

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO

DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº 52

Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

Directora
Mariana Blengio Valdés



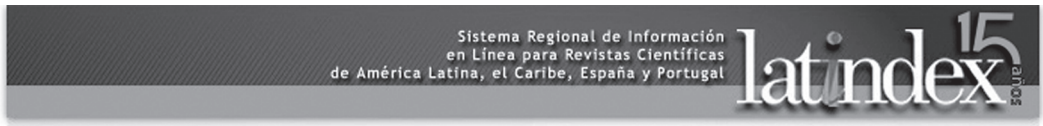
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 26. Número 52. Diciembre 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 PÚBLICO

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. Delpiazzi (Universidad de la República. Uruguay)

Augusto Durán Martínez (Universidad de la República)

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)

Alejandro Pastori (Universidad de la República)

Ana Pita (Universidad de Vigo. España)

José Enrique Pons (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

Martín Risso Ferrand. (Universidad Católica del Uruguay)

María Elena Rocca (Universidad de la República)

Felipe Rotondo (Universidad de la República)

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 APOYO EDITORIAL

Miguel Bonomi

Rodrigo Díaz Inverso

Gastón Lapaz

Mariel Lorenzo Pena

María Emilia Miller

Jean Paul Tealdi

Camila Umpiérrez Blengio

CONTENIDO

DOCTRINA

Los protocolos de investigación en seres humanos <i>Diego Andrade Sosa</i>	7
La disposición especial literal V de la Constitución uruguaya <i>Miguel Bonomi Santurio</i>	31
El final de la vida en clave bioética <i>Valeria Escobar Suhr</i>	53
Seguridad jurídica: plazos de prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones administrativas en nuestro Derecho y Jurisprudencia <i>Gastón Lapaz</i>	77
Reforma del Estado. Un aspecto para profundizar: el ascenso en la Administración Central <i>Mariel Lorenzo Pena</i>	89
Las normas de <i>jus cogens</i> del Derecho internacional: ¿un límite material a la reforma constitucional? <i>Ramón E. Trejo</i>	103
Las nuevas tecnologías y el Derecho de familia. Los exámenes prenatales y su viabilidad para evitar la transmisión de enfermedades a los hijos <i>Ana Fabiola Zamora Vázquez y Diego Adrián Ormaza Avila</i>	125
CONFERENCIAS	
Revocación de oficio de un Acto Administrativo nulo creador de derechos cuyo vicio era conocido por el beneficiario <i>Augusto Durán Martínez</i>	139

NOTA DE BIBLIOGRAFÍA

De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico.

María Casado Coordinadora.

Autores: Manuel Atienza, Ana Rubio, Albert Reyes, Ricardo García Manrique,

Esther Arroyo Amayuelas, Salvador Darío Bergel, Esther Farnás Amorós,

Chloe Ballesté, Carme Barrot, Miriam Méndez García, Itziar de Lecuona

Mariana Blengio Valdés 159

Normas de publicación para los autores. Revista Derecho Público 161

DOCTRINA

LOS PROTOCOLOS DE INVESTIGACIÓN EN SERES HUMANOS

Diego Andrade Sosa*

RESUMEN. *El avance científico en general, y en materia biomédica en particular, conlleva y depende del desarrollo constante de procesos de investigación; que necesariamente deben estar ceñidos por pautas éticas, formales y metodológicas. Se analiza desde la perspectiva de la Bioética cómo se encuentran regulados en Uruguay los protocolos de investigación en seres humanos al amparo de la normativa vigente en la materia.*

PALABRAS CLAVE. *Investigación en seres humanos. Autonomía, Beneficencia. No maleficencia. Justicia. Consentimiento informado.*

ABSTRACT. *Scientific advancement in general, and particularly on the biomedical field, entails and depends on the constant development of research processes; that are necessarily bound by ethical, formal and methodological guidelines. Throughout this paper we will analyze, from the perspective of Bioethics, the ways in which research protocols for research involving human beings are regulated in Uruguay, under the protection of existing regulations in this area.*

KEYWORDS. *Research involving human beings. Autonomy. Beneficence. Non-maleficence. Justice. Informed consent.*

I. INTRODUCCIÓN

Señalan LEMASPINELLI, TOLEDO SUÁREZ, CARRACEDO y RODRÍGUEZ ALMADA que prevenir “enfermedades, diagnosticarlas y tratarlas es una necesidad. También lo es intentar validar técnicas que nos permitan realizar estas prácticas. La investigación es una vía que nos permite lograr avances en esos terrenos. Sin embargo, la historia de

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Profesor Ayudante (G1) de Derecho Civil (FCCEEA-UR). Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (FD-UR). Maestrando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (FD-UR). Correo electrónico: dandradesosa@gmail.com

la investigación en seres humanos ha cursado inconvenientes y situaciones muchas veces alejadas de la búsqueda del beneficio colectivo. Frente a estas situaciones hemos presenciado el surgimiento de consensos, pautas y declaraciones que buscan regular esta actividad”¹.

Como sostiene GUZMÁN TORO en la actualidad, *“existe un énfasis en los derechos humanos en la investigación científica, debido a que se está en presencia de una nueva época, muy influenciada por los avances de la ciencia y la tecnología, que implicarían la necesidad de una nueva visión, de una nueva concepción, en lo relativo a los derechos humanos, pues existe el riesgo real de una crisis que puede ser generada como consecuencia de los avances de la ciencia y la tecnología y vulnerar derechos fundamentales tales como los derechos a la vida y la salud, como resultado de investigaciones que incluyen, por ejemplo, la inoculación de virus, bacterias, medicamentos experimentales, sin otorgar su aprobación; e incluso situaciones caracterizadas porque el investigador se transforma en objeto de su propia investigación, y que puede llegar a consecuencias fatales”².*

A partir de estas reflexiones, surge como noción fundamental que este tipo de investigaciones se encuentra necesariamente sometido a condicionamientos de índole ético-legal de primer orden, que se imponen fundamentalmente en razón del sujeto del estudio: el ser humano.

El objeto del presente informe será precisamente la descripción de las exigencias y requisitos solicitados por la normativa vernácula para poder ejecutar un proyecto de investigación que involucre seres humanos. Para su análisis se recurrirá no solamente a los contenidos del derecho positivo vigente, sino también a fuentes inspirativas del mismo, así como a diversos pareceres provenientes de autores bioeticistas, médicos y jurídicos.

II. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN SERES HUMANOS EN URUGUAY

II.I. Normas de rango legal refieren a la investigación en seres humanos

Si bien no existe en el ordenamiento jurídico vernáculo una Ley que con carácter general regule una temática tan sustancial como lo es la de la investigación en seres humanos, existen normas de jerarquía legal que con carácter disperso aluden al tópico.

En orden cronológico, la primera de ellas es el artículo 12 de la Ley N° 18.335 sobre de fecha 15 agosto 2008 sobre Derechos y Obligaciones de los pacientes y usuarios de los Servicios de Salud, el cual en sede de investigaciones médicas: establece: *“Todo procedimiento de investigación médica deberá ser expresamente autorizado por el paciente sujeto de investigación, en forma libre, luego de recibir toda la información en forma clara sobre los objetivos y la metodología de la misma y una vez que la Comisión de Bioética de la institución de asistencia autorice el protocolo respectivo. En todos los casos se deberá comunicar preceptivamente a la Comisión de Bioética y Calidad de Atención del Ministerio*

1 LEMA SPINELLI, Sebastián, TOLEDO SUÁREZ, Sebastián, CARRACEDO, María Rosa y RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo, “La ética de la investigación en seres humanos en debate” en *Revista Médica del Uruguay Volumen 4 N° 29 (2013)*, p. 242.

2 GUZMÁN TORO, Fernando, “Bioética, derechos humanos y la investigación en seres humanos” en *Revista Opción de la Universidad de Zulia, vol. 30, núm. 73 (2014)*, p. 121.

de Salud Pública. La información deberá incluir el derecho a la revocación voluntaria del consentimiento en cualquier etapa de la investigación. La Comisión se integrará y funcionará según reglamentación del MSP y se asesorará con los profesionales cuya capacitación en la materia los constituya en referentes del tema a investigar”. Para BLENGIO VALDÉS este artículo “reafirma en lo sustancial el principio de autonomía y la garantía del consentimiento de los pacientes que participan en las investigaciones médicas. Consentimiento cuyo derecho a revocar, se establece a texto expreso en el mismo artículo”³.

En segundo término aludiremos a la Ley N° 18.426 de fecha 1° de diciembre 2008, en materia de derechos sexuales y reproductivos establece en el literal cuarto del inciso “i” de su artículo 4 establece corresponde al Ministerio de Salud Pública “investigar y difundir los resultados de la incidencia del VIH-SIDA y otras infecciones de transmisión sexual en diferentes grupos poblacionales incluidos los recién nacidos”.

Avanzando en el discurrir cronológico, encontramos a la Ley N° 18.968 de fecha 4 de setiembre 2012, el cual modifica la redacción del artículo 1° de la Ley 14.005, señalándose en su primer inciso que “*Toda persona mayor de edad que, en pleno uso de sus facultades, no haya expresado su oposición a ser donante por alguna de las formas previstas en el artículo 2° de la presente ley, se presumirá que ha consentido a la ablación de sus órganos, tejidos y células en caso de muerte, con fines terapéuticos o científicos*”; para posteriormente agregar en el segundo inciso que “*Sin perjuicio del principio general enunciado en el inciso anterior, toda persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades podrá en vida manifestar su consentimiento o negativa para que en caso de sobrevenir su muerte, su cuerpo sea empleado, total o parcialmente, para usos de interés científico o extracción de órganos, tejidos o células con fines terapéuticos. Dicho consentimiento o negativa podrán ser revocados en todo momento*”. En el inciso final el artículo de marras prevé las situaciones de los menores de edad o personas incapaces, respecto de los cuales el consentimiento a la ablación deberá ser otorgado por su representante legal, al momento de constatarse el deceso.

En posición que compartimos, BLENGIO VALDÉS asevera que la “*presunción del consentimiento en esta materia constituye un aspecto notoriamente contradictorio y cuestionable en tanto contradice el principio de autonomía, autodeterminación y la manifestación del consentimiento, como principio rector de la perspectivabioética*”⁴. La norma expuesta, en puridad, convierte en excepción lo que en el ámbito bioético constituye una regla o máxima elemental: la necesidad de recabar el consentimiento del sujeto del procedimiento.

En cuarto lugar debemos aludir a la Ley N° 19.167 de fecha 22 de noviembre de 2013, relativa a la reproducción asistida humana. En su artículo 18 se hace referencia a la investigación con gametos y embriones, previniendo que “*Los gametos podrán ser utilizados con fines de investigación o experimentación científica para la mejora de las técnicas de reproducción asistida. En tales casos, los gametos no podrán ser fertilizados con el fin de obtener embriones. Se prohíbe la investigación o experimentación científica con embriones generados para desarrollar embarazos con las técnicas de reproducción*

3 BLENGIO VALDÉS, Mariana, “Sobre la Regulación Jurídica-Bioética de la Investigación en Seres Humanos en Uruguay” en *Revista de Derecho Público Número 50 (2016)*, p. 168.

4 BLENGIO VALDÉS, Mariana, op. cit., p. 169.

humana asistida reguladas por la presente ley”, agregando que dentro de esta temática específica “*Todo protocolo de investigación básica o experimental deberá ser aprobado por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida previo a iniciarse el mismo*”.

En el artículo 19 del referido cuerpo normativo se prohíbe la clonación de seres humanos “*así como cualquier procedimiento dirigido a la transformación o alteración de la especie humana, a partir de material biológico obtenido en aplicación de técnicas de reproducción humana asistida autorizadas por la ley*”. Esto, en forma indubitable, constituye una limitación o directiva de carácter material fundamental para cualquier tipo de investigación en la materia.

Por último cabe hacer mención a la Ley N° 19.286 de fecha 25 septiembre 2014, la cual aprueba el Código de Ética Médica del Colegio Médico del Uruguay, la cual contiene una sección específica dedicada a la investigación científica con seres humanos (artículos 63 a 70). Es quizás, luego del Decreto N° 379/2008 al que referiremos infra, el cuerpo normativo del orden jurídico nacional con mayores alusiones y contenidos sobre investigación en seres humanos; y como apunta BLENGIO VALDÉS, consagra principios fundamentales relativos a la autonomía, consentimiento expreso y revocable, confidencialidad, información y riesgos beneficios⁵.

Previo al ingreso de la sección precitada, en el literal “b” de su artículo 42 se establece que: “*No es éticamente admisible que el médico contribuya a gestar seres humanos para investigar o comerciar. El embrión humano nunca puede ser sujeto de comercialización ni experimentación ni materia prima de medicamentos, cosméticos u otros productos*”.

En el artículo 63 se señala que “*La dignidad, el bienestar y la autonomía de la persona deben tener prioridad con respecto al interés de la ciencia o la sociedad. Todo protocolo de investigación o experimentación debe ser aprobado por un Comité de Ética de la Investigación en seres humanos antes de iniciarse la investigación*”.

En el artículo 64 se establece que es un derecho de todo individuo recibir información veraz para dar su consentimiento informado antes de participar como sujeto en cualquier tipo de investigación y es deber del médico investigador recabarlo; añadiendo el artículo 65 que “*El médico como investigador debe aclarar a las personas o también a las instituciones de las que estas dependen, que los datos obtenidos serán utilizados exclusivamente para el protocolo de investigación propuesto*”.

En el artículo 66 se prevé el deber del médico de respetar el derecho de la persona a retirarse de la investigación en cualquier momento sin que le cause perjuicio, debiendo el galeno hacer lo necesario para que no se vea afectada la relación clínico-asistencial con el equipo de salud.

En los artículos 67 y 68 se establece el deber y responsabilidad del profesional de proteger a los pacientes sujetos de la investigación de riesgos y perjuicios.

El artículo 69 alude a la transparencia y ética en el manejo de la información recabada en la investigación al establecer que “*a) Como investigador, el médico nunca suprimirá datos discordantes con sus hipótesis o teorías, ni falsificará ni inventará datos. La debida transparencia y obligada declaración pública ante potenciales conflictos de intereses no*

5 Ídem, p. 170.

solo representa una salvaguarda de la relación entre médico y paciente, sino que también de la confianza que el público en general deposita en la profesión médica y en la investigación biomédica. b) En su comunicación científica no ocultará los aportes recibidos de otros autores ni intentará minimizar los méritos de estos. Nunca se atribuirá trabajos que no hayan sido realizados por él. El plagio científico es una falta ética. c) El médico debe comunicar sus hallazgos científicos en un ambiente calificado para valorarlo. Solo después podrá divulgarlo públicamente. Será objetivo y veraz, no creando falsas esperanzas ni sobrevalorando sus hallazgos”.

Por último en el artículo 70 se establece la confidencialidad de los datos obtenidos en investigaciones son confidenciales y solo se puede revelar la identidad del sujeto de investigación con autorización expresa de este. Las comunicaciones y publicaciones deben garantizar el anonimato de los integrantes de la población investigada.

En definitiva, la exposición que antecede se caracteriza por su dispersión en términos normativos, y como acertadamente señala BLENGIO VALDÉS de su análisis “*se desprende de la falta de coordinación, la ausencia de referencias en algunas disposiciones y la superposición de roles en relación a los aspectos instrumentales de evaluación y seguimiento*”⁶; sin perjuicio de que la propia autora reconoce que la descripción, asimismo, “*pone en evidencia la importancia del tema y reafirma la necesidad de armonizar todos los aspectos que directa o indirectamente vinculan a la investigación que involucra seres humanos. Definiendo su ámbito de aplicación, asegurando los principios bioéticos que las regirán, y armonizando las previsiones en relación a quienes supervisan los aspectos éticos y científicos de las investigaciones que involucran seres humanos*”⁷

II.II. El Decreto N° 379/2008 de fecha 4 de agosto de 2008

En la normativa vernácula, la fuente que regula en forma genérica y con atisbos de sistematización la investigación en seres humanos se encuentra en el Decreto N° 379/2008 de fecha 4 de agosto de 2008; constituido por un breve articulado y por un Anexo elaborado por la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud, dependiente de la Dirección General de la Salud del Ministerio de Salud Pública. Su aplicación constituye un imperativo para toda modalidad de investigación en la que participen seres humanos, y pretenda realizarse en instituciones de Salud públicas y privadas.

El citado cuerpo normativo halla basamento en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración de Helsinki y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, lo dispuesto en la Constitución de la República en su Artículo 44 y la Ley N° 9.202 de 12 de enero de 1934 - Orgánica de Salud Pública - y Resolución del Poder Ejecutivo N° 610/005, (Interna N° 68) de fecha 11 de abril de 2005.

En nuestra óptica de análisis, tanto a la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial⁸ como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos debe conferírseles un valor interpretativo e incluso integrativo ante eventuales vacíos del

6 *Ibidem*, p. 171.

7 *Ibidem*, p. 171.

8 A los efectos del presente nos referimos a la versión de dicha Declaración adoptada en la 64ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Fortaleza, Brasil, octubre 2013.

Decreto. Asimismo los textos normativos de rango legal reseñados en el capítulo son susceptibles de cumplir idéntico rol, especialmente cuando la investigación gire en torno a las temáticas o ámbitos específicos a los que refieren los mismos.

El artículo 3 del Decreto establece con carácter previo a toda investigación se deberá contar con la aprobación del Comité de Ética Institucional el que deberá ser acompañado de su respectivo Protocolo de Investigación.

Resulta menester aludir a algunas definiciones que contiene el documento adjuntado al Decreto, y que nos permiten avanzar en la consigna planteada inicialmente, particularmente en cuanto a ciertos términos. Particularmente entendemos pertinente señalar que de acuerdo a la norma, por Investigación debe entenderse aquella actividad cuyo objeto es desarrollar o contribuir para el conocimiento científico; consistente en hipótesis, teorías, relaciones o principios, que puedan ser corroborados por métodos científicos de observación e inferencia; lo cual implica el empleo de la metodología científica propia para desarrollar dicho conocimiento. Dentro de dicho género, encontramos la especie *“Investigación que involucra seres humanos”*, la cual es definida como aquella que *“individual o colectivamente involucra al ser humano, de forma directa o indirecta, en su totalidad o parte de él, incluyendo el manejo de informaciones o materiales”*.

En pasaje ulterior, el aludido cuerpo normativo, dota de mayor contenido a la definición reseñada en el párrafo anterior al decir que: *“Todo acto o conjunto de actos de cualquier naturaleza, que tenga como objeto analizar o determinar resultados de la aplicación o utilización de drogas, dispositivos, procedimientos o sistemas con fines diagnósticos, terapéuticos o de desarrollo, actualización o introducción de nuevos conocimientos científicos, que tengan relación con el ser humano, será considerado como investigación”*. La regulación incluye, de forma no taxativa, los procedimientos de naturaleza operacional, ambiental, nutricional, educacional, sociológica, antropológica-económica, física, psíquica o biológica. También se consideran incluidos como especies dentro del género de la investigación, la recolección y todo tipo de manipulación de datos personales relacionados con la salud de individuos o comunidades; hipótesis que a nuestro criterio abarca a aquellos proyectos cuyo desarrollo implica el relevamiento de información contenida en historias clínicas de paciente.

Entendemos que las definiciones que preceden son de singular importancia, ya que al considerar las mismas como guía se podrá, no solamente fundamentar qué casos ameritan la intervención preceptiva del Comité de Ética de la Investigación de la Institución; sino en que supuestos la misma no es necesaria. Ergo, cuando bajo la apariencia de un proyecto de investigación se presente una propuesta que no detente ninguna de las características anteriormente descritas o involucre alguno de los aspectos reseñados, no resultará menester la participación del citado órgano; encontrándose la propia Dirección del centro asistencial facultada para resolver su aprobación o denegación de ejecución.

El incumplimiento de las pautas establecidas en el Decreto importa la responsabilidad tanto del investigador como del propio establecimiento. En tal sentido el numeral 53 del Anexo señala: *“El profesional que realice investigación en seres humanos sin contar con las autorizaciones exigidas por la presente norma, incurrirá en responsabilidad, debiendo remitirse los antecedentes a los efectos de su valoración a la Comisión Nacional de Ética en Investigación. El establecimiento donde se practique una investigación violentando la normativa prescripta por el presente, será sancionado de conformidad con las normas*

vigentes. Lo preceptuado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondieren”.

III. EXIGENCIAS QUE DEBEN CUMPLIR LAS INVESTIGACIONES QUE INVOLUCRAN SERES HUMANOS

Partiendo de la lectura del Decreto N° 379/2008, hemos dividido a los requisitos que deben cumplir y a las que están sometidas las investigaciones que involucren a seres humanos para ser realizadas en cuatro grupos: a) éticas, b) científico-metodológicas, c) formales y d) de seguimiento y contralor.

Esta clasificación empleada no figura como tal en el cuerpo del texto reglamentario, pero entendemos que podría contribuir a un estudio sistematizado de los extremos requeridos.

Sin perjuicio de ello; la división realizada dista de ubicar a los requisitos en compartimentos estancos o a la creación de categorías absolutamente independientes e inconexas de las restantes; ya que como apreciaremos, el componente ético trasunta y se encuentra inmerso en los cuatro grupos, denotando una cierta interdependencia entre las mismas.

El encargado de realizar el primer contralor de la observancia de estos requisitos es el Comité de Ética en Investigación de la institución donde se pretenda llevar adelante el proyecto, conforme establece el numeral 26 del Decreto N° 379/2008.

III.I. Exigencias éticas

Según el Decreto, las investigaciones de marras deben observar ciertos principios bioéticos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. En lo sucesivo, se expondrán las definiciones de los principios, así como desarrollos del propio texto normativo que permiten especificar los alcances de dichas directrices.

III.I.I. Principio de autonomía.

Dentro del ámbito del Decreto, este principio refiere a la necesidad de recabar el consentimiento libre e informado de los individuos y la protección de los grupos vulnerables y los legalmente incapaces, agregando la norma que: *“Se deberá en todos los casos tratar a los sujetos investigados respetando su dignidad e integridad; atendiendo a su autonomía y defendiéndolos en su vulnerabilidad”*.

Sobre este punto el artículo 5 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (en lo sucesivo DUBDH) señala: *“Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”*.

Para GUZMÁN TORO el principio de autonomía se vincula con *“la facultad que tiene todo ser humano a la autodeterminación; es uno de los fundamentos más importantes de la racionalidad humana, pues se consideran como permitidas aquellas acciones que están de acuerdo con la autonomía de la voluntad, mientras que aquellas que vulneran la autonomía de los seres humanos se consideran como prohibidas”*⁹.

9 GUZMÁN TORO, Fernando, op. cit., p. 128.

Expresan BERRO ROVIRA y CLUZET, en reflexiones en torno a la aplicación de esta directriz en la relación médico-paciente, pero que son perfectamente trasladables al campo de la investigación en seres humanos, que las implicaciones del principio de autonomía “*incluyen la exigencia de una comunicación asertiva en la relación clínica, decir la verdad, no engañar, proporcionar cuanta información se desea recibir, es decir, actuar con honestidad, transparencia y lealtad (...)*”¹⁰.

Como apunta ORDOQUI CASTILLA, para que pueda hablarse de autodeterminación o autonomía se requiere “*a) estar al margen de presiones por condicionamientos de forma que la persona decide por su propia convicción. Los condicionamientos pueden estar dados por factores externos o internos (...) por ejemplo, la pérdida de conocimiento o una enfermedad invalidante; b) La noción de autonomía presupone además de ser libre para decidir, que existan opciones reales dentro de las que elegir; y c) Para que se pueda elegir con autonomía se debe decidir con conocimiento, es decir, con la información adecuada*”¹¹. Estas concepciones registran un

paralelismo con el pensamiento de BEAUCHAMP y CHILDRESS para quienes la autonomía implica “*la regulación personal de cada individuo, sin la existencia de interferencias externas que pretendan controlarla y que impidan hacer una elección; es decir, que una persona autónoma tendría la facultad de actuar de acuerdo con su propio proyecto, existiendo dos condiciones fundamentales vinculadas al principio: en primer lugar, la libertad que se relacionaría con la posibilidad de actuar independientemente de una influencia externa; y en segundo lugar, lo que se denomina “ser agente”, que es la capacidad y la facultad de actuar de acuerdo con su propia intencionalidad*”¹².

En el marco del texto reglamentario, entendemos que este principio reposa sobre tres pilares fundamentales: el respeto por a dignidad de la persona, el consentimiento libre e informado de los individuos y la protección de los grupos vulnerables y de los legalmente incapaces.

III.I.I.I. La dignidad de la persona.

A nuestro juicio es a través de del respeto por la dignidad de la persona humana que se produce una de las conexiones más fuertes entre la Bioética y los Derechos Humanos; ya que, como sostiene GROS ESPIELL “*Existe una relación entrañable y necesaria entre la bioética y los derechos humanos (...)*” “*Los derechos humanos son atributos necesarios de la persona humana; son tenidos por ella como tal, emanan de la dignidad del ser humano, pertenecen a todos los individuos humanos sin que sea admisible ninguna forma de exclusión*”, “*(...) los derechos humanos, derechos de todo ser humano que vive, no pueden ser enunciados ni analizados de manera separada de las ciencias de la vida y en especial, de la bioética. Y, a su vez, la bioética no tendría razón de ser ni justificación sin relacionarla con los derechos humanos*”¹³.

10BERRO ROVIRA, Guido y CLUZET Oscar, “Bioética” en BERRO ROVIRA, Guido y Colaboradores, *Medicina Legal. Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2013, p. 344.

11ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Consentimiento Informado. Ley 18.335 y Decreto 274/10. Cuadernos de Derecho Médico N° 1*, Ediciones Del Foro, Montevideo, 2012, p. 8.

12Cfr. GUZMÁN TORO, Fernando, ob. cit., p. 128.

13GROS ESPIELL, Héctor, *Ética, Bioética y Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 2005, p. 169.

Según BAYERTZ la noción de “*dignidad humana*” se vincula con el “respeto incondicionado que merece todo individuo en razón de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer”¹⁴; y como apunta ANDORNO “*En otras palabras, la dignidad, como prerrogativa característica de las personas, es un valor absoluto que escapa por tanto a todo cálculo utilitarista de costos-beneficios*”¹⁵.

Para BLENGIO VALDÉS “*La dignidad humana podría llegar a definirse aunque muy elípticamente como el valor incondicional y único que hace singular a todos y cada uno de los humanos y a partir del cual éste proyecta sus derechos y libertades. Esa condición que parte de la igualdad de la especie humana, merece y obliga respeto, en tanto no existe poder humano que pueda, fundadamente, derogar o suspender la condición existencial de la vida y la muerte. (...) Del punto de vista normativo, la dignidad humana es pre condición de derechos y libertades, plataforma que previene y condena todas las prácticas que intenten menoscabar el valor intrínseco de los seres humanos y reducir al humano a un mero instrumento objeto de disputa individual o colectiva, política o económica*”¹⁶.

Las concepciones prealudidas se hayan en consonancia con el artículo 3 de la DUBDH en el que bajo *nomen iuris* “*Dignidad humana y derechos humanos*” se establece que: “*1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. 2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad*”.

Autores como MACKLIN acotan que en materia bioeticista la noción de dignidad humana es un concepto “inútil” o un “mero eslogan” de la ética médica, “*porque sólo significa lo que ya está contenido en el principio ético de respeto a las personas: la exigencia del consentimiento informado, la protección de la confidencialidad de los pacientes y la necesidad de evitar discriminaciones y prácticas abusivas respecto de ellos*”¹⁷.

ANDORNO, en línea argumental que compartimos, discrepa con las concepciones MACKLIN estimando que no necesariamente la noción de respeto se identifica con la idea de dignidad, ya que si bien “*la dignidad humana genera un deber de respeto hacia las personas (...) tal respeto no es más que una consecuencia de la dignidad. Es decir la dignidad es la razón que justifica la necesidad de respeto; ambas nociones no son sinónimas, sino que se encuentran en una relación de causa a efecto*”¹⁸.

En cuanto a la reducción de la dignidad a la autonomía, ANDORNO también denota su desacuerdo respecto a MACKLIN, ya que si se entendiera que ambas nociones son equivalentes, podría sostenerse que los individuos que carecen de autonomía como los recién nacidos o las personas que se encuentran afectadas de enfermedades mentales graves, no

14Cfr. ANDORNO, Roberto, “El Principio de Dignidad Humana en el Bioderecho Internacional”, en GARCÍA, José Juan (Director): *Enciclopedia de Bioética*, Disponible en: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todaslasvoces/184elprincipiodedignidadhumanaenelbioderechointernacional> Fecha de consulta: 14.08.2017

15Ídem.

16BLENGIO 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 Derecho Público Número 49 (2016)*, p. 52.

17Cfr. ANDORNO, Roberto, op. cit.

18Ídem.

poseerían ninguna dignidad¹⁹. El citado doctrino añade que “*cabe recordar que hay innumerables decisiones autónomas que, por ir en contra de la dignidad del propio individuo, no se consideran legítimas ni por la ética ni por el derecho*”²⁰, aludiendo a los casos de personas que tengan deseos de trabajar en condiciones próximas a la esclavitud, tal deseo no es reconocido como válido por las normas legales; o en el terreno clínico o de la investigación el consentimiento a una experimentación científica que implica “*un riesgo desproporcionado para la propia vida, el deseo irracional de verse amputado un miembro sano, o la voluntad de vender un riñón para poder cubrir las necesidades de la propia familia se consideran normalmente como incompatibles con la dignidad humana y por ello no son reconocidos ni por la ética ni por el derecho*”²¹.

En suma, estimamos que todos los aspectos atinentes a la salvaguarda de la dignidad humana, más allá de los comprendidos en las nociones de autonomía y de respeto, deben ser protegidos a la hora de considerar proyectos de investigación en personas.

III.I.I.II. El consentimiento libre e informado.

III.I.I.II.I. Definiciones y aspectos generales.

El Decreto define al consentimiento libre e informado como la “*anuencia del sujeto de investigación y/o de su representante legal, libre de vicios (simulación, fraude o error), dependencia, subordinación o intimidación*”. Se señala que el mismo debe ser precedido por la explicación completa y pormenorizada sobre la naturaleza de la investigación, sus objetivos, métodos, beneficios previstos, potenciales riesgos y/o incomodidades que ésta pueda acarrear; y se especifica que la aceptación debe ser formulada en término de consentimiento, autorizando su participación voluntaria en la investigación.

La obtención en forma debida del consentimiento, resulta de tal importancia al punto que el propio numeral 14 del Anexo señala que los “*datos obtenidos a partir de sujetos de investigación sólo podrán ser usados para los fines previstos en el protocolo y en el consentimiento*”.

De acuerdo reza el propio texto reglamentario, el respeto debido a la dignidad humana exige que la investigación se procese después del consentimiento libre e informado de sujetos, que manifiesten su anuencia a la participación en la investigación, dado de conformidad con las normas legales.

En línea análoga el artículo 6 de la DUBDH establece que “*la investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos*”.

19Ibídem.

20Ibídem.

21Ibídem.

El numeral 11 del anexo del Decreto establece que *“La libertad del consentimiento deberá ser particularmente garantizada para aquellos sujetos que, aunque adultos y capaces estén expuestos a condicionamientos específicos o a influencia de una autoridad, en particular estudiantes, militares, empleados, presos, internos en centros de rehabilitación, refugios, asilos, asociaciones religiosas y semejantes, asegurándoles la entera libertad de participación o no en la investigación, sin ninguna represalia”*.

Como señala ORDOQUI CASTILLA, quien consiente *“debe proceder con libertad, conciencia, voluntad e información. Se consiente libremente sólo cuando se conoce sobre lo que se decide”*²².

En este punto resulta menester aludir a la competencia para otorgar el consentimiento, entendida por BERRO ROVIRA como *“la capacidad para comprender la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias a fin de tomar finalmente una decisión coherente”*²³. En análogo sentido ORDOQUI CASTILLA destaca que *“quien presta el consentimiento informado debe tener una aptitud como para poder procesar la información que se le brinda y estar en condiciones de tomar una decisión”*²⁴, añadiendo que el titular del consentimiento informado, que en la especie sería el sujeto de la investigación, *“no tiene que estar afectado psicológicamente por su enfermedad, ni carecer de edad suficiente, y debe poseer conciencia y voluntad en relación a lo que va a consentir”*²⁵.

En nuestra concepción, la necesidad de recabar el consentimiento informado para realizar además de ser un corolario del principio de autonomía; deriva asimismo del derecho de libertad de las personas, del que nadie puede ser privado *“sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”* conforme reza el artículo 7 de nuestra Constitución²⁶. En definitiva es la persona la que libremente decide si participará o no en la investigación en cuestión. Consecuentemente llevar adelante proyectos de investigación sin contar con el consentimiento libre e informado del sujeto de la misma es, ante todo, una seria infracción al precepto constitucional aludida, además de las normas de rango reglamentario que regulan específicamente la temática; en tanto no existe texto de jerarquía legal que haya sido dictado por razones de interés general y que prevea su relevamiento en algún tipo de circunstancia.

En otro orden, el Decreto establece que en los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión.

No obstante lo expresado, la norma aclara que el acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no deben sustituir en caso alguno el consentimiento informado de una persona.

22 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, op. cit., p. 57.

23 BERRO ROVIRA, Guido, “Consentimiento” en BERRO ROVIRA, Guido y Colaboradores, *Medicina Legal. Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2013, p. 361.

24 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, op. cit., p. 57.

25 Ídem, pp. 57-58.

26 Constitución de la República, artículo 7: *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”*

III.I.I.II.II. El consentimiento informado en el caso de los menores de edad e incapaces

La posibilidad de participación como sujetos de investigación de personas que desde el punto de vista legal no puede expresar válidamente su consentimiento, como los menores de edad y los mayores incapaces es un asunto que reviste particular interés.

En tal sentido el tercer inciso del numeral décimo del Anexo al Decreto establece que en las investigaciones que involucren niños, adolescentes, portadores de perturbaciones o enfermedades mentales o sujetos con disminución en su capacidad de consentimiento, se deberá cumplir con las exigencias del consentimiento libre e informado, *“a través de los representantes legales de los sujetos referidos”*.

Entendemos que esta disposición debe ser necesariamente complementada con la normativa mencionada en la parte expositiva del Decreto. Así el artículo 7 de la DUBDH prevé que de conformidad con la legislación nacional, se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento, especificando que: *“a) la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación; b) se deberían llevar a cabo únicamente actividades de investigación que redunden directamente en provecho de la salud de la persona interesada, una vez obtenida la autorización y reunidas las condiciones de protección prescritas por la ley, y si no existe una alternativa de investigación de eficacia comparable con participantes en la investigación capaces de dar su consentimiento (...) Se debería respetar la negativa de esas personas a tomar parte en actividades de investigación”*.

Por su parte la Declaración de Helsinki en sus numeral 28 establece que cuando *“el participante potencial sea incapaz de dar su consentimiento informado, el médico debe pedir el consentimiento informado del representante legal. Estas personas no deben ser incluidas en la investigación que no tenga posibilidades de beneficio para ellas, a menos que ésta tenga como objetivo promover la salud del grupo representado por el participante potencial y esta investigación no puede realizarse en personas capaces de dar su consentimiento informado y la investigación implica sólo un riesgo y costo mínimos”*.

Cuestión compleja es el caso de los denominados *“menores maduros”*. Sobre el particular BERRO ROVIRA señala que desde hace un tiempo *“se asiste a un cambio de concepción médico legal (...) en relación con la competencia del adolescente y especialmente de su capacidad de tomar decisiones con respecto a su cuidado de salud, integridad física, asistencia médica”*²⁷, y citando a LANDWITH expresa que *“La ley y sus principios éticos subyacentes reconocen que el crecimiento y desarrollo de los niños desde la infancia a la adolescencia pasa por la maduración progresiva de la facultad participativa del niño en la toma de decisiones importantes, incluidas las que atañen al cuidado de su salud. Se debería respetar el derecho a la autodeterminación en aquellos (...) adolescentes capaces de comprender en que estado se encuentran y las consecuencias de sus decisiones, mediante invitarlos a participar en toma de decisiones”*²⁸.

27BERRO ROVIRA, Guido, Consentimiento cit., p. 371.

Estimamos que estos conceptos guardan consonancia con el numeral 29 de la Declaración de Helsinki, el cual establece que: *“Si un participante potencial que toma parte en la investigación considerado incapaz de dar su consentimiento informado es capaz de dar su asentimiento a participar o no en la investigación, el médico debe pedirlo, además del consentimiento del representante legal. El desacuerdo del participante potencial debe ser respetado”*.

En suma, en sede de investigación con seres humanos menores de edad o incapaces se estará al consentimiento que confieran los representantes legales de los mismos; y para el caso de adolescentes o menores maduros deberá recabarse el asentimiento de los mismos.

III.I.I.II.III. Requisitos del consentimiento libre e informado.

La regulación en análisis alude a una serie de requisitos o aspectos que debe detentar el consentimiento para que pueda ser considerado como “libre e informado”, los cuales, para su exposición, hemos clasificado en materiales y formales, según se verá a continuación.

III.I.I.II.III.I. Aspectos materiales que debe reunir el consentimiento.

La norma establece que la información deberá ser brindada a los sujetos en lenguaje accesible e incluirá necesariamente los siguientes aspectos: a) la justificación, los objetivos y los procedimientos que serán utilizados en la investigación; b) las molestias, los posibles riesgos y beneficios esperados; c) los métodos alternativos existentes; d) la forma de seguimiento y asistencia, sus responsables; así como la duración de su participación; e) la garantía de información, antes o durante el curso de la investigación, sobre la metodología, informando la posibilidad de su inclusión en grupo de investigación, grupo control o grupo placebo; f) la libertad del sujeto de rehusar su participación o retirar su consentimiento, en cualquier fase de la investigación, sin penalización alguna y sin perjuicio de su cuidado; g) garantizar el secreto que asegure la privacidad de los sujetos respecto a los datos confidenciales involucrados en la investigación; h) las formas de reintegrar los gastos derivados de la participación en la investigación; i) las formas de indemnización frente a eventuales daños derivados de la investigación; y j) la forma de comunicarse y acceder a los investigadores durante el estudio.

III.I.I.II.III.II. Aspectos formales que debe reunir el consentimiento.

Una vez elaborado el consentimiento, para que el mismo sea válido, deberán ser observados los siguientes requisitos de tenor formal, a saber: a) debe ser elaborado por el investigador responsable, expresando el cumplimiento de cada una de las exigencias anteriormente referidas; b) ser aprobado por el Comité de Ética en Investigación; c) ser firmado o identificado por impresión digital, por todos y cada uno de los sujetos de investigación o por sus representantes legales y por el investigador responsable; d) ser elaborado en dos vías, siendo una entregada al sujeto de investigación o sus representantes legales y otra archivada por el investigador responsable.

III.I.I.II.IV. Casos especiales y excepcionales.

Existen determinados supuestos en los que el procedimiento de recabar el consentimiento informado ofrece determinadas particularidades y dificultades, a las que la normativa brinda un especial tratamiento.

28Cfr. Ídem, pp. 371-372.

Subrayamos el carácter excepcional de las mismas, en tanto la regla en esta materia es la obtención del consentimiento brindando la mayor información posible, en forma necesaria o como requisito *sine quanon* para la admisibilidad del proyecto de investigación.

a) Restricción a la libertad de información necesaria para un adecuado consentimiento.

En primer término encontramos los casos en que, por las objetivos posteriores del proyecto, existe una restricción a la libertad de información necesaria para un adecuado consentimiento. En estas hipótesis, además de consignarse expresamente la circunstancia, se deberá fundar debidamente las razones de la misma por parte del investigador, y valorada por el Comité de Investigación quien deberá decidir si acepta el fundamento que justifique esta excepción.

A nuestro juicio esta excepción respecto a la forma de obtención del consentimiento importa un respeto a rajatabla de todos los principios bioéticos y limitantes a los que están sujetos los proyectos de investigación a desarrollar más adelante; y que la misma sea estrictamente ineludible para la ejecución de la investigación; todo lo cual deberá ser debidamente motivado y fundado por los investigadores;

b) Imposibilidad o inconveniencia de registrar el consentimiento.

En los casos en que sea imposible o no conveniente por la propia naturaleza de la investigación registrar el consentimiento libre e informado, este hecho deberá ser debidamente documentado, con explicación de la causa de la imposibilidad.

En este punto, estimamos que debemos circunscribirnos a una imposibilidad objetiva y material de la obtención del consentimiento derivado de la tipología de la investigación a realizar y/o de circunstancias vinculadas a los sujetos de la misma. Dicha imposibilidad debería encontrarse debida y específicamente fundado por el investigador, y que el mismo ha agotado todos los esfuerzos posibles por recabar el mismo; y efectuando una debida ponderación de cuáles serían los objetivos posteriores que en la hipótesis puntual justificarían tal prescindencia.

No obstante, debemos reafirmar que en materia de investigaciones en seres humanos el registro del consentimiento del sujeto participante es preceptivo e insoslayable en la generalidad de los casos; derivado de la autonomía de la persona participante de la investigación, que a nuestro entender y como sostuviéramos *ut-supra*, se encuentra arraigada con el principio constitucional de libertad. Al no existir ley dictada por razones de interés general que permita no recabar el consentimiento en determinadas situaciones, resulta dudosa la legitimidad establecida en la excepción consagrada en un texto normativo de rango reglamentario como lo es el Decreto N° 379/2008; motivo por el cual desaconsejamos hasta tanto el panorama normativo no cambie, la autorización de proyectos de investigación que no cuenten con la debida anuencia conferida en forma libre e informada por parte de los sujetos de los mismos.

c) Investigación epidemiológica.

En el Decreto se establece que la investigación epidemiológica requerirán de consentimiento informado los estudios en los cuales se establece un contacto personal entre los investigadores y los sujetos participantes.

Posteriormente se agrega que si fuera impracticable la obtención del consentimiento informado de forma individual para estudios epidemiológicos, deberá obtenerse la respec-

tiva autorización de la jerarquía técnica de la Institución, quien la comunicará a la autoridad sanitaria en un plazo prudencial.

Si bien la excepción señalada en el párrafo anterior pareciera buscar cimentaciones referentes a que, en materia epidemiológica, se encontraría en juego el interés social; el escalafón normativo empleado para establecer la misma dista de ser el adecuado, por idénticas razones a las que aludíramos previamente al abordar en el subtítulo anterior, las situaciones de imposibilidad o inconveniencia de registrar el consentimiento.

d) Investigación en personas con diagnóstico de muerte encefálica.

Las investigaciones en personas con diagnóstico de muerte encefálica, sólo podrán ser realizadas si: 1) son presentados los documentos comprobatorios de la muerte encefálica; 2) se obtiene el consentimiento escrito de los familiares y/o de los representantes legales o la manifestación previa de voluntad de la persona; 3) se garantiza el respeto total a la dignidad del ser humano sin mutilación o violación del cuerpo; 4) no significa un perjuicio económico financiero adicional a la familia; 4) no acarrea perjuicios para otros pacientes que esperan internación o tratamiento; y 5) existe la posibilidad de obtener conocimiento científico relevante y nuevo que no pueda ser obtenido de otra manera.

En este punto el Decreto parece atenerse al criterio general bioético de obtención de consentimiento a través de los representantes legales de aquellas personas que no son capaces de brindar válidamente el mismo.

III.I.I.III. La protección de los grupos vulnerables y de los legalmente incapaces.

La normativa manifiesta que las investigaciones deben ser desarrolladas preferentemente en individuos con autonomía plena. Ello inevitablemente, nos lleva a referirnos a la situación de los menores de edad y de los incapaces mayores de edad.

Según el literal “x” del numeral 2 del anexo, el estado de incapacidad, refiere a los casos en los que el posible sujeto de investigación no tenga capacidad civil para dar su consentimiento libre e informado, debiendo ser asistido o representado, de acuerdo con la legislación vigente.

El Decreto también establece que no deben ser sujetos de investigación los individuos o grupos vulnerables cuando la información deseada puede ser obtenida a través de sujetos con plena autonomía, a menos que la investigación pueda traer beneficios directos a los vulnerables. En estos casos, se debe asegurar el derecho de los individuos o grupos que quieran participar de la investigación, garantizando la protección ante su vulnerabilidad o incapacidad legalmente definida.

La vulnerabilidad según el literal “w” del numeral 2 refiere *“al estado de personas o grupos que, por cualquier razón o motivos no sean capaces de proteger sus propios intereses”*, agregando que se consideran vulnerables *“aquellas personas que posean su capacidad de autodeterminación reducida, sobre todo en lo que se refiere al consentimiento libre e informado”*.

EL texto reglamentario establece que en las investigaciones que involucren niños, adolescentes, portadores de perturbaciones o enfermedades mentales o sujetos con disminución en su capacidad de consentimiento, deberá haber justificación de la selección de los sujetos de investigación, especificada en el protocolo aprobado por el Comité de Ética en Investigación.

III.I.II. Principios de beneficencia y de no maleficencia.

El principio de beneficencia implica una ponderación de riesgos y beneficios, tanto actuales como potenciales, individuales o colectivos comprometiéndose con el máximo de beneficios y con el mínimo de daños y riesgos. Expresa GUZMÁN TORO que este principio se fundamenta “*en la obligatoriedad de promover el bien en las demás personas (...) La beneficencia implicaría acciones que son realizadas en beneficio de otros, y existiría por consiguiente un principio de beneficencia que se refiere a la obligación moral de actuar en beneficio de otros*”²⁹; y reseñando a BEAUCHAMP y CHILDRESS manifiesta que “*Los actos de beneficencia desempeñarían un papel fundamental en la vida moral*

(...) cuestión que sería independiente de un principio de beneficencia obligatoria, debido a que no necesariamente se está moralmente obligado a ayudar a las personas en todos los casos, aunque exista una posición que permita beneficiar a otras personas”³⁰.

Concatenado con la directriz anterior y aplicado a la materia de análisis del presente trabajo, encontramos al principio de no maleficencia; definido como la garantía de evitar los daños previsibles. Apunta GUZMÁN TORO que el principio de no maleficencia “*obligaría a no infligir un daño, o someter a una persona a un riesgo que le pudiese ocasionar algún daño, pues es posible que a una persona se le someta a un riesgo sin intencionalidad. Sin embargo, en la investigación científica, como también sucedería en los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, existirá la posibilidad de predecir el daño y el riesgo que tiene una persona que participa en un proyecto de investigación, además de las posibles complicaciones que puedan presentarse*”³¹.

El asunto de los beneficios y los riesgos no resulta baladí, en tanto la propia normativa (numerales 15 a 24 del anexo al Decreto) formula lo que estimamos serían aplicaciones o corolarios directos de los principios de beneficencia y no maleficencia.

III.I.II.I. De los beneficios de las investigaciones.

La norma señala que las probabilidades de beneficios esperados deben prevalecer siempre sobre los riesgos previsibles; sólo se justifica si existen posibilidades razonables de que la población, sobre la que la investigación se realiza, podrá beneficiarse de sus resultados.

Se deberá asegurar a los sujetos de investigación, los beneficios resultantes del proyecto, sea en términos de retorno social, acceso a los procedimientos y/o productos de la investigación;

En los casos de investigaciones realizadas en comunidades se establece que se deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las mismas importarán beneficios cuyos efectos continúen haciéndose sentir después de su conclusión. A tales efectos el proyecto debe analizar las necesidades de cada uno de los miembros de la comunidad y analizar las diferencias presentes entre ellos, explicitando como se asegurará el respeto a los mismos.

Más adelante, y en un sentido análogo a lo antedicho, el texto reglamentario apunta a garantizar el retorno de beneficios obtenidos a través de la investigación para las personas

29 GUZMÁN TORO, Fernando, op. cit., p. 129.

30 Cfr. Ídem, p. 129.

31 Ibídem, p. 130.

y las comunidades donde las mismas fueran realizadas; agregando que cuando por interés de la comunidad hubiese beneficio real en promover o estimular cambio de costumbres o comportamientos, el protocolo de investigación debe incluir siempre que sea posible, disposiciones para comunicar tal beneficio a las mismas.

También se establece que deberá asegurarse los sujetos de la investigación las condiciones de seguimiento, tratamiento o de orientación, conforme al caso, demostrando la preponderancia de beneficios sobre riesgos y costos.

III.I.II.II. De los riesgos de las investigaciones.

El Decreto parte de la base que toda investigación que involucra seres humanos presenta riesgos, existiendo daños eventuales o potenciales inmediatos o tardíos, que comprometan al individuo o a la colectividad.

En tal sentido se señala que, a pesar de los riesgos potenciales, las investigaciones que involucran seres humanos serán admisibles cuando: a) ofrezcan elevada posibilidad de generar conocimiento para entender, prevenir o aliviar un problema que afecte el bienestar de los sujetos de la investigación o de otros individuos; b) el riesgo se justifique por la importancia del beneficio esperado; y c) el beneficio sea mayor o al menos igual a otras formas alternativas ya establecidas para la prevención, diagnóstico y/o tratamiento.

Las investigaciones sin beneficio directo para el individuo deben prever condiciones que sean bien toleradas por los sujetos de investigación, considerando su situación física, psicológica, social y educacional.

Los posibles beneficios, riesgos, costos y eficacia de todo procedimiento nuevo deben ser evaluados mediante comparación con los mejores métodos preventivos, diagnósticos y terapéuticos probados, en su caso. lo cual no excluye la posibilidad de usar placebos o tratamientos, en estudios para los que no se dispone de procedimientos preventivos, diagnósticos o terapéuticos probados.

La norma señala que el investigador responsable está obligado a suspender la investigación inmediatamente al percibir algún riesgo o daño de salud en el sujeto de investigación, como consecuencia de aquélla. Misma regla se aplica al caso de que sea comprobada la superioridad de un método de estudio sobre otro, el proyecto deberá ser suspendido ofreciéndose a todos los sujetos los beneficios del mejor régimen.

El Comité de Ética en Investigación de la Institución deberá ser informado de todos los efectos adversos o hechos relevantes que alteren el curso normal del estudio.

En esta línea, en un pasaje anterior la regulación brinda algunas definiciones y conceptos de interés tales como: a) acontecimiento adverso: cualquier incidencia perjudicial para la salud en un paciente o sujeto de ensayo clínico tratado con un medicamento, droga, dispositivo o procedimiento, aunque no tenga necesariamente relación causal con dicho tratamiento; b) reacción adversa: toda reacción nociva y no intencionada a un medicamento, droga, dispositivo o procedimiento en investigación, independientemente de la dosis administrada en su caso; y c) acontecimiento adverso grave o reacción adversa grave: cualquier acontecimiento adverso o reacción adversa que, como consecuencia de la investigación produzca la muerte, amenace la vida del sujeto, haga necesaria la hospitalización o la prolongación de ésta, produzca invalidez o incapacidad permanente o importante, o de lugar a una anomalía o malformación congénita. Sin perjuicio de lo

anteriormente expuesto, se tratarán también como graves aquellas sospechas de acontecimiento adverso o reacción adversa que se consideren importantes desde el punto de vista médico, aunque no cumplan los criterios anteriores.

El acaecimiento de daños y complicaciones derivadas de los riesgos verificados que hayan recaído sobre los sujetos de la investigación, además de dar nacimiento al derecho de indemnización de estos, generan en el investigador, el patrocinador y la institución la responsabilidad de dar asistencia integral a los afectados.

El Decreto establece que no es válida la exigencia al sujeto de investigación de renuncia al derecho a una indemnización por daño; y en tal sentido se manifiesta que *“El formulario de consentimiento libre e informado no podrá contener ninguna reserva que disminuya esta responsabilidad o que implique a los sujetos de investigación renunciar a sus derechos legales, incluyendo el de ser indemnizado. Toda cláusula en contrario será nula”*.

Por último debe señalarse que la norma prescribe que una vez finalizada la investigación, todos los pacientes participantes en el estudio deben tener la certeza de que contarán con beneficios demostrados en la investigación.

III.I.III. Principio de justicia.

En este caso el principio atañe a la relevancia social de la investigación, la cual deben detentar ventajas significativas para los sujetos investigados y minimización de perjuicios para los sujetos involucrados, de modo que garantice la igual consideración de los intereses involucrados no perdiendo el sentido de su destino socio humanitario. Aquí se aprecia la complementariedad y vinculación entre este principio y el de beneficencia.

En materia de la relación médico-paciente señalan BERRO y CLUZET *“Este principio solicita, por un lado, que los pacientes sean tratados con equidad en sus derechos y exige, por otro lado, otro aspecto importante: la distribución equitativa de recursos”*³². Entendemos que tal concepción resulta perfectamente trasladable al vínculo investigador-sujeto de investigación; y en tal sentido cabe traer a colación el pensamiento de GUZMÁN SANTORO para quien esta directriz *“se relacionaría con una distribución equitativa de los derechos y beneficios que pudiesen surgir como consecuencia de las investigaciones científicas; sin embargo, en la actualidad se observa que ese principio de justicia es desigual en las diferentes sociedades debido a que está limitado por factores*

*económicos y de desarrollo científico”*³³.

