrativos basados en su ilegitimidad), no se han incluido comentarios al su respecto en el presente trabajo. Tampoco se incluyen las acciones de amparo u otras pretensiones no vinculadas directamente a la responsabilidad civil del BCU.

III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

III.1. El caso “Peter Paul y otros vs. *Bundesrepublik Deutschland*.”

Este caso planteado ante la Corte de Justicia de la Unión Europea y resuelto mediante sentencia en el año 2004⁴⁶, constituyó un *leading case* en materia de responsabilidad civil del regulador bancario ante una presunta falta de servicio. Determinó que el único derecho garantizado a los ahorristas por la Directiva Europea (94/19/EC) ante las situaciones de insolvencia de instituciones bancarias, es el seguro de depósitos, por el monto máximo garantizado, que en ese momento llegaba a Euros 20.000.

El fallo desestimatorio del rechazo de la pretensión de un ahorrista de un banco liquidado contra el Banco Central de Alemania, se basa en tres premisas fundamentales:

- El supervisor no sustituye a los administradores de las empresas del sistema financiero
- El supervisor no maneja las variables económicas internas y externas de influencia
- El supervisor no garantiza depósitos, esa función la cumplen los seguros de depósitos

⁴⁶ ECR I-09425, caso P222/02.

III.2. Juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Un grupo de 539 inversores en una institución bancaria de Islas Cayman, que habían realizado dichas inversiones a través del ex Banco de Montevideo, promovieron juicio contra el Estado Uruguayo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso N° 12.587 conocido como “*Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*”, en el se dictó Sentencia con fecha 13 de octubre de 2011.

En dicho proceso el cuestionamiento principal fue a la actuación del Banco Central del Uruguay, por la aplicación del artículo 31 de la Ley N° 17.613 de 27 de diciembre de 2002 (llamada “Ley de Fortalecimiento del Sistema Financiero”). Dicha norma facultaba al Banco Central del Uruguay a otorgar a los ahorristas de los Bancos de Montevideo y La Caja Obrera, cuyos depósitos hubieren sido transferidos a otras instituciones sin mediar su consentimiento, los mismos derechos que correspondieran a los ahorristas de dichos bancos, debiendo conformar una Comisión para analizar los casos que se plantearan. La Comisión de 3 miembros fue conformada en el año 2003 y recibió un total de 1.426 peticiones, que fueron analizadas mediante un dictamen técnico y resueltas por el Directorio del Banco Central del Uruguay, que hizo lugar a 22 solicitudes. Entre los fundamentos de los respectivos actos administrativos se explicitó la necesidad de cumplir los tres requerimientos de la referida ley: a) ser cliente de uno de los dos bancos mencionados; b) poseer depósitos y que los mismos fueran transferidos al extranjero y c) que la transferencia hubiere operado sin su consentimiento.

Muchos peticionantes impugnaron administrativamente la resolución denegatoria, de los cuales a su vez algunos interpusieron luego la correspondiente acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Otros, fueron directamente a la vía reparatoria ante la justicia ordinaria, reclamando el pago de los importes que les hubieran correspondido en caso de ser tratados en la liquidación de los referidos bancos, como depositantes.

En la citada sentencia la CIDH declaró a Uruguay responsable internacionalmente por haber violado los siguientes derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos:

- a) el ámbito material del *derecho a ser oído* de las 539 personas accionantes, reconocido en el artículo 8.1 de la Convención en relación al artículo 1.1, por haberse analizado en forma incompleta la prueba sobre la existencia de consentimiento para la transferencia de sus depósitos al exterior;
- b) el derecho a un *tratamiento sin discriminación* establecido en los artículos 8.1 y 1.1 de la Convención en el caso de 2 personas, por no haberles garantizado una adecuada motivación de los actos de rechazo de su petición, en tanto sus casos tenían circunstancias análogas a alguno de los 22 que fueron acogidos; y
- c) el derecho a la *protección judicial* consagrado en el artículo 25.1 de la Convención, en perjuicio de 12 personas que interpusieron sus acciones de nulidad ante el TCA, debido a que ese tribunal incurrió en un examen incompleto de tales acciones y no contaban con otro recurso judicial que los amparara de forma efectiva en su derecho a ser oídos.

La CIDH desestimó a su vez otras pretensiones, entre las que se destaca la de violación del debido proceso.

La condena, que por Derecho Internacional no recayó sobre el Banco Central sino sobre el Estado uruguayo, no incluyó un pronunciamiento sobre la razón del reclamo de fondo de los demandantes, esto es, el amparo en el referido artículo 31 de la Ley N° 17.613, sino en:

- a) considerar que la propia sentencia de la CIDH era *per se* una reparación,
- b) ordenar al Estado uruguayo que garantice a las víctimas que puedan presentar nuevas peticiones que deban ser conocidas y resueltas en un plazo de tres años, con las debidas garantías y
- c) pagar la suma de U\$S 3.000 a cada víctima por concepto de daño inmaterial, costas y costos.

IV. CONCLUSIONES

1) El ejercicio de los cometidos del BCU, materializados gráficamente en el fin debido de proteger el ahorro por razones de interés general y custodiar la estabilidad de precios, conforme a su Carta Orgánica, es controlado por la jurisprudencia con los límites que en general se reconocen al ejercicio de la función jurisdiccional: control de los límites jurídicos de la discrecionalidad, y no su mérito u oportunidad.

2) La responsabilidad del regulador y fiscalizador en el cumplimiento de este cometido tiene una faceta “activa” (el BCU reclamando ante presuntos responsables de crisis de instituciones financieras o sistémicas o ejerciendo a su respecto la potestad disciplinaria) y una faceta “pasiva” (ser objeto de reclamos por parte de los clientes e inversores del sistema, o de las propias instituciones, cuando entienden que no ha cumplido diligentemente sus cometidos).

3) Como reflejo de estas dos facetas a nivel jurisprudencial y de sentencias muy diversas dictadas respecto de situaciones y reclamos muy disímiles, pueden extraerse grandes criterios interpretativos que cruzan transversalmente los diversos fallos y que los jueces y tribunales han aplicado para dar solución a los casos concretos. Entre esos criterios surge la definición legal del cometido de interés general asignado al Banco Central del Uruguay en su carácter de regulador y fiscalizador del sistema financiero nacional: promotor de su solidez, solvencia, eficacia y desarrollo, así como de la estabilidad de precios compatible con el crecimiento y el empleo; protección del ahorro por razones de interés general (y por tanto de los derechos de sus depositantes); custodia del valor “confianza”, un activo intangible y necesario que hace posible el adecuado funcionamiento del sistema.

4) Finalmente, la justicia ha reconocido –lo que determinó el alcance de muchos de sus fallos- que en la esencia del cumplimiento de tales cometidos legales el órgano administrativo de regulación no tiene por objeto “salvar” instituciones financieras puntuales o individualmente consideradas, sino adoptar las medidas adecuadas para prevenir riesgos y mitigar las crisis sistémicas, preservando la estabilidad del sistema aún cuando ello deba realizarse a costa de velar por la resolución ordenada de instituciones integrantes del sistema que están llamadas a desaparecer por causas no atribuibles al regulador. Ello puede vincularse en materia de obligaciones, a la distinción entre obligaciones de “medios” y de “resultados”, o entre “riesgos” y “eventos dañosos”.

5) Creemos que estos criterios jurisprudenciales contribuyen, a su vez, a la ardua tarea de definir, a la luz del principio de especialidad, la “función bancocentralista”, genéricamen-

te reconocida por el artículo 196 de la Constitución al crear al Banco Central del Uruguay como un Ente Autónomo necesario, sin explicitar expresamente su alcance, lo que dejó librado el punto a la labor legislativa y la creación jurisprudencial.

Fecha de recepción: 9 diciembre 2016.

Fecha de aceptación: 11 marzo 2017.

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

*Martín Risso Ferrand**

I. OBJETO DEL PRESENTE COMENTARIO

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

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

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

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

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

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

* Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Uruguay. Correo electrónico. mrisso@ucu.edu.uy

II. EL CASO RESUELTO

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

De la reglamentación de ley 19.247 debe tenerse presente que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta ha sido siempre la posición mayoritaria a nivel jurisdiccional y unánime a nivel doctrinal. El argumento de la sentencia debe rechazarse y concluir que no hay otra vía idónea alternativa al amparo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. RESOLUCIÓN DE CASOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

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

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

A diferencia de lo que es frecuente en otras ramas del Derecho, en Derecho Constitucional y especialmente en materia de derechos humanos, no se encuentran habitualmente “reglas” que permitan encontrar en ellas la solución al caso a resolver. Por el contrario, siendo estas normas mayoritariamente de “principio”, la solución no se “encontrará” en el orden jurídico anterior, sino que deberá ser “construida” sobre el marco jurídico aplicable, o dentro de dicho marco⁴.

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

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

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

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

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

V. DETERMINACIÓN DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE

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

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

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

Existe jurisprudencia latinoamericana (Corte Interamericana) y europea (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que es contundente en esta materia. Toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes y no se puede realizar su privación sin indemnización⁶ Es claro que, conforme a la normativa constitucional e internacional, el derecho de propiedad puede ser objeto de a) limitaciones y de b) privaciones o expropiaciones (son cosas totalmente distintas, con regulación constitucional diferente y confundir los casos de limitación y los de privación o expropiación es un error importante).

