

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO

DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº 53

Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

Directora
Mariana Blengio Valdés



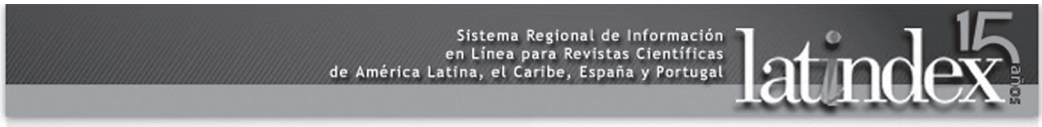
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 27. Número 53. Julio 2018

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. Delpiazzo (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

Las asociaciones civiles como organizaciones. Concreción e integración del Derecho Constitucional de asociación <i>Virginia S. Bado Cardozo</i>	7
La exigibilidad de los derechos económicos y sociales en el ámbito interamericano y su realidad en Uruguay <i>María Paula Garat</i>	19
La transmisión a título universal del Derecho Mercantil ante la ley fiscal <i>Jorge W. Ibiñete</i>	37
Efectos de la sentencia anulatoria dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en relación al alcance subjetivo. Análisis del artículo 311 de la Constitución de la República, y su aplicación <i>Florencia Mesa Dupuy</i>	57
Acceso a internet y libertad de expresión en línea: ¿derechos humanos? <i>María Emilia Miller Genta</i>	77
Importancia de la jurisprudencia internacional en la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria <i>Moirah A. Sánchez Sanz</i>	85
Un acercamiento al problema de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa <i>Alfonso Renato Vargas Murillo</i>	105
CONFERENCIA MAGISTRAL	
Ejecución forzada de las sentencias anulatorias <i>Carlos E. Delpiazzo</i>	121

NOTA DE BIBLIOGRAFÍA

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco
y la Discapacidad

María Casado, Antoní Vilá con la colaboración de Albert Reyes, Itziar de Lecuona,
Blanca Bórquez

Alba Betolaza 137

Normas de publicación para los autores. Revista Derecho Público 139

DOCTRINA

LAS ASOCIACIONES CIVILES COMO ORGANIZACIONES. CONCRECIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ASOCIACIÓN

Virginia S. Bado Cardozo*

RESUMEN. *En Uruguay, el derecho de asociación se encuentra protegido constitucionalmente y el Estado reconoce a las asociaciones el atributo de la personalidad jurídica en tanto se cumpla con una serie de requisitos formales. Las normas que regulan a las asociaciones son muy específicas y resultan insuficientes para completar las omisiones estatutarias. De forma de integrar las referidas omisiones, en este trabajo se observa a la asociación civil desde la particular visión de la teoría del órgano y se sostiene que ésta no ha de ser una doctrina de aplicación exclusiva del Derecho Público. Por el contrario, se afirma el valor del órgano como formador de la voluntad de la persona jurídica asociación y se examina el ámbito de la competencia como garantía de la separación de poderes en esta institución. Asimismo, comprendiendo que la asociación civil es un fenómeno asociativo afín a la sociedad comercial, es de rigor analizar la posibilidad de integrar el esbozado derecho de asociación con la legislación societaria.*

PALABRAS CLAVE. *Asociación civil. Teoría del órgano. Institución. Competencia. Sociedad comercial.*

ABSTRACT. *In Uruguay, freedom of association is enshrined in the constitution, and the State recognizes associations as legal entities as long as a number of formal requirements are met. The rules that regulate associations are very specific and fail to make up for omissions in the bylaws. In order to integrate the aforementioned omissions, this paper looks at civil associations from the particular viewpoint of the Organ*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales UDELAR. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Profesora Adscripto Adjunto de Derecho Comercial UDELAR. Correo electrónico: vbado@derechocomercial.edu.uy.

Theory of Government and maintains that this doctrine should not be exclusively applied by Public Law. On the contrary, it endorses the value of government bodies as originators of the will of an association as a legal entity and examines the scope of competition as a guarantee of division of powers in this institution. Furthermore, on the understanding that civil societies are an associative phenomenon related to corporations, it is necessary to analyze the possibility of integrating the outlined freedom of association together with corporate legislation.

KEY WORDS. *Civil association. Organ Theory of Government. Institution. Competition. Corporations.*

I. REGULACIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DE LA ASOCIACIÓN EN EL DERECHO URUGUAYO

A. Constitución de la República

En Uruguay existe un derecho de todas las personas a asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, en tanto no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley. Así se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución vigente. Las asociaciones ilícitas se encuentran definidas en el artículo 1 de la Ley 9936/1940, de 18 de junio¹.

El derecho de asociación viene siendo reconocido desde la Constitución de 1934, en el artículo 38². Luego, en la Constitución de 1952, pasa a ubicarse en el artículo 39 y allí permanece, inalterado, desde entonces, hasta nuestros días³.

¹ El artículo 1 de la referida Ley establece: «*Se consideran asociaciones ilícitas: 1° Las que difundan ideas contrarias a la forma de gobierno democrático-republicana, adoptada en el primer inciso del artículo 72 de la Constitución.*

2° Las de carácter político o social, excepción hecha de las de carácter religioso, que en su organización o funcionamiento o directrices o finalidades o provisión de recursos, estén vinculadas a la voluntad de una persona o de un poder extranjero, o de cualquier entidad extraña al país, en vez de estarlo a la de sus asociados.

3° Las constituidas en la República con finalidades de acción política en el exterior, y

4° Las que usen enseñas, uniformes, símbolos o saludos que singularicen a partidos, tendencias o entidades políticas extranjeras.

² El artículo 38 de la Constitución de 1934 dispuso: «*Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la Ley.*»

MARTINS entiende que el artículo 173 de la Constitución de 1918² contemplaba al derecho de asociación en tanto derecho inherente a la personalidad humana (MARTINS, Daniel Hugo, *Constitución de la República Oriental del Uruguay. Comentada, anotada y concordada*, t. 1 [Montevideo: La Ley, 2014], pp. 253 y 254). El artículo 173 de la Constitución de 1918 establecía: «*La enumeración de derechos y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.*»

³ Excede las pretensiones de este trabajo reflexionar sobre el derecho constitucional de asociación. No obstante, conviene diferenciarlo del derecho de reunión, derecho constitucionalmente protegido desde la Constitución de 1934 en el artículo 37: «*Queda garantido el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República, sino en virtud de una Ley y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos.*» Este derecho continúa protegido hasta nuestros días (actualmente en el artículo 38 de la Constitución) y su fuente se halla en el artículo 1 de la Ley 2499/1897, de 28 de julio. Pese a ello, el derecho no se incorporó a la Constitución de 1918 y hubo de esperarse hasta la de 1934.

B. Código Civil

El derecho de asociación se concreta en el artículo 21 del Código Civil. Esta norma establece que todos los individuos de la especie humana son personas y considera personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, al Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública.

En lo que refiere a las personas jurídicas, la norma las clasifica en públicas y privadas⁴. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones civiles viene dado por el Estado, por intermedio del Ministerio de Educación y Cultura, a pedido de la asociación, para cada caso concreto. Se trata, éste, de un reconocimiento administrativo⁵, resultado de un acto administrativo.

C. Leyes

Tal vez sea menester comenzar el repertorio de leyes relacionadas con las asociaciones haciendo referencia a la Ley 15.737/1985, de 8 de marzo, norma que ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el denominado «Pacto de San José de Costa Rica»), cuyo artículo 16 reconoce a todas las personas el derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. El ejercicio de este derecho de asociación sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. La norma dispone deja a salvo la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Existe una ley que se aplica a todas las asociaciones, pero que trata de un asunto tan puntual que de modo alguno puede considerarse una ley reguladora de la asociación. Nos referimos a la Ley 12.284/1956, de 9 de mayo, de Asociaciones Civiles, ley que, pese a la generalidad de su nombre, tiene un único artículo que se limita a autorizar a las asociaciones que cumplan ciertos requisitos a sesionar en segunda convocatoria con el número de asociados que concurra⁶.

La Ley que merece mayor atención es la 15.089/1980, de 9 de diciembre, por la cual se establece que el Ministerio de Educación y Cultura será quien ejercerá la policía administrativa de las asociaciones civiles y de las fundaciones. De acuerdo al artículo 1, los cometidos del Ministerio se reducen a ejercer el control sobre los actos de creación, de funcionamiento, disolución y liquidación. Luego, el artículo 2 le otorga facultades para aplicar sanciones a las asociaciones civiles y fundaciones que incurran en infracciones a las

⁴ GAMBINO CREVANI, Hugo, *Personas jurídicas* (Montevideo: Facultad de Derecho, 1958), p. 25.

⁵ BERDAGUER, Jaime, *La sociedad civil ¿es sujeto de derecho?* (Montevideo: FCU, 2007), p. 21.

⁶ El artículo 1 de esta Ley establece: «Autorízase a las Asociaciones Civiles que a la fecha de la presente ley, gozando de personería jurídica, tengan más de cinco mil asociados, y cuyos Estatutos exijan quórum o mayorías especiales para su reforma - y al solo fin de la aprobación de nuevos procedimientos de modificación de los textos estatutarios - a efectuar, como etapa complementaria del trámite vigente, una segunda convocación del órgano que corresponda, el que podrá sesionar entonces con el número de asociados que concurran, y adoptar resoluciones por mayoría del total de presentes».

normas legales, reglamentarias o estatutarias. La norma establece una serie de sanciones, las que vienen graduadas en orden de importancia, en observación, apercibimiento y multa. La potestad de imponer estas sanciones es propia del Ministerio de Educación y Cultura.

El artículo 3 establece lo que la Ley denomina *intervención*, medida que es dispuesta por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Educación y Cultura, en tanto se acrediten las situaciones de hecho previstas en los numerales 1, 2 y 3⁷. No se trata de una sanción. De acuerdo al artículo 4, la medida de intervención puede estar a cargo de un veedor, uno o varios coadministradores, o de uno o varios administradores. Todo lo relacionado con sus atribuciones y el plazo de duración de la medida es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Educación y Cultura.

Existe, luego, la Ley 15.137/1981, de 21 de mayo, de Asociaciones Profesionales⁸ y la Ley 17.777/2004, de 21 de mayo, de Constitución de asociaciones y sociedades agrarias, contratos agrarios colectivos y de integración⁹.

D. Decretos

Existen dos decretos con diverso contenido, uno que establece multas para el caso de infracciones a las normas legales, reglamentarias o estatutarias (Decreto 61/2012), que se entiende enmarcado en el Decreto Ley 15.089 referido, y otro que reglamenta principalmente el procedimiento tendente a evitar que las instituciones civiles tengan una denominación igual o similar (Decreto 608/1973).

E. Resoluciones

Frente a la escasez de leyes y decretos se destaca la abundancia de resoluciones. Emanan de diferentes reparticiones de la Administración Pública (Administración de los Servicios de Salud del Estado, Ministerio de Educación y Cultura, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Industria, Energía y Minería) o de algunos gobiernos departamentales y refieren a cuestiones específicas que involucran a determinada asociación¹⁰.

⁷ El artículo 3, en los numerales referidos, dispone:

«1) Cuando hubiere comprobado actos graves que importaran violación de la ley, de la Reglamentación o del estatuto.

2) Cuando la medida resultare necesaria para proteger el interés público.

3) Cuando la situación de hecho imponga la necesidad de salvaguardar el patrimonio de aquéllas o los bienes morales o materiales que estuvieran a su cargo. En todo caso la intervención no podrá extenderse por más de seis meses, prorrogable por otros seis, por una sola vez. La medida tendrá siempre como finalidad restituir a la institución en el más breve término al cauce normal de su actividad y funcionamiento, o proceder, si ello no fuera posible o aconsejable, a la disolución y liquidación de la misma una vez cancelada su personería jurídica».

⁸ De acuerdo al artículo 1 de esta norma, las asociaciones profesionales son asociaciones civiles constituidas por trabajadores o empleadores de la actividad privada, que tienen como objeto la promoción, el estudio, la mejora y la defensa de sus respectivos intereses en el ámbito laboral.

⁹ El primer párrafo del artículo 4 de esta norma, bajo el título «De las asociaciones agrarias», dispone que «Las asociaciones agrarias son aquellas en que la voluntad asociativa se forma por acto constitutivo previsto en documento público o privado y suscrito por los fundadores, con el objeto dispuesto en esta ley».

¹⁰ En general tratan de la aprobación de proyectos de convenio entre la Administración y determinada asociación, la autorización de intervenciones sobre las asociaciones, su prórroga y cese, la concesión

No puede dejar de observarse la Resolución del Poder Ejecutivo, de 21 de septiembre de 1993, por la cual se propone un estatuto denominado «tipo» para las asociaciones civiles.

II. LAS ASOCIACIONES COMO INSTITUCIONES ORGANIZADAS

A. El órgano en la teoría de la institución

Se considera persona jurídica a toda persona constituida por entes públicos, asociaciones privadas o corporaciones de economía mixta que, en virtud de la ley o de un acto administrativo dictado con arreglo a la misma, ha sido investida de la posibilidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones¹¹. A los efectos de adquirir estos derechos y de contraer esas obligaciones, las personas jurídicas necesitan de órganos. Los órganos de las asociaciones civiles les permiten concentrar los esfuerzos de los asociados y utilizar los bienes comunes para la realización del fin que impone el interés colectivo en juego¹².

La estructura orgánica de las personas jurídicas, como lo son las asociaciones, es una premisa aceptada por todas las teorías de la personalidad jurídica que la explican como una realidad, ya sean organicistas (SCHAEFFLE y GIERKE), institucionalistas (HAURIUO y RENARD) o basadas en el interés protegido (SALEILLES y FERRARA)¹³. Esta premisa no es compartida por aquellos autores que sostienen que la personalidad jurídica de las asociaciones se explica por la teoría de la ficción.

Entre nosotros, SAYAGUÉS LASO afirma que el concepto de órgano se estudia habitualmente en relación con la administración de las personas públicas, a pesar de que lo correcto sería estudiarla, con carácter general, tanto respecto de personas públicas como privadas¹⁴. En la misma línea de pensamiento, CAJARVILLE PELUFFO sostiene que los conceptos de «persona jurídica», «cargo» y «órgano», como medios instrumentales de su actuación, son admitidos y utilizados en todas las ramas del Derecho, sean públicas o privadas, perteneciendo, en realidad, a la Teoría General del Derecho¹⁵.

B. Concepto orgánico de asociación

En los términos expuestos, es comprensible que la mayor parte de las definiciones de asociación refieran al concepto de órgano. Entre nosotros, COUTURE entiende a la asociación como el «conjunto de personas agrupadas con arreglo a una organización estatutaria, con el objeto de lograr determinados fines materiales o espirituales»¹⁶. En la doctrina española, GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE define a la asociación como toda unión voluntaria, duradera y organizada de personas que ponen común sus fuerzas para conseguir un fin determinado¹⁷.

de autorizaciones de variada índole ante distintas solicitudes efectuadas por ciertas asociaciones y otras cuestiones puntuales, de interés para las asociaciones involucradas.

¹¹ COUTURE, Eduardo, Juan, Voz «personalidad jurídica», *Vocabulario Jurídico* (Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960), p. 466.

¹² GAMBINO CREVANI, op. cit., p. 52.

¹³ GAMBINO CREVANI, op. cit., pp. 52 y ss.

¹⁴ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.1 (Montevideo: s/e, 1963), p. 192.

¹⁵ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, t.1, 3ª ed. (Montevideo: FCU, 2012), p. 569.

¹⁶ COUTURE, Voz «Asociación», op. cit., p. 124.

¹⁷ GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7ª ed. (Madrid: Aguirre, 1976), p. 307.

BROSETA PONT agrega que la finalidad de esta unión consiste en alcanzar un fin de carácter ideal o extraeconómico¹⁸. En la doctrina italiana BRUNETTI define a la asociación en términos prácticamente idénticos¹⁹. Este concepto de asociación ha sido seguido por autores uruguayos²⁰ y argentinos²¹.

La organización se devela, entonces, en su verdadera importancia; la voluntad de ese ser, distinto a la simple suma de las voluntades individuales de sus miembros, se realiza y expresa a través de sus órganos²².

C. La competencia orgánica y los procedimientos

La idea de competencia y de procedimientos reglados para el funcionamiento de los órganos es consustancial al concepto de persona jurídica.

HAURIUO explica que, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos y regladas por ciertos procedimientos²³. Las instituciones, afirma HAURIUO, viven gracias a operaciones jurídicas de gobierno y de administración repetidas y ligadas por procedimientos²⁴.

Entre nosotros, CAJARVILLE PELUFFO explica que la razón de ser del concepto de órgano es justificar que la actividad intelectual de una persona física se atribuya a un sujeto de derecho distinto²⁵.

El concepto de competencia es, asimismo, consustancial al concepto de órgano. La competencia es el conjunto de facultades, funciones y atribuciones o poderes que la ley o el contrato le atribuye a un órgano.

SAYAGUÉS LASO se afilia a la opinión más generalizada según la cual el órgano comprende el cúmulo de funciones individualizadas y las personas llamadas a ejercerlas²⁶. En el mismo orden de ideas, DELPIAZZO explica que ha de distinguirse entre el órgano y el cargo. Así, mientras el órgano tiene funciones definidas, el cargo dispone de funciones relativamente indeterminadas²⁷.

¹⁸ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, 18 ed. a cargo de Martínez Sanz, F. (Madrid: Tecnos, 2011), p. 275. Entre nosotros adoptan esta definición

¹⁹ BRUNETTI, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, trad. de Solá Cañizares, t.1, (Buenos Aires: Uthea, 1960), p. 5.

²⁰ RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri Ethel y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo, *Manual de Derecho Comercial Uruguay*, v. 4, t.1 (Montevideo: FCU, 2006), p. 175.

²¹ ALCORTA, José, «La sociedad en la historia. Noción de sociedad comercial», en: Martorell, E.E. (Dir.), *Tratado de Derecho Comercial*, t 6, pp. 1-138 (Buenos Aires: La Ley, 2010), p. 26.

²² BARCIA LÓPEZ, Arturo, *Las personas jurídicas. Su responsabilidad civil por actos ilícitos* (Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1922), pp. 157, 215 y 216; DELPIAZZO, Carlos Eduardo, *Derecho Administrativo General*, v.1 (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2011), p. 227.

²³ HAURIUO, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, traducción, estudio preliminar, notas y adiciones de Carlos Ruiz del Castillo [Madrid: Reus, 1927], p. 83).

²⁴ HAURIUO, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968), p. 40.

²⁵ CAJARVILLE PELUFFO, op. cit., p. 572.

²⁶ SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 181.

²⁷ DELPIAZZO, op. cit., p. 229.

Cada órgano tiene, entonces, un ámbito de competencia que es exclusivo y excluyente. En la base de toda organización existe la separación de competencias, en un equivalente a la separación de poderes que se verifica en la organización estatal. Esta separación de competencias es lo que garantiza que un órgano no domine a otro²⁸. MÉNDEZ explica que los órganos son titulares de una porción funcional determinada que se le atribuye por razón de especialización y división del trabajo. La competencia es, continúa MÉNDEZ, una creación técnica que corresponde al ejercicio de funciones que se determinan y asignan en cada acto de constitución orgánica, de ahí que cada órgano tenga funciones concretas y una competencia que, por ser proyección de éstas, se rige por igual solución²⁹.

El concepto de competencia desempeña un papel equivalente al de capacidad de las personas físicas, de ahí que pueda afirmarse que las personas físicas gozan de *capacidad* y las personas jurídicas y sus órganos gozan de *competencia*. No obstante existir una importante diferencia de alcance entre un atributo y otro (la capacidad reconocida al ser humano lo habilita a desenvolverse en todo sentido, sin otros límites que los establecidos en la Constitución y las leyes [artículos 7 y 10 de la Constitución], mientras que los órganos actúan solamente en la zona que les fija la norma jurídica³⁰), la consecuencia de la falta de este atributo provoca la misma consecuencia: la nulidad absoluta.

Sólo cuando el órgano actúa dentro de su competencia obliga a la persona jurídica. De otro modo, esos actos no tienen ninguna validez³¹ y las partes pueden comportarse tal como si el acto no se hubiera estipulado³². Así, los actos que los órganos realicen en exceso de sus competencias estarán viciados de nulidad y cuando incidan en la competencia de otro órgano supondrán, asimismo, una usurpación de competencias, lo cual es motivo de especial sanción en el Derecho Administrativo.

La nulidad de la resolución adoptada por un órgano francamente incompetente es plena, esto es, no produce ningún efecto. Sin embargo, esto no significa que no deba solicitarse un pronunciamiento judicial pues, como recuerda GAMARRA, nadie puede hacerse justicia por la propia mano³³. Se tratará, éste, de un procedimiento ordinario y la sentencia que finalmente recaiga se limitará a constatar una nulidad preexistente³⁴. Se encuentran legitimados para peticionar al juez la declaración de nulidad absoluta, no sólo quienes participaron en el acto en cuestión, sino todos los que resulten ajenos en tanto posean un interés legítimo³⁵.

²⁸ HAURIU, *La teoría...*, pp. 47 y 48.

²⁹ MÉNDEZ, Aparicio, *La teoría del órgano* (Montevideo: Rosgal, 1949), pp. 28 y 29.

³⁰ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 191.

³¹ Nuestra jurisprudencia declaró nulo un compromiso de compraventa otorgado por los integrantes de la Comisión Directiva de una Asociación en infracción al procedimiento establecido estatutariamente para la adquisición de ciertos bienes que ordenaba que tal decisión fuera considerada y resuelta por la Asamblea General (Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º turno de 25 de abril de 2014 (UY/jur7331772014). En igual sentido, no consideró obligada a una Asociación al pago de una suma de dinero a la que se habían comprometido los integrantes de la Comisión Directiva que desobedecieron el Estatuto y no llevaron el punto a la consideración de la Asamblea General (Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno de Montevideo, de 31 de marzo de 2004 (UY/JUR/223/2004).

³² GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XVI (Montevideo: s/e, 1974, p. 155.

³³ GAMARRA, *op. cit.*, p. 161.

³⁴ GAMARRA, *id.*, *ibíd.*

³⁵ GAMARRA, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

Mientras tanto, los titulares del órgano tienen la obligación de defender su competencia³⁶ porque atribuir competencia es autorizar y, al mismo tiempo, imponer determinada actividad³⁷.

III. INTEGRACIÓN DEL DERECHO EN MATERIA DE ASOCIACIONES

El artículo 21 del Código Civil carece de contenido suficiente para dilucidar muchos de los problemas jurídicos que eventualmente pueda afrontar una asociación civil. Es necesario, por tanto, integrar el faltante con otros cuerpos normativos.

Ciertas figuras son ciertamente afines a la asociación civil. Nos interesa tratar el caso de la sociedad comercial, contrato que tiene un cuerpo normativo extenso, dispuesto en la Ley 16.060/1989, de 4 de septiembre, de Sociedades Comerciales (LSC), que eventualmente podría completar el Derecho esbozado en el artículo 21 del Código Civil.

La afinidad entre la asociación y la sociedad comercial queda de manifiesto en las palabras de GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE: «*El tema de nuestro tiempo en el Derecho mercantil es la asociación. Asociación cuando el esfuerzo individual y aislado es insuficiente para la lucha con la competencia. Asociación también de las empresas sociales, que confluyen en más amplios organismos, donde se esfuma el primitivo sustrato personal a través de una sucesiva superposición de organizaciones colectivas*»³⁸. El autor se refiere a un «*movimiento de asociación*» y a la sociedad comercial como el «*instrumento jurídico de conjunción de medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado*»³⁹.

Esta afinidad puede comprenderse de diferente manera. Tradicionalmente se ha considerado a la sociedad comercial como una *especie* dentro del concepto más amplio de la asociación⁴⁰ o como una *faceta* de ésta⁴¹. Asociación civil y sociedad comercial se distinguirían por una nota específica: la de tener un fin económico destacado en el caso de la sociedad comercial, fin que estaría ausente en la asociación civil⁴², lo que ha dado en concretarse en el denominado «*fin de lucro*»⁴³, esto es, la finalidad de repartir entre los socios las ganancias que se obtengan de la actividad⁴⁴. Se agrega, además, que las asociaciones son ajenas a cualquier finalidad utilitaria. Poseen, en cambio, un propósito social desinteresado que impide la aplicación de la legislación comercial en ningún caso⁴⁵.

³⁶ SAYAGUÉS LASO, op. cit., pp. 203 y 189.

³⁷ CAJARVILLE PELUFFO, op. cit., p. 574, nota 14.

³⁸ GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, op. cit., p. 306.

³⁹ GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, id. ibíd.

⁴⁰ GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, id. ibíd.

⁴¹ BROSETA PONT, op. cit., p. 275.

⁴² GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, op. cit., p. 307.

⁴³ BRUNETTI, op. cit., p. 53.

⁴⁴ En la doctrina española a MENÉNDEZ-MENÉNDEZ, Aurelio, *Estudios jurídicos y universitarios*, t. 1 (Cizur Menor-Navarra: Thomson Reuters, 2015), p. 604. En la doctrina francesa véase a PILLET, Antoine, *Des personnes morales* (Paris: Recueil Sirey, 1914), p. 334. En la doctrina italiana véase a ASCARELLI, Tulio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales* (Buenos Aires: Ediar, 1947), p. 28. En la doctrina argentina véase a CASTILLO Ramón, S., *Curso de Derecho Comercial*, t.3, 3ª ed. (Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1935), p. 6.

⁴⁵ STANOWSKY, Marcos, *Estudios de Derecho Comercial*, t. 1 (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1950), pp. 226 y 227.

Fuera de esta concepción tradicional, existe otra tendencia doctrinal que considera a la sociedad comercial comprendida en un concepto amplísimo de asociación, una suerte de «supraconcepto de sociedad», definido como agrupación voluntaria de personas para cualquier fin común caracterizada, no por el fin o causa, sino por la organización⁴⁶.

En España se verifica este novedoso planteo del concepto de sociedad a partir de la revalorización del derecho constitucional de asociación y de la existencia de leyes que reconocen figuras asociativas a las que se le aplica, por mandato legal, la legislación societaria en forma supletoria. Por todo ello, autores como GIRÓN TENA, PAZ-ARES y SÁNCHEZ-CALERO concluyen que el ánimo de lucro no es esencial al concepto de sociedad⁴⁷.