III.I.IV. Otras exigencias de carácter ético.

En el Decreto N° 379/2008 se establece que deberá asegurarse la inexistencia de conflicto de intereses entre el investigador y los sujetos de la investigación o el patrocinador del proyecto; brindando el propio cuerpo normativo de que se entiende por *“conflicto de interés”*; previniendo, en el literal “s” del numeral 2 del Anexo que el mismo se suscita *“cuando uno o más miembros del Comité de Ética en Investigación tienen intereses con respecto a una específica solicitud para revisión que puede comprometer su desempeño en cuanto a la obligación de proporcionar una evaluación libre e independiente de la investigación, enfocada a la protección de los participantes en aquella. Los conflictos de*

32 BERRO, Guido y CLUZET, Oscar, op. cit., p. 346.

33 GUZMÁN SANTORO, Fernando, op. cit., p. 130.

interés pueden presentarse cuando un miembro del Comité de Ética en Investigación tiene relación financiera, material, institucional, laboral o social en la investigación”. Añade el texto reglamentario que igualmente “se presentan conflictos de interés en el área de los investigadores cuando el interés primario (como el bienestar de los pacientes, o la validez de la investigación) puede afectarse por la primacía de un interés secundario”.

En el literal “k” del numeral 6 del Anexo se prevé que el investigador deberá “*respetar siempre los valores culturales, sociales, morales, religiosos, éticos, así como los hábitos y costumbres cuando las investigaciones involucren comunidades. Entendiéndose como comunidad a un grupo de personas que poseen ciertas cualidades comunes, ya que comparten, valores, intereses, enfermedades comunes o en cambio, una proximidad*”.

III.II. Exigencias de carácter científico-metodológico.

El Decreto señala que este tipo de investigaciones deberá cumplir con las siguientes exigencias: a) ser adecuada a los principios científicos que la justifiquen y con posibilidades concretas de responder a las interrogantes propuestas; b) estar fundamentada en un profundo conocimiento de la bibliografía científica, en otras fuentes de información pertinentes así como en experimentación previa realizada en centros de investigación y/o laboratorios, con o sin animales; c) ser realizada solamente cuando el conocimiento que se quiere obtener no puede ser obtenido por otro medio; la importancia de su objetivo es mayor que el riesgo inherente y los costos para el individuo; lo cual es destacado de como de especial importancia en el caso de voluntarios sanos; d) obedecer a una metodología adecuada. Si hubiese necesidad de distribución aleatoria de los sujetos de investigación en grupos experimentales y de control, asegurar que, a priori, no sea posible establecer las ventajas de un procedimiento sobre otro a través de revisión de la literatura, métodos de observación o métodos que no involucren seres humanos; e) tener perfectamente justificado, cuando fuera del caso, la utilización de placebo en términos de no-maleficencia y por necesidad metodológica; f) contar con el consentimiento libre e informado de los sujetos de investigación prestado de acuerdo con las normas vigentes.; g) contar con el personal y materiales necesarios que garanticen el bienestar de los sujetos de investigación, exigiendo adecuación entre la competencia del investigador y el proyecto propuesto; h) utilizar el material biológico y los datos obtenidos en la investigación exclusivamente para la finalidad prevista en su protocolo; i) tener en cuenta en aquellas investigaciones realizadas en embarazadas, niñas o en mujeres en edad fértil, la evaluación de riesgos y beneficios y las eventuales interferencias sobre la fertilidad, el embarazo, el embrión o el feto, trabajo de parto o puerperio, lactancia y recién nacido (en esta exigencia se aprecia una clara influencia de los principios de beneficencia y no maleficencia); j) considerar que las investigaciones en embarazadas deben ser precedidas de investigaciones en mujeres fuera del período gestacional, excepto cuando la gravidez fuese el objetivo fundamental de la investigación; y k) Propiciar en los estudios multicéntricos, la participación de los investigadores locales que desarrollarán la investigación, en la elaboración del delineamiento general del proyecto.

III.III. Exigencias de carácter formal

En este punto referiremos al protocolo de investigación el cual es concebido por el texto normativo, como el documento que describe la investigación en sus aspectos fundamenta-

les, hipótesis y metodología, informaciones relativas al sujeto de la misma, la calificación de los investigadores y de todas las instancias responsables. En otras palabras, es la vía por la que documentalmente se plasma la propuesta o proyecto de investigación.

El Decreto establece que el protocolo de investigación sólo podrá ser sometido a revisión ética si estuviese instruido con los siguientes documentos en idioma español:

a) La hoja de presentación: título del proyecto, nombre del investigador, número de cédula de identidad, teléfono y dirección para correspondencia, fax, e-mail u otros medios de comunicación del investigador y del patrocinador responsable, nombre y firma de los

Directores de la Institución y/u Organización.

b) Descripción de la investigación, en la cual deberán figurar: b.1. descripción de los objetivos en relación al estado actual de los conocimientos y de las hipótesis a ser valoradas; b.2. antecedentes científicos y datos que justifiquen la investigación; y si el propósito fuese someter a ensayo o prueba un producto nuevo o dispositivo para la salud, deberá ser indicada la situación actual del registro en las agencias reguladoras del país de origen; b.3. descripción detallada y ordenada del proyecto de investigación (material y métodos, resultados esperados y bibliografía); b.4. análisis crítico de riesgos y beneficios; b.5. Períodos y duración de la investigación a partir de la aprobación; b.6. explicitación de las responsabilidades del investigador, de la Institución, del Promotor y del Patrocinador; b.7. explicitación de criterios para posible suspensión de la investigación y modificaciones de la misma; b.8. detalle de las instalaciones de los servicios, centros, comunidades e instituciones en los cuales se procesarán las etapas de la investigación; b.9. demostración de la existencia de infraestructura, equipamiento adecuado y suficiente para el desarrollo de la investigación y para atender eventuales problemas que surjan, con el acuerdo documentado de la institución; b.10. plan financiero detallado de la investigación: recursos, fuentes y destino, forma y monto de la remuneración de los investigadores; b.11. explicación del acuerdo preexistente en cuanto a la propiedad de informaciones generadas, demostrando la inexistencia de cualquier cláusula restrictiva en cuanto a la divulgación pública de los resultados, a menos que se trate de la obtención de una patente; y en tal caso, los resultados deben hacerse públicos, tan luego se logre la aprobación de dicha patente; b.12. declaración de que los resultados de la investigación serán divulgados, sean positivos o negativos, en un plazo no mayor de dos años de su finalización; y b.13. declaración sobre el uso y destino del material y/o datos obtenidos;

c) Las informaciones relativas al sujeto de investigación: c.1. descripción de las características de la población a estudiar: tamaño, franja etaria, género, etnia, estado general de salud, clases y grupos sociales, etc; así como exposición de las razones para la utilización de grupos vulnerables; c.2. identificación de las fuentes del material de la investigación, tales como muestras, registro y datos obtenidos de seres humanos; c.3. descripción de los planes para el reclutamiento de individuos y los procedimientos a ser seguidos; proporcionar los criterios de inclusión y exclusión; c.4. presentación del formulario de consentimiento específico para la investigación, incluyendo informaciones sobre las circunstancias bajo las cuales el consentimiento será obtenido, quien lo obtendrá y la naturaleza de la información a ser ofrecida a los sujetos de investigación; c.5. descripción de cualquier riesgo, evaluando su posibilidad y gravedad; c.6. descripción de las medidas para la protección o minimización de cualquier riesgo eventual; así como describir las medidas para asegurar la correcta asistencia en el caso de daño a los sujetos investigados;

detallando también los procedimientos empleados en la recolección de datos, para otorgar seguridad a los individuos, incluyendo las medidas de protección de la confidencialidad; y c.7. presentación de la previsión de restitución de gastos a los sujetos de investigación; esta no podrá ser de tal monto que pueda interferir en la autonomía de decisión del individuo o de sus representantes legales.

d) La calificación del investigador responsable y de los demás participantes, la que estará documentada en su «Curriculum Vitae» actualizado y otras acreditaciones (maestrías, títulos de trabajos, publicaciones).

e) Los términos del compromiso entre investigador y patrocinador, en su caso, donde se explicitará el tipo y monto de lo que cada uno de los realizadores de la investigación recibirá, o los aportes de diferente índole que la Institución donde se practique el estudio recibirá.

f) Los términos del compromiso del investigador y/o patrocinador responsable, en su caso y de la Institución, declarando conocer y aceptar las prescripciones de esta norma.

III.IV. Exigencias de contralor y seguimiento

En este grupo de requisitos ubicamos a algunos aspectos que implican conductas que deberá asumir el investigador ante la aprobación del proyecto presentado, y con posterioridad a la misma.

En tal sentido debemos señalar que son obligaciones del investigador las siguientes, a saber: a) presentar el protocolo de la investigación instruido al Comité de Ética en Investigación y esperar el pronunciamiento de éste antes de comenzar su ejecución; b) elaborar y presentar informes de la investigación, tanto parciales como el de finalización; c) presentar en cualquier momento los datos solicitados por el Comité de Ética en Investigación; d) mantener archivados, bajo su custodia, por no menos de cinco años, los datos de la investigación, incluyendo las fichas individuales y todos los demás documentos exigidos por el Comité de Ética en Investigación; e) redactar los resultados para su publicación con los debidos méritos de los investigadores asociados y del personal técnico participante en el proyecto; f) al publicar los resultados de su investigación, el investigador está obligado a mantener la exactitud de los datos y resultados negativos como los positivos o de lo contrario deben estar a disposición del público; citando fuente de financiamiento, afiliaciones institucionales y cualquier conflicto de intereses; y los editores no podrán publicar informes sobre investigaciones que no se ciñan a los principios descriptos en el Decreto; g) justificar ante el Comité de Ética en Investigación, la interrupción del proyecto y/o la no publicación de los resultados; h) elevar al Comité de Ética en Investigación cualquier modificación del protocolo la que deberá ser aprobada por el mismo; e i) comunicar a las autoridades sanitarias, en un plazo de 90 días a contar de la finalización de la investigación, los resultados de la misma, preservando la imagen y asegurando que los sujetos participantes no sean estigmatizados o pierdan su autoestima;

Como vemos, la norma busca la generación de compromisos por parte de los investigadores, así de contralores institucionales posteriores a la aprobación del proyecto e incluso ex-post a la ejecución del mismo; que confirman la notoria importancia de los valores en juego en esta materia.

En tal sentido debe recordarse que en la observancia de estas y las anteriores exigencias expuestas la responsabilidad del investigador es indelegable, indeclinable y comprende los aspectos éticos y legales.

IV. EL TRATAMIENTO, APROBACIÓN Y TRACTO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Como puntualizáramos al comienzo del capítulo tercero, todo proyecto de investigación que involucre seres humanos deberá ser analizado por el Comité de Ética en Investigación de la institución en la que se pretenda ejecutar. Dicho Comité deberá estar registrado ante la Comisión Nacional de Ética en Investigación; la cual se encuentra en la órbita del Ministerio de Salud Pública.

Según el numeral 48 del Anexo al Decreto N° 379/2008, una vez aprobado el proyecto, el Comité de Ética en Investigación será corresponsable en relación a los aspectos éticos de la investigación.

En el numeral 49 del Anexo al Decreto se establece que se *“consideran autorizados para su ejecución los protocolos aprobados por el Comité de Ética en Investigación, excepto los que corresponden a áreas temáticas especiales, los cuales, luego de aprobados por el Comité de Ética en Investigación, deberán ser enviados a la Comisión Nacional de Ética en Investigación, el cual le dará el debido trámite”*. Esta norma debe ser complementada con lo establecido por la Ordenanza del Ministerio de Salud Pública N° 827/2016 de fecha 4 de octubre de 2016 (la cual regula la constitución y forma de actuación de los Comité de Ética en Investigación institucionales), en cuyo artículo 7 se señala que: *“Los proyectos o protocolos de investigación que no se refieren a las áreas temáticas específicas, serán evaluados por el Comité de Ética en Investigación Institucional y una vez dictaminada su aprobación, junto con la autorización de la dirección de la institución, deberán ser informados a la Comisión Nacional de Ética en Investigación para su registro y a partir de ese momento podrán ser ejecutados por los investigadores”*.

Del análisis de ambas normas, surge que, sin perjuicio de la necesaria intervención del Comité de Ética en Investigación Institucional, dicho órgano tiene naturaleza asesora y sus dictámenes no son vinculantes para la Dirección del establecimiento o centro donde la investigación pretende llevarse a cabo, quien es la que en definitiva habilitará su ejecución.

Existen ciertas áreas temáticas específicas o especiales en sede de proyectos de investigación en seres humanos que tienen un tracto especial con respecto al resto. Dichas áreas, de conformidad con lo prevenido por el numeral 50 del Anexo al Decreto N° 379/2008 y por el artículo 8 de la Ordenanza N° 827/2016, son las siguientes: a) proyectos que involucran poblaciones vulnerables; b) proyectos que involucran aspectos de bioseguridad; c) ensayos multicéntricos que requieren dictamen único de la Comisión Nacional de Ética en Investigación; d) ensayos clínicos y proyectos con nuevos medicamentos vacunas, test diagnósticos, nuevos equipamientos y nuevos dispositivos para la salud, que requieren aprobación por la División Evaluación Sanitaria del Ministerio de Salud Pública.

En cualquiera de las citadas hipótesis, los proyectos serán analizados por los Comités de Ética en Investigación Institucionales y con el informe correspondiente pasarán a la Comisión Nacional de Ética en Investigación para su consideración y dictamen.

Por último debemos señalar que, conforme a la Ordenanza de marra los proyectos y/o Programas de Investigación que implican uso de células, tejidos y órganos de origen humano, requerirán asimismo intervención y dictamen del Instituto Nacional de Órganos y Tejidos, previo al pasaje a la Comisión Nacional de Ética en Investigación.

V. CONCLUSIONES

En sede de investigación en seres humanos el panorama positivo uruguayo ofrece una dispersión normativa, que en algunos casos denota colisiones en materia jerárquica, lo que en definitiva trae como corolario contradicciones, que pueden plantear algunas dudas interpretativas tanto para el investigador como para la institución autorizante de los respectivos proyectos.

En síntesis, y desde nuestra óptica, emerge como necesidad cuasi-imprescindible la aparición de normas de rango legal formal y material que, en clave de Bioética y Derechos Humanos, y con carácter específico, regule este tipo investigaciones.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, de los textos analizados emergen como guías o máximas ineludibles el respeto irrestricto por los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia; y como derivados de los mismos el respeto por la dignidad de la persona, el carácter preceptivo en la obtención del consentimiento libre e informado, la protección de los grupos vulnerables y de los legalmente incapaces, la maximización de riesgos, la evitación de riesgos, y la distribución equitativa de los recursos.

Asimismo, las instituciones que aprueben proyectos de investigación en seres humanos no solamente deberán prestar atención a las exigencias ex ante la ejecución sino también las ex post. En tal sentido, el seguimiento del cumplimiento de las sucesivas etapas del proyecto así como de sus conclusiones resulta fundamental.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ANDORNO, Roberto, "El Principio de Dignidad Humana en el Bioderecho Internacional", en GARCÍA, José Juan (Director), *Enciclopedia de Bioética*, Disponible en <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todaslasvoces/184elprincipiodedignidadhumanaenelbioderechointernacional> Fecha de consulta: 14.08.2017
- BERRO ROVIRA, Guido y CLUZET Oscar, "Bioética" en BERRO ROVIRA, Guido y Colaboradores, *Medicina Legal. Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2013.
- BERRO ROVIRA, Guido, "Consentimiento" en BERRO ROVIRA, Guido y Colaboradores, *Medicina Legal. Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2013.
- 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 Derecho Público Número 49 (2016)*.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana, "Sobre la Regulación Jurídica-Bioética de la Investigación en Seres Humanos en Uruguay" en *Revista de Derecho Público Número 50 (2016)*.
- GROS ESPIELL, Héctor, *Ética, Bioética y Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 2005,
- GUZMÁN TORO, Fernando, "Bioética, derechos humanos y la investigación en seres humanos" en *Revista Opción de la Universidad de Zulia, vol. 30, núm. 73 (2014)*.

- LEMA SPINELLI, Sebastián, TOLEDO SUÁREZ, Sebastián, CARRACEDO, María Rosa y RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo, “La ética de la investigación en seres humanos en debate” en *Revista Médica del Uruguay Volumen 4 N° 29 (2013)*.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Consentimiento Informado. Ley 18.335 y Decreto 274/10. Cuadernos de Derecho Médico N° 1*, Ediciones Del Foro, Montevideo, 2012.

Fecha de recepción: 6 de octubre 2017.

Fecha de aceptación: 2 de noviembre 2017.

LA DISPOSICIÓN ESPECIAL LITERAL V DE LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA

Miguel Bonomi Santurio*

RESUMEN. *En mayo de 2017 el máximo órgano del Poder Judicial cambió su posición sobre la disposición transitoria y especial letra V de la Constitución, la cual que fue introducida en 1994 por una enmienda constitucional. Esta disposición aplicada por más de veinte años, ahora es estimada por la Suprema Corte de Justicia como una de carácter transitorio, con la consecuencia de su no aplicación. El pronunciamiento supone un verdadero «hacer incierto» que acrecienta los cuestionamientos acerca del futuro de esta disposición constitucional, la cual en nuestra consideración no ha perdido su condición de disposición especial.*

PALABRAS CLAVE. *Disposición Transitoria y Especial. Constitución. Interpretación Constitucional. Derecho Constitucional. Seguridad Social.*

ABSTRACT. *In May 2017 the highest Court of the Judiciary changed its stance regarding the Transitory and Special Provision letter V of the Constitution, which was introduced in 1994 by a Constitutional amendment.*

This provision has been implemented for more than twenty years, but the Supreme Court of Justice now deems it to be Transitory, and therefore it cannot be implemented.

This decision is a true “uncertain doing” full of uncertainties regarding the future of this Constitutional provision, which in our opinion has not lost its status as a Special Provision.

KEY WORDS. *Transitory and Special Provision. Constitution. Constitutional Interpretation. Constitutional Law. Social Security.*

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República), Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Constitucional (U.R.). Correo electrónico: miguelbonomi.1@gmail.com

I. EFEMÉRIDES**

El 27 de noviembre de 1966 fue aprobada por la ciudadanía, mediante un acto de ratificación plebiscitaria, una nueva Constitución en sustitución de la Carta Magna de 1952, duramente criticada durante su corta vigencia.¹

Esta Constitución propiciada en un contexto socio-político y económico singular, procuraba la solución de algunas de las dificultades suscitadas durante la vigencia del texto constitucional anteriormente vigente. Dificultades que en algunos casos se vieron agravadas por la acción ineficaz de un Poder Ejecutivo colegiado excesivamente deliberante, instituido en cabeza del Consejo Nacional de Gobierno integrado por nueve miembros.² Por tanto, entre otras importantes modificaciones, la reorganización del Poder Ejecutivo retornando al régimen unipersonal con la figura del Presidente de la República, no era otra que inexorable.

La nueva Constitución fue promulgada por el Presidente de la Asamblea General, Martín R. ECHEGOYEN, el 1° de febrero de 1967, entrando en vigor el día 15 de febrero de 1967, con excepción de las Secciones VIII, IX, X, XI y XVI que comenzaron a regir a partir del 1° de marzo de ese mismo año, según lo previsto en la Disposición Especial letra B de la Carta.³

** ABREVIATURAS: — **cap.** capítulo — **cfr.** confróntese — **cit.** citado — **coord.** coordinador — **et al.** *et alii* [latín: 'y otros'] — **n°** número — **p.** página — **pp.** páginas — **s/e.** sin indicación de editorial — **vid.** véase — **v. gr.** *verbi gratia* [latín: 'por ejemplo'].

¹ La Constitución uruguaya de 1952 fue duramente criticada, entre otros, por Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, quien en ocasión de recibir el título de Profesor Emérito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República - el 30 de diciembre de 1957 - expresó lo siguiente: *"Los vicios del régimen institucional vigente son muchos. Reposa sobre un sistema electoral artificioso, que cumple la misión de apuntalar estructuras políticas respecto de cuya vitalidad ha de ser permitida la sospecha, y respecto de cuya eficacia como instrumentos de gobierno no cabe ya la menor ilusión. Ha favorecido la descomposición interna del partido de la mayoría, al tiempo que ha quebrado las fibras morales de la oposición, llamándola a compartir los corruptos beneficios del poder; y si gobernar es difícil cuando se carece de una fuerza política cohesiva que sustente la gestión de quienes han recibido tan penoso encargo, carecer de una respetable oposición, independiente, sana, inexorable, es riesgo moral temibilísimo. Si el arte de construir sistemas de gobierno consiste, principalmente, en compensar de modo adecuado el otorgamiento de poderes con el establecimiento de medios eficaces para responsabilizar a quienes han de ejercerlos, se ha de concluir que el que nos rige es realmente peregrino, desde que, al organizar la rama ejecutiva, atribuye el poder de decisión a Consejeros irresponsables y consagra la responsabilidad política de Ministros sin poder. Así, al tiempo que se ha hecho imposible sancionar a los unos por sus errores, se ha tornado poco atrayente llamar a cuentas a los otros por lo que se han limitado a sugerir o a tolerar."* Vid. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA Justino. *Escritos y Discursos*. Montevideo, Ministerio de Relaciones Exteriores - Ediciones del Instituto Artigas del Servicio Exterior, 1992. p. 229.

² Sobre la historia constitucional del Uruguay en relación a la Constitución de 1967, entre otros, Vid: GROS ESPIELL, Héctor. *Evolución Constitucional del Uruguay*. 3^{era} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003. Cap. VII. GROS ESPIELL, Héctor y ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo. *Constituciones Iberoamericanas*. Uruguay. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005. Cap. I. KORZENIAK FUKS, José. *Primer curso de Derecho Público*. Derecho Constitucional. 3^{era} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006. Cap. VII. CAGNONI BUFFA, José Aníbal. *El Derecho Constitucional Uruguayo*. 2^{da} edición. Montevideo, s/e., 2006. Cap. III. CORREA FREITAS, Ruben. *Derecho Constitucional Contemporáneo*. Tomo I. 5^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016. Cap. VI.

³ *Cfr.* GROS ESPIELL, Héctor. *Evolución Constitucional...* cit. p. 118.

En ocasión del año del Cincuentenario de la Constitución uruguaya vigente,⁴ la referencia a la misma no puede pasar inadvertida. Más allá de las consecuencias que se derivan de la relación entre sus fortalezas y debilidades,⁵ la misma se ha convertido en una de las Constituciones de mayor duración en lo que va de nuestra historia constitucional, siendo superada hasta la fecha - únicamente - por la Carta Magna de 1830.

En estos cincuenta años de luces y sombras que han marcado el devenir histórico del país, la reflexión profunda de las cuestiones constitucionales supone un ejercicio consciente y crítico, en el cual la Constitución no es el punto de llegada, sino el punto de partida para afrontar los desafíos del presente.

II. INTRODUCCIÓN

En los términos generales empleados por la doctrina constitucionalista, las Constituciones pueden clasificarse en base a diferentes criterios, de cuya verificación se pueden extraer una serie de caracteres.⁶

En cuanto a la Constitución uruguaya de 1967, la misma es *escrita* por oposición a aquellas Constituciones no escritas o consuetudinarias; es *codificada* porque está integrada en un único cuerpo normativo; es *rígida*⁷ por cuanto establece procedimientos para su reforma más complejos u agravados que aquellos previstos para la sanción de las leyes ordinarias; es *rígida propiamente dicha* al disponer de mecanismos tendientes a la defensa de la superlegalidad constitucional, y *extensa*⁸ por estar conformada por más de 200 artículos, más precisamente 332 artículos y 29 disposiciones transitorias y especiales.

La misma ha sido reformada parcialmente en cuatro oportunidades, específicamente en 1989, 1994, 1997 y 2004; pero es la reforma del año 1994 a la que dedicaremos nuestra reflexión.

⁴ Vid. CORREA FREITAS, Ruben. El Cincuentenario de la Constitución uruguaya de 1967. Montevideo, Grupo Magro Editores - Universidad de la Empresa (UDE), 2017.

⁵ Vid. RISSO FERRAND, Martín (coord). La Constitución uruguaya de 1967. Balances y perspectivas. Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015.

⁶ Entre otros, Vid. KORZENIAK FUKS, José. Primer curso... cit. cap. I apartado 13. CAGNONI BUFFA, José Aníbal. El Derecho Constitucional... cit. pp. 28-32. CORREA FREITAS, Ruben. Derecho Constitucional... cit. cap. I parágrafo 8. RISSO FERRAND, Martín J. Derecho Constitucional. Tomo I. 2^{da} edición, 1^{era} reimpression. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015. Cap. II.

⁷ La cuestión de la rigidez de la Constitución uruguaya se ha puesto en tela de juicio debido a la práctica legislativa constante contraria al artículo 216 inciso 2º de la Carta Magna, la que ha sido convalidada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Sobre la cuestión, entre otros, Vid. BURSTIN, Darío [et al.] La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010. BLANCO, Andrés. «Gasto público, presupuesto y deuda pública. Materiales básicos de lectura para estudiantes de Derecho Financiero». Disponible en: www.fder.edu.uy Fecha de consulta 23/09/2017.

⁸ La extensión de una Constitución *per se* no tiene mayor significación. No obstante, puede ser de utilidad a los efectos de efectuar clasificaciones (agrupar, contrastar, etc.), pero de ello no se deriva una consecuencia necesaria. En teoría, a mayor extensión de un texto constitucional, se puede inferir cierto grado de desarrollo, conforme la evolución del constitucionalismo. Es decir, que una Constitución extensa supondría la presencia de extensas declaraciones de derechos, normas programáticas y de principio; lo que implica una diferencia respecto de las constituciones decimonónicas, típicamente liberales. Estas últimas, centran su contenido en lo relativo a la organización del Estado y la actuación de los Poderes de Gobierno; y son Constituciones, generalmente, de pequeña o mediana extensión.

Si bien han transcurrido más de veinte años de la ratificación plebiscitaria del proyecto de reforma parcial a la Constitución uruguaya, promovido en el año 1994, resulta de interés y renovada actualidad su análisis a la luz de un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en relación al literal V de las disposiciones transitorias y especiales, agregado al texto de la Constitución en dicha oportunidad.

Para ello, estimamos conveniente contextualizar la norma en cuestión a los efectos de dar orden a nuestra exposición.

En primer lugar, abordaremos la noción de disposiciones transitorias y especiales, para posteriormente considerar su recepción normativa en el ordenamiento constitucional uruguayo y comparado.

En segundo término, referiremos a los aspectos más trascendentes del proceso que culminó con la reforma parcial de 1994, previo a ingresar en el análisis desagregado de la disposición objeto de nuestra consideración.

En tercer término, mencionaremos algunos de los pronunciamientos más significativos de la Suprema Corte de Justicia en aplicación del nuevo agregado constitucional, en el período comprendido entre el dictado de las resoluciones N° 338/1995 de 15 de septiembre de 1995 y N° 628/2017 de 8 de mayo de 2017.

Luego de este desarrollo, estaremos en condiciones de esbozar algunas consideraciones a modo de reflexión, para finalmente dar paso a nuestras conclusiones.

III. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y ESPECIALES

La Constitución de la República en adición a sus 332 artículos cuenta con un «conjunto separado y distinto del texto constitucional permanente»⁹ ubicado en la parte final de la Constitución bajo la denominación de «Disposiciones Transitorias y Especiales».

En la actualidad, el mismo se conforma por veintinueve disposiciones señaladas con letras (de la A hasta la Z´); un número en constante crecimiento producto de las reformas parciales si se toma en consideración que la Constitución de 1967 contaba originalmente con veintiuna, un número igualmente elevado.

Como señala Héctor GROS ESPIELL, en igual sentido que Martín C. MARTÍNEZ,¹⁰ «El ideal sería que la Constitución no tuviera sino disposiciones para regir con carácter permanente. Pero esto no es generalmente posible. Y no lo fue, por imperativas e inexcusables razones, en 1918, en 1934, en 1936, en 1938, en 1942 y en 1952»,¹¹ al igual que en 1967, 1989, 1994, 1997 y 2004.

Pero estas disposiciones, no obstante su ubicación en la parte final de la Constitución, revisten la misma naturaleza que las demás normas denominadas como permanentes, es decir, las disposiciones transitorias y especiales son normas constitucionales *stricto*

⁹ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones Transitorias Especiales en las Constituciones del Uruguay. Montevideo, Ediciones de la Plaza, 1999. p. 9.

¹⁰ «Una Constitución, ley suprema de la organización nacional, no debiera tener sino preceptos generales y permanentes. Sólo podría hacer excepción alguna cláusula transitoria para eslabonar las fechas...» Cfr. MARTÍNEZ, Martín C. Ante la nueva Constitución. Montevideo, Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos N° 48, 1964. p. 200.

¹¹ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 12.

sensu,¹² con la misma jerarquía normativa, valor y fuerza que los demás preceptos que conforman la Constitución.

En una aproximación a las consideraciones de tipo conceptual, advertimos que no disponemos de una definición que comprenda en su totalidad a estas disposiciones. Esto en parte se debe a que las mismas, como señala Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, cumplen distintas funciones.

Para el mencionado jurista, en líneas generales, se puede afirmar que «*Las disposiciones transitorias son un conjunto de normas que ha sido necesario dictar para ordenar el tránsito del régimen anterior a la entrada en vigencia de la Constitución actual; y las disposiciones especiales son, simplemente, unos sencillos preceptos mediante los cuales se fija la fecha en que han de ocurrir las elecciones de las autoridades electivas cuya existencia prevé el texto constitucional, así como la fecha en la cual los electos han de tomar posesión de sus cargos*».¹³

Héctor GROS ESPIELL, al igual que JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, admite la distinción entre disposiciones transitorias y disposiciones especiales,¹⁴ en la medida que ello «*surge del sentido natural de los términos empleados y de la finalidad obvia de la denominación*»¹⁵

Asimismo, define a las disposiciones especiales como aquellas «*destinadas a regular situaciones específicas que se presenten con motivo de la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional*»,¹⁶ aunque reconoce la presencia en el texto constitucional de otro tipo de normas especiales que persiguen distinta finalidad.

Sobre el particular, señala GROS ESPIELL que «*...se encuentran otros casos de normas especiales, que no son tampoco transitorias, en el sentido que no regulan el pasaje de un texto constitucional al otro, ni se agotan en la única aplicación constitucionalmente prevista, sino que están dirigidas a hacer posible, a facilitar o determinar la forma de aplicación del texto constitucional, mientras, entre otras posibles situaciones, no se dicte una regulación legal de las pertinentes normas constitucionales permanentes, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 332 de la Constitución vigente desde 1942*».¹⁷

La referencia en la cita transcrita a «*otras posibles situaciones*» es lo suficientemente amplia como para dejar entrever otro tipo de normas especiales que persiguen diversa

¹² Cfr. GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 16. BRUNO, José Luis. «*Las Disposiciones Transitorias y Especiales en el Derecho Constitucional Uruguayo*» en GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 120.

¹³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. La Constitución Nacional. Tomo X. Montevideo, Organización Medina, 1949. p. 264.

¹⁴ Para el profesor italiano Riccardo GUASTINI se puede hablar de normas transitorias en un sentido funcional o en sentido estructural. El primero de los sentidos contempla «*aquellas normas dictadas expresamente con el fin de regular el paso de una disciplina a otra "de forma que sea más fácilmente identificable la regla jurídica que debe ser aplicada a todas aquellas situaciones que no han finalizado al momento de la entrada en vigor del nuevo derecho y que están, dicho de algún modo, a caballo en el momento del paso de la vieja a la nueva disciplina normativa"*». Mientras que el segundo de los sentidos, son transitorias «*aquellas normas que tienen una eficacia circunscrita en el tiempo, estando previstas para ellas ab origine un término final de eficacia*». Vid. GUASTINI, Riccardo. La sintaxis del derecho. Madrid, Marcial Pons, 2016. p. 274.

¹⁵ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 14.

¹⁶ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 15.

¹⁷ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 15.

finalidad, que como veremos *infra* es el caso de la disposición agregada en la reforma parcial de 1994.

Como se ha dicho anteriormente, la incorporación de las disposiciones transitorias y especiales ha sido un recurso empleado sin excepción en todas las Constituciones escritas y formales que se ha dado nuestro país desde 1830, pero con ciertas particularidades.

Nuestra primera Constitución del año 1830 carecía de un apartado, capítulo o sección destinado a las disposiciones de este tipo. No obstante, de su articulado surgían algunas normas de naturaleza transitoria, sujetas al cumplimiento de una condición o determinado plazo. Un ejemplo de ello lo encontramos, por ejemplo, en el artículo 149 de la Carta, que prescribía: «*La presente Constitución será solemnemente publicada y jurada en todo el territorio del Estado, después de satisfecho el Artículo séptimo de la Convención Preliminar de Paz, celebrada entre la República Argentina y el Gobierno de Brasil*».¹⁸

Al transitar a un nuevo régimen constitucional con la aprobación de la Constitución de 1918, el constituyente previó por primera vez un apartado que consistía de un capítulo único, titulado “Disposiciones Transitorias”. Pese a dicha denominación, el mismo contenía no sólo disposiciones de naturaleza transitoria, sino que también las había especiales, como era el caso de las disposiciones de los literales A y B, relativas a la entrada en vigencia de la nueva Carta.

La Constitución uruguaya de 1934 mantuvo dicho apartado con igual denominación, pero suprimió la referencia de capítulo único. En cuanto a su contenido, al igual que la Carta de 1918, se integraba con disposiciones transitorias y otras de naturaleza especial, por ejemplo, los literales A y B, también concernientes a la vigencia de la Constitución.

Con la aprobación de la Constitución de 1942 operó un cambio en la denominación del apartado, el que pasó a titularse «*Disposiciones Transitorias y Especiales*», y se estructuró en dos apartados (I - II). En cuanto a las razones que motivaron el cambio de nombre, las mismas no surgen de los antecedentes de la reforma desarrollada en el ámbito del Consejo de Estado.¹⁹

La Constitución de 1952, por su parte, mantuvo la denominación y se estructuró en un apartado único donde a cada disposición se le asignaba una letra del abecedario. Esta última estructura es la que mantiene la Constitución uruguaya vigente de 1967, haciendo la salvedad que las reformas parciales han agregado un número de disposiciones que excede el abecedario, por lo que se ha acudido al empleo de letras «primas» (Z' de 1997, Z'' de 2004).²⁰

La incorporación a los textos constitucionales de disposiciones «complementarias» a las permanentes, ubicadas generalmente en la sección final, es un procedimiento habitual en la técnica constitucional, no solo nacional, sino también comparada.

Si acudimos a las referencias de Derecho Comparado, pasadas²¹ y presentes, se verifica la adopción de estas disposiciones, las cuales reciben diferentes denominaciones y difieren

¹⁸ DE LA BANDERA, Manuel M. La Constitución de 1952. Montevideo, Cámara de Senadores, 1957. p. 704.

¹⁹ Cfr. GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 11.

²⁰ A futuro, a fin de evitar estos inconvenientes en caso de mantenerse la tendencia en aumento, sería de buena técnica pasar al sistema de numeración decimal o, en su defecto al de numeración romana.

²¹ La Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 cuenta con una disposición especial relativa a su entrada en vigencia. La misma está explicitada en los siguientes términos «*Article VII.*

en su naturaleza y propósito. A *grosso modo*, en una primera observación podemos identificar las denominadas disposiciones *transitorias, especiales, adicionales, finales, derogatorias y abrogatorias*.

Independientemente de la cuestión terminológica y de sus respectivas funciones, en la *ingeniería constitucional comparada*²² el común denominador lo constituyen las denominadas disposiciones transitorias.

En este sentido, identificamos distintas Constituciones que las adoptan, entre otras, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 («*Übergangs Bestimmung*»), las Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 («*Artículos Transitorios*»), de la República Italiana de 1947 («*Disposizioni transitorie*»), de España de 1978 («*Disposiciones Transitorias*»), de la República Federativa del Brasil de 1988 («*Disposições Transitórias*»), de la República de Colombia de 1991 («*Disposiciones Transitorias*») o la República Argentina de 1994 («*Disposiciones Transitorias*»).

De los cuerpos normativos reseñados, el de Brasil es extremadamente particular, al contar con más de cien disposiciones transitorias, extremo que la técnica constitucional comparada y nacional no ha replicado.

No obstante, en nuestro país Héctor GROS ESPIELL y Daniel Hugo MARTINS advierten que «*Las Disposiciones Transitorias y Especiales, a partir de 1966, se han ido haciendo cada vez más extensas, más comprensivas en cuanto a las materias reguladas y, en cierto sentido, menos transitorias. Además se han hecho cada vez más complejas, reiterativas, desordenadas y peor redactadas con gravísimos errores de técnica y de conceptualización jurídica, como resulta, en especial, en las Reformas Constitucionales de 1966, 1989, 1994 y 1996*».²³

Pese a ello, la inconveniencia por las razones que esgrimen los autores, se ve moderada por la inaplicabilidad de aquellos preceptos sobre los cuales se ha verificado el plazo o la condición para las que fueron previstos.

En definitiva, cualquier tipo de adecuación a parámetros más apropiados en cuanto a cantidad, extensión, contenido y tecnicismo queda supeditado a futuras instancias de revisión constitucional, que en cualquier caso necesariamente deberán discurrir por la vía del artículo 331 de la Constitución uruguaya.

IV. LA DISPOSICIONES LITERALES «V» DE LA CONSTITUCIÓN

En noviembre de 1994 se aprobó una nueva reforma parcial a la Constitución de 1967, la segunda a saber desde la primera acontecida en 1989 que había agregado al texto constitucional la disposición literal V, que reza: «*La presente reforma del artículo 67 entrará en vigencia a partir del 1º de mayo de 1990. En ocasión del primer ajuste a*

The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same». Vid. The Constitution of the United States. Disponible en: <https://www.senate.gov> Fecha de Consulta: 24/09/2017

²² Cfr. SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. 3^{ra} edición, 2^{da} reimpresión. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2005. Cap. XIII. pp. 211-218.

²³ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 88.

realizarse con posterioridad a esa fecha, el mismo se hará, como mínimo, en función de la variación operada en el Índice Medio de Salarios entre el 1° de enero de 1990 y la fecha de vigencia de dicho ajuste».

Es con la segunda reforma que se plantea una primera dificultad, al haber incorporado, al igual que en 1989, un nuevo literal V a las disposiciones transitorias y especiales de la Constitución.

Esto ha llevado a parte de la doctrina, entre ellos Alberto PÉREZ PÉREZ y Daniel Hugo MARTINS, a sostener que este nuevo literal V ocupa el lugar del anterior - cuyos efectos se encuentran agotados-, operando una suerte de «sustitución».²⁴

Si bien es cierta la apreciación relativa a los efectos del literal V de la reforma de 1989, lo que surge claro de la redacción de la propia norma; estimamos que no ha operado sustitución alguna. Ello por cuanto con la reforma de 1994 no se promovió una sustitución del literal, sino que por el contrario se sometió a la ratificación plebiscitaria la agregación de uno nuevo. Por tanto, resulta insuficiente inferir que ha operado una sustitución, más aún, cuando en la posterior reforma de 1997 - pese a su carácter parcial -, los dos literales V de la Constitución fueron conservados.

Asimismo, los antecedentes²⁵ de la reforma de 1994 no son lo suficientemente claros para manifestar la efectiva voluntad de sus promotores en sustituir el literal de 1989, y aún menos la voluntad del constituyente, quien no se pronunció a tales efectos. Tampoco la superposición o coincidencia en la denominación de literales es suficiente para pensar que la intención era la sustitución.

Por todo ello, la idea de sustitución manejada en estos términos conlleva a consecuencias importantes, las cuales son contrarias a nuestro *sistema constitucional*.

En consecuencia, todo lo antes expuesto nos lleva a considerar que en la Constitución uruguaya vigente existen dos disposiciones identificadas con la letra V. La primera de ellas, que data de 1989, por la naturaleza de su contenido la podemos distinguir como la *disposición transitoria V*. La segunda de ellas que data de 1994, en cambio, por lo que veremos a continuación es dable calificar como la *disposición especial V*.

V. LA DISPOSICIÓN ESPECIAL V

Ninguna reforma de la Constitución, ya sea esta parcial o integral, es igual a las demás para trazar paralelismos, aunque con esto no queremos decir que de ellas no se puedan extraer puntos de conexión o caracteres en común.

Ante la singularidad que nos presenta la reforma parcial de 1994, previo a considerar la norma propiamente dicha, referiremos brevemente a sus antecedentes, al procedimiento de reforma escogido, y su posterior aprobación ciudadana.

²⁴ Vid. PÉREZ PÉREZ, Alberto. Constitución uruguaya de 1967. Actualizada 2010. Reimpresión de la 7ª edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012. p. 133. MARTINS, Daniel Hugo. Constitución de la República Oriental del Uruguay. Anotada, comentada y concordada. Tomo I. Montevideo, La Ley Uruguay, 2014. pp. 112 y 805.

²⁵ Los antecedentes de la reforma no constituyen un elemento primordial para la interpretación constitucional, por cuanto no son inequívocos o concluyentes. La Nación en ejercicio de la soberanía conforme a la Constitución, únicamente, aprueba o rechaza los textos sometidos a su consideración, sin expresión de las causas que fundan dicha decisión.

V.1. ANTECEDENTES

Durante el año 1992, en ocasión de aprobarse la Ley N° 16.320 de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del Ejercicio 1991, se incluyeron en ésta normas referentes a seguros de enfermedad, así como modificaciones en materia de jubilaciones.

Aprima facie ello no sorprende, por cuanto el Poder Ejecutivo de larga data ha incluido en las leyes de naturaleza hacendística disposiciones cuya vigencia excede el período de tiempo delimitado por la Constitución para su inclusión, específicamente en el artículo 216 inciso 2°.

Una práctica que pese a la claridad del texto constitucional y la críticas proferidas por la doctrina contra dicha praxis, deviene posible, en primer lugar, por la iniciativa privativa legislativa del Poder Ejecutivo impulsando la inclusión de esa tipo de normas, en segundo lugar, por la anuencia del Poder Legislativo al sancionar estos actos legislativos, y en última instancia, por la Suprema Corte de Justicia al desestimar las acciones de inconstitucionalidad que llegan a su consideración fundadas en dicho precepto constitucional.²⁶

No obstante, como relata Hugo DE LOS CAMPOS *«sin perjuicio de que este tipo de irregularidades había sido común en la práctica parlamentaria, en este caso, se habían excedido todos los límites previsibles, dada la magnitud de las reformas que se introducían, el ataque a los fueros parlamentarios en cuanto a la posibilidad de discutir temas de tanta trascendencia, y aún la falta de participación del Directorio del Banco de Previsión Social integrado de acuerdo a la Constitución, el que en esos momentos ya tenía incluso la elección del representante de los jubilados y los pensionistas realizada, pero aún no tenía integración efectiva»*.²⁷

Además, cabe agregar que las normas incorporadas en la Ley de Rendición de Cuentas N° 16.320 ya habían sido rechazadas al no prosperar el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración remitido por el Poder Ejecutivo en la misma Legislatura, por lo que correspondía por remisión expresa del artículo 168 ord. 7° aplicar la consecuencia prevista en el artículo 142 de la Constitución.

Es en este contexto que la Organización Nacional de Asociaciones de Jubilados y Pensionistas del Uruguay (ONAJPU), el Plenario Intersindical de Trabajadores - Convención Nacional de Trabajadores (PIT-CNT) y la Asociación de Trabajadores de la Seguridad Social (ATSS), evaluaron las estrategias a seguir para lograr la desaplicación de las normas aprobadas.

Así pues, formularon una consulta a Hugo DE LOS CAMPOS, quien evacuó la misma con fecha 5 de octubre de 1992, sugiriendo a los consultantes que *«A los efectos de preservar el estricto cumplimiento de las disposiciones constitucionales, en ámbitos tan trascendentes como lo son los de la seguridad social, la vía que aconsejo utilizar es la de propiciar la aprobación de una norma de ese mismo rango, de naturaleza interpretativa, que expícite por ende lo que no es más que el contenido específico de las disposiciones que cité y que determine los efectos de esa declaración, superando las limitantes que los procedimientos vigentes establecen. No existe ningún obstáculo técnico al respecto, puesto*

²⁶ Ver nota al pie N° 9.

²⁷ DE LOS CAMPOS, Hugo. El plebiscito de la seguridad social. Orígenes, antecedentes y reflexiones críticas. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995. p. 89.

que se trataría de un típico caso de interpretación «auténtica» (efectuado por el autor) claramente autofundada en relación a su contenido por las razones de fondo que se han expuesto, y que aconsejarían limitar a la materia de que se trata, fijándole a la interpretación una vigencia que cubriera el motivo de la preocupación que en la consulta se traslada, y por razones de certeza proclamar este límite temporal así como de materia, subsistiendo para todos los demás casos el régimen vigente, con las implicancias que se comentaron».²⁸

Asimismo, DE LOS CAMPOS también proyectó una solución ante un eventual acuerdo político que desplazara las modificaciones de la seguridad social a leyes ordinarias, evitándose así el mecanismo de la reforma constitucional planteado.

La solución propuesta, pese a que finalmente no se concretó, proponía la extensión del recurso de referéndum contra las leyes de ese tipo y contenido.

Para ello, bastaba con agregar un inciso al proyecto de reforma con la siguiente formulación: «Las leyes relativas a la materia de que se trata la disposición anterior podrán ser objeto del Recurso de Referéndum. Para las dictadas a partir del 1° de octubre de 1992 el plazo del año para su interposición comenzará a correr a partir de la vigencia de esta disposición».²⁹

V.2. PROCEDIMIENTO

El procedimiento escogido para reformar la Carta Magna fue el previsto en el artículo 331 literal A, a través de la iniciativa popular y posterior ratificación plebiscitaria.

Este procedimiento de reforma requiere la iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional, presentando un proyecto articulado de reforma, el cual se elevará al Presidente de la Asamblea General, previo control de firmas por parte de la Corte Electoral, para que sea sometido a consideración de la ciudadanía en la elección más próxima.

Para la reforma parcial de 1994, el texto del proyecto elevado al Presidente de la Asamblea General fue el propuesto inicialmente en la consulta de Hugo DE LOS CAMPOS, sin el agregado relativo al recurso de referéndum al que referimos *supra*.

El mismo quedó formulado en los siguientes términos: «Art. 1) Agrégase a las Disposiciones Transitorias y Especiales de la Constitución de la República, la siguiente: V) Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 216 y 256 y siguientes de la Constitución de la República, declárase la inconstitucionalidad de toda modificación de seguridad social, seguros sociales o previsión social (Art. 67) que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a partir del 1° de octubre de 1992. La Suprema Corte de Justicia, de oficio, o a petición de cualquier habitante de la República, emitirá pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse ésta declaración, lo que

²⁸ DE LOS CAMPOS, Hugo. El plebiscito de la seguridad social... cit. p. 98. En las páginas 185 a 188 de esta misma obra consta el pronunciamiento de José KORZENIAK, en consulta evacuada con fecha 14 de diciembre de 1994, coincidente con DE LOS CAMPOS respecto del carácter interpretativo de la disposición.

²⁹ DE LOS CAMPOS, Hugo. El plebiscito de la seguridad social... cit. p. 100.

comunicará al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. Dichas normas dejarán de producir efecto par todos los casos, y con retroactividad a su vigencia. Art. 2) Comuníquese, etc.»³⁰

Para su aprobación, el inciso 2° del literal B del artículo 331 exige el voto en forma afirmativa por el «SI» a la reforma de la mayoría absoluta de los ciudadanos que concurran a dichas elecciones, la que debe representar por lo menos el treinta y cinco por ciento del total de inscriptos en el Registro Cívico Nacional.

V.3. APROBACIÓN

La reforma proyectada fue sometida a la aprobación de la ciudadanía mediante plebiscito, el que se celebró el día 27 de noviembre de 1994 junto con las elecciones nacionales.

En dicha ocasión se emplearon papeletas rosadas con la inscripción «*VOTO POR SI El proyecto de Reforma Constitucional por el que se declara inconstitucional toda modificación de Seguridad Social, Seguros o Previsión Social que se contenga en leyes presupuestales o rendición de cuentas. Noviembre 27 de 1994*».

De esta forma se diferenciaba claramente de las papeletas de color amarillo, con las que simultáneamente se podía votar a favor de la reforma de los artículos 214, 215 y 220 de la Constitución, sobre la materia presupuestos para la enseñanza estatal.

La reforma fue aprobada por la suma de voluntades por el «SÍ» de 1.540.642 ciudadanos, de un total de 2.130.618 sufragantes, lo que representa el 72,3% de los votos emitidos.³¹

V.4. TEXTO DE LA DISPOSICIÓN Y ANÁLISIS

Corresponde ingresar al análisis desagregado de la disposición, a los efectos de comprender mejor sus derivaciones, no sin antes transcribir un fragmento de la consulta evacuada por Horacio CASSINELLI MUÑOZ, donde sumariamente destaca el triple contenido de la disposición, la que supone:

«a) una declaración de inconstitucionalidad genérica, de “toda modificación de seguridad social, seguros sociales, o previsión social (art. 67) que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a partir del 1° de octubre de 1992”;

b) un procedimiento especial y una competencia extraordinaria de la Suprema Corte de Justicia, para emitir un pronunciamiento que indique qué normas están alcanzadas por la declaración de inconstitucionalidad anteriormente referida; en otras palabras, un procedimiento tendiente a concretar y especificar la declaración genérica y abstracta hecha por la Nación en la primera parte del texto proyectado.

c) la determinación del efecto ex tunc y erga omnes de la indicación que haga la Corte acerca de cuáles son las normas a las que debe aplicarse la declaración de inconstitucionalidad».³²

³⁰ DE LOS CAMPOS, Hugo. El plebiscito de la seguridad social... cit. p. 105.

³¹ GROS ESPIELL, Héctor. Evolución Constitucional... cit. p. 149. Nota al pie N° 49.

³² El texto completo de la consulta a Horacio CASSINELLI MUÑOZ puede verse en DE LOS CAMPOS, Hugo. El plebiscito de la seguridad social... cit. p. 185.

Para el análisis de la disposición especial V procedemos a su desagregación en nueve fragmentos acompañados cada uno de ellos de un comentario explicativo respecto de su alcance.

I) *Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 216 y 256 y siguientes de la Constitución de la República declárase la inconstitucionalidad*

Este enunciado debe interpretarse conforme al *sistema constitucional*, estableciendo una solución excepcional al régimen general en materia de inconstitucionalidad de los actos legislativos, cuya finalidad es la aplicación efectiva del artículo 216 de la Carta Magna en relación a las materias que se enuncian más adelante a través de una declaración genérica de inconstitucionalidad efectuada directamente por la Nación en el ejercicio de su soberanía.

II) *de toda modificación de seguridad social, seguros sociales o previsión social (art. 67)*

La declaración genérica antes dicha está sujeta al cumplimiento de tres condiciones. La primera, que surge de este enunciado, limita la declaración y sus particulares efectos a las modificaciones de seguridad social, seguros sociales o previsión social (artículo 67 de la Constitución). Esta condición es la que ofrece mayor dificultad, quedando librado al intérprete desentrañar la significación del término «*modificaciones*», así como el contenido de las materias indicadas.

III) *que se contenga en Leyes presupuestales o de rendición de cuentas,*

Esta es la segunda condición, mediante la cual se restringe la declaración genérica a aquellas normas modificativas de la seguridad social, los seguros sociales o la previsión social, únicamente contenidas en leyes de presupuesto o de rendición de cuentas.

IV) *a partir del 1 de octubre de 1992.*

Esta es la tercera condición a verificarse, por la cual se retrotrae la aplicación de la disposición constitucional a partir de un momento determinado.

Ese momento es el 1° de octubre de 1992, fecha a partir del cual todas las normas comprendidas dentro de los supuestos enunciados anteriormente, quedan comprendidas en la declaración de inconstitucionalidad formulada genéricamente.

V) *La Suprema Corte de Justicia de oficio,*

A fin de no desvirtuar el sistema constitucional, se faculta a la Suprema Corte de Justicia a concretar el mandato del constituyente, ya que en definitiva por su especialidad es quien conoce de forma originaria y exclusiva en las cuestiones de inconstitucionalidad.

VI) *o a petición de cualquier habitante de la República,*

Se legitima a cualquier habitante de la República para peticionar ante la Suprema Corte de Justicia, bastando para ello un interés simple.

VII) *emitirá pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración,*

La emisión de un pronunciamiento expeditivo se basa en la inexistencia de un proceso, así como en el acotado margen de actuación que el constituyente le atribuyó a la Corte, consistente en la realización de un hacer determinado, esto es la individualización de las normas comprendidas dentro de la declaración genérica de inconstitucionalidad.