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

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

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

⁶ Caso Baruch Ivcher Bronstein v. Perú. Caso Comunidad Mayagna v. Nicaragua.

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

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

Sayagués y toda nuestra doctrina ha sido conteste en que la protección del artículo 32 de la Carta refiere tanto a inmuebles como a muebles⁹. La sustracción de un bien del patrimonio de un sujeto y la desnaturalización de un derecho (como surge de la obligación de desactivarlo, desmembrarlo e inutilizarlo para su fin y función específica) sin indemnización previa, colide con los artículos 7 y 32 de la Constitución.

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

La desnaturalización del derecho, o afectación del contenido esencial del derecho¹⁰, es contraria a derecho. Una cosa es limitar y otra desnaturalizar. La primera puede ser conforme a derecho, la segunda nunca lo es. Si se da a un sujeto la opción entre la expropiación de un vehículo sin indemnización o que se lo quede, pero sin motor, la inconstitucionalidad es la misma: se extrae un bien concreto del patrimonio de un sujeto o se lo inutiliza. En ambos casos estamos frente a una expropiación que requiere una previa indemnización. En ninguno de los dos casos el sujeto tendrá luego el mismo bien que tenía antes: o no tendrá nada o tendrá algo totalmente distinto e inservible.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. MÁRGENES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES INFRANQUEABLES PARA LAS AUTORIDADES

La sentencia, siguiendo viejas afirmaciones de la Suprema Corte de Justicia¹², sostiene que todos los derechos son limitables por ley (llega a afirmar que lo contrario sería una concepción antisocial). Quizás la Constitución sea antisocial pues establece otra cosa.

Asimismo, siguiendo una desafortunada expresión de la Suprema Corte de Justicia, se incrementa el error diciendo que el único derecho absoluto es la vida. Esto tampoco es así. Si se repara en el artículo 7 de la Carta se verá que la regulación de la vida es la misma que la de la libertad, honor, seguridad, trabajo y propiedad. No hay forma de extraer consecuencias para la vida que no sean aplicables a los otros derechos preexistentes (o bienes jurídicos), ya que donde no distingue la norma no puede distinguir el intérprete. Además, ya Jiménez de Aréchaga (hace ochenta años) explicó que los derechos preexistentes son ilimitables, pero en el artículo 7, el derecho a ser protegido en el goce de la vida, al igual que respecto a los otros bienes jurídicos, sí es limitable¹³.

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

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

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

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

texto constitucional que lo habilite¹⁴. Pero siempre implica que las materias incluidas en este principio no pueden ser reguladas por un acto jurídico distinto a la ley.

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

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

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

VII. ALGUNOS ASPECTOS PUNTUALES

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

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

¹⁴ NOGUEIRA, Humberto, *Derechos Fundamentales ... cit.*, p. 89.

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

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

- c) Dice la sentencia que si en el futuro se incautan las armas sería por no observar los requisitos legales. Pero olvida que estas armas fueron adquiridas y son poseídas de conformidad con el orden jurídico y si el Estado desea cambiar la regulación podrá hacerlo, pero para apropiarse de algo que no le pertenece y que regularmente se encuentra en el patrimonio de un sujeto deberá expropiar y pagar la previa indemnización. Si se desea incautar bienes regularmente adquiridos se deberá recorrer el camino de la expropiación como marca nuestra Constitución.
- d) Afirma la sentencia que en el caso estarían en conflicto intereses generales (no se sabe cuáles son¹⁶) e intereses individuales y deben primar los primeros y, eventualmente se podrá configurar responsabilidad del Estado. La primacía de los intereses colectivos sobre los individuales es un viejo tema en nuestro país y el mundo. La primacía de los intereses colectivos se aproxima, inequívocamente, a soluciones transpersonalistas que no son de recibo en nuestra Constitución (por supuesto que no atribuyo esta intención al Tribunal, pero se ingresa en un tema peligroso). La Corte Interamericana ha alertado sobre el riesgo de estos criterios¹⁷. Además, no hay en la especie intereses colectivos contrapuestos con los individuales (ver nota al pie 17).

VIII. ALGUNOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS APROPIADOS PARA ESTOS CASOS

No se consideraron en la sentencia en estudio los principales criterios interpretativos en materia de derechos humanos, entre los que tiene una singular trascendencia el principio “*pro homine*” o pro persona¹⁸. De este principio se extraen consecuencias importantes:

- a. En primer lugar, la *directriz de preferencia de interpretaciones*, que implica que, entre las distintas posibilidades interpretativas de una norma, debe escogerse la más protectora para la persona y para el derecho humano en juego. A juicio de SAGÜÉS¹⁹ este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones: (*) Por un lado el principio *pro libertatis* que postula entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego. (*) Y por otro el principio de protección a la víctima (o *pro victima*).

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

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

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

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

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

IX. ARMONIZACIÓN EN EL CASO EN ESTUDIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI. REFLEXIÓN FINALES

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

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

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

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

Se me ocurre que un ejemplo actual del rol de los jueces en la aplicación de la Constitución y en la defensa de los derechos humanos, lo podemos encontrar en la jueza Ann M. Donnelly (después vinieron otros, pero ella fue la primera), del Tribunal del Distrito Federal de Brooklyn, que fue la primera en suspender²¹ el decreto del Presidente Trump que limitaba el ingreso a los Estados Unidos de personas provenientes de ciertos países. Con la Constitución en la mano, comprobando que el Decreto no cumplía con el principio de razonabilidad y violaba el principio de no discriminación, optó por suspenderle, al recién asumido Presidente Donald Trump, una de sus medidas estrellas durante la campaña laboral. Nada armonizó pues no hay intereses válidos en contra la Constitución. Entre la Constitución y la decisión del Gobierno (Presidente), optó por la Constitución (para bien de los derechos humanos, la Carta primó sobre lo político).

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

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

NOTA DE LEGISLACIÓN

ALGUNAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL PRESUPUESTO NACIONAL A TRAVÉS DE LA LEY N° 19.355 AL RÉGIMEN DE LOS MUNICIPIOS (LEY 19.272)

Fermín Farinha Tacain y María José Oviedo Peláez**

En virtud del tratamiento legislativo y posterior promulgación de la Ley de Presupuesto Nacional Nro. 19.355 de 19.12.2015, que entró en vigencia el 1ro. de enero de 2016, se introdujeron sendas modificaciones al régimen legal aplicable a los Municipios, de conformidad con lo previsto en la ley Nro. 19.272 de 18.09.2014.

I. ANTECEDENTES

Al introducirnos en el análisis actual del régimen jurídico de los Municipios, es ineludible realizar una referencia previa al Prof. Dr. Daniel Hugo Martins, quien desde su magisterio y a través de estas mismas páginas¹, generosamente nos ilustró sobre el tema que nos ocupa. La profundidad de su análisis nos ha despejado el camino para poder ingresar al estudio de los cambios legislativos operados a partir del debate y posterior sanción del Presupuesto Nacional.

Antes de dar paso al estudio de las modificaciones, es oportuno mencionar - que como bien lo señalaba el Prof. Daniel Hugo Martins² - la Ley Nro. 19.272, publicada el 25 de septiembre de 2014 entró a regir en su totalidad el 10 de julio de 2015, a partir de la asunción de las autoridades departamentales y locales electas el 10 de mayo del mismo año, conforme lo previsto en el Artículo 28 de la mencionada disposición.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR), Aspirante a Profesor Adscripto de la Cátedra de Derecho Público II (UDELAR), Integrante del Instituto de Derecho Administrativo (UDELAR), Asesor y Docente externo de la JUTEP. Correo electrónico: ferminfarinha@gmail.com

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR), Aspirante a Profesor Adscripto de la Cátedra de Derecho Público II (UDELAR), Integrante del Instituto de Derecho Administrativo (UDELAR), Asesor y Docente externo de la JUTEP. Postgrado en Derecho Municipal (UM). Correo electrónico: mjop19@gmail.com

¹ MARTINS, Daniel Hugo – Las nuevas atribuciones y cometidos de los Municipios – Revista de Derecho Público – Nro. 47, Julio 2015, págs.. 103 y sig.

² Ob. cit. página 103.

La Ley Nro. 19.272 derogó en su totalidad a la Ley Nro 18.567 de 13.09.2009, incorporando relevantes modificaciones al régimen legal de los Municipios, fijando entre otros aspectos, un mayor grado de delimitación de la materia departamental y municipal, al igual que los cometidos de los Municipios y las atribuciones de los Alcaldes; resultando sustancial el cambio operado en el Artículo 17 en sede de recursos administrativos.

Desde el año 2009 hasta el 2014, y aún cuando en su origen se pretendía configurar un régimen de descentralización en la descentralización, los Consejos Municipales a la luz de la Ley Nro. 18.567 y sus modificativas, el legislador había instaurado un régimen de desconcentración funcional, que determinaba que el Intendente – en caso de que los actos del Consejo Municipal fueran impugnados – pudiera resolver y modificarlos por razones de mérito o legalidad.