En Argentina, hace ya años, MALAGARRIGA ponía el acento en la organización y desviaba la mirada de la finalidad de lucro y así afirmaba «*Por ello, en resumen, consideramos en primer lugar, que si varias personas se agrupan para una finalidad común bajo la forma de sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada, se tratará de sociedad y no de asociación y en segundo término, que tampoco cabrá negar el carácter de sociedad a una agrupación con finalidad común que no tome una de esas formas aunque se dé a las utilidades obtenidas otro destino que el de acrecentar el patrimonio de sus integrantes, siempre, bien entendido, que se hallen reunidos los elementos que distinguen la sociedad de otras situaciones jurídicas que se le asemejan, materia ésta de ardua dilucidación*»⁴⁸.

Entre nosotros predomina la posición tradicional y así se entiende que las asociaciones civiles son personas privadas sin fines de lucro, esto es, organizaciones que, basadas en el esfuerzo común de la agrupación humana que las constituye, tienen un fin desinteresado que excluye el económico. Justamente, éste es el elemento diferenciador entre las sociedades comerciales, organizaciones que, sean civiles o comerciales, persiguen siempre fines esencialmente económicos o lucrativos⁴⁹.

Como consecuencia de esta postura, dado que la sociedad y la asociación son organizaciones sustancialmente diferentes, no corresponde la integración de las omisiones estatutarias de una asociación con las normas de la LSC porque se trata de regímenes jurídicos incompatibles, lo que se percibe, en concreto, en la ausencia de distribución de utilidades al asociado a la finalización del ejercicio económico y la falta de un derecho a la participación en caso de retiro o exclusión del asociado⁵⁰.

Asociación civil y sociedad comercial tendrían, no obstante la diferencia anotada, una importante similitud: la organización, organización que, en el caso de las sociedades anónimas, por ejemplo, desplaza al elemento contractual y las relaciones personales que

⁴⁶ En la doctrina española véase GIRÓN TENA, SÁNCHEZ CALERO, PAZ-ARES y EIZAGUIRRE apud VICENT CHULIÁ, VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 23 edición, v. 1 (Valencia: tirant lo blanch, 2012), p. 441, BROSETA PONT, op. cit., p. 276 y LANGLE, EMILIO, *Manual de Derecho Mercantil Español*, t.1 (Barcelona: Bosch, 1950), p. 349.

⁴⁷ BROSETA PONT, op. cit., p. 276.

⁴⁸ MALAGARRIGA, Carlos, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, t. I (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1950), p. 169.

⁴⁹ GAMBINO CREVANI, op. cit., pp. 123; RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual* v.4, t., p. 175; MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo, *Curso de Derecho Comercial*, 2ª ed. (Montevideo: Medina, 1952), p. 21.

⁵⁰ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, íd. ibíd. En la Jurisprudencia, véase la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno de Montevideo, de 31 de marzo de 2004 (UY/JUR/223/2004).

nacen de él y, en su lugar, aparece la persona jurídica, entidad ideal que se presenta en el mundo jurídico como persona y que tiene una vida independiente de la de los socios⁵¹.

IV. CONCLUSIONES

En nuestro país no existe una ley que establezca una regulación general para las asociaciones. En 1958 GAMBINO CREVANI explicaba que ello se debía a que tradicionalmente las cuestiones de estas personas jurídicas privadas sin finalidad de lucro rara vez trascendían lo económico.

Ciertamente hoy la situación ha cambiado. En la actualidad las asociaciones persiguen fines culturales, sociales o deportivos que no les impide obtener ganancias y aumentar su patrimonio, a veces de forma muy considerable. Trascienden, entonces, lo económico y algunas ganan mucho dinero. Lo que ocurre es que, a diferencia de las sociedades comerciales, el asociado no recibe ganancias. Toda la ganancia de la asociación se destina a la propia asociación que, indirectamente, favorecerá a sus asociados.

Así las cosas, como primera conclusión, se echa en falta una ley general que establezca un mínimo de regulación, como acontece en otros países⁵², pues la normativa sobre asociaciones civiles en nuestro país es parcial y se encuentra diseminada por todo nuestro ordenamiento jurídico, en normas de muy diverso rango.

En segundo lugar, las asociaciones civiles reconocidas por el Estado son personas jurídicas y, como tales, entes ideales que manifiestan su voluntad a través de sus órganos. Los órganos tienen un marco claro de funciones que cumplir y no pueden realizar otras tareas, ni invadir la esfera de competencia de otros órganos. Ello es garantía fundamental de la separación de poderes. Existen serias consecuencias para el obrar en contra del principio de competencia del órgano: de un lado, lo hecho por un órgano incompetente deriva en una nulidad absoluta por aplicación del artículo 1560 del Código Civil; de otro lado, el órgano desplazado debiera mantener su competencia puesto que proceder de otro modo compromete su responsabilidad en tanto la competencia de los órganos de una persona jurídica no ha de ser entendida como un derecho, sino como un deber.

En tercer lugar, el objeto social, deportivo o cultural de una asociación debiera ser entendido por oposición a objeto comercial, pero no como un objeto desinteresado. La asociación civil legítimamente puede pretender ganar dinero con su actividad y en ello no ha de verse reproche moral ni jurídico alguno. Lo que no ha de poder hacer la asociación civil es distribuir entre sus asociados los beneficios de esa actividad. Es por esta razón que la asociación civil es sustancialmente diferente de la sociedad comercial. No ha de olvidarse que la distribución de utilidades integra la definición de sociedad comercial, lo que es lo mismo que decir que no hay sociedad comercial sin pacto de distribución de utilidades. Dado

⁵¹ GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, op. cit., pp. 307 y 308. En el mismo sentido, ALCORTA, op. cit., p. 27.

⁵² Un buen ejemplo es España, país en que las asociaciones se encuentran reguladas en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo. Esta Ley regula el derecho de asociación protegido en el artículo 22 de la Constitución española y refiere exclusivamente a las asociaciones en sentido estricto, esto es, las organizaciones que no tienen ánimo de lucro. Luego existen unas asociaciones que llevan a cabo actividades económicas. Éstas se encuentran reguladas por la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía social y que igual que las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo y las cofradías de pescadores responden a ciertos principios de la denominada «economía social» (VICENT CHULIÁ, op. cit., pp. 441 y 442).

esta diferencia de sustancia, no puede integrarse el derecho esbozado en el artículo 21 del Código Civil con la Ley 16.060 de Sociedades Comerciales. Llegado el caso, los vacíos habrán de colmarse atendiendo en primer lugar a los estatutos de la asociación y, en segundo, lugar, siguiendo el procedimiento impuesto en el artículo 16 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALCORTA, José. «La sociedad en la historia. Noción de sociedad comercial», en: Martorell, E. E. (Dir.), *Tratado de Derecho Comercial*, t 6, pp. 1-138. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- ASCARELLI, Tulio. *Sociedades y Asociaciones Comerciales*. Buenos Aires: Ediar, 1947.
- BARCIA LÓPEZ, Arturo. *Las personas jurídicas. Su responsabilidad civil por actos ilícitos*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1922.
- BERDAGUER, Jaime. *La sociedad civil ¿es sujeto de derecho?* Montevideo: FCU, 2007.
- BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, 18 ed. a cargo de Martínez Sanz, F. Madrid: Tecnos, 2011.
- BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*, trad. de Solá Cañizares, t.1. Buenos Aires: Uthea, 1960.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, t.1, 3ª ed. Montevideo: FCU, 2012.
- CASTILLO, Ramón S. *Curso de Derecho Comercial*, t.3, 3ª ed. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1935.
- COUTURE, Eduardo Juan. Voz «personalidad jurídica» y voz «asociación», *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960.
- DELPIAZZO, Carlos Eduardo. *Derecho Administrativo General*, v.1. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2011.
- GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XVI. Montevideo: s/e, 1974.
- GAMBINO CREVANI, Hugo. *Personas jurídicas*. Montevideo: Facultad de Derecho, 1958.
- GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7ª ed. Madrid: Aguirre, 1976.
- HAURIUO, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- Principios de derecho público y constitucional*, traducción, estudio preliminar, notas y adiciones de Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Reus, 1927.
- LANGLE, EMILIO. *Manual de Derecho Mercantil Español*, t.1. Barcelona: Bosch, 1950.
- MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, t. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1950.
- MARTINS, Daniel Hugo. *Constitución de la República Oriental del Uruguay. Comentada, anotada y concordada*, t. 1. Montevideo: La Ley, 2014.
- MÉNDEZ, Aparicio. *La teoría del órgano*. Montevideo: Rosgal, 1949.
- MENÉNDEZ-MENÉNDEZ, Aurelio. *Estudios jurídicos y universitarios*, t. 1. Cizur Menor-Navarra: Thomson Reuters, 2015.
- MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo. *Curso de Derecho Comercial*, 2ª ed. Montevideo: Medina, 1952.
- PILLET, Antoine. *Des personnes morales*. Paris: Recueil Sirey, 1914.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri Ethel, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 4, t.1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, t.1 Montevideo: s/e, 1963.
- STANOWSKY, Marcos. *Estudios de Derecho Comercial*, t. 1. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1950.
- VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, 23 edición, v. 1. Valencia: tirant lo blanch, 2012.

Fecha de recepción: 23 noviembre 2017.

Fecha de aceptación: 1 de marzo 2018.

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO Y SU REALIDAD EN URUGUAY

María Paula Garat *

RESUMEN. *El trabajo estudia la problemática de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales a nivel interamericano, para luego contrastarlo con la realidad de Uruguay. Se analizan especialmente los últimos fallos correspondientes a los casos Suárez Peralta (2013) y Gonzales Lluy (2015), ambos respecto de Ecuador. Se observa cómo las dudas y contraposiciones expuestas y/o derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se presentan igualmente en el ámbito jurídico uruguayo. A estos efectos, se consideran algunos casos recientes y de relevancia práctica, los que constituyen ejemplos de la dicotomía asociada a esta materia. Se relacionan, asimismo, los derechos económicos y sociales con la tutela jurisdiccional y con la garantía del plazo razonable, determinando una importante interconexión de necesaria trascendencia en esta temática.*

PALABRAS CLAVE. *Derechos sociales. Eficacia. Tutela judicial. Costos. Plazo razonable.*

ABSTRACT. *The paper studies the issue of enforceability of economic and social rights at the Inter-American level, in order to draw a contrast with the reality of Uruguay. The decisions on cases Suarez Peralta (2013) and Gonzales Lluy (2015), both with respect to Ecuador, are analyzed. Moreover, the paper observes how doubts and conflicts exposed and/or derived from the Inter-American Court of Human Rights case-law are also presented in the legal field of Uruguay. For this purposes, the author considers some recent cases with practical relevance in Uruguay, which constitute examples of the dichotomy associated with this matter.*

* Abogada, Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, España, y Postgraduada en Especialización Tributaria por la Universidad Católica del Uruguay. Profesora Ayudante de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Uruguay. Actualmente doctoranda en la Universidad de Sevilla, España. Correo electrónico: paulagarat@hotmail.com

Economic and social rights are also studied in relation to judicial protection and the guarantee of reasonable judicial timeframe, determining an important interconnection with particular effects in this subject.

KEY WORDS. *Social rights. Enforcement. Judicial protection. Costs. Reasonable judicial timeframe.*

I. INTRODUCCIÓN

El 16 de diciembre del año 2016 se cumplieron cincuenta años transcurridos desde la adopción, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹. El 3 de enero de 2016 se cumplieron ya cuarenta años desde su entrada en vigor².

Si bien en estos cincuenta años ha habido grandes avances, la temática de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales aún continúa en plena vigencia y cuestionamiento.

Son varios los textos doctrinales, normativos y jurisprudenciales que afirman la interdependencia de los derechos, eliminando cualquier tipo de diferenciación entre los de una y otra generación³. No obstante, las dudas sobre la exigibilidad de los derechos económicos y sociales aún continúan, lo que se manifiesta en el ámbito práctico.

La exigibilidad de un derecho y, mayor aún, de un derecho económico o social conllevará un efecto económico, lo que podrá ser más o menos importante. El resultado financiero que una determina decisión posee subyace las consideraciones de cualquier juez o aplicador con competencia para fallar en determinado asunto, ordenando al Estado o entidad pública la realización de cierta actividad.

Esta es, entonces, una de las causas que conllevan a detener determinadas decisiones, auto-restringiendo la actividad del juzgador y evitando, así entonces, una exigibilidad mucho más proclamada.

La decisión que tiende a garantizar un derecho civil o político no respetado por el Estado no parece preocuparnos. No obstante, por el contrario, las sentencias que ordenan la satisfacción de un derecho económico o social son profundamente analizadas, habiendo quienes incluso niegan la posibilidad de tomar decisiones que ocasionen un impacto en la esfera presupuestal. La igualdad—y su más específico postulado de igualdad ante las cargas públicas—pareciera desvanecerse ante tales doctrinas.

¹ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas número 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

² El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con su artículo 27.

³ Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado respecto a la interdependencia y exigibilidad de los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales. Al respecto, cabe citar: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr. 102 y 103, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 131; y TEDH. *Caso Airey Vs. Ireland*, párr. 25; y *Caso Sidabras and Dziantas Vs. Lituania*, párr. 47.

El afirmar que la protección de los derechos, sean estos civiles y políticos, o económicos y sociales, conlleva costos, no es algo novedoso⁴. No obstante, es en esta última categoría de derechos en los que el aspecto económico se constituye como uno de los puntos de abordaje más extenso, teniendo consecuencias directas en las garantías que se poseen y en su exigibilidad práctica.

Me propongo abordar aquí la temática de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales. Partiré, en el primer capítulo, de la perspectiva del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, analizando particularmente dos de las últimas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Luego, en segundo lugar, compararé dichos postulados con la realidad jurídica uruguaya. Se observará que los cuestionamientos y dicotomías que es posible hallar en el ámbito interamericano se replican a nivel interno, por lo que un análisis conjunto deviene de necesidad.

Asimismo, y en el tercer capítulo, procuraré vincular la exigibilidad de los derechos económicos y sociales con la noción de tutela jurisdiccional efectiva y con la garantía del plazo razonable, analizando una conexión de indudable trascendencia práctica en esta materia.

Culminaré, finalmente, con algunas reflexiones en torno a esta problemática y a los cincuenta años transcurridos.

II. LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO. LOS RECIENTES CASOS SUÁREZ PERALTA Y GONZALES LLUY

La Convención Americana sobre Derecho Humanos (CADH) refiere a los derechos económicos y sociales en su artículo 26, inserto en el Capítulo III (“Derechos Económicos, Sociales y Culturales”), el que integra la Parte I “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”.

El artículo 26, denominado como “Desarrollo Progresivo” establece que:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Asimismo, el Protocolo Adicional a esta Convención, conocido como “Protocolo de San Salvador”, posee por objeto específico el reconocimiento y regulación de los derechos económicos, sociales y culturales, tomando como finalidad la *“gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados”*⁵. Este último documento incluye, entre otros, a los derechos al trabajo, seguridad social, salud y educación.

⁴ v. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R; *El Costo de los Derechos*, Siglo veintiuno editores SA, Buenos Aires, 2011.

⁵ Esta referencia es realizada en el Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

No obstante lo anterior, es necesario realizar una precisión. Pues, el artículo 19 del Protocolo de San Salvador⁶ establece que el incumplimiento de ciertos aspectos de los derechos sindicales y del derecho a la educación son los susceptibles de ser juzgados ante la Corte IDH.

Por lo tanto, y a pesar del reconocimiento de los derechos económicos y sociales que poseen estos instrumentos, una primera lectura del artículo 19, en su numeral sexto, nos haría afirmar la conclusión de que la exigibilidad de estos derechos, en lo que atañe a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, se encuentra limitada únicamente para el derecho a la educación y ciertos aspectos de los derechos sindicales.

Cabe entonces preguntarnos si el enunciado antes realizado es correcto. Esto es, si los derechos económicos y sociales –con la exclusión efectuada– no poseen justiciabilidad directa ante la Corte IDH.

Este cuestionamiento fue realizado por la propia jurisprudencia de la Corte IDH en varios de sus pronunciamientos y, con mayor énfasis, en dos de los más recientes fallos: *Suárez Peralta Vs. Ecuador* (2013) y *González Lluy Vs. Ecuador* (2015).

El caso *Suárez Peralta* refiere, entre otros puntos, a la vulneración del Estado de Ecuador respecto del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH), en tanto la víctima (Melba Suárez Peralta) no recibió una adecuada atención en su salud, lo que le ocasionó diversas y profundas consecuencias⁷.

Por su parte, en el caso *González Lluy* la vulneración de los derechos de la víctima refieren al contagio del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) recibido en una transfusión sanguínea, efectuada cuando tenía tres años de edad, y a las posteriores consecuencias sufridas a causa de ello. La sangre trasfundida era proveniente de un Banco de Sangre de la Cruz Roja y la intervención se concluyó en un centro de salud privado.

Este último constituye el primer caso en el que la Corte IDH declaró la vulneración del derecho a la educación (artículo 13 del Protocolo de San Salvador). Se juzgó, asimismo, la violación de los derechos a la vida (artículo 4 de la CADH) y a la integridad personal (artículo 5 de la CADH)⁸.

¿Por qué no se analizan –y en su caso se condena– respecto del derecho a la salud?

Esta interrogante es la efectuada en ambos fallos, habiendo posiciones contrapuestas dentro de la Corte IDH, expuestas incluso en varios votos concurrentes.

A los efectos de estudiar la exigibilidad de los derechos económicos y sociales a nivel interamericano, habremos de diferenciar, entonces: (a) la posición de la Corte IDH respecto de la exigibilidad de estos derechos y su protección; (b) el contenido y alcance del artículo 26 de la CADH y su vinculación con los artículos 1 y 2 de la CADH; y (c) la posibilidad de

⁶ Este artículo, en su numeral 6, establece: “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁷ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 38 y ss.

⁸ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 64 y ss.

proclamar una exigibilidad directa, anunciada pero no concluida, observando una dicotomía en esta materia.

(a) La posición de la Corte IDH respecto de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, y su protección

La Corte IDH no ha demorado en afirmar la interdependencia e interconexión existente entre los derechos civiles y políticos, respecto de los económicos sociales y culturales. Así entonces, en el *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*⁹ se cita expresamente el fallo *Airey Vs. Irlanda* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰ que dispone:

“Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio”.

Recientemente, en el caso *Gonzales Lluy Vs. Ecuador*¹¹, la Corte IDH enfatiza la interrelación existente estableciendo que:

“La Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.

Sin embargo, es únicamente el derecho a la educación el que ha sido tratado en forma autónoma (*Caso Gonzales Lluy*). A ello precedió una interpretación literal del artículo 19 del Protocolo de San Salvador, que habilita en forma expresa a la Corte IDH a juzgar este derecho¹².

Los demás derechos, por el contrario, no fueron objeto de una justiciabilidad directa. Ello fue calificado como necesario por algunos de los entonces miembros del Tribunal Interamericano, -en aplicación del artículo 19 del Protocolo de San Salvador-, tal lo hizo reiteradamente PÉREZ PÉREZ¹³. Otros, sin embargo, reafirmaron que el Tribunal debiera “*dar pasos más decididos hacia la justiciabilidad directa*”¹⁴ de estos derechos.

La Corte IDH no dejó a los derechos económicos y sociales sin exigibilidad o juzgamiento. Por el contrario, y tal ha ocurrido con el derecho a la salud, a pesar de no tratarlo en forma

⁹ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr. 101

¹⁰ TEDH. *Caso Airey Vs. Ireland*, párr. 25.

¹¹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador*, párr. 172 y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 131.

¹² Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador*, párr. 234.

¹³ Véase: Voto Concurrente del Juez Alberto PÉREZ PÉREZ a la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador*; y en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

¹⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Voto Concurrente a la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador*, párr. 23. También cabe observar en el mismo sentido el Voto Concurrente de este Magistrado en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, y el Voto Concurrente de la Jueza Margarette MAY MACAULAY en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*.

autónoma, incluye su acepción dentro de los derechos a la vida o a la integridad personal, por lo que se logra igualmente esta protección.

En el caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay* la Corte IDH vinculó al derecho a la salud con el concepto de vida digna. Sostuvo que: “*un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y educación*”¹⁵.

Asimismo, también es posible encontrar estas proposiciones en otros casos sobre vulneración de derechos en centros de reclusión¹⁶, así como, por otra parte, en lo que atañe a la protección de los derechos de miembros de comunidades indígenas¹⁷.

En otro orden, el derecho a la salud fue tratado en la jurisprudencia de la Corte IDH en distintos contextos, tales los *Casos Ximenes Lopez Vs. Brasil*¹⁸; *Albán Cornejo Vs. Ecuador*¹⁹; *Furlan Vs. Argentina*²⁰, *Suárez Peralta Vs. Ecuador*²¹, y *Gonzales Lluy Vs. Ecuador*. En estos, el contenido del derecho se analiza en los fundamentos de vulneraciones al derecho a la vida o a la integridad física, creando un estándar de protección que, si bien no tratado directamente y con tal nombre, se encuentra, indudablemente, presente en estos fallos²².

(b) Contenido y alcance del artículo 26 de la CADH, y su vinculación con los artículos 1 y 2 de la CADH.

No obstante lograr la tutela y avanzar en los estándares aplicables a estos derechos, corresponde analizar el artículo 26 de la CADH, su vinculación con los artículos 1 y 2, y la posibilidad de alcanzar una justiciabilidad directa, lo que eliminaría algunas de las cuantiosas y constantes dudas respecto de esta temática.

Conforme sostiene COURTIS²³, en la interpretación del artículo 26 de la CADH se plantea una primera interrogante, esto es, ¿cuáles son los derechos que se contienen en dicha disposición? Pues, a diferencia de lo que ocurre con los anteriores artículos de la CADH

¹⁵ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, párr. 161

¹⁶ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador; Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*.

²⁰ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*.

²¹ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

²² Respecto al contenido y estándares del derecho a la salud dado en la jurisprudencia de la Corte IDH véase: GARAT, María Paula; “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la CIDH”, en: *Revista de Derecho UCUDAL*, 11/2015, pp. 59-79.

En el *Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador*, la Corte IDH sostuvo que: Sostuvo la Corte IDH que: “...el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana”. (Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*, párr. 117).

²³ COURTIS, Christian; “Derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coord.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 665.

la norma no define a los derechos, sino que se remite, para ellos, a otros instrumentos internacionales de protección: las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”), reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Cabe observar, igualmente, que el intérprete no buscará el derecho en la Carta de la OEA, sino la norma económica, social y sobre educación, ciencia y cultura de la que emane un derecho. Al decir de COURTIS:

“La distinción es importante, porque el texto del artículo 26 sugiere que existen normas en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires que, sin consagrar directamente derechos, pueden constituir la fuente de derechos en la medida en que éstos se deriven de aquéllas. Como veremos esta doble operación es necesaria en la gran mayoría de los casos, dado que el objeto fundamental de la Carta de la OEA no era el de consagrar directamente derechos para las personas, sino el de crear la organización y fijar sus fines, imponiendo obligaciones a los Estados. En este sentido puede decirse que, pese a lo escueto de su texto, es el artículo 26 de la Convención Americana el que asigna carácter de derechos humanos de las referencias normativas de la Carta de la OEA en la materia –redactadas en términos de principios, objetivos y medidas de política pública que los Estados miembros de la organización se comprometen a adoptar”²⁴.

En adición, es considerar que, en virtud de los postulados emitidos por la Corte IDH en la Opinión Consultiva No. 10/89²⁵, corresponde acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para determinar cuáles son los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA. Asimismo, por aplicación de una interpretación pro hómine o pro persona, -la cual debe ser preferida en normas de derechos fundamentales, y es especialmente contemplada en el artículo 29 de la CADH-, corresponde orientar la interpretación del artículo 26 con otros instrumentos regionales e internacionales de protección, tal el propio Protocolo de San Salvador, además de otros Tratados y Convenciones²⁶.

El artículo 26 contiene, por lo tanto, los derechos económicos y sociales o, al menos, la gran mayoría de éstos²⁷. Esta inclusión hace a la exigibilidad y justiciabilidad de los mismos²⁸, conclusión que se reafirma con una interpretación contextual, que incluya los artículos 1 y 2 de la CADH. Estos últimos establecen la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos, sin discriminación, así como de adoptar las medidas internas, legislativas o de otro carácter, que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En este punto sostuvo Sergio GARCÍA RAMÍREZ que el artículo 26 contempla derechos y que: “.. los derechos (...) contenidos en el Pacto San José de Costa Rica y aceptados por

²⁴ Idem.

²⁵ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-10/89*, párr. 43 y 45

²⁶ Esta interpretación también es sugerida por FERRER MAC-GREGOR en su voto emitido en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador* y en el *Caso González LLuy Vs. Ecuador*.

²⁷ Respecto de la inclusión del derecho a la salud véase: GARAT, María Paula; “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la CIDH”, Ob. Cit.

²⁸ No me detendré en el análisis de las nociones de “progresividad” y “recursos disponibles”, remitiéndome a: GARAT, María Paula; “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la CIDH”, Ob. Cit.

los Estados (...) se hallan sujetos al régimen general de supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los “medios de protección”²⁹.

(c) La posibilidad de proclamar una exigibilidad directa, anunciada pero no concluida, observando una dicotomía en esta materia.

Los derechos económicos y sociales, por consiguiente, pueden ser objeto de una justiciabilidad directa, en aplicación del artículo 26 de la CADH, en su conexión con los artículos 1 y 2, todos ellos sujetos a la competencia de la Corte IDH.

Si bien la Corte IDH ha efectuado un importante avance en relación con la tutela de algunos derechos económicos y sociales, otorgándoles un contenido preciso y desarrollando estándares en su delimitación; constituye un contrasentido no poder hacerlo en forma directa.

En los casos *Suárez Peralta* o *Gonzales Lluy*, entre otros, la Corte IDH podría haber juzgado el cumplimiento del artículo 26 de la CADH. En este sentido se pronunció el Juez FERRERMAC-GREGOR:

“Desde mi perspectiva, se requiere un desarrollo del Artículo 26 del Pacto de San José en la jurisprudencia de la Corte IDH que podría representar nuevos derroteros para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto en sus dimensiones individual y colectiva. Y podría configurarse un nuevo contenido en el futuro a través de interpretaciones evolutivas que refuercen el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos”³⁰.