VIII) *lo que comunicará al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo.*

Esta comunicación tiene su fundamento en la intervención preceptiva de ambos Poderes del Gobierno en la elaboración de este tipo de normas. El Poder Ejecutivo, por ser el titular de la iniciativa privativa legislativa en la materia presupuestal, y el Poder Legislativo, por sancionar los proyectos de ley en cuestión.

IX) *Dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia.*

Aquí se enuncia la consecuencia de la inclusión de una norma dentro de la declaración genérica formulada precedentemente, estableciendo un alcance general (*erga omnes*, respecto de todos) y dotándolo de carácter absoluto, retroactivo al momento del perfeccionamiento de la norma (*ex tunc*, desde siempre). Esto implica, la remoción de todos los efectos producidos por la disposición legal, operando como una anulación.

VI. EL POSICIONAMIENTO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

VI.1. La Resolución 338/1995³³

Una vez comunicado por la Corte Electoral el resultado del acto plebiscitario, la Suprema Corte de Justicia procedió al dictado de una resolución en aplicación del nuevo literal V de las disposiciones transitorias y especiales de la Constitución.

Dicho pronunciamiento es el N°338/1995 de 15 de septiembre de 1995, en el cual se analizan básicamente tres aspectos a saber: la naturaleza y alcance de la función ejercida por la Suprema Corte de Justicia en aplicación de la disposición V; la clarificación del alcance de las expresiones empleadas (v.gr. seguridad social, modificación, etc) y, la delimitación de las normas a las que alcanza la declaración de inconstitucionalidad al tiempo del dictado de la resolución.

A continuación, reproduciremos las consideraciones más importantes manifestadas por la Corte en el *considerando III* con relación a la primera de las tres cuestiones, lo cual pese a su extensión resulta de gran valor para comprender el desarrollo ulterior.

CONSIDERANDO III) «En el caso de la Disposición Transitoria y Especial Letra V, la inconstitucionalidad, esto es, la afirmación o declaración de que una norma de tipo legislativo contraría, formal o sustancialmente, a la Constitución, está hecha por la propia Constitución.

[...]

En la hipótesis de la norma constitucional últimamente plebiscitada, la Suprema Corte de Justicia, sea de oficio (en cuyo caso no hay proceso) o a petición de cualquier habitante (en cuyo caso la expresión «sin más trámite» que emplea la norma constitucional descarta se trate de un juicio) debe emitir pronunciamiento individualizando las normas

³³ Resolución dictada por los Ministros Dres. Raúl ALONSO DE MARCO (Presidente), Jorge MARABOTTO LUGARO, Luis Alberto TORELLO GIORDANO (redactor), Juan MARIÑO CHIARLONE, Milton CAIROLI MARTÍNEZ. El texto completo de la misma puede consultarse en: Revista de Derecho Público N° 8. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995. pp. 139-149. — GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. pp. 151-165.

de naturaleza legal que deben considerarse incluidas en esa genérica declaración de inconstitucionalidad que ha emitido el propio constituyente.

Se trata, como se ve, de una especie de «accertamento» o, de otro modo: la Corte no declara -como es su específica función jurisdiccional- que una cierta norma legislativa viola la Constitución sino que, meramente, habrá de indicar qué normas, incluidas en una Ley de presupuesto o de rendición de cuentas sancionada a partir del 1/10/92, modifican las materias a que alude el artículo 67 de la Constitución, comunicándolo al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo.

A esa función individualizadora y a la consecuente declaración o pronunciamiento que en su mérito emita la Corte, la norma constitucional plebiscitada le asigna un específico y muy particular efecto que se aparta del régimen común, pues produce una especie de abrogación retroactiva de la norma legal individualizada la que deja de producir efectos erga omnes desde la fecha de su propia vigencia. Es decir que se excluye y elimina todo efecto que haya podido producir esa Ley.

[...]

Pero si la inconstitucionalidad no es declarada por la Corte, sino por la propia Constitución, debe analizarse, entonces, cuál es la naturaleza del pronunciamiento que se le comete a la primera.

[...]

Al haber declarado el propio Cuerpo Electoral la inconstitucionalidad de las disposiciones genéricamente indicadas en la norma constitucional plebiscitada, fue resuelta la contradicción, la contienda entre las normas de diferente grado.

Queda vacía de contenido, entonces, la función jurisdiccional que habitualmente se comete al órgano máximo del Poder Judicial en materia de inconstitucionalidad.

En este procedimiento no existen partes en sentido estricto, tampoco hay controversia sino una operación de determinación.

El texto plebiscitado establece una nueva función de la Suprema Corte de Justicia: el deber de indicar cuáles normas legales son las comprendidas en la genérica declaración de inconstitucionalidad.

[...]

En el caso se trata, de una declaración genérica, ya que en ella se aluden a todas las normas que incluyan una modificación del sistema de seguridad social contenidas en Leyes de presupuesto o de rendición de cuentas posteriores al primero de octubre de 1992 y las que se sancionen en el futuro, cometiéndose a la Corte un verdadero «hacer cierto», respecto a normas legales especificadas en sus características, pero no individualizadas, las que dejarán de producir efectos para todos, desde la fecha de su vigencia.

Como alguno ha observado, es una verdadera anulación de la norma legal, que queda como si nunca hubiera nacido a la vida jurídica, tal y como si nunca hubiera sido sancionada y por lo tanto, no hubiera creado situaciones de derechos adquiridos.

[...]

Sostener la naturaleza jurisdiccional contenciosa y/o voluntaria de un tal pronunciamiento, no resiste el menor análisis, por cuanto el mecanismo establecido, no involucra

en modo alguno, una estructuración procedimental de ninguno de los dos tipos; ni conlleva ejercicio de función jurisdiccional en los parámetros que caracterizan a la misma, elemento que resulta definidor.

Asimismo no implica, tampoco, el ejercicio de función administrativa, en virtud de que excede las particularidades específicas de esa función.

Resulta ser, en definitiva, competencia complementaria de la constituyente; delimitación que importa que el ejercicio de tal función no se encuentre sujeto a contralor por parte de quienes se sientan lesionados por la inaplicación de las normas alcanzadas por tal declaración.

Puede entonces concluirse que y en puridad, la naturaleza jurídica de la decisión que debe emitir la Corporación, por mandato constitucional, es la de una determinación individualizadora complementaria de la disposición constitucional o, también, de la voluntad del constituyente».³⁴

VI.2. Otros pronunciamientos³⁵

En ulteriores pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia, en ocasión de expedirse acerca de la inclusión de determinadas normas en la declaración genérica del Literal Especial V, ha acogido y desestimado diversas solicitudes, tomando como referencia los parámetros fijados en la resolución precedente.

Así por ejemplo, en los pronunciamientos N° 298/2004 y 378/2004,³⁶ de 8 de octubre y 15 de diciembre de 2004, respectivamente, se indicó que la norma en consideración incorporada a una Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal, estaba comprendida dentro de la declaración de inconstitucionalidad, al constituir una modificación de las materias previstas en el artículo 67 de la Constitución de la República.

Por su parte, en la resolución N° 153/2006 de 6 de setiembre de 2006, por mayoría se desestimó la solicitud de inclusión de una norma dentro de la inconstitucionalidad genérica establecida por la disposición literal V, la cual, si bien estaba prevista en una Ley de Rendición de Cuentas, su contenido no implicaba una limitación o restricción beneficios, así como tampoco la imposición de nuevos derechos en materia de seguridad social. Por estas razones la Corte no advirtió modificación alguna en materia de seguridad social, seguros sociales o previsión social.

En el pronunciamiento N° 108/2009 de fecha 11 de mayo de 2009, se desestima la solicitud al pretenderse la aplicación de la disposición literal V a una norma de carácter no presupuestal, ni de rendición de cuentas. En igual sentido versa la resolución N° 3498/2011 de 21 de setiembre de 2011.

Finalmente, el pronunciamiento N° 276/2009 de 26 de junio de 2009, fue desestimado al igual que los anteriores, pero con la particularidad de haber descartado de plano, por improcedente, la posibilidad de la Corte en ingresar al análisis de las normas constitucionales vulneradas por los preceptos legales en cuestión; en el entendido que tal posibilidad excede los límites de acción fijados por la disposición.

³⁴ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. pp. 153-155.

³⁵ Disponibles en Base de Jurisprudencia Nacional Pública <http://bjn.poderjudicial.gub.uy> Fecha de consulta 27/09/2017.

VI.3. La Resolución 628/2017³⁷

Este pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2017, constituye un verdadero giro copernicano en el posicionamiento del máximo órgano del Poder Judicial respecto del cumplimiento del mandato constitucional previsto en el Literal V de las disposiciones transitorias y especiales de la Carta Magna.

En esta oportunidad, se desestima por unanimidad la solicitud presentada por entenderla manifiestamente improponible en base a una argumentación que no ingresa en la apreciación, que es propia de la Corte, en verificar la naturaleza del acto legislativo en cuestión y la consecuente determinación de la existencia de un supuesto modificativo de la materia seguridad social, seguros sociales o previsión social (artículo 67 de la Constitución).

Como argumentos, esgrime la Corte que *«El peticionante pretende que la Corte declare la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones mediante un particular mecanismo sometido a una condición que ya se verificó con el dictado de la resolución No. 338/1995 del 15 de setiembre de 1995 (...) En efecto, tal como lo han sostenido estudios especializados, la disposición letra V^o de la Carta es de carácter transitorio, por lo que actualmente ya no tiene aplicación, lo que impide acceder a lo solicitado»*.³⁸

En relación a esto último, se acude a una obra de José KORZENIAK,³⁹ donde el autor realiza un listado en el que detalla aquellas disposiciones que estima no son transitorias, no incluyéndose en el mismo ninguno de los dos literales V.

Asimismo, transcriben la opinión de Daniel Hugo MARTINS, quien sostiene que *«Esta disposición debió ser eliminada en la reforma constitucional de 1996 por haber agotado sus efectos. La Suprema Corte de Justicia por resolución No. 338 de 15 de setiembre de 1985 indicó las normas que quedaron sin efecto»*.⁴⁰

Finalmente, estiman que la posición de Ruben CORREA FREITAS sería coincidente con los autores precedentes, al expresar que *«La Suprema Corte de Justicia por Resolución No. 338 de 15/9/95, indicó las normas legales a las que debe aplicarse esta declaración de inconstitucionalidad»*.⁴¹

VII. APRECIACIONES

A lo largo de este trabajo hemos abordado diversas consideraciones que si bien están relacionadas entre sí, podrían ser cada una de ellas objeto de un análisis detenido.

³⁶ Suprema Corte de Justicia integrada por los Ministros Dres. Leslie VAN ROMPAEY SERVILLO (Presidente), Roberto PARGA LISTA (redactor resolución N°298/2004), Daniel Ibérico GUTIÉRREZ PROTO, Hipólito RODRÍGUEZ CAORSI (redactor resolución N°378/2004), Pablo TROISE ROSSI.

³⁷ Resolución dictada por los Ministros Dres. Jorge CHEDIAK GONZÁLEZ (Presidente), Elena MARTÍNEZ ROSSO, Eduardo TURELL ARAQUISTAIN, Ricardo PÉREZ MANRIQUE y Felipe HOUNIE SÁNCHEZ (redactor). El texto de la misma puede consultarse en: CADE. Publicación mensual. Actualización de Julio 2017. Montevideo, CADE, 2017. pp. 29-31.

³⁸ CADE. Publicación mensual... cit. p. 30.

³⁹ KORZENIAK FUKS, José. La Constitución explicada y un poco de humor. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria y Editorial Planeta, 2007.

⁴⁰ MARTINS, Daniel Hugo. Constitución de la República Oriental del Uruguay... cit. p. 805.

⁴¹ CORREA FREITAS, Ruben. Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967. Anotada y concordada. 4^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015. p. 195.

No obstante, estimamos que las mismas son necesarias para poner en contexto la resolución N° 628/2017 de 8 de mayo de 2017 dictada por la Suprema Corte de Justicia.

Esta resolución supone un cambio radical en el criterio adoptado tradicionalmente por la Suprema Corte de Justicia respecto de la disposición agregada en la reforma de 1994.

Durante más de dos décadas el máximo órgano del Poder Judicial aplicó la norma en consideración de manera estricta por su carácter de excepción, e inspirándose en la Resolución N° 338/1995 de 15 de septiembre de 1995, de gran valor.

En cambio, con este cambio de posicionamiento, se estima por parte de la Corporación que la disposición posee un carácter transitorio, lo que supone una consecuencia gravísima, como es su desaplicación.

Como indica Riccardo GUASTINI, «*el derecho - o al menos el derecho moderno - es (esencialmente) un fenómeno lingüístico. Dicho de manera sencilla: el derecho es un discurso; en particular, el discurso de las autoridades normativas...*»⁴² y como tal está sujeto a interpretación.

Este discurso en particular, formulado por la Nación, amerita un ejercicio argumental mayor, por cuanto de lo que se está hablando es de su desaplicación a partir de un texto sencillo, que no ofrece mayores dificultades de interpretación; salvo al momento de desentrañar la significación de los términos «modificaciones», «seguridad social», «seguros sociales» y «previsión social», y sobre los cuales discurre el margen de actuación, mayor o menor, del que dispone la Corte.

Además, no solo es un texto asequible con un sentido natural y obvio, sino que igualmente posee un fin claro y está formulado en términos precisos en cuanto a su alcance, para no colidir en forma insuperable con los demás preceptos del *sistema constitucional*.

En lo que hace a la argumentación de esta resolución, debemos decir que es muy breve, una cuestión a considerar especialmente. Si bien la disposición especial V se dispone que el pronunciamiento se hará sin más trámite, su fundamento reside en la sencilla razón que, al no existir un proceso, ni partes en sentidos estricto, así como tampoco controversia; la determinación de las normas a las que aplica la declaración genérica no reviste mayor complejidad. En cambio, el rechazo a la petición en base a otro tipo de contemplaciones requiere una justificación mayor, por cuanto se está dejando de aplicar una norma de la propia Constitución que señala un efecto jurídico determinado respecto de ciertos actos de inferior jerarquía contrarios a ésta.

No tenemos el honor de compartir las opiniones a las que adhiere la Corte, en especial la de los profesores KORZENIAK y MARTINS, quienes atribuyen el carácter de transitoria al literal V de las disposiciones Transitorias y Especiales.

Por un lado, MARTINS sostiene expresamente que la disposición se agotó con el dictado de la Resolución N° 338/1995, lo cual estimamos no es así y es la propia resolución la que dilucida la cuestión. En ella, se afirma que «*se trata, de una declaración genérica, ya que en ella se alude a todas las normas que incluyan una modificación del sistema de seguridad social contenidas en Leyes de presupuesto o de rendición de cuentas posteriores al primero de octubre de 1992 y las que se sancionen en el futuro, cometiéndose a la Corte un verdadero «hacer cierto», respecto a normas legales especificadas en sus*

*características, pero no individualizadas, las que dejarán de producir efectos para todos, desde la fecha de su vigencia».*⁴³

Por tanto, la referencia a futuro sólo tiene razón de ser si indica aquellas normas a dictarse con posterioridad a la resolución N° 338/1995, de lo contrario, hubiera alcanzado con la referencia a las normas «*posteriores al primero de octubre de 1992*» consideradas por la Corte al momento de dictar la resolución.

Por otro lado, KORZENIAK no se pronuncia expresamente sobre las razones que lo llevan a atribuir el carácter transitorio de la disposición V en particular. Solamente se limita a decir, en términos generales, que son transitorias aquellas normas sobre las cuales se ha verificado el plazo o condición para las que fueron previstas; para posteriormente transcribir y comentar cada una de ellas, sin referir al literal V.

Sin embargo, en consulta evacuada por el autor con fecha 14 de diciembre de 1994, expresa que «*El contenido esencial de la norma adicionada a la Constitución tiene una naturaleza principalmente interpretativa o declarativa. Así surge de la parte de su texto que expresa "...declárase la inconstitucionalidad de toda modificación de seguridad social, seguros sociales, o previsión social (art. 67) que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas. . .". Esa naturaleza se deriva no solamente del vocablo empleado al comienzo de la frase transcripta ("declárase") sino también como consecuencia de que, por virtud del art. 216 de la Carta, ya estaba prohibido incluir en las leyes presupuestales o de rendición de cuentas, materias ajenas a las descriptas en el art. 214 a las que podrán añadirse las que se refieran a "su interpretación o ejecución" (art. 216, inc. 2o)*».⁴⁴

Por ese motivo, estimamos que no puede ser transitoria aquella norma interpretativa que viene a efectivizar la aplicación de otro precepto constitucional que establece una determinada prohibición, máxime cuando la primera, es decir la norma de carácter interpretativo, no establece para sí el momento en que dejará de producir efectos.

Sostener lo contrario supone un contrasentido, al vulnerar el designio del constituyente plasmado en el texto de la Constitución al desaplicar la norma que efectiviza respecto de determinados actos jurídicos de rango legal y de cierta materia la prohibición general del artículo 216 inciso 2°.

En cambio, mayor dificultad ofrece la posición de CORREA FREITAS, cuya cita es precedida en esta resolución por el condicional o potencial «*parecería*». No queda claro si el autor sigue el mismo criterio que MARTINS, o por el contrario al referir a la resolución 338/1995 por cual la Corte estableció las normas a las que aplica la disposición está aludiendo a los criterios a tener en consideración para concretar el «*accertamento*».

Así como la Suprema Corte de Justicia menciona opiniones a favor del carácter transitorio de la norma constitucional en cuestión, debe señalarse que otros autores, en cambio, reafirman el carácter especial de la disposición V de 1994.

Por ejemplo, José Aníbal CAGNONI, expresa en relación a las disposiciones transitorias y especiales en la Constitución uruguaya, que «*Una futura posible depuración del texto de estas Disposiciones permitiría separar las transitorias de las especiales y proceder a*

⁴² GUASTINI, Riccardo. La sintaxis del derecho... cit. p. 41.

⁴³ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 154 [el destacado es nuestro].

⁴⁴ Vid. DE LOS CAMPOS, Hugo. El plebiscito de la seguridad social... cit. p. 185.

eliminar aquellas que se han extinguido por cumplimiento. **Se mantendrían las de las Letras: A, B, L** (de vigencia), **C, G, M** (pero no en su inciso final en virtud de que ya se ha cumplido la condición allí indicada atribuyente de potestad al Poder Ejecutivo, ya que se han efectuado las elecciones de los llamados representantes sociales - de trabajadores, de pasivos, de empresarios - al Directorio del Banco de Previsión Social), **O, P** (pero vigente sólo en cuanto refiere a la integración del Directorio del Sodre). **S** (ha vencido - largamente - el plazo de un año para que el Poder Ejecutivo enviara al Parlamento un Proyecto de Ley coordinador de la enseñanza, pero el deber persiste), **V, W, X, Y, Z**. Serían eliminables las disposiciones de las Letras: **D, E, F, H, I** (¿pueden aún impugnarse actos administrativos anteriores al año 1952 ?), **N, R, T, U, Z**». ⁴⁵

Independientemente de la variedad de opiniones sobre el tema, en nuestra consideración la disposición literal V de 1994 reviste el carácter de especial, por cuanto pertenece al mundo jurídico, más precisamente al *sistema constitucional*, desde el momento que se siguieron los procedimientos para su incorporación previstos en el art. 331 de la Constitución concluyendo de forma necesaria con su ratificación plebiscitaria, lo que le otorga la correspondiente validez.

En los términos manejados por el jurista italiano Riccardo GUASTINI, ⁴⁶ podemos decir que estamos frente a una norma que está vigente, por cuanto no ha sido desplazada por otra norma superviniente de igual jerarquía. Además, es aplicable a los supuestos previstos en ella no pudiendo ser desaplicada, en primer lugar, porque la condición en ella prevista se renueva continuamente con la aprobación de nuevas Leyes de Presupuesto o de Rendición de Cuentas, y en segundo lugar, porque no está sujeta a un plazo que determine el cese de sus efectos, sino que por el contrario está formulada a futuro, para que cada vez que se verifique su condición la consecuencia no sea otra que la inconstitucionalidad.

En consecuencia, es una disposición eficaz, en el sentido que debe ser cumplida y acatada por aquellos a quienes va dirigida, especialmente por la Suprema Corte de Justicia, porque su función «*por mandato constitucional, es la de una determinación individualizadora complementaria de la disposición constitucional o, también, de la voluntad del constituyente*». ⁴⁷

De lo contrario, como expresa John MARSHALL en el célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803, «*se reduce a la nada lo que hemos estimado que es el mayor adelanto que han alcanzado las instituciones políticas, a saber una Constitución escrita*». ⁴⁸

Por tanto, es necesario se apliquen las soluciones constitucionales adoptadas con una clara finalidad, para evitar así que por la vía de los hechos se verifique la conducta que en un principio motivó la reforma.

La consecuencia de este pronunciamiento, más allá de la discusión de la transitoriedad o especialidad de la disposición, es la desaplicación de la Constitución, sin la existencia de

⁴⁵ CAGNONI BUFFA, José Aníbal. El Derecho Constitucional uruguayo... cit. p. 25 [el destacado es nuestro].

⁴⁶ Cfr. GUASTINI, Riccardo. La sintaxis del Derecho... cit. Cap. XXI: validez, existencia, eficacia. pp. 221-233.

⁴⁷ GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones... cit. p. 155.

⁴⁸ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Los orígenes del Control Jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos. Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003. p. 131

razones aparentes de la Suprema Corte de Justicia para claudicar, no ya de una facultad constitucional, sino de un deber constitucional.

En definitiva, es imprescindible que la Corte vuelva sobre sus pasos y retome la aplicación efectiva de la disposición especial V, para cumplir la función que le fuera encomendada por el constituyente. De este modo, se evita en buena medida que se incumpla con la previsión constitucional del artículo 216 inc. 2° respecto de las materias previstas en el artículo 67 de la Carta, ya no por un acuerdo político que sortee la voluntad del propio constituyente, sino por una decisión del máximo órgano del Poder Judicial.

VIII. CONCLUSIONES

La Resolución N° 628/2017 de 8 de mayo de 2017, dictada por la Suprema Corte de Justicia representa un mal pronunciamiento desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

La misma desaplica una disposición especial de la Constitución, atribuyéndole el carácter de transitoria; lo cual no es posible por cuanto esta disposición no está sujeta a una condición o plazo para agotar sus efectos, sino que por el contrario se renueva constantemente con el perfeccionamiento de nuevas Leyes de Presupuesto o Rendición de Cuentas

Con esta decisión se contraría la voluntad del constituyente, así como también se resigna el cumplimiento de un deber constitucional atribuido a la Suprema Corte de Justicia.

Este pronunciamiento lejos de constituir un «*hacer cierto*» o dar certeza a una relación jurídica preexistente removiendo incertidumbres («*accertamento*»), no es otra cosa que un verdadero «*hacer incierto*» que genera renovados cuestionamientos acerca del futuro de esta disposición constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BLANCO, Andrés. «Gasto público, presupuesto y deuda pública. Materiales básicos de lectura para estudiantes de Derecho Financiero». Disponible en: www.fder.edu.uy Fecha de consulta 18/09/2017.
- BURSTIN, Darío [et al.] La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010.
- CAGNONI BUFFA, José Aníbal. El Derecho Constitucional uruguayo. 2^{da} edición. Montevideo, s/e., 2006.
- CORREA FREITAS, Ruben. Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967. Anotada y concordada. 4^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- CORREA FREITAS, Ruben. Derecho Constitucional Contemporáneo. Tomo I. 5^{ta} edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016.
- CORREA FREITAS, Ruben. El Cincuentenario de la Constitución uruguaya de 1967. Montevideo, Grupo Magro Editores - Universidad de la Empresa (UDE), 2017.
- DE LA BANDERA, Manuel M. La Constitución de 1952. Montevideo, Cámara de Senadores, 1957.
- DE LOS CAMPOS, Hugo. El plebiscito de la seguridad social. Orígenes, antecedentes y reflexiones críticas. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Los orígenes del Control Jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos. Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

- GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo. Disposiciones Transitorias Especiales en las Constituciones del Uruguay. Montevideo, Ediciones de la Plaza, 1999.
- GUASTINI, Riccardo. La sintaxis del derecho. Madrid, Marcial Pons, 2016.
- HELLER, Hermann. Teoría del Estado. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1942.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL, Justino. La Constitución Nacional. Versión Taquigráfica. Tomo X. Organización Medina, 1949.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL, Justino. Escritos y Discursos. Montevideo, Ministerio de Relaciones Exteriores - Ediciones del Instituto Artigas del Servicio Exterior, 1992.
- KORZENIAK FUKS, José. La Constitución explicada y un poco de humor. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria y Editorial Planeta, 2007
- MARTÍNEZ, Martín C. Ante la nueva Constitución. Montevideo, Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos N° 48, 1964.
- MARTINS, Daniel Hugo. Constitución de la República Oriental del Uruguay. Anotada, comentada y concordada. Tomo I. Montevideo, La Ley Uruguay, 2014.
- PÉREZ PÉREZ, Alberto. Constitución uruguaya de 1967. Actualizada 2010. Reimpresión de la 7a edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012.
- RISSO FERRAND, Martín J. Derecho Constitucional. Tomo I. 2^{da} edición, 1^{era} reimpresión. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- RISSO FERRAND, Martín (coord). La Constitución uruguaya de 1967. Balances y perspectivas. Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015.
- SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. 3^{era} edición, 2^{da} reimpresión. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

Fecha de recepción: 30 de setiembre 2017.

Fecha de aceptación: 4 de noviembre 2017.

EL FINAL DE LA VIDA EN CLAVE BIOÉTICA

Valeria Escobar Suhr*

RESUMEN. *En los últimos años ha sido posible observar un avance del desarrollo normativo en diferentes países en torno a la autodeterminación y la libertad del individuo en lo concerniente al cuidado de su salud. Este desarrollo también ha abarcado las decisiones que se vinculan a los momentos inmediatamente anteriores o posteriores a la muerte. Uruguay no ha sido ajeno a este fenómeno; siendo el objeto de este trabajo el análisis de la normativa vigente a nivel nacional en materia del final de la vida; relacionándola con los principios bioéticos y documentos internacionales.*

PALABRAS CLAVE. *Principios bioéticos. Consentimiento Informado. Voluntad anticipada. Donación de órganos y tejidos. Relación médico paciente.*

ABSTRACT. *In recent years there has been advancement on the development of regulations in different countries regarding self-determination and an individual's freedom with regards to his/her healthcare. This development includes decisions related to the moments immediately before or immediately after death. Uruguay has not been unaware of this phenomenon. In this paper we analyze existing regulations in Uruguay regarding the end of life, and their relation to bioethical principles and international documents.*

KEY WORDS. *Bioethical principles. Informed consent. Advance decision. Organ and tissue donation. Physician-patient relationship.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las notas caracterizadoras del ser humano, y un motivo permanente de su vocación proyectarse hacia la posteridad, deriva de la propia consciencia de su finitud existencial.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Profesora Asistente (G2) de Derecho Civil (FCCEEA-UR). Profesora Ayudante (G1) de Derecho Comercial (FD-UR). Maestranda en Derecho Comercial (FD-UR). Correo electrónico: vescobarsuhr@gmail.com

En los últimos años ha sido posible observar un avance del desarrollo normativo en diferentes países del orbe, en torno a la autodeterminación y a la libertad del individuo en lo relativo al cuidado de su salud. Y dicho desarrollo también ha abarcado las decisiones que se vinculan a los momentos inmediatamente anteriores o inmediatamente posteriores al fin del tránsito vital.

En tal sentido se han empezado a manejar conceptos tales como buen morir y/o la muerte digna. Sobre el particular DELPIAZZO señala que *“el derecho a morir con dignidad no es un derecho ni al suicidio asistido ni a la fuga solitaria del teatro de la vida, sino a vivir la muerte con dignidad, o sea, siendo cuidado, asistido y respetado hasta el final”*¹.

El objetivo del presente trabajo es el de realizar una exposición de los contenidos de la normativa vernácula que ha abordado la cuestión del final de la vida desde una perspectiva bioética.

Para ello estimamos pertinente comenzar abordando los principios rectores en materia bioética, así como normativa de fuente internacional que de manera directa o tangencial han aludido al temática.

Posteriormente se relevarán cuerpos normativos de fuente nacional que específicamente han referido al tópico del final de la vida, en aspectos tales como las declaraciones de voluntad anticipada, la donación de órganos y tejidos y la relación médico-paciente, como lo son la Ley N° 18.473 y su reglamentación, Ley N° 18.968 y Ley N° 19.286, respectivamente.

II. PRINCIPIOS BIOÉTICOS

Para comenzar con el desarrollo de este trabajo entendemos pertinente comenzar por un breve recorrido por los principios bioéticos, los cuales serán indudablemente de utilidad para abordar los eventuales dilemas que, en esta materia, conlleva el final de la vida.

Para definir qué se entiende por los principios bioéticos debemos partir por definir qué es la Bioética. Diego GRACIA GUILLÉN la define como *“un conjunto de problemas en los que el médico tiene que tomar una serie de opciones éticas”*.² y por su parte REICH como *“el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de la ciencia biológicas y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales (Encyclopedia of Bioethics)”*³

En otras palabras, para BERRO y CLUZET *“el campo de la bioética es un área interdisciplinaria donde la dimensión ética no puede o no debe ser abstraída de las dimensiones sociales, políticas, económicas, religiosas, etc.”*⁴.

La Bioética se ha constituido como una nueva rama del saber ético que busca el abordaje de problemas éticos antiguos y nuevos relacionados con la vida, la muerte, la salud y

1 DELPIAZZO, Carlos, *Dignidad humana y derecho*, Ed. Universidad de Montevideo, 2001, pp. 31 y 32.

2 Cfr. BERRO, Guido y CLUZET, Oscar “Bioética”, en *Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1era Edición, Mayo 2013, Montevideo – Uruguay, p. 339.

3 Ídem.

4 Ibídem.

enfermedad., poniendo énfasis en la necesidad de una relación humanística entre el equipo de salud y los usuarios.

Como toda ciencia necesita de pilares o principios en los que sustentarse y que sirvan de guía y base para la resolución de los conflictos que puedan suscitarse. Es en este punto que debemos referenciarlos en el Informe Belmont y en el texto de los bioeticistas BEAUCHAMP y CHILDRESS denominado "*Principios de ética biomédica*", los cuales se escribieron casi simultáneamente, influyendo uno en el otro, a pesar de sus orígenes independientes.

La finalidad de estos principios es ayudar en la identificación, análisis y resolución de los conflictos éticos que puedan surgir tanto de la investigación con seres humanos, así como de la práctica de la medicina, buscando obtener una claridad conceptual en los debates morales que se puedan plantear. En otras palabras, buscan en un espacio interdisciplinario, multicultural y plural aportar un lenguaje moral común, preciso y accesible tanto al mundo científico, como a la sociedad en general.

El Informe Belmont entiende por principios éticos a aquellos juicios generales que sirven como justificación básica para las muchas prescripciones y evaluaciones éticas particulares de las acciones humanas, distinguiendo la existencia de tres principios básicos: respeto por las personas, beneficio y justicia. Como apunta GUZMÁN TORO, dicho informe es el trabajo final de una Comisión creada por el Congreso de los Estados Unidos en el año de 1974, encargada de identificar los principios que deberían orientar las investigaciones en los seres humanos; órgano que surgió como consecuencia de las críticas a los abusos y violaciones a los derechos humanos cometidos por algunos científicos en el desarrollo de sus investigaciones⁵. En cambio, BEAUCHAMP y CHILDRESS, reconocen a cuatro principios de la Bioética: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia⁶.

En la época pre-moderna naturalista, el principio rector de la ética médica era la beneficencia paternalista, el cual involucraba la no maleficencia y la justicia, en donde la beneficencia involucra las tres obligaciones morales clásicas: no hacer daño, hacer el bien y ser justo. Posteriormente en la modernidad, se llega al concepto de autonomía (raciocinio, juicio y decisión), el cual llegó, aunque tardíamente, a la relación entre profesionales de la salud y pacientes y en las últimas décadas se renuevan los conceptos de justicia distributiva en salud.

Actualmente en varios campos del ejercicio de la medicina se presentan conflictos o dilemas éticos que inciden en la toma de decisiones, no siendo muchas veces claros lo que se debe hacer. Esta confusión tiene múltiples orígenes, entre los cuales destacamos los avances de los conocimientos científicos, tecnológicos y simultáneamente cambios sociales y culturales que ha sufrido la humanidad. El mundo post-moderno se caracteriza por un pluralismo de valores morales, de ideologías, de creencias, teniendo como valor máximo para la convivencia pacífica, al respeto por los derechos humanos la tolerancia entre los hombres.

5 GUZMÁN TORO, Fernando, "Bioética, derechos humanos y la investigación en seres humanos" en *Revista Opción de la Universidad de Zulia*, vol. 30, núm. 73 (2014), pp. 127-128.

6 Cfr., Ídem, p. 127.

II.I. Principio de beneficencia.

Refiere a la obligación de actuar en beneficio de otros, es decir, a realizar el bien y no solo a desearlo, ya sea previniendo o eliminando el daño, así como también logrando un balance positivo entre beneficios y daños.

Como señalan ESCOBAR TRIANA y ARISTIZABAL TOBLER, En ocasiones la beneficencia se ve en competencia con el principio de respeto a la autonomía y en otros se considera que el principio de beneficencia implica tener en cuenta las elecciones autónomas del paciente, al considerar que la mejor forma de hacer el bien a los demás es permitirles realizar su propio proyecto de felicidad, es decir “*promover su autonomía*”, de lo contrario, podría ser considerado maleficencia, en otros términos “*haz a los demás solo lo que ellos quieran que les hagan*”⁷

La beneficencia obliga al médico a actuar siempre en bien del paciente, en ayudarlo a recuperar y mantener su salud física, psíquica, en evitarle daños y sufrimientos. En el antiguo modelo paternalista de la relación médico-paciente, al que ya hicimos referencia ut-supra, en pos del bien del paciente, el galeno prescindía de la opinión del mismo, entendiendo que no poseía los conocimientos técnicos necesarios para la toma de decisiones, depositando plena confianza en que las decisiones de los galenos constituía la mejor opción.

Actualmente, se reconoce que quien debe decidir lo que es “el bien” para el paciente es justamente el propio paciente, de modo que la tradición hipocrática ha quedado superada. En otras palabras, será el propio paciente quien deberá autorizar al equipo de salud a actuar en su bien, y de acuerdo con sus preferencias y valores.

II.II. Principio de no maleficencia

Esta directriz aparece por primera vez en el Informe Belmont e implica abstenerse intencionadamente de realizar actos que puedan causar daño o perjudicar a otros. Si bien se trata de un imperativo ético válido para todos los ámbitos, y no solo específicamente a la medicina (reviste también aplicación, por ejemplo, en la investigación en seres humanos), en este último deberá ser interpretado adecuadamente dado que en ocasiones las actuaciones médicas implican ocasionar una especie de “daño” en pos de obtener un bien para el paciente. En otras palabras, con este principio se trataría entonces de no perjudicar innecesariamente a otros. Es por ello que se sostiene que el mismo debe ser interpretado de la mano con el de beneficencia, para que prevalezca el beneficio sobre el perjuicio.

La aplicación de esta directriz requiere contar una formación profesional tanto teórica como práctica, rigurosa y actualizada permanentemente, investigar sobre tratamientos, procedimientos o terapias nuevas, para mejorar los ya existentes con objeto de que sean menos dolorosos y lesivos para los pacientes; avanzar en el tratamiento del dolor; evitar la medicina defensiva y, con ello, la multiplicación de procedimientos y/o tratamientos innecesarios.

7 ESCOBAR TRIANA, Jaime, ARISTIZABAL TOBLER, Chantal, Los principios en la bioética: fuentes, propuestas y prácticas múltiples, Revista Colombiana de Bioética [en línea] 2011, 6 (Noviembre-Sin mes) : [Fecha de consulta: 26 de agosto de 2017] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189222553006>> ISSN 1900-6896, p. 94.

Como señala BERRO y CLUZET en el cumplimiento de la función médica existe siempre un riesgo de provocar daño, lo que implica este principio será la valoración clínica de que el daño queda muy compensado por el beneficio del paciente, es decir la consideración del cociente riesgo-beneficio⁸

II.III. Principio de autonomía.

Este principio tiene raíces en la filosofía moral y en el pensamiento político liberal inspirado por Kant, para quien la autonomía refiere al autogobierno libre de interferencias controladoras y de limitaciones personales que impidan decisiones racionales⁹.

Por su parte, John Stuart MILL desde el empirismo introduce la libertad de actuar en la esfera privada. Por lo tanto, la autonomía requiere capacidades mentales como comprensión e intencionalidad y toma de decisiones voluntarias sin coacciones. En otras palabras, respetar a la autonomía presupone reconocer las capacidades y perspectivas de las personas y su derecho a tener opiniones, los cuales les permiten tomar decisiones y realizar acciones con base en los valores y creencias personales¹⁰.

En suma, el respeto de este principio trae consigo dos obligaciones: una negativa, de que otros no impongan restricciones, y otra positiva, a través de intercambios de información y otras acciones que estimulen la toma de decisiones autónomas.

El respeto a la autonomía obliga a los profesionales de la salud a revelar la información necesaria y suficiente y asegurar la comprensión y la voluntariedad de las decisiones. Mediante la aplicación de este principio es posible la coexistencia pacífica de personas con creencias y valores diferentes; implica respeto mutuo de las personas y es importante para contrarrestar la autoridad profesional y el paternalismo médico.¹¹ En otras palabras, el respeto de la autonomía en el ámbito médico es una obligación de los profesionales de la salud para asegurar que los pacientes tengan derecho a escoger. Para que el profesional de la salud pueda afirmar que las decisiones de los pacientes son autónomas debe estar seguro que son informadas, libres, voluntarias y auténticas.

Es por ello que se sostiene que el consentimiento informado es la máxima expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, el respeto de las preferencias y los valores del enfermo.

ORDOQUI CASTILLA define a la autonomía del paciente como “(..) *la capacidad de decidir libremente con relación a las sugerencias que le realiza el médico con referencia a los tratamientos a seguir en el proceso de curación de su enfermedad. Sin autonomía, sin libertad no puede haber consentimiento informado. Una persona autónoma es la que actúa con libertad según sus propias convicciones e intereses*”¹². Por su parte CAROZZI, con referencia a la autonomía señala que “(..) *ésta no sólo no vulnera la libertad ideológica, ni religiosa de los individuos, sino que es un instrumento que garantiza el respeto de las mencionadas libertades por parte de quien haya manifestado su voluntad conforme a la*

8 BERRO, Guido y CLUZET, Oscar, ob. cit., p. 345.

9 ESCOBAR TRIANA, Jaime, ARISTIZABAL TOBLER, Chantal, ob. cit., p. 94.

10 Cfr. Ídem.

11 Cfr. Íbidem.

12 Ob. Cit., p. 7

ley, ya que quien utilice este instrumento legal, lo hará conforme a sus convicciones personales y tales convicciones serán las que deben ser respetadas por los médicos e instituciones médicas, imponiéndose incluso a decisiones en sentido contrario que pudieran querer adoptar sus familiares. El derecho cuyo ejercicio esta ley respeta, consiste en definitiva en el 'derecho a morir con dignidad, lo que equivale precisamente a vivir con dignidad hasta el último momento'¹³.

II.IV. Principio de justicia.

Implica tratar a cada uno como corresponda, con la finalidad de disminuir las situaciones de desigualdad, ya sea ideológica, social, cultural, económica, entre otras. O como señalan BERRO y CLUZET "*Este principio solicita, por un lado, que los pacientes sean tratados con equidad en sus derechos y exige, por otro lado, otro aspecto importante: la distribución equitativa de recursos*"¹⁴.

En nuestra sociedad, aunque en el ámbito sanitario la igualdad entre todos los hombres es sólo una aspiración, se pretende que todos sean menos desiguales, por lo que se impone la obligación de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales para disminuir las situaciones de desigualdad.

El principio de justicia puede desdoblarse en dos aspectos: uno formal, que consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, y otro material, que implica determinar las características relevantes para la distribución de los recursos sanitarios: es decir, necesidades personales, mérito, capacidad económica, esfuerzo personal, entre otros.

MACKINSON encara este principio desde la óptica de la distribución de recursos, es decir, la aplicación de la denominada "*justicia distributiva*"¹⁵. Esto significa que excede el marco de los deseos particulares, de las buenas intenciones, capacidades y compromiso con la tarea de los equipos médicos y paramédicos, que va más allá de las aspiraciones de su entorno afectivo. La justicia distributiva en el área de salud aparece entonces, ineludiblemente, ligada a la atribución y/distribución de recursos. La justicia distributiva conlleva la noción de equidad

Por regla la relación médico-paciente se basa fundamentalmente en los principios de beneficencia y de autonomía, pero cuando estos principios entran en conflicto, en ocasiones por la escasez de recursos, será el principio de justicia el que opere como fiel de la balanza o contrapeso entre ambas directrices.

En materia sanitaria entendemos que la justicia implicará la obtención de una mayor igualdad de oportunidades para compensar las desigualdades. Esta máxima no resulta irrelevante en un mundo en el que el aumento de los costos y la constantemente creciente innovación tecnológica, profundiza los dilemas de asignación de recursos equitativos, especialmente en países de limitadas capacidades económicas y acotados presupuestos.

A vía ilustrativa, un supuesto que hipotéticamente podría plantearse y que conllevaría a una necesaria aplicación sería como proceder ante un caso en el que el número de pacientes

13 CAROZZI, EMA "Declaraciones de Voluntad Anticipada. Análisis de la Ley N° 18.473, en *Revista Tribuna del Abogado del Colegio de Abogados del Uruguay N° 162 (Abril/Mayo, 2009)*, p. 11.

14 BERRO, Guido y CLUZET, Oscar, ob. Cit., p. 346.

15 Cfr. Ídem, p. 347

que necesite de un determinado recurso asistencial supere la disponibilidad del mismo. Consecuentemente es dable sostener que el principio de justicia podría llegar a colisionar con el de beneficencia o el de autonomía, lo que aparejaría complejos problemas bioéticos, cuando se verifica una colisión de intereses individuales con el interés colectivo de la sociedad.

II.V. Jerarquía entre los principios bioéticos

María Teresa ROTONDO señala que los principios de beneficencia, autonomía y justicia son distintos entre sí. Señala que los dos primeros se refieren al “bien individual” de una persona, mientras que la justicia, mira por el “bien común”, y agrega que este “bien de todos” siempre es superior al bien de los individuos concretos, razón por la cual presenta jerarquía.¹⁶

Por su parte, Diego GRACIA GUILLEN, establece el siguiente orden jerárquico entre los principios bioéticos, por su orden: justicia, autonomía y beneficencia. Por lo tanto, ante una hipótesis de conflicto, los principios del bien común: justicia y no maleficencia deberán predominar sobre aquellos que expresan el bien individual: autonomía y beneficencia, aun cuando no siempre sea sencillo en la práctica, poder expresar esta predominancia¹⁷.

En relación a la jerarquización entre estos principios, y especialmente el papel del principio de justicia BERRO trae a colación una previsión contenida en el Código de Ética Médica del Sindicato Médico del Uruguay y la Federación Médica del Interior, en su artículo 12 señala que *“El médico debe buscar los mejores medios de diagnóstico y tratamiento para sus pacientes. Deberá buscar responsablemente el rendimiento óptimo y equitativo de dichos recursos en las instituciones donde trabaja, evitando todo despilfarro o negligencia en la administración de recursos destinados al mayor número posible de pacientes y denunciando y oponiéndose como ciudadano a todas aquellas situaciones en que esto resulte de la malversación o la mala distribución de los bienes sociales”*¹⁸. En línea análoga, a nivel del derecho positivo vigente encontramos el Código de Ética Médica recientemente aprobado por Ley 19.286 en su artículo 8 reza: *“El médico debe procurar los mejores medios científicamente aceptados de diagnóstico y tratamiento para sus pacientes, así como el rendimiento óptimo y equitativo de dichos recursos”*.

III. EL FINAL DE LA VIDA EN LA NORMATIVA DE FUENTE INTERNACIONAL

III.I. Declaración Universal De Bioética y Derechos Humanos

En la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 19 de octubre de 2005 (en lo sucesivo DUBDH), si bien no se alude con carácter específico a los dilemas éticos que puede conllevar el fin de la vida; de la lectura de su exposición de motivos surgen pasajes en los que estimamos se encuentran en forma inmanente cuestiones vinculadas a la finitud del periplo vital humano. Así se sobre salen las siguientes frases, de las cuales hemos

16 Cfr. *Ibidem*, pp. 346-347.

17 Cfr. *Ibidem*, p. 347.

18 *Ibidem*, pp. 347-348.

resaltado algunos segmentos: *“Consciente de la excepcional capacidad que posee el ser humano para **reflexionar sobre su propia existencia** y su entorno, así como para percibir la injusticia, evitar el peligro, asumir responsabilidades, buscar la cooperación y dar muestras de un sentido moral que dé expresión a principios éticos”, “Teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que **afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos**, “Reconociendo que los problemas éticos suscitados por los rápidos adelantos de la ciencia y de sus aplicaciones tecnológicas deben examinarse teniendo en cuenta no sólo el **respeto debido a la dignidad de la persona humana, sino también el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales**”, “Reconociendo que, gracias a la libertad de la ciencia y la investigación, los adelantos científicos y tecnológicos han reportado, y pueden reportar, grandes beneficios a la especie humana, por ejemplo aumentando la esperanza de vida y mejorando la calidad de vida, y destacando que esos adelantos deben procurar siempre **promover el bienestar de cada individuo, familia, grupo o comunidad y de la especie humana en su conjunto, en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y en el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales**”.*

Como es susceptible de apreciación el respeto de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales aparecen como tópicos recurrentes a la hora de considerar la concepción de la vida, la vida en sí misma, ciencia y la investigación, los adelantos científicos y tecnológicos.

La DUBDH recoge los principios de bioética desarrollados en el capítulo precedente, sin perjuicio de que contiene otras normas que revisten gran importancia, alguno de los cuales se hará referencia a continuación.

El artículo 3 de la DUBDH establece que se deberá respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que los intereses y bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad. A nuestro entender el citado artículo está reconociendo implícitamente en cierta manera la superioridad del principio de autonomía por sobre el de justicia.

Por su parte, el artículo quinto, refiere expresamente que *“Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”.*

A los efectos de garantizar y velar por el cabal cumplimiento del principio de la autonomía, se establece que deberá otorgar su consentimiento libre e informado ante toda intervención médica o investigación científica, el cual está regulado en el artículo sexto.

El artículo 10 de la presente Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, consagra otro principio bioético desarrollado precedentemente, el principio Igualdad, justicia y equidad, al establecer que *“Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad”*

En lo referente a la adopción de decisiones y tratamiento de las cuestiones bioéticas el artículo 18 establece que: “1. *Se debería promover el profesionalismo, la honestidad, la integridad y la transparencia en la adopción de decisiones, en particular las declaraciones de todos los conflictos de interés y el aprovechamiento compartido de conocimientos. Se debería procurar utilizar los mejores conocimientos y métodos científicos disponibles para tratar y examinar periódicamente las cuestiones de bioética; 2. Se debería entablar un diálogo permanente entre las personas y los profesionales interesados y la sociedad en su conjunto; 3. Se deberían promover las posibilidades de un debate público pluralista e informado, en el que se expresen todas las opiniones pertinentes*”.

Por último, el artículo 19 prevé la existencia de comités de ética “independientes, pluridisciplinarios y pluralistas”, y establece cuáles serán sus cometidos: a) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos; b) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos; c) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Declaración; d) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto”.

III.II. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Recientemente, entró en vigor la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, aprobado en la ciudad de Washington, Estados Unidos, el día 15 de junio de 2015 y posteriormente ratificado por nuestro país mediante la Ley N° 19.430 del 8 de setiembre de 2016.

Como señala BLENGIO, el mismo regula la situación de las personas mayores de 60 años de edad, sin importar cuál sea su sexo o condición, siendo atinente a aspectos que refieren a los derechos en el área clínica y sanitaria, así como a la ética de lo vital, y teniendo como eje principal el 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 vitales¹⁹.

Es así, que el artículo 7 del citado Convenio en concordancia con lo señalado precedentemente, consagra “*el derecho de la persona mayor de tomar decisiones, definir su plan de vida, desarrollar una vida autónoma conforme a tradiciones y creencias*”, lo cual resulta en armonía con lo dispuesto en el artículo 6, el cual refiere al “*derecho al goce de la vida y el derecho a vivir con dignidad la vejez hasta el fin de sus días*”.

De esta forma, el cuerpo normativo aludido comienza a adentrarse en temáticas atinentes al fin de la vida; extremo que tangencialmente ya había aparecido en el artículo segundo una definición de que se entiende por “*cuidado paliativo*”, al que refiere 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*”.

19 BLENGIO VALDÉS, Mariana “La autonomía de las personas mayores en el ámbito sanitario”, en *Revista de Derecho Público, Año 26, Número 51 (2017)*, p. 8.

Por otra, parte y en reconocimiento del principio bioético de la autonomía, el artículo 11 del citado cuerpo normativo le reconoce a la persona mayor el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, constituyendo la negación de este derecho una vulneración de los derechos humanos.

Como forma de garantizar el derecho estas personas de manifestar su consentimiento informado, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, la Convención dispone que los Estados Parte 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. Dichos mecanismos deberán brindar una información “clara, adecuada y oportuna”, que deberá ser presentada de manera comprensible de acuerdo a la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación del adulto mayor.

En lo atinente a la regulación sobre el 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*”.

Por su parte, en el inciso 7 del artículo 11 la Convención refiere al “*derecho a manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de salud, incluidos cuidados paliativos*”, y agrega 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*”.

IV. EL FINAL DE LA VIDA EN LA NORMATIVA DE FUENTE NACIONAL.

A continuación se desarrollarán contenidos correspondientes a la normativa vernácula en la que se ha abordado la cuestión del final de la vida. El orden de la exposición se corresponde con la secuencia temporal en la que los textos positivos han sido aprobados.

IV.I. La Ley N° 18.473 sobre Declaraciones de voluntades anticipadas y su Decreto Reglamentario N° 385/2013

A través de la Ley N° 18.473 promulgada con fecha 3 de abril de 2009, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de las denominadas “declaraciones de voluntades anticipadas”.

La citada ley fue objeto de críticas, en virtud del escaso desarrollo que la misma presenta, con apenas once artículos, en los cuales se dejaban instauradas varias interrogantes en relación a la aplicación práctica de la expresión de las voluntades anticipadas. Tales vacíos legales, parecen haber sido colmados con la reglamentación del texto legal a través del Decreto Reglamentario N° 385/13 del 4 de diciembre de 2013.

Como se puede observar transcurrieron cuatro años en los que no se generaron dificultades o poner algo como el estilo. No obstante, el artículo noveno del decreto reglamentario dispone que las declaraciones de voluntad anticipada realizadas con anterior-

ridad a la vigencia de este Decreto y, que hayan dado cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley conservarán plena validez y eficacia sin necesidad de formalidades ulteriores.

IV.I.I. Concepto, origen y finalidad de las declaraciones de voluntad anticipada.

Por declaraciones de voluntad la doctrina ha entendido a las “*declaraciones unilaterales escritas, dirigidas al personal sanitario y a otras personas significativas, donde una persona mayor de edad expresa los tratamientos que desea o no desea que se le apliquen en diversas circunstancias médicas futuras, para que dirijan la toma de decisiones médicas cuando ella ya no tenga la capacidad de expresarse por sí misma*”.²⁰

Este instituto ha presentado diversas denominaciones en los diferentes ordenamientos jurídicos, entre ellos el más conocido es el de testamento vital (o *living will* en su versión inglesa), aunque también se encuentran: denominadas declaraciones sobre la propia incapacidad, testamento biológico, carta de autodeterminación, medidas de autoprotección, entre otros.

HOWARD ZULUAGA señala, que a su criterio, la terminología más acertada a emplearse no sería la de “voluntades anticipadas”, sino “directivas médicas anticipadas” (expresión utilizada por la Ley Argentina N° 26.529), explicando que con la expresión *directivas* refiere a la dirección y criterios a seguir por quienes deban cumplir con las mismas; mientras que con el término *médicas* delimita el objeto del documento, y por último, con *anticipadas* refiere al hecho de haber sido establecidas para un cumplimiento futuro y eventual.²¹

Como apunta SANTOS BELANDRO Las voluntades anticipadas encuentran su origen en la ciudad de Chicago, de los Estados Unidos de Norteamérica, y se reconoce como creador de las mismas al abogado Louis Kutner, quien en el año 1967 ideó un documento en el cual cualquier persona pudiera plasmar por escrito su voluntad de rechazar la aplicación de cualquier tratamiento en un supuesto de enfermedad terminal, intentando evitar el denominado “encarnizamiento terapéutico”²², es decir, en otras palabras, la obstinación de continuar con tratamientos que no redunden en un beneficio para el paciente, y que por tanto, puedan atentar contra su dignidad.