En concreto, hasta la sanción y entrada en vigencia del Artículo 17 de la Ley 19.272, los Municipios eran órganos locales sometidos a la jerarquía del Intendente.

Dicha situación varía sustancialmente al establecerse: *“Los actos administrativos generales y los particulares de los Municipios admitirán el recurso de reposición. Cuando la impugnación se funde en las causales previstas en el artículo 309 de la Constitución de la República, deberá interponerse conjunta y subsidiariamente con el recurso de anulación para ante el Intendente, de acuerdo con las previsiones del artículo 317 de la Constitución de la República.*

Los actos administrativos del Alcalde podrán ser impugnados con los recursos de reposición y apelación ante el Municipio, conjunta y subsidiariamente con el de anulación ante el Intendente, cuando la causa de la impugnación se funde en las previsiones del artículo 309 de la Constitución de la República.” (Artículo 17 – Ley 19.272 de 18.09.2014 que entró en vigencia en el mes de julio de 2015, a partir de la asunción de las nuevas autoridades locales electas.)

Esta modificación, conjuntamente con la estipulación que determina la necesidad de que dentro de los Presupuestos Departamentales existan Programas Presupuestales Municipales con sus respectivos recursos³, conformó un nuevo contexto desde el punto de vista de la organización, donde los Municipios se constituyen como órganos descentralizados y en tal calidad se consideró al Consejo Municipal como Ordenador Primario de Gastos (Art. 27 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado – TOCAF) (Posición mantenida por el Tribunal de Cuentas – E E 2015-17-1-0009140 – Of. N° 2066/16).

Como veremos más adelante, la nueva posición institucional del Municipio dentro del Gobierno Departamental, que magníficamente desarrolló el Prof. Daniel Hugo Martins⁴, no alcanzó los seis meses de vigencia, ante la inmediata sanción de la Ley de Presupuesto Nacional, que modificó los artículos 6 numeral 3, 17 y el inciso 1ro. del Art 19 de la Ley Nro. 19.272.

³ Ver Artículos 6, 7 y 19 de la Ley Nro. 19.272 en su redacción original.

⁴ MARTINS, Daniel Hugo – Las autoridades locales electivas en el Uruguay, análisis de la Ley Nro 19.272 de 18 de septiembre de 2014 sobre Municipios – AMF – 2014, pàg. 13 a 15 y 98 a 101

II. PRESUPUESTO NACIONAL – LEY 19.355.

A partir del mencionado texto normativo se han introducido una serie de modificaciones a la Ley Nro. 19.272, siendo pertinente a estos efectos centrar la atención en lo dispuesto por los Artículos 682 y 683 de la Ley 19.355 de 30.12.2015.

Las modificaciones aprobadas provienen de la iniciativa del Poder Ejecutivo, y poseen, a nuestro criterio, diversa relevancia en la materia, siendo evidente un claro retroceso en régimen legal aplicable a los Municipios. En este sentido, corresponde señalar que los cambios operados, desde el punto de vista temporal, se generan meses después de la asunción de las nuevas autoridades locales, variando sustancialmente su posición orgánica.

1) EL ART. 682 AFECTA LA DESCENTRALIZACIÓN Y HABILITA QUE EL INTENDENTE PUEDA MODIFICAR Y/O REVOCAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL MUNICIPIO.

Este apartado hace referencia a la modificación artículo 17 de la Ley N° 19.272, que en su redacción original cambió el régimen de recursos administrativos que había fijado la Ley N° 18.567.

A partir de la ley vigente, estamos asistiendo a un claro retroceso en materia de descentralización, constituyendo nuevamente un sistema desconcentrado, donde los Consejos Municipales son ubicados respecto del Intendente como un órgano sometido a jerarquía. El Artículo 682 de la Ley 19.355 se encuentra vigente desde el 01 de enero de 2016 y cambia el régimen que regía desde el mes de julio de 2015, por lo que 6 meses después, se retorna al sistema que la Ley Nro. 18.567.

El mencionado artículo, determina que en la actualidad los Municipios, en cuanto a su posición orgánica, hayan retornado al sistema original, manteniéndose una solución que contradice al propio *nomen iuris* de la llamada ley de Descentralización en materia departamental, local y de participación ciudadana.

En definitiva, la redacción actual del Artículo 17 de la Ley 19.272 establece que los actos administrativos generales y los particulares del Municipio admitirán el recurso de reposición y conjunta y subsidiariamente el de apelación para ante el Intendente de conformidad con lo previsto en el Artículo 317 de la Constitución de la República. La postura que adopta el legislador consagra la misma solución que se preveía en los proyectos de ley originales, respecto de los cuales el propio Prof. Dr. José Aníbal Cagnoni⁵ marcaba – entre otras consideraciones – la contradicción entre el nombre de la ley y el sistema que establecía, al cual no dudaba en calificar como un sistema de administración desconcentrada. Volver a ubicar a las autoridades locales electas en una posición de subordinación respecto del Intendente (aún cuando esto opere directamente sólo ante la interposición de los recursos administrativos) trae consecuencias directas a la forma de relacionamiento y vinculación entre el órgano Intendencia y el Consejo Municipal, permitiendo afianzar posturas centralistas que atentan contra el propio espíritu de la ley.

⁵ CAGNONI, José Aníbal – El Proyecto de Ley sobre Municipios – Revista de Derecho Público - Número 33 – Año 2008, FCU.

Retornar al régimen anterior ha significado perder de vista los propios argumentos centrales que dieron paso a la modificación de la ley luego de 5 años de vigencia del régimen. Al respecto resulta ilustrativo consultar la discusión parlamentaria donde a la hora de fundamentar el avance hacia la descentralización se señalaba que el planteo trataba de “evitar la dependencia absoluta del Municipio y del Alcalde con el Intendente Departamental... este artículo pretende es limitar las posibilidades de modificación que pueda realizar el Intendente respecto de estos actos impugnados: podrá anularlos, pero no modificarlos.” (Acta 02-04.2014 – Comisión Especial con fines legislativos de asuntos Municipales y Descentralización.)

2) LA LEY Nro. 19.3555 DETERMINA QUE LOS MUNICIPIOS PIERDAN LA CALIDAD DE ORDENADORES PRIMARIOS DE GASTOS.

Esta modificación, dentro de las consecuencias que determina, permite abonar la postura que permite sostener que los Municipios han perdido su calificación como Ordenador Primario de Gastos (Art. 27 del TOCAF⁶) al encontrarse sometidos a jerarquía del Intendente, retornándose al régimen previsto de la Ley 18.567.

En atención al Artículo 12 numeral 3) de la Ley 19.272 vigente, el Consejo Municipal es ordenador de gastos conforme las previsiones y límites que establezca el Presupuesto Quinquenal Departamental.

Conjuntamente con la variación de la posición institucional del Concejo Municipal, y con un claro sesgo restrictivo, se aprobó además el Artículo 683 de la Ley Nro 19.355 que reza: Sustitúyese el numeral 1) del artículo 19 de la Ley N° 19.272, de 18 de setiembre de 2014, por el siguiente:

“1) Con las asignaciones presupuestales que los Gobiernos Departamentales establezcan en los programas correspondientes a los Municipios en los presupuestos quinquenales y de las cuales los Municipios son ordenadores de gastos con los límites que aquel fijará y de acuerdo con lo previsto en el numeral 3) del artículo 12 de la presente ley”.

La variación introducida, en la misma línea que lo relacionado en el apartado anterior, tira por tierra los propios fundamentos esgrimidos en la Comisión Especial con fines legislativos de asuntos municipales y descentralización de la Cámara de Representantes (Versión Taquigráfica de 07 de mayo de 2014), que a la hora de consignar el contenido del Artículo 19 de la Ley Nro. 19.272 en su versión original sostenían: “Lo que se plantea también en ese artículo es que uno de esos compromisos es crear estos programas presupuestales municipales a los efectos de incentivar a los Gobiernos Departamentales a que los creen e inviertan en descentralización”.

El argumento planteado para el cambio introducido - según las justificaciones remitidas por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo – radicaba en el problema o necesidad de preservar el ordenamiento presupuestal de los Gobiernos Departamentales.

Esta variación del Artículo 19 de la Ley Nro. 19.272 habilita por un lado que se incorpore un límite a la facultad de ordenar gastos a través del Presupuesto Departamental y dentro

⁶ TOCAF: Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado aprobado por Decreto Nro. 150/2012 de 11.05.2012 - Disponible en: <http://www.impo.com.uy/bases/tocaf2012/150-2012>

del programa del respectivo Municipio; y por otro, eliminó la previsión que establecía como una meta de los compromisos de gestión para los Gobiernos Departamentales, la existencia de programas y asignaciones presupuestales dentro del Presupuesto Departamental (inciso segundo del numeral 1) del Artículo 19 de la Ley 19.272)

La aprobación del artículo 683 del Presupuesto Nacional permite reafirmar la postura de que los Municipios pierdan la calidad de ordenadores primarios de gasto, conclusión a que también arribó el Tribunal de Cuentas a través de un fundado informe del Departamento Jurídico de Gobiernos Departamentales. En sendas resoluciones de fecha 28 de marzo y 10 de noviembre de 2016, el Tribunal de Cuentas dando respuesta a la Junta Departamental de Río Negro y a la Mesa Ejecutiva del Plenario Nacional de Municipios respectivamente, señaló que la reciente modificación relacionada determina que se retorne a la posición mantenida en oportunidad de considerar la Ley Nro. 18567, por la cual se considera que “el Municipio es un ordenador especial”⁷ no categorizado por el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF).