La dicotomía imperante en esta materia, por tanto, se observa fácilmente. Por una parte, la Corte IDH afirmó la interdependencia e interconexión entre los derechos civiles y políticos; y los económicos y sociales. Asimismo, ciertos derechos económicos y sociales fueron tratados –aunque en forma indirecta - originando trascendentes estándares y obligaciones a ser cumplidas por los Estados. No obstante y, por otra parte, se continúa concluyendo en la imposibilidad de juzgarlos en forma autónoma; se duda apenas de nombrar al derecho económico o social tratado³¹.

La posición dada al juzgador interno es confusa en un doble sentido. Pues, la exigibilidad directa parece cuestionada, punto que podría encontrar conexión con alguna norma de derecho interno, quizás, con redacción similar al artículo 26 de la CADH, o bien que hace a la percepción general de esta temática. En adición, el contenido de ciertos derechos –como la vida o la integridad personal- parecieran ampliarse de forma tal que podría conllevar, al aplicador, a una grave duda respecto del alcance y delimitación de cada uno de los derechos implicados en un caso concreto. Esto tendría consecuencias no solo al momento de juzgar

²⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en: Revista *Cuestiones Constitucionales*, 9/2003.

³⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Voto Concurrente en el *Caso González LLuy Vs. Ecuador*, párr. 36.

³¹ Véase en este punto el Voto Concurrente del Juez PÉREZ PÉREZ en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador* en el que se expone: “La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general”.

la aplicación de dichos derechos sino, asimismo, al analizar las restricciones en atención al principio de proporcionalidad³².

III. LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA EN URUGUAY. LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD Y OTROS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

En Uruguay, es posible observar el contrapunto antes descrito. El caso de la solicitud de medicamentos de alto costo ante el Poder Judicial es ejemplo de ello.

El artículo 44 de la Constitución de Uruguay establece que:

“El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”.

Con fundamento en el mismo, diversos enfermos oncológicos o de afecciones graves han solicitado, en acción de amparo ante el Poder Judicial, que se exigiere al Estado la provisión de los medicamentos recetados, de imposible acceso económico para su situación financiera, y que brindarían un mejoramiento o, al menos, alargamiento de su proyección de vida.

Cabe aclarar que las normas jurídicas legales e infralegales uruguayas dan creación a un sistema por el cual el Fondo Nacional de Recursos –entidad paraestatal- brinda ciertos fármacos, los que son definidos según el Formulario Terapéutico de Medicamentos, cuerpo que el Ministerio de Salud Pública está obligado a sancionar y actualizar³³.

Las primeras sentencias dictadas en esta temática fueron en su mayoría desestimatorias, con una preocupación por la separación de poderes, por la igualdad y por el coste económico de la decisión³⁴. En este sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno expuso que:

“...ha de considerarse que no parece ajustado a Derecho que por la vía excepcional y sumaria del amparo, el Poder Judicial se sustituya a la Administración en el ejercicio de funciones para las cuales es legítimamente competente, invadiendo áreas de política de salud, técnico-médicas y asistenciales, con opciones de conveniencia y utilidad propias del gobierno de la salud...”³⁵.

³² Me refiero especialmente al momento de realizar el análisis preliminar y conceptualizar cada uno de los derechos involucrados. Al respecto véase: GARAT, María Paula; *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, UCUDAL, Montevideo, 2015, pp. 28 y ss.

³³ El cuerpo normativo infraconstitucional en esta materia está conformado por las siguientes normas de Uruguay: el artículo 264 de la Ley N° 17.930, la Ley N° 18.335, Decreto del Poder Ejecutivo N° 265/006 y Ordenanza Ministerial No. 775.

³⁴ Por ejemplo, véase: Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno de Uruguay, Número 107/2009, y Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno de Uruguay, Número 209/2009.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno de Uruguay, Número 101/2007.

En otros fallos se hizo referencia a las normas sobre salud, referenciadas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, dejando de lado el precepto contenido en la Constitución —el que correspondería aplicar según la directriz de preferencia de normas (artículo 29 de la CADH)-, argumentando que por las mismas el Estado es obligado a *“la adopción de políticas “hasta el máximo de los recursos” de que disponga (...) y los avances de la técnica en términos de “gradualidad”, en forma progresiva”*³⁶. En su mérito, el Poder Judicial no podría sustituir a la Administración en el ejercicio de funciones para las cuales es ésta última la competente, *“invadiendo áreas de política de salud”*³⁷.

No obstante, en otras decisiones, el análisis conllevó a una aplicación directa del artículo 44 de la Constitución, lo que actualmente se reitera con mayor asiduidad. El cuestionamiento respecto de la separación de poderes y del aspecto económico ha disminuido en forma considerable.

En el fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno se sostuvo que:

“La protección efectiva del derecho a la vida o a la salud de las personas no puede depender, en el Estado de Derecho Constitucional y Social, de su capacidad económica o situación de privilegio que le posibilite afrontar sin esfuerzo el costo del tratamiento médico indicado para la curación de su enfermedad o la sobrevida en condiciones que contemplen la dignidad inherente a su ser existencial.

*El Poder Judicial no pretende inmiscuirse a través del instituto del Amparo en las esferas de competencias de organismos estatales o paraestatales. En este asunto se atiende otras cuestiones y bienes (...) La solución que se propicia no implica violación al principio de separación de poderes ni pretende sustraer competencias a otros organismos. En el caso no se plantea decidir sobre políticas de salud (donde ciertamente el Poder Judicial carece de competencia), sino proteger derechos de rango constitucional que están siendo conculcados y de constatarse la violación, ordenar a la Administración para que los observe. Ello por cuanto no puede discutirse que el derecho fundamental a la protección de la salud de las personas debe llevarlo a cabo el Estado a través de todos los medios disponibles y en beneficio de todas las personas”*³⁸.

Sin embargo, dado el efecto de una mayor cantidad de sentencias condenatorias, la problemática tuvo su repercusión en la esfera legislativa. Pues, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley de Presupuesto Nacional, para el período 2015 a 2019, se incorporaron normas que limitan en forma expresa las obligaciones y la responsabilidad estatal en esta materia³⁹. Advertida la inconstitucionalidad que aparejaría, las discusiones no se hicieron esperar, y el aspecto económico se volvió a confrontar a la clara interpretación del precepto constitucional.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno de Uruguay, Número 63/2010. En igual sentido, véase: Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno de Uruguay, Número 209/2009.

³⁷ Ídem.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno, del 11 de febrero de 2016.

³⁹ Me refiero a los artículos 448, 461 y 462 de la Ley N° 19.355.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia, mediante las Sentencias 396/2016 y 436/2017⁴⁰, declaró la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 18.335⁴¹, el que también limitaba las obligaciones estatales en esta temática.

La exigibilidad de este derecho, que pareciera desprenderse en forma manifiesta de la norma constitucional, se mantiene, entonces, con avances y retrocesos, tal ocurre con la jurisprudencia interamericana y algunos de sus votos concurrentes.

Esta conclusión también se manifiesta en otros casos y, con mayor énfasis, en las sentencias estructurales. Estas son definidas como las que afrontan causas que, de modo sistemático, producen un desconocimiento generalizado, recurrente y grave de los derechos humanos⁴².

En Uruguay, una sentencia calificada por la doctrina como estructural⁴³ refirió al hacinamiento carcelario y fue revocada en segunda instancia, bajo el argumento de no poderse dar solución a estos problemas en la vía jurisdiccional:

“..el amparo no sería la vía idónea o adecuada para modificar tan lamentable situación.- Y no lo sería, por las mismas razones que impiden que el amparo solucione tantas otras situaciones en las que están en juego derechos humanos, sin que ninguno de los sujetos involucrados -incluido el Estado, pero no sólo éste- adopte las medidas necesarias para revertir la situación: niños en situación de calle, ancianos y psicópatas en establecimientos públicos, personas sin vivienda, sin acceso a las prestaciones de salud. (...) Se encuentra en juego el principio de separación de poderes”⁴⁴.

Las sentencias estructurales ingresan, entonces, en la problemática antedicha y, máxime, si lo que se trata de garantizar es un derecho económico o social.

IV. LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. LA TUTELA JURISDICCIONAL Y EL PLAZO RAZONABLE.

Los derechos económicos y sociales se encuentran reconocidos en innumerables normas constitucionales e internacionales. Sin embargo, su efectividad práctica y su ejecución por la vía jurisdiccional ha transitado por varias dificultades.

⁴⁰ Sentencias de la Suprema Corte de Justicia No. 396/2016 del 5 de octubre de 2016, y 436/2017 del 27 de abril de 2017. Es de destacar que la primera de las nombradas posee discordia de la Ministra Elena MARTÍNEZ, y la segunda posee discordia de la Ministra Elena Martínez y del Ministro Eduardo TURELL.

⁴¹ El inciso 2 del artículo 7 de la Ley 18.335 establece: *“Todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el Ministerio de Salud Pública e incluidos por éste en el formulario terapéutico de medicamentos, y a conocer los posibles efectos colaterales derivados de su utilización”.*

⁴² OSUNA, Néstor: “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia” en: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 5/2015, pp. 91-116.

⁴³ RISSO FERRAND, Martín; “Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 5/2015, pp. 117 y 118. Me refiero a la Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Primer Turno de Uruguay, del 8 de junio de 2009.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno de Uruguay, Número 156/2009.

La tutela jurisdiccional efectiva, por consiguiente, se debilita en esta materia, pues el recurso sencillo, rápido y efectivo que demanda el artículo 25 de la CADH, entre otras normas, no se vislumbra en la realidad de muchos casos.

La sencillez, rapidez y efectividad en el procedimiento constituyen tres características que, necesariamente, se entremezclan en el análisis de la exigibilidad de un derecho y, fundamentalmente, de su tutela.

La garantía del plazo razonable, en este punto, deviene también esencial. Cuando de la protección de un derecho económico o social se trata, el factor tiempo es primordial, siendo ello un significativo punto que hace a su exigibilidad.

La Corte IDH ha utilizado tres parámetros para analizar la razonabilidad en el plazo, garantía estatuida en el artículo 8 de la CADH: (a) la complejidad del asunto, (b) la actividad procesal del interesado, y (c) la conducta de las autoridades judiciales⁴⁵.

A estos tres, fue agregado un cuarto aspecto, primeramente sostenido por el Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ⁴⁶, e incorporado por la Corte IDH en el año 2008 a partir del caso *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*⁴⁷. Este cuarto elemento refiere a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona.

Sostuvo GARCÍA RAMÍREZ que:

“Me referí, como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable, a lo que denominé “afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo”. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo —“plazo razonable”— se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota”⁴⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en análogo sentido, ha vertido un especial énfasis en el interés en el proceso que posee la persona y la importancia de este para su proyecto de vida.

En el caso *El Massry Vs. Austria* se expone que del análisis de la complejidad del asunto y de la conducta de los intervinientes no se concluiría en una falta de razonabilidad del tiempo. Sin embargo, considerando el estado de salud de la víctima y la gran importancia que el proceso tenía para ésta, los once años transcurridos no fueron razonables⁴⁹.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*.

⁴⁶ A partir de su voto razonado en el *Caso López Álvarez vs. Honduras* (2006), el Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ sostuvo la conveniencia de incorporar un cuarto elemento a las consideraciones sobre el plazo razonable. Dicha postura se mantuvo, luego, por el mismo Juez, por ejemplo, en los votos de las Sentencias en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs Paraguay* y *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, párr.155.

⁴⁸ Voto razonado del Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el *Caso López Álvarez Vs. Honduras* (2006), párr. 36.

⁴⁹ En este caso se establece que: *“As to the authorities’ conduct, the Court observes that there were no substantial periods of inactivity. However, considering the applicant’s state of health and the great importance of the outcome of the proceedings for him, the Court finds that a period of almost eleven years exceeds a reasonable time”*. TEDH. *Caso El Massry v. Austria*, párr. 44.

Similares reparos fueron efectuados en el caso *Laudon Vs. Alemania*, sobre mala praxis médica. En el mismo el TEDH sostuvo que:

“..the Court cannot but conclude that the proceedings at issue were of vital importance to the applicant. She has been unable to work in her previous job since the improper medical treatment she had received when she was only 26 years old. The proceedings, (...) were therefore decisive for the way in which she would make her living for possibly the rest of her working lifetime”⁵⁰.

La jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, entonces, coincidente en este punto, y así ha sido también manifestado en los dos recientes casos comentados⁵¹.

En el fallo *Gonzáles Lluy Vs. Ecuador*, la Corte IDH enfatizó que:

“.. para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. En este sentido, este Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

(...)

Asimismo, el Tribunal Europeo ha conocido casos en los cuales el debate de los procesos en curso se encontraba relacionado con la situación de una persona con VIH. En el caso X Vs. Francia, el Tribunal Europeo analizó el incumplimiento de las garantías judiciales tomando en cuenta que lo que estaba en juego en el proceso judicial era de crucial importancia para el peticionario, debido a la naturaleza de su enfermedad. El Tribunal indicó que en el referido caso era requerida una “diligencia excepcional”, independiente de la cantidad de casos pendientes. Asimismo, en el caso F.E. Vs. Francia, el Tribunal Europeo señaló que esta diligencia excepcional debía operar aun entendiendo cierto nivel de complejidad en este tipo de casos”⁵²

La garantía del plazo razonable, por lo tanto, y además de la complejidad del asunto y de la conducta de los intervinientes, posee otro ingrediente de especial análisis: la consideración de la importancia del procedimiento para la víctima; la afectación de la duración en su situación jurídica.

Es este el elemento que se vincula de forma particular con la exigibilidad de un derecho económico y social, pues la efectividad de este último podría depender del plazo en cuestión.

La pendencia de la eficacia de un derecho económico o social en un proceso es, entonces, de significancia. El procedimiento debiera poseer una mayor celeridad, -y así impulsarse por la autoridad-, cuando se inmiscuye la especial importancia que el mismo posee para la situación del interesado. Esto se relaciona intrínsecamente con la propia exigibilidad de los derechos económicos y sociales y con el logro de una tutela jurisdiccional efectiva para éstos.

⁵⁰ TEDH. *Caso Laudon Vs. Germany*, párr. 72.

⁵¹ v. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 102 y 103; y *Caso Gonzáles Lluy Vs. Ecuador*, párr. 309 y ss.

⁵² Corte IDH. *Caso Gonzáles Lluy Vs. Ecuador*, párr. 309 y 313.

V. CONCLUSIONES

La temática de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales no es nueva, sino que ha sido varias veces tratada por la doctrina constitucionalista. No obstante, su significancia y trascendencia para el Derecho Constitucional mantiene vigencia, aún luego de cincuenta años de su reconocimiento expreso.

La problemática inserta en esta materia hace referencia a dos puntos de trascendencia. Por una parte, al efecto económico que la garantía de estos derechos conlleva. En segundo término, a la competencia de los Tribunales jurisdiccionales para ordenar su cumplimiento.

Actualmente, ambos aspectos deben ser reconsiderados.

Las fricciones que pudieren haber entre los Poderes del Estado, así como entre el Estado y una Corte regional o internacional son connaturales al sistema, pues forman parte de la actividad misma de juzgar y ejecutar lo juzgado. La auto-restricción que se sustente en meros aspectos políticos o presupuestales, pero no jurídicos, no debiera poseer razón de ser.

La justiciabilidad de ciertos derechos económicos y sociales puede ser directa en el caso del Sistema Interamericano, correspondiendo aplicar el artículo 26 de la CADH, cuyo desarrollo ha sido hasta ahora escaso. Se demanda, por lo tanto, una mayor precisión de los términos contenidos en el mismo, lo que, sin dudas, sería de gran utilidad y referencia para la esfera interna.

En la jurisprudencia de la Corte IDH es posible observar un gran avance en lo que refiere a la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, y a los estándares a ser requeridos a los Estados en su cumplimiento. Sin embargo, las vacilaciones en torno a esta cuestión se hacen notar al tener que mezclar estos derechos dentro del contenido de otros, para hacerlos justiciables. La interdependencia e interconexión existente resulta evidente, pero ello no debe significar una confluencia en la definición de los derechos en cuestión, imposibilitando, en definitiva, una delimitación más precisa de los mismos.

A pesar de los invaluable aportes al cumplimiento normativo, el considerar la vulneración del derecho a la salud necesariamente inserta dentro de la violación a la vida o integridad personal, hace perder a este derecho de contenido y eficacia autónoma.

Asimismo, y además de ciertos estándares aplicables, algunas Constituciones han previsto obligaciones específicas a cargo del Estado, como es el caso del artículo 44 de la Constitución uruguaya. En estos supuestos, la exigibilidad de los derechos económicos y sociales no debiera afrontar dudas.

La dicotomía imperante en esta materia, por lo tanto, se observa en el ámbito interamericano y, en similar medida, en la esfera interna de Uruguay. Una reconsideración de este punto es entonces necesaria, máxime a cincuenta años de la adopción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este paralelismo queda claro al observar la jurisprudencia uruguaya sobre amparo de medicamentos, entre otros ejemplos que muestran cómo argumentos presupuestarios y financieros son muchas veces empleados para desestimar la protección de los derechos. El origen de ello es, a mi parecer y entre otros, el cuestionamiento inserto en el propio Sistema Interamericano, aquí analizado. Sus consecuencias, además de repercutir negativamente en la efectividad del derecho, teniendo efectos adversos en los casos estructurales, implican,

en definitiva, el debilitamiento de la norma constitucional en sí misma, en tanto no se aplica el mandato que establece, siendo ello por demás grave.

En adición a lo anterior, y en relación a estos derechos, la garantía del plazo razonable es de una importancia fundamental. La afectación de la situación del interesado o la importancia que el asunto posee para el mismo y, en esto, la pendencia en la eficacia de un derecho, son de significancia, lo que corresponde sea considerado dentro del parámetro exigido y lo que se relaciona en forma intrínseca con la exigibilidad misma del derecho involucrado.

Tal precisó la Corte IDH: “... *no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos*”⁵³.

Luego de cincuenta años, por tanto, la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, lejos de considerarse un asunto acabado, posee diversas vertientes de necesario análisis y profundización, tanto en el ámbito interamericano, como en el interno.

A modo de epílogo, la autora aclara que en forma posterior a la redacción y al envío de este trabajo para su publicación, con fecha 13 de noviembre de 2017⁵⁴ se dio a conocer, por parte de la Corte IDH, la Sentencia *Lagos del Campo Vs. Perú*⁵⁵. En esta, y a diferencia de las anteriores citadas en este estudio, la Corte IDH condenó a Perú por haber vulnerado el artículo 26 de la CADH. Este fallo, histórico por su significancia, debe ser destacado y otorga un nuevo puntapié para que la tutela directa de los derechos económicos, sociales y culturales, en el Sistema Interamericano y, consecuentemente, en los sistemas internos, se haga realmente efectiva.

El desarrollo del artículo 26 de la CADH que antes era escaso, se vio entonces reforzado, esperándose que la temática se reconsidere en el ámbito interamericano y, en especial, en la esfera interna.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian; *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, España, 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio A; *La protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, disponible en: http://www.codehupy.org/redesddhh/wpcontent/uploads/Proteccion_internaciones_DESC_Cancado_Trindade.pdf Fecha de consulta: 17.09.2017
- COURTIS, Christian; “Derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coord.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 654-676.
- GARAT, María Paula. *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, UCUDAL, Montevideo, 2015.

⁵³ Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, párr. 117; y *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, párr. 93.

⁵⁴ A este respecto puede observarse el comunicado emitido por la Corte IDH: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_39_17.pdf Fecha de consulta: 15/3/2018

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. La sentencia aborda el derecho a la estabilidad laboral que no se encuentra comprendido en la justiciabilidad expresa del artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

- GARAT, María Paula. “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la CIDH” en: *Revista de Derecho UCUDAL*, 11/2015, pp. 59-79.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Revista Cuestiones Constitucionales*, 9/2003.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R; *El Costo de los Derechos*, Siglo veintiuno editores SA, Buenos Aires, 2011.
- OSUNA, Néstor: “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia” en: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 5/2015, pp. 91-116.
- PARRA, Oscar; *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011.
- RISSO FERRAND, Martín; “Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 5/2015, pp. 117-124.

Jurisprudencia Consultada

- Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultativa OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.
- Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.
- Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
- Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 117.
- Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador; Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 24

Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

TEDH. *Caso Airey Vs. Ireland*. Número de Aplicación 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979.

TEDH. *Caso Sidabras and Dziautas Vs. Lituania*. Número de Aplicación 55480/00, 55480/00, y 59330/00, Sentencia de 27 de Julio de 2004.

TEDH. *Caso El Massry v. Austria*. Application no. 61930/00, del 22 marzo de 2005.

TEDH. *Caso Laudon v. Germany*. Application no. 14635/03, Sentencia del 26 de abril de 2007. Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Primer Turno de Uruguay, del 8 de junio de 2009.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno de Uruguay, Número 156/2009, del 20 de julio de 2009.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno de Uruguay, Número 101/2007, dictada el 17 de agosto de 2007.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno de Uruguay, Número 209/2009, del 19 de agosto de 2009.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno de Uruguay, Número 107/2009, del 18 de setiembre de 2009.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno de Uruguay, Número 63/2010, del 28 de mayo de 2010.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno, del 11 de febrero de 2016.

Suprema Corte de Justicia, Número 396/2016, del 6 de octubre de 2016.

Suprema Corte de Justicia, Número 436/2017, del 26 de abril de 2017.

Fecha de recepción: 2 febrero 2018.

Fecha de aceptación: 13 de marzo 2018.

LA TRANSMISIÓN A TÍTULO UNIVERSAL DEL DERECHO MERCANTIL ANTE LA LEY FISCAL

*Dr. Jorge W. Ibiñete**

RESUMEN. *Se analizan las consecuencias tributarias de operaciones de reorganización empresarial (fusión, escisión y asunción del activo y pasivo por el único socio), que comportan transmisión a título universal de todo o una cuota parte del patrimonio de sociedades comerciales, concluyendo que: En estas operaciones no existe contraprestación alguna en favor de la sociedad que se desprende todo o parte alicuota de su patrimonio, por lo que no se genera ningún tributo cuyo presupuesto de hecho suponga la onerosidad. Tampoco pueden desconocerse las formas jurídicas dispuestas por la ley para estas operaciones, porque las mismas son acordes con el hecho de que el patrimonio pertenece a la sociedad, y no a los socios; y de que legalmente las nuevas participaciones, cuotas o acciones compensan los derechos personales (de crédito) de los socios o accionistas, y no los de la sociedad. En caso de que en el patrimonio existan derechos reales sobre inmuebles, su transmisión tampoco estará alcanzada por el ITP, porque el hecho generador de dicho impuesto sólo comprende una especie de las transmisiones a título universal, que es la sucesión por causa de muerte o ausencia. – La compensación a los socios o accionistas con participaciones, cuotas o acciones, no es una operación onerosa, desde que los mismos no efectúan ninguna prestación, ni la sociedad que las entrega soporta sacrificio patrimonial alguno. Cuando la compensación se realiza parcialmente en dinero, los socios o accionis-*

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República; ex asesor letrado de la Dirección General Impositiva. Correo electrónico: jorge.ibiete@gmail.com.

** **Abreviaturas:** CC: Código Civil; CCom: Código de Comercio; CEE: Comunidad Económica Europea; CGP: Código General del Proceso; Dec.: decreto del Poder Ejecutivo; DGI: Dirección General Impositiva; DL: Decreto Ley; IMEBA, Impuesto a la enajenación de bienes agropecuarios; IP: Impuesto al Patrimonio; IRAE: Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas; IRIC: Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio; IRNR: Impuesto a las rentas de los no residentes; IRPF: Impuesto a la Renta de las Personas Físicas; ITP: Impuesto a las Trasmisiones Patrimoniales; IVA: Impuesto al Valor Agregado; LSC: Ley de Sociedades comerciales, n.º 16.060 de 04/09/1989; SAFI, Impuesto a las sociedades financieras de inversión; TCA: Tribunal de lo Contencioso Administrativo; TO: Texto Ordenado de la DGI.

tas se desprenden de parte de sus participaciones, cuotas o acciones, lo que importa un rescate de capital, con eventuales consecuencias fiscales en cabeza de los mismos, de acuerdo con la situación de cada uno. En los casos en que el patrimonio transmitido se confunde con el de otra sociedad, como en la fusión y escisión, se genera un cambio de sujeto pasivo tributario, que impide a la sociedad creada o incorporante la deducción de las pérdidas acumuladas por la sociedad fusionada o escindida. En el caso de la asunción del patrimonio por el único socio, las pérdidas de la sociedad pueden deducirse por el sucesor, porque en esta situación se mantiene la integridad de la empresa, continuándose la actividad de la sociedad personalmente por el ex socio. No obstante, en el caso de que el único socio sea una persona física, se producirá un cambio de sujeto pasivo del IP, en virtud de que el régimen de dicho impuesto está vinculado a la forma jurídica del titular del patrimonio.

PALABRAS CLAVE. Título universal. Onerosidad. Fusión. Escisión. Asunción del activo y pasivo.

ABSTRACT. *An analysis of the tax-related consequences of corporate reorganization operations (mergers, demergers, and the acquisition of assets and liabilities by a sole partner) that involve the universal transfer of all or part of the equity of commercial companies, concluding that:*

– In these operations, there is no remuneration whatsoever in favor of the company that divests itself of all or of an aliquot share of its equity, and as such there is no tax generated of an amount that is determined to be onerous. – Nor can one ignore the legal forms provided by the law for these operations, seeing as they are consistent with the fact that the equity belongs to the company, and not to the partners; and that, legally, the new equity interests, installments, and shares offset the personal (credit) rights of the partners or shareholders, and not those of the company. If the equity entails in rem rights regarding real property, its transfer will not be reached through the Property Transfer Tax, due to the fact that the event generating said tax only includes one kind of universal transfer, which is succession due to death or absence. Compensation to partners or shareholders with equity interests, installments, or shares is not an onerous operation, since it does not effect any benefit, nor does the company that delivers it bear any loss of equity. When the compensation is paid partially in cash, the partners or shareholders divest part of their equity interests, installments, or shares, which amounts to a recovery of capital, with tax consequences that apply to these individuals, according to the situation of each one. – In cases in which the transferred equity is mixed with that of another company, such as a merger or demerger, there is a change in tax liability, which prevents the created or merging company from deducting the losses accumulated by the merged or demerged company. – In the case of the acquisition of equity by a sole partner, the company's losses can be deducted by the successor, due to the fact that, in this situation, the integrity of the

company is maintained, with the company's activity continued personally by the former partner. However, in the event that the sole partner is a natural person, there will be a change in the taxpayer for the Property Tax, seeing as the regime for said tax is linked to the legal form of the equity holder.