Cabe precisar que este documento no tiene por finalidad ordenar que otra persona la mate (lo cual implicaría incurrir en el delito de eutanasia), sino que la dejen morir, es decir, que se permita la actuación de la naturaleza sobre su cuerpo cansado, con los cuidados mínimos indispensables, lo cual recibe el nombre de cuidados paliativos, cuya definición mencionamos ut-supra.

En esta línea de pensamiento encontramos a CAROZZI quien señala que este texto normativo no promueve la eutanasia, sino que evita la distanasia, esto es “la prolongación

20 Cfr. HOWARD ZULUAGA, Martín “*Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona*” en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 21 (2012), p. 174.

21 Ídem, p. 174.

22 SANTOS BELANDRO, Rubén “La eficacia internacional de las declaraciones de voluntad anticipada de acuerdo a la nueva legislación de Uruguay” en *Revista Cuadernos de la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda* N° 3 (2013), p. 29.

exagerada del proceso de muerte de un paciente”, lo que se asemeja al referido “encarnizamiento terapéutico” antes señalado.²³

Mientras que en la eutanasia se busca que ocurra la muerte, con las declaraciones de voluntades anticipadas tienen por finalidad que con la negativa a recibir los tratamientos se pretende que no se realicen sobre la persona acciones médicas desproporcionadas.

CAROZZI establece que mediante la aprobación de esta ley se vino a llenar un vacío legislativo que padecía nuestro ordenamiento jurídico en torno a un tema de interés moral y social, poniendo fin a la inseguridad que generaba la ausencia de tal regulación legal. En efecto, esta ley regula con claridad los casos en lo que debe ser respetada la voluntad del enfermo, reconociendo el derecho de autodeterminación que se vincula inescindiblemente con el de dignidad de la vida humana.²⁴

Por su parte HOWARD ZULUAGA refiere a que *“la norma busca proporcionar seguridad a la actuación de los médicos y demás asistentes de la salud, dada la poca certeza que existía antes de ella sobre las acciones u omisiones adoptadas en los últimos momentos de vida del paciente, principalmente si de las mismas podía derivar algún tipo de responsabilidad”*.²⁵ Y agrega, también, que las declaraciones de voluntad anticipadas persiguen dos finalidades: por un lado, reconocer la libertad y la autonomía de las personas, y por otro, proteger el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas impidiendo que los terceros puedan invadir la esfera íntima de su ser.²⁶

IV.I.II. Consentimiento informado y voluntades anticipadas

Podríamos sostener que las declaraciones de voluntades anticipadas son un una especie dentro del género del consentimiento informado, entendiéndose por tal al consentimiento válido en medicina.

En tal sentido, ORDOQUI CASTILLA refiere a que *“el consentimiento informado (asentimiento) es el ejercicio del derecho en forma unilateral por una persona capaz que forma parte directa o indirecta de la relación médico-paciente que acepta sugerencia de intervención médica a partir de una decisión libre después de haber recibido información clara, completa, continua, oportuna previa. El consentimiento informado es un verdadero proceso en que se pasan distintas etapas: el médico informa; el paciente se informa, el médico sugiere, el paciente acepta”*.²⁷

Gran parte de la doctrina se ha pronunciado en torno a que sería más acorde hablar de “asentimiento informado” en lugar de “consentimiento”. En esa línea de pensamiento encontramos a Guido BERRO manifiesta se trataría de un asentimiento, ya que el consentimiento implica que ambas partes se encuentren en un mismo plano con igualdad de condiciones, lo que no sucede en la relación médico-paciente.²⁸

23 CAROZZI, EMA, ob. cit., p. 10.

24 Ídem.

25 HOWARD ZULUAGA, Martín, ob. cit., p.178

26 Ídem, p.174.

27 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo “Consentimiento Informado. Ley 18335 y Decreto 274/10”, en *Cuadernos de Derecho Médico*, Ediciones Del Foro, Montevideo, 2012, p. 43.

28 BERRO ROVIRA, Guido “Consentimiento Informado” en *Revista Uruguaya de Cardiología, Volumen 28, N° 1 (Abril de 2013)*, p. 18

BERRO refiere que “*El consentimiento informado se fundamenta en el respeto pleno a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. El paciente ejerce su autonomía y el profesional deberá obtenerlo en todas aquellas circunstancias que no estén exceptuadas (razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor, y las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, tal como también se establece en el artículo 22 del decreto 274/2010, ya referido).*”

A nivel nacional, la obligatoriedad del otorgamiento del consentimiento informado en la relación médico-paciente, se encuentra regulado en el artículo 16 del decreto 274/2010 reglamentario de la ley N° 18.335 referente a los Derechos y obligaciones de pacientes y usuarios de los Servicios de Salud reza: “*El otorgamiento del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del profesional de la salud*”

Y por su parte el artículo 11 de la citada Ley N° 18335 señala 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. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Este puede ser revocado en cualquier momento*”.

En definitiva, el reconocimiento de las declaraciones de voluntades anticipadas, refleja el cambio de paradigma en la relación médico-paciente del paternalismo médico²⁹, a la cada vez más creciente tendencia del reconocimiento del principio bioético de la autonomía.

IV.I.III. Análisis del articulado de la Ley N° 18.473 y su Decreto Reglamentario.

El artículo 1° de la Ley 18473 reza: “*Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros. Del mismo modo, tiene derecho a expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible. Tal manifestación de voluntad, tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural. No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad, implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren*”.

A nuestro entender el artículo transcrito regula tres supuestos diferentes en los que podrán declararse voluntades anticipadas, en base a que permite al paciente: I) negarse a recibir tratamientos y procedimientos médicos actuales, II) oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos futuros y eventuales que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enfermo de una patología terminal, incurable e irreversible, III) manifestarse a favor de la continuación de los tratamientos y procedimientos médicos.

²⁹ En el modelo paternalista el paciente no ejercía ningún derecho de autodeterminación sino que quedaba subordinado a lo que disponía el médico, el cual se entiende que en todo caso actuará en beneficio del paciente, decidiendo por él en lo que desconoce.

Resulta menester hacer una apreciación en relación al tercer supuesto planteado, es decir a la posibilidad de que manifieste a favor de la continuación de los tratamientos y procedimientos médicos. Es decir, que la persona podría exigir que se le apliquen los tratamientos y procedimientos necesarios para prolongar su vida, incluso a pesar de que ello pudiera implicar un detrimento de su calidad. En esta hipótesis, a nuestro juicio, es posible observar como el principio de autonomía de la voluntad podría entrar en contradicción con el principio de no maleficencia. No obstante, se manifiesta la supremacía del primero respecto del segundo, prevaleciendo de esta forma la decisión adoptada por el paciente en sus plenas facultades.

En el supuesto, de que el paciente se inclinara por esta opción, no sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 7 del texto legal, al que se hará referencia infra, el que refiere a la posibilidad en ciertos casos de la decisión del cónyuge o concubino, o en su defecto, familiares en primer grado de consanguinidad sobre la suspensión de tratamientos y procedimientos.

IV.I.III.I. De la capacidad requerida para expresar voluntades anticipadas válidas.

En todos los supuestos se exige que el sujeto que manifestará su voluntad sea capaz. En efecto, la citada norma expresa que para que la oposición a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos sea válida, el otorgante deberá ser mayor de edad, psíquicamente apto, y además requerirá que su consentimiento sea emitido en forma voluntaria, consciente y libre.

Por su parte, el Decreto N° 385/13 dispone que son personas mayores de edad quienes hayan cumplido los 18 años de edad, y que no deberán probar su aptitud psíquica para expedir tales declaraciones, a no ser que el receptor de esa expresión de voluntad tenga duda razonable al respecto, en cuyo caso deberá acreditarse aquella mediante la certificación médica correspondiente.

En caso de que el receptor sea un médico, podrá ser él mismo quien evalúe la aptitud psíquica de quien expresa la voluntad, salvo que no se considere en condiciones de hacerlo, ante lo cual requerirá la certificación de otro profesional Médico. En caso de que el receptor no sea Médico, deberá solicitar la acreditación de aptitud por Médico habilitado para hacerlo.

A nuestro entender quien debería sería el entendido ideal o más idóneo para efectuar una valoración de las facultades del paciente para poder expresar las voluntades anticipadas en forma válida, sería un médico psiquiatra, o en su defecto, el médico tratante conjuntamente con la valoración de un licenciado en psicología, en virtud de que por su condición profesional son los mejores preparados para hacer una valoración tanto física como psíquica del paciente.

Por su parte, a los efectos de que pueda emitir su consentimiento de forma “voluntaria, consciente y libre”, será necesario que el galeno proporcione la información necesaria en relación a la patología que presenta, a los eventuales tratamientos y procedimientos médicos a aplicar, y las consecuencias de las mismas.

Lo expuesto no es más que la manifestación del reconocimiento del principio bioético de autonomía al que hicimos referencia con anterioridad.

Sin perjuicio de lo expuesto, es posible advertir que la citada norma establece una limitante a la posibilidad del paciente a oponerse a la aplicación de tratamientos o

procedimientos médicos, y por tanto al reconocimiento del principio de autonomía, al señalar que: “*salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros*”.

Un hipotético ejemplo de este supuesto, lo constituiría el caso de una persona que padeciera un virus que, por hecho de oponerse a la aplicación de tratamientos, pudiera poner el riesgo al resto de la población.

Compartimos esta excepción al respeto de la autonomía y entendemos que nuestro ordenamiento jurídico optó por la salud general antes que por la autonomía de la persona, es pos de salvaguardar los derechos fundamentales del resto de la población, algo que quizás pueda entenderse como un corolario de lo prevenido por el artículo 44 de la Constitución de la República en cuyo primer inciso establece “*El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país*”.

En el segundo supuesto planteado por la norma se consagra el derecho a expresar anticipadamente la voluntad de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen la vida en detrimento de la calidad de la misma, en caso de encontrarse la persona enferma de una patología terminal, incurable e irreversible. Es decir, en este supuesto la persona puede no conocer su enfermedad, o por lo menos, no se encuentra en estado terminal, entendiéndose por tal a aquel del cual se sabe con certeza que va a fallecer en un corto plazo.

ORDOQUI define al enfermo terminal como “*aquél cuya salud está afectada de manera irreversible, independientemente de que reciba o no tratamientos, y que muy probablemente, morirá en un breve período*”.³⁰

Esa manifestación de voluntad tendrá plena eficacia aun cuando la persona recaiga en un estado de incapacidad legal o natural. No obstante, lo antedicho no implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren, los cuales deberán ser proporcionados en virtud de que hacen a la dignidad de la persona. Al respecto HOWARD ZULUAGA citando a CANALIS y VIGNOLO manifiestan que “el objetivo del cuidado paliativo no es que el enfermo viva “más tiempo” sino “mejor” lo que le resta de vida”³¹. Respecto del concepto de “*vivir mejor*”; si bien su delimitación importaría un estudio más pormenorizado que excedería el objeto del presente trabajo, como adelanto sostendremos que su definición requiere la necesaria y cuasi-perfecta conjugación de los principios bioéticos de beneficencia y no maleficencia.

IV.I.III.II. De la forma requerida para la expresión de voluntades anticipadas.

En lo que respecta a la forma de expresión de la voluntad anticipada la norma refiere que deberá ser otorgada por escrito, admitiendo dos posibilidades: a) utilizando el formulario para la expresión de Voluntades Anticipadas confeccionado por el Ministerio de Salud Pública que puede obtenerlo en la Oficina de Atención al Usuario de la propia institución a la que pertenece, en la Oficina de Atención al Usuario del propio ministerio, en la Dirección de Salud correspondientes a su departamento, o descargarlo de la página web del Ministerio.

30 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Derecho Médico, Tomo II*, Ediciones Del Foro, Montevideo, 2002 p. 310.

31 Cfr. HOWARD ZULUAGA, Martín, ob. cit. p. 182.

Dicho formulario deberá ser suscrito por el otorgante y dos testigos; o b) ante escribano público, debiendo estar documentado en una escritura pública o acta notarial.

HOWARD ZULUAGA sostiene que la mejor opción para la documentación de la expresión de voluntades anticipadas sería la vía notarial, pronunciamiento que compartimos. Entre los motivos que fundamentan su elección se encuentra el hecho de que el escribano es una figura imparcial, se encarga de verificar la identidad del suscriptor, comprueba que el otorgante se encuentre libre de cualquier tipo de coacción y tiene conocimientos jurídicos.³²

Cualquiera haya sido la forma en que se haya otorgado la expresión de voluntad anticipada, la misma deberá ser incorporada en forma inmediata a la Historia Clínica del paciente, siendo la institución prestadora de salud de la que es titular, la responsable *de la efectiva incorporación a la Historia Clínica (contando para ello con plazo máximo de cinco días a partir de la fecha de su recepción), así como de garantizar el conocimiento fehaciente de la misma y su efectivo cumplimiento.*

A los efectos de asegurar la confidencialidad del procedimiento, la norma prevé que las mismas sean entregados por los usuarios en sobre cerrado.

Otro punto de interés refiere a como se podrían acompasar las formalidades anteriormente citadas a los avances tecnológicos en materia de historia clínicas; y específicamente en sede de historia clínica electrónica. El Decreto N° 242/017, que regula a la historia clínica electrónica, no contiene disposición expresa sobre el punto. No obstante lo cual, entendemos que, en aplicación de los principios de veracidad, completitud e información consignados en los artículos 6, 7 y 8, respectivamente del propio cuerpo normativo; se deberían adecuar los soportes informáticos de forma que figure constancia en los mismos de la existencia de declaraciones de voluntad anticipada.

IV.I.III.III. Del requerimiento de testigos y representante.

La norma prevé la hipótesis de que el titular no pudiera firmar. En dicho caso, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos. A tales efectos, se considerarán testigos las personas mayores de edad y psíquicamente aptas, cuya aptitud se presumirá. En caso de duda, la norma prevé que deberá procederse utilizando el mismo mecanismo previsto para valorar la aptitud del titular.

La norma también menciona expresamente quienes no podrán ser testigos, los cuales podrían ser agrupados en dos categorías, a saber: a) el Médico tratante, los empleados del Médico tratante, los directivos o funcionarios de la Institución de salud en la cual el titular sea paciente, entendiéndose por servicios de salud a *“toda organización conformada por personas físicas o jurídicas, tales como instituciones, entidades, empresas, organismos públicos, privados – de carácter particular o colectivo – o de naturaleza mixta, que brinde prestaciones vinculadas a la salud”*³³; b) los propietarios, accionistas, directores técnicos y administrativos y empleados a cualquier título de hogares, residencias o Instituciones, en el caso de personas residentes en las mismas, ya sea de forma permanente o transitoria.

32 HOWARD ZULUAGA, Martín, ob. cit, p. 184.

33 Redacción dada por el artículo 3° de la Ley N° 18.335 de 15 de agosto de 2008.

Por su parte, el artículo 12 del decreto reglamentario expresa que en las expresiones de voluntad anticipada se deberá incluir el nombramiento de un representante, que deberá ser mayor de edad, y que tendrá por cometido velar por el cumplimiento de esa voluntad en caso de que el titular se vuelva incapaz de tomar decisiones por sí mismo.

Dicho representante podrá ser sustituido el titular o podrá designarse sustitutos por si el representante no quiere o no puede aceptar una vez que fuera requerido para actuar. La designación del representante y/o de sus sustitutos deberá constar en el formulario de expresión de la voluntad anticipada, podrá ser revocada en cualquier momento por el en forma verbal o escrita, debiéndose dejar constancia de ello en la Historia Clínica. Se le aplicarán las mismas prohibiciones para ser representante que las requeridas para ser testigo.

No podrán ser representantes quienes estén retribuidos como profesionales para desarrollar actividades sanitarias realizadas a cualquier título con respecto al titular, ni ninguna de las personas enumeradas en el Artículo 5 del Decreto, es decir el médico tratante, los empleados del médico tratante, los directivos o funcionarios de la Institución de salud en la cual el titular sea paciente, los propietarios, accionistas, directores técnicos y administrativos y empleados a cualquier título de hogares, residencias o Instituciones, respecto de las personas residentes en las mismas, sea en forma permanente o transitoria.

Por último, también se prevé que en caso de que el otorgante no contara con dos testigos, podrá el representante officiar como testigo.

IV.I.III.IV. De la revocación de las manifestaciones de voluntad anticipada.

El titular de las expresiones de voluntad anticipadas se podrán revocar en cualquier momento ya sea de forma verbal como escrita. En caso de que se efectúe por escrito, la norma menciona que deberá emplearse un formulario igual a aquél en que se expresó la voluntad anteriormente, pero en este caso sin necesidad de testigos ni de actuación notarial aun cuando la expresión de voluntad primaria se hubiere otorgado ante Escribano Público. La revocación deberá incorporándose a la Historia Clínica en las mismas condiciones y garantías que fueron señaladas para la incorporación de las expresiones de voluntad anticipada. En cambio, si la revocación se realiza en forma verbal, el Médico deberá dejar constancia en la Historia Clínica del usuario, bajo su firma.

Entendemos que la ausencia de formalismos a la hora de la revocación de las expresiones de voluntad anticipada, ha sido un acierto del legislador dada la importancia del bien jurídico tutelado (vida), y del principio bioético en juego (autonomía de la voluntad).

Al señalarse que la revocación puede hacerla en cualquier momento, plantea la duda de si puede otorgarse si el paciente deviene incapaz, así como también sobre quien es el legitimado para revocar, si solamente puede efectuarla el titular por tratarse un acto personalísimo, o si puede ser admisible la revocación por un representante, familiar, médico tratante, entre otros; dado que la hipótesis no ha sido planteada por la norma.

IV.I.III.V. De la existencia de una enfermedad terminal, incurable e irreversible, y su certificación.

Sin perjuicio de los tres supuestos para la expresión de voluntad anticipada señalados ut-supra, que a nuestro juicio regula el texto legal, resulta necesario precisar que la

voluntad anticipada sólo procederá en caso de que la persona tenga una patología terminal, incurable e irreversible.

Ha sido generalmente aceptado que un paciente en estado terminal es aquel del que se sabe con certeza que va a fallecer en un corto plazo, o en otras palabras como señala ORDOQUI “*es aquél cuya salud está afectada de manera irreversible, independientemente de que reciba o no tratamientos, y que muy probablemente, morirá en un breve período*”.

La norma no sólo refiere a que la enfermedad sea terminal, sino que además agrega que deber ser “incurable e irreversible”. Compartimos plenamente el razonamiento efectuado por HOWARD ZULUAGA al entender que de los tres requisitos exigidos (terminal, incurable e irreversible), que la patología sea terminal es la más importante, en virtud de que en cierta manera incluye los otros dos. Es decir, que el paciente se encuentre en estado terminal, supone que su patología no es posible curarla con los conocimientos tecnológicos del momento y no es posible provocar un retroceso de la enfermedad, por lo que el resultado más probable y cercano, pueda ser la muerte.³⁴

El diagnóstico del estado terminal de una enfermedad incurable e irreversible, deberá ser certificado por el Médico tratante y ratificado en la Historia Clínica del paciente por un segundo Médico, al que le registrarán las mismas incompatibilidades que para ser testigo.

Si no existiera en el servicio un segundo Médico que reúna las condiciones para ratificar el diagnóstico del estado terminal del paciente, el caso se someterá a la consideración de un ateneo, que deberá expedirse confirmando o revocando el diagnóstico realizado en primera instancia por el Médico tratante. Dicho ateneo estará compuesto por tres profesionales médico (salvo en aquellos lugares del país donde no se contara con dicho número, en cuyo caso se deberá constituirá con dos médicos) y tendrán 48 horas para expedirse desde que el caso le fuera sometido a su decisión.

El decreto reglamentario vino a colmar el vacío legal que planteaba la Ley de Voluntades Anticipadas en relación a la ratificación del diagnóstico por un segundo médico tratante, al cual le rigen, como ya señaláramos, las mismas incompatibilidades que para ser testigo³⁵

En efecto, cabía preguntarse si sería responsabilidad de la institución el conseguir a un segundo médico que cumpliera con esas condiciones Y si la actuación de este segundo profesional debería ser honoraria, o en caso contrario a quien le correspondería el pago de dichos honorarios profesionales. La dilucidación del supuesto mencionado, revestiría mayor importancia en aquellos pacientes de escasos recursos económicos quienes se encuentran amparados por el sistema de salud del estado, por lo que estaría en juego el principio de justicia.

Lo expuesto ha quedado solucionado con la promulgación del Decreto Reglamentario N° 385/13, al expresar que en caso de no existir un segundo profesional que cumpla con los requisitos para poder ratificar el diagnóstico, dicho requisito será sustituido por el pronunciamiento de un ateneo médico, respecto de cuyos integrantes no se exige el cumplimiento de las condiciones anteriormente señaladas.

34 HOWARD ZULUAGA, Martín, ob.cit., p. 181.

35 Es decir, los empleados del Médico tratante, los directivos o funcionarios de la Institución de salud en la cual el titular sea paciente, los propietarios, accionistas, directores técnicos y administrativos y empleados a cualquier título de hogares, residencias o Instituciones, respecto de las personas residentes en las mismas, sea en forma permanente o transitoria.

IV.I.III.VI. De los casos en los que un paciente en estado terminal de una patología incurable e irreversible, no ha expresado su voluntad y se encuentre incapacitado de expresarla

El artículo 13 del Decreto señala que estas hipótesis en las que el paciente no hubiera expresado su voluntad y, se encontrara incapacitado de expresarla, la suspensión de los tratamientos o procedimientos, en caso de corresponder, deberá ser indicada técnicamente por el Médico tratante y decidida por el cónyuge o concubino o en su defecto, por los familiares en primer grado de consanguinidad, en acuerdo con el Médico.

Se entiende por estos últimos a los hijos legítimos y naturales y los padres legítimos o naturales del paciente y, deberán acreditar el parentesco mediante los respectivos testimonios de partidas de nacimiento.

La calidad de cónyuge deberá acreditarse mediante exhibición del testimonio de partida de matrimonio respectivo o de la libreta de matrimonio en su caso, o a falta de estos instrumentos, mediante el testimonio de al menos dos familiares presentes que le reconozcan esa calidad y su condición de no estar separado de hecho.

Por su parte, la calidad de concubino, se acreditará mediante testimonio de sentencia dictada conforme al procedimiento establecido en la Ley N° 18.246 de 27 de diciembre de 2007 y, a falta de dicho instrumento, mediante el testimonio de al menos dos familiares presentes que le reconozcan esa calidad con una antigüedad de por lo menos cinco años.

En caso de concurrencia entre los familiares señalados anteriormente, la decisión a acordar con el Médico tratante deberá ser adoptada por unanimidad de presentes en el momento que el médico lo determine, previa convocatoria dentro de un plazo razonable al estado del paciente y, utilizando para ello la información de que dispusiere la Institución o la que aporten los propios familiares.

Si no existiera unanimidad, se estará a lo que el médico tratante resuelva, siempre en el marco del respeto a la dignidad de la persona. De todo lo actuado el Médico tratante dejará constancia en la Historia Clínica del paciente.

No compartimos la solución brindada por el decreto reglamentario, en tanto expone al médico a una situación de vacío probatorio; no respaldándolo ante eventuales reclamos que pudieran realizar los familiares del pacientes; independientemente de que se actúe con la diligencia debida y de acuerdo al leal saber y entender del galeno. Estimamos que hubiese sido pertinente que en estos supuestos se habilite al médico a requerir la definición, o al menos consulta, de la cuestión al juez competente.

IV.I.III.VII. De los casos de niños, adolescentes e incapaces.

En los casos de niños o adolescentes, el artículo 14 del Decreto establece que la suspensión de los tratamientos o procedimientos será indicada técnicamente por el médico tratante y, decidida por los padres en el ejercicio de la Patria Potestad o, en su defecto, por el Tutor, en acuerdo con el Médico tratante. En el caso de que los padres fueran menores de edad, el Tutor deberá consultar a los padres que efectivamente conviven con el niño.

La calidad de padres en ejercicio de la Patria Potestad se acreditará con la exhibición de los testimonios de partidas de nacimiento o del testimonio judicial de la sentencia de designación del Tutor, y la calidad de Tenedor mediante la exhibición de testimonio judicial de sentencia que disponga la tenencia.

A falta de padre, madre o tutor la decisión de suspensión se adoptará por quien ejerza la tenencia de hecho o de derecho del niño o adolescente, en acuerdo con el Médico tratante, debiéndose en todo caso acreditar el vínculo de derecho o de hecho, respectivamente, mediante la exhibición de testimonio de sentencia que haya decidido la tenencia.

En caso de que todos o algunos de los llamados a acordar con Médico tratante la suspensión de los tratamientos o procedimientos, a que el paciente se encuentra sometido, se opusieren a ello, la decisión final corresponderá al Médico tratante, cuya actuación estará determinada por el estado actual del conocimiento de las ciencias médicas en relación al caso concreto.

En el artículo 16 se señala que sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, si el paciente fuera un niño o adolescente, o incapaz interdicto o no, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, la suspensión de los tratamientos o procedimientos será decidida por los respectivos representantes antes mencionados, en consulta con el paciente y, en acuerdo con el Médico tratante. Ello estimamos guarda estrecha y evidente vinculación con el concepto de autonomía progresiva manejado por los artículos 11 y 18 del Decreto N° 247/010, reglamentario de la Ley N° 18.335 sobre “Derechos y Obligaciones de los Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud”.

No mediando acuerdo entre el niño o adolescente y sus familiares, la decisión será adoptada por el Médico tratante, escuchando la opinión de los menores teniéndola debidamente en cuenta en función de su edad y madurez. Lo expuesto resulta en cumplimiento de lo prevenido en el Código de la Niñez y la Adolescencia). La expresión de voluntad de niños y adolescentes se realizará mediante consentimiento informado, debiendo constar debidamente en el Historia Clínica del paciente.

La norma también señala que si la decisión deba adoptarse por los padres en ejercicio de la Patria Potestad y no existiera consenso entre ellos, la misma será adopta por el padre que ejerza la tenencia. Esto conlleva a plantearnos la duda interpretativa y/o integrativa de que ocurriría en el caso de que ambos padres ejerzan la tenencia y estén en desacuerdo. Parecería que tal laguna podría ser colmada con el supuesto del artículo 13 previsto para los mayores de edad en caso discordia de sus familiares, conforme analizáramos ut-supra.

En el artículo 15 del Decreto Reglamentario se prevé el supuesto de que el paciente fuera un incapaz declarado. En tal caso la suspensión de los tratamientos o procedimientos si correspondiere será indicada técnicamente por el Médico tratante conforme al estado actual del conocimiento de las ciencias médicas en relación al caso concreto y, en caso de duda razonable, decidida por el curador del incapaz, en acuerdo con el Médico tratante.

Cuando el paciente sea un incapaz pero no hubiera sido declarado como tal, la suspensión de los tratamientos o procedimientos será indicada técnicamente por el Médico tratante y, en caso de duda razonable, decidida por los familiares directos del incapaz en el orden de prelación de acuerdo con el Médico tratante.

IV.I.III.VIII. De la comunicación preceptiva al Comité de Bioética.

El artículo 17 del Decreto establece que en todos los casos de suspensión de tratamiento anteriormente señalados, el Médico tratante deberá comunicarlo a la Comisión de Bioética de la Institución, en caso de existir, debiendo pronunciarse en un plazo de 48 horas de recibida esta comunicación. Si no se pronunciara en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento.

A su vez, las Instituciones de salud deberán comunicar todos los casos de suspensión de tratamiento a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública. Entendemos que esta comunicación es a los meros efectos informativos.

IV.I.III.IX. De la objeción de conciencia.

El decreto reglamentario prevé en su artículo 18 la hipótesis de que el médico tratante haga objeción de conciencia³⁶ ante el ejercicio del derecho del paciente. Lo expuesto será causa de justificación para que sea admitida su subrogación por otro profesional que garantice la adecuada atención al paciente.

Dicha objeción deberá ser notificada, mediante escrito fundado, por el Médico tratante a la Dirección Técnica de la Institución de la que el paciente es titular. En caso de que la objeción sea de recibo a juicio de la referida Dirección, la misma dispondrá a la brevedad posible la sustitución del Médico objetor por otro no objetor de conciencia. Hasta tanto ello ocurra el primero deberá seguir actuando a fin de no interrumpir la continuidad de la atención del paciente.

Lo expuesto, a nuestro entender, puede ser visto como una suerte de contracara del principio de autonomía, en este caso invocado por parte del profesional médico, es decir la contrapartida del principio de autonomía del paciente a manifestar su voluntad anticipada. No obstante lo cual, opinamos asimismo que, en estos casos, la institución sanitaria deberá proporcionar los medios y/o alternativas necesarias para que puedan ser cumplida la voluntad anticipada del paciente a la mayor brevedad.

Sin perjuicio de lo expuesto subyacen algunas especificidades o interrogantes de importancia que la normativa no deja en claro, y que entendemos deberían ser contemplados en una regulación ampliatoria. A modo no taxativo, referiremos a las siguientes: ¿con cuánta anterioridad los objetores de conciencia deben haberse manifestado en forma documentada?; ¿pueden objetar en el momento?, ¿el que deban seguir actuando mientras se define su sustitución, implica el mantenimiento de las medidas de sostén vital, aún contra la decisión del paciente?

IV.II. Ley N° 18.968 modificativa de la Ley N° 14.005 sobre Donación para uso con fines científicos y terapéuticos del cuerpo u órganos y tejidos, y del Registro Nacional de donantes de órganos y tejidos

Otra disposición nacional que regula el fin de la vida es la Ley N° 18.968 de fecha 4 de setiembre 2012, la cual modificó la redacción de varios artículos de la Ley 14.005 de fecha 10 de agosto de 1971 referente a donación para uso con fines científicos y terapéuticos del cuerpo u órganos y tejidos y del Registro Nacional de donantes de órganos y tejidos

El artículo 1° de la Ley N° 18.968 señala en su primer inciso que “*Toda persona mayor de edad que, en pleno uso de sus facultades, no haya expresado su oposición a ser donante por alguna de las formas previstas en el artículo 2° de la presente ley, se presumirá que*

36 Se considera objeción de conciencia a la decisión individual de aquéllos que están involucrados en la práctica de un procedimiento de salud, de abstenerse de realizar un acto médico científico y legalmente aprobado, invocando la trasgresión que la ejecución de dicho acto implica para su conciencia, o valores filosóficos o religiosos.

ha consentido a la ablación de sus órganos, tejidos y células en caso de muerte, con fines terapéuticos o científicos” (subrayado nuestro); y en el segundo inciso agrega que “Sin perjuicio del principio general enunciado en el inciso anterior, toda persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades podrá en vida manifestar su consentimiento o negativa para que en caso de sobrevenir su muerte, su cuerpo sea empleado, total o parcialmente, para usos de interés científico o extracción de órganos, tejidos o células con fines terapéuticos. Dicho consentimiento o negativa podrán ser revocados en todo momento”.

También se regula la hipótesis en que la causa de la muerte amerite pericia forense, en dicho caso la ablación deberá ser realizada con la autorización del Juez Penal de turno al momento del fallecimiento, previo informe del Médico Forense, la que será debidamente fundada e inapelable. La ablación deberá realizarse preservando el área de prueba necesaria y constando en un protocolo que se adjuntará a las pericias.

Por su parte, inciso final del artículo anteriormente transcrito regula el proceder en caso de que se de menores de edad o personas incapaces, manifestando que en dichos casos el consentimiento a la ablación deberá ser otorgado por su representante legal, al momento de constatarse el deceso.

En posición que compartimos, BLENGIO VALDÉS asevera que la *“presunción del consentimiento en esta materia constituye un aspecto notoriamente contradictorio y cuestionable en tanto contradice el principio de autonomía, autodeterminación y la manifestación del consentimiento, como principio rector de la perspectiva bioética”*³⁷. La norma expuesta, en puridad, convierte en excepción lo que en el ámbito bioético constituye una regla o máxima elemental: la necesidad de recabar el consentimiento del sujeto del procedimiento.

No obstante, el artículo 2 de la Ley 18.968 que viene a sustituir el artículo 2º de la Ley N° 14.005, de 17 de agosto de 1971, en la redacción dada por el artículo 2º de la Ley N° 17.668, de 15 de julio de 2003, expresa que el consentimiento o la oposición a ser donante podrán ser expresados: a) mediante inscripción directa ante el Registro Nacional de Donantes del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Células, Tejidos y Órganos, b) al momento de afiliarse a la institución de asistencia, al gestionar o renovar el carné de asistencia que otorga la Administración de los Servicios de Salud del Estado, o al gestionar la obtención o renovación del carné de salud ante cualquier institución pública o privada habilitada a tales efectos, c) al momento del alta de internación de un establecimiento hospitalario público o privado, d) ante escribano público, ya se en escritura pública o por acta notarial, e) ante el Juez de Paz, en trámite gratuito, f) por cualquier otro medio que la reglamentación de la ley determine.

Toda expresión de voluntad de ser o no donante, así como cualquier revocación deberá ser documentada en los formularios que establezca el Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Células, Tejidos y órganos.

El profesional o el funcionario deberán remitir la manifestación de voluntad al Registro Nacional de Donantes del Instituto anteriormente mencionado, dentro de las 48 horas de su obtención. La información sobre la expresión de estas voluntades así como su revocación, serán confidenciales.

37 BLENGIO VALDÉS, Mariana, *Sobre la Regulación Jurídica-Bioética de la Investigación en Seres Humanos en Uruguay* en Revista de Derecho Público Año 25 Número 50, Diciembre 2016, p. 169.

IV.III. El Código de Ética Médica: Ley N° 19.286.

El Código de Ética Médica, consagrado como derecho positivo vigente a través de la sanción de la Ley N° 19.286, dedica una sección de su capítulo cuarto sobre “*Problemas Éticos Específicos*” a cuestiones relativas al final de la vida

Así en el artículo 46 se considera como una práctica contraria a la ética de la profesión médica a la eutanasia activa entendida como la acción u omisión que acelera o causa la muerte de un paciente.

En el artículo 47 se prevé que en caso de muerte encefálica el médico no debe emplear técnicas, fármacos o aparatos cuyo uso solo sirva para prolongar este estado, salvo con fines de preservación de órganos y tejidos para trasplantes o por protocolos de investigación debidamente autorizados.

El artículo 48 señala que en enfermos terminales, es obligación del médico continuar con la asistencia del paciente con la misma responsabilidad y dedicación, siendo el objetivo de su acción médica, aliviar el sufrimiento físico y moral del paciente, ayudándolo a morir dignamente acorde con sus propios valores; agregando que en etapas terminales de la enfermedad no es ético que el médico indique procedimientos diagnósticos o terapéuticos que sean innecesarios y eventualmente perjudiciales para su calidad de vida. Vemos en este punto una notoria aplicación del principio de no maleficencia.

En el artículo 49 se prevé expresamente que: “*El médico debe respetar la voluntad válida de un paciente que libremente ha decidido rechazar los tratamientos que se le indiquen, luego de un adecuado proceso de consentimiento informado*”. Indudablemente esta norma tiene un fuerte componente de respeto a la autonomía del paciente y ofrece un revés a la concepción del paternalismo médico; elementos de singular valor proviniendo de un cuerpo normativo destinado a regular la ética de la profesión médica.

V. CONCLUSIONES

En líneas generales es posible sostener que la normativa patria reciente sobre el final de la vida, pretende presentarse como corolario o aplicación práctica de los principios bioéticos, especialmente, de el de autonomía, y dentro de éste se reafirma la noción del consentimiento informado como forma de garantizar de dicha directiva.

Los textos positivos también marcan un cambio en materia de la relación médico-paciente, pasando del modelo paternalista, al modelo autónomo, en el cual el paciente aparece como el decisor preponderante de los diferentes tratamientos que recibe en el cuidado de su salud a lo largo de su vida; y también en lo atinente a la eventualidad cierta de finalización de su periplo vital

Sin perjuicio de lo manifestado en el párrafo precedente, entendemos que es necesario perfeccionar determinados aspectos para otorgar garantías a todos los involucrados (paciente, familiares o representantes de éste, e integrantes del equipo médico), especialmente en materia de declaraciones de voluntad anticipada. En dicha área estimamos pertinente la conformación de un registro, cuyo acceso podría ser mediante medios electrónicos, en el que se reúnan las diferentes declaraciones de voluntad anticipada de los pacientes (quizás incorporada con los controles correspondientes a la historia clínica electrónica); lo cual resultaría de especial valor en los casos en los que el usuario circunstancialmente se encontrase en una situación de no poder brindar válidamente su

consentimiento, y de esa manera garantizar el cumplimiento fidedigno de su voluntad con independencia de las opiniones de terceros.

Finalmente, en sede de donación de órganos y tejidos, una vez verificado el fallecimiento del donante, estimamos que las soluciones legislativas vigente, si bien pueden ser tildadas de bien intencionadas, resultan lesivas del principio de autonomía; en tanto colocan a la obtención expresa del consentimiento como una excepción, considerando el mero silencio del futuro donante como un asentimiento a que se disponga de su cuerpo según necesidades ajenas; lo que en definitiva podría entenderse como un retorno solapado al paternalismo, esta vez ejercido por el orden jurídico. Entendemos que en lo sucesivo debería avanzarse en soluciones intermedias que sin olvidar el bienestar general o del colectivo social, no vulneren la autodeterminación del paciente.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BERRO ROVIRA, Guido “Consentimiento Informado” en Revista Uruguaya de Cardiología, Volumen 28, N° 1 (Abril de 2013).
- BERRO, Guido y CLUZET, Oscar “Bioética”, en Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1era Edición, Mayo 2013, Montevideo – Uruguay.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana “La autonomía de las personas mayores en el ámbito sanitario”, en Revista de Derecho Público, Año 26, Número 51 (2017). Disponible en: www.revistaderechopublico.com Fecha de consulta: 1 de noviembre 2017.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana, Sobre la Regulación Jurídica-Bioética de la Investigación en Seres Humanos en Uruguay en Revista de Derecho Público Año 25 Número 50, Diciembre 2016. Disponible en: www.revistaderechopublico.com. Fecha de consulta: 1 de noviembre 2017.
- CAROZZI, EMA “Declaraciones de Voluntad Anticipada. Análisis de la Ley N° 18.473, en Revista Tribuna del Abogado del Colegio de Abogados del Uruguay N° 162 (Abril/Mayo, 2009).
- DELPIAZZO, Carlos, Dignidad humana y derecho, Ed. Universidad de Montevideo, 2001.
- ESCOBAR TRIANA, Jaime, ARISTIZABAL TOBLER, Chantal, Los principios en la bioética: fuentes, propuestas y prácticas múltiples, Revista Colombiana de Bioética [en línea] 2011, 6 (Noviembre-Sin mes) :[Fecha de consulta: 26 de agosto de 2017] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189222553006>> ISSN 1900-6896.
- GUZMÁN TORO, Fernando, “Bioética, derechos humanos y la investigación en seres humanos” en Revista Opción de la Universidad de Zulia, vol. 30, núm. 73 (2014).
- HOWARD ZULUAGA, Martín “Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona” en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N° 21 (2012).
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo “Consentimiento Informado. Ley 18335 y Decreto 274/10”, en Cuadernos de Derecho Médico, Ediciones Del Foro, Montevideo, 2012.
- SANTOS BELANDRO, Rubén “La eficacia internacional de las declaraciones de voluntad anticipada de acuerdo a la nueva legislación de Uruguay” en Revista Cuadernos de la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda N° 3 (2013).

Fecha de recepción: 6 de octubre 2017.

Fecha de aceptación: 2 noviembre 2017.

SEGURIDAD JURÍDICA: PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN NUESTRO DERECHO Y JURISPRUDENCIA

*Gastón Lapaz**

RESUMEN. *En nuestro ordenamiento, hasta el día de hoy no se ha establecido una norma que con carácter general regule los plazos de caducidad y prescripción que restringen al Estado al momento de sancionar y de aplicar dichas sanciones. En doctrina se proponen soluciones diversas, pero es interesante analizar las últimas sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, quien viene aplicando por analogía diversos plazos según la materia en análisis. Se debe estudiar si se pueden encontrar en nuestro derecho plazos uniformes para aplicar en la materia, o todo caso, cuál debe ser el criterio para emplear en cada caso para suplir el vacío referido.*

PALABRAS CLAVE. *Seguridad jurídica. Prescripción. Caducidad. Plazos administrativos. Analogía*

ABSTRACT. *In the Uruguayan legal system to date, there is no general rule setting forth the legal terms for expiration of rights (caducidad) and statute of limitations (prescripción) limiting the term within which the State may issue and apply sanctions. There are several scholarly opinions providing different solutions, yet it is interesting to analyze recent rulings from the Tribunal of Administrative Litigation (Tribunal de lo Contencioso Administrativo), in which different terms have been applied by analogy in accordance with the specific area under study in each case. It becomes necessary to study whether it is possible to find*

* 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. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Tributario. Integrante del Departamento contencioso de Guyer & Regules. Correo electrónico: glapaz@guyer.com.uy

uniform terms within our legal system or, in any event, what criteria should be applied in each case in order to fill the aforementioned gap.

KEY WORDS. *Legal certainty. Statute of limitations. Expiration. Administrative terms. Analogy.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda una temática, que más allá de las discusiones teóricas que veremos ha suscitado, tiene una trascendencia práctica muy importante. Cerca de 100 sobre un poco más de 800 fallos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”) del año 2016 refieren a procedimientos movilizadas debido a tipificaciones de infracciones administrativas, con la consiguiente imposición de sanciones administrativas.

A nuestro entender, a diferencia de lo que sucede con el derecho tributario por ejemplo, donde el administrado/contribuyente así como sus asesores, y por supuesto los propios organismos impositivos, tienen claras la reglas del juego en materia de prescripción -sea plazos, inicio de computo, interrupciones, etapas de declaración, etc.- en el ámbito de las infracciones administrativas (exceptuando la materia disciplinaria que está claramente regulado en el Decreto N° 500/91) hay un desconocimiento e incluso falta de invocación de plazos que rigen la prescripción y caducidad de las mismas. Veremos que recientemente el TCA ha relevado estos institutos de oficio en algunos casos, ya que no suele ser un elemento de defensa en dicha vía.

Siempre es clarificante y auspicioso referir a Sayagués Laso, quien respecto a este asunto señalaba: “*Con frecuencia la administración está capacitada para sancionar a quienes infringen las leyes y reglamentos que regulan el ejercicio de la función administrativa. Las decisiones concretas imponiendo sanciones constituyen los actos punitivos (...)* Ese poder sancionar se extiende a múltiples aspectos de la actividad administrativa: en materia fiscal, régimen disciplinario de los funcionarios públicos, policía del orden y otras policías especiales, contralor de actividades económicas, utilización de servicios públicos por usuarios, fiscalización de actividades profesionales, etc.” “...multas, recargos, intereses punitivos, apercibimientos, censuras, suspensiones, destituciones, comisos, clausuras, exclusiones de ciertas actividades, etc.”¹. El abanico de los actos punitivos es amplísimo, en el presente queda por fuera la materia tributaria y la materia administrativa disciplinaria, ya que se trata de casos con regímenes claros, que en todo caso como se verá, podrán servir de referencia para tratar de abordar los institutos de prescripción/caducidad en el ámbito de infracciones/sanciones administrativas.

Desde ya debemos advertir que no existe una regulación normativa uniforme sobre estos dos institutos, sino que los aplicadores han propuesto soluciones diversas según la materia. Veremos especialmente los recientes fallos del TCA que aplicando la integración analógica, han aplicado diversos plazos dependiendo de la materia.

Ahora bien, desde ya vale decir también que se cómo dice el autor español Nieto: “...hay que distinguir prescripción de la infracción, caducidad del derecho de acción para

¹ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 436.

*perseguir esa infracción y perención del procedimiento*². En nuestra opinión en nuestro derecho debemos identificar, por un lado el plazo de prescripción de la infracción, y por otro lado el plazo de caducidad para aplicar la sanción por dicha infracción. Por supuesto, es muy importante la posibilidad de que exista caducidad del procedimiento administrativo, se verá que el TCA en sentencia reciente ha establecido parámetros referidos a la duración razonable del mismo, que no implican caducidad en sentido, sino ilegitimidad del acto por dicho vicio formal³.

II. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. NECESIDAD DE LIMITAR LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO EN VIA ADMINISTRATIVA

La limitación a la actividad punitiva del Estado, deriva de varios principios de raigambre constitucional, como son el debido proceso, la debida defensa, pero principalmente son corolario del principio de seguridad jurídica. Esta premisa es admitida en forma unánime por doctrina y jurisprudencia: importa a la seguridad jurídica que existan plazos de prescripción y caducidad en materia sancionatoria, sea penal, tributaria, administrativa, etc.

En efecto, se ha señalado citando al ilustre doctrino: *“Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo, señala “En un Estado de Derecho nadie debe vivir la amenaza permanente de que, en cualquier momento y cualquiera sea el tiempo transcurrido, pueda ser penado o sometido a proceso, sea este judicial o administrativo, con las graves consecuencias consiguientes...”*⁴.

Así, agregan los antes citados que: *“...la caducidad de la potestad punitiva del Estado, a nuestro juicio, se trata de un corolario de un principio general de derecho: el debido procedimiento, consagrado en los artículos 12, 66 y 72 de la Constitución (...) es dable que el derecho a que las sanciones no sean eternas o imprescriptibles y que los procedimientos disciplinarios no sean ilimitados es inherente a la persona humana.”*⁵

Por su parte, señalaba Sainz de Bujanda que él saber a qué atenerse para el administrado implica estar asegurado: *“...1° Respecto a la normativa aplicable y su contenido y efectos; y 2° Respecto a la circunstancia de que los órganos estatales actuaran de conformidad con aquella y velaran por su cumplimiento”*⁶

A su vez, ya manifestaba Lorenzo en su necesario trabajo sobre la materia que: *“...Brito reclamaba para las faltas disciplinarias, basado en el derecho del hombre a la seguridad y tranquilidad espiritual, inherente a su personalidad, la necesidad de encontrar instrumentos jurídicos para su decaimiento, y sugería la aplicación por analogía del*

² NIETO, ALEJANDRO, “Derecho Administrativo Sancionador”, TECNOS, Quinta edición totalmente reformada, Madrid, 2012, pág. 550.

³ Sentencia N° 129/2017 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

⁴ LORENZO, SUSANA Y OTROS, “Procedimiento Administrativo. Modificaciones del Decreto 420/2007 al Decreto 500/91”, en Revista de Derecho Público, N° 34, año 2008, pág.149

⁵ LORENZO, SUSANA Y OTROS, “Procedimiento Administrativo. Modificaciones del Decreto 420/2007 al Decreto 500/91”, en Revista de Derecho Público, N° 34, año 2008, pág. 119.

⁶ AGOSTINO, SOL, “La seguridad jurídica en el derecho tributario”, Revista Tributaria, tomo XLI, número 242, pág. 774

*Derecho Penal, basado en el común carácter represivo de los órdenes penales y disciplinarios*⁷

Como decíamos, el postulado de este apartado es de recepción unánime en nuestro derecho, el TCA en recientes fallos señala constantemente que:“(..)**no resulta razonable ni brinda seguridad jurídica una infracción que carezca de un límite temporal para que el Estado pueda ejercer su pretensión punitiva. Con lo cual, cuando la norma que prevé la sanción no lo señala, es preciso encontrar la normativa aplicable que sí lo establezca.**”⁸

III. NOCIONES DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Otra cuestión importante, es en la aplicación de las distintas soluciones normativas (cuando las hay) identificar la naturaleza del plazo, sea caducidad o prescripción. Muchas veces, la propia jurisprudencia ha mezclado los conceptos en esta materia, esto ha sido reseñado en España por los autores que ha ilustrado sobre el tema como García de Enterría o Nieto, y luego analizaremos el tratamiento del TCA.

A efectos de determinar los conceptos de este apartado, tomamos como referencia el pormenorizado estudio de Rodríguez Russo en materia civil, el cual nuclea las diversas concepciones sobre el tema. Sin perjuicio del enfoque civil de dicha obra, sirven al presente las conceptualizaciones que diremos.

Respecto a la caducidad, señala el autor que: “...cuando se establece un plazo de caducidad la fijación de límites temporales rigurosos dentro de los cuales debe inexorablemente ejercerse el derecho busca terminar prontamente con una situación de incertidumbre (...) satisface una necesidad de seguridad o estabilidad de las relaciones jurídicas” “Por ello todo el régimen del instituto responde a esta función: los plazos perentorios, no se interrumpen ni se suspenden, porque la incertidumbre no puede prorrogarse más allá del plazo”⁹. A efectos de dilucidar si estamos ante este tipo de plazo refiere que: “Todas las veces que el legislador fija un plazo para el ejercicio del derecho o de una acción y dispone que expira, o que se extingue en todos los casos, o que la acción terminará, o que se prescribe necesariamente, o que no pasará o no podrá exceder de tal lapso, estamos en presencia de una caducidad”¹⁰.

En relación a la finalidad de la prescripción dice que: “... es una institución necesaria para la estabilidad de todos los derechos, para el orden social y la seguridad jurídica, incorporada al Derecho Positivo en atención al bien público...” y la conceptualiza como: “...un modo de extinción no automático de un derecho o de una acción de contenido patrimonial, resultante de una prolongada inercia, al haber permanecido inactivos o irreconocidos durante un plazo fijado por la ley para su ejercicio”¹¹.

⁷ LORENZO, SUSANA, “Sanciones Administrativas”, Ediciones B de F, año 1996, pág. 119

⁸ Sentencia 76/2017 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

⁹ RODRIGUEZ RUSSO, JORGE, “Prescripción extintiva y caducidad en el derecho civil”, FCU, año 2012, pág. 63

¹⁰ RODRIGUEZ RUSSO, JORGE, “Prescripción extintiva y caducidad en el derecho civil”, FCU, año 2012, pág. 33 y 42.

¹¹ RODRIGUEZ RUSSO, JORGE, “Prescripción extintiva y caducidad en el derecho civil”, FCU, año 2012, pág. 63

A efectos de ensayar una definición para trabajar en el presente, diremos que a nuestros efectos la prescripción sería: un modo de extinción de una situación de contenido patrimonial o no (infracciones no patrimoniales), resultante de una prolongada inercia de la Administración, al haber permanecido inactivo su potestad punitiva durante un plazo fijado por la ley para su ejercicio, o por un plazo fijado por la ley para una situación semejante.

Mientras que podríamos decir que la caducidad, refiere a una forma de extinción de una acción de contenido patrimonial o no (sanciones no pecuniarias) que opera de forma automática siempre que se establezca en la ley que dicha acción expirará en un plazo determinado.

IV. PREVISIONES NORMATIVAS SOBRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

Cómo hemos advertido, no existe en nuestro derecho una previsión general de plazos de prescripción y caducidad en materia de infracciones y sanciones administrativas. Reiteramos la idea dual de infracción/sanción, debido a que en nuestra posición se debería poder aplicar siempre un plazo de prescripción de la infracción, y un plazo de caducidad de la acción de sancionar.

Ahora bien, en nuestro derecho tenemos el artículo 172.b del Decreto N° 500/91 en materia de prescripción de faltas disciplinarias, el que establece un plazo de 8 años. El mismo fue aplicado en materia sancionatoria por el TCA en sentencia N° 270/2003, y veremos en el apartado siguiente que es el plazo que propone Cajarville como integrador en la materia. Por su parte, contamos con el artículo 118 del Código Penal que establece la prescripción de las faltas, y que preveía un plazo de 2 meses, que actualmente es de 6 meses, en virtud de la sanción de la ley N° 19.120.

Ahora, es claro que cualquiera de los dos plazos de prescripción mencionados, refieren a situaciones diversas a las hipótesis genéricas sancionatorias, y además no está establecido un plazo de caducidad en ese sentido.

Dice en la última versión de su obra García de Enterría sobre la situación en España con esta temática: “*Hasta la LPC no existía una regulación general de la prescripción en materia de sanciones administrativas, lo que se suplía (...) con las reglas del CP, bien la general establecida para las faltas, bien aplicando la graduación de plazos prescriptorios según la cuantía de las multas penales*”. Afirma que con la nueva ley: “*...las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos y las leves a los seis meses, el diez a quo es la fecha de realización de la infracción (...) A su vez las sanciones ya impuestas prescriben también en los mismos plazos, salvo el de las impuestas por faltas leves, que es de un año en lugar de seis meses*”¹².

Por supuesto que somos reiterativos con lo que la doctrina que ha estudiado el tema, ya ha manifestado, pero no se puede dejar de decir en este análisis, que lo ideal sería tener una regulación legal uniforme de estos institutos. En primer lugar debemos poder clasificar a las infracciones por la gravedad, y luego determinar los plazos aplicables. Entendemos que cuando el autor español refiere a la prescripción de sanciones ya impuestas, estaríamos ante

¹² GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, pág. 191

un segundo plazo de caducidad, pero ya no para aplicar la sanción, sino para ejecutar la misma si correspondiere.