En forma más reciente, por Resolución 3340/16 de 21 de septiembre de 2016, el Tribunal de Cuentas reafirmó esta postura ante la aprobación del Decreto Nro 35.691 del Gobierno Departamental de Montevideo, señalando que el Municipio no es Ordenador Primario o Secundario de Gastos, sino un Ordenador especial que tiene por único límite el fijado por el Presupuesto Departamental en su respectiva asignación.

En definitiva, la entrada en vigor de la Ley Nro. 19.355 ha determinado un cambio sustancial en el régimen aplicable a los Municipios y sus autoridades locales electivas, sumando una nueva modificación, que en los últimos siete años acumulan al menos seis variaciones legales⁸.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- CAGNONI, José Aníbal – Proyecto de Ley de Municipios – Revista de Derecho Público Nro. 33 – FCU – Montevideo – Año 2008.
- CAJARVILLE, Juan Pablo – Sobre el régimen legal de las autoridades locales y sus inconstitucionalidades – Revista de Derecho Público Nro. 38 – FCU – Año 2010 – Montevideo, ágs.. 39 y sig.
- GUTIERREZ, Fulvio – Naturaleza jurídica de los Municipios – Revista de Derecho Público Nro. 43 – FCU – Año 2013 – Montevideo, ágs.. 69/73
- MARTINS, Daniel Hugo - Texto anotado y comentario de la Ley Nro 18.567 que creó los Concejos locales electivos en los Gobiernos Departamentales – Revista La Ley Nro. 6 – La Ley – Año 2009, Montevideo.
- MARTINS, Daniel Hugo – Las autoridades locales electivas en el Uruguay – Análisis de la Ley 19.272 de 18 de septiembre de 2014 sobre Municipios – AMF – 2014
- MARTINS, Daniel Hugo – Las nuevas atribuciones y cometidos de los Municipios – Revista de Derecho Público Nro. 47 – FCU – 2015 – Montevideo – ágs.. 103/109.

⁷ Ver Resolución de fecha 28 de marzo de 2016 del Tribunal de Cuentas – Oficio Nro. 2066/16 – Disponible en http://www.tcr.gub.uy/archivos/resoluciones_16036_r2015-17-1-0009140.doc (verificado el 01 de marzo de 2017)

⁸ Ver Leyes 18.567 de 13.09.2009, 18.658 de 26.04.2010, 18.664 de 12.02.2010, 18.665 de 15.07.2010, 18.668 de 7 de junio de 2010, 18.683 de 15.03.2010, 19.272 de 13.09.2014, 19.319 de 27.03.2015.

WERNER, Marjorie Raquel – Nueva Organización de los Municipios – Obra inédita generada en el marco del Curso de Capacitación sobre Municipios de la Escuela de Auditoría Gubernamental del Tribunal de Cuentas - Año 2010.

Montevideo, 02 de marzo de 2017.

Fecha de recepción: 3 de marzo 2017.

Fecha de aceptación: 25 de marzo 2017.

CONFERENCIAS

SOBRE LAICIDAD Y ESPACIO PÚBLICO*

*Jaime Ruben Sapolski ***

Yo he tenido el privilegio de haber desarrollado parte importante de mi carrera docente como asistente del Profesor emérito José Anibal Cagnoni. Éste fue un paradigma de dignidad, tolerancia, grandeza de espíritu y libertad de conciencia. Conocedor profundo del derecho público patrio, intransigente cuando la intransigencia era sinónimo de hombría de bien, Cagnoni era, también, un católico práctico que, por ejemplo, asistía a Misa en forma habitual. Planteado, una vez más, un intercambio sobre el vínculo de las manifestaciones religiosas respecto de la actividad estatal, que tiene raíces, por lo menos, centenarias, me pregunto cuál habría sido la opinión de mi recordado amigo a quien evoco desde el afecto y la admiración.

La convocatoria de hoy refiere a «Laicidad, lo religioso en el espacio público» y la primera cuestión que digna de considerar es, a qué espacio público nos estamos refiriendo.

Creo que la sustancia del debate no versa sobre tres, eventuales, metros cuadrados de terreno. No se trata de un espacio material sino de un espacio espiritual, que se desarrolla en el ideario de la gente. Desde esa perspectiva, podemos plantearnos cuál es la mejor solución para una sociedad, por ejemplo la nuestra, y hasta dónde la misma se compadece con la regulación jurídica que se ha consagrado. Un segundo análisis comprende cuáles son las normas de derecho positivo que tenemos consagradas y cuáles son las conductas concordantes con las mismas.

Las religiones son ideologías. Son una visión sobre la existencia, el papel y la relación con entidades sobrehumanas que, por lo general, se personalizan y a las que se les atribuye poderes de regulación de la vida de las personas. Las hay de raíces milenarias, más allá de las posibilidades de cambio, adaptación y diversas perspectivas de interpretación de sus enunciados. Otras son más modernas. Hay doctrinas que sin aparecer como compitiendo con las visiones clásicas, operan en un plano similar. Implican, también la adoración de determinadas entidades, cuando no la idolatría. Después de todo, el culto a la personalidad,

* Texto revisado por el autor de la conferencia brindada en la Facultad de Derecho del CLAEH en Punta del Este, el 26 de junio 2017.

** Profesor Agregado de Derecho Público I (Constitucional). Facultad de Derecho de la UDELAR. Profesor de Derecho Constitucional. (Facultad de Derecho del CLAEH). Correo electrónico: jsapols@gmail.com

como el que legitima el ejercicio de poder de un gobernante del tipo de Kim Jong-un o una narración milagrosa con muertos reencarnados en pajaritos se parecen en enorme medida al relato de los antiguos Faraones egipcios o a los emperadores romanos divinizados a partir de Augusto.

La ideología es – citamos a Teun Van Dijk – *«sistemas políticos o sociales de ideas, valores o preceptos de grupos u otras colectividades y tienen la función de organizar o legitimar las acciones del grupo»* ... *«las ideologías son justamente eso: conjuntos de creencias en nuestra mente. Es decir, una forma de describir y analizar las ideologías es en términos de una psicología cognitiva de las estructuras internas, relaciones, procesamiento u otra «manipulación mental» de (alguna clase de) creencias.»*¹

El asunto tiene que ver con el ejercicio del poder. Los mitos justifican posiciones e influencias ¿Qué es el poder? Es la capacidad de controlar y determinar la conducta de los demás, de hacer que ellos presten determinados servicios y que estén dispuestos a asumir ciertos sacrificios. La cuestión tiene mucho más relación con la vida de la gente en este mundo que con la contemplación de una deidad que, supongo, aun de tener una voluntad personificada, no le habrá de importar demasiado si se le rinde, o no, pleitesía.

La cuestión, en el plano de las relaciones humanas, es sobre las conductas de los mortales, cuya vida pretende ser regida, no sobre la naturaleza del ser. Finalmente, toda metafísica, deriva en una ética. Por otra parte, en torno a ese tipo de práctica social se articulan lo que Max Weber denominó «grupos de status»: *«Los «Grupos de Status» se ubican dentro del orden social, o sea, dentro del área de reparto del honor. A partir del reparto de estas respectivas áreas, se da una influencia mutua entre las clases y los grupos de status, que a su vez influyen sobre el orden legal y son influidos por éste.»*² Es en función del status alcanzado que se distribuyen posiciones y ventajas, influencias y reconocimientos, roles y preeminencias.

Creo que podemos resumir lo religioso en tres factores: a. La existencia y esencia de la divinidad, b. Una práctica ritual y una narración textual que explica la doctrina y justifica sus derivaciones y c. Las conductas que se imponen a los prosélitos.

Los mitos son funcionales para determinadas acciones y si arraigan, siempre terminan consolidando la relevancia de algunos, fieles, sacerdotes, intérpretes o burócratas. Los mitos integran la cultura pero tienen mucho que ver con la economía porque determinan la aplicación de recursos, siempre escasos, en una determinada finalidad.

Por lo general, la actividad religiosa proclama la existencia de determinados elementos considerados sagrados. ¿Qué es lo sagrado? Lo que no se manosea, no se profana, no se discute. Las cosas sagradas son *«las que las prohibiciones protegen y aíslan»*

Las ideologías legitiman el ejercicio del poder. Las cosas se deben hacer de determinado modo, en favor de cierta gente, porque siempre se hicieron así, o porque lo mandan los dioses o sus intérpretes y el que se opone es un réprobo o un hereje. Así lo manda la divinidad, dicen y su séquito que resulta siempre más notorio.

¹ Van Dijk, Teun. «Ideología. Una aproximación multidisciplinaria» Editorial Gedisa SA, 1999. págs. 16 y 44.