KEY WORDS. *Universal title. Onerosity. Merger. Demerger. Acquisition of assets and liabilities.*

I. INTRODUCCIÓN.**

1.1. Nos proponemos analizar las consecuencias tributarias de operaciones de reorganización empresarial del derecho mercantil (fusiones y escisiones de sociedades comerciales y operaciones asimiladas, así como la asunción del activo y pasivo de la sociedad por el único socio), que tienen en común la sucesión a título universal en la totalidad o una cuota parte del patrimonio societario, sin la previa liquidación de la sociedad o sociedades cuyo patrimonio se transmite y – en los casos de escisión parcial – sin previa disolución (Arts. 115-117, 122 y 156 LSC).

1.2 En el caso del art. 156 LSC la sucesión – que siempre es total – se efectúa de una sociedad que se disuelve, al único socio, persona física o jurídica. Esta hipótesis se distingue, a su vez, de la distribución que se hace a los socios una vez culminada la liquidación de la sociedad (art. 180 LSC), que implica una transferencia de bienes concretos (no cuotas de patrimonio) a título singular¹.

II. RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY 16060 DE 04/09/1989.

2.1 El tema de las fusiones y sus implicancias fiscales, comenzó a plantearse con intensidad con motivo de la crisis financiera de 1965, iniciada con la corrida contra el Banco Transatlántico. Hasta entonces las fusiones no habían sido reguladas, aunque el art. 1° de la ley n.° 3.545 de 19/07/1909 se refería a las mismas (estableciendo que debían ser resueltas en asamblea extraordinaria por una mayoría especial de accionistas y acordando el derecho de receso a los disidentes), al igual que el art. 16 de la ley n.° 13.330 de 30/04/1965, que las mencionaba como una excepción a la prohibición de la instalación de nuevas instituciones financieras.

En ese escueto marco normativo, la ex Oficina de Impuesto a la Renta compartió el dictamen de su Sala de Abogados, redactado por el Dr. Justo Pastor CALVO, en el que – en

*** Este trabajo tiene como antecedente un dictamen del 30/09/1986, emitido en nuestra entonces calidad de asesor letrado de la Dirección General Impositiva, junto con los Cres. Dora Prado y Ceferino Costa, a quienes debo muchas de las ideas y conceptos aquí expresados.

¹ Con anterioridad a la LSC, esta distribución se hacía mediante la partición, al igual que en la sociedad civil o la conyugal (arts. 510 Ccom.; 1937 y 2013 CC). A partir de esta modificación, no puede sostenerse que la disolución de la sociedad genere una comunidad entre los socios o accionistas. La resolución DGI n.° 304/1991 de 24/07/1991 asumió esta modificación, declarando que la adjudicación de inmuebles, en los casos de disolución y liquidación de sociedades comerciales, se encuentra gravada por el ITP (criterio luego incorporado al art. 5° del Dec. n.° 252/98 de 16/09/1998, reglamentario de dicho impuesto), al igual que el art. 17 lit. C) T. 4 TO 1996 (según ley 18.083), al incluir a las adjudicaciones de bienes a los socios o accionistas como hecho generador del IRAE.

un caso de fusión por creación – se sostuvo que la fusión de sociedades implica una sucesión universal *inter vivos*, no existiendo “enajenación de establecimientos o casas de comercio”, ni incremento patrimonial alguno, en una sociedad que nace ya con el activo y pasivo que se le transmitió por sucesión, ni diferencias de valores del activo establecido para la transferencia y los fiscales de dichos rubros².

2.2 Como consecuencia de la mencionada crisis financiera, se dictaron leyes estimulando la fusión entre las empresas bancarias que habían sobrevivido a la misma.

Es así que el art. 33 inc. 4° de la ley n.° 13.608 de 08/09/1967, exoneró de toda clase de impuestos a las fusiones, adquisiciones, absorciones o transferencias de instituciones bancarias que se realizaran en el plazo de tres años; y el art. 50 de la ley n.° 14.057 de 03/02/1972, prorrogó por tres años la vigencia de dicha exoneración, estableciendo en su inc. 2° que “Las fusiones, adquisiciones, absorciones o transferencias aprobadas por los poderes públicos, implica transmisión de patrimonios a título universal y a los efectos de su publicidad, además de su inscripción en el registro público y general de comercio, se otorgará declaratoria que se inscribirá en el Registro de Traslaciones de Dominio, si existieran inmuebles”.

2.3 Luego de la ley n.° 14.057 cit., la posición de la Administración fue oscilante hasta el año 1981. El art. 51 del Dec. 996/1975 de 29/12/1975 (reglamentario del IRIC), asimiló las fusiones y absorciones a las enajenaciones de establecimientos. No obstante, la DGI admitió en la consulta n.° 1.026 de 06/09/1978³, que tratándose de una transmisión a título universal no existe precio, por lo que no se verificaba el IVA ni el IRIC, entre otros impuestos. Este criterio se vio reflejado en la nueva reglamentación del IRIC efectuada por el Dec. n.° 663/1979 de 22/11/1979⁴, cuyo art. 18 suprimió la mención de las fusiones y absorciones, así como de las demás operaciones anteriormente asimiladas a la enajenación de establecimientos.

A pesar de ello, en la consulta de la DGI n.° 1.726/1981⁵ se volvió al criterio de la onerosidad de la fusión, entendiendo que como contrapartida del patrimonio de la sociedad absorbida que se transmite a título universal, la sociedad absorbente entrega acciones propias a los accionistas de aquella. Poco después, coherente con dicho criterio, el Dec. n.° 49/1982 de 10/02/1982, invocando la finalidad de promover la fusión de empresas industriales, en cuanto ello signifique un incremento de la eficiencia, las habilitó para ampararse a los beneficios del DL n.° 14.178 de 28/03/1974 (Promoción Industrial), “incluyendo los mismos la exoneración de todo tributo que grave directa o indirectamente los actos de constitución y las transferencias de bienes consecuencia de la fusión”. Dicho régimen fue luego extendido por el Dec. n.° 494/1991 de 10/09/1991, a las escisiones de sociedades que cumplan con las condiciones antes referidas.

² CALVO, Justo Pastor. “La fusión de los bancos y sus consecuencias fiscales” en *Anales Administrativos*, T. I, n.° 10 (1965), pp. 414-418.

³ Boletín de la DGI, noviembre de 1978, n.° 66.

⁴ Esta norma se mantiene, con variantes de redacción que no modifican su sentido, en el art. 18 del Dec. n.° 150/2007 de 26/04/2007, reglamentario del IRAE, actualmente vigente.

⁵ Boletín de la DGI, diciembre de 1981, n.° 103.

III. LA TRANSMISIÓN A TÍTULO UNIVERSAL

3.1 El Código Civil regula un único modo de adquirir a título universal, que es la sucesión por causa de muerte o la presunción de muerte causada por la ausencia⁶.

El modo universal de adquirir por acto entre vivos, ha sido reconocido por disposiciones legales expresas⁷, como las de los derechos mercantil y bancario antes citadas⁸, así como por el derecho público, sobre la base de leyes especiales para determinados casos concretos, situaciones a las que se restringe su ámbito de aplicación dado el carácter taxativo que posee la enumeración de los modos de adquirir (art. 705 CC)⁹. No obstante, con anterioridad a la vigencia de la ley 14.057 cit., juristas que se expidieron sobre el caso de una fusión de bancos, tanto del punto de vista fiscal como de la regularidad de los títulos de los inmuebles, sostuvieron que comportaba una transmisión a título universal¹⁰.

3.2 Los arts. 115 y 116 LSC hablan de la transmisión del patrimonio a “*título universal*”, como antes lo había hecho el art. 50 de la ley 14.057 cit. para las instituciones bancarias. Esta expresión puede hacer pensar que la fusión y la escisión son títulos de adquirir el dominio, en el sentido de los arts. 705 inc. 2° y 769 nral. 3° CC, lo que debe descartarse de plano porque – al igual que en la sucesión *mortis causa* – el patrimonio se transmite directamente, como consecuencia de los actos jurídicos mencionados por la LSC, sin la previa existencia de un derecho *ad rem*¹¹ ni de mecanismos intermedios¹². El art. 122 LSC también se refiere al título, siendo evidente que este “título” no antecede a la adquisición del dominio, sino que se vincula con la publicidad y la oponibilidad a terceros de una transmisión patrimonial ya operada (art. 54 de la ley 16.871 de 28/09/1997)¹³.

Por consiguiente, cuando dicha sucesión tiene por causa el acuerdo de voluntades, no se trata de un contrato de tipo romano, creador de obligaciones, sino del *contrato traslativo* de los derechos francés e italiano¹⁴. El acuerdo de voluntades es la causa que opera la sucesión a título universal, al igual que ocurre con la muerte del causante, aunque en este

⁶ Arts. 705, 776 y 1037 CC.

⁷ El art. 156 LSC no dice que la transmisión sea a título universal, pero sin dudas es lo que acontece, pues la titularidad del patrimonio social se transmite sin otro requisito que la declaratoria del único socio ante escribano público, que se inscribirá en los Registros correspondientes.

⁸ Incluyendo en estos últimos, además del art. 50 de la ley n.º 14.057 cit., los contratos creados por la ley de Bancos, n.º 17.613 de 27/12/2002.

⁹ VAZ FERREIRA Eduardo. *Tratado de las Sucesiones*, T. I, Montevideo, 1967, p. 97; PÉREZ FONTANA, Sagunto, *Fusión de Sociedades*, Montevideo, 1970, pp. 88-90; JUAMBELTZ, Arturo. “Fusión de Sociedades”, en *La Justicia Uruguaya*, T. 55 (1967), p. 59. En el mismo sentido, el dictamen de la Asociación de Escribanos del Uruguay, aprobado el 06/04/1992, entendió que la fusión de asociaciones civiles no es título universal de adquirir, por lo que los bienes deben ser transferidos mediante acuerdo de voluntades otorgado por las fusionadas y la nueva, seguido por el modo tradición (en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, T. 78, 1992, pp. 111-114).

¹⁰ CALVO, Justo Pastor. Ob. cit., p. 145 y 147; LAVIÑA, BRUSCHERA, QUEIROLO VARELA y CANON NIETO, en “Fusión de sociedades”, cit., pp. 61 y ss.; BARDALLO, Julio. “La fusión de bancos importa transmisión universal entre vivos”, dictamen para el SMU, de fecha 26/08/1971, en *Revista Asociación de Escribanos cit.*, T. 58, 1972, pp.133-151.

¹¹ VAZ FERREIRA, Eduardo, Ob. cit., p. 73.

¹² VAZ FERREIRA, Eduardo. Ob. cit., p. 85; JUAMBELTZ, Arturo. Ob. cit., p. 57.

¹³ Cf. DE CORES, Carlos. “Negocios sobre universalidad. Su actualidad a la luz de la reciente Ley de Bancos”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXXIII, FCU, Montevideo, 2003, p. 523.

¹⁴ GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. Octavo, Montevideo, 1967, pp. 43 y ss.

caso no se trata de un acto sino de un hecho jurídico¹⁵. Como señala DE CORES, “*Hay un solo hecho o acto que sintéticamente, produce la trasmisión de los activos y pasivos y situaciones complejas, sin necesidad de cumplir actos de tradición, de notificar a los deudores de los créditos, de practicar endosos o registraciones contables, o de requerir la aquiescencia de los acreedores o contrapartes contractuales*”¹⁶.

3.3.1 En cuanto a la expresión “*universal*”, se refiere al objeto de la adquisición – consistente en la totalidad o cuota parte de una universalidad jurídica, que es el patrimonio de la sociedad o sociedades que se disuelven o se escinden parcialmente – y también a la forma en que opera este modo de adquirir, que consiste en “...el cambio de un sujeto por otro en una relación que permanece inalterada...”¹⁷. La sucesión universal no supone la transferencia de los bienes y deudas, sino la sustitución del titular de las relaciones jurídicas activas y pasivas¹⁸.

Estos elementos permiten distinguir a los institutos en estudio, no sólo de los negocios a título singular – que también pueden tener por objeto una universalidad jurídica¹⁹ – sino de aquellos en los que solo se transmite parte del activo (art. 117 inc. 2° LSC²⁰) o los mencionados en la ley n.º 17.613 cit., por los cuales se transmiten determinados activos y pasivos de entidades de intermediación financiera en liquidación, considerados como una universalidad²¹.

3.3.2 A diferencia de la transmisión entre vivos a título singular, que sólo atañe al lado activo de la obligación²², en la universal las deudas se transmiten con prescindencia de la voluntad de los acreedores²³, dentro de los límites de los arts. 127 y 138 LSC. En consecuencia, la responsabilidad del adquirente a título universal es siempre por deuda propia²⁴, desde que el mismo sucede (sustituye) al deudor en la obligación, lo que excluye los mecanismos de protección a los acreedores basados en la responsabilidad solidaria, como es el caso del art. 22 CT, que solo aplican a los sucesores a título singular²⁵.

¹⁵ Señala GAMARRA, que el modo sucesión, a diferencia de la tradición, “...no es negocio de cumplimiento; en él la muerte es la causa, el título de adquisición, a diferencia de lo que sucede en los contratos” (GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. Octavo cit., p. 35).

¹⁶ DE CORES, Carlos. Ob. cit., p. 523; el destacado en cursiva pertenece al original.

¹⁷ GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. XV, Montevideo, 1973, pp. 21-22.

¹⁸ GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. Cuarto cit., nota 5 en p. 254.

¹⁹ Como es el caso de la cesión de derechos hereditarios (arts. 1767 y ss. CC).

²⁰ Aunque las partes pueden convenir que esta operación quede sometida al régimen de la Sección XII del Cap. I LSC.

²¹ Cf. DE CORES, Carlos. Ob. cit., pp. 521 y ss.

²² La transmisión entre vivos de la deuda, da lugar a un fenómeno opuesto ? la *novación* ? que extingue la obligación con el consentimiento del acreedor y la sustituye por una nueva (GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. Cuarto cit. pp.184-186).

²³ Sin perjuicio de que los acreedores pueden oponerse a la fusión o escisión si no son desinteresados o debidamente garantizados (128 y 139 LSC); y el acreedor embargante de participaciones sociales en sociedades personales, puede oponerse a la fusión o pedir la liquidación de la cuota del socio deudor (art. 78 inc. 3° y 4° LSC).

²⁴ En la escisión parcial sí existe responsabilidad solidaria entre las sociedades que se creen y la escindida (art. 138 LSC), aunque la adquirente del patrimonio responde por deuda propia.

²⁵ ACOSTA CASCO, Natalia, AGOSTINO GIRALDEZ, Sol y AMORETTI TABOADA, Carla. “Responsabilidad Tributaria por sucesión mortis causa”, en *Revista Tributaria* cit., T. XXXVIII (2011), n.º 221, p. 209.

En el caso de la asunción del patrimonio por el único socio, la ley no establece ningún llamado de acreedores ni limitación alguna de responsabilidad. Esta hipótesis de sucesión, supone que la actividad de la sociedad continúa en las mismas condiciones, sustituyendo el ex socio a la sociedad disuelta en las situaciones jurídicas de que esta era titular.

3.3.3 En el CT no existen normas similares a los arts. 18 y 103, para los casos de sucesión a título universal *inter vivos*. No obstante, dicha omisión no significa que dichas transmisiones hayan quedado excluida del derecho tributario porque, tratándose de una cuestión no prevista relativa a la obligación tributaria, deben aplicarse las normas del derecho privado (art. 14 inc. 2º CT)²⁶.

3.4 Otro aspecto a considerar, es si la sucesión *inter vivos* a título universal del derecho mercantil supone la continuidad, tal como ocurre en el derecho sucesorio, que sigue el sistema romano de la continuación de la persona del causante o de la representación por el sucesor de la persona del causante²⁷.

Si bien dichas expresiones son ficciones (porque la personalidad jurídica no se transmite y la representación supone un actuar en nombre de otro)²⁸, sirven para describir metafóricamente la continuidad, que no es consecuencia de esas ficciones, sino de la sucesión universal, que – como vimos anteriormente – opera mediante la *sustitución* del titular de situaciones jurídicas que permanecen incambiadas. Por consiguiente, si bien no es correcto sostener que la sociedad adquirente continúa la personalidad o representa a la sociedad disuelta o escindida, sí puede afirmarse que es una continuadora de esta, al sustituirla – ocupando su lugar – en situaciones y relaciones jurídicas que permanecen inalteradas²⁹. Cabe señalar que no debe confundirse la continuidad de la sucesión universal, con la continuidad de la empresa, que – como veremos en el Cap. VII – son fenómenos que pueden o no coincidir.

4.1 Carácter no oneroso. En general la doctrina considera que el concepto de onerosidad del derecho privado también es aplicable en el derecho tributario – aunque con matices, en virtud de lo dispuesto por el art. 6º inc. 1º CT – aceptando que la existencia de contraprestación es un elemento decisivo para esa determinación³⁰. Al respecto BLANCO entiende que la contraprestación, aunque no sea equivalente, configura la onerosidad siempre que tenga relación directa con la entrega del bien o la prestación del servicio y se realice en favor del proveedor (la donación modal deberá considerarse realizada a título oneroso siempre que el modo sea en beneficio del donante); debiendo además tener una función retributiva de la ventaja o provecho (en el mutuo la contraprestación son los intereses y no la mera restitución de lo prestado), la que debe derivar de un sacrificio

²⁶ Cf. VALDÉS COSTA, Ramón. *Instituciones de Derecho Tributario*, Bs. As., Depalma, 1992, p. 58; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel H. “Aplicación del derecho privado en materia tributaria”, *Revista Tributaria* cit., T. XLIV (2017), n.º 258, pp. 451 y ss.

²⁷ VAZ FERREIRA, Ob. cit., p. 81.

²⁸ VAZ FERREIRA, *Ibidem*.

²⁹ El art. 35.3 del CGP reconoce este principio para la materia procesal, al establecer que “En caso de extinción de la persona jurídica, el proceso continuará con quienes la sucedan en su patrimonio”.

³⁰ SHAW, José Luis. *Impuesto al Valor Agregado – hecho generador*, ed. Acali, 1978, pp. 39-45; FAGET; Alberto, “El impuesto a la enajenación de producto agropecuarios”, en *Revista Tributaria* cit., T. XI, n.º 63, (1984), p. 456; BLANCO, Andrés. *El Impuesto al Valor Agregado*, FCU - Fac. Der. UDELAR, 2001, Vol. I., p. 89.

patrimonial de la contraparte en la operación. La contraprestación debe poder medirse en términos monetarios e implicar un real intercambio de prestaciones, aunque la satisfacción efectiva del contravalor pueda diferirse, con base legítima o sin ella³¹.

4.2 De lo anterior se deriva que estos casos de transmisión a título universal son ajenos a la idea de onerosidad, en virtud de que esta tiene como presupuesto la existencia de una contraprestación, es decir, de una carga, sacrificio o desventaja que sea la contrapartida de la utilidad recibida. Tampoco la sociedad que se disuelve y transmite su patrimonio está en condiciones de recibir beneficio alguno ni de distribuir ese beneficio a los socios, porque ello supondría la previa liquidación, que en estos casos no tiene lugar.

En el caso del art. 156 LSC, la ausencia de contraprestación es incontestable, porque, sin perjuicio de lo antes expresado, la onerosidad tiene por presupuesto la existencia de pluralidad de partes³² (nadie puede ser acreedor o deudor de sí mismo).

IV. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

5.1 A partir del cambio de criterio efectuado por la consulta 1.726/81 cit., la DGI viene sosteniendo que tanto las fusiones y escisiones, como la asunción del activo y pasivo de la sociedad por el único socio, se encuentran gravados por IRIC (actualmente IRAE) e IVA. De acuerdo con las consultas que hemos podido ubicar, la posición de la DGI en cuanto a la fusión, fue sostenida en las consultas 1.726 cit., 3.073 de 10/05/1991³³, 4.599 de 20/03/2007³⁴ y 5.265 de 03/02/2010, que remite a la 3.437³⁵; en cuanto a la escisión, en la 3.424 de 21/06/1994³⁶; y en cuanto a la asunción del patrimonio por el único socio, por la 5.105 de 10/12/2008³⁷. La consulta 3.073/91 cit., relativa a la fusión por incorporación de dos sociedades anónimas, fue confirmada por la sentencia del TCA n.º 1.270/1993³⁸.

5.2 Los fundamentos de la sentencia n.º 1.270/1993, en apretada síntesis, son los siguientes:

- Invocando a PÉREZ FONTANA – quien a su vez sigue a SALANDRA y DE SEMO – entendiendo que el contrato de fusión es decidido por los socios, quienes son representados por los administradores de las sociedades para facilitar el otorgamiento del compromiso y el contrato de fusión.
- El contrato de fusión, por su función económica, debe ser considerado dentro de los contratos onerosos, porque cada una de las partes sufre un sacrificio patrimonial, al que corresponde una ventaja patrimonial (contraprestación de la otra parte). Los socios de

³¹ BLANCO, Andrés. Ob. cit., pp. 87-95.

³² BLANCO, Andrés, Ob. cit., p. 109 y ss.

³³ Boletín de la DGI, mayo de 1991, n.º 216; también en Revista Tributaria cit., n.º 120, pp. 253-254.

³⁴ Publicada en sitio web de la DGI: <http://www.dgi.gub.uy/wdgi/page?2,principal,Ampliacion-Normativa,O,es,0,PAG;CONC;1075;6;D;consulta-no-4-599;3;PAG;> Última consulta 23/02/2018.

³⁵ La consulta n.º 5.265 puede verse en: <http://www.dgi.gub.uy/wdgi/page?2,principal,Ampliacion-Normativa,O,es,0,PAG;CONC;1074;6;D;consulta-no-5-265;2;PAG;> Última consulta 23/02/2018.

³⁶ Boletín de la DGI, junio de 1994, n.º 253.

³⁷ Publicada en sitio web de la DGI: <http://www.dgi.gub.uy/wdgi/page?2,principal,Ampliacion-Normativa,O,es,0,PAG;CONC;1074;6;D;consulta-no-5-105;2;PAG;> Última consulta 23/02/2018.

³⁸ *Rev. Tributaria* cit., n.º 120, pp. 257 y ss.

la sociedad absorbida reciben, como contraprestación por la transmisión del patrimonio, participaciones o acciones de la sociedad absorbente, siendo indudable que existe por ambas masas sociales el ánimo de obtener una ventaja, provecho o lucro, configurándose una equivalencia subjetiva, no necesariamente objetiva, de las contraprestaciones.

- Los accionistas de la sociedad absorbida tienen un cambio radical en su situación, al canjear las acciones de una sociedad por otra con distinta situación financiera y económica y con otro peso en las mayorías. Estima que la operación de fusión es muy similar a la venta de una sociedad, con la diferencia de que el precio no es en dinero sino en acciones.
- El beneficio de arrastre de las pérdidas de la sociedad absorbida, no puede transferirse a la sociedad absorbente, porque la atribución del hecho generador debe realizarse al titular de la empresa y no a esta y, en su mérito, el arrastre de pérdidas es derecho exclusivo del sujeto pasivo contribuyente en cuya cabeza se genera y no de quien le sucede, siendo por tanto un beneficio intrasmisible.

V. CRÍTICA A LA POSICIÓN QUE SOSTIENE LA ONEROSIDAD DE LA FUSIÓN Y LA ESCISIÓN.

6.1.1 Las partes en la fusión y en la escisión, son las sociedades y no los socios o accionistas. La tesis de que la fusión y la escisión se otorgan por los socios o accionistas, intenta salvar la contradicción de que, de otro modo, la presunta contraprestación (entrega a los mismos de participaciones, cuotas o acciones) sería en favor de quienes no son parte en la operación, careciendo de carácter retributivo.

No obstante, como señala HOLZ, el art. 120 LSC "...deja en claro que son las sociedades las que otorgan el contrato de fusión o el acto de escisión, y no los socios o accionistas alcanzados por dichas operaciones. El proyecto de ley preveía originalmente que los representantes de la sociedad debían ser considerados además como representantes legales de los socios, lo cual fue eliminado del texto definitivo"³⁹.

BLANCO también sostiene esta posición, argumentando que la transmisión del patrimonio opera por voluntad social, aun contra la voluntad de alguno de los socios y aun cuando los disidentes ejerzan el derecho de receso; y porque los mecanismos de protección de los acreedores previstos en la ley 16.060, tanto para la fusión como para la escisión, comprenden a los acreedores de la sociedad y no a los de los socios⁴⁰.

6.1.2 El patrimonio empresarial pertenece a la sociedad y no a los socios. Por otra parte, si bien es cierto que la fusión y la escisión deben ser decididas por los socios o

³⁹ HOLZ, Eva, "Sección XII – De la Fusión y de la Escisión", en *Análisis exegético de la ley 16.060 – Sociedades Comerciales*. En GAGGERO, Eduardo, PÉREZ IDIARTEGARAY, Saúl y RIPPE, Siegbert (Directores), T. I, FCU, Montevideo, 1992, p. 115. El art. 122 del Proyecto, que se corresponde con el art. 120 de la ley aprobada, establecía que los administradores o representantes suscribirán el contrato de fusión o el acto de escisión "...ejerciendo la representación de la sociedad y de sus respectivos socios o accionistas". Disponible en: https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/versiones-taquigraficas/senadores/42/20498/0/PDF?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow. Última consulta 23/02/2018.

⁴⁰ BLANCO, Andrés. Ob. cit., pp. 139-140.

accionistas, ello no significa que los mismos posean legitimación para disponer de un patrimonio cuya titularidad es de la sociedad, aun después de su disolución⁴¹. Debe distinguirse, entonces, la decisión de los socios de realizar la fusión o escisión, de la fusión o escisión misma⁴², que son actos jurídicos traslativos, que si bien alcanzan con sus efectos a los socios o accionistas, se otorgan por la sociedad. Siendo los institutos que nos ocupan de carácter dispositivo, y no meramente obligacional, la legitimación para disponer es un requisito de eficacia, tal como ocurre en la tradición⁴³.