V. PROPUESTAS DOCTRINARIAS PARA COLMAR EL VACIO LEGAL

Sin perjuicio que hay diversas posturas para suplir el vacío legal en materia de plazos de prescripción, sintetizaremos en dos posturas citadas por el TCA que proponen aplicar los plazos vistos en el apartado anterior.

Por un lado cita el TCA al ilustre Cajarville y su posición de aplicar el plazo de 8 años de materia disciplinaria: *“Entre nosotros, autores como Juan Pablo CAJARVILLE, sostienen que, en ausencia de solución específica, puede aplicarse por analogía el término previsto para la prescripción de las faltas administrativas de los funcionarios públicos, prevista en el Decreto No. 500/991. Textualmente señala: “Se manifiesta también en la consagración expresa de un régimen de prescripción de las faltas administrativas, que por la ubicación del art. 172 es directamente aplicable a las faltas administrativas disciplinarias, pero en cuanto concreción de un principio general deberán aplicarse por analogía a toda falta administrativa cometida por cualquier sujeto que no tenga previsto un término especial de prescripción (Constitución, arts. 7º, 72 y 332).” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Introducción al Procedimiento Administrativo Uruguayo” en “Sobre Derecho Administrativo”, T. II, FCU, Montevideo, 2008, pág. 183)¹³”.*

Por otro lado, el TCA también ha referido a la postura opuesta de Martins, la cual nunca ha recogida, quien propone la aplicación del plazo de 6 meses de las faltas penales (antes dos meses como dice el fallo): *“Es ese el parecer de MARTINS, quien sostiene que el término podría ser el de la prescripción de las faltas previstas en el Código Penal, que es de dos meses (Cf. MARTINS, Daniel Hugo: “El régimen jurídico de las sanciones administrativas en el Uruguay”, Revista de Derecho y Tribunales, No. 15, en especial, págs. 21 a 25).”¹⁴*

Asimismo, es interesante ver la opinión de Lorenzo respecto a la aplicabilidad del plazo de las faltas penales, por considerarlas ontológicamente diversa a la falta administrativa en trabajo, y en este caso cita a la doctrina que incluso cuestiona la naturaleza de la falta penal misma, lo cual es más llamativo aún: *“Puede afirmarse que en nuestro derecho uno de los rasgos que distingue la infracción llamada correccional (falta penal) de la trasgresión administrativa, es que la sanción –consecuente con esta última– si es pecuniaria, no puede ser reconducida a pena privativa de libertad. No obstante, la doctrina, centrándose más bien en la búsqueda del distingo entre delitos e infracciones administrativas, ha llegado incluso a cuestionar la dogmática de las faltas en el Código Penal, y concluye simplemente: dado un mismo hecho puede ser supuesto, ora de un delito, ora de una falta administrativa, simultáneamente, (...) no hay, entonces, diferencias ontológicas, solo pueden verse jurisdicciones distintas”¹⁵.*

Por su parte, Ruocco, en relación al plazo de caducidad, manifiesta la posibilidad de recurrir al derecho penal como supletorio: *“En coincidencia con lo dicho para la determi-*

¹³ Sentencia 167/2014 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

¹⁴ Sentencia 167/2014 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

¹⁵ LORENZO, SUSANA, “Sanciones Administrativas”, Ediciones B de F, año 1996, pág. 41

*nación del plazo de caducidad, podrá aplicarse analógicamente las normas propias del Derecho Penal, como parte del ius puniendi del Estado, debiendo en cada caso buscarse aquella que mejor se avenga a las condiciones...*¹⁶

En el mismo sentido, con plena convicción señala el autor argentino Cassagne: *“...dada la sustancia preventiva y represiva que poseen las sanciones penales administrativas, que castigan la comisión de ilícitos de esa naturaleza, rigen todas las normas y principios que sobre prescripción contiene el Código Penal”*¹⁷.

Finalmente, y a modo de deseo común de la doctrina que se ha preocupado por este asunto, citamos las conclusiones de Lorenzo en relación a esta problemática de falta de soluciones legales genéricas. Así dictamina que: *“1) la ausencia, fuera de los casos mentados, de regulación de esta rama del derecho administrativo; 2) la necesidad de una regulación que debiera comenzar por elaborar un concepto propiamente administrativo de la prescripción, ya que así lo propicia su autonomía científica y metodológica; 3) que es desde todo punto de vista deseable que doctrina y legislación (sin excluir a la jurisprudencia), trabajen en el sentido de colmar lo que constituyen verdaderos vacíos teóricos que dificultan la fluidez del campo sancionatorio administrativo”*¹⁸.

Compartimos que las bases que plantea la jurisprudencia son claves, ya que en definitiva trazan los criterios que rigen en ese momento en la práctica. A continuación abordaremos ese extremo del estudio.

VI. RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TCA. EL USO DE LA ANALOGÍA Y LOS CRITERIOS EMPLEADOS PARA INTEGRAR

Partamos del método utilizado por el TCA para resolver en estos casos de vacío legal, la analogía. Explica Berdaguer: *“...la utilización de ésta siempre supone la existencia de una previsión legal para un caso singular, a la cual (precisamente en virtud de la analogía) se procura extender a otro caso singular no previsto”...los principios consagrados directamente por la Constitución pueden tener en ciertos casos una aplicación directa...*¹⁹

En este sentido el TCA en fallos recientes mantiene el criterio de integrar los pazos de prescripción, ante la falta de previsión legal, así dice que: *“En lo inicial, y como se mencionó anteriormente, debe señalarse que, a juicio de la Sala, no puede concebirse en nuestro Derecho la existencia de una falta administrativa que no tenga un término de prescripción; y, ello por cuanto, en la medida que prescriben los delitos a mayor razón debe reconocerse que las faltas deben tener un término de prescripción, aunque no exista previsión normativa. Ante la ausencia de textos normativos expresos, corresponde aplicar por analogía un término prescripcional”*²⁰.

¹⁶ RUOCCO, GRACIELA, “Principios de legalidad, tipicidad y de prescripción en materia de actividad sancionatoria de la administración”, en Estudios de Derecho Administrativo, Tomo 2, pág. 81

¹⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Los principios del derecho penal en la actividad sancionadora de la administración”, en Estudios de Derecho Administrativo, Tomo 2, pág. 81

¹⁸ LORENZO, SUSANA, Sanciones Administrativas, Ediciones B de F, año 1996, pág. 120

¹⁹ BERGADUER, JAIME, “Constitución y Derecho Civil”, en Anuario Uruguayo de Derecho Civil, pág. 614-615

²⁰ Sentencia 148/2016 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

En el mismo sentido, el TCA se ha expresado pero en relación a los plazos de caducidad, y con mucho atino el Tribunal señaló que: *“Ahora bien, el CNA no establece un plazo de extinción por prescripción o caducidad de las multas que puede aplicar el INAU por las infracciones constatadas por el organismo. No obstante, el Tribunal en sentencias recientes (Nos. 167/2014, 714/2015 y 148/2016), ha señalado que, en virtud del principio de seguridad jurídica, las infracciones deben extinguirse luego de un plazo determinado. La dificultad se plantea, en los casos en que la normativa no previó cuál es el término aplicable”*²¹.

Recapitulando, tenemos que en la práctica, con la jurisprudencia actual del TCA se puede saber que:

- i) aunque no haya previsión expresa, todas las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir y/o caducar;
- ii) el TCA resuelve el vacío normativo integrando por analogía; y
- iii) la clave en cada caso será la determinación del plazo aplicable analógicamente, y para ello deben ser precisos los criterios a tomar para tal resolución.

Veamos, uno de los razonamientos recientes del TCA sobre si correspondía ante una multa del MGAP la aplicación del término de las faltas penales o de las sanciones tributarias: *“No obstante, a juicio de la Sala, en la emergencia, la solución que propone la Administración, de aplicar por analogía el término previsto para las infracciones tributarias luce sensato y razonable. **Resulta mucho más razonable aplicar la analogía con otra clase de sanciones administrativas que con las faltas, que no son sanciones administrativas.** En efecto; el recurso de la analogía supone extender a una situación no prevista la solución expresamente establecida para otra, con la que guarda semejanza. **Hay un conjunto de propiedades relevantes que hacen que la infracción administrativa que se le reprocha al actor sea más parecida a otra infracción administrativa que a una falta penal,** por lo tanto, cabe extenderle el régimen de la primera en cuanto a la prescripción.”*²²

En el caso referido, el Tribunal en relación a la aplicación analógica de las faltas penales, reitera la posición de Lorenzo, a la cual había adherido en el año 2003, pero concluyendo en forma diferente, ya que aplicaba el plazo de 8 años y no el de 5 años del Código Tributario como ahora en el año 2014: *“Sin duda, su argumentación es equivocada, pues aquí no se está ante una falta de naturaleza penal, sino ante una “falta administrativa” por infracción a las leyes y reglamentos citados en el propio acto. Y las faltas administrativas prescriben recién a los ocho años (Dec. 500/91, art. 172, lit. b; Susana Lorenzo: Sanciones Administrativas, págs. 119/120”*²³.

A nuestro entender, esta flexibilización por parte del TCA resulta muy saludable, es decir, la posibilidad de no cerrarse al plazo de 8 años del Decreto 500/91 como fórmula sagrada, sino analizar cada caso concreto. Veamos que esta misma lectura ha sido mantenida en sede de caducidad.

En primer lugar, el TCA ha declarado la caducidad de oficio, sosteniendo con claridad que: *Porque la temática sobre caducidad de la pretensión punitiva de la Administración*

²¹ Sentencia 76/2017 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

²² Sentencia 167/2014 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

²³ Sentencia N° 270/2003 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

dice relación con el principio general del debido proceso y compromete protección de los derechos de seguridad y del honor especialmente protegidos por la Constitución al resultar inherentes a la persona humana (ex arts. 7, 72 y conc. de la Carta) (Cfme. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto; “La proyección del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Administrativo Uruguayo” en “Estudios sobre Derechos Humanos”, Ingranusi, Montevideo, 1999, pág. 105). Razón por la cual, no parece adecuado concebir la omisión en denunciar el vicio por parte del promotor como un eventual renunciamiento a la caducidad operada, pues no resulta tolerable la abdicación de la misma en procedimiento represivo ni su convalidación o subsanabilidad por inadvertencia del litigante en su acto de proposición (Cfme. Sentencia N° 65/2011 y 58/2013, entre otras).²⁴

En segundo lugar, aplicó en forma supletoria un plazo de caducidad establecido en la ley de prensa para los delitos y acciones civiles, respecto a una multa del INAU: “En ese sentido, el Tribunal entiende que, tratándose de una multa a un medio de comunicación escrito por la publicación de una nota periodística, la norma de donde se extrae el plazo para extinguir la pretensión punitiva del Estado debe ser la Ley 16.099 (Ley de Prensa - Libertad de los Medios de Comunicación con sus modificativos de la Ley 18.515). En particular, los artículos 13 y 14 que establecen un plazo de caducidad de noventa días a contar desde la publicación, para el ejercicio de acciones civiles y penales emergentes de delitos de comunicación. Asimismo, entendió que el plazo se computa desde la emisión de la nota (cuando se comete la infracción instantánea): “En el presente caso, el plazo legal de noventa días debe computarse desde la fecha de la emisión de la nota, esto es, desde el 28 de mayo de 2013”.²⁵

En conclusión sobre este apartado, saludamos la nueva posición del TCA de estudiar caso a caso y en base a la materia en examen, disponer del plazo más adecuado para suplir el vacío legal. Es preferible esta solución a la aplicación a ciegas de un plazo tan extenso como el de 8 años del Decreto 500/91. También es muy valorable que también el Tribunal este relevando la caducidad de las acciones, lo cual también deberá integrarse caso a caso, pero ratifica el criterio que los institutos están vigentes y deben invocarse por los administrados.

Ahora bien, no deja de ser preocupante, la incertidumbre que genera para todos los aplicadores (se pueden ver en los fallos que las áreas jurídicas de los entes públicos proponen plazos diversos de prescripción) el no saber cuál debería ser el plazo aplicable a cada caso. El cumulo jurisprudencial visto es muy corto, y además no hay un criterio de análisis claro que permita de antemano vislumbrar que plazo podría tomar el Tribunal, ante un supuesto de contencioso al respecto. Nos parece que una multa del MGAP en nada tiene que ver con una sanción tributaria (salvo que se trata de ingresos públicos en sentido amplio), y que un plazo de 5 años de prescripción sigue siendo muy extenso. En España, con legislación nueva sobre este punto, las infracciones muy graves prescriben a los 3 años.

Para cerrar sobre el tema, vale citar al doctrino argentino Cassagne, quien hablando sobre la experiencia en su país de la aplicación de las normas penales por la Corte en subsidio expresa que: “Esta conclusión que se ha impuesto en muchos casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no fue la postura adoptada inicialmente por la jurisprudencia que mostró sus vacilaciones y hasta criterios contrarios (...) sostuvo que la

²⁴ Sentencia 76/2017 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

²⁵ Sentencia 76/2017 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

*omisión de disposiciones sobre prescripción en materia de leyes de policía no se puede suplir con el auxilio de otras leyes, agregando también el argumento de que la prescripción en materia penal no procede de garantía constitucional alguna. Esta interpretación no puede considerarse aceptable. Aquí no se trata de supuestos de analogía sino de aplicación directa o supletoria de las normas (...) la prescripción hace a la garantía de la defensa o debido proceso, que se conecta con eso denominado derecho a la libertad integral del ciudadano*²⁶.

VII. NUESTRA POSICIÓN. APROXIMACIÓN A CRITERIOS UNIFORMES, Y UN ENFOQUE PRÁCTICO SOBRE LOS PLAZOS

Tal como señala Nieto, y recoge esta nueva jurisprudencia del TCA: *“.. la jurisprudencia ha encontrado múltiples explicaciones para sostener la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, por razones de lógica; sentido común y justicia (NIETO, Alejandro: “Derecho administrativo sancionador”, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 539-540)” (Cfme. Sentencia N° 167/2014).*²⁷ Entendemos que estos son criterios que deben orientar la integración de los plazos, la lógica, el sentido común y la justicia. El Tribunal viene en este camino además, en sentencia 129/2017 ha establecido parámetros basados en la jurisprudencia europea para considerar si un procedimiento sancionatorio tiene una duración razonable.

Asimismo, vale referir que estamos ante casos de aplicación inmediata de principios constitucionales, como el propio TCA ha dicho en materia sancionatoria: *“Como indica NIETO: “Este elemento subjetivo es su componente esencial (omissis) mas no hay que olvidar que a él se añaden como corolarios otros dos principios: el de la responsabilidad por el hecho y el de la personalidad de la acción ilícita (...) La falta de regulación reglamentaria expresa en torno al punto, no puede operar en desmedro o conculcación de un principio general de derecho de máximo valor y fuerza, la omisión del poder administrador, en cuanto a su especificación infravalente no impide su aplicación inmediata”.*²⁸

Es entonces importante ya no solo saber que las infracciones prescriben, sino tener certeza de cuándo ocurrirá. La Corte analizando la constitucionalidad o no del plazo de 20 años de prescripción de los tributos de Montevideo dijo sobre la seguridad jurídica aplicada: *“Este principio importa la existencia de un ámbito de certeza, donde el individuo pueda desenvolverse con previo conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos”*²⁹.

Véase a donde llega este contralor en la jurisprudencia española hoy, a través de un caso que relata Nieto en su obra: *“La Administración había impuesto una multa de cero pesetas, en intención a la infracción había prescripto, pero ordenando la demolición de las obras indebidamente realizadas de dominio público ... el Tribunal Supremo anuló la sanción impuesta y también la orden de demolición en cuanto medida meramente complementaria de la sanción”*³⁰.

²⁶ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Los principios del derecho penal en la actividad sancionadora de la administración”, en Estudios de Derecho Administrativo, Tomo 2, pág. 81

²⁷ Sentencia 76/2017 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

²⁸ Sentencia 511/2017 disponible en <http://www.tca.gub.uy/fallos>

²⁹ Sentencia N° 250/05 disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy>

³⁰ NIETO, ALEJANDRO: “Derecho Administrativo Sancionador”, TECNOS, Quinta edición totalmente reformada, Madrid, 2012, pág. 538

Por todo lo expuesto, entendemos que a efectos de invocar los plazos de prescripción/caducidad –mientras tanto no se legisle en forma genérica, o se admita pacíficamente un plazo supletorio general a estos efectos- se debe hacer hincapié en la gravedad de la infracción/ sanción, y no en la materia aplicable.

Es decir, una infracción leve tipificada por el MGAP no puede prescribir a los 5 años (suponiendo que el plazo del Código Tributario que aplica el TCA fuese el correcto) al igual que una infracción muy grave. Y de igual forma, una sanción de apercibimiento no impuesta aún, no puede caducar en igual término que un decomiso o una multa cuantiosa.

De esta manera, se deberá estar en primer lugar a las normas que definen la gravedad de la sanción; y en caso de que la norma tampoco la definan, en segundo lugar se deberá ver en base al bien jurídico que tutela el tipo sancionatorio, y atendiendo a la lógica, el sentido común, e incluso al derecho comparado que ha regulado al respecto, a efectos de calificar la falta en cuestión. Definido el tipo de falta/sanción se debe determinar el plazo de prescripción o caducidad aplicable, y en este sentido parece adecuado que se utilicen los plazos a favor del administrado, fijándose los establecidos para materias semejantes pero en atención al principio de razonabilidad.

Finalmente, a modo de enfoque práctico, proponemos un primer esquema de plazos de prescripción y caducidad, que ya son parte de nuestro derecho aplicables en vía administrativa sancionatoria, según la materia en cuestión.

Naturaleza	Plazo	Norma
Prescripción	6 meses	art. 118 - Código Penal
Prescripción	4 años	art. 1332 - Código Civil
Prescripción	2 o 5 años	art. 55 - Ley 13.608
Prescripción	5 años	art. 38 - Código Tributario
Prescripción	8 años	art. 172.b - Decreto N°500/91
Prescripción	5 años	Reglamento OSE
Prescripción	6 meses, 2 o 5 años	Decreto N° 412/992 - ANP
Prescripción	5 años	art. 223 Código Aduanero
Prescripción	5 años	art. 28 - Ley 18.159 (Defensa de la Competencia)
Prescripción	5 años	art. 2 - Ley N° 18.091 (Laboral)
Prescripción	30,90 días, 3/6 meses	art. 37 - Ley N° 17.250 (Defensa del Consumidor)
Prescripción	10 años	Art. 145 TOCAF
Caducidad	4 años o 10 años	art. 38 - Ley N° 17.250 (Defensa del Consumidor)
Caducidad	90 días	art. 13 y 14 - Ley 16.099 (Prensa)
Caducidad	1 año	art. 1 - Ley N° 18.091 (Laboral)

VIII. CONCLUSIONES

1. No existe en nuestro derecho una regulación genérica respecto a la prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones administrativas. Está regulada la materia disciplinaria y las faltas penales, lo cual muchas veces se invoca a efectos de la aplicación supletoria.

2. En aplicación inmediata del principio constitucional de seguridad jurídica, se debe llenar el vacío legal referido de forma que pueda existir en cada caso un plazo de prescripción de la situación infraccional, y un plazo de caducidad de la acción sancionatoria de la Administración.

3. No existe en nuestra doctrina una posición mayoritaria sobre la forma de integrar los institutos de referencia en materia de derecho administrativo sancionatorio. En doctrina comparada como Argentina y España (hasta la regulación legal), se ha propiciado la solución de aplicar las normas del Código Penal.

4. El TCA entiende que si los delitos prescriben, mucho más aún las faltas administrativas deben hacerlo. También ha consagrado que rige la caducidad aunque no esté establecido un plazo en el caso concreto. En ambos casos el Tribunal ha procedido a integrar de forma analógica con plazos previstos para materias similares.

5. Entendemos que más allá de que lo ideal sería regular de forma completa la cuestión, mientras tanto se debe establecer un criterio uniforme para la aplicación de los plazos a cada caso, a efectos de brindar certeza al administrado.

6. A estos efectos, se debe poder clasificar las infracciones y las sanciones en leves, graves y muy graves, y de acuerdo a esta calidad le corresponderá el plazo respectivo, sin importar la materia. Debe primar la lógica, el sentido común y la razonabilidad en dicho procedimiento de elaboración.

7. Como enfoque práctico, mientras tanto, proponemos un cuadro de plazos regulados para ciertas materias en nuestro derecho, que pueden ser referencia para buscar una integración más específica. Estos plazos deben ser siempre ponderados en favor del administrado.

BLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AGOSTINO, SOL, “La seguridad jurídica en el derecho tributario”, Revista Tributaria, tomo XLI, número 242, pág. 774
- BERGADUER, JAIME, “Constitución y Derecho Civil”, en Anuario Uruguayo de Derecho Civil, pág. 614-615
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Los principios del derecho penal en la actividad sancionadora de la administración”, en Estudios de Derecho Administrativo, Tomo 2, pág. 81
- GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, pág. 191
- LORENZO, SUSANA Y OTROS, “Procedimiento Administrativo. Modificaciones del Decreto 420/2007 al Decreto 500/91”, en Revista de Derecho Público, N° 34, año 2008, pág. 119 y 149.
- LORENZO, SUSANA, “Sanciones Administrativas”, Ediciones B de F, año 1996, pág. 41 y 119
- NIETO, ALEJANDRO, “Derecho Administrativo Sancionador”, TECNOS, Quinta edición totalmente reformada, Madrid, 2012, pág. 538 y 550.
- RODRIGUEZ RUSSO, JORGE, “Prescripción extintiva y caducidad en el derecho civil”, FCU, año 2012, pág. 33, 42 y 63
- RUOCCO, GRACIELA, “Principios de legalidad, tipicidad y de prescripción en materia de actividad sancionatoria de la administración”, en Estudios de Derecho Administrativo, Tomo 2, pág. 81
- SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 436.

Fecha de recepción. 2 de noviembre 2017.

Fecha de aceptación: 18 de noviembre 2017.

REFORMA DEL ESTADO. UN ASPECTO PARA PROFUNDIZAR: EL ASCENSO EN LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL*

*Mariel Lorenzo Pena***

RESUMEN. *En el marco de la reforma del Estado se plantea el análisis del derecho al ascenso para los funcionarios públicos. La aprobación de las Leyes N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010 y 19.121 de 20 de agosto de 2013 conllevó a un importante cambio en el sistema tradicional de ascenso en la Administración Central. Se analizan aquí las modificaciones producidas por la nueva normativa y se esbozan primeras conclusiones respecto de si dichos cambios fueron suficientes o necesitan de ajustes.*

PALABRAS CLAVE. *Ascenso. Funcionario. Estatuto.*

ABSTRACT. *In the framework of the State reform, the analysis of the right to promotion for public officials will be considered. The approval of Law n° 18719 dated December 27th, 2010 and Law n° 19121 dated August 20th, 2013 led to an important change in the traditional system of promotions in the Administration. Modifications introduced by the new regulations will be analyzed and initial conclusions will be drawn as to whether such changes were adequate or need adjustments.*

KEYWORDS - *Promotion. Public official. Statute.*

* El presente artículo es una adaptación del trabajo académico realizado como parte de la aprobación del curso «Función Pública» a cargo del Prof. Ruben Correa Freitas en el contexto del LL.M –Máster en Derecho– de la Universidad de Montevideo. Se cuenta con la autorización de la mencionada Universidad para realizar esta publicación. La autora agradece especialmente al Prof. Pablo Genta, Coordinador Académico de Máster y Postgrados por dicha autorización.

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

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, el tema de la reforma del Estado ha resultado ser un problema analizado desde diferentes ópticas. Al decir de Paolino¹ existen muy diferentes concepto de qué y cómo debe ser reformado el Estado.

Puede entenderse por reforma y modernización del Estado los «diversos mecanismos como capacitación de funcionarios, nuevos conceptos de promoción y asignación de funciones, desburocratización y eliminación de trámites, eliminación de funciones que el Estado debió desempeñar en épocas fundacionales pero hoy son una carga para el propio Estado y la sociedad»².

En principio, «una reforma del Estado que aspire a ser tal, debería, como mínimo, procesar una reforma organizativa y de gestión de la estructura estatal»³. En esencia, la reforma abarcaría áreas como la organización, la estructura, el funcionamiento y el papel del Estado⁴.

Según Correa⁵, desde hace algunas décadas (en particular la corriente iniciada en la década de los 80), la clave sobre la reforma del Estado «tiene que ver con la relación Estado-Sociedad, es decir cuánto debe intervenir el Estado en la sociedad y cuál es el margen de libertad que se le debe dejar a la actividad privada».

Aquí parecería haber consenso en que privatización no es sinónimo de reforma y que existen varios instrumentos para llevar adelante la misma, entre los que la desburocratización es uno de ellos.

La reforma del Estado no puede ser concebida como tal contra los funcionarios. Esta debe ser llevada adelante con ellos, o no existirá reforma. «La reforma del Estado debe hacerse con los funcionarios, y no contra los funcionarios; la reforma se hace para lograr mayor eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios, y no para cesar o despedir empleados públicos»⁶.

Si se pretende lograr un cambio en los procesos que realiza la Administración, pues entonces deberá buscarse un cambio en la mentalidad de los funcionarios⁷.

Y este aspecto tiene sin dudas, su base en nuestro mayor texto. El régimen planteado en la Constitución «procura, mediante los principios que consagra y las soluciones específicas que impone, la *profesionalización* de los funcionarios, y la vincula explícitamente con la *eficiencia* administrativa»⁸.

¹ Paolino, M. (2011:185). La reforma del Estado y la huída del derecho administrativo. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Carjarville Peluffo, páginas 185 a 204. Vázquez, C. coordinadora. Montevideo: FCU.

² Correa, R. (2011:70). Manual de derecho de la función pública. Montevideo: FCU.

³ Paolino, M. (2011:203). La reforma del Estado y la huída del derecho administrativo. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Carjarville Peluffo, páginas 185 a 204. Vázquez, C. coordinadora. Montevideo: FCU.

⁴ Correa, R. (2011:72). Manual de derecho de la función pública. Montevideo: FCU.

⁵ Correa, R. (2009:179). El derecho constitucional contemporáneo. Tomo II. Montevideo: FCU.

⁶ Correa, R. (2017:80). El cincuentenario de La Constitución uruguaya de 1967. Trabajo de investigación realizado en el marco de las actividades académicas del autor en la UDE. Montevideo: Grupo Magro editores.

⁷ Correa, R. (2009:173). El derecho constitucional contemporáneo. Tomo II. Montevideo: FCU.

⁸ Cajjarville, J. (2012:533). Sobre derecho administrativo. Tomo II. Montevideo: FCU.

La discusión en este tema, no podrá dejar afuera la carrera administrativa. Nuevamente, el constituyente nos ha dado la pauta para esto: «establécese la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central, que se declaran inamovibles, sin perjuicio de lo que sobre el particular disponga la ley por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara y de lo establecido en el inciso 4to de este artículo» (artículo 60 de la Carta).

Todo proyecto de reforma, mayor o menormente acabado, que retacee este aspecto tampoco podrá prosperar. La solución que se pretenda implementar podrá ser defendida teóricamente y catalogada de brillante, pero sin una cabal comprensión de la misma por parte del colectivo que habrá de vivenciarla, seguramente no logre implementarse nunca.

La carrera administrativa, puede definirse en sentido estricto y en sentido amplio, siendo este, el que recoge nuestra Constitución. En esta dirección, la carrera administrativa es «la profesión que ejerce el funcionario público desde su ingreso y hasta la extinción de la relación funcional, gozando de un régimen de estabilidad, ascensos, licencias, traslados, así como del régimen disciplinario correspondiente»⁹.

Un aspecto sustancial en la carrera administrativa es el derecho al ascenso, esto es, la «posibilidad que tiene el funcionario de carrera de acceder a un cargo superior al que ocupa»¹⁰.

La Constitución establece en su artículo 61 que «para los funcionarios de carrera, el Estatuto del Funcionario establecerá las condiciones de ingreso a la Administración, reglamentará el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad; las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección XVII».

En nuestro derecho, el derecho a ascender no configura la situación jurídica de derecho subjetivo, en tanto, al producirse una vacante, la Administración no está obligada a llenarla, aunque si decide hacerlo, debe respetar las reglas establecidas para ello¹¹.

Es por ello que, tradicionalmente suele diferenciarse el derecho al ascenso del derecho a ascender. Por otra parte, al decir de Vázquez¹², «no debe olvidarse que conforme las enseñanzas del Prof. Cassinelli es a partir del texto del 1952 en que se consagra en el artículo 61 el derecho al ascenso».

En este marco, el presente trabajo pretende analizar si las reformas introducidas en materia de ascenso por normativa recientemente aprobada han significado un cambio sustancial o no para el ejercicio de este derecho y si dichos cambios necesitan una profundización.

Para ello, se realizará un breve paneo de la normativa anterior, para luego pasar al análisis de la norma actual.

⁹ Correa, R. (2008:290). Reflexiones sobre el estatuto del funcionario. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, páginas 281 a 294. Durán, A. coordinador. Montevideo: FCU.

¹⁰ Correa, R. (2008:290). Reflexiones sobre el estatuto del funcionario. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, páginas 281 a 294. Durán, A. coordinador. Montevideo: FCU.

¹¹ Vázquez, C. (2011:240). Manual de derecho de la función pública. Montevideo: FCU.

¹² Vázquez, C. (2011:244). Manual de derecho de la función pública. Montevideo: FCU.

El estudio se circunscribe a la normativa aplicable al personal civil del Poder Ejecutivo y sus dependencias.

II. EL ASCENSO Y SU NORMATIVA LEGAL Y REGLAMENTARIA

La regulación constitucional del ascenso ya fue mencionada, por lo que corresponde pasar al plano legal del mismo.

El artículo 49 de la Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010 provocó un cambio en materia de ascensos. En concreto, la norma establece:

“Los ascensos de los funcionarios de los Incisos 02 al 15 del Presupuesto Nacional se realizarán por concurso de méritos, o de oposición y méritos y se regirán por las disposiciones contenidas en el presente artículo.

En los casos de cargos de supervisión y dirección, los concursos serán siempre por oposición y méritos.

A los efectos de la provisión de vacantes de ascenso los jerarcas de los organismos mencionados en el inciso anterior, realizarán un llamado al que sólo podrán postularse los funcionarios presupuestados del Inciso, pertenecientes a cualquier escalafón, serie y grado, siempre que reúnan el perfil y los requisitos del cargo a proveer.

De resultar desierto el concurso, la referida vacante podrá proveerse por el procedimiento de ingreso previsto en la presente ley.

A partir de la vigencia del presente artículo no serán de aplicación para los Incisos 02 al 15 del Presupuesto Nacional las disposiciones contenidas en el Capítulo II de la Ley N° 16.127, de 7 de agosto de 1990.

El Poder Ejecutivo reglamentará el presente artículo con el previo y favorable asesoramiento de la Oficina Nacional del Servicio Civil”.

El artículo transcrito fue reglamentado por el Decreto N° 377/011 de 04 de noviembre de 2011.

El mismo establece entre otros aspectos: los procedimientos para realizar los llamados a concurso, la integración del tribunal, los diferentes tipos de concursos que pueden realizarse, los puntajes de las diferentes etapas de dichos tipos.

Con anterioridad al año 2010, la Ley N° 16.127 de 07 de agosto de 1990, estableció los lineamientos del sistema de ascensos, tanto para la Administración Central como para el Poder Judicial, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales (artículo 9), estableciendo que los mismos debían realizarse «escalafón o grupo ocupacional y serie de clase de cargos sin necesidad de efectuarse de grado en grado, salvo lo dispuesto por leyes especiales».

El ascenso se definía como «la promoción o adelanto en la carrera administrativa del funcionario, consistente en la selección, para cada cargo, del que mejor cumple con los requisitos del mismo, determinados por su descripción técnica» (artículo 8) y por tanto, «reunidos dichos requisitos, el derecho a ascender es la situación jurídica de interés legítimo consistente en la potestad de competir para probar que se es el más apto y, en tal caso, ser

designado en el cargo a proveer, conforme a las reglas de derecho y de buena administración».

El artículo 11 consagraba además los tipos de concurso, diferenciando entre concurso de méritos y antecedentes y concurso de oposición y méritos y el artículo 12 regulaba la integración del Tribunal.

La reglamentación de este sistema se produjo por el Decreto N° 157/992 de 20 de abril de 1992.

Posteriormente, el Decreto N° 302/996 de 31 de julio de 1996 reguló el régimen de ascensos de la Ley indicada, en el marco de lo establecido por la Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 en sus artículos (artículos 22 y siguientes) los que modificaron el sistema de evaluación.

El mencionado Decreto sufrió algunos cambios, llevados a cabo por los Decretos N° 416/008 de 27 de agosto de 2008, N° 9/009 de 08 de enero de 2009, N° 426/009 de 21 de setiembre de 2009 y N° 319/010 de 26 octubre de 2010¹³.

III. EL SISTEMA ANTERIOR Y EL SISTEMA ACTUAL, UN CAMBIO DE PARADIGMA

a. El sistema de los 90

El ascenso bajo la vigencia del Decreto N° 302/996 se realizaba por escalafón o grupo ocupacional y serie de clase de cargos sin necesidad de efectuarse de grado en grado (artículo 1).

Para poder postularse al llamado debía el funcionario—conforme lo establecía el artículo 4to- «contar al 31 de diciembre del año anterior al llamado a la provisión de la vacante, con una antigüedad efectiva no menor de un año en el Inciso o Unidad Ejecutora, según corresponda» y «ocupar cargos de grados inferiores a la vacante a proveer».

En este sentido, esto demuestra un avance sustancial en los sistemas anteriores dado que «fue tradicional en nuestra Administración Pública que los ascensos se hicieran de grado en grado; luego [...] se consagró la posibilidad de que pudieran aspirar a los ascensos aquellos funcionarios que ocuparan cargos correspondientes a tres grados inmediatos inferiores a la vacante a proveer»¹⁴.

Se diferenciaba entre concursos de méritos y antecedentes y concursos de oposición y méritos, estableciendo por principio el primero, dado que para que se realizara el segundo debía expresamente disponerlo el Jeraarca «cuando las características del cargo a proveer así lo justifiquen o cuando lo solicitare cualquiera de los postulantes mediante petitorio fundado» ante el mismo (artículo 18)¹⁵ y aún así, el puntaje de la oposición era del 30% del

¹³ A los efectos del presente trabajo se analizará el sistema establecido por el Decreto N° 302/996 con las modificaciones mencionadas, en tanto era el sistema vigencia al momento de la aprobación de la Ley N° 18.719.

¹⁴ Correa, R. (2017:80). El cincuentenario de La Constitución uruguaya de 1967. Trabajo de investigación realizado en el marco de las actividades académicas del autor en la UDE. Montevideo: Grupo Magro editores.

¹⁵ En concordancia con el artículo 10 de la Ley N° 16.127.

total, mientras que el 60% se obtenía en base al mérito, antigüedad y capacitación y 10% restante por otros elementos de evaluación.

En caso de concurso de méritos se distinguían los «cargos de Director de División o equivalente y hasta el máximo grado de la carrera» (artículo 8), los «cargos de Subdirector de División, Jefe de Departamento o Subjefe de Departamento o equivalente» (artículo 9) y los de «Jefe de Sección o equivalente» (artículo 10) de los «demás cargos» (artículo 11) haciendo variar la norma el puntaje relativo de los factores de mérito, capacitación y antigüedad.

En todos los casos, el puntaje mínimo de aprobación del concurso era el 70% del total.

Los tribunales de concurso estaban integrados por: «a) el Jerarca u otro funcionario designado por él; b) un representante de los concursantes; c) un tercer miembro de reconocida solvencia técnica, elegido de común acuerdo entre los dos primeros, el que podrá no ser funcionario del Inciso, y que lo presidirá» (artículo 21).

Conforme el mismo artículo «la elección del representante de los concursantes y sus suplentes se realizará por voto secreto, siendo responsabilidad del respectivo Jerarca la convocatoria pertinente. En caso de que tal elección no se realice por omisión de los funcionarios, la Oficina Nacional del Servicio Civil designará un representante de los mismos».

Estos tribunales solo se conformaban para el caso de los concursos de oposición y méritos.

En todos los casos, conforme el artículo 26 existían tribunales de promociones – integrados de la misma manera que la mencionada-, los que controlarán «si los funcionarios cumplen con los requisitos legales y reglamentarios para acceder a cada cargo, las puntuaciones y establecerán el orden de precedencia para los cargos vacantes».

Ambos tipos de tribunales actuaban con autonomía técnica (artículo 31).

Se prevé la publicación en carteleras a los efectos de dar publicidad¹⁶.

Por otra parte, se dispone (artículo 32) que se diseñarán cursos orientados a fortalecer la capacitación de los funcionarios. Es de «especial importancia señalar, [que] la Oficina Nacional dicta el Curso Formación de Altos Ejecutivos de la Administración Pública con asistencia técnica de la Escuela Nacional de Administración de Francia»¹⁷ en aplicación de la mencionada norma.

b. El novedoso sistema introducido por el artículo 49

Dice el artículo 49 de la Ley 18.719 transcrito más arriba que «sólo podrán postularse los funcionarios presupuestados del Inciso, pertenecientes a cualquier escalafón, serie y grado, siempre que reúnan el perfil y los requisitos del cargo a proveer». Resalta el hecho de que se establezca estas condiciones con la aclaración que *solo* podrán presentarse determinados funcionarios, cuando el sistema rompe con muchas de las condiciones para acceder a la presentación que establecía el régimen anterior.

¹⁶ Si bien se entiende que a los efectos legales esta publicación no supe la notificación personal o la publicación en los medios oficiales correspondientes.

El ya mencionado Decreto N° 377/011 establece las mismas opciones que el régimen anterior en cuanto a la posibilidad de realizar «concurso méritos y antecedentes y oposición y méritos» (artículo 1).

Si bien la ley mencionada no define el ascenso, el Decreto sí lo hace en artículo 2: «el ascenso, es la promoción o adelanto en la carrera administrativa del funcionario, consistente en la selección, para cada cargo, del que mejor cumple con los requisitos del mismo, determinados por su descripción técnica. Reunidos dichos requisitos, el derecho a ascender es la situación jurídica de interés legítimo consistente en la potestad de competir para probar que se es el más apto, y en tal caso, ser designado en el cargo a proveer, conforme a las reglas de derecho y de buena administración»¹⁸.

El artículo 6 regula el proceso de elaboración de perfiles y bases estableciendo que «las Áreas de Gestión Humana o las reparticiones que hagan sus veces, elaborarán las bases de los concursos respectivos y la descripción del perfil del cargo de que se trate en coordinación con la Unidad Ejecutora a la que pertenece la vacante, conforme a los criterios establecidos en el presente Decreto y a las pautas que determine la Oficina Nacional del Servicio Civil. Dichas bases serán aprobadas por el Jefe del Inciso». Mientras que el artículo 7 indica que «las bases y la descripción del perfil del cargo a proveer serán publicadas con una antelación de un mes a la fecha de la realización del concurso».

Se reitera el hecho establecido por la ley, en cuanto para los «cargos de primera línea de supervisión, los ascensos se realizarán por concurso de oposición y méritos» (artículo 8). Entendemos que este aspecto está derogado en tanto los cargos de supervisión que existan al vacar se suprimirán y transformarán en funciones¹⁹.

Dado que «de resultar desierto el concurso, la vacante se proveerá de conformidad con lo dispuesto» por los mecanismos del ingreso a la función pública, el artículo 10 habilita al jefe «disponer en una única convocatoria los llamados a concurso de ascenso y de ingreso, quedando habilitada la apertura por el procedimiento de ingreso solo en caso de resultar desierto el concurso por el procedimiento del ascenso».

Por otra parte, una vez provista la vacante y «toda vez que se produzca una nueva vacante en el Inciso en el mismo escalafón, grado, serie y denominación se podrá recurrir al orden de prelación resultante del concurso correspondiente, el que tendrá una vigencia de dieciocho meses»²⁰.

El artículo 11 establece la posibilidad de que exista un solo postulante en el llamado lo que conlleva a que «sin perjuicio de que reúna los requisitos exigidos por la descripción del perfil del cargo, aún cuando el postulante haya obtenido una calificación no menor a satisfactorio en el promedio de los últimos dos años, la vacante sólo se proveerá si el mismo supera una evaluación psicotécnica y/o entrevista con el Tribunal».

¹⁷ Correa, R. (2017:89). El cincuentenario de La Constitución uruguaya de 1967. Trabajo de investigación realizado en el marco de las actividades académicas del autor en la UDE. Montevideo: Grupo Magro editores.

¹⁸ Nótese el parecido en la definición con respecto al régimen legal anterior.

¹⁹ Conforme lo dispuesto desde el artículo 56 de la Ley N° 18.719 del 27 de diciembre de 2010 y su interpretativo, el artículo 7 de la Ley N° 18.834 de 04 de noviembre de 2011 y coherente con el sistema de funciones establecido por el Estatuto.

²⁰ Respecto de si este poder de la Administración es un poder-deber o no, existen discrepancias doctrinarias al respecto, cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo.

Respecto de los tribunales, los mismos estarán integrados, conforme lo establecido por el artículo 12 por «tres miembros titulares y sus respectivos suplentes:

- * el Jefe del Inciso o quien éste designe, quien lo presidirá.
- * un representante de los funcionarios, quien deberá ser funcionario presupuestado del Inciso y ocupar un grado igual o superior al del cargo a concursar y será elegido por los inscriptos al concurso respectivo mediante voto secreto, siendo responsabilidad del respectivo Jefe la convocatoria pertinente.
- * un miembro designado por los demás miembros del Tribunal, pudiendo no tener la calidad ni condición de funcionario público».

Se establece a texto expreso que los mismos gozan de autonomía técnica (artículo 15).

De particular relevancia resulta la figura del veedor. Este ya se encontraba previsto para los llamados externos y se introduce por disposición del Decreto en análisis en los llamados de ascensos.

Establece el artículo 13 que en todos los concursos «habrá un veedor que será propuesto por la Confederación de Funcionarios del Estado (COFE), quien una vez comunicada por el Jefe del Inciso la aprobación del llamado tendrá un plazo perentorio de cinco días hábiles previos a la fecha de constitución del Tribunal, para informar mediante nota, el nombre y cédula de identidad del veedor y su suplente al Área de Gestión Humana del Inciso o a la unidad organizativa que haga sus veces. Si vencido dicho plazo la Confederación de Funcionarios del Estado (COFE) no realiza la propuesta del veedor, el Tribunal de Concurso comenzará a actuar sin el mismo.

Los veedores deberán ser funcionarios de reconocida idoneidad, pudiendo el mismo veedor participar en varios Tribunales. El veedor, participará en el Tribunal, con voz pero sin voto. Los veedores, serán convocados obligatoriamente a todas las reuniones del Tribunal, debiéndosele proveer de la misma información».

A los efectos de la publicidad, ya no se habla de cartelera (artículo 14) en tanto existen otros medios tecnológicos que garantizan la misma o mejor publicidad (ejemplo intranets).

En el capítulo tercero, se establecen los diferentes tipos de concurso y los puntajes de cada etapa en cada caso y qué factores deben ponderarse en cada concepto.

El artículo 21 define qué deberá evaluarse en los méritos y antecedentes: «a) Como Méritos a la formación: títulos profesionales, Especializaciones técnicas y/o profesionales, Participación en congresos/seminarios, Actividad docente, Publicaciones y/o investigaciones, calificación y/o desempeño (promedio de los últimos dos años) y todo otro elemento que resulte del legajo del funcionario.

b) Como Antecedentes: la experiencia en tareas similares a las que son objeto de la función a cumplir, y la antigüedad en el Inciso respectivo».

Las cuatro posibles etapas son: méritos y antecedentes, prueba de oposición, evaluación psicotécnica y entrevista con el tribunal.

Conforme el artículo 16, «se entiende por concurso de oposición y méritos el que computa además de la prueba de oposición otros elementos de juicio relevantes para la valoración de los aspirantes». En el concurso de oposición y méritos, según establece el artículo 17, «A) Se realizará una prueba de oposición que valorará la formación y la experiencia de los

postulantes en las tareas afines a las del perfil del cargo a proveer. A tales efectos, el Tribunal propondrá la resolución de casos prácticos a los postulantes. Valor 40%. B) Méritos y Antecedentes. Valor 20%. C) Evaluación Psicotécnica. Valor 20%. D) Entrevista con el Tribunal. Valor 20%. Se podrá optar sólo por una de las modalidades C) o D), en cuyo caso se deberá prorratear el porcentaje de los demás ítems para alcanzar el 100%, sin alterar el puntaje del C) o D)»; mientras que según el artículo 18, «se entiende por concurso de méritos y antecedentes aquél que establece el ordenamiento de los aspirantes en base a los puntajes asignados en: a) Méritos y Antecedentes. Valor 40%. b) Evaluación Psicotécnica, valor 25%, y/o entrevista con el Tribunal, valor 35%. En caso de que se evalúen los méritos y antecedentes y se opte sólo por la psicotécnica, o se opte sólo por la entrevista con el Tribunal, los valores serán los siguientes: - Méritos y antecedentes, valor 60%. - Evaluación psicotécnica o entrevista con el Tribunal, valor 40%. Las bases, en cada caso, determinarán el porcentaje asignable a méritos y el asignable a antecedentes sobre el total del porcentaje de méritos y antecedentes».

Como puede verse, se presenta aquí otra novedad con la introducción de la evaluación psicotécnica, también ya prevista para los llamados de ingreso tramitados por el Sistema de Reclutamiento y Selección - Uruguay Concurso- de la Oficina Nacional del Servicio Civil.

El puntaje necesario para aprobar el concurso no podrá ser inferior al 70% (setenta por ciento) del puntaje total (artículo 19).

El artículo 20 prevé la forma de resolver el empate: «En caso de empate se resolverá de la siguiente manera:

- a) Concurso de oposición y méritos: el que haya obtenido el mayor puntaje en la prueba de oposición.
- b) Concurso de méritos y antecedentes: el que haya obtenido el mayor puntaje en la evaluación del desempeño.
- c) De persistir el empate; en ambos casos, se dará prioridad a quien tenga mayor antigüedad en el Inciso».

Como en el sistema anterior, el artículo 23, establece la necesidad de cursos de capacitación y remarca el rol de la Oficina Nacional del Servicio Civil la que «determinará los cursos que a través de la Escuela Nacional de Administración Pública deberán cursar los designados en cargos provistos mediante los procedimientos que se reglamentan».

En nuestra opinión, la regulación establecida resulta eficaz y eficiente. Por medio del ascenso, la Administración se asegura que todos los funcionarios del Inciso que deseen presentarse al concurso –en cuanto cumplan con el perfil- puedan hacerlo, sin importar la descripción de su cargo actual, si revisten o no en un cargo del mismo escalafón, etc. Con esto se evita la necesidad de normas de regularización y/o transformación, simplificando el proceso. Es además, coherente con la política educativa que apunta a la transversalidad²¹.

En agregado, los ascensos son en el Inciso y no ya dentro de la misma Unidad Ejecutora. Esto también fomenta la recapacitación de los funcionarios, aprovecha mejor los conoci-

²¹ A modo de ejemplo, hoy puedo ingresar a cualquier carrera universitaria proviniendo de cualquier orientación secundaria, así como puedo realizar cualquier postgrado o maestría, sin importar la carrera de grado que haya realizado, en aplicación de los conceptos definidos v.g. en los artículos 27 y 32 de la Ley General de Educación N° 18.437 de 12 de diciembre de 2008.

mientos y capacidades que tengan los mismos y permite la especialización en áreas de interés de los mismos, así como mejoras económicas que quizás dentro de su Unidad no puedan lograrlas.

Por otra parte, resulta adecuada y ágil la novedad introducida en cuanto a que de resultar desierto, se procede a realizar un concurso público y abierto. Si la Administración necesita cubrir una vacante de Abogado, sin importar el grado que sea, y no encuentra dentro de su plantilla un candidato que cumpla con los requisitos, ¿qué más lógico que poder buscarlo en el mercado laboral? No debemos olvidar que conforme lo establecido en el artículo 60 de nuestra Constitución, la Administración debe ser eficiente, lo que debe entenderse «en sentido amplio, es decir comprensivo no sólo de la eficiencia en sentido estricto (el menor costo posible), sino también de la eficacia (logro de los objetivos y de las metas)»²².

El forzar a los funcionarios a concursar dentro de sus escalafones, series y grupos evita o traba la posibilidad de capacitarse y cambiar de formación. Si mañana un funcionario profesional arquitecto se capacitara como técnico prevencionista y la Administración llamara a ascenso en ese perfil, ¿por qué impedirle que pueda presentarse a ocupar ese cargo?

Recordemos que «la Administración no está obligada a proveer sus vacantes, pudiendo optar por hacerlo inmediatamente, diferir dicha provisión y suprimir el cargo»²³. Por tanto, si decide proveer una vacante, es debido a que necesita una persona que se desempeñe con ese perfil. En tanto «cumpla con el deber jurídico de hacerlo con alguna de las personas que ya tengan la calidad de funcionario y reúnan los requisitos para ello»²⁴ -lo que entendemos respeta el régimen establecido-, parece razonable realizar la convocatoria a todos los funcionarios del Inciso que cumplan con el perfil seleccionado.

Si un funcionario pertenece al escalafón técnico o especializado, pero ha completado sus estudios profesionales en temas tecnológicos y la Administración llama a ascenso en el escalafón profesional ¿por qué es necesario que deba primero transformar su cargo a dicho escalafón para luego poder presentarse al ascenso?

Los mismos argumentos pueden decirse respecto de no establecer ninguna limitación en cuanto a la cantidad de grados que puede ascenderse.

En este aspecto, no se comparte las opiniones del Prof. Korzeniak (citado por Vázquez²⁵ al analizar el régimen legal anterior) respecto de que «se observaba, sin embargo, que era conveniente marcar un límite, de dos o tres grados por ejemplo, a efectos de evitar que alguien que recién ingresara accediera al cargo más alto, situación que puede resultar inadecuada para el mejor desempeño del mismo».

No cuestionamos por qué habría de evitarse esta situación.

Si el Poder Ejecutivo requiere un técnico, sin importar el grado que sea y sin importar el grado que posea el funcionario debería dársele la oportunidad de poder concursar a todos,

²² Correa, R. (2011:20). Manual de derecho de la función pública. Montevideo: FCU.

²³ Vázquez, C. (2011:283). Manual de derecho de la función pública. Montevideo: FCU.

²⁴ Vázquez, C. (2011:282). Manual de derecho de la función pública. Montevideo: FCU.

²⁵ Vázquez, C. (2011:284). Manual de derecho de la función pública. Montevideo: FCU.

de forma de obtener que el más capacitado ocupe el cargo que desee. De lo contrario, un funcionario más capacitado puede ocupar cargos más bajos simplemente porque hace menos tiempo que está en la Administración. Esto a la larga, desmotiva la capacitación y la formación continua. No necesariamente el mayor tiempo de asesoramiento supone mayor experiencia. Puede durante muchos años realizar una misma tarea en forma rutinaria, sin cambios o desafíos planteados que le hagan profundizar en la materia en la que se desarrolle. Después de todo, como se dice habitualmente «la experiencia de diez años puede ser la experiencia de uno, repetida diez veces».

c. El ascenso en el nuevo Estatuto

La Ley N° 19.121 de 20 de agosto de 2013 aprobó el nuevo Estatuto para los funcionarios civiles del Poder Ejecutivo. En su capítulo IV –artículos 53 a 55 inclusive- regula lo relativo al ascenso.

Corresponde aclarar que en el sistema actual previsto por el Estatuto, el conjunto de tareas de dirección y supervisión constituyen funciones, y para todas las funciones de Administración Superior (así las denomina la Ley) se prevé un proceso especial para la selección de las personas que vayan a ejercerlas²⁶. Por tanto, los ascensos referirán a cargos presupuestados que no impliquen jefaturas.

El Estatuto define al ascenso como «la **mejora** en la situación funcional, resultante de la provisión de un cargo presupuestal mediante un concurso de méritos y antecedentes o de oposición y méritos» (artículo 53) (resaltado nuestro), mientras que el derecho al ascenso es «la posibilidad de postularse para la provisión de cargos presupuestales de cualquier escalafón y nivel, conforme con lo dispuesto por el artículo anterior» (artículo 54).

Debe por tanto entenderse *mejora* es un sentido amplio. El ascenso ya no es *subir* de escalón dentro de una escalera determinada (escalafón), si no que puede llegar a implicar *bajar* un escalón de otra escalera de otra Unidad Ejecutora, dado que la mejora puede ser económica. En este sentido, las definiciones clásicas de ascenso no se ajustan en su totalidad a la variación de casos que pueden darse en el nuevo sistema.