² Weber, Max. «Estructuras de Poder». Editorial Leviatán Buenos Aires 1987 pág. 68

Hay una concepción mítica que moviliza a la gente, que dice recoger el mandato de las entidades sobrehumanas o sobrenaturales y explica el poder y la influencia de quienes han podido situarse en condiciones de ejercerlas. No es, sin embargo, capaz de justificarse ni moral ni racionalmente, basándose exclusivamente en su mero relato y sí, en cambio, por sus resultados. Se trata de invocar a los dioses, a los que les pedimos que satisfagan nuestro hambre, nuestros deseos y, en general, nuestros impulsos y a los que les imprimimos nuestros peores rasgos humanos. A propósito, adviértase como distintas concepciones religiosas aparecen obsesionadas respecto de la justificación del dominio político, de lo que la gente come y de con quién se acuesta.

Las doctrinas que sustentan a los denominados populismos tienden a emparentarse con el concepto de religión en tanto que conforman una mitología y legitiman el ejercicio del poder por parte de determinados actores. Cabe recordar que «el poder» no es una persona pero siempre hay personas detrás que lo encarnan y emergen con el mismo. Nunca faltan leyendas o mitos que los justifican. El héroe, el prócer, el tótem, el pueblo o la divinidad, en cuyo nombre se actúa y se distribuyen posiciones y privilegios, no están ahí para desmentir a sus intérpretes o seguidores.

Las religiones, las milenarias y las más recientes, y también los sucedáneos que juegan un papel similar, son un producto que tiene éxito en el mercado de las conciencias y determina conductas y actitudes. Constituyen un hecho social de incuestionable importancia pero que es explicado por la sociología antes que por la teología. Emile Durkheim sostenía que las religiones son expresiones de la realidad social, de la existencia de la sociedad más allá de los individuos. Lo sobrehumano es lo que se coloca y trasciende a las personas, como sucede con el entramado social.

En todos los casos hay una explicación mítica, un culto, una narración épica que se hace en textos sagrados, la descripción de milagros y un gran destinatario, la masa a cuya satisfacción se consagran, héroes, sacerdotes y gobernantes. En ancas de esta visión mítica se dan por admitidos, sobre la base de un principio de autoridad que no debiera legitimar automáticamente, por sí mismo, un conjunto de ideas que merecerían, por lo menos, una mínima demostración.

Así, por ejemplo, se ha sostenido, como parte del mito indemostrado y sobre la base de una interpretación que, aparentemente, no tendría mayor sustento fáctico:

- Que la espiritualidad que entraña determinada doctrina religiosa, trae aparejada necesariamente, una conducta éticamente valiosa, lo que significa olvidar las guerras de religión y a los Tartufos que, lamentablemente, se encaraman con gran habitualidad en la vida social y, ni que hablar de los fanáticos y los intolerantes.

- Que la necesidad extendida de contar con una imagen referente, paternal, es prueba suficiente de valor intrínseco.

- Que el hecho de que una determinada creencia cuente con apoyo extendido, asegura el carácter indiscutible de sus preceptos. En sentido parecido se ha esgrimido recientemente, en algún debate radial, como argumento en favor del emplazamiento de una imagen religiosa en la vía pública que se habría generado un derecho porque dicha imagen sería identitaria y representativa de la corriente predominante en nuestra sociedad. Se me ocurren mejores razones para sostener la pertinencia que ese mal entendido argumento democrático. Un crimen, desde el punto de vista ético lo seguirá siendo aunque lo perpetre

una mayoría, recordemos a Sócrates. Y si el aborto, aún con consentimiento de la madre, en la primera etapa de la gestación, y bajo determinadas circunstancias, fuera moralmente reprochable, lo seguiría siendo a pesar del exiguo apoyo que concitó un intento de referéndum contra su derogación.

Juzgo adecuado compartir las siguientes expresiones de John Stuart Mill³ *«Yel mundo es para cada individuo la porción con la que está habitualmente en contacto: su partido, su secta, su iglesia, su clase social; y comparativamente se puede decir que el hombre tiene un espíritu más amplio y liberal cuando la palabra mundo significa para él su país o su siglo. La fe del hombre en esta autoridad colectiva no se quebranta aun cuando sepa que otros siglos, otros países, otras sectas, otras iglesias y otros partidos han pensado y piensan aun exactamente lo contrario. Encarga a su propio mundo el tener razón contra los mundos de los hombres disidentes, sin inquietarle jamás la idea de que el puro azar ha decidido cuál de estos numerosos mundos poseería su confianza, y que las mismas causas que hacen de él un cristiano en Londres, hubieran hecho un budista en Pekín. Sin embargo, la cosa en sí es tan evidente, que hay de sobra argumentos para poderlo probar. Los siglos son tan falibles como los individuos; cada siglo ha profesado muchas opiniones que los siguientes han estimado no solamente falsas, sino hasta absurdas; y es igualmente cierto que muchas opiniones hoy generalizadas serán desechadas por los siglos futuros, como lo han sido las de otros tiempos por los presentes».*

- Que hay una especie de enfrentamiento o torneo de ribetes épicos entre un espiritualismo altruista y un materialismo basto, carente de valores, lo que supone una mirada reduccionista que soslaya, incluso, la posibilidad de un espiritualismo aconfesional. Alguna referencia periodística reciente, en este sentido, ha sido publicada.

- Que entre las distintas tradiciones, hay alguna más valiosa o mejor, en función de su contenido intrínseco y no de la conducta de sus cultores. Ello porque es considerada la doctrina verdadera, que puede hasta brindar recompensas paradisíacas y las demás falsas.

- Que hay una suerte de derecho de conquista capaz de otorgar cierto grado de preeminencia a una determinada creencia, respecto de las demás, porque es la más antigua o se ha asentado antes en el territorio.

- Que el sistema nacional discrimina o menoscaba a las manifestaciones religiosas procurando sustituirlo por una especie de religión cívica, que prescinde de Dios.

Presenciamos, incluso contra lo previsible, un avance cuantitativo, en el mundo, de las conductas motivadas en tales motivaciones míticas. Esto podría ser una manifestación, en ciertos casos, de ciertos rasgos de inmadurez colectiva. Me resulta vital aclarar que esta afirmación no es un juicio peyorativo englobante de manifestaciones que pueden, obviamente, ser el resultado de una asunción reflexiva y profunda. En cambio hace referencia a otro tipo de situación, acaso antagónica, de conductas que se justifican mediante una manifestación banal.

De todos modos, habiendo un mercado para dichas expresiones superficiales, es comprensible que se intente satisfacerlo mediante elementos que, quizás, estén un paso más cerca de la cultura del espectáculo y de las redes sociales, y uno menos lejos de la idolatría

³ Mill, John Stuart. «On liberty» (1859). Transcripto por Ebenstein, William. «Pensamiento Político Moderno» Taurus. Madrid. 1961, pág.

(programas televisivos, pancartas, escarapelas, estatuas, etc.) y que contribuyen a consolidar el sentido de pertenencia, la adhesión y la militancia. Es posible comprender el propósito proselitista, de determinadas manifestaciones como forma de popularizarlas, máxime cuando algunas adhesiones con las que se contaba, se enfrían o son convocadas por la competencia.

Toda doctrina requiere ser difundida como condición para su mantenimiento, difusión y supervivencia. Propaganda proviene del verbo latino «propagare» que significa ‘perpetuar, acrecentar, extender’. El término se origina en la institución católica «la Sagrada Congregación para la Propagación de la Fe», fundada en 1622. Parte del problema que nos convoca pasa por establecer si el Estado debe «sostener» determinados medios para la propagación de una fe, cualquiera que ésta sea.

EL COMBATE LAICO Y EL MODELO NACIONAL

El artículo 5º de la Constitución de 1918 proclamó la separación de la Iglesia y el Estado, en términos similares, pero no idénticos a los que consagra el texto del artículo 5º actual dado que hay una diferencia referida a la exoneración impositiva respecto de los templos consagrados al culto. En primer lugar proclamó que «todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay». En segundo lugar que el «Estado no sostiene religión alguna».

Recuerda Arturo Ardao que: «Bajo la dominación luso-brasileña, el Cabildo de Montevideo refleja tendencias antiliberales en materia religiosa. Pero al redactarse la Carta de 1830, es de nuevo el espíritu liberal el que domina en los hombres de la Constituyente y se consagra en la redacción recibida por el artículo 5º. No se aceptó una fórmula tan amplia como la que proponía la Comisión de Constitución, propiciada por José Ellauri: «La religión del Estado es la Religión santa y pura de Jesucristo». Pero tampoco tuvo andamio una fórmula propuesta por Manuel Barreiro que desconocía la libertad de cultos. Se aprobó la siguiente: «La Religión del Estado es la Católica Apostólica Romana». Sin éxito propuso Alejandro Chucarro que se agregara este período: «a la que prestará siempre la más eficaz y decidida protección». Impugnándolo, expresó Ellauri «Es antiliberal porque envuelve y autoriza a proscribir y perseguir toda opinión privada y a las personas que la profesan, cuestión en que no debemos entrar; y así opino que no debe añadirse ni una palabra más a lo sancionado ya sobre religión»⁴

Agrega Ardao en la misma obra: «La separación de la Iglesia y el Estado la empezó a agitar por primera vez en el país José Pedro Varela, a mediados de la década del 60, destacando en la misión de Francisco Bilbao «el predicar incesante la separación de la Iglesia y el Estado como base de todo progreso». Su primera importante fundamentación doctrinaria la hizo Carlos Ma. Ramírez en 1871 en sus Conferencias de la cátedra de Derecho Constitucional, defendiendo la clásica fórmula de Cavour, «la Iglesia libre en el Estado libre». Se convirtió luego en reiterada reivindicación de los racionalistas primero y de los liberales más tarde. Cuajó al finalmente en la reforma constitucional de 1917...»⁵

El camino hacia la secularización no fue de tránsito amable. Hay una serie de episodios, que comienzan con la municipalización de los cementerios consagrada por Bernardo Berro

⁴ Ardao, Arturo «Racionalismo y Liberalismo en el Uruguay». Universidad de la República -1962. Pág. 111

⁵ Ardao, Arturo. Op. Cit. pág. 393

en 1861 y que transita por la ley de Educación Común de 1877, la de Registro de Estado Civil de 1879, las leyes de divorcio de 1911 y 1913 y de consagración del laicismo integral en la educación pública de 1909, entre otras disposiciones de menor importancia. Lo cierto es que, para 1917, la confesionalidad del Estado estaba, en buena medida, vaciada de contenido por una legislación cuya constitucionalidad, en la época, podía ser discutida.