6.1.3 La idea de la **previa adjudicación o afectación de los bienes a los socios o accionistas**, para justificar que la transmisión del patrimonio la hacen estos y no la sociedad, fue insinuada por BORDOLLI⁴⁴, siendo evidente que implica una inadmisibles creación de una ficción por vía interpretativa⁴⁵. Por otra parte, dichos institutos refieren a la transmisión a título singular de bienes concretos (y no de un patrimonio o parte alícuota del mismo), además que la adjudicación debe estar precedida de la liquidación de la sociedad⁴⁶; y la afectación al uso privado supone que el socio o accionista retira elementos del activo (bienes concretos, y no cuotas del patrimonio) para consumirlos o usarlos en su vida privada, y no para continuar la actividad empresarial⁴⁷. A todo lo anterior se suma, que el socio o accionista luego no podría transmitir esos bienes sino a título singular – que es lo que la ley pretendió evitar – sin poder incluir a los pasivos (ver *supra* nral. 3.3.2).

6.1.4 Tampoco es aceptable **prescindir de las formas jurídicas** para atribuir el patrimonio de la sociedad y el negocio de fusión directamente a los socios o accionistas, siendo que el art. 6° inc. 2° CT no es una norma antielusiva genérica, sino un mecanismo aplicable exclusivamente al caso de inadecuación entre forma y sustancia⁴⁸. En el caso, la prescindencia de la forma implicaría desconocer la personería jurídica de la sociedad

⁴¹ Ver *supra* nota 1. La situación de los socios o accionistas, en relación con la disposición del patrimonio social, pensamos que es similar a la del cónyuge que da su consentimiento para la enajenación por el otro cónyuge de alguno de los bienes gananciales comprendidos en la regla del art. 1971 CC, lo que no lo convierte en parte en el contrato ni en enajenante.

⁴² Como señala PÉREZ FONTANA, “Lo que es un acto corporativo, si así quiere llamársele, es la decisión de los socios de realizar la fusión, porque es un acto unilateral que puede o no llevarse a cabo pero que por sí solo no constituye una fusión...” (PÉREZ FONTANA, Sagunto. *Sociedades Anónimas – comentario de la ley 16.060*, Vol. II, FCU, 1992, p. 75).

⁴³ Como dice GAMARRA, “...el negocio dispositivo no produce su efecto típico (su efecto real), si el sujeto no está legitimado para realizarlo. Así la tradición hecha por el no propietario, no produce el efecto real, no transfiere el dominio (artículo 775, inciso 2°), aunque puede producir otros efectos (65). *La legitimación actúa como requisito de eficacia del negocio dispositivo.*”; en cursiva en el original (GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. Octavo cit. p. 70).

⁴⁴ BORDOLLI, José Carlos. Intervención en Mesa Redonda sobre la “Ley de Sociedades comerciales y su incidencia en materia tributaria”, en *Revista Tributaria IJET*, n.º 95 (1990), pp. 115-116 y 120.

⁴⁵ SHAW, José Luis. Intervención en Mesa Redonda sobre la “Ley de Sociedades comerciales y su incidencia en materia tributaria”, en *Revista Tributaria cit.*, n.º 95, p.122; PEIRANO FACIO, Juan Carlos. “Comentario del Dr. Juan Carlos Peirano Facio sobre la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, n.º 1.270/93”, en *Revista Tributaria cit.*, n.º 120, p. 270.

⁴⁶ BLANCO, Andrés. *Renta Bruta en el IRAE*, en BLANCO, Andrés (Coordinador), *Estudios sobre Imposición a la Renta*, FCU, 2ª ed., Montevideo, 2015, p. 346.

⁴⁷ BLANCO, Andrés. *Renta Bruta en el IRAE cit.*, p. 351.

⁴⁸ FAGET, Alberto. “Interpretación y calificación en materia tributaria. Las formas jurídicas inadecuadas y el fraude a la ley fiscal”, en *Revista Tributaria cit.*, T. XXXI, n.º 181 (2004), p. 437; cf. FERRARI REY, Mario y GUTIÉRREZ PRIETO, Gianni, *Conjuntos económicos – enfoque tributario*, AMF, Montevideo, 2011, pp. 82-89.

fusionada o escindida, solución extrema que solo puede invocarse cuando la personería ha sido utilizada con la única finalidad de evasión fiscal y sin que exista ningún propósito de negocios ajeno a la materia fiscal. Incluso, en el caso de la existencia de una sociedad con un único socio o accionista, en situaciones cuya legitimidad es admitida por la LSC y su reglamentación, no es concebible que esa circunstancia pueda constituir una causal de “inoponibilidad de la personería jurídica”⁴⁹.

7. Inexistencia de contraprestación (y de onerosidad), en la fusión y escisión.

7.1 Las compensaciones de los arts. 115 inc. 3º y 116 inc. 3º LSC, pertenecen a los socios y accionistas, y no a la sociedad. Quienes entienden que las participaciones, cuotas o acciones que se entregan a los socios o accionistas constituyen la contraprestación por la transmisión del patrimonio, deben admitir – como lo hace METRE – que las compensaciones en dinero constituyen parte del ingreso que recibe el titular de la empresa que se fusiona⁵⁰. Sin embargo, dicha conclusión se contradice con el art. 124 LSC, porque con ese pago se compensa a los socios o accionistas de un porcentaje del valor nominal asignado a sus participaciones, cuotas o acciones, del cual se desprenden definitivamente. Por otra parte, el hecho de que los derechos de terceros sobre las participaciones y acciones, subsistan en las sustitutivas y en las compensaciones en dinero, no deja dudas de que esas compensaciones **no pertenecen a la sociedad, sino a los socios o accionistas.**

7.2 Es cierto que los socios o accionistas tienen la **expectativa o esperanza de obtener una ventaja, beneficio o provecho** con la fusión o escisión, pero, sin perjuicio de que los mismos no son parte en esas operaciones, esas expectativas imaginadas – imposibles de medir en términos monetarios y a veces ilusorias⁵¹ – no tienen que ver con la *causa* sino con los *motivos*, que por ser subjetivos y particulares de cada contratante, no forman parte del contenido del acto y solo poseen relevancia cuando la ley se las otorga⁵². Si bien la ventaja o provecho puede ser futura, o aun eventual o potencial, como en la “compraventa de la esperanza”⁵³, una cosa es cuando se trata de una simple expectativa de una de las partes, y otra cuando forma parte de una prestación a cargo de la otra parte.

7.3 Si bien puede hablarse de modos de adquirir gratuitos cuando el adquirente no hace sacrificio patrimonial alguno, consideramos erróneo vincular esa circunstancia a un **“ánimo de liberalidad”**, que sólo puede estar presente en los negocios obligacionales, en los que constituye la causa para obligarse a título gratuito (art. 1287 CC). En el modo de adquirir a título universal, la causa es un hecho jurídico (la muerte) o un acto jurídico (bilateral o unilateral), al que la ley le atribuye esa eficacia.

⁴⁹ FAGET PRATI, Alberto. “El «disregard of legal entity» en el Derecho Tributario”, en *Revista Tributaria cit.*, T. XX, n.º 116 (1993), pp. 383 y ss.

⁵⁰ METRE, Javier. “Adquisiciones, fusiones y reorganizaciones empresariales”, en *Revista Tributaria cit.* T. XXXVII (2010), n.º 215, p. 272.

⁵¹ La propia LSC prevé en su art. 135 la quiebra o liquidación judicial de la sociedad incorporante o de la que se crea, dentro de los sesenta días de inscripta la fusión.

⁵² GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. XIV cit. pp. 86-87.

⁵³ BLANCO, Andrés. *El Impuesto al Valor Agregado*, Vol. 1 cit., p. 104.

No puede justificarse, entonces, la presunta onerosidad de la transmisión universal *inter vivos* por la inexistencia de ánimo de liberalidad, como lo hace BORDOLLI⁵⁴ y la consulta de la DGI n.º 2.494 de 15/07/1985⁵⁵. Como señala GAMARRA, el ánimo de liberalidad "...consiste en el deseo o propósito (finalidad) de realizar una atribución patrimonial sin recibir por ella una contraprestación equivalente", por lo que "...la causa no es más que la consideración del elemento objetivo en el plano de la mente del sujeto que efectúa el acto gratuito"⁵⁶. No se plantea, entonces, un dilema de causalidad, porque lo primero es el elemento objetivo. Si no existe contraprestación, la afirmación de la onerosidad a partir de la presunta inexistencia de ánimo de liberalidad, no sólo es contraria a la lógica, sino que conduce a la ficción – sin base legal – de asignar carácter oneroso a una operación que no procura ninguna ventaja o provecho a quien realiza la prestación.

7.4 La sentencia que comentamos, asimila la fusión a la venta de una sociedad, considerando que la única diferencia es que en la fusión el precio es en especie. No obstante – sin perjuicio de lo que veremos *infra* nral. 12.2.2 – para adquirir una sociedad se requiere la compra de la totalidad de sus participaciones o acciones, lo que supone, en primer lugar, que los socios o accionistas se desprendan definitivamente⁵⁷ de las mismas; y, en segundo lugar, que el adquirente haga un sacrificio económico a cargo de su propio patrimonio para pagar el precio, ninguna de cuyas circunstancias se verifica en el caso.

7.5 La asimilación también ha sido hecha con el aporte de bienes a la sociedad⁵⁸. Sin embargo, el aporte implica una transmisión a título singular de bienes determinados, y no cuotas de patrimonio, además que ese presunto aporte no se hace por cuenta de los socios o accionistas, desde que los mismos no son titulares de ese patrimonio, ni se desprenden de derecho alguno.

8.1 La entrega de participaciones sociales, cuotas o acciones, no es una operación onerosa. La compensación en dinero, sí lo es. Si bien el término "compensación" hace pensar en una contraprestación, entendemos que, más allá de las palabras que con mayor o menor acierto haya utilizado el legislador, lo decisivo para calificar esta operación es el contenido que subyace en la misma.

Por consiguiente, analizaremos por separado las dos hipótesis de compensación mencionadas por el art. 124 LSC, si bien cabe consignar que en ninguno de los casos se trata de indemnizar un perjuicio, desde que la fusión y la escisión lógicamente se otorgan con la expectativa de obtener un beneficio, sobre cuya base incluso se ha pretendido fundar la onerosidad de dichas operaciones (*supra* nral. 7.2).

⁵⁴ BORDOLLI, José Carlos. Intervención en Mesa Redonda cit., en *Revista Tributaria* cit., n.º 95, p. 121.

⁵⁵ *Revista Tributaria IJET*, T, XXI, n.º 120 (1994), pp. 264-266. En dicha consulta se afirma que estará comprendido en la onerosidad todo acto "...que no esté realizado con ánimo de liberalidad por parte de quien con él se grava, o sea que la onerosidad surge por añadidura del descarte de dicho ánimo".

⁵⁶ GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. Octavo cit., p. 157; T. Sexto, Montevideo, 1966, p. 17.

⁵⁷ Señala GAMARRA que los contratos de cambio tienen por finalidad producir un traspaso *definitivo* de la propiedad; en los mismos las partes están enfrentadas como dos adversarios, y lo que una obtiene de ganancia, lo logra a expensas de la otra, fenómeno que no se presenta en el contrato de sociedad, cuya finalidad "...no consiste en el intercambio de bienes, sino más bien en la reunión de fuerzas y de bienes hacia un bien común" (GAMARRA, Jorge. Ob. cit., T. Octavo cit., pp. 127-129).

⁵⁸ PEIRANO FACIO, Juan Carlos. Ob. cit., p. 272. En ese sentido afirma PÉREZ FONTANA que "La naturaleza jurídica de la fusión es la misma que la constitución de una sociedad o el ingreso a una sociedad ya existente" (*Manual de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., FCU, 1987, n.º 382. p. 217).

8.2 Cuando la compensación es en participaciones, cuotas o acciones, no puede decirse que los socios o accionistas se desprendan de sus derechos como tales, sino que el objeto sobre el que recaen los mismos se traslada a la sociedad creada o incorporante, lo que explica que los derechos de terceros subsistan en las nuevas participaciones, cuotas o acciones y en las compensaciones que se hayan convenido (art. 124 inc. 2° LSC). Tampoco transfieren un patrimonio que no les pertenece, ni realizan ninguna prestación a favor de dichas sociedades (antes bien, ingresan como potenciales acreedores de la sociedad), por lo que no existe un intercambio de prestaciones. En realidad la asignación a los socios o accionistas de las participaciones, cuotas o acciones sustitutivas, se efectúa en el contrato de fusión o en el acto de escisión (art. 124 LSC), por lo que si existe un desplazamiento patrimonial el mismo es el resultado de la sucesión universal que implican dichas operaciones, mientras que la entrega a la que refiere dicha norma, no hace más que documentar los derechos que los socios o accionistas ya poseían desde la fusión o escisión. Obsérvese, además, que en el caso de fusión por incorporación o de la escisión parcial en favor de una sociedad existente al amparo del art. 117 inc. 1° LSC, la entrega también debe efectuarse a los socios o accionistas de la sociedad incorporante, a pesar de que estos claramente no realizan prestación alguna en favor de dicha sociedad.

La sociedad que se crea o incorporante, a su vez, no hace sacrificio patrimonial alguno, desde que la entrega de las nuevas participaciones, cuotas o acciones la hace con cargo al patrimonio recibido con la fusión o escisión.

Esa ausencia de prestaciones y de sacrificio de contenido económico, también impide que la operación pueda considerarse como una permuta de participaciones, cuotas o acciones, como hipotéticamente plantea BLANCO⁵⁹, sin perjuicio de que no existen al mismo tiempo dos participaciones, cuotas o acciones que puedan intercambiarse, sino que el objeto de cada una se desplaza – junto con el patrimonio – de una sociedad a otra, que adquiere por el modo sucesión la condición de deudora de las obligaciones correlativas.

8.3 En cambio, cuando se compensa en dinero hasta el diez por ciento del valor nominal adjudicado a cada socio o accionista (art. 124 LSC), sí puede decirse que estos se desprenden definitivamente de los respectivos derechos, en una operación que a nuestro juicio puede calificarse como de rescate de capital social, como veremos más adelante.

9.1 En lo que refiere a la asunción del activo y pasivo de la sociedad por el único socio, es indiscutible que no hay, ni podría haber, contraprestación alguna, porque nadie puede ser acreedor o deudor de sí mismo.

10. Es cierto que los arts. 26 de la ley 16.906 de 07/01/1998 (Promoción y Protección de Inversiones) y 68 del Título 4 TO cit., permiten exonerar de IRAE (antes IRIC), IVA e ITP operaciones que suponen transmisión patrimonial a título universal. Sin embargo, como señala BLANCO, la exoneración de actos o hechos que están excluidos del hecho generador, debe considerarse como una solución superabundante, como lo confirma el hecho de que el art. 26 de la ley 16.906 faculta al Poder Ejecutivo para exonerar del IVA a la “transformación de sociedades”, las cuales – en criterio compartido incluso por la propia DGI – nunca configuran el hecho generador del IVA⁶⁰.

⁵⁹ BLANCO, Andrés. “Renta bruta en el IRAE” cit., p. 349.

⁶⁰ BLANCO, Andrés. *El Impuesto al Valor Agregado*, Vol. I cit. p. 140.

11. Nuestra posición, en este punto, concuerda con las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (Cartagena de Indias, 2010), en relación al tema Fusiones, Adquisiciones y Reorganizaciones Empresariales⁶¹, en las conclusiones 8. y 10⁶². No compartimos, en cambio, la conclusión 11.⁶³, por considerar que las compensaciones a los socios y accionistas no poseen carácter indemnizatorio.

VI. CONSECUENCIAS FISCALES DE LA TRANSMISIÓN A TÍTULO UNIVERSAL *INTER VIVOS*.

12. Las consultas de la DGI citadas *supra* nral. 5.1, consideran implícitamente⁶⁴ y en alguna ocasión en forma expresa (como en la n.º 4.599 cit.), que las consecuencias fiscales de la fusión y escisión deben atribuirse a la sociedad, lo que se contradice con la tesis de que dichas operaciones son efectuadas por los socios o accionistas. PEIRANO FACIO, en cambio, salva esa incongruencia entendiendo que dichas consecuencias deben analizarse en cabeza de los socios o accionistas⁶⁵, aunque incurre en la contradicción de atribuir a estos la titularidad del patrimonio social, al tiempo que afirma que los aportes en bienes están gravados⁶⁶, lo que demuestra que la onerosidad de estas operaciones no puede sostenerse sin incurrir en serias contradicciones⁶⁷.

12.1 En la sucesión universal no se crea una nueva relación jurídica, que tenga por objeto la obligación de una de las partes de transferir el activo y pasivo, sino que el sucesor *sustituye* al titular en todas las relaciones jurídicas activas y pasivas, no existiendo en

⁶¹ RECOMENDACIONES ADOPTADAS POR LAS XXV JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO. TEMA 1 – FUSIONES, ADQUISICIONES Y REORGANIZACIONES EMPRESARIALES, en *Revista Tributaria* cit., T. XXXVII (2010), n.º 215, pp. 360-361.

⁶² “8. Las normativas de los países deben dejar en claro que, sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de derecho privado, con fundamento en la autonomía dogmática del derecho tributario sustancial, las operaciones integrantes de los procesos de fusión o escisión no entrañan enajenaciones de activos o patrimonios, ni materializan plusvalías que, como tales, evidencien la configuración de hechos generadores de los impuestos sobre la renta, sobre el valor agregado y demás tributos cuya hipótesis de incidencia estén asociados a tales supuestos. En el caso de otras formas de reorganización empresarial, la normativa tributaria debe igualmente consagrar la neutralidad fiscal”. “10. La neutralidad impositiva derivada de las reorganizaciones empresariales se extiende a los accionistas y socios. Los intercambios de participaciones o acciones derivados de un proceso de reorganización no generan un incremento susceptible de gravarse con el impuesto sobre la renta”.

⁶³ “11. Cuando la relación de canje se integre con compensaciones en dinero destinadas a mantener su equilibrio, estas últimas no constituyen la materialización de una plusvalía por parte de los socios o accionistas que las perciben por tener naturaleza compensatoria o resarcitoria y, por tanto, el importe de las mismas sólo debe incidir en el costo computable de las acciones”.

⁶⁴ Afirman que la fusión o escisión generan IRIC o IRAE e IVA, sin tener en cuenta la calidad que tengan los socios o accionistas.

⁶⁵ PEIRANO FACIO, Juan Carlos. Ob. cit., p. 273.

⁶⁶ La afirmación de que los aportes en bienes están gravados por impuestos, supone que esos bienes pasan a un patrimonio diferente al del socio o accionista, porque la onerosidad supone la existencia de dos partes independientes que intercambian prestaciones.

⁶⁷ En la Mesa Redonda antes cit. el Cr. ROSSETTO objetó al Dr. BORDOLLI que la sociedad que desaparece no puede ser contribuyente, porque no recibe nada; a lo que este respondió que tampoco el accionista sería contribuyente si no es el enajenante (*Revista Tributaria* cit., T. XVII, n.º 95 cit., pp. 121-122). La solución a esa contradicción sería considerar que el socio o accionista es el otorgante de la fusión o escisión, hipótesis que hemos descartado por ilegal (*supra* nral. 6.1.1.).

realidad circulación o entrega de bienes⁶⁸. Si bien el hecho generador del IVA es de los denominados “sustanciales” o “económicos”, la definición legal no abarcó a todas las situaciones en las que la disponibilidad económica de un bien pasa de un sujeto a otro, sino que solo se refiere a operaciones a título singular cuyo objeto es la *entrega* de un *bien concreto*, como lo demuestran todos los ejemplos que enumera el art. 2º lit. A) del Título 10 TO cit. para aclarar la definición legal. Por otra parte, el impuesto busca gravar el consumo, lo que constituye una hipótesis ajena a la transmisión a título universal de un patrimonio, o cuota parte del mismo. Si bien en nuestro Derecho no existe una disposición que excluya del IVA a las universalidades, como señala BLANCO⁶⁹, a nuestro juicio dicha exclusión se produce como consecuencia del modo de adquirir a título universal, que no implica la entrega ni el consumo de bienes.

De todos modos es claro que sin una ficción legal, operaciones que carecen de contraprestación no pueden considerarse realizadas a título oneroso a los efectos del IVA⁷⁰; y que al verificarse una transmisión directa del patrimonio, se excluye la existencia de fenómenos intermedios, como la adjudicación o la afectación al uso privado de los socios o accionistas, sin perjuicio de lo expresado en el nral. 6.1.3 en cuanto a las características de estas figuras, que las hacen incompatibles con la transmisión a título universal.

12.2.1 También es claro que operaciones que carecen de contraprestación no pueden tener un “producido” o “resultado” a los efectos del IRAE, porque ambos términos aluden a la retribución que se obtiene por la realización de las operaciones mencionadas en la ley⁷¹.

12.2.2 En cuanto a la asimilación con la enajenación de establecimientos comerciales (art. 17 lit F Título 4 TO), debe tenerse en cuenta que en esta solo se transmiten los elementos activos y que este hecho generador supone la existencia de un precio, además que esta asimilación fue dejada de lado por el Poder Ejecutivo en 1979 (*supra* nral. 2.3). Por otra parte, como señala BLANCO, también la enajenación de establecimientos comerciales se asemeja a la venta de la totalidad de las acciones o cuotas sociales, sin que la Administración haya sostenido que esta hipótesis de renta bruta se extienda a estas últimas modalidades de transferencia de empresas⁷².

12.2.3 Si en el patrimonio se incluyen derechos reales inmobiliarios, su transmisión no estará alcanzada por el ITP, no por falta de contraprestación, sino porque este impuesto sólo grava una especie de las transmisiones a título universal, que es la sucesión por causa de muerte o ausencia (lit. E] del art. 1º del Título 19 del TO cit.), cuya previsión expresa corrobora que las transmisiones a título universal no pueden subsumirse en el concepto de

⁶⁸ En ese sentido, la Sexta Directiva de la CEE, en cuanto al IVA, faculta a los Estados miembros para considerar que la transmisión de una universalidad no supone una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente. Según DEROUIN el fundamento de esta exclusión es que la transmisión de universalidades patrimoniales no comporta ni la producción (en sentido amplio) ni el consumo de bienes, razón por la cual no generan valor agregado en sentido económico y, por tanto, carece de sentido su gravamen (citado por BLANCO, Andrés. *El Impuesto al Valor Agregado*, Vol. I cit., p. 71).

⁶⁹ BLANCO, Andrés. *Ibidem*.

⁷⁰ BLANCO, Andrés. Ob. cit., Vol. I, p. 124.

⁷¹ BLANCO, Andrés. “Imposición a la Renta” en BLANCO, Andrés (Coordinador), *Estudios sobre Imposición a la Renta* cit., pp. 22-23.

⁷² BLANCO, Andrés. “Renta Bruta en el IRAE” cit. p. 349.

enajenación previsto en el lit. A) de dicho artículo. Como señala VILLANUSTRE, la ley se apartó del concepto amplio de enajenación que contenía el proyecto – comprensiva de todo tránsito de un bien de un patrimonio a otro – sin dar una definición ni apartarse del derecho civil, legislación y doctrina, para los cuales enajenación equivale a negocio dispositivo traslativo, que significa la confluencia de título y modo⁷³, lo que excluye a la sucesión universal. El art. 5° inc. 1° del Dec. 252/1998 cit., al incluir en el concepto de enajenación a las fusiones y escisiones, se contradice con su propio concepto de enajenación, equivalente al negocio obligacional, inexistente en estos casos.

12.3 En cuanto a la asunción del activo y pasivo por el único socio, la Consulta de la DGI n.º 5.105 cit. entendió que “La transferencia de bienes de una persona jurídica a una empresa unipersonal es una circulación, y como tal se halla gravada por el IVA. Cabe agregar también, que se encuentra gravado por el IRAE el resultado proveniente de esta transferencia de bienes”.

Indudablemente la consulta no tomó en cuenta que en el caso se trata de una transmisión a título universal, ni que la contraprestación es imposible tratándose de un acto unilateral del único socio. Por otra parte, la afirmación de la *circulación* del patrimonio de la sociedad hacia el socio, no se concilia con la tesis de que son los socios quienes disponen del patrimonio de la sociedad.

En cuanto al IRAE, la falta de contraprestación hace que la operación carezca de un “producido” o “resultado”, no tratándose tampoco de una situación asimilable a la adjudicación o dación en pago que menciona el art. 17 lit. C) Título 4 cit., que son actos bilaterales que suponen la entrega de bienes concretos (no de una universalidad) y – en el primer caso – implica la previa liquidación de la sociedad.

12.4 Para la sociedad que recibe todo o parte del patrimonio de la sociedad fusionada o escindida, se trata de un aumento del capital integrado que no genera rentas gravadas, de acuerdo con lo previsto en el arts. 18 lit. B) T. 4 TO cit. y 15 del Dec. 150/2007.

Como afirma PEIRANO FACIO, para la sociedad incorporante no existen otros efectos tributarios que los resultantes de mantener como valor fiscal inicial de los bienes que se incorporan el valor que los mismos tenían en la sociedad absorbida a la fecha del contrato de fusión (art. 66 del Dec 840/88)⁷⁴, disposición que también exigía mantener los regímenes de valuación y de amortización. El art. 66 del Dec. 840/88 cit. fue reproducido por el art. 72 del Dec. 150/2007 cit., con las variantes de que incluyó expresamente a las fusiones y escisiones; y que en la nueva redacción dada al inciso primero por el Dec. 222/2011 de 23/06/2011, se agregó que la empresa sucesora también debe mantener el cómputo de los plazos para aplicar las normas sobre malos créditos. En cuanto a la disposición sobre la avaluación del valor llave, que el inc. 2° del art. 72 cit. mantuvo sin variantes con respecto al antecedente citado, es inaplicable a los casos de transmisión a título universal, en virtud de que en los mismos no existe precio ni inversión real alguna por dicho concepto.

13.1.1 Con respecto a la situación de los socios o accionistas, en el nral. 8.2 adelantamos opinión en el sentido de que, cuando la compensación se efectúa mediante la entrega de

⁷³ VILLANUSTRE NANO, Hugo. “Impuesto a las Trasmisiones Patrimoniales”, en *Revista Tributaria* cit., T. XX, n.º 113 (1993), pp. 140-141.