El artículo 55 establece los factores a evaluar «conocimientos, aptitudes y actitudes de los postulantes, necesarios para su ejercicio, su calificación o evaluación del desempeño anterior, la capacitación que posee en relación al cargo para el cual concursa y los antecedentes registrados en su foja funcional» así como la posibilidad de realizar concursos «de oposición y méritos o méritos y antecedentes».

Regula además las diferentes etapas que deben realizarse: «*En primer término se evaluarán todos los postulantes del Inciso que cumplan con los requisitos excluyentes del llamado, cualquiera sea el escalafón, subescalafón, cargo o nivel al que pertenezcan, y que hayan ejercido ininterrumpidamente durante dos años como mínimo el cargo del que sean titulares.*

De no ser posible seleccionar, se procederá a evaluar a los funcionarios del Inciso que se postulen, cumplan con los requisitos expuestos y hayan ejercido ininterrumpidamente durante un año como mínimo el cargo del que sean titulares.

²⁶ El análisis de dicho sistema –así como la discusión referente a su constitucionalidad y el impacto en el concepto de carrera administrativa- no se encuentra en el ámbito del presente trabajo.

De no ser posible seleccionar entre los funcionarios del propio Inciso, se procederá, en las mismas condiciones, a evaluar a los funcionarios que se postulen del resto de los Incisos de la Administración Central.

De resultar desierto, únicamente podrá proveerse por un llamado público y abierto bajo el régimen del contrato de provisoriato.

Las convocatorias podrán realizarse a través de uno o más llamados».

Corresponde indicar que a la fecha, el artículo reseñado no se encuentra reglamentado.

Como puede verse, el principio establecido por la Ley 18.719 se mantiene, en cuanto pueden presentarse al ascenso «todos los postulantes del Inciso que cumplan con los requisitos excluyentes del llamado, cualquiera sea el escalafón, sub escalafón, cargo o nivel al que pertenezcan».

La diferencia fundamental que radica en las diferentes etapas que se establecen para ello. Mientras que en el régimen legal anterior se establecía una etapa (ascenso para funcionarios con dos años de antigüedad en su cargo) en el régimen actual se establecen tres etapas (ascenso para funcionarios con dos años de antigüedad en su cargo, ascenso para funcionarios con un año de antigüedad en su cargo, ascenso entre los funcionarios de la Administración Central) para en ambos casos luego, proceder a realizar el llamado público y abierto.

Parece resultar justificada la posibilidad de realizar un llamado para aquellos funcionarios que cuenten con un año de antigüedad en la titularidad de su cargo antes de proceder a realizar el llamado abierto, pero no nos conforma la necesidad de realizar un llamado para toda la Administración Central.

Los funcionarios de la Administración Central pueden presentarse a cualquier llamado público, nada impide que lo hagan, si no que por el contrario –conforme el artículo 76 de nuestra Constitución- «todo ciudadano puede ser llamado a los empleos públicos».

La idea de convocar a los funcionarios del Poder Ejecutivo parece reforzar el concepto de que los *mejores cargos* deben mantenerse entre funcionarios públicos y no convocarse a la ciudadanía a ocuparlos. Con esto, la Administración pierde la posibilidad de ingresar funcionarios más capacitados.

Por otra parte, aún con la previsión establecida de poder realizar la convocatoria en forma única, el realizar las etapas descriptas por el Estatuto provoca un exceso entre el tiempo en que la Administración dispone la convocatoria al llamado (esto es, establece la necesidad que tiene de cubrir dicha vacante) hasta que finalmente logra proveerla.

IV. Un retroceso que no prosperó

El proyecto remitido por el Poder Ejecutivo para la aprobación de la última rendición de cuentas (hoy Ley N° 19.535 de 03 de octubre de 2017), incluía el siguiente artículo: «ARTÍCULO 4.- Dispónese que a partir de la vigencia de la presente ley los ascensos de los funcionarios de los Incisos de la Administración Central, a que refiere el artículo 55 de la Ley N° 19.121, de 20 de agosto de 2013, se efectuarán dentro de cada unidad ejecutora a la que pertenecen los cargos. Dichos ascensos se realizarán por concurso de méritos y antecedentes o de oposición y méritos. El Poder Ejecutivo reglamentará la presente disposición con pronunciamiento previo y favorable de la Oficina Nacional del Servicio Civil».

En nuestra opinión –y por lo que viene de analizarse- el artículo proyectado implicaba un retroceso importante en esta temática –nótese que en el régimen establecido por el Decreto N° 302/996 existía la posibilidad de realizar el llamado por inciso, aún cuando no se aplicara en los hechos y el principio fuera el opuesto-.

En el trámite parlamentario, el artículo fue excluido.

V. A modo de conclusión, unas primeras reflexiones sobre el tema

La Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010 implicó un cambio sustantivo en materia de ascensos. La aprobación de un nuevo Estatuto por la Ley N° 19.121 de 20 de agosto de 2013 reafirmó dichas modificaciones, si bien estableció a nuestro criterio una etapa innecesaria, dificultando la aplicación práctica de los mismos.

El hecho de que el artículo introducido en el proyecto de la hoy Ley N° 19.535 de 03 de octubre de 2017 no haya prosperado pareciera demostrar cierta maduración en la temática, así como el afianzamiento de la convicción de que es necesario flexibilizar ciertos procesos en el Estado, motivando el cambio en la situación de los funcionarios, los que deben acostumbrarse al proceso de concursar constantemente y competir con sus compañeros en el marco de reglas claras, que favorecen al que se capacite y *aproveche* su tiempo en la Administración, por poco o mucho que sea este.

El nuevo sistema establecido premia la capacitación, motiva la recapitación y amplía horizontes a los funcionarios. La dinámica actual del mercado laboral no permite que la Administración continúe ascendiendo a sus funcionarios en base a criterios como la antigüedad o el grado al que el mismo pertenezca.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AUTORES VARIOS. (1998). *La reforma administrativa del Estado*. Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Presidencia de la República. CEPRE. Montevideo: SE.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (2012). *Sobre derecho administrativo*. Tomo II. Montevideo: FCU.
- CORREA FREITAS, Ruben. (2017). *El cincuentenario de La Constitución uruguaya de 1967*. Trabajo de investigación realizado en el marco de las actividades académicas del autor en la UDE. Montevideo: Grupo Magro editores.
- CORREA FREITAS, Ruben. (2011). *Manual de derecho de la función pública*. Montevideo: FCU.
- CORREA FREITAS, Ruben. (2009). *El derecho constitucional contemporáneo*. Tomo II. Montevideo: FCU.
- CORREA FREITAS, Ruben. (2008). Reflexiones sobre el estatuto del funcionario. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, páginas 281 a 294. Durán, A. coordinador. Montevideo: FCU.
- PAOLINO, M. (2011). La reforma del Estado y la huída del derecho administrativo. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Carjarville Peluffo*, páginas 185 a 204. Vázquez, C. coordinadora. Montevideo: FCU.
- VAZQUEZ, C. (2011). *Manual de derecho de la función pública*. Montevideo: FCU.

Fecha de recepción: 2 de noviembre 2017.

Fecha de aceptación: 20 de noviembre 2017.

LAS NORMAS DE *JUS COGENS* DEL DERECHO INTERNACIONAL: ¿UN LÍMITE MATERIAL A LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

Ramón E. Trejo*

RESUMEN. *El presente trabajo consiste en plantear si las normas de derecho internacional jus cogens que se han incorporado paulatinamente pueden limitar la capacidad que tiene cada pueblo para llevar a cabo una reforma constitucional y si es así, cómo impacta en los conceptos clásicos de la teoría del Poder Constituyente, la soberanía estatal y la democracia.*

PALABRAS CLAVE. *Reforma constitucional. jus cogens. Poder constituyente. Supremacía constitucional. Soberanía.*

ABSTRACT. *Throughout this paper we will consider whether jus cogens international norms, that have been gradually incorporated, can limit each nation's capacity to carry out a constitutional reform and, if so, its impact over the classical concepts of the theory of the Constituent Power, state sovereignty and democracy.*

KEY WORDS. *Constitutional reform. jus cogens. Constituent power. Constitutional supremacy. Sovereignty.*

La teoría del Poder Constituyente, tradicionalmente se ha esbozado amalgamada a una Teoría del Estado, que encontró en el desarrollo de los modernos Estados Nacionales su explicación y existencia.¹ Básicamente la primera supone que todo *pueblo* tiene la capacidad de auto normarse, sin interferencias de otros Estados en su emancipación normativa y cuyo

* Magister en Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor regular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de La Matanza. email: rtrejo@derecho.uba.ar

¹ El planteo teórico, la conceptualización y encuadramiento de este artículo, en términos generales ha sido tomado de DIAZ RICCI, Sergio Miguel, *Teoría de la Reforma Constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004.

resultado es la elaboración de su propia Constitución.² De allí que nociones como poder constituyente, poderes constituidos, acto constituyente, Constitución, Estado Nacional y soberanía estatal vayan unidos en un todo coherente, uno de la mano del otro.³

En forma paralela, en el derecho internacional público, se desarrollaron normas imperativas del derecho internacional general, *ius cogens*, que se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional.

Ahora bien, al entrecruzar estas normas imperativas internacionales -*jus cogens*- con las Constituciones locales ¿se limita la capacidad que tiene cada *pueblo* de auto normarse? ¿le quitan soberanía al *poder constituyente* local?⁴

Para responder a estos interrogantes, uno de los ingredientes más importantes es determinar quién es el titular del Poder Constituyente, es decir, quién se encuentra *legitimado* para hacer o reformar una Constitución. Si la respuesta a las preguntas antes formuladas es positiva, estaremos dando un golpe de timón en la teoría tradicional, para situar no sólo al “pueblo-partidos-nación” como los que le dan sustrato político, contenido o materia, a la Constitución, sino a una difusa comunidad de Naciones de muy difícil caracterización.⁵

Estas dos preguntas se transforman en un campo fértil para el comienzo de un estudio, que toma a la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), junto a la doctrina que emerge de los órganos jurisdiccionales de interpretación creados por ella, como una posible limitación a la potestad que tiene cada uno de los *pueblos* iberoamericanos

² BORJA, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, 2º ed. México, Ed. FCE, 1991. Expresa el jurista ecuatoriano que “*la sociedad, al darse por primera vez un orden jurídico o al renovar totalmente el existente, no se encuentra circunscrita por limitación alguna de carácter positivo y posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno*”, p. 319.

³ Emmanuel Sieyès señaló las diferencias entre poder constituyente y poderes constituidos ante el Comité Constitucional de la Asamblea Francesa, en julio de 1789. Allí afirmó que: “*Una Constitución supone ante todo un poder constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar. . Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su constitución: del mismo modo, los unos nada pueden sobre la constitución de los otros. El poder constituyente lo puede todo en esta materia. De ninguna manera está sometido de antemano a una constitución dada. La nación, que ejerce entonces el más grande, el más importante de sus poderes, debe hallarse en esta función, libre de toda sujeción, y de toda otra forma que aquella le plazca adoptar. . .*”. Conf. SIEYÉS, *¿Qué es el tercer Estado?*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973.

⁴ Los límites aquí señalados son el punto dentro del cual el uso de una facultad o un poder puede ejercerse. Una vez delimitado el campo de acción, al ejercicio de un poder o facultad se le pueden imponer limitaciones. Supone entonces que existe una primera “gran” limitación, en este caso, en términos jurídicos, que es la propia Constitución. Conf. RÍOS ALVAREZ, Lautaro, “El Principio Constitucional de la función social de la Propiedad”, en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Ed. Univ. Complutense, 1992, España, p. 1531.

⁵ Señala Luis Tobar RIVADENEIRA que la soberanía “real” trajo, como reacción, la soberanía “popular”, sin modificar esencialmente sus caracteres, con lo cual se atribuye la soberanía a un elemento del Estado. Este mismo autor expresa que la “voluntad General” es un mito, pues en verdad es la voluntad de la “mayoría”, y ésta es esporádica y además “incapaz de resolver los asuntos públicos”, no es infalible y criticando a Rousseau, expresa que la ley del número no es signo de acierto: la circunstancia que la mayoría se pronuncia, no significa que tiene razón. Conf. RIVADENEIRA, Luis Tobar, “La Soberanía”, en *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador*, Año XVI, N°50, Quito, 1988, p. 41.

al momento de darse o reformarse su propia Constitución como una manifestación del poder constituyente.

Para ello será necesario acudir (1) brevemente a los aportes convencionales de la teoría del Poder Constituyente, y plantear (2) el tema de los límites a una reforma constitucional. Seguidamente (3) se hará un repaso a los aportes de la CADH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) vinculados con el tema, para luego (4) analizar su relación entre ambos y concluir (5) con una reflexión final.

I. LA TEORÍA TRADICIONAL DEL PODER CONSTITUYENTE.

El Estado constitucional de derecho se funda en los principios político-jurídico de democracia; y jurídico, de supremacía constitucional. De acuerdo al primero, corresponde al pueblo el ejercicio del poder constituyente en cuanto titular de la soberanía y cuyo producto es una Constitución, que se considera la Ley Suprema.⁶ Confluyen allí el sistema representativo y la soberanía popular.⁷ Tradicionalmente, la Constitución es vista como un bloque único en la cúspide del sistema legal y el *poder constituyente*, como la capacidad con la cual cuenta la sociedad de darse su propia Constitución.⁸ Por lo cual, su titular, es el propio *pueblo* de cada Nación y a este le corresponde su ejercicio.

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos la desarrolló el abate Sieyès en Francia⁹, y Alexander Hamilton en Estados Unidos.¹⁰ El proceso constitucional argentino recogió ambas fuentes, tanto francesa como norteamericana y lo plasmó en la Constitución Nacional Argentina (en adelante CN) en su art. 1 cuando se refiere al sistema de gobierno Republicano, y en el art. 33 al reconocer los derechos implícitos que surgen de la “soberanía del pueblo”.¹¹ La diferencia entre el proceso de creación de la CN, y el de

⁶ Señala FERRAJOLI que “...“*constituyente*” no puede ser ni un derecho, ni una obligación, ni una prohibición, sólo un poder y, precisamente, aquella específica facultad que llamaremos “*poder constituyente*” [...] Todos los derechos en efecto, incluidos los fundamentales, consisten en expectativas [...] constituidas...”. FERRAJOLI, Luigi *Principia iuris. 1. Teoría del diritto*, Laterza, 2007, pp. 100-101.

⁷ El liberalismo político contemporáneo es hijo del cúmulo de libertades que se forjaron bajo el paradigma moderno, donde la “libertad de los modernos” ha puesto el acento en la libertad de expresión, de pensamiento, protección de la libertad personal y a la vida, y el derecho de propiedad. El republicanismo, en cambio, ha defendido la “libertad de los antiguos”, aquellos primeros atisbos de autodeterminación política y limitación del poder soberano. Ambos responden preguntas diferentes, en momentos distintos. Conf. HABERMAS, J. “Reconciliación Mediante el uso Público de la Razón”, en Jürgen HABERMAS y John RAWLS, *Debate Sobre el Liberalismo Político*, G. Vilar Roca (Trad.), Barcelona, Ed. Paidós, 1998.

⁸ Esta es la concepción iniciada por John Locke, Thomas Paine, Emmanuel Sieyès y Carl Schmitt, cada uno, claramente, con sus matices. En contra, REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998. Este autor califica de mito inadmisibles para la ciencia del derecho y deriva su juridicidad de la norma fundamental del sistema jurídico de cada Estado, que le atribuiría la competencia para emanar una Constitución.

⁹ El concepto de soberanía popular fue sustituido por la soberanía de la Nación, un ente abstracto, que funciona a través de un mecanismo de representación directa del pueblo ejercido por las Asambleas. SIEYÉS, *ob.cit.*

¹⁰ Allí surgieron los *convenants*, el resultado del pacto social sobre la cual se realizaba una congregación y que fundó las bases del modelo norteamericano, que debía ser ejercida directamente por el pueblo, haciendo fuerza la idea que hoy podemos asociar a un “contrato social, en términos contractualistas.

creación de derecho ordinario tiene su expresión en la teoría norteamericana en la distinción entre los poderes constituyentes y constituidos.¹² No obstante, la doctrina que emana de Sieyès, establece que el ejercicio del poder constituyente es dinámico, pues el pueblo siempre conserva el ejercicio de la soberanía dentro de las formas que señala la propia Constitución y no puede quedar atrapado por un cuerpo de normas positivas, fijas y estables.

Esta capacidad del poder constituyente es de dos clases y se manifiesta mediante la función de crear –poder constituyente originario- o modificar –poder constituyente derivado- la Constitución. De acuerdo al procedimiento que le haya impuesto la Constitución precedente, el poder constituyente derivado se identifica con el poder de reforma constitucional, sea ésta parcial o total. Dado que tanto la creación originaria del Estado -y con ello, de su primera Constitución- como la ruptura constitucional que transcurre por la vía revolucionaria o violenta fuera del procedimiento marcado por la propia Constitución vigente son aspectos que residen en el mundo de los hechos, el poder constituyente, como concepto jurídico, no puede manifestarse sino en un órgano del Estado sometido al Derecho.¹³

Este aspecto no contempla adecuadamente una explicación satisfactoria acerca del origen fáctico de la CN, centrándose en el fundamento de validez bajo la ficción de que procede de quien tiene el poder, es decir, el pueblo y por tanto, en razón de que este poder no tiene limitación normativa alguna, su legitimación es democrática.¹⁴

Para el positivismo, el poder constituyente sólo puede realizar una función constituyente jurídicamente, cuando crea una nueva Constitución o modifica parcialmente esta última por los cauces previstos en la Constitución antecedente. Partiendo de los conceptos de Constitución en sentido material y en sentido formal, se distingue entre el “*poder constituyente en sentido material*” y “*poder constituyente en sentido formal*”. En un sentido lógico-jurídico, cabe hablar de una “voluntad constituyente” en todo ordenamiento jurídico, cuyo sentido subjetivo popular se torna objetivo al transformarse en una norma jurídico-positiva. Se trata del poder constituyente en sentido material, que establece la creación de normas de los órganos superiores del Estado.¹⁵

El *acto constituyente* es el ejercicio de hecho, informal y desregulado del poder constituyente que, a su vez, es una institución originaria porque no es producida por ningún

¹¹ Entendida como la capacidad jurídica de decisión definitiva, aquí puesta en crisis. En la órbita temporal, es una cualidad del Estado. Conf. TOBAR RIVADENEIRA, *op. cit.*, p. 70.

¹² Es, decir, que los poderes constituidos “*se mueven dentro de la órbita que le fija el poder constituyente mediante la Constitución*”. Conf. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, 4^o, ed. Buenos Aires, Kapeluz, 1959, p. 62.

¹³ El Poder constituyente originario actuaría así libre de toda otra condición, requisito o regla que provenga de una manifestación de voluntad colectiva precedente a su actual propósito organizativo, y libre también de toda forma o procedimiento que se le imponga al realizarlo. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Derecho Político*, 2^o ed., Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1984, p. 167.

¹⁴ Es así que se presenta como extra normativo, original y superior, anterior al proceso legal que funda y construye la constitución normativa de un determinado pueblo o sociedad. Weber aludía al concepto de legitimidad como un conjunto de normas y principios que son generalmente cumplidos y aceptados por los destinatarios en función de creencias compartidas por ellos. WEBER, Max *Economía y sociedad*, nota preliminar y trad. de José Medina Echavarría, 3^a ed., Ed. FCE, México, 2014.

¹⁵ En un sistema en que solo el pueblo es el soberano, es éste quien tiene la titularidad originaria del poder constituyente, y por lo tanto extraordinario temporal y orgánicamente. Conf. PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Ed. Cívitas, Madrid, 1976, p. 466.

otro acto jurídico; dicho *acto* produce como resultado una Constitución, de la cual se desprende la obligación de realizar ciertas conductas, y la prohibición de otras. A la vez, establece las competencias de todos los poderes constituidos, inclusive, fijando el procedimiento para la reforma constitucional, idónea para fundar o refundar un ordenamiento.

En la tradición argentina, se asemeja al poder constituyente en sentido formal, como el verdadero poder constituyente. Sólo allí donde se identifica a una Constitución en sentido formal, puede hablarse igualmente de poder constituyente en sentido estricto, que surge, en palabras de Alberto Spota, del poder político, escindido en poder legislativo ordinario y en el poder legislativo constituyente.¹⁶

El poder constituyente es entonces un poder *soberano*. Además, es un poder jurídico-positivo, pues establece la norma suprema -o fundamental- del ordenamiento jurídico, identificado con el poder de reforma constitucional, parcial o total. Hay un poder constituyente allí donde hay Constitución, cuya elaboración y modificación ha de ser realizada por procedimientos distintos a aquellos por los que el poder legislativo ordinario crea leyes ordinarias.

Siempre que la validez de una Constitución pueda ser reconducida lógico-jurídicamente a otra anterior —es decir, que se reconozca un ordenamiento jurídico anterior— conforme a cuyas previsiones ha sido elaborada, se podrá hablar de un poder constituyente derivado. Debido a que sólo la norma jurídica que reconoce su fuente en la voluntad del pueblo se erige como norma suprema, solo el pueblo puede determinar cuáles son las condiciones de su reforma. Éstas pueden ir desde la determinación pura y simple del órgano y el procedimiento de elaboración hasta la previsión de contenidos cuya modificación le está vedado al poder constituyente derivado, pero cuya existencia misma es meramente contingente, es decir, si los ha contemplado en el texto. Los primeros son llamados límites formales al ejercicio del poder constituyente, los segundos, límites materiales o cláusulas de intangibilidad.¹⁷

Por el contrario, donde la Constitución no ha previsto límites algunos para su reforma, cualquier reforma constitucional, incluso la supresión total de la Constitución preexistente y su substitución por otra nueva es perfectamente posible, derivándose su validez de la Constitución suprimida.¹⁸

Con la Constitución el pueblo no sólo se auto limita, sino que *constituye* los poderes del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, lo cuales pueden ejercerse en los términos que la propia Constitución establece. Por supuesto que una teoría estricta acerca del poder

¹⁶ SPOTA, Alberto, *Lo político, lo jurídico, el Derecho y el Poder Constituyente*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

¹⁷ El art. 30° CN al expresar que “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes” indica que no cuenta en su articulado con cláusulas irreformables. Con esto se eliminan las limitaciones explícitas, que son prohibiciones al ejercicio del poder de reforma contenida en las Cartas Fundamentales, y que funcionan como una valla de mayor rigidez a la reforma sustancial de una Constitución.

¹⁸ En términos de teoría jurídica, la doctrina del poder constituyente del pueblo no es sino la formulación de una norma básica del ordenamiento, esto es, de una norma de la que deriva la validez de todas las demás. Según la teoría del poder constituyente del pueblo, este, en cuanto es soberano, tiene un poder absoluto para determinar lo que es derecho, y lo ejerce dando una Constitución en la que determina los procedimientos y los límites de la creación de normas. Establecida la Constitución el propio poder del pueblo queda sujeto a ella, pues la voluntad popular de reformarla sólo podrá expresarse válidamente siguiendo los procesos de reforma que la propia Constitución establece.

constituyente del pueblo, llevada al extremo, supondría que éste puede actuar inclusive al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también sin contemplar el procedimiento de reforma que la Constitución prevé o incluso aunque la Constitución se declare irreformable; si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente. Ello acabaría con lo particular del acto constituyente e, inclusive, con las características esenciales de la Constitución.

A grandes rasgos, la teoría ha girado entre estos matices, a la cual cabe agregar finalmente la opinión de Carpizo, quién introduce una entre órganos o poderes constituidos primarios y órganos o poderes constituidos secundarios. Si bien todos son constituidos porque se crean en la Constitución, los primarios gozan de jerarquía superior respecto a los secundarios.¹⁹ Los primarios son el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional, y los secundarios son los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y los órganos constitucionales autónomos. En su opinión, lo que se debe tener en mira es su función o competencia. En tal sentido, una convención constituyente es jerárquicamente superior en virtud de que puede alterar la estructura, integración y funciones de los poderes constituidos, e incluso los puede crear como en el caso de los órganos constitucionales autónomos. Al contrario, estos últimos no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución. Por su parte, entre los órganos secundarios no existe jerarquía alguna y sólo prima la competencia a ellos asignada por la Constitución.

II. PODER CONSTITUYENTE Y SUS LÍMITES.

El poder constituyente originario alude a la creación de un orden jurídico, que no contempla el ordenamiento anterior, ni en sus formas ni en su contenido.

Por ello, la soberanía del poder constituyente, en principio ilimitada jurídicamente, se deposita en la norma que crea, se convierte en un concepto jurídico y, por tanto, relativo.²⁰ Pasa a formar parte de la característica del poder del Estado, y se refleja en la inexistencia de otro poder por encima de aquél del que se predica esta cualidad, que la predetermina y vincula jurídicamente. En ningún caso significa la ausencia total de límites jurídicos, pues el propio Derecho, que es su producto, actúa al mismo tiempo como límite, en primer término, por los pactos políticos —en el caso argentino, reconocidos en el Preámbulo— que actúan como compromisos materiales con una fuerza cuasi-legal.²¹

Aplicado este esquema al poder de reforma constitucional, ejercido mediante una asamblea extraordinaria - artículo 30 de la CN-, que por su función sería el órgano supremo

¹⁹ CARPIZO, J. “El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°125, disponible en [http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e](http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2009.125). 2009.125, fecha de consulta: 06/09/17.

²⁰ Su relatividad alude a su carácter. Como destaca González Encinar, citando a Pedro de Vega, “*Un poder constituyente, como poder previo e ilimitado, como poder absoluto y total del pueblo soberano, ni existe ni puede existir en la realidad, porque ni el pueblo hace la Constitución ni el poder de hacer la Constitución es un poder ilimitado.*” Conf. GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, “La Constitución y su Reforma”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, Núm. 17 mayo-agosto, 1986, p. 354.

²¹ Como expresa HELLER, “*La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso, sino producto*”, “*una forma abierta a través de la cual pasa la vida*”. HELLER, H., *Teoría del Estado*, México, Ed. FCE, 1971, p. 268.

de expresión de la voluntad del Estado, el razonamiento conduce a afirmar el carácter de *soberano* del Estado, pues sólo se halla sometido a los límites que le ha impuesto el poder constituyente originario. Las categorías jurídicas “soberanía”, “poder constituyente” y “límites a la revisión” aparecen así fatalmente entrelazadas.²² Sin embargo, éstos son límites autoimpuestos que se derivan de su capacidad que tiene el cuerpo social para auto limitarse y auto determinarse jurídicamente.

En tanto que poder jurídico, el poder constituyente derivado se considera sometido en primer lugar a límites formales. Si además la Constitución ha establecido límites materiales a la reforma constitucional, éstos también la vinculan. Ningún límite que no haya sido expresamente recogido en la Constitución, o tácitamente derivado de su interpretación, puede ser entendido como expresión de la voluntad del Estado y, por consiguiente, no vincula al poder constituyente en su manifestación como poder de reforma constitucional.

La existencia de límites jurídicos al poder reformador del Estado es una exigencia necesaria, natural o cuasi lógica de la existencia misma del ordenamiento jurídico, cuyos límites materiales al poder de reforma constitucional es la mejor expresión de esa necesidad, y cuya validez se puede deducir de la voluntad inmanente al propio Estado.

Plantear una separación neta y bien definida entre los poderes constituyente y constituido, no implica, en principio, que el órgano constituyente tuviese que estar materialmente limitado en el ejercicio de sus funciones desde un punto de vista jurídico-positivo, pues cualquier reforma constitucional tan profunda o tan amplia que eliminase la Constitución vigente no supondría la oposición a la voluntad de la Nación, sino un cambio en la voluntad de la misma y su expresión mediante el cauce del órgano de reforma constitucional. Es decir, un nuevo poder constituyente originario.

Sin embargo, al admitir un sujeto prejurídico (pueblo, nación, o inclusive, partidos políticos) como titular de la soberanía, no permite el desarrollo de un ejercicio ilimitado de un poder constituyente sometido sólo a reglas jurídicas. Existe, en concreto, límites que operan en forma de pacto político-social, tradiciones, costumbres que no pueden ser dejadas de lado por una convención constituyente.

Se explica así, por qué desde este prisma dogmático no se plantea la necesidad teórica de limitar materialmente las facultades del poder de reforma constitucional, pese a sus múltiples evidencias fácticas.²³ En primer lugar, las formas. La caracterización de ese poder pre-constituyente, necesita ponerse en práctica de alguna manera formalmente, ya sea a través de un poder constituido, una asamblea o un cuerpo con algún grado de representación. Esta necesidad, choca con la ficción que instala a un colectivo indeterminado como autor de la reforma constitucional—e inclusive de la propia Constitución—. De allí, que de la existencia *positiva* de límites materiales al poder de reforma constitucional, aparecen con toda evidencia, las *exigencias* materiales. Ahora bien, ¿pueden existir reglas

²² Conf. JELLINEK, Georg *Teoría general del Estado*,; trad. y prólogo de Fernando de los Ríos, Ed. FCE, México, 2000, p. 687.

²³ En igual sentido señala Pedro DE VEGA que “...cuando el Derecho Constitucional se edifica sobre la realidad histórica del Estado Constitucional, comienza a resultar impensable una teoría de la Constitución que eluda una teoría de la reforma”, en DE VEGA, Pedro, *La Reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985, p. 24.

externas a estos actores que en los hechos operen como los límites materiales a la reforma constitucional con el mismo *status*?

Los límites de la reforma entonces, se conjugan con los límites de la propia Constitución y los que impone la política coyuntural al momento de reformarla. Como señalamos, en la Argentina el mecanismo de reforma constitucional se encuentra contemplado en el Art. 30° CN, el cual establece que la convocatoria a la reforma se hará por parte del Congreso con una mayoría de dos terceras partes de sus miembros, dándole una característica de rigidez, sin establecer límites materiales.²⁴ Esta función del Congreso es ejercida, por expreso mandato constitucional, como un órgano preconstituyente, no como órgano constituido, por lo cual se suele aludir a la ley de convocatoria en forma insatisfactoria, ya que no es una ley propiamente dicha.²⁵ La única limitación es formal, un procedimiento a seguir, con una mayoría calificada.²⁶

Si bien la CN expresa en su art. 30° que puede reformarse en “*todo o en cualquiera de sus partes*”, lo cual admite la capacidad que tiene el pueblo a elegir sus propias instituciones, la construcción del límite material –sea cual sea su contenido: lógico, funcional o político-moral- ha de dejar de ser considerado como una norma supra constitucional tácita y exige –además- un tratamiento teórico que desentrañe sus peculiaridades como estructura normativa y la relación que éstas tienen con las distintas esferas locales. Y ello, en razón de que la integración internacional no sólo se da en forma expresa y circumscripita a aquellas materias determinadas, sino que se impregna y llega, incluso, a minar la soberanía estatal, aún en su concepción más pura. El sentido clásico de soberanía y su autodeterminación que formó al Estado Moderno, no puede hacer frente a los retos actuales. La aceptación de órganos supranacionales con capacidad de dictar normas que son obligatorias en los respectivos países de forma autoejecutable, supone una de las limitaciones más importantes, no sólo para la legislación ordinaria, sino para una futura reforma o una nueva Constitución.²⁷

III. LAS NORMAS DE *IUS COGENS* Y LA CADH.

La CN establece en el art. 30 una formalidad constitucional, como lo es la mayoría agravada para proceder a la reforma constitucional. El planteo que efectuamos aquí, es que

²⁴ La rigidez constitucional persigue el doble objetivo de asegurar la estabilidad y posibilitar el cambio. La existencia de un procedimiento de reforma significa que la propia Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar así que sus exigencias constitucionales se tengan que realizar al margen del derecho vigente, a la vez que reduce en mayor o menor medida esta mutabilidad en favor de la estabilidad, sustrayendo la Constitución a la libre disposición de los órganos sujetos a ella. Conf. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 59.

²⁵ En dicha convocatoria se fijan los puntos a reformar y la actividad de una Convención Constituyente, así como el procedimiento de elección de los convencionales constituyentes que integrarán dicha convención. Luego se lleva a cabo la Convención propiamente dicha, donde se discute y debate los puntos a reformar. El resultado de ello es, claro está, la Constitución reformada.

²⁶ La atribución del Congreso establecida en el art. 30 CN, lo es en carácter de Poder pre constituyente, no como poder constituido y como lo ha señalado la Corte Suprema, “*De conformidad con ello, el Honorable Congreso de la Nación declara la necesidad de la Reforma Constitucional, y esta declaración es normativa, es decir, contiene un mandato obligatorio.*” Fallos 340:257 (2017).

²⁷ Conf. TOBAR RIBADENEIRA, *ob. cit.*, p. 74.

los tratados internacionales suscritos por el Estado Argentino frente a los Organismos Internacionales, especialmente en materia de Derechos Humanos, junto a la interpretación que realizan de aquellos tratados los órganos específicos²⁸, se erigen como una restricción material en la capacidad del constituyente para introducir elementos que contraríen o desconozcan aquellos compromisos.

A raíz de la reforma constitucional argentina de 1994, es frecuente escuchar diversas opiniones acerca de lo que la CN permite en relación con el proceso de integración americano-especialmente el referido a la creación de una jurisdicción estandarizada iberoamericana-, el cual trae aparejado una transferencia de competencias soberanas hacia instituciones que no se alojan en ningún Estado. Y ello en razón de que este proceso, afecta la dimensión simbólica de la soberanía estatal no sólo en su ámbito externo, sino en su ámbito interno, al llevar involucrado en forma concomitante una limitación material a la normativa local.²⁹ La respuesta jurídica a la integración iberoamericana, involucra una alteración de la soberanía estatal, del sistema republicano de gobierno y de la calidad democrática de las instituciones que rigen en cada país, y no proviene solamente de lo normado en el plano constitucional, sino del carácter dinámico de los ordenamientos jurídicos y de la propia CN, ordenada a través de su procedimiento de reforma y de la interpretación que se realiza de ella.

La posibilidad de que cambie el contenido de la CN permite pensar también que el proceso político-constitucional puede verse condicionado en todo su alcance por reglas establecidas fuera de su territorio, de su soberanía o dominio. De ahí que, si bien cada pueblo tiene la capacidad de autonormarse, las reglas que emanan de los instrumentos internacionales se traducen en limitaciones materiales a la posibilidad de reforma de la Norma Suprema local por un lado, y por el otro, significa un diagnóstico acerca de la capacidad efectiva que tienen dichos instrumentos para consolidar una pretensión universalista en la protección de los derechos.³⁰

No se trata de los límites formales que la propia Constitución tiene incorporada al que hemos aludido. En un principio, la CADH, además de encontrarse formalmente incorporada -art. 75 inc. 22 CN-, se puede caracterizar como un límite material, al establecer reglas o principios que impiden ser dejados de lado por el derecho positivo local. Esta caracterización incide en la delimitación de su ámbito espacial, personal, temporal y material de aplicación, variable según su mayor o menor grado de incidencia en cada «positividad» estatal.

²⁸ Fallos 318:514 (1995). Allí el Máximo Tribunal señaló que “*La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales*”. En igual sentido, en la causa “Simón”, expresó que “*..como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento.*” (Fallos: 321:3555 y sus citas).

²⁹ ESTÉVEZ ARAUJO José A., *Crisis de la Soberanía Estatal y Constitución Multinivel*, Universidad de Barcelona (España), Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 40, 2006, p. 47.

³⁰ Para una crítica a esta pretensión, GEORGE, Susan, “¿Globalización de los derechos?” en *La globalización de los derechos humanos*, Susan George y otros, (comp), Ed. Crítica, Barcelona, 2003, pp.23-48.

En este aspecto las normas imperativas del derecho internacional general - *ius cogens* -, si bien son normas básicas e imprescindibles que se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional, cuando nos fijamos en su reconocimiento y su efectividad, encontramos resultados difusos e incluso, incompatibles con la literalidad del texto constitucional ¿podría el Presidente de la Nación indultar a una persona condenada por genocida? A la luz del texto constitucional, el Presidente tiene la facultad de indultar y conmutar penas sin restricciones según lo prescribe el art. 99 inciso 5º CN. Pero a tenor de la jurisprudencia de la Corte IDH como órgano de interpretación de la CADH, esto puede implicar una violación a los compromisos internacionales asumidos y por lo tanto, se presenta como una restricción a las competencias locales.³¹ La duda que surge es si esa limitación a los poderes constituidos ordinarios también afecta al poder constituyente. He ahí donde confluyen la positividad de la CADH al recoger en su texto reglas *ius cogens*, la interpretación de los órganos encargados de su cumplimiento, el texto constitucional, y la posibilidad de limitar el ejercicio constituyente.

En el Derecho internacional, y en particular en el del *ius cogens*, -con las limitaciones que señalaremos *supra*- los Estados juegan un papel trascendental. Son los que unilateral y voluntariamente crean y reconocen los instrumentos jurídicos en el Derecho internacional, obligándose a cumplirlos. La relevancia del consentimiento del Estado es innegable en el proceso de positivación del Derecho internacional, que al mismo tiempo constituye el fundamento de la jurisdicción internacional.³²

En este proceso de integración jurídica internacional, la incorporación al ordenamiento local de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969, significó una limitación implícita a la capacidad del Poder Constituyente.³³ En lo que aquí interesa, la previsión contemplada en el art. 27º, que impone al Estado la prohibición de alegar su Derecho Interno para justificar el incumplimiento de un Tratado le otorga al derecho internacional primacía sobre el interno. A su vez, en sus arts. 53º y 64º se incluyó una definición expresa acerca de la expresión *jus cogens*³⁴, las cuales se pueden sintetizar como aquellas que deben ser aceptadas por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, no aceptan acuerdo en contrario y solo pueden ser modificadas por otra norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. En caso de contradicción entre una norma de *ius cogens* y otra norma, la consecuencia será, por lo tanto, la nulidad de esta última -refiriéndose a los tratados entre los diferentes Estados.

³¹ En el caso «Velázquez Rodríguez» (sentencia CIDH, Serie C N° 7, 21 de julio de 1989), la Corte IDH señaló que cuando los hechos imputados son calificados como delitos de lesa humanidad, no hay posibilidad de que indultos o leyes de prescripción impidan su juzgamiento o condena.

³² Esto sin duda en la medida que "(...) en derecho internacional las propias partes contratantes son legisladoras y crean las normas jurídicas." Conf. YASSÉN, Mustafá en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* - ACIDI, vol. I, párr. 39, p. 67 (1963).

³³ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, aprobada mediante la ley 19.895 (1972).

³⁴ El artículo 53º establece que "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Por su parte, el artículo 64º establece que "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará."

El tema tiene estrecha relación con la solución de algunos de los problemas político-jurídicos de nuestro tiempo, en particular, con la revisión de las responsabilidades individuales en las dictaduras militares que azotaron América del Sur. La clave de esta comprensión alternativa a las limitaciones materiales de la reforma constitucional es el manejo de los modernos sistemas jurídicos y sociales, en la exégesis dogmática del texto constitucional –hoy en retirada-, pues es a través del texto positivo donde se evidencian las tensiones entre los ordenamientos locales y los internacionales. Los primeros, en muchos casos, no cuentan con el consenso político unánime para aplicar los postulados que emanan de los segundos, y éstos, no tienen el compromiso republicano de aquellos.

La Corte IDH señaló algunas consideraciones para que una norma integre el plexo de *ius cogens*, y las equiparó a las obligaciones *erga omnes*.³⁵ Refiriéndose al principio de no discriminación señaló que por su carácter de *jus cogens* “... implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario”.³⁶ Estas reglas o valores “... se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho Internacional condiciona la validez de las normas” y no fueron delimitados por la Convención de Viena, sino que forman parte de los derechos fundamentales del ser humano y de la moral universal, siendo los tribunales los encargados de considerarlas tales, a los efectos de invalidar un tratado, incluyendo, además, el derecho doméstico.³⁷ Las situó inclusive por encima de las normas jurídicas, cuya validez va a depender de que no contradigan una norma *ius cogens*. De la misma forma, consideró que contravenían normas *ius cogens* casos de penas que imponían castigos corporales³⁸; de discriminación política³⁹; de violación a los principios de la prohibición absoluta de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁰; de prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables⁴¹; de asesinato ejecutado en un contexto de

³⁵ O.C. N° 18 relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Allí señaló que “En forma similar a lo que ocurre en relación con las obligaciones *erga omnes*, “la jurisprudencia ha obrado con precaución o incluso a la zaga de la *opinio iuris communis* (esta última como manifestación de la conciencia jurídica universal), para consagrar, de una vez por todas, las normas de *jus cogens* en lo referente a la protección de los derechos humanos fundamentales y hacer luz respecto de su régimen jurídico”.

³⁶ Ibidem nota anterior, p. 25.

³⁷ Ibidem nota anterior, pp. 34 -37.

³⁸ Caso “Caesar c. Trinidad y Tobago”, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de marzo de 2005)

³⁹ Caso “Yatama c. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de junio de 2005); Caso de la “Masacre de Mapiripán c. Colombia” (Sentencia del 15 de septiembre de 2005).

⁴⁰ Caso “Servellón García y otros c. Honduras” (Sentencia de 21 de septiembre de 2006); Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 25 de noviembre de 2006), Caso de la Masacre de La Rochela c. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de mayo de 2007); Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 16 de noviembre de 2009);

⁴¹ Caso “Goiburú y otros c. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2006); Caso La Cantuta c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 29 de noviembre de 2006); Caso “Perozo y otros. c. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009), Caso Ríos et ál. c. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); Caso “Tiu Tojín Vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costa, (Sentencia de 26 de noviembre de 2008”. Serie C No. 190; Caso Anzualdo Castro

ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil⁴²; de aplicación de la pena de muerte⁴³ y casos de violación a la protección de la integridad personal, como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos.⁴⁴ En todos estos casos, se instituyeron como *ius cogens*.

La posición de supremacía en el ordenamiento jurídico era, pues, la característica esencial de la CN como forma jurídica. Pero, ¿qué quedó de esta supremacía? Esta supremacía sólo significaba que el *sentido objetivo* del acto que da origen a la CN está por encima de los *sentidos objetivos* de otros actos de voluntad en que se manifiestan las distintas decisiones normativas programadas por la propia CN, entre ellas, los estándares instaurados por los órganos de interpretación de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. De allí que la CN cumplía esta función al ser ella misma una regla *pre constituyente* al erigirse en condición de validez de las futuras reformas, que debía respetar su contenido si pretenden ser en sentido estricto una reforma y no una manifestación del poder constituyente originario.

Lo cierto es que la jurisprudencia paulatinamente fue ampliando el espectro en lo que respecta a las normas *ius cogens* y su ámbito de aplicación, impactando de lleno en el alcance del concepto de soberanía. El puntapié en Argentina se dio a través del pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso Ekmekdjian c/Sofovich.⁴⁵ Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la referencia constitucional era el art. 27° CN, el cual establece que los tratados deben estar en conformidad con los *principios de Derecho Público* establecidos en la CN, y el art. 31° CN, según el cual la Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los *tratados internacionales*, son la ley suprema de la Nación, sin realizar una demarcación entre ellos. Tanto los Tratados, como la Constitución y las leyes, eran *la ley Suprema* de la Nación. Allí se hallaba el mandato constituyente, sin diferencias jerárquicas entre ellos, y por lo cual, *normativamente* amalgamados. La jurisprudencia había llevado una interpretación con los años, donde la Constitución prevalecía sobre leyes y tratados, y el conflicto entre leyes y tratados se resolvía según el cual las leyes posteriores derogan a las anteriores.⁴⁶

c. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2009); Caso Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de noviembre de 2009);

⁴² Caso “Almonacid Arellano et ál. c. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006).

⁴³ Caso “Dacosta Cadogan c. Barbados”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de septiembre de 2009).

⁴⁴ “Caso de la Masacre de las dos Erres c. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de noviembre de 2009).

⁴⁵ Allí sostuvo que un Estado parte no puede incumplir un tratado ni desobligarse invocando normas de Derecho Interno (Art. 27° Convención de Viena), tanto si se incumple o se viola en la jurisdicción interna cuando se dictan normas contrarias a él, o cuando se incurre en omisión de establecer las medidas necesarias para su cumplimiento.

⁴⁶ Fallos 257:99, 1963. “Martin & Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos”, expresa la Corte Suprema que «ni el Art. 31 ni el 100 CN. atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos -leyes y tratados- son igualmente calificados como «ley suprema de la Nación», y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno». La excepción fue el caso “Merck Química Argentina”, donde el Alto Tribunal se inclinó por una solución con primacía del derecho internacional, haciendo respetar compromisos asumidos internacionalmente aún sobre disposiciones constituciona-

Operada la reforma de 1994, pareció que se dejaba en claro la jerarquía de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos dentro del ordenamiento interno, mediante su inclusión en el art. 75 inc. 22.⁴⁷ Esto marcó una evolución importante en la doctrina, que pareció indicar un vuelco definitivo al optar por la aplicación directa de las normas internacionales en el ámbito interno, como fuente autónoma de derecho interno junto con la CN y las leyes de la Nación.⁴⁸

Aún así quedaron cuestiones sin resolver, ya que si bien ahora la misma CN establece que los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes, surgen interrogantes, por ejemplo, si una nueva Constitución puede generar un caso de conflicto u oposición entre las disposiciones emanadas de un tratado internacional suscripto con anterioridad, y en todo caso, cuales prevalecerán.

Si el poder constituyente reformador hoy decidiera abandonar o denunciar algunos de los «tratados con jerarquía constitucional» señalados en el art. 75° inciso 22 CN, o apartarse de la jurisprudencia internacional que emana de los órganos supranacionales, la misma CN reformada se transformaría en un obstáculo normativo de orden interno frente al derecho internacional. De allí que opera una fuerte restricción a la cultura política local ante la posibilidad de debatir tal opción.

Además, la disposición del art. 27° CN fija un límite adicional que opera en los hechos, como un obstáculo a la posibilidad de reforma, en la cuanto establece que los «*tratados deben estar en conformidad con los principios de Derecho Público que establece la Constitución*». Si dichos principios no están bajo el arbitrio local, sino bajo la comunidad de las Naciones,

les. Sostuvo allí que «*en tiempos de paz el orden interno se regula por las disposiciones constitucionales que ha adoptado. Por tanto, ningún tratado puede serle opuesto si no está de conformidad con la CN. Pero en Estado de guerra la cuestión se aparta de aquellos principios generales, de la CN, y los Tratados internacionales deben ser cumplidos con todo rigorismo. El Estado de guerra presupone un grave e inminente peligro para la Nación. Nadie puede invocar un mejor derecho cuando se está en presencia de la soberanía y la seguridad interna y externa de la Nación*». Fallos, 211:162 (1948).

⁴⁷ Art. 75: Corresponde al Congreso: Inciso 22: «*Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*». Cabe mencionar que posteriormente se agregó a esta categoría la “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”, aprobada el 18 de Octubre de 1995, por ley 24.556, a la cual se le otorgó jerarquía constitucional mediante la ley 24.820, del 29 de Mayo de 1997; y la “Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad”, aprobada mediante la ley 24584 del año 1995, a la cual se le otorgó jerarquía constitucional mediante la ley 25.778 en el año 2003.

⁴⁸ Así lo sostuvo el dictamen del Procurador Becerra en el Caso Simón, Fallos 328:2056, Corte Suprema, 14/06/2005- Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad), ver *supra* nota §53.

entonces, se transforman en límites externos e infranqueables a la capacidad material de constituir un país.

Si aceptamos que los tratados del art. 75° inciso 22 CN están en pie de igualdad con la CN, el contenido de ellos no sólo opera como complementario, ampliando de esta manera las garantías que la misma CN establece en orden a la vigencia y reconocimiento de estos derechos, sino que, además, son indisponibles al constituyente local.

En esa sintonía, la jurisprudencia local recogió el concepto de respeto de las normas imperativas, al establecer que “. . . *no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El concepto de «jus cogens» fue aceptado por la Comisión de Derecho Internacional e incorporado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969 (art.53). . . El carácter de «jus cogens» de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actitud individual de los estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades. La función del «jus cogens» es así proteger a los estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal*”.⁴⁹

Este debate había sido inicialmente planteado en el caso un caso emblemático de la aplicación de estándares internacionales como lo fue el caso «Arancibia Clavel»⁵⁰. Los jueces entendieron aplicar el derecho de gentes, el derecho internacional consuetudinario, en tanto estos habían consagrado la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad con anterioridad a su positivización en el Tratado y a la comisión del delito. En consecuencia, según los fundamentos de estos votos, no se estaba aplicando retroactivamente una disposición posterior a los hechos delictivos, sino derecho vigente emanado de otra fuente jurídica. Los jueces Zaffaroni y Higton de Nolasco sostuvieron que la “*Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. . . ; en rigor, no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional*

⁴⁹ Fallos 318:2148 (1995).

⁵⁰ Fallos 328:341. Durante marzo de 1974 y noviembre de 1978 la Dirección de Inteligencia Nacional Chilena (DINA exterior) operó en la Argentina dentro del llamado “Plan Cóndor”, donde llevó a cabo la persecución política contra los opositores a la dictadura del General Augusto Pinochet que se encontraban fuera de Chile. Según la sentencia, esta asociación, estaba integrada por más de diez personas, y se enmarcaban en la estrategia militar chilena de combatir a los opositores políticos mediante medios ilícitos y cualquiera que fuese la forma de oposición que aquellos llevaran a cabo. En este marco, Enrique L. Arancibia Clavel fue condenado como autor del delito de asociación ilícita agravada, en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert, ambos ciudadanos chilenos. La Cámara de Casación Penal declaró la prescripción del delito de asociación ilícita simple y lo sobreseyó por el hecho. Los jueces Belluscio y Fayt consideraron dudoso que el delito de asociación ilícita constituyera un delito de lesa humanidad, no obstante examinaron el problema de la aplicación retroactiva de la prescripción como si se tratara de uno de aquellos crímenes. (Conside. 11° y 13°). La sentencia de la Corte fue dictada por mayoría, aunque no se la alcanzó para los fundamentos. El acuerdo entre la mayoría de los fundamentos y las respectivas concurrencias alcanzó sólo hasta la declaración de imprescriptibilidad de delitos que, además, fueron calificados como crímenes de lesa humanidad por los jueces integrantes de aquéllas.

convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*...”.⁵¹ El Juez Boggiano expresó que “en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario” y que «no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras», claro está, siempre de la Constitución vigente. Pero ¿ocurre lo mismo que con una Constitución futura? Si en virtud del art. 27º de la Convención de Viena un Estado no puede alegar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un Tratado, el espíritu de la norma, está incluyendo también a la CN presente, pasada o futura. Toda la inmanencia del poder constituyente quedó limitada a ser mero “derecho interno”, incluyendo, a la propia CN, delegando al menos en ese aspecto, la soberanía a los organismos internacionales que llevan a cabo la interpretación y aplicación de los tratados. Y es mediante esta interpretación por medio de la cual se incorporan estándares que colisionan -o modifican- la interpretación local, limitándola y menguando su capacidad constituyente.⁵²

Posteriormente, la Corte Suprema dictó el caso Simón⁵³, que se erigió como un emblema de la política de revisión en materia de derechos humanos y por medio del cual declaró la inconstitucionalidad dos leyes de amnistía denominadas de punto final⁵⁴ y obediencia debida⁵⁵, reconociendo importantes principios del derecho internacional, principalmente, que los crímenes de lesa humanidad resultan imprescriptibles, aun cuando puedan ir en contra de ciertas garantías constitucionales como la cosa juzgada y la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave.

Al respecto, la mayoría de la Corte se ocupó de remarcar no solo el compromiso asumido por nuestro país a partir de la incorporación de Convenciones específicas sobre esta materia -tal el caso de la *Convención sobre Represión y Sanción del Delito de Genocidio*⁵⁶- sino, fundamentalmente, el carácter de normas de *ius cogens* que le asigna el derecho internacional a la protección de los derechos más importantes que hacen a la dignidad de

⁵¹ Ibidem consids. 28º y 29º del voto mayoritario.

⁵² Ante un caso concreto, el juzgador debe analizar toda la normativa que tiene a su alcance y aplicar aquella que sea más efectiva a la garantía de los derechos de la persona que lo está reclamando. Este es el criterio conocido como «*pro homine*» y que informa todo el Derecho Internacional de los derechos Humanos, donde si la garantía más efectiva proviene del ámbito internacional, es obligación del magistrado aplicar y hacer respetar sus disposiciones por sobre cualquier disposición que emane del Derecho Interno.

⁵³ Fallos 328:2056. En su dictamen, el Procurador General, punto B.1, expresó que «ya en la década de los años setenta, esto es, para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*)».

⁵⁴ Ley N° 23.492, promulgada el 24 de diciembre de 1986, Adla 1987, A -197.

⁵⁵ Ley N° 23.521, promulgada el 8 de junio de 1987, Adla 1987-B, 1548.

⁵⁶ Aprobada en 1956 mediante el decreto-ley 6.286.

la persona humana y, como corolario, se *constituye* como una fuente obligatoria de aplicación en el ámbito interno.