La defensa de la religión consagrada, que se sentía lesionada en sus fueros, hasta dio pretexto para una «cruzada» de inocultable intención política, pero hasta con cruces colocadas en los blasones, en el año 1863.

Las discrepancias se enfrentaron en términos virulentos y tuvieron como escenario primordial, el terreno de la educación. Es que no puede ocultarse el efecto de socialización que tiene la actividad educativa como formidable vehículo de trasmisión de normas de conducta, valores, conceptos y pautas vinculadas con el reconocimiento social.

Carolina Greissing, recuerda que⁶: *«Los principales términos de la disputa ya aparecían planteados algunos años antes de la aprobación del Decreto Ley de Educación Común de 1877. En 1873, el diputado Agustín de Vedia había presentado un proyecto de reforma educativa, que en su artículo más polémico establecía: «Art. 73: No se dará ni se tolerará instrucción religiosa en ninguno de las escuelas o colegios creados por esta Ley»*

En el mismo análisis se señala la reacción expresada, bajo la forma de una carta remitida por el obispo Jacinto Vera al Parlamento, en que refería: *«Creería ofender la ilustración de las Honorables Cámaras si me detuviera a demostrar que la sanción de este artículo, sería un ataque directo e injusto a los principios regeneradores de nuestra Sacrosanta Religión, y por esa razón destruiría por sus bases uno de los artículos fundamentales (le nuestra Carta Constitucional [...].*

En efecto, si se priva al pueblo de la instrucción religiosa, si se le niega, aún más, si se le prohíbe expresamente el que se le dé esa educación religiosa, al que todo pueblo tiene un derecho sagrado e inviolable, ¿dónde está el respeto y el cumplimiento de los preceptos constitucionales? ¿En qué sentido podrá decirse que la Religión del Estado es la Católica Apostólica Romana' [...].

Los H.H.R.R. del pueblo oriental están plenamente convencidos de que sin religión no hay moral posible; y sin educación religiosa la niñez, se extravía, se amortiguan o se extinguen en sus almas los sentimientos de piedad y moral que recibieran en el hogar doméstico, y concluyen por apartarse de la senda moral que debieran seguir para ser buenos ciudadanos».

Cito, por lo pintorescas, algunas manifestaciones publicadas por un carolino, el Dr. Mariano Soler, ferviente espada en la defensa de la religión predominante, quien alcanzara la dignidad de arzobispo de Montevideo, en el Bien Público, a partir de abril de 1880, y luego recopiladas bajo el título «El problema de la educación»: *«... hay absoluta necesidad de que la enseñanza moral sea dependiente de la religión, porque la religión es la base de la moral. La escuela racionalista que ha negado este principio, ha causado más mal a la civilización que una invasión de bárbaros: ha postrado la educación, convirtiéndola en rémora en vez*

⁶ Greissing, Carolina. Los Uruguayos del Centenario. Obra publicada bajo la Dirección de Gerardo Caetano.. «Conflictos y tensiones en el debate por la educación durante el Centenario» Editorial Taurus. 2ª. Edición Impresa en Paraguay en el año 200,1pág. 74.

de palanca de la civilización (...) «...es un dogma de pedagogía que la instrucción primaria debe ser esencialmente religiosa»⁷ ... La misma obra contiene una manifestación que no tiene desperdicio. Dice: «La moderna civilización está contemplando un escándalo jamás visto entre los pueblos más corrompidos de la antigüedad. Este escándalo magno es la escuela mixta, institución de inmoralidad y harem de la juventud. Semejante institución corresponde perfectamente al plan general de las retrologías masónicas, de corromper para descolonizar a los pueblos; porque es dogmática la irreconciliación del catolicismo con las pasiones y la inmoralidad» (...) Además un joven educado desde los primeros años entre niñas, acaba por ser lo que llamamos un mariquita; mientras que una niña educada entre varones viene a ser un marimacho, y así cambian los papeles y los caracteres sociales».

LA SOLUCIÓN NACIONAL

El debate quedó laudado, entre nosotros, con la consagración del artículo 5° de la Constitución de 1918, que supuso la separación de la Iglesia y el Estado o, mejor dicho, de las Iglesias, considerando el término en sentido antropológico comprensivo de las diferentes organizaciones eclesiasísticas.

Por su parte, el texto de 1934, en su artículo 59 consagró el texto que hoy aparece identificado como artículo 68. «*Queda garantida la libertad de enseñanza.*»

La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos.

Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee. De este modo, se aventaba el riesgo, de que se sucumbiera a la tentación de imponer una única orientación oficial, en desmedro de la orientación, incluso confesional que pudiera brindarse en los centros privados.

Lo anterior se complementaba con lo que dispuso el artículo 60 de la Constitución de 1934, mantenido en el texto de 1942 y reproducido como artículo 69 del texto de 1952: «*Las instituciones de enseñanza privada que suministren clases gratuitas a un número de alumnos y en la forma que determinará la Ley, y las instituciones culturales, serán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios.*» Dicho texto fue sustituido por el actualmente vigente artículo 69: «*Las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios.*»

Lo cierto es que la fórmula que se impuso entre nosotros fue singular y conformó una mirada típicamente autóctona, diferente a otras que se verifican en el mundo. La absoluta neutralidad del Estado frente a las manifestaciones religiosas, no para despreciarlas ni desconocerlas sino para ratificar que corresponde asignar, «al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios».

Hay una conocida anécdota según la cual, Napoleón Bonaparte, le comentó a Pierre Laplace, refiriéndose a su obra: «Exposición del sistema del mundo», que no había

⁷ Citado por Monestier, Jaime: «El combate laico». Montevideo, 1992, páginas 297 y 300.

mencionado ni una vez a su creador. Laplace le comentó: «Señor, nunca he necesitado esa hipótesis».

En cuanto a las vinculaciones del Estado con las instituciones religiosas, nuestro sistema ha adoptado una actitud «laplaciana», no necesita de esa hipótesis para regular la convivencia, lo que no quiere decir que reprima o restrinja la actividad desarrollada por los interesados en sostener una determinada confesión.

Como prescinde de esa hipótesis, y tenemos asumido el modelo, a través de este centenario en que el mismo rige, nos cuesta concebir, y estamos alejados de sistemas en que, por ejemplo, se establece una restricción confesional para el desempeño de determinados cargos o dignidades. En el caso de la República Libanesa, por ejemplo, como forma de aventar los enfrentamientos étnicos el Parlamento es multi confesional. El Presidente debe ser un cristiano maronita, el Primer Ministro, un musulmán sunita y el portavoz de la Cámara de Representantes, órgano legislativo, un musulmán chiíta. ¡Qué lejos que estamos, por suerte, de ese tipo de problemática!

Nuestro sistema nos ha servido como sociedad y, a mi juicio, ha sido positivo, incluso, para la confesión predominante porque la ha apartado de cuestiones pedestres y ha permitido que afloren aquellos aspectos de espiritualidad y tolerancia que enriquecen la convivencia general. Por eso, cerca de unos 140 años después, podemos celebrar el hecho de coincidir en mayor grado con el arzobispo de hoy, que se embarca, ejerciendo los derechos que le asisten, en una campaña tenaz, una especie de cruzada pero ahora urbana y civilizada, que con el de entonces. Porque, interpreto, el principio de laicidad que tenemos consagrado, nos ha hecho mejores a todos, también a los creyentes, sin perjuicio de las miradas distintas que podamos tener quienes mantenemos más dudas que certezas. Quizás, si algo debiera ser sagrado, ello es la posibilidad de sostener, en ejercicio del derecho que nos ampara a todos, las posturas que cada uno prefiera.

Como la presencia de una entidad sobrehumana constituye una hipótesis no necesaria, podemos reconocer con mayor facilidad, los valores éticos, quizás aun difícilmente practicables, de una concepción como la que imaginaba John Lennon en Imagine: *«Imagina que no hay paraíso, ni infierno, ni países, nada por lo que matar o morir, ni tampoco religión. Imagina a todo el mundo, viviendo la vida en paz. . .Puedes decir que soy un soñador, pero no soy el único. Espero que algún día te unas a nosotros, y el mundo será uno solo.»*

LAS NORMAS REGULADORAS

El artículo 5º de la Constitución es la norma fundamental que regula el tema que nos ocupa, pero no es la única.