⁷⁴ PEIRANO FACIO, Juan Carlos. Ob. cit., p. 273.

participaciones, cuotas o acciones, no implica que los mismos se desprendan de sus derechos como tales, ni que efectúen prestación alguna, además que tampoco la sociedad hace un sacrificio económico, porque entrega las nuevas participaciones, cuotas o acciones con cargo al capital recibido de la sociedad fusionada o escindida.

13.1.2 En cuanto al IVA, entendemos que esta operación no configura el elemento material, en virtud de la inexistencia del elemento onerosidad, antes mencionada⁷⁵.

13.1.3 En cuanto al IRPF, no se trata de una operación que genere un incremento patrimonial o un rendimiento de capital. En el primer caso, entendemos que no se verifica ninguna de las hipótesis previstas en el art. 17 Título 7 cit., en virtud de que el socio o accionista no enajena ningún bien corporal o incorporeal, que es la hipótesis sobre la que reposa este hecho generador. En el segundo aspecto, es evidente que tampoco percibe renta alguna por la sola documentación de los derechos de los que ya era titular desde el momento de la fusión o escisión.

13.2.1 En el caso de la compensación parcial en dinero, ocurre un fenómeno distinto, de naturaleza económica, por cuanto el socio o accionista se desprende definitivamente de una cuota parte de sus participaciones, cuotas o acciones. Esta “compensación” – que no tiene carácter indemnizatorio de un perjuicio – a nuestro juicio constituye un rescate de capital.

13.2.2 Cuando el socio o accionista es una persona física, será un incremento patrimonial alcanzado por el IRPF, estando exonerado siempre que se trate del rescate en entidades contribuyentes del IRAE, IMEBA, SAFI, o exoneradas de dichos tributos en virtud de normas constitucionales (art. 27 lit. D del Título 7 TO cit.), rigiendo la misma exoneración para el IRNR, si el socio o accionista es una persona física o entidad no residente (arts. 1º y 15 lit. D del Título 8 TO cit.). Eventualmente podrá también existir un rendimiento de capital, a los efectos del IRPF e IRNR, en virtud de que “...se considerará dividiendo la parte del precio del rescate que exceda al valor nominal de las acciones correspondientes” (arts. 19 del Dec. 148/2007, de 26/04/2007 y 8 Dec. 149/2007 de 26/04/2007).

13.2.3 Si el socio o accionista fuera un contribuyente de IRAE comprendido en el lit. A) del art. 3º del Título 4 cit., el ingreso originado por esta operación constituirá renta bruta de dicho tributo (art. 16 lit. B Título 4 cit.).

13.2.4 La ganancia que eventualmente pudiera obtener la sociedad creada o absorbente con esa operación, no constituye renta bruta (art. 18 lit. B Título 4 TO cit.).

13.2.5 Con respecto al IVA, tratándose de pagos al socio o accionista que se hacen efectivos en dinero, no se configura el aspecto material del IVA⁷⁶.

VII. EL ARRASTRE DE PASIVOS

14.1 En este punto compartimos el criterio de la DGI y la sentencia referida, en virtud de que el derecho a deducir de la renta bruta las pérdidas de los ejercicios anteriores (art. 21 Lit. F] del Título 4 del TO cit.), no es un crédito que habilite para exigir una prestación,

⁷⁵ BLANCO, Andrés. *El Impuesto al Valor Agregado*, Vol. I cit., pp. 134-136.

⁷⁶ Cf. BLANCO, Andrés. *El Impuesto al Valor Agregado*, Vol. I cit., p. 136.

sino que, al igual que en el régimen general del IVA, sólo es una deducción acordada por la ley para liquidar el impuesto, lo que le impone un límite temporal natural, que es la propia existencia del contribuyente⁷⁷.

14.2 El derecho a deducir las pérdidas de ejercicios anteriores no puede pasar, entonces, a un sujeto pasivo diferente, como ocurre en los casos de fusión y escisión, porque – a pesar de que en dichos casos existe continuidad en el patrimonio transmitido – el mismo se fragmenta y/o se confunde con otros patrimonios, provocando el cese de la empresa fusionada o escindida y un cambio de sujeto pasivo. Aunque la atribución de las rentas debe realizarse al titular de la empresa, y no a esta, como se señala en la sentencia, la empresa es un elemento necesario para la definición de las rentas gravadas, por lo que su identidad se vincula a la del sujeto pasivo tributario, lo que – por remisión – también se proyecta al campo del IVA.

Por consiguiente, consideramos que en esos casos no es aplicable la recomendación n.º 9. de las ya mencionadas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, en el sentido que “Las reorganizaciones empresariales deben conllevar el traslado de atributos fiscales, incluyendo el de las pérdidas fiscales”⁷⁸.

15. La conclusión es diferente en el caso de la asunción del patrimonio por el único socio, en virtud de que en esta modalidad la empresa mantiene su integridad y el socio continúa personalmente la actividad de la sociedad. Este caso entendemos que está excluido del cierre de ejercicio, en virtud de que esa situación está comprendida en la referencia que hace el art. 36 del Dec. 597/1988 de 21/09/1988 (reglamentario de las normas formales y materiales de los tributos recaudados por la DGI) al “modo sucesión”, además que no implica clausura – porque la actividad continúa – ni transferencia⁷⁹, porque dicha norma – coincidiendo con el criterio doctrinario referido *supra* nral. 3.31 – ha diferenciado los casos de transferencia, de los “cambios de titular” de determinadas universalidades jurídicas⁸⁰.

En cambio, cuando la transmisión se produce en favor de una persona física, sí se produce un cierre de ejercicio del IP, porque el régimen de dicho impuesto ha sido definido atendiendo a la forma jurídica del titular del patrimonio.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ACOSTA CASCO, Natalia, AGOSTINO GIRALDEZ, Sol y AMORETTI TABOADA, Carla. “Responsabilidad Tributaria por sucesión mortis causa”, en *Revista Tributaria IUNET*, T. XXXVIII (2011), n.º 221, pp.193 y ss.
- BARDALLO, Julio. “La fusión de bancos importa transmisión universal entre vivos”, dictamen para el S.M.U., de fecha 26/08/1971, en *Revista Asociación de Escribanos del Uruguay*, Montevideo, T. 58 (1972), pp.133-151.
- BLANCO, Andrés. – *El Impuesto al Valor Agregado*. FCU – Fac. Der. UdelaR, Vol. I, 2001; Vol. II, 2004; – “Imposición a la Renta” y “Renta bruta en el IRAE”, en BLANCO, Andrés

⁷⁷ BLANCO, Andrés. *El Impuesto al Valor Agregado* cit., Vol. II, 2004, pp. 149-152 y 184-185.

⁷⁸ RECOMENDACIONES ADOPTADAS POR LAS XXV JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO cit., p. 361.

⁷⁹ La normativa tributaria prevé dos motivos para el cese anticipado del contribuyente: las cesaciones de negocios y las transferencias (art. 89 T. 4 TO cit.).

⁸⁰ El art. 18 del Dec. 150/2007 cit. utiliza un concepto amplio de “transferencia”, pero asociado a operaciones a título oneroso.

- (Coordinador), *Estudios sobre imposición a la renta*, FCU, 2ª ed., 2015, pp. 5-34 y 333-352, respectivamente.
- BORDOLLI, José Carlos. – “Ley de sociedades Comerciales y su incidencia en materia Tributaria” e intervenciones en el Debate que siguió a esa disertación, en *Revista Tributaria IUET*, T. XVII (1990), n.º 95, pp. 81 y ss.; – “Consecuencias tributarias nacionales e internacionales de la escisión de empresas”, en *Revista Tributaria IUET*, T. XXI (120), p. 227 y ss.; – “Comentario del Dr. José C. Bordolli sobre la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1270/93”, en *Revista Tributaria cit.*, n.º 120, pp. 263-264.
- CALVO, Justo Pastor. “La fusión de los bancos y sus consecuencias fiscales” en *Anales Administrativos*, T. I, n.º 10 (1965), pp. 414-418.
- DE CORES, Carlos. “Negocios sobre universalidad. Su actualidad a la luz de la reciente Ley de Bancos”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXXIII, FCU, Montevideo, 2003.
- FAGET; Alberto A. – “El impuesto a la enajenación de productos agropecuarios”, en *Revista Tributaria IUET*, T. XI, n.º 63 (1984), pp. 449 y ss.; – “Interpretación y calificación en materia tributaria. Las formas jurídicas inadecuadas y el fraude a la ley fiscal”, en *Revista Tributaria cit.*, T. XXXI, n.º 181 (2004), pp. 431 y ss.; – “El «disregard of legal entity» en el Derecho Tributario”, en *Revista Tributaria cit.*, T. XX, n.º 116 (1993), pp. 369 y ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gabriel H. “Aplicación del derecho privado en materia tributaria”, *Revista Tributaria IUET*, T. XLIV (2017), n.º 258, pp. 451 y ss.
- FERRARI REY, Mario y GUTIÉRREZ PRIETO, Gianni, *Conjuntos económicos – enfoque tributario*, AMF, Montevideo, 2011.
- GAMARRA, Jorge. – *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. Cuarto, 3ª ed., Montevideo, 1981 – T. Octavo, Montevideo, 1967; – T. Sexto, Montevideo, 1966 – T. XIII, Montevideo, 1971 – T. XIV, Montevideo, 1972 – T. XV, Montevideo, 1973.
- HOLZ, Eva. “Sección XII – De la Fusión y de la Escisión”, en GAGGERO, Eduardo, PÉREZ IDIARTEGARAY, Saúl y RIPPE, Siegbert (Directores), *Análisis exegético de la ley 16.060 – Sociedades Comerciales*, T. I, FCU, Montevideo, 1992.
- JUAMBELTZ, Arturo, LAVIÑA, Félix, BRUSCHERA y QUEIROLO VARELA, Mateo, *Fusión de Sociedades*, en La Justicia Uruguaya, Montevideo, T. 55 (1967), pp. 55 y ss. de la sección Doctrina.
- METRE, Javier. “Adquisiciones, fusiones y reorganizaciones empresariales”, en *Revista Tributaria IUET*, T. XXXVII (2010), n.º 215, pp. 245 y ss.
- PEIRANO FACIO, Juan Carlos. “Comentario del Dr. Juan Carlos Peirano Facio sobre la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1279/93”, en *Revista Tributaria IUET*, T. XXI (1994), n.º 120, pp. 267 y ss.
- PÉREZ FONTANA, Sagunto. – *Fusión de Sociedades*. Montevideo, 1970; – *Manual de Sociedades Anónimas*, 2ª ed. corregida y actualizada, FCU, 1987; – *Sociedades Anónimas – comentarios a la ley 16.060*, Vol. II, FCU, 1992.
- “RECOMENDACIONES ADOPTADAS POR LAS XXV JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO. TEMA 1 – FUSIONES, ADQUISICIONES Y REORGANIZACIONES EMPRESARIALES”, en *Revista Tributaria IUET*, T. XXXVII (2010), n.º 215, pp. 359 y ss.
- SHAW, José Luis. – *Impuesto al Valor Agregado – hecho generador*, ed. Acali, Montevideo, 1978.
- VALDÉS COSTA, Ramón. *Instituciones de Derecho Tributario*, Bs. As., Depalma, 1992.
- VAZ FERREIRA, Eduardo. – *Tratado de las Sucesiones*, T. I, Fac. Der. UdelaR, Montevideo, 1967.
- VILLANUSTRE NANO, Hugo. “Impuesto a las Trasmisiones Patrimoniales”, en *Revista Tributaria IUET*, T. XX, n.º 113 (1993), p. 137 y ss.

Fecha de recepción: 5 marzo 2018.

Fecha de aceptación: 14 abril 2018.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA ANULATORIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN AL ALCANCE SUBJETIVO

Análisis del artículo 311 de la Constitución de la República, y su aplicación

*Florencia Mesa Dupuy**

RESUMEN. *En el presente artículo se abordará el alcance de los efectos inter partes o erga omnes que puede/debe tener una sentencia anulatoria dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, haciendo especial énfasis en el análisis de la posición actual del mencionado TCA, respecto a lo que establece el inciso segundo del artículo 311 de la Constitución. En dicho inciso se dispone el efecto general y abstracto de la sentencia anulatoria, dejándose de lado la regla de la cosa juzgada, la cual solo tiene consecuencias inter partes. Específicamente, se intentará realizar un análisis primario que ayude a determinar si ante el texto constitucional el TCA está obligado a dar efecto erga omnes a su fallo (situación de deber), o si lo que tiene es una “facultad” para ello, tal como se ha sostenido en jurisprudencia reciente.*

PALABRAS CLAVE. *Efectos. Sentencia anulatoria. Artículo 311. Constitución.*

ABSTRACT. *This paper will address the issue of the scope of the inter partes or erga omnes effects that an annulment judgment issued by the Administrative Litigation Tribunal has or may have, making special emphasis on the analysis of the Administrative Litigation Tribunal’s current stand on the matter as far as section 311, second subsection of the Constitution is concerned. Said provision establishes the general and abstract effects of annulment judgments, leaving aside the rule of res*

* Florencia Guillermina Mesa Dupuy. Abogada egresada de Facultad de Derecho - Universidad de la República en el año 2016. Correo electrónico florenciamasadupuy@gmail.com.

** ABREVIATURAS: TCA - Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Art. – Artículo. Dto. – Decreto.

iudicata, which only extends to the parties to said judgment. Specifically, a primary analysis will be undertaken to help understand whether, pursuant to the constitutional provisions, the Administrative Litigation Tribunal is bound to grant erga omnes effects to its rulings (state of obligation) or if it has the “powers” to do so, as the most recent case law in the matter has held.

KEY WORDS. *Effects. Annulment Judgment. Section 311. Constitution.*

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue creado por la Constitución de 1952, cuya regulación inicial se mantiene sustancialmente al día de hoy, aunque con alguna modificación introducida por la Constitución de 1967.

A nivel legal se encuentra regulado por el Decreto-Ley N° 15.524, “*Ley orgánica del tribunal de lo contencioso administrativo*”, cuyas disposiciones se encuentran en concordancia con las bases Constitucionales referidas al tema.

La idea que predomina en el texto constitucional es la creación de un sistema orgánico jurisdiccional sobre la materia Contenciosa Administrativa, cuyo órgano máximo fuera el Tribunal, independiente del Poder Judicial.

Específicamente, el Contencioso Administrativo anulatorio encuentra su regulación en los artículos 307 a 321 de la Carta.

Entre otras cosas relevantes, en estos artículos se establece como una de las competencias del Tribunal en lo Contencioso Administrativo la de entender en las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos dictados por cualquier órgano estatal.

Al respecto, se establecen requisitos para que proceda la acción de nulidad: i) se debe haber agotado la vía administrativa, ya sea por la interposición y resolución expresa de los recursos pertinentes o por la denegatoria ficta de los mismos como consecuencia del transcurso de los plazos establecidos para que ello opere; ii) quien presente la acción de nulidad contra un acto administrativo debe ser el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, personal y directo, violado o lesionado por el mismo; y iii) que se interponga la demanda en plazo útil (dentro de los 60 días posteriores a que el acto impugnado adquirió carácter de definitivo).

Sobre la regulación constitucional de la acción de nulidad ante el TCA, específicamente refiriéndose a las potestades que la Constitución le da a dicho órgano, CASINELLI MUÑOZ expresó que: “*Nuestra Constitución (...) ha optado por otorgar al Tribunal de lo Contencioso Administrativo algo más que la potestad de declarar la ilegitimidad del acto administrativo impugnado: tal ilegitimidad no aparece como el objeto de una declaración jurisdiccional, sino como la premisa – explícita o implícita – de un fallo constitutivo, que extingue de por sí, sin necesidad de un acto administrativo de ejecución de la sentencia, la eficacia (inter partes o erga omnes) del acto impugnado; este quedará por ende anulado y no solamente declarado ilegítimo*”.¹

¹ CASINELLI MUÑOZ, Horacio “*La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*”. 1967. T. 65. P. 222.

Por su parte, CAJARVILLE PELUFFO ha mencionado que la Constitución regula la sentencia dictada por el TCA en ocasión de una acción de nulidad “(…) *limitando las potestades del Tribunal a “apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo”, estableciendo la causal de anulación (violación de una regla de derecho, incluyendo la desviación de poder); fijando la mayoría necesaria para declarar la nulidad del acto impugnado (simple cuando existió “lesión de un derecho subjetivo”, cuatro votos conformes “en los demás casos”) y estableciendo su alcance subjetivo (“únicamente en el proceso en que se dicte” en caso de “lesión a un derecho subjetivo del demandante”, “efectos generales y absolutos” si la nulidad se declaró “en interés de una regla de derecho o de la buena administración”).*”²

El presente artículo se centrará en el análisis de las diferentes posturas doctrinarias respecto a la procedencia de los efectos de la sentencia anulatoria en cuanto en ámbito subjetivo, es decir, cuándo la anulación surte efectos inter partes y bajo qué supuestos pueden extenderse dichos efectos transformándose en erga omnes.

Se estudiará su regulación en el artículo 311 de la Constitución, y se considerará especialmente la postura del TCA a lo largo de los años en aplicación de dicha disposición.

II. ANÁLISIS

II.1. La jurisdicción anulatoria

La jurisdicción anulatoria, a entender del maestro Giorgi, es esencialmente subjetiva.

Para explicar dicha afirmación, GIORGI conceptualiza a la jurisdicción subjetiva como aquella que “(…) *se organiza con el fin de garantizar la defensa de los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares.*”, diferenciándola de esta forma de la jurisdicción de naturaleza objetiva, que se determina “(…) *cuando se instituye en vista de asegurar exclusivamente la vigencia del derecho objetivo (..)*”³.

La naturaleza subjetiva de la jurisdicción anulatoria se ve plasmada en el texto del artículo 309 de la Constitución, el cual establece en su inciso 3º: “(…) *La acción de nulidad solo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.*”

El autor, a los efectos de reforzar la noción de la naturaleza subjetiva y de la intención de que así fuera nuestra jurisdicción anulatoria (a pesar de tener algunos rasgos objetivos como el efecto erga omnes), cita al Informe en mayoría de la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes – Ref. Const. De 1951, t. I, p. 633 – en el cual se mencionaba que “*No existe un derecho subjetivo a la legalidad; ni tampoco el solo interés legítimo a la legalidad, que pertenece a todos los habitantes de la República, es suficiente como legitimación para promover este contencioso. La acción de nulidad no es una acción popular.*”⁴

² CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “*Sobre Derecho Administrativo*” – Tomo I. Tercera edición actualizada y ampliada, Montevideo; FCU; 2012. P.417.

³ GIORGI, Héctor. “*El contencioso administrativo de anulación*”. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1958. P. 67.

⁴ GIORGI, *Op. Cit.* P. 67.

Del razonamiento anterior se concluye que nuestra jurisdicción anulatoria, salvo excepciones como el efecto erga omnes de la sentencia en ciertos casos, es esencialmente subjetiva, y como lo dice el 309 de la Constitución, la acción anulatoria podrá presentarse solo por aquel que tenga un derecho subjetivo o interés legítimo, personal y directo violado o lesionado por el acto a impugnar, ya que el mero derecho a la legalidad no basta para movilizar la jurisdicción anulatoria, siendo ese el fundamento para excluir de la misma a la acción popular.

II.2. La acción de nulidad

SAYAGUÉS LASO ha definido a la acción de nulidad como aquella que está “(...) estructurada como un juicio entre partes, cuya finalidad es tutelar los derechos e intereses de las personas afectadas por los actos de la administración y afirmar por esa vía la regularidad de la actividad administrativa.”⁵

Asimismo, el autor caracteriza a la acción de nulidad como típicamente jurisdiccional, a la cual se le aplican los principios generales del Derecho Procesal, pero estos principios rigen solo en lo que sea conciliable con esta clase de juicios, ya que las acciones contencioso – administrativas de por sí tienen una naturaleza especial.⁶

Por su parte, CAJARVILLE PELUFFO ha sostenido en análisis de la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional que “*De la Carta resulta también la ilegitimidad y consiguiente anulabilidad de los actos administrativos “contrarios a una regla de derecho”, incluyendo en esa categoría explícitamente los viciados por “desviación de poder” (art. 309); la anulabilidad en pos de la solución constitucional de principio de la ilegitimidad de los actos administrativos, y la nulidad absoluta requiere norma legal expresa que la consagre.*”⁷

Respecto a quienes pueden presentar la acción de nulidad, como ya se mencionó brevemente en el capítulo anterior, el artículo 309 inciso 3 de la Constitución es claro y establece como posibles actores a quienes detenten la titularidad de un derecho (subjetivo, según interpretación contextual con artículos 310 y 311 de la Constitución, y opinión unánime de la doctrina) o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo en cuestión.

Se puede ver la determinación de las situaciones jurídicas subjetivas en las que debe estar situado el accionante. El constituyente fue contundente al delimitarlas.

DURÁN MARTÍNEZ⁸ en su libro “*Contencioso Administrativo*” dedica un capítulo integro al estudio de los efectos de la sentencia del TCA, con conclusiones muy interesantes. Respecto a lo que establece el texto constitucional en el segundo inciso del artículo 311 “*cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos*”.

⁵ SAYAGUÉS LASO, Enrique. “*Tratado de Derecho Administrativo*” Tomo II. 8va edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins. Montevideo, FCU. 2010. P. 528.

⁶ SAYAGUÉS, *Op. Cit.* P. 529.

⁷ CAJARVILLE PELUFFO, *Op. Cit.* P. 414.

⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*Contencioso Administrativo*”. Montevideo, FCU. 2007. Pp. 333 y 334.

El autor interpreta que, analizando el inciso segundo del artículo 311 conjuntamente con el 309 de la Constitución, la referencia que se hace al “*interés de la regla de derecho o de la buena administración*” no puede ser otra que a la anulación del acto que lesiona un interés legítimo, ya que solo los sujetos de derecho pueden tener un interés y ni la regla de derecho, ni la buena administración pensada desde el punto de vista objetivo son sujetos de derecho.

Aclarando la diferencia entre el interés legítimo y el derecho subjetivo, el autor menciona que si bien en ambos “*(...) existe coincidencia con el interés público, el primero es reconocido o conferido por el Derecho en atención directa a sí mismo y solo indirectamente en función del interés público; mientras que el interés legítimo es tutelado en atención directa al interés público y solo indirectamente en función del particular.*”

Asimismo, agrega que la referencia al interés de la regla de Derecho o de la buena administración alude al interés público, ya que, en nuestro ordenamiento, el mismo se tutela directamente sólo si se encuentra conectado con un interés legítimo.⁹

Respecto a la situación de quien detenta un interés personal, directo y legítimo, SAYAGUÉS ha expresado y compartido la opinión de GIORGI citada ut supra respecto a que, a su consideración, lo que el constituyente buscó al establecer dichos requisitos fue no consagrar una acción popular, y excluir asimismo la acción de entidades colectivas que pretendieran invocar el interés de sus integrantes o afiliados.¹⁰

Siguiendo con el análisis del interés legítimo, y en consideración al efecto general y abstracto en dichos casos, ROTONDO TORNARÍA en su manual menciona que se los admite porque “*(...) el interés del particular no está protegido como tal, sino que está protegido en cuanto no se oponga o en cuanto coincida con el interés público.*”¹¹

Se puede concluir del estudio de las posturas expuestas en el presente capítulo que no hay dudas respecto a quienes tienen la legitimación para promover una acción anulatoria: los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo, y que, la referencia del artículo 311 inciso segundo en consonancia con lo que versa el artículo 309, es una alusión al interés legítimo, que se define como aquel interés que tiene el particular en cuanto coincida con el interés público. Solo en estos casos es posible que se admita dejar de lado la regla de los efectos de la cosa juzgada, inter partes, y hacerlos extensivos, erga omnes.

II.3. la sentencia que dicta el Tribunal de lo Contencioso Administrativo

Lo expuesto precedentemente sobre la jurisdicción y acción anulatoria tiene su punto central en la función que le encomienda la propia Constitución al TCA, en el artículo 310 inciso primero: apreciar el acto administrativo objeto de la impugnación en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo, siendo aceptada también la anulación parcial del acto, cuando la disposición atacada del acto es separable del resto del mismo, respetando a su vez, que dicha anulación no configure una reforma del acto todo.

El maestro GIORGI, citando palabras del Representante Brena (“Ref. Const. De 1951, T.2, p. 1086”) considera que ante el texto constitucional, la confirmación del acto no se

⁹ DURÁN MARTÍNEZ, *Op. Cit.* P. 334.

¹⁰ SAYAGUÉS, *Op. Cit.* P. 529.

¹¹ ROTONDO TORNARÍA, Felipe. “*Manual de Derecho Administrativo*”. Séptima edición Ampliada y actualizada a junio 2009. Montevideo. Ediciones del Foro. 2009. P. 431.

encuentra dentro de las potestades de un órgano Jurisdiccional como lo es el TCA, ya que éste como tal no tiene potestad administrativa que lo habilite a confirmar un acto administrativo. Lo que sí puede dilucidar es si la anulación tiene o no andamio.¹²

Del mismo razonamiento se desprende que el TCA tampoco está facultado para formular órdenes a la Administración sobre cómo actuar ante la sentencia anulatoria, aunque sí podrá orientarla sobre la forma más correcta de cumplir con los fallos, indicando las medidas correspondientes para ajustar sus actuaciones al Derecho y respeto a la cosa juzgada.

En este sentido se pronuncia SAYAGUÉS LASO: *“El Tribunal solo confirma o anula el acto administrativo; no puede reformarlo, ni dictar un acto sustitutivo, ni dar órdenes o mandatos a la administración. Cabe admitir la posibilidad de la anulación parcial, siempre que el acto parcialmente extinguido no constituya un todo inseparable. Tampoco puede el Tribunal indicar en los fundamentos del fallo qué medidas debe adoptar la administración para su cumplimiento, ni dar las bases para la liquidación de los perjuicios resultantes de la anulación.”*¹³

II.4. Naturaleza de la sentencia

La doctrina es conteste al considerar que la sentencia que dicta el TCA ante una acción anulatoria puede tener naturaleza constitutiva o declarativa, aunque los planteos de los autores puedan tener algunos matices particulares que los diferencian.

La sentencia es considerada constitutiva cuando anula el acto que motivó el accionamiento, ya que además de comprobarse la antijuridicidad del mismo, los efectos son retroactivos, y se debe volver a la situación jurídica anterior a la existente al momento del planteo de la nulidad.