En el marco de esta evolución, una vez más, la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la *Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*⁵⁷ y de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*⁵⁸ -que en su art. 7 declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad-, se señaló que estos instrumentos representaron únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En forma expresa la Corte Suprema indicó que “... *de antaño y hogaño, esta Corte ha considerado que las normas del ius cogens del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno.*...”⁵⁹ y se auto asignó la misión de “... *velar por el cumplimiento del ius cogens, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas*”.⁶⁰

La diferencia con el texto constitucional es notable, en la medida que sólo hace referencia al Derecho de Gentes—que debe ser diferenciado del *ius cogens*- en el art. 118 CN, prevista para un caso particular⁶¹ y a la conformidad con los principios de derecho público establecida en el art 27 CN ya señalado. En la misma línea, a poner tela de juicio los indultos otorgados a los autores de delitos de lesa humanidad. Se consideró que “*la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa*”.⁶²

Sin embargo, la disidencia señaló que “... *el principio ius cogens sólo se utiliza para declarar nulos los tratados que se le opongan y más allá de que resulte posible realizar esta extensión, lo cierto es que aun dentro de su ámbito propio se ha señalado desde siempre la gran complejidad que encierra calificar una norma como tal. En efecto, la propia Comisión de Derecho Internacional al realizar su informe sobre los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena, reconoció que su enunciado «no está exento de dificultades ya que*

⁵⁷ Aprobada en 1995 mediante la ley 24.584.

⁵⁸ Aprobada en 1995 mediante la ley 24.556.

⁵⁹ Fallo 328: 2056, consid. 36°.

⁶⁰ *Ibidem* nota anterior, consid. 38°. Allí, remitiéndose al precedente “Suarez Mason” (F. 321:2031, disidencia del Juez Boggiano), señaló que “*La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al ius cogens, como derecho internacional imperativo*”.

⁶¹ Fallos 330:3248. Conf. voto del Dr. Fayt en el caso “Mazzeo”, consid. 21°. Allí señala, con cita a la doctrina que el art. 118 “*da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el Derecho de Gentes -en ese momento piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.*”.

⁶² Fallos 330:3248, consid. 15° del voto mayoritario.

no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de ius cogens» (Informe CDI, págs. 80 y sgtes.) y, por ello, estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma del ius cogens y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales...»⁶³.

Luego de este recorrido se observa una clara orientación en orden al reconocimiento de la primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno, limitando las posibilidades del poder constituyente local para apartarse de esos estándares. Los elementos normativos implícitos que se incorporan mediante la interpretación que hacen los Tribunales internacionales operan en los hechos como una fuente externa al poder constituyente local⁶⁴, limitándolo en su alcance de fijar sus propios estándares, no sólo en materia de derechos fundamentales, sino además, en las facultades de los órganos constituidos, como por ejemplo, en las posibilidades que tiene el Congreso de declarar amnistías o del Presidente de la Nación de conceder indultos, por caso, a condenados por delitos de lesa humanidad.⁶⁵

IV. EROSIÓN DEL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

Si se acepta, como hemos postulado, que la moderna interpretación sobre normas *ius cogens* llevada a cabo por los poderes constituidos-tribunales- se erigen como una limitación material a la reforma constitucional, habremos subvertido una de las bases en la cual el constitucionalismo moderno se basa, ya que no habría diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos, o la soberanía estaría compartida entre ambos. Aceptar esto trae como corolario que los últimos no estarían limitados por el texto constitucional, pudiendo actuar más allá de la competencia que señala la Constitución, so pena de quedar aislada la Nación del proceso de integración jurídico que se da a nivel mundial en general, y a nivel regional en particular. O bien, como sostiene Nogueira Alcalá, *“en caso de conflicto dos normas, una de carácter interno cuya validez depende del ordenamiento jurídico nacional, y otra cuya validez depende del ordenamiento jurídico internacional, prima esta última sobre la interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que se aplica*

⁶³ Ibidem nota anterior, voto del juez Fayt, consid. 22°.

⁶⁴ JARMUL, Holly Dawn, “The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 28, Ns°1 y 2, pp. 311-313, 1996.

⁶⁵ Señalaba el Juez Boggiano en su voto en la causa Simón citada que *«los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al Derecho Internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquellos están más estrechamente conexos con el Derecho Internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo, si el principio de imprescriptibilidad (Art. I Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y, por ende, enervado, por el principio de legalidad del art. 18 CN. O si el derecho de réplica (Art. 14 Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14 CN. Precisamente el fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al Derecho Internacional. Lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio».*

porque así lo han determinado los órganos constitucionales pertinentes... a través de una decisión libre y responsable, que debe respetar y aplicar los principios imperativos de derecho internacional pacta sunt servanda y bonne fide...⁶⁶

En consonancia con lo resaltado, el poder revisor de la Constitución o “poder constituyente derivado”, si tuviera ocasión de pronunciarse, se encuentra no sólo limitado por la Constitución originaria, sino, además, por los estándares internacionales en materia de *ius cogens*. En tal sentido, las reglas *ius cogens*, operaron mediante la interpretación jurisprudencial internacional y local como una reforma no formal a la Constitución Nacional, transformando y limitando *materialmente* a la propia Constitución. La deliberación pública, el pluralismo político y la crítica racional, que se verían reforzadas mediante las sucesivas reformas constitucionales que se van dando a lo largo de la historia de una Nación, han visto menguado su alcance.⁶⁷

En este aspecto, la admisión de estándares internacionales en materia de derechos humanos como fuente originaria de la Constitución genera –además– ciertas distorsiones en la teoría constitucional del poder constituyente como acto popular, o al menos, democrático. El concepto de *democracia constitucional*, vinculado a la idea de contrato social alude metafóricamente a un consenso de los contratantes que cuenta con cláusulas entre los contratantes –tutela de los derechos fundamentales– con los que el soberano complementa la legitimación formal o política.⁶⁸ Aun reconduciendo que *el hecho* que da vida a la Constitución es un acto de voluntad difuso, no cabe duda de la diferente naturaleza existente entre que el acto se lleve a cabo bajo un carácter internacional, y el acto de voluntad concentrado en un sujeto constituyente –aunque pueda ser colectivo, una asamblea– que elabora una norma jurídica legislada, pero de carácter local. Una *democracia constitucional* se ve desdibujada cuando se limita la deliberación pública, que ocurre cuando un tribunal incorpora un estándar sin posibilidad de debate alguno. Allí, el concepto jurídico-político de poder constituyente, abierto a la posibilidad de reformulación de un nuevo pacto constitucional, se encuentra ante un desafío: aplicar sin restricciones su poder de reforma sin franquear la responsabilidad internacional que le traería aparejado dejar de lado normas *ius cogens*.

La existencia de límites materiales heterónomos impide la posibilidad de respeto a las costumbres locales, las cuales en muchos casos tienen más arraigo y consenso social que las incluidas mediante normas *ius cogens*, lo que supone valores materiales prevalecientes por sobre el seno de cada sociedad, y obliga a reformular la ficción por la cual se señala que cada uno de los pueblos se constituye a sí mismo.⁶⁹ Replota la vieja paradoja de Arrow⁷⁰ acerca de las capacidades de la democracia y pone una distancia considerable entre los conceptos fundantes del sistema constitucional de derecho. E inclusive, introduce dos interrogantes.

⁶⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Ed. UNAM, 2003, México, p. 331.

⁶⁷ Conf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Ed. Técnos, 1991.

⁶⁸ Conf. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, p. 147.

⁶⁹ El concepto de valor, se incluye en referencia a la ausencia del *enforcement* que caracteriza al derecho local. Conf. FERRAJOLI, Luigi *ob. cit.*, 2004.

⁷⁰ Conf. ARROW, Kenneth, *Social Choices and Individual Values*, 2 ed., Ed. Fundación Cowles, Estados Unidos, 1963.

El primero es acerca del principio según el cual no existen dentro de la Constitución cláusulas que tengan una jerarquía mal alta que otras.⁷¹ Si se incorporan normas *ius cogens* al texto constitucional, en caso de colisión u oposición entre ellas, prevalecerían por sobre las locales y por lo tanto, serían jerárquicamente superiores.

El otro interrogante es acerca de la expansión del control de constitucionalidad difuso. La posibilidad de que la Corte Suprema –por caso en Argentina, pero igual aplicable a un Tribunal Superior o Sala Constitucional- introduzca un *control de convencionalidad*⁷² implica que un poder constituido limite a un poder constituyente. Al erigirse como el guardián de la Constitución⁷³ e introducir a través de sus sentencias preceptos *ius cogens*, si bien en principio es un poder neutro que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional, de algún modo lo configura e impide su cambio.⁷⁴ Como “...verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos... [es] el único órgano constitucional reducido sólo a esa función, a la que parece por ello trasladarse la superioridad de la Constitución misma”.⁷⁵

Los órganos de interpretación de los Tratados, los cuales encuentran normas *ius cogens* con cierta asiduidad⁷⁶, han transformado a estas reglas de interpretación de los tratados en principios indisponibles para los respectivos órdenes locales, muchos de los cuales han sido reconocidos en sentencias judiciales. Si se conjuga la falta de legitimidad democrática del Poder Judicial⁷⁷, con la dimensión procesal de la democracia, encontramos la falta de consenso social real para la incorporación de valores internacionales estandarizados. La idea de que cuando se expresa la Corte Suprema lo hace la Constitución misma⁷⁸, barre de un plumazo la idea de rigidez constitucional, transforma en superflua la distinción entre poderes constituidos y constituyentes, y se limita jurídicamente a la noción de *lex*

⁷¹ Fallos: 330:3160. Allí la Corte señaló que “*Es principio asentando que la Constitución debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las demás disposiciones, sin enfrentarse unas con otras para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándose dentro del espíritu que les dio vida*”.

⁷² Fallos: 335:2333. Allí la Corte señaló que “*Es un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional confiere rango constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad y que, por otro lado, impida a esos mismos tribunales ejercer similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango*”.

⁷³ Fallos: 322:2139. Allí la Corte señaló que “*La Corte, en su función de guardián último de los derechos y garantías constitucionales, tienen el deber de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional y velar por su celoso cumplimiento*”.

⁷⁴ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La posición Jurídica del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 100, enero-abril (2014), pp. 39-131.

⁷⁵ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁶ ABELLO-GALVIS, Ricardo, *Introducción al Estudio de las Normas Ius Cogens en el Seno de la Comisión de Derecho Internacional*, CDI, Ed. Universitas, N° 123: 75-104, julio-diciembre de 2011, Bogotá, Colombia, p. 78.

⁷⁷ Un estudio completo acerca de las implicancias de esta postura, se puede ver en FRIEDMAN, Barry, “*The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road To Judicial Supremacy*”, en *New York University Law Review*, N°73, v2º, p. 333.

⁷⁸ Conf. BERGER, Raoul, *Congress v. Supreme Court*, Cambridge, Mass. Harvard Univ. Press, 1969.

superior.⁷⁹ Estas limitaciones materiales no se reducen solamente a una mera cuestión formal, equiparándose a cláusulas de intangibilidad-, sino que afecta el concepto de supremacía constitucional tal como fue postulado por el constitucionalismo moderno liberal y, a la postre, una limitación a la discusión democrática.⁸⁰ Una nueva teoría que explique una concepción política de la justicia a luz de estas consideraciones se torna necesaria para no crear una dicotomía entre la *democracia sustancial*, que se ve fortalecida mediante la incorporación de principios axiológicos, con la *democracia formal*, se ve menguada al no poner en valor la discusión sobre ellos, al menos en la etapa constituyente.⁸¹

La introducción de normas *ius cogens* mediante sentencias judiciales que se impregnan en el espectro jurídico y se instalan como estándar, implican un freno a la discusión constituyente como producto de la cultura política y democrática común, que encuentra al pueblo como sujeto activo del proceso democrático y constitucional, convirtiendo a la Constitución en un conjunto de proposiciones que se alejan de la realidad.⁸² Si admitimos la tesis del poder constituyente, el proceso constituyente se *dispersa*, o al menos admite varios niveles, algunos de los cuales no quedan en la esfera local. El ejercicio real del poder constituyente por parte del pueblo exige una participación política efectiva, no un papel pasivo, principalmente, en la configuración de sus constituciones.⁸³

La integración americana, vista de este modo, ha provocado mutaciones constitucionales que han transformado el diseño institucional de los Estados miembros en aspectos fundamentales erosionando la capacidad de auto constituirse.

V. CONCLUSIÓN

La introducción de estándares internacionales mediante normas *ius cogens* no sólo afecta la soberanía, sino que limita la discusión democrática local que nutre una reforma constitucional. Plantea un reto a la teoría tradicional del poder constituyente del *pueblo*, como único titular para hacer o reformar una Constitución. La conclusión de que efectivamente existe una competencia para introducir preceptos constitucionales de rango exterior, se ha fabricado a partir de construcciones interpretativas y de deducciones de consecuencias implícitas. Esto pone de relieve una faceta distintiva del Derecho Constitucional contemporáneo que incluye a los límites materiales a la reforma constitucional en otro examen, un tanto más genérico, vinculado con la efectiva participación popular en dicho proceso. La existencia de limitaciones materiales individuales, se traduce a la postre

⁷⁹ Conf. AGUILÓ REGLA, Josep, “El Constitucionalismo Imposible de Luigi Ferrajoli”, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 55-71.

⁸⁰ HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, pp. 176-192.

⁸¹ Conf. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

⁸² La referencia a la cultura democrática común como requisito para la instalación de un estado constitucional democrático la tomamos de J. Habermas. Plantea el autor que es imprescindible el carácter de publicidad y opinión pública que ayuda a establecer una conexión entre la Constitución jurídica y la cultura política de una comunidad. Conf. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Ed. Trotta, 3 ed., p. 58.

⁸³ Conf. ESTÉVEZ ARAUJO, *op. cit.* p. 52. Si bien el autor se refiere al proceso de integración europeo, las críticas pueden ser aplicadas aún con mayor énfasis al proyecto de integración sudamericano.

en una limitación en cada plano político, y a medida que se aleja el proceso de reforma constitucional de la participación democrática, decrece su legitimidad. En este sentido, tratar las normas *ius cogens* como límites materiales a la reforma constitucional conduce a poner la inmodificación de un ordenamiento jurídico como una afrenta -si se quiere- a la calidad democrática. Si se acepta la formulación inicial, una pérdida de la autonomía democrática –y no sólo soberana- que nutre al sistema jurídico, es inevitable.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La Constitución y la desobediencia civil como proceso para la defensa de los Derechos fundamentales”, en *Criterio Jurídico*, vol. VI, Santiago de Cali, Colombia, Universidad Javeriana, 2006;
- BERLIN, Isaías, *El poder de las ideas*, C. Morán (trad.), Ed. Espasa, Madrid, 2000;
- DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Ed. Debate, Madrid, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, N. Guzmán (trad.), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, Madrid; 2010.
- FOUCAULT, Michael *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999;
- FOUCAULT, Michael *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Introducción y trad. de Miguel Morey, Ed. Alianza, Madrid, 1981;
- HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1985;
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986;
- PAEZ VELANDIA, Dídimo, “El control de Constitucionalidad en los estados latinoamericanos y especialmente en la República de Colombia”, Ed. de la *Revista “Derecho Colombiano”*, Bogotá D. E., 1986.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Ed. FCE, México, 1994.
- TRUJILLO, Julio Cesar, *Teoría del Estado en Ecuador*, Ed. Corp. Editora Nacional, Ecuador, 2006.

Fecha de recepción: 18 de setiembre 2017.

Fecha de aceptación: 2 de noviembre 2017.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL DERECHO DE FAMILIA. LOS EXÁMENES PRENATALES Y SU VIABILIDAD PARA EVITAR LA TRASMISIÓN DE ENFERMEDADES A LOS HIJOS

Ana Fabiola Zamora Vázquez *
Diego Adrián Ormaza Avila **

RESUMEN. *En un tema de trascendental importancia como los exámenes prenatales y su viabilidad para evitar la transmisión de enfermedades a los hijos, puesto que tiene una dimensión múltiple en el aspecto moral, médico, jurídico y social, se debe conocer las condiciones en las que se encuentra el feto y detectar alguna anomalía genética. La tecnología moderna tiende a mejorar las condiciones de vida de los seres humanos. El diagnóstico prenatal trae consigo una mayor responsabilidad en los embarazos. En cuanto técnica tiene características que deben analizarse como por ejemplo cuál es el número de controles que se considera ideal durante el embarazo. Las acciones primordiales a cumplirse en cada visita deberán realizarse dependiendo de la región en que la mujer embarazada se encuentre, con la finalidad de precautelar de detectar patologías causantes de muertes evitables o la corrección de los numerosos problemas nutricionales que afectan la etapa de gestación. Los derechos humanos son contextos necesarios para una interacción respetuosa entre persona y sociedad. Los aspectos biomédicos y humanos siempre deben estar enlazados.*

PALABRAS CLAVE. *Diagnóstico Prenatal. Exámenes clínicos. Embarazo. Consentimiento informado. Bioética.*

* Ana Fabiola Zamora Vázquez. Abogada de los Tribunales de Justicia. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil. Docente de la Universidad Católica de Cuenca sede Azogues, Ecuador. Correo electrónico: afzamorav@ucacue.edu.ec

** Diego Adrián Ormaza Ávila. Abogado de los Tribunales de Justicia. Magister en Derecho mención Derecho Tributario. Docente de la Universidad Católica de Cuenca sede Azogues, Ecuador. Correo electrónico: daormazaa@ucacue.edu.ec

ABSTRACT. *In a subject of transcendental importance such as prenatal examinations and their feasibility to avoid the transmission of diseases to the children, which has a multiple dimension in the moral, medical, legal and social aspect, one must know the conditions in which the fetus and detect a genetic abnormality. Modern technology tends to improve the living conditions of human beings. Prenatal diagnosis is a major responsibility in pregnancy. This is the ideal characteristic for pregnancy. The main actions to be carried out at each visit, to the safety of the region in which the woman is pregnant, for the prevention of pathologies causing avoidable deaths or the correction of the numerous nutritional problems that affect gestation stage. Human rights are necessary contexts for a respectful interaction between the person and society. The biomedical and human aspects should always be linked.*

KEY WORDS. *Prenatal Diagnosis. Clinical exams. Pregnancy. Informed consent. Bioethics.*

I. INTRODUCCIÓN

Este milenio está caracterizado por el avance fulminante de la ciencia y la tecnología, con temas de profundo interés por estar vinculados directamente con la vida de las personas. Sin embargo ante tanto adelanto vale la pena preguntar ¿todo lo que la tecnología hace es correcto?, es decir está apegado a la ética.

Es aquí donde se encuentra la importancia de la bioética en torno al campo biológico – médico, más aún cuando sabemos que la bioética tiene un amplio espacio, por la relación con varias ciencias como por ejemplo la deontología, biología, medicina, antropología, etc.

Así también la bioética aborda temas principales como: aborto, reproducción humana asistida, eutanasia, trasplantes de órganos y tejidos, experimentación con embriones humanos, etc.

El estudio del Derecho de Familia en los últimos tiempos ha ido cambiando puesto que al existir nuevas tecnologías, se ha tenido que realizar estudios importantes para poder ubicarse tanto en el plano jurídico como familiar.

Desde el punto de vista del Derecho de Familia cuestiones relacionadas con la genética, han puesto en un dilema al aspecto jurídico, ya que se tienen que modificar situaciones relativas a la maternidad y paternidad. El avance de la biotecnología ha hecho que se deforme la filiación, con métodos que forman parte de nuestros días como la reproducción humana asistida.

En la actualidad surgen conflictos relacionados con la custodia, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios, el momento en que se debe determinar quién es el padre y la madre, donde juega el papel de la responsabilidad de los derechos de familia.

Los avances de la genética en las legislaciones no deberían representar un problema sino más bien una ayuda, una solución; es por ello que los países deben estar preparados para recibirlos. Por ello es importante que cuestiones relacionadas con bioética, deban

regularse dentro de la normativa de cada país, para tener claro el alcance y los límites de la misma.

Existen dos principios básicos en relación con las pruebas diagnósticas y las acciones terapéuticas genéticas: a) el principio de proporcionalidad, que debe mantenerse entre el resultado beneficioso esperado y los riesgos previsibles para los afectados, teniendo en cuenta, además, que la madre también puede verse implicada por las intervenciones diagnósticas y terapéuticas realizadas sobre el embrión o el feto durante el embarazo. b) aplicable a la terapia genética – en cierta medida también a la terapia prenatal- es el principio de precaución, el cual puede ofrecer en este ámbito orientaciones muy valiosas, aunque por lo general no sean aplicables.¹

II. DIAGNÓSTICO PRENATAL

Con la llegada del diagnóstico prenatal, han surgido dilemas desde el punto de vista de la bioética, considerando los diversos aspectos que se inmiscuyen dentro de este tema como la decisión de los progenitores en caso de un diagnóstico prenatal negativo, los posibles tratamientos al feto, el respeto al embrión, la explicación de las técnicas o métodos invasivos y no invasivos, etc. El diagnóstico prenatal se considera desde la gestación de la madre, pero existen parejas que al verse amenazados por familiares consanguíneos que han sido portadores de alguna enfermedad, piden asesoramiento antes del embarazo.

El diagnóstico prenatal, cuando viene acompañado de la idea de que la vida depende de los resultados, se encuentra viciada, puesto que de los mismos están de por medio varias circunstancias importantes, pero la primordial es la “vida”. Los análisis prenatales tienen la facultad de realizar diagnósticos precoces de anomalías que puede presentar el feto; la introducción de nuevas tecnologías ha permitido tener conocimiento sobre el desarrollo del feto, facilitando detectar factores de riesgo, que incluso pueden perjudicar la salud de la madre. Esto puede generar ansiedad en las familias consultantes en cuanto desean saber si su hijo puede heredar o portar algún defecto congénito.

Mientras se realiza el asesoramiento genético y antes de ofrecer el método de diagnóstico prenatal, se le debe brindar a la paciente una explicación del problema y las posibles soluciones. Este consentimiento informado ha sido definido como “la explicación a un paciente atento y mentalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y de los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos.”²

La utilización de técnicas en análisis en sangre de la madre, para la elaboración del diagnóstico prenatal genético no invasivo, es ya un hecho dentro de la práctica clínica y en los próximos años entrara a formar parte de la rutina de control diagnóstico fetal.

Es significativo mencionar que el tema del diagnóstico prenatal no es nuevo para la bioética. Lo que se debe aclarar en la actualidad es que las nuevas técnicas y procedimientos

¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Genética y Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires 2003. Pág. 95.

² CASAGRANDE CASANOVA, Davide Dr. MSc., ZALDÍVAR VAILLANT, Tatiana Dr., NODARSE RODRÍGUEZ, Alfredo Dr., CARBALLO CASAS, Sergio Dr. Algunos aspectos éticos del diagnóstico prenatal, la medicina y terapia fetales. *Revista cubana de Ginecología y Obstetricia*, 2005, Pág.2.

por el avance de la ciencia y la tecnología no son iguales que hace cuatro o cinco décadas. Los exámenes prenatales son un medio preventivo para determinadas personas como por ejemplo las mujeres que desean ser madres pero tienen edad avanzada, personas que sus familiares cercanos han nacido con defectos congénitos, etc. Es por esta y otras razones de importancia trascendental que los exámenes prenatales para evitar la transmisión de enfermedades en el mundo actual van cobrando protagonismo.

“El descubrimiento de material genético fetal en la sangre periférica materna ha disparado las expectativas ante la posible utilización del diagnóstico prenatal genético no invasivo”.³ ¿Cuáles son los métodos de diagnóstico prenatal genético no invasivos? Dentro de estos constan las ecografías y los test bioquímicos sin riesgo de pérdida fetal. Al contrario de los que ocurre con los métodos de diagnóstico invasivos como amniocentesis, biopsia de vellosidades coriales y cordocentesis, que si implican un riesgo de pérdida fetal. Sin embargo vale la pena recalcar que los métodos invasivos y no invasivos deben realizarse dentro de un determinado tiempo. Es relevante la explicación de algunos términos:

Amniocentesis: Retira una pequeña cantidad de líquido del saco que rodea al bebé en el vientre (útero). El examen generalmente se realiza en el consultorio médico o en un centro médico. No es necesario que usted se quede en el hospital.⁴

Biopsia de vellosidades coriales: Es una técnica invasiva prenatal que se realiza entre las 11 y 13 semanas de gestación para obtener información genética relacionada con el feto, a fin de diagnosticar el cariotipo, sexo, trastornos metabólicos y la presencia de infecciones intrauterinas por agentes como la rubéola, citomegalovirus, toxoplasma gondii y el virus de inmunodeficiencia humana.⁵

Cordocentesis: Consiste en la punción del cordón umbilical bajo guía ultrasonográfica continua con el fin de obtener sangre fetal. Se realiza a partir de las 18 semanas, de preferencia en la inserción del cordón a la placenta; en menos casos, en la inserción del cordón al abdomen fetal, en el seno porta o en asa libre.⁶

“Este llamado diagnóstico prenatal contribuye a la medicina predictiva. Por diagnóstico prenatal se entiende el conjunto de procedimientos de que dispone la medicina para recoger elementos de información sobre defectos congénitos del feto”.⁷

En la actualidad sobre todo en los países desarrollados se han dado varias técnicas que permiten detectar complicaciones fetales, esto se viene dando por el temor de los progenitores de que el feto puede presentar anomalías, y en caso de ser así, los padres puedan tomar la mejor decisión de continuar o no con el embarazo, por tanto las técnicas invasivas y no invasivas, lo que hacen es revelar características de índole importante en lo que se refiere al nasciturus, es decir ayudar a su desarrollo en el embarazo o decidir el aborto si viene con malformaciones.

³ GONZÁLEZ-MELADO, Fermín J.; DI PIETRO, Maria Luisa. Diagnóstico prenatal genético no invasivo: reflexión bioética sobre la utilización del diagnóstico prenatal no invasivo a partir del análisis de ácidos nucleídos presentes en sangre periférica materna. Cuadernos de Bioética, vol. XXII, núm. 1, enero-abril, 2011, pp. 49-75. Asociación Española de Bioética y Ética Médica. Murcia, España. Pág.51.

⁴ <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003921.htm>

⁵ http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol_56n4/pdf/a03v56n4.pdf

⁶ http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol_56n4/pdf/a03v56n4.pdf

⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María. Genética y Derecho. Editorial Astrea. Buenos Aires 2003. Pág. 102

En España existe ya la ley la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo que trata sobre el tema específicamente en su artículo 15⁸.

Es importante mencionar dentro de este trabajo de investigación la Declaración de la Comisión de Bioética de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo⁹.

Se destaca como aspecto relevante el hecho de que la dignidad del ser humano comienza desde que inicia su existencia a través de la concepción. Desde otra perspectiva muchos tratadistas, doctrinarios, ven a estas técnicas prenatales bastante relacionadas con dos términos conocidos “eugenesia” y “aborto”. El hecho de utilizar diagnóstico prenatal ha dispuesto que se relacionen mucho con las teorías relacionadas con la eugenesia, ya que esta ciencia es la que se preocupa del buen nacimiento o del bien nacido.

Estos temas se encuentran íntimamente relacionados para algunos estudiosos de las ciencias médicas en el sentido de que la eugenesia busca la reproducción de personas con genes con cualidades positivas, es por esta razón que el diagnóstico prenatal constituye un importante aporte en la tecnología en el hombre, a través de esto una pareja puede saber si el feto presenta una enfermedad genética o no, pero este tema es protagonista de debates, más aún al saber que las pruebas que se pueden realizar son menos invasivas, es decir no producen la pérdida del feto, a futuro la mayoría de parejas pueden decidir practicarse.

Al hablar de eugenesia y al mismo tiempo de exámenes prenatales aparece una figura llamada “eugenesia neonatal”, en cuanto a este tema existen países que realizan exámenes para detectar defectos congénitos, pero el problema se enmarca cuando tratadistas o

⁸ Artículo 15. Interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

⁹ El 4 de marzo del 2010, se publicó la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, en la que además de garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, tal como se establece en el Art 1 de la misma, se regulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y se establecen las correspondientes obligaciones de los poderes públicos.

En la mencionada ley, en su Título II, Capítulo I se establecen las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo, que transcribiendo la norma dice: Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer. Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

legislaciones sostienen la suspensión de todo tipo de tratamiento si la situación de enfermedad del niño es irreversible.

Por ejemplo en el Ecuador se realiza el tamizaje neonatal a través del Ministerio de Salud en el que se toma una muestra de sangre del talón del recién nacido y con el análisis se pueden determinar algunas enfermedades como: hipertiroidismo congénito, hiperplasia suprarrenal, etc., con el objeto de que sean tratadas y sus secuelas sean mínimas.

Con el Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador, el aborto sea consentido o no es un hecho punible, salvo la disposición del artículo 150:

“Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental”.

En el Ecuador no existe normativa salvo la indicada sobre el aborto, al ser un país suscriptor de los Derechos Humanos, independientemente de que “el que está por nacer”, padezca una enfermedad, lo primordial es la “vida”.

También este tema da lugar para mencionar al aborto selectivo, en la mayoría de sociedades del mundo el aborto ha ocasionado la pérdida de un alto índice de madres que han decidió someterse a este método, recordando que este es autorizado antes de que la mujer cumpla las veinte semanas de gestación. En varias legislaciones a nivel mundial existe un aborto que es permitido, y que responde al nombre de “aborto terapéutico”, que se da cuando el feto pone en grave peligro la vida de la gestante.

Existen diversas perspectivas sobre el aborto selectivo, ya que si vamos desde la bioética esta se preocupa por la prevención del sufrimiento del individuo y su familia y si buscamos otra posición como la protectora de los derechos del feto esta argumenta que el propósito básico de la Medicina es salvar vidas.

Dentro de este tema aparecen otras situaciones importantes como la transmisión de información a las personas que realizan la consulta, y esta información debe basarse en la técnica y la ética. La decisión de someterse a un diagnóstico prenatal es competencia de la mujer, el médico no puede imponer una decisión, lo que si puede hacer es aconsejar.

En el diagnóstico prenatal al momento de transmitir la información de los resultados obtenidos, la misma debe tener una evaluación y a la vez asesoramiento profesional que incluso permita recomendar o sugerir a los progenitores la determinación de lo más adecuado en caso de presentarse un diagnóstico en el que conste que el feto sufre malformaciones o enfermedades congénitas.

Es por esto que la mujer que se somete a un diagnóstico prenatal, deben ser informada con anterioridad cuales son las situaciones a las que se puede enfrentar en un futuro, es por eso que al momento de tomar la decisión de someterse a este tipo de pruebas es un acto personalísimo e indelegable.

El diagnóstico que resulte de los exámenes practicados quedarán bajo el secreto profesional, y la persona que debe informar los resultados debe ser el médico especialista, en algunos casos implicara un alivio para la mujer y su pareja y en otros casos será una situación difícil ya que la pareja tiene que tomar la decisión si acepta al niño o no. Por lo tanto el médico juega un papel vital dentro de este contexto, en primera instancia no puede abandonar a la pareja con el problema, contribuyendo a que se someta la mujer a la mejor decisión ya sea el aborto o explicando el valor de la vida, teniendo presente en todo momento que estos casos producen desequilibrio emocional para lo que se puede sugerir tomar terapias individuales o de pareja.

Para muchos tratadistas, la realización de los diagnósticos prenatales se ha convertido en un camino que da una dirección al aborto. El diagnóstico prenatal considera el aborto de un niño con patología genética como una opción siempre que los padres así lo desean o si está legalmente aceptado en el país y propone como ética profesional del genetista, el ayudar a las personas a efectuar cualquier decisión voluntaria que ellas aprecien como la más conveniente.

Desde el punto de vista jurídico las respuestas a estos exámenes prenatales deben ser muy bien sustentados, es decir bien argumentados, al menos desde el punto de vista de que el derecho partiendo desde la regla jurídica de “donde termina el derecho de una persona comienza el derecho de otra”.

Existen muchos dilemas jurídicos a cerca de este tema, teniendo en cuenta que si un análisis prenatal resultó insatisfactorio y el niño nace, se puede considerar como un niño que va a tener una buena condición de vida, o desde otros puntos de vista la violación y autodeterminación de la mujer, el aborto que en varias legislaciones es penado por la ley.

III. FINALIDADES DEL DIAGNÓSTICO PRENATAL.

- a) Tranquilizar a los padres con antecedentes de alto riesgo de que el feto no presenta malformación o enfermedad alguna.
- b) Permitir el tratamiento.
- c) Indicar el modo de realizar el parto, de acuerdo a las malformaciones que presente el feto.
- d) Determinar el tratamiento a seguir con el recién nacido.
- e) Adoptar la decisión del aborto embriopático cuando este permitido por la ley.
- f) Decidir el aborto como método de selección del sexo.
- g) Asumir que el hijo probablemente presentará anomalías.¹⁰

Uno de los grandes objetivos del Diagnóstico Prenatal Genético no Invasivo, es la posibilidad de diagnosticar aneuploidías fetales tales como el síndrome de Down (trisomía 21), síndrome de Patau (trisomía 13), síndrome de Edwards (trisomía 18) o aneuploidías de los cromosomas sexuales como son, entre otros, el síndrome de Turner (monosomía del X) o el síndrome de Klinefelter (varones XXY). La coexistencia del ADN fetal y ADN de origen

¹⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. Genética y Derecho. Editorial Astrea. Buenos Aires 2003. Pág.103).

materno, junto con el hecho de que la mayoría de las aneuploidías son de origen materno, ha dificultado la distinción entre cromosomas fetales y maternos lo que ha representado durante mucho tiempo un gran obstáculo. Una estrategia que se está desarrollando actualmente para solventar esta limitación ha sido la cuantificación de secuencias específicas del feto y su posterior comparación frente a secuencias de origen materno. (González-Melado; Di Pietro, 2001, p. 61)

El Diagnóstico Prenatal Genético no Invasivo, sobre todo en la sangre materna es un hecho que ya se encuentra presente en la práctica médica, pero el mejor aporte por parte de este diagnóstico sería la cuestión tiempo en función de que los progenitores en caso de existir alguna anomalía puedan tomar una decisión a tiempo, ya que este aspecto se ha tornado como un problema, por el tiempo que dura el diagnóstico.

Como una de las enfermedades de inviabilidad extrauterina consta la anencefalia que es un defecto de nacimiento (congénito) grave. Los bebés con anencefalia nacen con partes faltantes del encéfalo (formado por cerebro, tallo y cerebelo) y el cráneo.

La anencefalia es un tipo de defecto del tubo neural (DTN). Estos defectos de nacimiento se producen durante el primer mes del embarazo, por lo general antes de que la mujer sepa que está embarazada. Al formarse y cerrarse el tubo neural, se forman el encéfalo y el cráneo del bebé (parte superior del tubo neural), la médula espinal y los huesos del espinazo (parte inferior del tubo neural).¹¹

La anencefalia se produce cuando la parte superior del tubo neural no cierra por completo. Esto a menudo resulta en el nacimiento de un bebé sin la parte frontal del encéfalo (prosencefalo) y la parte encargada del pensamiento y la coordinación (cerebro). Las otras partes del encéfalo a menudo no están cubiertas por hueso o piel.

En la República de Argentina existe la Asociación Argentina de Bioética, fundada en Mar de la Plata en el año de 1995, en uno de sus artículos publicados se dice que se aconsejan las pruebas prenatales a partir de la semana 11 hasta la 14 del embarazo. El llamado estudio o screening de las semanas 11 a 14, que consta de una serie de determinaciones, que se realizan a través de ecografía y de estudios de laboratorio, permite determinar el grado de riesgo de ciertas patologías, tanto de la madre como del bebé.¹²

Si a través de los estudios realizados existen problemas por ejemplo la anencefalia en el feto, se debe explicar ¿quién es la persona apta para decidir acerca de la decisión que se debe tomar? Tinant (2010) “hay un consenso en la comunidad bioética y jurídica a cerca de que estos problemas deberían resolverse en el seno de la relación médico-paciente-familia”.¹³

Pero, ¿qué decisión es la que más conviene? y para esto existen diferentes perspectivas o puntos de vista ya sean legales, médicos, psicológicos, bioéticos, etc. Si bien es cierto un niño con anencefalia es difícil alcance una vida viable, pero la madre se va a encontrar en una posición ambivalente, por un lado el hecho de que lleva un ser en su vientre y por otro el alto riesgo que constituye para su salud tenerlo.

¹¹ Disponible en. <http://www.cdc.gov/ncbddd/spanish/birthdefects/Anencephaly.html> . Fecha de consulta: 23 de diciembre de 2016.

¹² Diario la Nación, Sección “Ciencia/Salud”, 14 de septiembre de 2011.

¹³ TINANT, Luis Eduardo. Los exámenes prenatales y su viabilidad para evitar la transmisión de enfermedades a los hijos. 2010. Pág. 82.

Aquí surgen interrogantes: ¿quién decide? y ¿qué se decide? al responder tanto desde el punto de vista de la bioética como jurídico, este tipo de dificultades se deben resolver entre el médico, la paciente y la familia de la misma, en caso de que se decida por un aborto se necesita que el derecho actúe de manera rápida, es decir que proteja los derechos personalísimos como es el derecho a la vida.

Esto se va convirtiendo en un tema trascendental por la importancia que tiene la medicina y el derecho en estos casos, en el caso del médico por la información que debe entregar y en el caso del derecho por las resoluciones que debe tomar en caso de presentarse temas de aborto por malformaciones congénitas.

IV. TRATAMIENTO PARA EVITAR LA TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES.

En la actualidad ya existen tratamiento que tienen como objetivo principal tratar enfermedades que han tenido origen genético, es por ello que se habla de la medicina genómica.

(...) tiene como campo de acción identificar dichas variaciones con la finalidad de reconocer la predisposición a enfermedades comunes como la hipertensión arterial, la diabetes mellitus, el asma, el infarto agudo de miocardio, enfermedades infecciosas, osteoporosis, cáncer, entre otras, y así establecer una atención médica orientada a evitar o retrasar la aparición de cada enfermedad y disminuir las complicaciones y secuelas asociadas a éstas, mejorando el cuidado de la salud a través de una práctica médica más personalizada, predictiva, preventiva y participativa.¹⁴

También se habla en nuestros días a cerca de la terapia genética que se encuentra inmersa en la ingeniería genética.

La llamada terapia génica intenta modificar el genoma en un sentido saludable, remplazando genes defectuosos o predisponentes a enfermedades o atenuando sus efectos. Las expectativas, grandes al principio, se han visto reducidas por accidentes conocidos (caso Gelsinger)¹⁵ y por el factor de impredecibilidad de los métodos utilizados. El conocimiento

¹⁴ Disponible en. <http://www.inmegen.gob.mx/divulgacion/que-es-la-medicina-genomica/> Fecha de consulta: 2 de junio de 2017.

¹⁵ Jesse Gelsinger era un muchacho de 18 años que tenía un trastorno metabólico de origen genético, llamado por la deficiencia de la ornitina (OTC), cuyo principal efecto de la no eliminación de amoniaco. Este trastorno metabólico es poco frecuente, que ocurre en la relación de 1 / 40.000 nacimientos vivos. En general, los bebés afectados en coma 72 horas de vida, dando lugar a secuelas neurológicas graves. La mitad de los pacientes afectados mueren en el primer mes de vida. Sólo la mitad de la que sobrevive más allá de la barrera de los 5 años de edad. Jesse Gelsinger tenía una forma parcial de este trastorno. En su caso era controlable a través de una reducción drástica de la ingesta de proteínas y el uso de drogas. Él tuvo que tomar 32 pastillas al día. Jesse Gelsinger fue el primer paciente de morir en un ensayo clínico de terapia génica. Se han realizado más de 400 pruebas que participaron más de 4.000 pacientes. Este caso es un ejemplo de cómo el proceso de evaluación de un proyecto de investigación debe ser exhaustiva, que implica la forma en que el consentimiento informado se obtuvo de manera efectiva de los participantes y en el seguimiento de las reacciones adversas durante los ensayos clínicos. También es importante recordar acerca de la posibilidad de conflictos de intereses de sus propios investigadores e instituciones de investigación. Vale la pena recordar que el 40% de los ensayos clínicos en curso en la terapia génica en los Estados Unidos son patrocinados directamente por la industria privada.

detallado del genoma individual permite conocimiento sobre ascendientes y descendientes, susceptibilidad a dolencias o predisposiciones y así constituir motivo para estigmatizar o discriminaren los sistemas laborales y de cuidado de la salud. Las posibilidades de intervención se relacionan con el interés de conocerla constitución genética de los individuos, con el fin de facilitar o hacer más precisa la intervención farmacológica, la susceptibilidad a enfermedades o las potencialidades individuales. La fármaco genómica busca medicamentos más adecuados al caso individual y reducir los efectos laterales de los existentes. Los estudios de genómica poblacional pueden producir “mapas” de poblaciones vulnerables o susceptibles.¹⁶

Definitivamente, el rápido avance de la tecnología genética ha causado revolución en la aplicación médica, pero lo que siempre debe primar dentro de este progreso científico es el respeto por la dignidad de la persona humana y evitar el sufrimiento de las personas con alteraciones genéticas.

Realizar una reflexión profunda sobre los aspectos éticos que deben ser primordiales dentro del estudio de la genética puede contribuir a entender lo significativo que resulta el respeto por la dignidad humana.

V. LA DIGNIDAD DEL NASCITURUS

En el Derecho español si bien se sanciona el aborto, la doctrina no es pacífica en la determinación de la naturaleza de esta protección. Sabemos por cultura que el nasciturus es la persona que ha sido concebida, pero no está nacida, valga la pena aclarar por lo tanto que todavía no puede ser considerado como persona.

En el derecho ecuatoriano el nasciturus tiene ya importancia jurídica por cuestión de sucesiones, es decir ya tiene su rol.

Si bien es cierto no está nacido, no tiene calidad de persona, pero si es sujeto de protección ya sea por la Constitución, Derechos Humanos u otros ordenamientos jurídicos que existen dentro de cada país. Además como seres humanos sabemos que desde el momento de la concepción, existe un ser humano dentro del vientre de la madre, y está comprobado biológica y psicológicamente.

Hasta nuestros días se continúa con la idea de que se debe defender o proteger al nasciturus o persona que está por nacer. Aún en los casos en que a través de los exámenes prenatales se haya determinado que el feto no es viable, el nasciturus juega un papel importantísimo, en razón de que el momento que nace es un niño y en la mayor parte de legislaciones del mundo prima su interés superior, pero a la vez puede convertirse en una persona con discapacidad. El aspecto primordial para los Derechos Humanos y las leyes de cada país es “el derecho a la vida”.

De tal forma, en lo que concierne al nasciturus, el diagnóstico prenatal conlleva características ambivalentes: ora para beneficiar su desarrollo vital durante el embarazo o después del nacimiento, ora para decidir el aborto, pero sólo en el supuesto de que aquél confirme las sospechas de malformaciones que motivaron su realización y, en tal caso,

¹⁶ LOLAS STEPKE, Fernando. Biotecnologías y ética: Con especial referencia a la ingeniería genética. Atenea, núm. 502, 2010, pp. 13-24, Universidad de Concepción. Pág.22.

siempre que descubran la probabilidad y gravedad que sobre ellas requiera la ley como presupuesto en tal sentido y puedan pesar en la decisión final de la madre. Por tal motivo, se considera al diagnóstico prenatal como medida equiparable a las terapéuticas, desde que se encamina al tratamiento del feto según las posibilidades existentes al respecto. En derecho comparado es cada vez más frecuente encontrar normativa específica sobre el diagnóstico prenatal, aun cuando no es uniforme el criterio de si las enfermedades o anomalías que podrían justificar dicho recurso deberían figurar o no en una lista previa aprobada por las autoridades competentes.¹⁷

En nuestro país Ecuador, existen un alto número de mujeres en periodo de gestación, pero un bajo porcentaje de ellas se realizan controles prenatales, por circunstancias diferentes ya pueden ser económicas, políticas, sociales, etc. Mucho tiene que ver la condición de la madre durante el embarazo para que un niño pueda nacer bien, siempre en todo país, no importa de qué región, provincia, ciudad, de los países, pero en especial de mi Ecuador, se debe saber cuál ha sido el cuidado prenatal que ha llevado la madre, es decir un registro de control de los nueve meses que lleva al niño en su vientre.

Por su puesto en la mayoría de países por circunstancias financieras y por el difícil acceso a los diferentes centro de salud, las gestantes no se pueden hacer los controles debidos, para esto se necesita más ayuda y agilidad del Estado, ya que una de sus obligaciones incluso constitucionales es la protección de la mujer embarazada y más todavía “el interés superior del niño”.

Dentro de un control pre concepcional, se debe concientizar a la mujer de la gran responsabilidad que significa un embarazo, sobre todo si se quiere llegar a término y con una garantía de salud tanto para la madre cuanto para el bebé. Es por ello que se debe socializar los cuidados que se deben tener como por ejemplo mucho se ha escuchado hablar de la importancia del ácido fólico para evitar problemas de espina bífida y tubo neural; así como también el riesgo que constituye un embarazo para las mujeres menores de diecisiete años y mayores de treinta y seis ya que existen estudios que demuestran un mayor porcentaje de patologías y malformaciones. Las mujeres durante el embarazo deben llevar una nutrición adecuada, y realizarse exámenes incluso antes de concebir para descartar ser propensas a hepatitis, rubeola o incluso toxoplasmosis. Lógicamente durante el embarazo está prohibido el uso de alcohol y drogas.

Tratar de un tema tan importante y relevante como este, significa un seguro de vida y a la vez un trabajo de investigación que puede servir a muchas mujeres en el sentido de que deben estar informadas que la ciencia y la tecnología hoy muy avanzadas nos permiten saber el estado en el que se encuentra nuestro feto, a través de exámenes y de cuidados prenatales, con el objetivo de traer al mundo niños sanos y fuertes.

Que importante la tarea de un médico que tiene a su cargo la realización de este tipo de exámenes y a su vez la responsabilidad de informar a los progenitores el estado en el que se encuentra, ya que aquí entra de manera vigorosa la ética profesional, sobre todo si la información que se va a dar corresponde a un feto que sufre patologías o malformaciones.

¹⁷ Tinant, Luis Eduardo. Los exámenes prenatales y su viabilidad para evitar la transmisión de enfermedades a los hijos. Pág. 9-10

Caben las siguientes interrogantes: ¿Cómo la pareja debe enfrentar la situación? ¿El niño debe o no debe nacer? ¿Qué riesgo constituye para la madre? ¿Va a cambiar la vida familiar de las personas?

Entonces nos encontramos frente a un tema de actualidad, en el Ecuador se debe implantar una obligación de la mujer someterse a pruebas prenatales que los centros de salud y los hospitales del Estado les puedan brindar.

La bioética ha adquirido un carácter importantísimo sobre todo las últimas tres décadas, al hablar sobre este tema y leer varios libros y artículos hay muchos de ellos que dicen que los exámenes prenatales para evitar la transmisión de enfermedades genéticas tienen un desenlace que toma el nombre de “Eugenesia”, y que en muchos casos esto propicia un aborto con la finalidad de seleccionar a los seres humanos. Es justamente por todas estas razones que están abordadas en este tema que hoy en día se trata de un “Estatuto del Embrión Humano”.

Una de las cuestiones más sobresaliente de la medicina en la época contemporánea es el diagnóstico prenatal de malformaciones fetales. Incluso cuando mencionamos las tecnologías FIVET (Fecundación In vitro con embriotransferencia), sabemos que implica aplicar tecnologías para reproducir los seres humanos.

VI. CONCLUSIONES

- Debe existir un consentimiento informado previo al diagnóstico prenatal, es decir que se cuente con una información completa
- Control de calidad sobre las técnicas utilizadas para la realización del diagnóstico prenatal.
- La transmisión de información del diagnóstico prenatal o postnatal debe darse con absoluta responsabilidad por parte del médico habilitado.
- El momento de transmitir la información a los consultantes, esta deberá ser completa y precisa.
- Para que los progenitores puedan tomar una decisión los resultados del diagnóstico prenatal, deberán realizarse en el menor tiempo posible para que la pareja pueda decidir a tiempo, en caso de existir anomalías en el feto.
- Los avances científicos y tecnológicos, tienden el mejoramiento de la vida humana.
- El avance de la medicina y sobre todo de la tecnología, permiten en nuestros días dar tratamientos al feto, incluso para que en caso de resultar algún análisis insatisfactorio, el médico trate de mejorar la vida de este pequeño paciente.
- Las malformaciones o problemas que puedan determinarse en el feto no siempre son de origen genético, sino también pueden depender de la vida que haya llevado la madre, de la condición social, económica, etc.,
- Espero que este trabajo de investigación sea un aporte para que desde el punto de vista de la bioética, se comprenda el rol fundamental de la vida de las personas, pero sobre todo la ética y la moral de quienes se encuentran inmersos dentro de este tema como: el médico, el jurista, los progenitores; y, la importancia de una excelente

realización del examen para que no existan riesgos de equivocaciones que podrían hacer que terminen en desenlaces fatales.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- CASAGRANDE CASANOVA, Davide Dr. MSc., ZALDÍVAR VAILLANT, Tatiana Dr, NODARSE RODRÍGUEZ, Alfredo Dr., CARBALLO CASAS, Sergio Dr. Algunos aspectos éticos del diagnóstico prenatal, la medicina y terapia fetales (Revista cubana de Ginecología y Obstetricia, 2005, p.2)
- CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición 2014. Quito – Ecuador.
- GONZÁLEZ-MELADO, Fermín J.; DI PIETRO, María Luisa. Diagnóstico prenatal genético no invasivo: reflexión bioética sobre la utilización del diagnóstico prenatal no invasivo a partir del análisis de ácidos nucleídos presentes en sangre periférica materna. Cuadernos de Bioética, vol. XXII, núm. 1, enero-abril, 2011, pp. 49-75. Asociación Española de Bioética y Ética Médica. Murcia, España.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. Genética y Derecho. Editorial Astrea. Buenos Aires 2003.
- TINANT, Luis Eduardo. Los exámenes prenatales y su viabilidad para evitar la transmisión de enfermedades a los hijos.
- LOLAS STEPKE, Fernando. Biotecnologías y ética: Con especial referencia a la ingeniería genética. Atenea, núm. 502, 2010, pp. 13-24, Universidad de Concepción.

Fecha de recepción: 11 de octubre 2017.

Fecha de aceptación. 4 noviembre 2017.

CONFERENCIA

REVOCACIÓN DE OFICIO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO NULO CREADOR DE DERECHOS CUYO VICIO ERA CONOCIDO POR EL BENEFICIARIO*

*Augusto Durán Martínez ***

I. INTRODUCCIÓN

Aclaro, antes que nada, que encararé este estudio desde la perspectiva del derecho uruguayo. Eso no quiere decir que no considere jurisprudencia, doctrina y derecho positivo de otros países. Por el contrario, estimo que el derecho comparado resulta muy útil para un tema como este. Es que su importancia es tal que pone en juego principios generales de máximo valor y fuerza.

Por eso tomaré en cuenta cómo algunos países de nuestra misma cultura jurídica han aplicado esos principios, pero no haré un estudio de sus respectivos derechos positivos porque pueden existir soluciones que sean típicas de derecho positivo y no deriven necesariamente de esos primeros principios, o bien pueden existir soluciones puntuales que se justifican en una sentencia particular en función del caso concreto que se debía resolver, o pueden traducirse en actos reglas dictados como consecuencia del momento histórico vivido.

Además, el derecho positivo en los distintos países utiliza diversa terminología o los mismos términos con diverso significado, lo que contribuye a crear confusión.

Aclaro también que me referiré al acto administrativo subjetivo y no al de efectos generales.

* Versión escrita de la ponencia formulada en Buenos Aires, el 8 de setiembre de 2017, en el marco del *V Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal. La dignidad de la persona y derechos humanos: proyecciones sobre la abogacía pública*, organizado por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

** Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Correo electrónico: aduranmartinez@adinet.com.uy

Haré pues, primero, una breve referencia al derecho comparado procurando ceñirme a los principios, sin entrar en detalles ni tomar aspectos accidentales que no hacen a la esencia de los principios aplicables. Luego pasaré al derecho administrativo uruguayo.

II. DERECHO COMPARADO

1. El solo enunciado del título de este estudio revela, implícitamente, la existencia de un principio que impide la revocación de oficio por razones de legitimidad de un acto administrativo creador de derechos. Lo que el título de este trabajo pone en discusión es si ese principio se aplica también en caso de conocimiento del vicio por parte del beneficiario del acto o si, por el contrario, el conocimiento del vicio justifica un apartamiento del principio y legitima la revocación del acto viciado.