La solución nacional guarda relación, asimismo, con el principio de igualdad consagrado por el artículo 8º de la Carta *«Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes»*. Como todas son iguales, su creencia en torno a la existencia o no existencia de una entidad sobrenatural creadora, personal, con capacidad de decisión sobre las peripecias de las criaturas que transitan por la vida, es un dato irrelevante y no se le pide que adopte, con sinceridad o sin ella, una determinada confesión para acceder, por ejemplo, a determinadas funciones o participar, en general, de la actividad estatal. Lo mismo puede decirse de la práctica de ciertos ritos.

Se ha dicho que, en realidad, más que proclamar la igualdad, a pesar del empleo del término, lo que el texto efectúa es promover la libertad, la igual libertad entre todos, excluyendo la discriminación. Herodoto, que defendió, en vía precursora, la concepción democrática, la define como integrada por la «isonomía»: la igualdad ante la ley, la «isocracia»: la igualdad de poder entre los ciudadanos y la «isegoría», la igualdad de expresión. La «igualdad ante la ley» es una idea que desestima la segregación y el prejuicio. Si somos iguales ante la ley, tendremos los mismos derechos, podremos aspirar a una distribución equitativa del poder y podremos defender libremente nuestras ideas que son, en un plano igualitario, tan dignas de consideración como las de los demás. Y desde esta óptica, el hecho de que el Estado no sostenga religión alguna, constituye una garantía de tratamiento igualitario.

Podría decirse, que otra opción sería la de tratar igual a las distintas confesiones y fomentar la actividad de todas ellas por igual. Pero claro, católicos somos unos cuantos, en nuestro medio y yazidíes, no somos prácticamente ninguno, a pesar de la identificación sentimental que podamos sentir ante la terrible situación a la que se han visto sometidos bajo el imperio de algunos energúmenos que dicen actuar en el nombre de un Dios, compasivo y misericordioso y cuyas principales víctimas, en términos cuantitativos abrevan en el mismo libro pretendidamente sagrado.

Entonces, cuando se reclaman espacios, no se puede soslayar que no todos compartimos las mismas circunstancias ni disponemos del mismo potencial, incluso para disfrutar de los posibles beneficios que el erario estaría en condiciones de brindar.

Coincidiendo con el principio de igualdad referido en el artículo 8º, toda persona está alcanzado por la libertad de actuación, que aparece explicitada en los artículos 7º, 10º y 36º de la Carta. O sea que crea en lo que crea, o no crea en nada, tendrá derecho a ser protegido en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Sus acciones privadas, como podría ser el ejercicio de un determinado culto, que no ataquen el orden público ni perjudiquen a un tercero, estarán exentas de la autoridad de los magistrados. No será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe y podrá dedicarse a cualquier actividad lícita. Y todo ello podrá suceder aun cuando sea un fiel y aún un ministro de determinado culto, sin restricciones.

Esto significa, entre otras cosas, que un religioso podrá opinar libremente sobre cualquier tema de interés general, sin que corresponda que se recluya en su actividad, como reclamaba, indebidamente, alguna feminista radical, en ocasión de la convocatoria a referéndum contra la ley que despenalizó, bajo ciertas condiciones, la interrupción voluntaria de la gravidez. El principio de igualdad referido a este tema implica la igualdad para los fieles, la igualdad para el desarrollo de las prácticas y la igualdad para los ministros u oficiantes. No corresponde limitarlos en sus derechos por consecuencia del ejercicio de su ministerio.

Significa también que, como sostuvimos en tiempos en que nos desempeñábamos como asesor letrado del Ministerio de Educación y Cultura, frente a algunos controles especiales que solicitaba la Fiscalía de Gobierno sobre los alcances de la actividad desempeñada, que no es pertinente, pedirle a determinadas organizaciones religiosas, para el reconocimiento de su personería jurídica, más que lo que se exigía en la generalidad de las situaciones. La personería jurídica es, apenas, el reconocimiento de que un grupo de personas quiere actuar de consuno, desarrollando un patrimonio común, es susceptible de ser retirada a título de

sanción o ante la evidencia de incumplimiento de los requisitos establecidos, llegado el caso y no supone ni patrocinio ni reconocimiento de sus virtudes ni el otorgamiento de cucarda de tipo alguno.

El tema se vincula, también, con la regulación que hace la Carta sobre la nacionalidad y la ciudadanía. Como la profesión de fe no es una hipótesis relevante, no constituye factor de atribución de nacionalidad ni de derecho cívico alguno.

No hay argumento en nuestro texto constitucional para considerar que ser nacional sea otra cosa que la condición de haber nacido en este suelo, situado al oriente del río Uruguay. Otras derivaciones, incluso consagradas en la ley reglamentaria, podrán ser discutidas en mejor ocasión.

Daniel Hugo Martins señala, con acierto, que la libertad de cultos consagrada en el artículo 5º, es «*complementada por el artículo 29, sobre libertad de expresión, el art. 38 sobre libertad de reunión, el art. 39 sobre libertad de asociación, el art. 54, sobre independencia de la conciencia moral y cívica de los trabajadores y el art. 68 sobre libertad de enseñanza*»⁸.

Lo primero que proclama el artículo 5º de la Constitución es la más absoluta libertad de cultos: «Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay» Podríamos expresar esto con el siguiente párrafo contenido en la Declaración «*Dignitatis Humanae*» «Sobre la libertad religiosa», emanado del Concilio Vaticano II, con fecha 7 de diciembre de 1965 y que implica un saludable cambio de orientación respecto de posturas anteriores a las que ya hemos hecho referencia. «... *la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa. Esta libertad consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos*». Pero, por supuesto, la libertad religiosa comprende, también, el derecho a no sentirse iluminado por la fe. El derecho al escepticismo, a la incredulidad, incluso a la apostasía.

El artículo 5º de la Carta, consagra, en su actual redacción, que data de 1934, (modificando la redacción anterior de 1918) la separación de las manifestaciones religiosas y el Estado. Tras proclamar la libertad de cultos, agrega: «El Estado no sostiene religión alguna».

Inmediatamente le reconoce a la Iglesia Católica el dominio de los templos construidos con fondos del erario nacional, salvo las capillas destinadas al servicio de determinados establecimientos públicos. Se trata de una concesión a la situación histórica precedente, demostrando un espíritu de separación conciliador. Queda impedido de construir nuevos templos, de cualquier credo y, por supuesto, no prevé, lo que carecería de sentido, que en caso de construir un templo no católico, como una mezquita, el mismo pasara a ser, de todos modos, propiedad de la mencionada Iglesia o que el citado templo permaneciera dentro del patrimonio estatal. En cierta forma, el establecimiento de un lugar de culto, en el espacio público, transformándolo en una especie de templo, no techado, roza la prohibición establecida.

⁸ Martins, Daniel Hugo. Constitución de la República Oriental del Uruguay – Comentada, anotada y concordada. T. I. La Ley Uruguay. Montevideo 2014. Pág.

«Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones», lo que reafirma el carácter benévolo de la separación.

¿Qué significa que no sostiene religión alguna? Significa que no tiene ni mantiene. No profesa, no sostiene, no subsidia, no apoya el fenómeno religioso, no catequiza, no entrega predios para la construcción de templos. La excepción es la exoneración tributaria antedicha que es el único apoyo admisible. Pero eso sí, protege el derecho de los fieles a desarrollar libremente su vocación.

No es ésta la ocasión de valorar si la original solución del derecho constitucional patrio que, a juicio del suscrito supone una consideración que iguala radicalmente a los creyentes con los no creyentes o a los practicantes de las diversas expresiones, es la mejor solución. Naturalmente, tenemos opinión favorable formada al respecto, pero se trata aquí de desentrañar lo que consagra el derecho positivo.

En ese sentido, la expresión «no sostiene», parece de interpretación unívoca, a nuestro juicio. Se prescinde en la vida pública y se valora y defiende el culto de quienes quieren profesarlo. Coincidentemente, Justino Jiménez de Aréchaga afirmaba, al considerar el punto en su curso referido a la Constitución de 1942, lo siguiente: *«La reforma de 1918 debió tener una consecuencia necesaria: la absoluta laicización de todos los servicios públicos. Sin embargo, aún hoy se mantiene en algunos de ellos un régimen que no concilia con el espíritu de la Constitución, y que da mérito para que se afecte en algunos casos, en términos de una extremada gravedad, la libertad religiosa de nuestros ciudadanos. Me refiero al régimen vigente en la Cárcel de Mujeres, en algunas dependencias del Consejo del Niño y en algunos hospitales.»*

Los que tienen alguna experiencia real de las cosas, deben saber que en la Cárcel de Mujeres, cuya administración está confiada a religiosas, se ejerce sobre las reclusas una intolerable presión de orden espiritual y se las tiene sometidas a un régimen lesivo para su libertad de creencias. Exactamente lo mismo ocurre en algunas dependencias del Consejo del Niño. Y exactamente lo mismo ocurre en algunos hospitales de nuestro país.