En cambio, será declarativa la sentencia que rechaza la acción de nulidad, pues la misma no crea, ni modifica, ni extingue el acto administrativo, sino que el estado de la decisión administrativa impugnada resulta inalterado.

A modo de ejemplo, SAYAGUÉS LASO consideró a la sentencia que rechaza la acción de nulidad como meramente declarativa, y a la que anula el acto administrativo impugnado como constitutiva *“(..) en cuanto modifica directamente las situaciones jurídicas que había creado el acto impugnado.”*¹⁴

Sobre la naturaleza de la sentencia también se ha expresado ROTONDO TORNARÍA, quien yendo un poco más allá de los conceptos que se vienen analizando (naturaleza constitutiva o declarativa), introduce un novedoso razonamiento respecto a la sentencia anulatoria, sosteniendo que *“(..) la que anula tiene una naturaleza múltiple ya que declara que el acto viola una regla de derecho, y por lo mismo, lo anula pero – a la vez – es constitutiva, porque determina la inexistencia jurídica del acto, su extinción retroactiva, y es también de condena a la administración, la cual debe hacer o no hacer todo lo*

¹² GIORGI, Hector, *Op. Cit.* P. 283

¹³ SAYAGUÉS, *Op. Cit.* P. 552.

¹⁴ SAYAGUÉS, *Op. Cit.* P. 552.

*necesario para la ejecución de la sentencia, partiendo de la base de la inexistencia de aquel acto.*¹⁵

Respecto a la naturaleza constitutiva, autores varios han sostenido que el poder anular un acto administrativo extralimita la competencia jurisdiccional que tiene el TCA, ya que dicha anulación generaría el ejercicio de actividad netamente administrativa, y esto vulneraría nuestro sistema de separación de poderes. Dicha situación se vería agravada incluso si la anulación se produce con efectos generales y absolutos, tema central el análisis de los efectos en el presente artículo, como se tratará más adelante.

Lo cierto es que, tal como expresa GIORGI, sea o no considerada la naturaleza constitutiva de la sentencia del TCA como vulneradora de la separación de poderes por salirse de la esfera netamente jurisdiccional, es la propia Constitución la que atribuye dicha competencia al TCA (de anular el acto impugnado), por lo que la discusión pierde sentido práctico.¹⁶

II.5. Efectos de la sentencia – artículo 311 de la Constitución

El artículo 311 de la Constitución establece los efectos de la sentencia anulatoria, en lo referido a sus efectos, disponiendo el texto constitucional lo siguiente:

“Cuando el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.

Quando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.”

Para el maestro GIORGI, quien fuera de los primeros en abordar el estudio de este tema, en el primer inciso se regula la situación de la sentencia que declara que el acto administrativo lesionó un derecho subjetivo de quien accionó, teniendo en ese caso “(...) *necesariamente, efectos relativos, aun cuando eventualmente, además del fin de reparación de ese derecho, exista un interés de la regla de derecho o de la buena administración en la anulación de aquél*”.¹⁷

Y a modo de ejemplo, toma la situación de una resolución irregular que afecta el derecho de un conjunto de funcionarios públicos, cuya anulación con efectos generales sea de buena administración, sin embargo, si se comprobare por el TCA la lesión de un derecho subjetivo de quien haya planteado la acción, deberá el tribunal -a entender de GIORGI- anular el acto por lesionar dicho derecho subjetivo (por lo tanto con efecto inter partes) y no por ser contrario a una regla de Derecho o en pos de la buena administración.

Del anterior razonamiento se desprende que el autor citado ve la opción que la Constitución establece en el segundo inciso como una excepción, y como tal debe regular las situaciones excepcionales previstas en el texto. GIORGI interpreta de esta forma que la anulación del acto en interés de la regla de Derecho o de la buena administración procede “(...) *cuando, no existiendo violación de un derecho subjetivo perfecto, aquella se funde en*

¹⁵ ROTONDO TORNARÍA, Felipe, *Op. Cit.* P. 432.

¹⁶ GIORGI, Héctor. *Op. Cit.* P. 287

¹⁷ GIORGI, Héctor, *Op. Cit.* P. 287 y 288.

*la violación del derecho objetivo, del orden jurídico – regla de derecho – o en consideraciones de buena administración. Más precisamente, la anulación del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración procede, para el constituyente, únicamente, en aquellos litigios en los cuales la decisión impugnada no plantea la violación de ningún derecho subjetivo perfecto.”*¹⁸

Continuando con el desarrollo del punto sobre la excepcionalidad de la solución del inciso segundo del artículo 311, el autor expresa:

*“La dicotomía constitucional: contencioso subjetivo – violación de un derecho subjetivo perfecto y efectos relativos, inter partes, de la sentencia (Const. Art. 311, inc. 1º) - , por un lado, y contencioso objetivo – violación de una regla de derecho o del derecho objetivo y efectos generales y absolutos de la sentencia (inc. 2º, art. Cit.) - , por el otro, debe entenderse, para mantener la debida correspondencia entre los preceptos de la Carta, en la siguiente forma: contencioso administrativo generado por violación de un derecho subjetivo y contencioso administrativo generado por lesión de un interés legítimo, personal y directo, que, no constituye en el sistema constitucional un derecho subjetivo, hecho que no implica – a nuestro entender – un proceso administrativo movido únicamente “en interés exclusivo de la legalidad”.*¹⁹

Si bien el autor realiza la diferenciación de criterios en ambos incisos, e interpreta la norma constitucional como se puede apreciar en las anteriores citas, expresa que dicha diferenciación entre las diversas situaciones no responde a un principio lógico, ya que *“Los mismos motivos que llevaron a atribuir efectos erga omnes a las sentencias anulatorias en la situación prevista en el inc. 2º del art. 311 de la Constitución, cabían para extender aquella solución a la prevista en el inc. 1º”, ya que puede darse que en un litigio se plantee la situación de un acto que lesione el derecho subjetivo de más de una persona, por ejemplo en el contencioso de la función pública y la acción de nulidad contra reglamentos, donde la anulación producirá efectos en el caso concreto, pero aplicando el criterio del constituyente, en estas situaciones también están en juego razones de buena administración y de protección del orden jurídico, lo que ameritaría efectos erga omnes de la sentencia”*²⁰.

La última referencia, respecto a que el caso planteado ameritaría efectos erga omnes de la sentencia, ingresa directamente en el problema que pretende analizarse en este artículo: ¿el TCA tiene la facultad de dar efectos erga omnes si así lo considera?, ¿es una opción, o el texto constitucional lo ata de tal forma que es un deber dar dichos efectos en casos excepcionales?

A entender de quien escribe, los efectos erga omnes son de aplicación obligatoria, en cumplimiento del deber que la Constitución le impone al TCA para los casos en que, como dice el artículo 311, se haya anulado un acto en virtud de una regla de Derecho o buena administración, atendiendo entonces a los efectos que haya provocado el acto impugnado. Encontrándonos entonces ante una deber del TCA, quien objetivamente debe encuadrar el planteamiento de la impugnación y aplicarle los efectos que la Constitución indica (aunque con la subjetividad que trae ínsita la labor de todo juzgador por el mero hecho de ser seres

¹⁸ GIORGI, Héctor, *Op. Cit.* P. 288.

¹⁹ GIORGI, Héctor. *Op. Cit.* P. 288 y 289.

²⁰ GIORGI, Héctor. *Op. Cit.* P. 289.

humanos) el resultado será: si es A (acto anulado en interés a una regla de Derecho o de la buena administración) debe ser B (efectos erga omnes), siempre que dicho enmarque jurídico respecto a un acto administrativo (como vulnerador de un interés legítimo) esté debidamente justificado, para no permitir el ingreso de la subjetividad que la Constitución vedó textualmente con la redacción del inciso segundo del artículo analizado.

GIORGI, en otro pasaje de su libro dedicado al estudio pormenorizado del funcionamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aclara que cuando se anula un acto en interés de la regla de Derecho o de la buena administración, con efectos erga omnes, dichos efectos se limitan a las personas comprendidas y afectadas por ese acto administrativo impugnado, pero no a casos similares no recurridos, aunque el contenido de estos sea igual al del impugnado y anulado. Esto se debe a que, si se diera la potestad al TCA de que sus fallos fueran extensivos a casos similares, se le estaría adjudicando al mismo potestades legislativas, generando fallos revestidos de eficacia interpretativa general y obligatoria, además de desvirtuar el régimen Constitucional de estabilidad y seguridad respecto a las situaciones administrativas (actos firmes por no ser recurridos en tela de juicio permanente).²¹

Al respecto, DURÁN MARTÍNEZ considera necesario para que los efectos de la sentencia anulatoria queden determinados, recurrir en primer lugar a determinar la naturaleza del acto impugnado:

*“Cómo bien lo advirtió FRUGONE SCHIAVONE – “Contralor jurisdiccional de la Administración, en V.V.A.A., Evolución Constitucional del Uruguay. Universidad Católica del Uruguay, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1989, p. 174 – en el contencioso de anulación la sentencia es un acto derivado dictado en función del impugnado. Por tanto, no puede tener más efectos que el originario. Si el acto impugnado es un acto regla, el Derecho positivo podrá limitar los efectos de la sentencia a los fines de que ésta sola tenga alcance inter partes; pero si el acto es subjetivo, la sentencia solo podrá tener efectos particulares ya que por razones ónticas no podrá jamás producir efectos generales. De manera que la posibilidad de aplicación del segundo inciso del artículo 311 de la Constitución solo rige para los actos generales – como los reglamentos -, no para los subjetivos.”*²²

Si bien hay actos objeto de la acción de nulidad que detentan un claro alcance, ya que protegen una situación fácilmente catalogable como derecho subjetivo, en el caso de los reglamentos no es tan claro determinar si solo vulneren intereses legítimos, personales y directos como para que a la sentencia anulatoria por si misma tenga efectos erga omnes, ya que ese reglamento podría solo violar el derecho subjetivo de un sujeto, y en ese caso los efectos serían inter partes. Por lo tanto, considero que la naturaleza del acto impugnado da una pauta para el comienzo del estudio del caso concreto pero no determina el resultado (aplicación de efectos erga omnes o inter partes). De esta forma, en parte, se comparte la postura de DURÁN MARTÍNEZ al respecto.

Ante la redacción del artículo 311 de la Constitución, el maestro SAYAGUÉS LASO ha sido categórico, al expresar que dicha disposición es “defectuosa”, basándose en que la norma “(..) Carece de lógica porque en el primer inciso toma en cuenta la naturaleza del

²¹ GIORGI, Héctor. *Op. Cit.* P. 290.

²² DURÁN MARTÍNEZ. *Op. Cit.* P. 332.

agravio al recurrente, lesión de un derecho subjetivo, y en el segundo considera otro elemento, el “interés de la regla de derecho o de la buena administración”; para guardar armonía, en el segundo inciso debió referirse a los casos en que se declara la nulidad por causar lesión a un interés. Además, no es claro el sentido que puede tener la frase “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”. Interpretamos que se refiere a las acciones de nulidad por lesión de interés, cuando el Tribunal estima conveniente, por razones jurídicas o de buena administración, que la sentencia anulatoria tenga efectos absolutos, que alcance a todos.”.

A entender de quien escribe, discrepando en parte con lo que menciona el maestro, el TCA no tiene la facultad de darle efectos generales y absolutos a su sentencia “cuando lo estime conveniente por razones jurídicas o de buena administración”, ya que lo que realmente tiene es un deber de dar esos efectos generales cuando se prueben dichas razones jurídicas o de buena administración. En definitiva, estamos ante un DEBER y no una FACULTAD, y para cumplir con su deber, el Tribunal deberá fundamentar por qué el acto administrativo a estudio debe ser anulado con efectos generales por razones jurídicas o de buena administración, pero esto no incluye un juicio de valor del TCA respecto al tema, ya que si así fuera se le estaría dando al órgano potestades que la propia Constitución delimitó a texto expreso.

Contribuyendo al razonamiento expresado en el párrafo anterior, ROTONDO TORNARÍA ha sostenido que la doctrina en general se afilia a la posición que sostiene la verificación de los efectos generales y absolutos cuando la anulación se efectúa por lesión de un interés legítimo, “(…) ello aún con matices, en lo que atañe a si en esa situación los efectos son necesarios o dependen de una declaración explícita por parte del Tribunal”.²³

Recientemente, CAJARVILLE introdujo variantes en la interpretación del artículo 311 de la Constitución en cuanto a los efectos que la sentencia debe tener.

En efecto, en un análisis jurisprudencial, el autor sostiene que el efecto general y absoluto de la sentencia podría ser otorgado aún si se trata de una lesión a un derecho subjetivo, ya que podría estar contemplado la afectación a la regla de Derecho:

“Conviene reflexionar sucintamente sobre la situación que se hubiera creado si se hubiera atribuido efectos generales y absolutos a la anulación de los actos atinentes al concurso y la designación resultante; y aún más genéricamente, sobre los efectos de esa declaración expresa, sólo posible cuando el actor basó su legitimación en la titularidad de un derecho subjetivo.

Seguramente la locución del constituyente “generales y absolutos” significa, en terminología tal vez más técnica, generales y abstractos: generales, por alcanzar a una categoría o clase de sujetos, y abstractos, por contemplar una categoría o clase de acontecimientos, típicamente descriptos; cuyas características comunes resultarán, en ambos casos, del contenido de la causa en que la sentencia se dicta y más concretamente de los que correspondan al o a los actos que fueron su objeto.

La pluralidad de sujetos o de acontecimientos alcanzados puede resultar de que el acto objeto de la impugnación sea un reglamento (como tal, por definición, general y abstracto).

²³ ROTONDO TORNARÍA, Felipe. *Op. Cit.* P. 430 y 431.

Pero también una resolución (particular y concreta) puede afectar a terceros, de lo cual son ejemplo precisamente los actos de que tratan las sentencias analizadas; y puede suceder, como en estos casos, que no hayan tenido participación en la causa, pero a quienes convenga al “interés de la regla de derecho o de la buena administración” incluir en sus efectos.

En tal caso, la declaración puede conducir a que terceros ajenos a la causa sean afectados por una sentencia sin que hayan tenido oportunidad de defenderse. Es precisamente lo que habría ocurrido si se hubiera formulado esa declaración en la Sent. N° 527/011; eso habría perjudicado el interés del actor en la causa, porque hubiera abierto la participación en un eventual nuevo concurso a otros funcionarios que no habían impugnado ese acto; así será en todo caso de postulaciones excluyentes. A diferencia de la hipótesis en que “la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte”, este efecto general y abstracto no podrá considerarse una violación del principio de debido proceso. Se trata de una hipótesis de prevalencia del interés público sobre los intereses subjetivos y personales afectados por el acto anulado, litigantes o no en esa causa; prevista constitucionalmente en forma expresa, dispuesta por órgano con competencia del mismo origen, sobre cuya legitimidad en cada uno de los casos concretos a que se aplique existirá cosa juzgada. Por el contrario, el principio de debido proceso existe para tutela de aquellos intereses que en el caso han sido postergados, y no confiere a su titular legitimación para defender dicho interés público.

Precisamente, si se hubieran atribuido por el Tribunal “efectos generales y absolutos” a las sentencias anulatorias de que se ha tratado, seguramente la solución justa y razonable de esos conflictos de intereses hubiera consistido en volver a tramitar el concurso conforme a las pautas que surgen de las sentencias. Esa solución, que habría sido la intentada mediante la Resolución que resultó anulada por la Sent. N° 408/01685, quedó bloqueada por el “efecto únicamente en el proceso” con que se dictó la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, y la consiguiente inexistencia de cargo vacante a proveer.”²⁴

Queda así sentada la discusión pues, como puede verse, no es un tema saldado ni mucho menos. ¿Qué pasaría si el TCA omitiera establecer a texto expreso los efectos erga omnes en un caso donde se anule un acto por razones de buena administración o en interés a una regla de Derecho? Considero que la propia Constitución es la que establece la consecuencia para la anulación del acto por esas causales, por lo tanto, si el TCA omitiera establecer a texto expreso dicha consecuencia, la misma no debería dejar de aplicarse, porque el efecto erga omnes tiene una consagración superlativa, que no puede estar condicionada a la redacción de un Tribunal.

Al respecto, DURÁN MARTÍNEZ menciona que: “(. . .) estos efectos erga omnes serán en todos los casos con independencia de si ello se expresara o no en la sentencia y con prescindencia de lo que al respecto piensen los miembros del Tribunal. En efecto, la Constitución no confiere al Tribunal ninguna opción. El texto está redactado en términos imperativos. Por eso con agudeza señaló FRUGONE – FURGONE SCHIAVONE, H.,

²⁴ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Variaciones sobre el agotamiento de la vía administrativa, la revocabilidad de los actos administrativos y el cumplimiento de la sentencia anulatoria”. Revista Derecho Público, [S.l.], n. 51, p. pp. 103-133, jul. 2017. ISSN 2301-0908. Disponible en: <<http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/54>>.

Contralor Jurisdiccional. . . , loc. Cit., p. 192”, al referirse a ciertas nulidades dispuestas por el Tribunal “que el decreto declarado ilegal pudo haber sido anulado con efectos erga omnes, incluso más allá de la intención de los jueces sentenciadores”²⁵

Teniendo la importancia práctica que tiene el tema, y considerando que el punto medular del presente artículo apunta hacia otro asunto, se hará breve mención a la postura de Durán Martínez respecto al alcance de la sentencia anulatoria con efectos inter partes sobre terceros beneficiados por el acto anulado.

El autor considera al respecto que los terceros serán alcanzados por los efectos de la sentencia anulatoria solo cuando han tenido la posibilidad de comparecer en el juicio, o sea, por haber sido emplazados, siendo indistinta la postura que hayan tomado al respecto (comparecencia o no comparecencia al proceso). Por la negativa, en los casos en que ese tercero no tuvo la oportunidad de participar del sorteo por no haber sido correctamente emplazado del mismo, no le será aplicable la sentencia anulatoria del acto que lo comprende en cierta medida.²⁶

II.6. La “buena administración” y la subjetividad presente en su determinación

Una de las hipótesis en la cual es preceptivo el efecto erga omnes según el artículo 311 de la Constitución es cuando la anulación procede en función de la “buena administración”, pero, siendo éste un concepto indeterminado en esencia, ha sido objeto de estudio por la doctrina en pos de establecer aunque sea algunos límites que permita delimitar su contenido.

En este sentido, DELPIAZZO menciona que “*Existe consenso en el Derecho Administrativo moderno en el sentido de reconocer a la buena administración como un principio general —regla de Derecho— y también como un deber de la Administración y un derecho de los administrados.*”²⁷

Aportando nuevos aditivos a la cuestión, ROTONDO TORNARÍA expresó: “*El interés general legitima el ejercicio de la autoridad estatal y el despliegue de su poder público para el cumplimiento de los deberes que el ordenamiento jurídico le asigna, en relación a las materias o actividades que establece (principio de especialidad). Ninguna institución estatal se rige por el principio de libertad, al contrario, se halla en situación de deber. Este se da, también, en cuanto a que realice una “buena administración”, una “administración eficiente”, en términos de la Constitución, arts. 60 y 311 inciso 2º.*”²⁸

Ampliando lo antedicho, DELPIAZZO argumenta: “*(..) postulé que el concepto de buena administración refiere a la adecuada elección de los medios y de la oportunidad de*

²⁵ DURÁN MARTÍNEZ. *Op. Cit.* P. 334.

²⁶ DURÁN MARTÍNEZ. *Op. Cit.* Pp. 335 y 336.

²⁷ DELPIAZZO, Carlos E. “*La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados*”. *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 9. N° 10 (diciembre 2014), 41-57 - ISSN 1510-3714. P. 41. Disponible en: <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/736/726>

²⁸ ROTONDO TORNARÍA, Felipe. “*Derechos fundamentales y Derecho Administrativo*”. *Revista de Derecho Público* - año 24 - número 47 - julio 2015 - pp. 89. Disponible en: <http://www.revistadederechopublico.com.uy/revistas/47/archivos/Rotondo47.pdf>

ejercicio de las competencias con relación al fin específico que se quiere satisfacer. Se trata de una nota propia de la función administrativa ya que la misma debe cumplirse de la forma más oportuna y más adecuada para la obtención de los fines objeto de la función pública. Consecuentemente, coincidí con la afirmación de que “la Administración no puede ser sino buena; si no lo es, resulta ilegítima. Esa ilegitimidad radica en no hacer bien las cosas, es decir, en un actuar ineficaz” (Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “Principio de eficacia y Estado subsidiario”, en Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni, F.C.U., Montevideo, 2005, pág. 154). Desde entonces, pienso que la afirmación de que la Administración no puede ser sino buena y la postulación de la buena administración como regla tienen una trascendencia no sólo jurídica sino ética en la medida que implican la calificación de un obrar conforme a lo bueno, es decir, a lo que está bien.”²⁹

En suma, si bien el concepto de “buena administración”, indeterminado, puede por lo menos teóricamente precisarse, como todo principio de Derecho deberá apreciarse su vulneración en el caso concreto.

A entender de quien escribe, el uso de esta expresión en el inciso segundo del artículo 311 de la Constitución dejó una puerta abierta a la subjetividad del TCA, desnaturalizando la objetividad que puede extraerse de la redacción que el constituyente pretendió darle a esta excepción a la regla general del efecto inter partes de la sentencia.

Debe tenerse especialmente en cuenta que esta puerta que es la “buena administración” representa la consecuencia trascendental de transformar un fallo de un tribunal jurisdiccional, que por regla general debe surtir efectos entre las partes que se plantea el proceso, nada más y nada menos que en un fallo con efectos generales y abstractos.

III. RELEVAMIENTO DE JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE EL TEMA

III.1. Sentencia del TCA N° 544 del 9 de agosto de 2000.³⁰

En la sentencia N° 544 del 9/8/2000 se anuló una Resolución del CODICEN³¹ en interés de la regla de derecho y/o de la buena administración, por ende, con efectos generales y absolutos (erga omnes).

La accionante era una profesora de Química (titulada por el CONAE) que se vio excluida por una Resolución de gozar una compensación como se explicará a continuación.

La situación de hecho que llevó al accionamiento fue la siguiente: el artículo 566, literal a de la Ley N° 16.736 estableció compensación del 7.5% sobre la retribución de determinados docentes que posean título específico para la asignatura que dictaren.

Dicho artículo se reglamentó por la resolución N° 98 Acta N°65 del CODICEN de la ANEP, agregando éste como requisito que el título de los docentes referidos por la ley debía provenir de IPA o INET.

²⁹ DELPIAZZO, Carlos E. *Op. Cit.* P. 43 y 44.

³⁰ “Anuario de Derecho Administrativo” Doctrina, Jurisprudencia comentada, Legislación, Bibliografía, Anuario de Jurisprudencia 2000-2001. Tomo X. FCU. Montevideo 2003. Caso 599. P. 585 y ss.

³¹ Consejo Directivo Central, órgano jerarca de la persona pública Administración Nacional de Educación Pública

El TCA consideró que dicha exigencia introducía una limitación que no surgía del texto legal que se reglamentaba, incurriéndose en manifiesta ilegalidad.

Fundamentó su decisión en renombrada doctrina, mucha de ella citada en el presente trabajo monográfico, y en jurisprudencia del propio TCA como la sentencia N° 519/98 del 22 de julio de 1998. De la sentencia referenciada se toma con especial hincapié el concepto de Reglamento, definiéndolo como el acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales, diferenciándose este del acto administrativo que produce efectos subjetivos individuales. Pero la potestad reglamentaria tiene sus límites, y quizás el más importante es que no puede contrariar la ley y será válido solo si sus prescripciones encuadran con la ley.

Siguiendo este razonamiento, el TCA continuó citando la sentencia N° 519/98 que versaba sobre los mismos hechos que la acción que se encontraba analizando, y consideró que el legislador nunca pretendió limitar el amparo del artículo 556 y hacer la compensación del 7,5% exclusiva para los docentes que hubieran sido titulados en el IPA u en INET, sentenciando que "(...) El exorbitar por limitación dicho texto resulta suficiente para afirmar la ilegitimidad del acto en causa."

Resulta especialmente relevante para la situación fáctica dada, entre toda la doctrina que cita la sentencia, las palabras del Profesor Frugone "(...) *para quien "... nada tiene que ver con los efectos de la sentencia anulatoria, la naturaleza del acto impugnado" porque sea éste "... general o particular, los efectos de la anulación están regulados por la Constitución únicamente en función de la situación jurídica lesionada o vulnerada". Por ende, su conclusión no puede ser otra que la enunciada: "Si un reglamento viola un derecho subjetivo, anulación inter partes y relativa; si lesiona un interés legítimo, la anulación producirá efectos generales y absolutos"* (ob.cit. pág 295)."³²

Dicha cita deviene interesante en el sentido de que se da la situación de una accionante que plantea la nulidad de un reglamento por el cual se la deja afuera de ciertos beneficios, pero fundamentándose en la ilegitimidad del mismo.

Si bien, tomando en cuenta la naturaleza del acto, el reglamento de por sí tiene alcance general para todos quienes se vean comprendido por lo que éste regule, en este caso, la acción de nulidad no la fundamentan en la naturaleza del reglamento, sino en la situación jurídica vulnerada o lesionada por el mismo, que abarca el derecho de la señora que planteó la acción pero también el de todos los docentes que se encuentran en la misma posición, ya que dicho reglamento es ilegítimo por exceder los límites conferidos y hacer decir a una ley lo que el legislador no quiso decir.

De esta forma se justificó correctamente la aplicación por el TCA de los efectos erga omnes de los que habla el 311 inc. 2, pero dicha aplicación, al comprobarse fácticamente que se estaba violando más que un derecho subjetivo, el interés legítimo por vulnerarse una regla de derecho y la buena administración. La aplicación de los efectos generales en el caso era OBLIGATORIA para el TCA, no una facultad o una opción. Se actuó de acuerdo a lo que indica la Constitución, y se logró la debida fundamentación del accionar.

³² "Anuario de Derecho Administrativo" Doctrina, Jurisprudencia comentada, Legislación, Bibliografía, Anuario de Jurisprudencia 2000-2001. Tomo X. FCU. Montevideo 2003. Caso 599. P. 588.