2. Evocaré, en primer término el célebre fallo *Dame Cachet* de 3 de noviembre de 1922 del Consejo de Estado francés, pronto seguido por los fallos VALLOIS, GROS DE BELER y DAME INGLIS¹, que han motivado elogios de calificados autores como HAURIOU,² LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ, GENEVOIS³ y AUVRET⁴ y jurisprudencia que ha sido parcialmente recogida por el decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983.⁵

El Consejo de Estado, en el citado arrêt *Dame Cachet*, admitió la revocación de un acto administrativo, pero tratándose de un acto creador de derechos, fijó las condiciones para ello: a) debe efectuarse por razones de legitimidad; b) cuando el vicio pueda implicar la anulación del acto en vía contenciosa; e) dentro del plazo para la interposición del recurso contencioso; y d) si el recurso fue interpuesto, la revocación puede efectuarse en el sentido de lo pedido en el recurso y sin afectar los derechos definitivamente adquiridos por la parte del acto no impugnada.⁶

¹ HAURIOU, Maurice. *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*. Librairie du Recueil SIREY. Paris, 1929, t. II, pp. 100 y ss.

² HAURIOU comentando el fallo Dame CACHET ante la eventualidad de una revocación o anulación de oficio de un acto creador de derechos decía: "¡cuántos peligros para la seguridad de las relaciones sociales implican esas posibilidades indefinidas de anulación y, por otra parte, que incoherencia en una construcción jurídica que no admite a los interesados los recursos contenciosos de anulación sino durante un breve plazo de dos meses y que dejaría a la Administración la posibilidad de anular de oficio la misma decisión sin imponerle ningún plazo!" (la traducción me pertenece). HAURIOU, Maurice, ob. cit., loc. cit., p. 105.

³ Estos expresaron: "por un lado, parece deseable que los actos ilegales puedan ser libremente anulados por la Administración cuando ésta percibe la ilegalidad cometida; por otra parte, la seguridad jurídica sería comprometida si derechos adquiridos aún irregularmente por los particulares, pudieran en cualquier momento ser cuestionados por la Administración" (la traducción me pertenece). LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12e Édition. DALLOZ, París, 1999, p. 236.

⁴ Este consideró que el Consejo de Estado había encontrado una solución armoniosa. AUVRET, Patrick, "La notions de droit acquis en Droit administratif français", en *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1985, N° 1, p. 55.

⁵ BAILLY, Marguerite, "L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983", en *Revue du Droit Publique et de la...*, 1985, N° 6, pp. 1513 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Del fallo Dame Cachet al decreto N° 83-1025 de 23 de noviembre de 1983", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte general*. Montevideo, 1999, pp. 167 y ss.

⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Revocación del acto administrativo", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte general...*, p. 208.

Esta jurisprudencia ha continuado en su esencia, sin perjuicio de algunos ajustes. Como ejemplo cito el fallo *Delle Mattei* del Consejo de Estado de 19 de diciembre de 1952, por el que precisa que los actos de efectos subjetivos son creadores de derechos desde su firma, aun antes de su notificación o publicación,⁷ así como el fallo del Consejo de Estado *Assistance Publique-Hôpitaux de Marseille* de 29 de noviembre de 2002, por el que admitió la revocación de oficio por razones de legitimidad de un acto creador de derechos obtenido con fraude o con intención deliberada de engañar a la Administración.⁸

De esta jurisprudencia, me parece que lo más relevante es la preocupación por la tutela de la seguridad jurídica y la protección de los derechos adquiridos.

Me parece, en cambio, accidental, la referencia al plazo. Si el plazo para accionar está pendiente, en caso de existir impugnación en forma esa impugnación levanta las restricciones a la revocabilidad del acto. Pero, a mi juicio, en caso de que el plazo esté pendiente, mientras no se recurra ello no habilita a una revocación de oficio si el acto es creador de derechos. Las mismas razones de seguridad jurídica y de los derechos adquiridos impiden tal revocación.

Se ha pretendido justificar la posibilidad de revocación mientras esté pendiente el plazo para presentar el recurso por exceso de poder diciendo que de esa forma se evita un proceso anulatorio.⁹

Me parece muy débil este argumento. No cuesta nada esperar unos días y ver si se presenta la acción. Si se presenta, se puede revocar en el ámbito y en el sentido de la impugnación y se evita el juicio. Si no se presenta la acción, el acto deviene firme y estable y no se puede revocar. Esta es la solución que más tutela los derechos adquiridos y la seguridad jurídica.

3. Evocaré, en segundo lugar, la sentencia de la Corte Suprema de la Nación de Argentina, de 14 de agosto de 1936, recaída en el caso *Carman de Cantón, Elena V. Nación Argentina*.¹⁰

La Corte Suprema en este caso expresó que no existe precepto expreso que declare inestables, revisibles, revocables y anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza, y en cualquier tiempo (cons. 3) y que parece justo que lo que debiera establecer la ley, como excepción al principio general de la estabilidad y certidumbre del derecho declarado y reglado, es la facultad de revocación *sine die* del poder administrador y no a la inversa.

⁷ Citado por LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts...*, p. 241.

⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La revocación o retiro de los actos en la ley de procedimientos administrativos", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, N° 5, pp. 204 y ss.

⁹ LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts...*, p. 242.

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos (Director). *Summa de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2013, t. VI, pp. 6663 y ss.; POZO GOWLAND, Héctor/ HALPERIN, David/ AGUILAR VALDEZ, Óscar /JUAN LIMA, Fernando/ CANOSA, Armando, Directores. *Procedimiento Administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2012, t. III, pp. 411 y ss.

Con este fallo se inicia una corriente jurisprudencial que para que un acto administrativo fuera inextinguible, en sede administrativa, por razones de ilegitimidad, exigía las siguientes condiciones:

- a) que no existiera una ley que autorizara la revocación;
- b) que el acto fuera regular, comprendiendo por *regular* aquellos actos con vicios no graves;
- c) que hubiera declarado derechos subjetivos;
- d) que hubiera causado estado;
- e) que fuera unilateral;
- f) que fuera de alcance particular;
- g) que hubiera sido emitido en ejercicio de facultades regladas;
- h) que la Administración hubiera actuado como Administración activa.¹¹

La jurisprudencia posterior continuó en su esencia, sin perjuicio de algunos ajustes accidentales, esta posición, la que fue recogida en esencia –también con ajustes– por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo en sus artículos 17 y 18.¹²

La más selecta doctrina argentina ha observado la notable evolución que ha sufrido nuestro tema. De una época en que se afirmaba el principio de la revocabilidad de los actos administrativos se ha pasado al principio opuesto, es decir, el de la irrevocabilidad de los actos administrativos.¹³

Lo importante de la concepción que se inicia con la sentencia *Carman de Cantón* es, al igual que el caso *Dame Cachet*, el hincapié que se hace en la seguridad jurídica y en los derechos adquiridos. Hay aspectos accidentales que no hacen a la esencia y por lo tanto, por esa razón, se pueden descartar y no necesariamente ser trasladables.

¹¹ COMADIRA, Julio Rodolfo. *La anulación de oficio del acto administrativo*. Astrea. Buenos Aires, 1981, pp. 75 y ss.

¹² “Revocación del acto nulo. Artículo 17. - El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviera firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.”

“Revocación del acto regular. Artículo 18. - El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.”

Aclaro que el artículo 17 transcrito precedentemente no es el original, sino el actualmente vigente. El artículo 18 vigente, conserva su redacción original.

¹³ LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1975, pp. 349 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2006, t. II, octava edición actualizada, pp. 362 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2007, t. 3, 9ª edición, pp. VI-1 y ss.

Uno de esos aspectos accidentales y que por eso no sobrevivió en el tiempo fue la exigencia de que se tratase de un acto dictado en ejercicio de potestad reglada. En efecto, es irrelevante si el acto es dictado en ejercicio de potestad reglada o discrecional; lo relevante es que el acto confiera derechos.

También me parece una cuestión accesoria la referencia que hace la ley argentina en su artículo 18 al conocimiento del vicio. Aspecto que, por cierto, ha desatado polémica.

COMADIRA, al analizar el tema del conocimiento del vicio, indica que la previsión de la ley, al respecto, “debe interpretarse como un castigo específico del legislador a la mala fe del particular pues, según se infiere del propio régimen legal, el vicio, en sí, no autoriza a la administración a disponer la anulación oficiosa si ese ‘conocimiento’ no se da.

Reiteramos, por otra parte que para la apertura de la anulación oficiosa basta con que el administrado haya advertido, o debido razonablemente advertir la existencia del vicio y no lo haya puesto fehacientemente en conocimiento de la autoridad administrativa antes de la emisión del acto, siendo irrelevante, por ende, que el particular contribuya o no a su producción.”¹⁴

HUTCHINSON parece coincidir con COMADIRA. En efecto, ha considerado lógica esta previsión legislativa que habilita a la administración a revocar, cuando el beneficiario conocía el vicio del acto, por estimar que esta es una sanción del legislador a la mala fe del particular. Aunque efectúa una precisión de importancia; considera que no basta el mero conocimiento del vicio, sino que se debe demostrar una conducta carente de buena fe.¹⁵

Otros como GORDILLO,¹⁶ CASSAGNE,¹⁷ ABERASTURY,¹⁸ POZO GOWLAND,¹⁹ por ejemplo, toman distancia de la literalidad del texto y no aceptan el mero conocimiento para revocar, sino una actividad dolosa del beneficiario o, al menos, que el vicio sea imputable al particular.

En virtud de la precisión efectuada por HUTCHINSON, no parece ser muy distante su posición respecto de la de los últimos autores citados.

Este apartamiento de la literalidad del texto se ha efectuado también para extender la cuestión del conocimiento del vicio, previsto en el artículo 18, para la hipótesis regulada en el artículo 17, pese a que no existe previsión expresa al respecto.²⁰

¹⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo/ ESCOLA, Héctor Jorge/ COMADIRA, Julio Pablo. *Curso de Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2012, t. I, p. 544.

¹⁵ HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de procedimientos administrativos. Ley 19.549*. Astrea. 8ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2006, pp. 149 y ss.

¹⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho...*, t. 3, 9ª edición pp. VI.1 y ss.

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ley Nacional de procedimiento administrativo*. LA LEY, Buenos Aires, 2009, pp. 384 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*. Editorial Porrúa. México, 2014, pp. 336 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del derecho público, constitucional y administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2015, p. 51.

¹⁸ ABERASTURY, Pedro, “El proceso de lesividad en Argentina”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2016, N° 14, p. 699.

¹⁹ POZO GOWLAND, Héctor, en POZO GOWLAND, Héctor/ HALPERIN, David/ AGUILAR VALDEZ, Óscar /JUAN LIMA, Fernando/ CANOSA, Armando, *Directores. Procedimiento...*, t. III, p. 437.

²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ley Nacional de Procedimiento...*, pp. 384 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo...*, p. 337.

En ambos casos, el criterio interpretativo que lleva a apartarse del tenor literal parece acertado.

Lo que me importa destacar del derecho argentino es que, a mi juicio, sienta el principio de la irrevocabilidad del acto administrativo creador de derechos. Para revocar un acto nulo, creador de derechos, es preciso acudir al proceso de lesividad. Esta revocación no la puede hacer la Administración sino el juez.

La acción de lesividad se fortalece aun más en la actual concepción del derecho basado en la centralidad de la persona humana y, en Argentina, sobre todo luego de la reforma constitucional de 1994 que, como advertía ABERSTURY, efectúa una ampliación de derechos y garantías y limita las facultades ejecutorias de la Administración frente a los derechos de las personas.²¹

4. Evocaré, en tercer término el caso de la *Viuda de Berlín* del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de Berlín, de 14 de noviembre de 1956.²²

Este fallo, que procura proteger la confianza, dio origen al llamado *principio de confianza legítima*.²³

PIELOW destaca “el principio del Estado de Derecho como cuna principal de la confianza legítima” y subraya el papel que juegan los derechos fundamentales a favor de la confianza legítima.²⁴

LARENZ al referirse al principio de la confianza expresó:

“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico individual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras.”²⁵

En un intento de precisar la protección de la confianza legítima, COVIELLO escribió:

“La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general,

²¹ ABERASTURY, Pedro, “El proceso de...”, loc. cit., p. 699.

²² Ver sentencia en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014, N° 9, pp. 641y ss.

²³ GOTTSCHAU, Patrizia, “Caso de la viuda de Berlín”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014, N° 9, pp. 659 y ss.

²⁴ PIELOW, Joh. Christian, “El principio de la confianza legítima (“*Vertrauensschutz*”) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*. FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 100 y ss.

²⁵ LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas, Madrid, 1993, p. 91.

sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible;...”²⁶

La vida en sociedad exige que el Estado sea confiable. El Estado tiene el deber de ser confiable y, como correlato, las personas tenemos el derecho a poder confiar en la palabra del Estado.

La concepción del fallo de la *Viuda de Berlín* es recogida en sus aspectos esenciales en el artículo 48 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo Alemana en cuanto, en protección de la confianza, establece restricciones para la revocación de un acto administrativo creador de derechos.²⁷

Lo más importante de esta concepción es que se basa en la seguridad jurídica en la faceta relacionada con la confianza que debe merecer la conducta del Estado a los efectos de poder construir, a partir de ella, nuestro proyecto de vida. Entre las excepciones a este principio de irrevocabilidad, en la jurisprudencia de la *Viuda de Berlín*²⁸ y en el artículo 48 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo figura el conocimiento del vicio por parte del beneficiario, así como si el acto es obtenido por engaño doloso, amenaza o corrupción.

5. La faceta que llamo “patrimonialista” de la jurisprudencia *Dame CACHET y Carman de CANTÓN* y la faceta de la “confianza” de la jurisprudencia de la viuda de Berlín no se contradicen; más bien se complementan, y ambas integran el contenido de la seguridad jurídica.

Está fuera de discusión que la seguridad jurídica es un principio cardinal del ordenamiento jurídico.

BANDEIRA DE MELLO, refiriéndose a él, decía que si no es el principio más importante de entre los principios generales del derecho es indudablemente uno de los más importantes.²⁹ ROUBIER señalaba: “*Là ou cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister.*”³⁰

Lo interesante de las tres sentencias citadas radica en que no se fundaron en textos legislativos sino en principios. El derecho positivo vino después a ratificar la línea jurisprudencial indicada. En Francia, la jurisprudencia *Dame CACHET* fue recogida en el

²⁶ COVIELLO, Pedro J.J., *La protección de la confianza del administrado*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2004, p. 462.

²⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “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 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, pp. 362 y ss.

²⁸ GOTTSCHAU, Patrizia, “Caso de la viuda de...”, loc. cit., p. 665.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais”, en BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Grandes temas de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, p. 169.

³⁰ Citado por VALIM, Rafael, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Malheiros Editores. São Paulo, 2010, p. 19.

decreto N° 83-1025, de 28 de noviembre de 1983; en Argentina, la jurisprudencia *Carman de CANTÓN* fue recogida en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, decreto-ley N° 19.549/72, de 3 de abril de 1972 (modificado por el decreto-ley N° 21.686/77); en Alemania, la jurisprudencia de la *Viuda de BERLÍN* fue recogida en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976.

Y eso porque, como acertadamente observa GORDILLO, al fundarse en la seguridad jurídica la irrevocabilidad, en esos casos tiene base constitucional.³¹ En realidad, como la seguridad jurídica es inherente a la persona humana considero que es supraconstitucional, sin perjuicio de su recepción en los artículos 7 y 72 de nuestra Constitución. Por eso, toda la normativa infravalente en la materia debe interpretarse conforme a la Constitución o, mejor dicho, conforme al bloque de constitucionalidad; y si no existe norma infravalente, debe aplicarse directamente los principios generales que presiden el bloque relacionados con el tema.

6. Esta concepción no se limita a estos países, ha trascendido a otros, porque es una cuestión de principios, de principios de máximo valor y fuerza.

Así, en Colombia, los aspectos esenciales que he desarrollado han sido recogidos en la nueva ley de procedimiento administrativo.

Al respecto, Libardo RODRÍGUEZ ha expresado:

“En el CPACA, respecto de los actos creadores de derechos, se ha buscado privilegiar la seguridad jurídica, la buena fe y los derechos adquiridos por encima de la legalidad y el interés general. En efecto, según el artículo 97, como regla de procedimiento administrativo general, ‘cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular’. En consecuencia, salvo en los casos de normas especiales, si la Administración considera que su acto administrativo favorable es ilegal ‘deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo’, en ejercicio de la llamada ‘acción de lesividad’.”³²

III. DERECHO URUGUAYO

1. Luego de este sobrevuelo por el derecho comparado ingreso al derecho administrativo uruguayo.

2. Previo al análisis del tratamiento del tema en nuestro derecho estimo necesario indicar qué entiendo por revocación y considerar la cuestión del acto nulo.

3. Entiendo por revocación la extinción de los efectos de un acto administrativo, dispuesta por otro acto administrativo, esencialmente unilateral, de carácter derivado y principal, tanto por razones de mérito como de legitimidad.³³

³¹ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho...*, t. 3, 9ª edición, pp. VI-2 y ss.

³² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “La revocación o retiro...”, loc. cit., p. 207.

³³ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del acto administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general*. Montevideo, 1999, p. 204.

Mientras que la anulación de un acto administrativo se efectúa siempre en vía jurisdiccional, por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 309 de la Constitución) y excepcionalmente en vía administrativa por parte del Poder Ejecutivo al resolver el recurso de anulación interpuesto contra actos de Servicios Descentralizados (art. 317 de la Constitución),³⁴ la Administración carece de una potestad de anulación de principio, la revocación se efectúa siempre por acto administrativo.

4. El término *acto nulo* se reserva en Argentina para el acto viciado de nulidad absoluta. Precisamente, el artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo refiere al acto afectado de nulidad absoluta.

La distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, tan generalizada en el derecho comparado, en nuestro país la realiza el Código Civil pero resulta aplicable al derecho privado; no es de aplicación, a mi juicio, con relación a los actos administrativos.

En nuestro derecho, así como no procede en derecho administrativo la máxima del derecho civil, no hay nulidad sin ley que la establezca, no procede la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa.

Un acto puede ser anulado sin que exista una causal de nulidad expresamente prevista por la ley y puede ser anulado solamente por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o por el Poder Ejecutivo al resolver un recurso de anulación, según se ha dicho, si posee un vicio susceptible de nulidad.³⁵

Además, no todo vicio configura causal de nulidad. La causal de nulidad depende de la gravedad del vicio. Hay actos viciados que, en virtud de la escasa gravedad del vicio, no son susceptibles de nulidad y otros que, por la gravedad del vicio, son susceptibles de nulidad por las vías ya indicadas. Los actos susceptibles de nulidad en Uruguay son aquellos perfectos que en Argentina se denominan *actos nulos*.

5. A fin de precisar estos conceptos es necesario tener en cuenta los requisitos del acto administrativo y las nociones de perfeccionamiento, validez y eficacia del acto administrativo.

6. Entre los requisitos del acto administrativo distingo los presupuestos y los elementos propiamente constitutivos.³⁶

Los presupuestos son anteriores al acto. Estos son el órgano competente, el motivo, el procedimiento y el fin debido.³⁷ Los elementos propiamente constitutivos son la declaración de voluntad de la Administración, el contenido, la forma y el fin querido.³⁸

7. Precisos los requisitos del acto podemos determinar la noción de perfeccionamiento y la de validez.

Un acto es perfecto cuando reúne todos sus elementos constitutivos o esenciales. Si falta uno de ellos no hay acto. Como habiendo voluntad administrativa siempre hay un contenido

³⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Revocación del...", loc. cit., pp. 202 y ss.

³⁵ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Cosa juzgada administrativa", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 353 y ss.

³⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Elementos del acto administrativo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2017, p. 223.

³⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Elementos del acto...", loc. cit., pp. 219 y ss.

³⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Elementos del acto...", loc. cit., pp. 221 y ss.

o un fin y una forma, la inexistencia del acto la encontramos cuando no existe una voluntad administrativa o, si existe, no recibió la forma que el ordenamiento jurídico exigió para la existencia del acto administrativo.³⁹

Un acto no perfecto es inexistente o, mejor dicho, no existe, es un no acto.

Un acto es inválido o ilegítimo—tomo estos términos como sinónimos, aun a sabiendas de que existen importantes autores que señalan diferencias entre ellos—⁴⁰ si falta alguno de sus presupuestos y si reunidos todos sus presupuestos y elementos constitutivos, alguno de ellos no se ajusta a derecho. En estos casos el acto existe, es perfecto, pero inválido o ilegítimo.⁴¹

La eficacia es la aptitud para producir efectos jurídicos. Deriva de las exigencias previstas por el derecho para la producción de efectos como la notificación personal, la publicación, el cumplimiento de una condición, el vencimiento del plazo previsto o el dictado de un acto posterior.⁴² No tiene ninguna relación con la validez. Un acto puede ser válido e ineficaz o inválido y eficaz.

Las distinciones efectuadas precedentemente importan porque lo que he considerado inexistencia del acto, en algunos de los países que he mencionado lo consideran acto nulo. Si el acto no se perfeccionó no existe, en consecuencia no podemos hablar en esos casos de revocación de un acto nulo. No se puede revocar lo que no existe. A lo sumo se puede, por razones de certeza, dictar un acto declarativo de inexistencia.

Es en los casos de invalidez o ilegitimidad es que podemos plantearnos el problema objeto de este trabajo.

En esos casos, la causal de nulidad se configurará en función de la gravedad del vicio—lo que se determinará en cada caso—y la nulidad del acto solo se puede disponer en alguna de las dos vías señaladas.

Si no se acudió a alguna de esas vías es que corresponde plantearnos la posibilidad de su revocación de oficio, y recién después de determinada la irrevocabilidad podremos plantearnos la incidencia del conocimiento del vicio por parte del destinatario.

8. En Uruguay no existe una regulación del tipo de la francesa, argentina, alemana y colombiana ya referidas. Solo tenemos el artículo 166 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, de aparición tardía, que indirectamente refiere al tema y que implícitamente presupone el principio de irrevocabilidad del acto creador de derechos, como luego se verá.

9. El tema en doctrina ha sido discutido.

REAL sostuvo, haciendo hincapié en el principio de legalidad, que la Administración tiene el deber de revocar aun sin recuso los actos administrativos ilegítimos, incluso si son creadores de derechos.⁴³ Y esa posición ha sido recogida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Pero esa no es la postura doctrinaria hoy dominante.

³⁹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Perfeccionamiento, validez y eficacia del acto administrativo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Derecho Administrativo. Otra forma...*, p. 243.

⁴⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Perfeccionamiento, validez y...", loc. cit., pp. 251 y ss.

CASSINELLI MUÑOZ y CAJARVILLE PELUFFO sostuvieron que la revocación sin recurso por razones de legitimidad no es un acto debido, sino discrecional. Tal discrecionalidad deriva de la existencia de plazos perentorios para recurrir. Sostener que la revocación sin recurso por razones de legitimidad es un acto debido equivale a dejar sin sentido los plazos perentorios previstos en la Constitución para recurrir. Pero esa revocación es posible si existen razones de interés público para disponerla; no basta para eso la ilegitimidad en sí misma.⁴⁴

Posteriormente, CAJARVILLE PELUFFO reformuló su posición⁴⁵ y, ante ello entendí que había adherido a la opinión de REAL.⁴⁶

CAJARVILLE PELUFFO justificó su cambio de opinión de la siguiente manera:

“el plazo para recurrir parece perder su razón de ser si cualquier denuncia de ilegalidad, en cualquier momento, creara a cargo de la Administración el deber de revocar; la existencia de ese deber parece contradictoria con aquel plazo. Pero este enfoque tiene que ver con la *firmeza* del acto; y como se señaló en el planteamiento del tema aquí debe considerarse su *estabilidad*, atinente a la mutabilidad o inmutabilidad de la situación que ha creado; cuestión ajena a su firmeza, como lo es también su legitimidad o ilegitimidad; ambas atañen a las normas de fondo aplicables al acto y a la situación que ha creado.

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 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 favorable o gravosa para el destinatario. Cuando el acto es lesivo, es verdad que el vencimiento del plazo establecido constitucionalmente imposibilita al lesionado a recurrirlo en vía administrativa, y por consecuencia 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. Pero sólo hasta ahí llega el concepto de *firmeza* y la finalidad de su consagración; no se legitima con ella el acto inválido ni la situación que haya creado, y no puede calificarse de discrecional sin caer en contradicción la opción de la Administración por persistir en la ilegitimidad, si por tal se ha de entender la posibilidad de optar entre varios comportamientos legítimos.

Bajo la interpretación predominante del art. 312 de la Carta en su redacción original, la firmeza impedía al lesionado también promover la acción de reparación. Pero el nuevo texto producto de la reforma de 1996 le permite acudir directamente al reparatorio, y a tal

⁴¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Perfeccionamiento, validez y...”, loc. cit., p. 251.

⁴² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Perfeccionamiento, validez y...”, loc. cit., pp. 243 y ss.

⁴³ REAL, Alberto R., “Extinción del acto administrativo creador de derechos”, en *REAL Alberto, R. Estudios sobre derecho administrativo*. F.C.U. Montevideo, 1967, t. II, p. 46.

⁴⁴ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, año X, Números 1-2, pp. 334 y ss.; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Invalidez de los actos administrativos en la ley N° 15.524. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de derecho*. Editorial Universidad, p. 11.

⁴⁵ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, t. II, pp. 128 y ss.

⁴⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Limitaciones a la revocación...”, loc. cit., pp. 376 y ss.

efecto es relevante proclamar que la persistencia en la ilegitimidad es un comportamiento ilegítimo de la Administración, y no una legítima opción discrecional.⁴⁷

10. Por mi parte, y desde hace muchos años, he sostenido que la Administración no puede revocar actos administrativos firmes, es decir, inimpugnables, creadores de derechos o, en términos más generales, creadores de una situación favorable, ni siquiera por razones de legitimidad.⁴⁸

Para sustentar mi afirmación me basé en los principios que fundaron las sentencias *Dame Cachet*, *Carman de Cantón* y la de la *Viuda de Berlín*, verdaderas cumbres de la jurisprudencia universal.

Los tres fallos citados se basan fundamentalmente en la seguridad jurídica. Pero mientras que la sentencia francesa y la argentina atienden básicamente un determinado componente del concepto de seguridad jurídica, la estabilidad de los derechos adquiridos, la sentencia alemana apunta a otro aspecto de la seguridad, la confianza, derivada de la certidumbre.

La primera es una visión de tipo “patrimonialista”; la segunda se preocupa del comportamiento futuro.

Hoy en día, se afirma la existencia del derecho a la *certidumbre jurídica*. VILLAR PALASI lo define como “la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada.”⁴⁹ Este derecho implica no solo el derecho a conocer qué es lo que dicen las reglas de derecho sino también a conocer cómo se interpretan y cómo se aplican.

La vida en sociedad requiere un comportamiento previsible del Estado, y esto se logra con una aplicación uniforme del derecho.⁵⁰

Por eso es que he afirmado en nuestro derecho la irrevocabilidad de los actos administrativos firmes y estables: porque se trata de una cuestión de principio, un principio que –por derivar de la seguridad jurídica– es inherente a la persona humana. Es más, la

⁴⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho...*, t. II, pp. 128 y ss.

⁴⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del...”, loc. cit. pp. 206 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Impugnación de reglamento”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 253 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Cosa juzgada administrativa”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general...*, pp. 348 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso Administrativo*, segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015, pp. 181 y ss. y 234 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2007, vol. V, pp. 235 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos...*, Montevideo, 2010, vol. VI, pp. 206 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por...”, pp. 370 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Contenido adjetivo y sustantivo de las leyes de procedimiento administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 417 y ss.

⁴⁹ VILLAR PALASI, José L, y VILLAR EZCURRA, José L. “El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, (Coordinador). *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*. CIVITAS. Madrid, 1993, t. I, p. 101.

⁵⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Seguridad para las inversiones en el Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 80 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El precedente administrativo”, en *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Uruguay/Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, 2010, N° 5, p. 68.

solución del artículo 166 del decreto N° 500/1991, de 27 de setiembre de 1991, en cuanto mantiene los actos firmes y estables de ejecución de un acto de efectos generales, derogado o anulado como consecuencia de un recurso por razones de legitimidad, presupone esta posición.⁵¹

Este artículo 166 del decreto N° 500/991 dice así:

“La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una norma de carácter general, implicará la derogación, reforma o anulación de dicha norma según los casos. Sus efectos serán generales y, en los casos de anulación o derogación o reforma por razones de legitimidad serán además con efectos retroactivos (*ex tunc*), sin perjuicio de que subsistan:

- a. los actos firmes y estables dictados en aplicación de la norma impugnada; y,
- b. los derechos adquiridos directamente al verificarse el supuesto de hecho previsto en dicha norma sin necesidad de acto de ejecución alguno que no resulten incompatibles con el derecho del recurrente.

En todos los casos previstos en este artículo, la resolución del recurso deberá publicarse en el ‘Diario Oficial’.”

Como se advertirá este artículo no pretende innovar la solución prevista en el artículo 143 del decreto N° 640/973⁵² que proviene del decreto de 12 de mayo de 1964, sino precisar algunas cuestiones que a mi juicio se desprendían implícitamente del texto y del contexto de nuestro ordenamiento jurídico que, por cierto, incluye los principios generales del derecho.

Este artículo se inspira en los aspectos esenciales de las sentencias *Dame Cachet y Carman de Cantón* ya citadas, así como en los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo de Argentina. Se orienta además en el sentido de la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés (C.E. 3 de diciembre de 1957, *arrêt CAUSSIDÉRY* y otros),⁵³ y se encuentra en la línea del artículo 73 de la ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española, y del artículo 46.4 del Proyecto de Código Procesal Administrativo modelo para América Latina elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ.⁵⁴

⁵¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso GELMAN vs. URUGUAY”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Neoconstitucionalismo y...*, pp. 837 y ss.

⁵² El artículo 143 del decreto N° 640/973, de 8 de agosto de 1973 decía: “La resolución que haga lugar al recurso interpuesto contra una disposición de carácter general, implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos dictados en aplicación de la misma. En tal caso, la resolución del recurso deberá publicarse en el ‘Diario Oficial’.”

⁵³ AUBY, Jean M. /DRAGO, Roland, *Traité de Contentieux Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1962, t. III, p. 106; ODENT, Raymond. *Contentieux administratif*. Les Cours de Droit, Paris, 1970-1971, 2ème Tirage, fascicule VI, p. 1607; DEBBASCH, Charles/ RICCI, Jean C., *Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1985, p. 829.

⁵⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/ CASSAGNE, Juan C. *La justicia administrativa en Iberoamérica*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005, p. 115; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La administración ante el reglamento ilegal”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público...*, vol. II, p. 316.

Este artículo 166 presupone la inviabilidad jurídica de la revocación de un acto administrativo firme⁵⁵ y estable⁵⁶ aun por razones de legitimidad.

En respuesta a la nueva opinión de CAJARVILLE PELUFFO ya transcrita expresé:

Antes que nada, reconozco que la jurisprudencia y una importante doctrina – importante en lo cuantitativo y en lo cualitativo– entendieron que durante la redacción original del artículo 312 de la Constitución no se podía presentar una acción reparatoria por daños provocados por un acto administrativo sin antes haber obtenido su anulación o, por lo menos, la reserva de la acción reparatoria.

Pero es preciso admitir que también una importante doctrina –importante en lo cuantitativo y en lo cualitativo– negó la prejudicialidad. Y esa doctrina con el tiempo se incrementó.

Como siempre me he afiliado a esta segunda tesis, siempre entendí que el citado artículo 312 no imponía el condicionamiento de la acción reparatoria a la anulatoria; y como fue durante la vigencia de ese texto que sostuve la imposibilidad de la revocación de oficio de actos administrativos creadores de derecho aun por motivos de legitimidad, me parece irrelevante la nueva redacción del artículo mencionado. Y me parece irrelevante porque estimo que la cuestión ahora en estudio –como enseguida se verá– no pasa exclusivamente por la responsabilidad de la Administración por la ilegitimidad del acto que dictó.

Es cierto que la firmeza significa la inimpugnabilidad del acto. Nadie tiene derecho a impugnar un acto firme.

También es cierto que esa inimpugnabilidad no impide, por esa sola razón, la revocación de un acto firme.

Pero no se puede olvidar, como bien lo expresó CASSINELLI MUÑOZ, que “la construcción jurídica del concepto de firmeza satisface el valor eficiencia de la actividad administrativa, 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”.⁵⁷ Eso no significa legitimar el acto inválido, sino simplemente poder actuar pese a su invalidez.⁵⁸

Si la firmeza habilita a la Administración a basarse en un acto anterior, pese a su ilegitimidad, para administrar los intereses generales que le han sido confiados, no se puede decir como lo dice ahora CAJARVILLE PELUFFO que esa persistencia en la ilegitimidad sea un comportamiento ilegítimo de la Administración.

Por esa razón estimo que asiste razón a CASSINELLI MUÑOZ cuando sostuvo que la revocación de un acto ilegítimo firme no es un acto debido sino una legítima opción

⁵⁵ Acto firme es el acto inimpugnable.

⁵⁶ La estabilidad es la restricción a la revocabilidad del acto o su anulación y ella deriva de las condiciones de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos. Ver CAJARVILLE PELUFFO, Juan P. “Recursos administrativos”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*. Acalí Editorial. Montevideo, 1977, p. 100; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Revocación del acto...”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 349 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La presunción de legitimidad...”, loc. cit., p. 239.

⁵⁷ CASSINELLI MUÑOZ, H., “Recurso erróneo contra un acto administrativo firme”, en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1957, t. 55, p. 36.

⁵⁸ Recuerdo que tomo los términos *ilegítimo* e *inválido* como sinónimos.

discrecional, porque justamente la firmeza habilita a la Administración a actuar pese a la ilegitimidad.

Pero esa discrecionalidad tiene un límite. Y aquí es donde juega el concepto de estabilidad.

Como muy bien lo señaló CAJARVILLE PELUFFO en el pasaje transcrito, la estabilidad es distinta de la firmeza, se relaciona con la mutabilidad del acto y depende de la situación de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos. La estabilidad significa una restricción a la revocabilidad del acto.

Si el acto no es firme por haber sido impugnado, un recurso por razones de legitimidad levanta las restricciones a la revocabilidad. No importa aquí si ese acto es creador de derechos, porque nuestra acción de nulidad y los recursos administrativos, encarados como un requisito de admisibilidad de esta acción, tienen un marcado acento subjetivo: configuran un instrumento tutelar de los derechos y determinados intereses legítimos. Por eso, ante esos derechos o intereses del recurrente no se puede oponer el derecho adquirido por un acto ilegítimo.

Pero si el acto es firme, no hay tal oposición de derechos. En consecuencia, razones de seguridad jurídica impiden la revocación de oficio de un acto creador de derechos.

Es que la seguridad jurídica, consistente en la salvaguardia de la persona y su patrimonio, especialmente garantida por los artículos 7 y 32, entre otros, de la Constitución, es uno de esos principios generales que derivan de la persona humana por lo que no solo integra, sino también preside, el llamado “bloque de constitucionalidad”. La actual concepción de derechos humanos que impera en el mundo impone esta solución. Pero aunque así no lo fuera, por lo menos en nuestro país deriva del artículo 72 de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, sobre todo, por el Pacto de San José de Costa Rica.

Una cosa es abstenerse de aplicar un reglamento ilegal para, entre otras cosas, no incurrir en responsabilidad, y otra revocar de oficio un acto firme y estable, porque si esto último ocurre se incurre en responsabilidad por el daño que produce tal revocación. La Administración no puede evitar su responsabilidad por dictar un reglamento ilegal y causar un daño a otro al revocar de oficio el acto de ejecución de ese reglamento si es firme y estable.⁵⁹

Luego de esta respuesta y de los comentarios efectuados por otros destacados colegas sobre la nueva posición de CAJARVILLE PELUFFO, éste volvió sobre el tema y expresó: “lamento haberme expresado de manera tan inapropiada para que estudiosos tan distinguidos me malinterpretaran.”⁶⁰ Y volvió a reformular su posición.⁶¹

⁵⁹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La Administración ante el reglamento ilegal”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 311 y ss.

⁶⁰ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Variaciones sobre el agotamiento de la vía administrativa, la revocación de los actos administrativos y el cumplimiento de la sentencia anulatoria. Análisis de unas sentencias, algunos precedentes y temas conexos y derivados”, en *Revista de Derecho Público*. F.C.U. Montevideo, 2017, N° 51, p. 123, llamada 55.

⁶¹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Variaciones sobre el agotamiento...”, loc. cit., pp. 121 y ss.

Con este replanteo queda claro que CAJARVILLE PELUFFO no adhiere a la posición de REAL, sino que se alinea en la de CASSINELLI MUÑOZ y, al hacerlo, efectúa una fundamentación que no había hecho cuando estudió por primera vez el tema.

Ante esto, cabe recibir con beneplácito este nuevo estudio del gran administrativista oriental. No obstante, cabe precisar que:

- a) la potestad discrecional que tiene la Administración al respecto, queda limitada por la estabilidad del acto, como lo he indicado hace mucho tiempo;⁶²
- b) la firmeza no convierte en legítimo un acto ilegítimo, pero habilita a la Administración a actuar en función de él pese a su ilegitimidad y, si bien la firmeza es una cuestión adjetiva, incide en el fondo al tornar en inimpugnable el acto y si este es creador de derechos, adquiere estabilidad.

Por eso, las nuevas precisiones de CAJARVILLE PELUFFO, no alteran mi opinión.

Es cierto que a veces se invoca a SAYAGUÉS LASO entre los que admiten la revocación de oficio de un acto administrativo por razones de legitimidad. Pero, en realidad, la opinión de SAYAGUÉS LASO no es tan tajante. Por un lado efectúa muchas precisiones y, por otro, advierte que, al introducirse en la Constitución de 1952 la acción de nulidad con el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad, se podría aceptar la jurisprudencia francesa en la materia,⁶³ que es precisamente la originada por el fallo Dame CACHET.

Además, no se puede olvidar que SAYAGUÉS LASO escribió su obra en 1953, es decir, en un medio cultural donde predominaba el positivismo jurídico y el Estado Legislativo, aunque estaban dadas las condiciones para que operase plenamente el Estado Constitucional; continuaba la visión autoritaria del Estado de Derecho y del Derecho Administrativo como Derecho de la Administración y casi no se hablaba de derechos humanos. No podemos, así, trasladar la opinión de SAYAGUÉS LASO emitida en ese contexto cuando el contexto cultural que vive el país es radicalmente diferente.

Es cierto que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo continúa admitiendo la revocación de oficio por razones de legitimidad aun de actos creadores de derechos. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo que, justo es decirlo, ha tenido en los últimos tiempos una evolución muy saludable, en ese aspecto continúa prisionero del pasado.

En la más reciente sentencia que conozco sobre el tema, el Tribunal volvió a repetir que no existen derechos adquiridos contra la legalidad.⁶⁴

Tal afirmación es incorrecta. Las lecciones que el derecho comparado nos han impartido y que se han visto en este estudio, demuestran su falsedad.

Libardo RODRÍGUEZ planteó muy bien el problema:

“La doctrina tradicionalmente se ha dividido entre quienes sostienen que los actos administrativos son revocables por esencia, y aquéllos que señalan que son irrevocables

⁶² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Revocación del...”, loc. cit., pp. 213 y 214.

⁶³ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2010, t. I, 9ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, pp. 511 y ss. y 523 y ss.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 492, de 29 de junio de 2017 recaída en autos caratulados: “GADILUZ S.A. con ESTADO. MINISTERIO DEL INTERIOR. Acción de Nulidad” (Ficha N° 835/2014) (CONSIDERANDO IV.1).

igualmente por esencia. Para sostener una u otra posición, la doctrina suele tomar partido por la protección de los principios de legalidad y de prevalencia del interés general, o de los principios de seguridad jurídica, buena fe y respeto de los derechos adquiridos.”⁶⁵

Pero adviértase que no hay tal oposición entre legalidad y seguridad jurídica, puesto que la seguridad jurídica es un componente de la legalidad.⁶⁶ La seguridad jurídica preside el bloque de constitucionalidad.

Además, es de interés general la tutela de los derechos fundamentales.⁶⁷

No puedo dejar de mencionar, por otra parte, que existen varios pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la República en el sentido de mi opinión,⁶⁸ y también sentencias del Poder Judicial. Entre estas destaco la notable sentencia del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno N° 13, de 12 de agosto de 2005,⁶⁹ que guarda un gran parecido con la del caso CARMAN DE CANTÓN. También la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, en base a los “principios de certeza y seguridad jurídica”, rechazó la legitimidad de la revocación de actos administrativos firmes y estables.⁷⁰

Mi opinión tiende a prevalecer actualmente también en doctrina, puesto que ha recibido la adhesión de las más selectas opiniones.⁷¹

11. Al igual que la ley alemana y el fallo *Assistance Publique-Hôpitaux de Marseille* del Consejo de Estado francés, de 29 de noviembre de 2002, he admitido la revocabilidad de un acto administrativo obtenido con maniobras fraudulentas o dolo del beneficiario.

Esto parece lógico, pues si el fundamento de la estabilidad es la seguridad jurídica no parece razonable que se beneficie de ella el que con dolo o maniobras fraudulentas obtuvo en su favor un acto ilegítimo.

También estimo que un acto administrativo arrancado con violencia (la violencia es un vicio del consentimiento), admite ser revocado aun en el caso de tratarse de un acto creador de derechos. Piénsese, por ejemplo, en un acto administrativo dictado como consecuencia de una ocupación de los locales de trabajo.

Claro está que todos estos casos también requieren una nueva precisión. Esos derechos adquiridos con dolo, o fraude o violencia pueden consolidarse por prescripción conforme al Derecho común. Si existe prescripción, pues, el acto es irrevocable aunque haya existido

⁶⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “La revocación o retiro...”, loc. cit., pp. 199 y ss.

⁶⁶ LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts...*, p. 244; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Cosa juzgada...”, loc. cit., pp. 350 y ss.

⁶⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Derechos prestacionales e interés público”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y...*, p. 213.

⁶⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso...*, p. 182, nota 427.

⁶⁹ *La Justicia Uruguaya*, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166, pp. J-300 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso...*, pp. 182 y ss.

⁷⁰ Dictamen de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo N° 70/2010, de 26 de febrero de 2010, recaída en los autos GENTA Bolívar C/ESTADO-Ministerio de Industria, Energía y Minería y Administración Nacional de Telecomunicaciones. Acción de Nulidad. Expediente N° 227/08.

⁷¹ DELPIAZZO, Carlos E., “Revocación del acto administrativo por razones de legalidad y derechos adquiridos”, en DELPIAZZO, Carlos E./ RUOCCO, Graciela (Directores). *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2013, t. II, pp. 242 y ss.; RUOCCO, Graciela, en DELPIAZZO, Carlos E./ RUOCCO, Graciela (directores) *Tratado...*, t. I, pp. 202 y 203.

dolo, maniobras fraudulentas o violencia. No debe olvidarse que en el comienzo de la prescripción hay una conducta ilegítima y, en definitiva, el fundamento de la prescripción es el mismo que el de la cosa juzgada: la seguridad jurídica.⁷²

12. Corresponde ahora considerar la cuestión del conocimiento del vicio.

Debo admitir que este punto es especialmente delicado. No obstante, estimo que se debe rechazar la posibilidad de la revocación de oficio de un acto administrativo creador de derechos, aun en el caso del conocimiento del vicio por parte del beneficiario del acto.

No olvidemos que el principio de la irrevocabilidad de oficio de un acto administrativo creador de derechos se basa en la seguridad jurídica. Éste es, pues, un tema de derechos humanos, hace a la dignidad humana. Por eso, se debe rechazar cualquier planteo que afecte la seguridad jurídica.

El tema del conocimiento del vicio plantea muchas dificultades y todas ellas afectan la seguridad jurídica. Por eso es que hay que evitar tal riesgo.

Por ejemplo, pensemos el caso de que se conozca el hecho que configura el vicio pero se puede ignorar que ese hecho jurídicamente sea un vicio. No tengo dudas de que esta hipótesis no justifica la revocación, pues da elementos a la Administración para crear una situación que afecta la seguridad. Ese es un riesgo que no hay que correr.

Por las mismas razones, no se pueden admitir figuras como las de una presunción de conocimiento, que no existe, ni la de “debiendo conocer”. La Administración debe probar el conocimiento y no acudir a tales ficciones.

Pero además, aunque se conozca el vicio, estimo que no es suficiente para justificar la revocación. Ni siquiera en caso de que el particular haya contribuido a la configuración del vicio, salvo naturalmente que lo haya hecho de mala fe, con lo cual caemos en la hipótesis de fraude o dolo.

El derecho se construye para el hombre normal, no para los santos.

Al hombre normal se le debe exigir la diligencia de un buen padre de familia, es decir, la diligencia de un hombre medio, no más. No se le puede pedir que actúe como un santo. Esto ya lo vio muy claro hace muchos años MONTESQUIEU cuando expresó que “ni la virtud puede ser ilimitada”⁷³.

En la relación Administración-particular, este último está en la situación más débil. Las tendencias más actuales en materia jurídica se orientan a favor de la protección del más débil. Admitir que la Administración pueda legítimamente revocar sus actos en estas situaciones implica una desprotección del más débil. “Los derechos fundamentales se afirman siempre *como leyes del más débil*—escribió FERRAJOLI— en alternativa de la ley del más fuerte que regía y regirá en su ausencia.⁷⁴ La Administración no puede actuar con la diligencia del hombre medio; debe actuar con la máxima diligencia porque está gerenciando intereses generales. Pero debe cuidarse a sí misma y no trasladar el control de sus omisiones a los particulares.

⁷² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Cosa juzgada...”, loc. cit., p. 354.

⁷³ MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, 1984, p. 186.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid, 1999, p. 54.

No se debe construir el derecho a partir de la patología. Si pretendemos construir un ordenamiento jurídico perfecto en el que se pueda, en toda circunstancia, eliminar cualquier acto antijurídico, no solamente no se logrará el objetivo –puesto que la perfección no es de este mundo– sino que, por el contrario, los ataques a la seguridad jurídica serán de tal magnitud que se arriesgará derrumbar todo el mundo del derecho. Aquí no se trata exclusivamente de la seguridad jurídica del particular beneficiario del acto, sino también, y por sobre todo, del ejemplo que eso significa para la sociedad en general. Por tanto, la irrevocabilidad de oficio del acto creador de derechos es una cuestión que atañe más al interés general que al particular el que, por cierto, también se ve contemplado.

Admitir la revocación de un acto creador de derechos por el simple conocimiento del vicio del destinatario crea tantos problemas para la seguridad jurídica que podría decirse que la enmienda es peor que el soneto. En efecto, admitir tal posibilidad da a la Administración un poder tal que puede hacer imposible la vida del particular y, en los hechos, desnaturalizar el principio de la irrevocabilidad de oficio del acto administrativo creador de derechos por razones de ilegitimidad, lo que engendra en la sociedad una inseguridad jurídica total.

IV. APRECIACIONES FINALES

1. De la seguridad jurídica se extrae el principio de la irrevocabilidad de oficio de los actos administrativos creadores de derecho, aun por razones de ilegitimidad.

2. Esa restricción no cabe a favor de quienes hayan obtenido el acto por maniobras fraudulentas, dolosas o con violencia. La seguridad jurídica no protege esas situaciones obtenidas de esa manera.

Pero la seguridad jurídica protege todas las otras situaciones fuera de las indicadas, incluida la hipótesis de un acto administrativo ilegítimo creador de derechos cuyo vicio es conocido por el beneficiado.

NOTA DE BIBLIOGRAFÍA

DE LA SOLIDARIDAD AL MERCADO. EL CUERPO HUMANO Y EL COMERCIO BIOTECNOLÓGICO.

María Casado Coordinadora. Autores: Manuel Atienza, Ana Rubio, Albert Reyes, Ricardo García Manrique, Esther Arroyo Amayuelas, Salvador Darío Bergel, Esther Farnás Amorós, Chloe Ballesté, Carme Barrot, Miriam Méndez García, Itziar de Lecuona. Editado por Universidad de Barcelona. Observatorio de Bioética y Derecho. 2017. 302 pps.

<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/ficha.aspx?cod=08646>

Mariana Blengio Valdés

El tema de fondo interpela al lector desde su propio título: 'solidaridad y mercado en relación al cuerpo humano. Temática cuyo abordaje, proyecta relevantes desafíos para las sociedades contemporáneas, desde la ética y la perspectiva de los derechos humanos.

El libro que contiene un análisis interdisciplinario coordinado por María Casado en el marco de las actividades universitarias del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, reúne trece aportes novedosos que promueven una profunda reflexión por la innovación con la cual se realizan los análisis. Fundamentos tales como la noción de los derechos fundamentales desde el análisis de aportes de filósofos de especial envergadura se vislumbran como un marco de referencia que permite proyectar los cuestionamientos que se suscitan en una sociedad universal donde los imperativos del avance biotecnológico y los nuevos descubrimientos en materia científica imprimen a los humanos individual y colectivamente, un andar vertiginoso, que no reconoce claramente fronteras ni límites, y por momentos parece perder la fortaleza de principios fundados en valores humanos ampliamente reconocidos por los ordenamientos jurídicos.

Los aportes cuestionan desde diversas miradas, aspectos tales como la aplicación de criterios que priorizan las relaciones mercantiles en ámbitos donde desde tiempos lejanos se reservaban a la gratuidad y la solidaridad entre las personas. Esto es, todo lo relativo al cuerpo humano.

Así la obra se introduce en reflexiones sobre el significado del cuerpo y la relación del humano consigo mismo, en vida y en la muerte. Temas como la propiedad o posesión del cuerpo; la disposición de sus partes en el mercado; y las prácticas que apuntan a la comercialización. Todo ello en el marco de una sociedad utilitarista que brega por la perpetuidad de la vida humana a cualquier costo, la supremacía de lo presumiblemente perfecto no solo en materia estética, la prevención y erradicación de enfermedades como

forma de reducción de costos sanitarios además de individuales, entre múltiples premisas que utilitariamente se vislumbran y se visualizan en muchos casos invisiblemente en sistemas integrados de salud.

El enfrentamiento entre la libertad de la persona y aspectos éticos vinculados a su condición vital transitan en debates que exigen un abordaje reflexivo y atento a los imperativos que emanen de la comunidad en su conjunto. Entre éstos: aspectos vinculados a la donación y trasplante de órganos, su tráfico así como la comercialización de la genética y otras áreas vinculadas a la reproducción humana asistida, como la gestación subrogada además de la investigación y almacenamiento de muestras biológicas. Todo ello en una dimensión que pone en juego también la singularidad e identidad única de la persona humana.

Desde la perspectiva de los derechos humanos el análisis de la obra nos permite transitar en cuestiones que atañen a la existencia de la especie humana y cuya dimensión trasciende lo puntual para interpelar en el siglo XXI a la sociedad en su conjunto, y concretamente, al sistema democrático basado en el reconocimiento de garantías como eje sustancial de la vida individual y social.

Desde esta mirada que se afianza en la protección de los derechos y libertades la preocupación por no materializar o instrumentalizar el cuerpo en su conjunto o sus partes individuales colide en múltiples aspectos con la invocación de la libertad de elegir y de poseer lo que es nuestro por naturaleza o condición de especie.

Ante este panorama que nos convoca individualmente surge la interrogante de cual es el rol que el Estado, como regulador y ordenador de las conductas humanas, debe asumir. En definitiva si es desde una actitud permisiva que contemple la libertad intrínseca o desde un rol restrictivo que apueste a regular conductas e intereses diversos, lo que más allá de la individualidad implica una toma de posición con posturas o acciones que pueden trascender a generaciones futuras.

¿Podemos considerar el cuerpo humano como un recurso al cual debemos atribuir gratuidad o precio?

Aspectos tales como la donación de células reproductivas incluyendo la donación de embriones bajo la premisa de proyectar la mater/paternidad convocan al intérprete a un sinnúmero de cuestionamientos que ponen en vilo la existencia misma de la persona, la dimensión de la dignidad como valor no definido, y la responsabilidad para con los seres humanos que se gesten. Por su parte la libertad de elegir y disponer del cuerpo se tensa al ponerse sobre la mesa la legitimidad de “alquilar el vientre” de otra mujer con fines reproductivos.

Como bien concluyen muchos de los enfoques que se incluyen en la obra, pujan en este contexto valores tales como la dignidad, en su carácter de gran soporte de los derechos y libertades inherentes a la persona frente a una sociedad de mercado que muchas veces tras la sombrilla de algunas premisas aceptables, ocultan intereses lucrativos y comerciales cuya envergadura mercantiliza las decisiones y las despoja de lo humano.

El moderno enfoque que se imprime a estas páginas permite visualizar un ejercicio intelectual que basado en una realidad pujante y vertiginosa, requiere una puesta a punto así como también, la toma de posición individual y luego colectiva si fuera posible, en relación al rol que el individuo mismo en el marco del ordenamiento jurídico y el Estado de Derecho habrá de preconizar en aras de sobrellevar los desafíos que ponen en juego la especie toda.

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 IIJ, 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.