Se han dado muchas razones de distinta naturaleza para defender el mantenimiento de este sistema. Pero ninguna razón puede alcanzar para que hombres y mujeres, por el hecho de haber sido privados de su libertad física por vía de sanción, o por la circunstancia de haber tenido que recurrir a la protección del Estado por razones de indigencia, deban encontrarse sometidos a influencias espirituales no deseadas por ellos mismos. Considero que el respeto del artículo 5º, y el respeto de la personalidad humana, imponen de toda necesidad la eliminación de estos regímenes que hemos indicado. Sería, por lo demás, igualmente atentatorio, que se sustituyera a los elementos religiosos católicos que actualmente prestan servicios en esas dependencias públicas, por elementos religiosos de cualquier otra religión»⁹.

Esto no es una cuestión de desconocimiento de la dimensión espiritual de los seres humanos sino, seguramente, la ratificación del principio de igualdad que, conforme considera el constituyente, impone ubicar a las expresiones religiosas, cualesquiera que éstas sean, en el ámbito personal y privado de las personas, e impide que el Estado emplee

⁹ Jiménez de Aréchaga, Justino. «La Constitución Nacional». Edición de Homenaje de la Cámara de Senadores. Montevideo 1992, pág. 198.

sus recursos en el apoyo o fomento de una determinada manifestación. Ni debe construir templos ni puede transformarse en un agente de la propaganda.

Esto no significa, por ejemplo, que a la hora de contribuir a la restauración de una obra de arte, el Estado se vea impedido por el hecho de que exprese una temática religiosa. Se trataría del apoyo a una manifestación cultural que es universal, con prescindencia a los sentimientos especiales que le pueda evocar a un conjunto de prosélitos. Una obra de arte es de todos, aunque se trate de arte sacro. Tampoco impide el auspicio de una actividad educativa que se desarrolle en un centro confesional, por similares motivos. O, incluso, que se llegue a apoyar una actividad turística de orientación religiosa. Menos significa que se intente imponer un tratamiento hostil respecto de las religiones, lo que aparecería contradicho por los propios textos jurídicos que nos rigen, o que el fenómeno religioso no pueda ser estudiado en los centros educativos públicos, siempre que tal actividad no tenga un cariz proselitista. No significa, tampoco, que los sacerdotes o ministros de las diferentes profesiones, no tengan los mismos derechos de expresarse con entera libertad, que comprenden a cualquier persona. Comparten la misma posición que los demás, ni privilegio derivado de su ministerio ni, tampoco, subordinación alguna, respecto al común de las personas.

Pero, aportar recursos públicos para erigir un templo, o, por ejemplo para favorecer el ceremonial religioso o financiar una campaña de catequización, nos parece vedado por la norma.

Y evitar tener catequistas, de los diferentes credos, desempeñándose en la enseñanza oficial, nos evita, además, algunos problemas como el que derivaría de una situación de conflicto entre la persona y la autoridad eclesiástica, correspondiente, como sucedió alguna vez en la educación estatal, en España. (Y soslayo las cuestiones presupuestales)

Una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de 1946, basada como se ha visto en un texto menos claro que el nuestro, sostuvo: «*Ni un Estado ni el Gobierno Federal pueden establecer una iglesia. Tampoco pueden sancionar leyes que ayuden a una religión, a todas las religiones o prefieran a una en particular. No puede establecerse impuesto alguno, grande o pequeño, para sostener clase alguna de actividades o instituciones religiosas, no importa cuál sea su denominación, ni la forma que puedan adoptar para enseñar o practicar la religión. Tampoco podrá un Estado o el Gobierno Federal, ya sea abierta o secretamente, participar en los asuntos de cualesquiera organizaciones o grupos religiosos, o viceversa*».

Otra sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, de 1944 dispuso: «*La libertad de pensamiento, que incluye la libertad de creencia religiosa, es un hecho básico en una sociedad de hombres libres... Abarca el derecho de mantener teorías de vida y de muerte y del más allá, que constituyan una abierta herejía para los que siguen las creencias ortodoxas. Los enjuiciamientos por herejía son ajenos a nuestra Constitución. Los hombres pueden creer lo que no pueden probar. No pueden ser sometidos a la prueba de sus doctrinas o creencias religiosas. Experiencias religiosas que son tan reales como la vida para unos, pueden resultar incomprensibles para otros... Las relaciones del hombre con su Dios fueron puestas fuera de la jurisdicción del Estado. Al hombre se le acordó el derecho de adorar como se le antojase y de no rendir cuentas a nadie en lo tocante a la veracidad de sus puntos de vista religiosos...»*

El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara que *«Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observación»*.

No es lo mismo la libertad de culto que la separación de las iglesias y el Estado. El Estado, puede, en teoría, sostener una religión determinada y asegurar asimismo la libertad de cultos.

Pero convengamos en que, la adopción de un credo determinado por parte de un Estado, supone preferir y considerar más valiosa una postura respecto de las demás.

Desde la óptica de la igualdad y la tolerancia, la separación absoluta resulta la posición preferible. Caso contrario, se está discriminando implícitamente a las personas, ciudadanos y no ciudadanos, que no participan del culto oficial. Sólo la actitud de quien no admite que la verdad revelada para otro puede ser tan válida como la propia, justificará esa forma de discriminación.

El Estado debe asegurar la vigencia del derecho a la práctica religiosa a quienes ésta les importe. Y así lo proclama, entre nosotros. Así, procura proteger el derecho de los fieles, cuando el Código Penal tipifica en sus artículos 304 a 306, como delitos, la «Ofensa al culto por el impedimento o la perturbación de la ceremonia» (art. 304), la «Ofensa al culto por el ultraje de los lugares o de los objetos a él destinados, (art. 305) y la «Ofensa al culto por el ultraje público a las personas que lo profesan o a los ministros del culto» (art. 306). También proscribire la comisión de actos, e incitación, al odio, al desprecio o ejercicio de cualquier forma de violencia contra las personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual (arts. 149 bis y 149 ter)

Por suerte, no son conductas frecuentes pero allí está consagrada la tutela.

EN SUMA:

1. No sostener religión alguna implica un grado superlativo de neutralidad. Prescindir de lo religioso en el ceremonial público no significa desconocer la importancia que puede tener la manifestación para las personas y, menos aún, que el Estado renuncie a proteger el ejercicio de los derechos individuales a sostener un determinado culto.

2. El Estado debe proteger los derechos de las personas, incluyendo el profesar la creencia que se les ocurra y en la medida que entiendan adecuado. Pero eso no implica aportar elementos infraestructurales, lo que le está vedado.

3. Decir que la dimensión religiosa es necesaria para el establecimiento de la dignidad de las personas constituye una afirmación no definitiva y, eventualmente, refutable.

4. Entre otras cosas, el privilegiar a un determinado grupo de creyentes, y a sus líderes, dotándoles de un carácter oficial que no alcanza a todas las personas, contraviene el concepto de igualdad porque consagra, automáticamente, una distinción entre los que están comprendidos en el dogma oficial respecto de todos los demás, creyentes o no creyentes.

5. Fernando Savater, es autor de un ensayo denominado «La Vida Eterna» dice: (Madrid 2007 Pág 129). . . »*las religiones no son sistemas filosóficos cuyas perplejidades o contra-*

dicciones ocupan solamente los ocios cultivados de algunos intelectuales. Son amalgamas de creencias inverificables diversas, supersticiones, leyendas, pautas morales, cuentos edificantes, tabúes y profecías que inspiran la cotidianidad de personas de todas las clases sociales, con estudios o sin ellos, cultas o ignorantes, etc. La misma fe que para algunos es un estímulo poético que espiritualiza su vida hacia una más amplia y más comprensiva humanidad, funciona en otros casos como un oscurantismo fanático que impulsa al exterminio y a la persecución implacable de los semejantes.

Cuando contemplan los efectos criminógenos del tan temido odium theologicum, los creyentes más templados y benévolos nos aseguran que sus correligionarios más feroces no han entendido el «verdadero» mensaje de Cristo, Mahoma o Moisés... Pero ¿cómo determinar de modo inequívoco ese mensaje auténtico? En los libros sagrados hay de todo, como en botica, y junto a preceptos solidarios y fraternos se ofrecen tantos más que destilan crueldad punitiva: la opción por unos u otros depende de circunstancias políticas y sociales ajenas a la religión misma, la cual -como la lanza del héroe griego- lo mismo sirve para infligir las heridas fatales que para sanarlas»

6. A veces me parece que carecemos de perspectiva histórica cuando creemos que algunas conquistas civilizadoras son irreversibles. Hay que cuidarlas como si se tratara de un retoño en peligro. Hoy mismo, aparecen quienes al socaire de sus peculiaridades culturales, instalan un debate en torno a qué proporción de la epidermis es posible exhibir, o cubrir, en los centros educativos estatales, dependiendo del sexo de la persona.

«Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna», dice el artículo 5º de nuestra Constitución. Significa que no la tiene ni la mantiene y esto es también, junto con la coincidente proclamación de la igualdad de todas las personas ante la ley, para nosotros, una expresión de patria. Ojalá seamos capaz de mantenerla.

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.