III.2. Sentencia del TCA N° 719 del 22 de diciembre de 2003.³³

En la sentencia del TCA N° 719 se impugnó el Decreto 429/999, el cual suprime el “porte postal” que debían pagar los permisarios de servicios de mensajería a la Administración de Correos (por indicación del artículo 22 de la Carta Orgánica de la Administración Nacional de Correos aprobada por Ley N° 16.736), pero a su vez, el Decreto estableció el pago de un monto anual que debían afrontar dichas empresas, sin calificar, categorizar o tipificar el concepto “*monto anual*”.

Ante esto, la actora argumentó que de la parte expositiva puede inferirse que su implementación deriva de la supresión del “*porte postal*”, de la inercia del Poder Legislativo y de la necesidad de dotar de recursos a la ANC.

El Estado sostuvo que el monto anual era una tasa / canon (siendo esto legítimo) y la actora sostuvo que era un impuesto, manifiestamente ilegítimo por no cumplirse las formalidades que la creación de un impuesto requiere.

El Tribunal sostuvo que como no existió causa que justifique el pago de esa prestación, “(...) hay que concluir que ella deriva de la mera voluntad unilateral del Estado y, en el caso concreto, de obtener recursos para la ANC. (...)” por lo que se arribó a la conclusión que el monto anual era un impuesto encubierto.

En consecuencia, el TCA fundamentó: “*En su virtud, en razón de la conclusión a la que se arriba por la Corporación, se deriva como consecuencia la total ilegitimidad del decreto impugnado, porque deviene violatorio de la “regla de derecho” (art. 309, Constitución; 23, literal ‘a’, Decreto-ley N° 15.524), ya que vulnera normas constitucionales (art. 10 – Principio de Libertad -; y art. 85, núm., 4) y legales (arts. 2, núm 1; 14, inc. 1°, etc. C.T.U.). Porque es muy claro que no pudo el Poder Ejecutivo crear por acto administrativo un tributo, y específicamente un “impuesto” (v. Sentencias 9/87, 340 y 589/00; Valdés Costa, R. “Valdés de Blengio, Nelly – Sayagués Areco, Eduardo: “Código Tributario de la R. O. del Uruguay” 1996, págs.- 132/136). Por lo que, la violación de la preceptiva constitucional opera por razones de forma (competencia del órgano que crea la prestación) y de contenido (creación de una prestación coactiva, materia de exclusiva reserva legal).*”

En definitiva, en el caso se anuló el decreto impugnado y sus sustitutos, aplicando el artículo 311 inciso 2 de la Constitución ya que se consideró por el TCA clara y grave la violación de la “regla de derecho”, “(...) razón que hace necesario que proceda la declaración con efectos generales y absolutos, “*erga omnes*”, no solo en “interés de la regla de derecho”; sino también por razones de buena administración” como lo prevé el texto constitucional”.

Por lo tanto, en la presente sentencia el propio TCA a texto expreso establece que al anularse el Decreto por ser contrario a una regla de derecho, se hace NECESARIO que dicha anulación tenga efectos generales y abstractos (no lo ven como opcional).

Asimismo, para fundamentar la violación de una regla de Derecho, correctamente el Tribunal establece en el fallo un análisis por demás pormenorizado de cómo se arribó a dicha conclusión, cumpliendo cabalmente con la función que se le encomienda.

³³ “*Anuario de Derecho Administrativo*” Doctrina, Jurisprudencia comentada, Legislación, Bibliografía, Anuario de Jurisprudencia 2002-2003. Tomo XI. FCU. Montevideo 2004. Caso 764. P. 569.

III.3. Sentencia del TCA N° 729 del 22 de diciembre de 2003³⁴

Coincidentemente con la fecha se la sentencia anteriormente analizada, se dictó la N° 729, en la cual no se hizo lugar al consejo del Procurador, quien aconsejó conferir a la anulación del acto administrativo planteado efectos generales, basándose en que los impugnados eran actos reglas.

El TCA en cambio consideró que *“La extensión de los efectos del fallo anulatorio es procedente cuando se anula el acto administrativo “en interés de la regla de derecho o de la buena administración”, de manera que en principio, anulado un aspecto parcial del acto en virtud de la aplicación errónea de una norma departamental de alcance general, habría razones para la extensión de los efectos del fallo a los demás propietarios presuntamente afectados en su interés directo, personal y legítimo (excluidos aquellos que recibieron un fallo adverso por caducidad de la acción, en los autos “Olmedo y otros c/ IMM. Acción de Nulidad.- Ficha 1097/97).*

Sin embargo el Tribunal considera que no existen evidentes o claras razones para extender los efectos del fallo (...).”

Fundamentan lo antedicho en que las decisiones administrativas sobre las que recae la impugnación ya están consumadas definitivamente en sus efectos económicos, y han sido consentidas en su mayoría por los propietarios; y además, porque tratan de la aplicación de dos formas de calcular el costo de las obras, que por ser tan diferentes no permiten adelantar un resultado beneficioso para los contribuyentes, respecto a que la aplicación de los parámetros erróneos haya sido más gravoso económicamente para sus intereses.

En este sentido, el Tribunal concluye que *“(..). sin dejar de reconocer a existencia de un interés legítimo de los propietarios afectados por las decisiones administrativas cuestionadas, no se entiende conveniente extenderles los efectos de un fallo parcialmente anulatorio de alcances tan acotados.”*

En este fallo, el Tribunal parece apartarse de lo que argumentó en la sentencia N° 719 exactamente el mismo día, pues reconociendo que existe un interés legítimo (que según se vio en el capítulo de análisis, la mayoría de la doctrina entiende como equivalente a los términos utilizados en el inciso segundo del artículo 311) no aplica los efectos generales que en la sentencia comparada catalogó como *“necesarios”* ante dichas hipótesis.

Se comparte que no se haya considerado el consejo del Sr. Procurador en cuanto el mismo fundamentaba el efecto general recomendado en la naturaleza del acto impugnado (acto regla); también se comparte que el TCA no haya conferido efectos generales a la anulación, sin embargo, no se comprende el fundamento por el cual no los da, pues si asume que se encuentra ante un interés legítimo la Constitución es preceptiva respecto a los efectos generales.

Entiendo que el reclamo planteado tal como surge de la sentencia no amerita efectos generales por tratarse de un daño en un derecho subjetivo de quien reclama, y como sostiene el maestro Giorgi citado anteriormente, los efectos generales aplican en los casos excepcionales donde aparece una lesión a un interés legítimo siempre que no haya daño a un derecho

³⁴ *“Anuario de Derecho Administrativo”* Doctrina, Jurisprudencia comentada, Legislación, Bibliografía, Anuario de Jurisprudencia 2002-2003. Tomo XI. FCU. Montevideo 2004. Caso 765. P. 572.

subjetivo perfecto, que no sería el caso. No tiene sentido considerar que los demás contribuyentes tienen un interés legítimo cuando ni siquiera se puede determinar si tienen o tendrán una lesión (económica en este caso) por el cálculo del tributo en uno u otro caso.

Evidentemente quien accionó sí tuvo un daño, en su derecho, que lo motivó a presentar la nulidad, siendo la misma otorgada por el TCA, que acertadamente confirió a la misma efectos inter partes.

III.4. Sentencia del TCA N° 279 del 6 de mayo de 2010.³⁵

La sentencia N° 279 versa sobre una acción de nulidad presentada por un grupo de funcionarios contra una Resolución dictada por la Comisión de Administración del BROU de febrero de 2015, mediante la cual se dispuso que *“La división Recursos Humanos deberá registrar en la ficha de carrera del funcionario, la información correspondiente a aquellas acciones que los funcionarios realicen contra el Banco, especialmente en lo que refiere a recursos de revocación y juicio. Ellos sin perjuicio de toda información que se registra a la fecha y que hace a la relación laboral del funcionario con el Banco”*.

Los actores sostuvieron que el acto violaba el principio de igualdad, el principio de defensa, y que adolece de abuso, exceso y desviación de poder.

El TCA procedió a anular el acto, mencionando que dicha Resolución carecía en su texto de una motivación que explique la razón de su dictado, y que la fundamentación que dio el BROU ex post facto en la etapa de prueba de presente proceso no sana el vicio original. El BROU a entender del TCA no logró justificar ni explicar la legalidad del acto que se analizaba, y a entender del Tribunal, el mismo era una medida que sometía a los funcionarios a un indebido control de su libertad en el ámbito laboral, ya que el acto tenía un claro efecto intimidatorio, o limitante del derecho de defensa, ya que era claro que si en la ficha personal constaba algún antecedente de este tipo ello representaría un demérito, siendo asimilable dicho registro a una sanción encubierta.

De esta fundamentación, el TCA entendió que *“(..) el carácter reglamentario del acto resistido y la circunstancia de involucrar a todos los funcionarios del Organismo demandado, da mérito a hacer uso de la facultad que otorga el art. 311.2° de la Constitución, confirmando a la decisión anulatoria efectos generales y absolutos. En efecto se trata de un acto claramente violatorio del principio de la buena administración ya que implícitamente discrimina a los funcionarios por su decisión de ejercer el derecho de acceso a la justicia (art. 8 de la Convención Americana de DDHH), y cuya razón de ser no aparece justificada desde que, como el propio Banco argumenta, su efecto es inocuo pues el que los funcionarios intenten acciones contra el Banco no constituye un mérito o demérito.*

Por lo tanto, en protección de los funcionarios que no impugnaron, de la buena administración del BROU y del interés de la regla de Derecho del libre acceso a la justicia (arts. 12 y ss. Y art. 72 de la Carta) corresponde que dicho acto sea anulado con efectos generales (...).”

³⁵ Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 279/2010 del 06/05/2010. Publicado en: La Ley Uruguay 2010-8, 1215 – LJU 143, 134. Cita Online: UY/JUR/63/2010.

Los comentarios que me merece esa sentencia, además de dejar sentado que nos encontramos en un momento más cercano en el tiempo al día de hoy (2010) en comparación con las anteriormente analizadas, son que, se comparte que a la sentencia del caso se le haya dado efectos generales, pero no la terminología utilizada “*hacer uso de la facultad de confiere el art. 311.2 de la Constitución*”, pues, se reitera, el texto del artículo es contundente y no otorga una facultad, sino que dichos efectos son de precepto cuando se configure el hecho que los amerita.

En este caso, fundamentan los efectos generales en que la anulación es de un acto en pos de la “*buena administración*” (concepto que aún indeterminado, parecería aplicar para el caso narrado, pues cualquier buena administración no puede cometer excesos en cuanto a vulnerar derechos de sus funcionarios, más cuando hablamos de datos personales o que ameritan cierto secreto para que el funcionario pueda desarrollarse con la libertad que merece); y de la regla de derecho, compartiendo plenamente la vulneración del acceso a la justicia, pero considerando personalmente que incluso hay más de una regla de derecho vulnerada por la resolución impugnada, reglas incluso de rango Constitucional (libertad, entre otros).

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva, la cuestión estudiada tiene tantas aristas como opiniones al respecto.

El artículo de la Constitución 311, y particularmente el inciso 2, posee una redacción tan singular, que se convierte en una puerta abierta a páginas y páginas de análisis.

Lo cierto es que, luego de analizar las posturas sobre el tema de la doctrina administrativa más destacada de nuestro país, y de leer múltiples sentencias del TCA al respecto, quien escribe considera que debe primar la interpretación textual del inciso segundo del artículo 311, respecto a que la Constitución establece un deber para el Tribunal, cuando se anula un acto administrativo en atención a la buena administración o la regla de derecho. Dicho deber implica darle a su fallo los efectos generales y abstractos, aunque la jurisprudencia reciente se incline por considerar que el TCA posee una facultad.

Se concluye que, para la atribución de efectos erga omnes a una sentencia, debe apuntarse a la entidad de la lesión causada, específicamente a si este daño el interés legítimo de un grupo de sujetos, pues, en definitiva, es lo que intentará remediar la anulación. De esta manera, deberá estarse al caso concreto, siendo la naturaleza del acto impugnado tan solo un indicio en el camino a determinar qué entidad de daño tuvo dicho acto.

Aun si el TCA omitiera a texto expreso dar ese alcance a su sentencia, y la anulación se encuentre debidamente fundamentada en una de las hipótesis previstas en el inciso segundo, el alcance de los efectos del fallo de todas formas serían erga omnes, porque es la propia Constitución la que así lo establece: “*Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, **producirá** efectos generales y absolutos*”.

Una nota aparte merece el concepto indeterminado de “*buena administración*”, el cual permite el indeseado ingreso de la subjetividad a una norma que pretendió ser objetiva, por lo que sus consecuencias implican (apartarse de la regla del alcance de la cosa juzgada).

Entiendo que se desnaturaliza la verdadera intención de la Constitución por parte del TCA en algunos de sus fallos dando efectos erga omnes a sentencias “*en virtud de la buena*

administración” sin justificarlo, cuando en realidad, lo que se pretendió fue que los efectos erga omnes fueran de excepción. En algo que se pretendió fuera objetivo se ingresa lo subjetivo como concepto de buena administración.

La objetividad pretendida entonces parece desdibujarse, pues, ¿quién puede determinar lo que es la “buena administración”?

Respecto a la jurisprudencia analizada, puede apreciarse que el TCA a lo largo de los años ha ido cambiando sus criterios respecto al tema, viéndose en la actualidad una corriente que se aproxima a considerar una “*facultad*” el darle efectos generales a una sentencia anulatoria. Anteriormente no se usaba esa terminología, al menos se omitía realizar precisiones de ese tipo probablemente por las discusiones que podía acarrear.

Lo cierto es que no hay claridad en cuanto a los motivos por los cuales otorgan los efectos generales, no puede visualizarse un patrón común en las sentencias, por lo que habrá que estar a la fundamentación de cada caso concreto para ver qué se tomó en cuenta para catalogar el fallo en consideración a la “buena administración” o “en interés de una regla de derecho”.

Lo que sí se vislumbra es el sentido práctico que el TCA intenta darle a sus fallos, fijándose más en los sujetos alcanzados por el daño que provocó o potencialmente podría provocar el acto impugnado para otorgar efectos inter partes o erga omnes, que en la naturaleza del acto impugnado o sujetos que hayan promovido la anulación (siendo estas dos últimas posiciones desarrolladas en doctrina como posibles motivos de atribución de efectos generales, pero que el TCA parece haber desterrado de sus fallos, lo que tiene sentido, pues un acto de naturaleza reglamentaria, en principio general, podría solo vulnerar un derecho subjetivo y no ameritar efectos erga omnes; como también una acción promovida por un solo sujeto dañado por algún acto administrativo puede ameritar efectos generales por violar una regla de derecho y dañar a un grupo de sujetos, no solo a quien impugna).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “*Sobre Derecho Administrativo*” – Tomo I. Tercera edición actualizada y ampliada, noviembre 2012. FCU, Montevideo – Uruguay.
- CASINELLI MUÑOZ, Horacio. “*La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*” T. 65. Montevideo 1967.
- DELPIAZZO, Carlos E. “*La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados*”. Revista de Derecho. Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014), 41-57 - ISSN 1510-3714. Cita online: <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/736/726>
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*Contencioso Administrativo*”. 1ra Edición, Enero de 2007. FCU, Montevideo, Uruguay. Págs. 333 y 334.
- GIORGI, Héctor. “*El contencioso administrativo de anulación*”. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1958.
- ROTONDO TORNARÍA, Felipe. “*Derechos fundamentales y Derecho Administrativo*”. Revista de Derecho Público - año 24 - número 47 - julio 2015 - Cita online: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/47/archivos/Rotondo47.pdf>
- ROTONDO TORNARÍA, Felipe. “*Manual de Derecho Administrativo*”. Séptima edición Ampliada y actualizada a junio 2009. Ediciones del Foro. Montevideo.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. “*Tratado de Derecho Administrativo*” Tomo II. 8va edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins. FCU. Montevideo, Uruguay.

“*Anuario de Derecho Administrativo*” Doctrina, Jurisprudencia comentada, Legislación, Bibliografía, Anuario de Jurisprudencia 2002-2003. Tomo XI. FCU. Montevideo 2004. Caso 764.

“*Anuario de Derecho Administrativo*” Doctrina, Jurisprudencia comentada, Legislación, Bibliografía, Anuario de Jurisprudencia 2000-2001. Tomo X. FCU. Montevideo 2003. Caso 599.

“*Anuario de Derecho Administrativo*” Doctrina, Jurisprudencia comentada, Legislación, Bibliografía, Anuario de Jurisprudencia 2002-2003. Tomo XI. FCU. Montevideo 2004. Caso 765.

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 279/2010 del 06/05/2010. Publicado en: La Ley Uruguay 2010-8, 1215 – LJU 143, 134. Cita Online: UY/JUR/63/2010

Fecha de recepción: 14 enero 2018.

Fecha de aceptación: 12 marzo 2018.

ACCESO A INTERNET Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LÍNEA: ¿DERECHOS HUMANOS?

María Emilia Miller Genta*

RESUMEN. *Las nuevas tecnologías, y en particular Internet, sirven a su propósito si nadie queda fuera de la sociedad de la información. De la misma manera, resulta crucial el respeto a la libertad de expresión en línea. El presente trabajo analiza distintos intentos de asegurar el acceso universal a Internet, con especial énfasis en el caso de Uruguay. Asimismo, explora el contenido de Internet en relación con el derecho a la libertad de expresión. Finalmente, recoge el debate respecto a si el acceso a Internet y la libertad de expresión en línea deben considerarse o no derechos humanos.*

PALABRAS CLAVE. *Acceso a Internet. Libertad de expresión en línea. Derechos Humanos. Nuevas tecnologías.*

ABSTRACT. *New technologies and the Internet in particular only commit to their purpose if everyone is part of the information society. Likewise, it is paramount to respect online freedom of expression. Throughout the following essay, attempts to ensure universal Internet access will be analyzed, with a special focus on the case of Uruguay. In addition, online content in relation to the right to freedom of expression will be explored. Finally, we will discuss if Internet access and online freedom of expression should or should not be considered human rights.*

KEY WORDS. *Internet access. Online freedom of expression. Human Rights. New technologies.*

1. INTRODUCCIÓN

Resulta inequívoco que Internet plantea desafíos al Derecho en el siglo XXI: una anhela ser un ámbito no controlado, el otro busca controlar la sociedad. Las nuevas tecnologías y

* Traductora Pública en idioma inglés y estudiante de 6° año de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Adaptación de ensayo escrito durante International Summer School en University of East Anglia, julio de 2017. Correo electrónico: mariaemiliamillergenta@gmail.com

el Derecho deben encontrar un equilibrio entre la libertad y el control, en especial porque el acceso universal a Internet repercute de manera importante en la libertad de expresión en línea y sus restricciones. En los últimos tiempos se ha desarrollado un debate en torno a la consideración como derechos humanos tanto del acceso a Internet como de la libertad de expresión en línea.

A lo largo de este trabajo, abordaremos la importancia del acceso universal a Internet y los esfuerzos tendientes a alcanzarlo mediante mecanismos jurídicos y políticas públicas. Luego, compararemos las limitaciones a la libertad de expresión en línea con las restricciones a la libertad de expresión tradicional. Finalmente, brindaremos un panorama de las posturas en cuanto al acceso a Internet y la libertad de expresión en línea como derechos humanos, tanto a nivel internacional como dentro del marco constitucional uruguayo.

2. ACCESO A INTERNET

El acceso a Internet forma parte de nuestra vida cotidiana y proporciona incontables oportunidades de información y comunicación. No obstante, su universalización requiere de los esfuerzos de los Estados y de la comunidad internacional. En este sentido, un informe de 2011 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas indicó que “Internet solo puede responder a su finalidad si los Estados asumen su voluntad de elaborar políticas eficaces para obtener el acceso universal a Internet. A falta de políticas y planes de acción concretos, Internet pasará a ser un instrumento tecnológico al que solo podrá acceder una determinada élite, con lo cual se perpetuará la “brecha digital”.”¹

En efecto, varios países como Estonia,² Francia,³ Grecia⁴, Costa Rica,⁵ España⁶ y Finlandia⁷ han hecho referencia a la obligación de los Estados a proporcionar conexión a

¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, en el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1> Fecha de consulta: 19-DIC-2017

² Ley de Telecomunicaciones de Estonia de 2004 con sucesivas modificaciones. Disponible en: www.riigiteataja.ee/en/eli/501042015003/consolide Fecha de consulta 19-DIC-2017; ALEXANDER, Leigh & SHORE, Matt. ‘Internet access is now a basic human right’ en *The Guardian*, 2016. Disponible en: www.theguardian.com/technology/audio/2016/aug/04/internet-access-human-right-2-tech-podcast Fecha de consulta: 16-JUL-2017

³ Sentencia del Consejo Constitucional de Francia de 2009. Disponible en: www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/anglais/en2009_590dc.pdf Fecha de consulta: 19-DIC-2017; SPARKS, Ian. ‘Internet access is a fundamental human right, rules French court’ en *The Daily Mail*, 2009. Disponible en: www.dailymail.co.uk/news/article-1192359/Internet-access-fundamental-human-right-rules-French-court.html Fecha de consulta: 17-JUL-2017

⁴ Artículo 5.A.2 de la Constitución de Grecia de 2008. Disponible en: www.hellenicparliament.gr/User-Files/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf Fecha de consulta: 19-DIC-2017

⁵ Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. “Retardo en la asignación de concesiones para bandas de frecuencia de telefonía celular. Internet como derecho fundamental.” Disponible en: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/index.php/servicios-publicos/759-10-012790 Fecha de consulta: 13-JUL-2017

⁶ Ley General de Telecomunicaciones de España de 2014. Disponible en: www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-4950-consolidado.pdf Fecha de consulta 19-DIC-2017

Internet, ya sea en la legislación o en la jurisprudencia. Asimismo, el Tribunal de Apelaciones de Reino Unido determinó en *Regina vs. Smith y otros* (2011) que una prohibición total de Internet sería desproporcionada, debido a que es parte importante de la vida cotidiana.⁸

Siguiendo con esta línea de razonamiento, el caso de Uruguay resulta particularmente interesante, en tanto fue el escenario perfecto para la implementación del programa *One Laptop Per Child*⁹ de Nicholas Negroponte: una iniciativa sin fines de lucro que busca brindar una computadora XO de bajo costo a cada niño en edad escolar con el objetivo de fomentar la alfabetización informática y el acceso a Internet en el mundo. Esto se convirtió en realidad en 2007, cuando el Estado uruguayo repartió las primeras computadoras en escuelas públicas, en virtud de lo que se conoce como Plan Ceibal. En 2009, Uruguay pasó a ser el primer país en el mundo en el que cada niño de las escuelas públicas tenía su propia computadora XO. Gracias al Plan Ceibal, el 100% de las escuelas públicas uruguayas tiene conexión wifi, 93% de estas a través de fibra óptica.¹⁰

El plan fue objeto de críticas y es difícil de probar que haya significado mejoras educativas, pero sin dudas Ceibal potenció el acceso a internet entre los escolares uruguayos y sus familias. *One Laptop Per Child* en Uruguay fue un gran paso para promover la igualdad digital. A través de esta política, Uruguay logró un acceso prácticamente universal a internet, con conexión gratuita en todas las escuelas y la mayor parte de las plazas y edificios públicos.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LÍNEA

La libertad de expresión en línea es un factor fundamental de la sociedad de la información. De la misma forma que la libertad de expresión tradicional, la libertad de expresión en línea está sujeta a algunas limitaciones, pero existen diferentes puntos de vista acerca de si la libertad de expresión en línea debería estar restringida o no. Por un lado, la corriente ciberlibertaria¹¹ entiende que no debe haber limitaciones porque la libertad de expresión debe ser aplicable en los nuevos medios de comunicación en las mismas formas en que se aplica a los medios tradicionales. Por otra parte, los Estados son conscientes de que Internet plantea nuevos riesgos y amenazas a los ciudadanos, y por lo tanto buscan

⁷ Ley de Mercados de la Comunicación de Finlandia de 2011. Disponible en: www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2003/en20030393.pdf Fecha de consulta: 19-DIC-2017; AHMED, Saeed. 'Fast Internet access becomes a legal right in Finland' en *CNN*, 2009. Disponible en: www.edition.cnn.com/2009/TECH/10/15/finland.internet.rights/index.html?_s=PM:TECH Fecha de consulta: 17-JUL-2017

⁸ Caso jurisprudencial *Regina vs. Smith & Ors* de 19-JUL-2011. Disponible en: www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Crim/2011/1772.html&query=2011+and+EWCA+and+Crim+and+1772&method=boolean Fecha de consulta: 17-JUL-2017

⁹ *One Laptop Per Child*. Disponible en: www.one.laptop.org Fecha de consulta: 08-JUL-2017

¹⁰ Datos disponibles en el sitio web del Plan Ceibal: <http://www.ceibal.edu.uy/es/articulo/ceibal-en-cifras> Fecha de consulta: 08-JUL-2017

¹¹ "Son ciberlibertarias aquellas personas que subscriben a una cierta ideología sobre las nuevas tecnologías, como por ejemplo Internet. Militan por el uso de la tecnología como medio de promover iniciativas personales o descentralizadas y menor dependencia de los gobiernos centrales." Definición tomada de *Techopedia*. Disponible en: <https://www.techopedia.com/definicion/29628/cyberlibertarian> Fecha de consulta: 17-JUL-2017

controlar el ciberespacio.¹² Chris REED, jurista inglés especializado en Derecho Informático, plantea como posible solución considerar la normativa referente a la libertad de expresión en el Estado de cada usuario de Internet. Sin embargo, el propio autor reconoce que no sería viable de implementar y no evitaría que los usuarios contravengan disposiciones extranjeras.¹³

Varios Estados en el mundo han restringido el acceso a determinados sitios web, redes sociales y buscadores. Por ejemplo, los ciudadanos chinos no tienen acceso a Google, Facebook, Twitter, Instagram, Pinterest, Tumblr, YouTube, Blogspot y Wikipedia, entre otros.¹⁴ Las redes sociales como Facebook y Twitter también han estado prohibidas en países del Medio Oriente y el norte de África.¹⁵ Internet aloja contenidos potencialmente peligrosos, y el interminable intercambio de información puede resultar una amenaza para los sistemas no democráticos.

Aún no contamos con instrumentos internacionales relativos a los niveles mínimos de restricciones de la libertad de expresión en línea. No obstante, la normativa que regula la libertad de expresión en los medios de comunicación tradicionales habilita la posibilidad de incluir a las nuevas tecnologías. La libertad de expresión aparece regulada en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 (2) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 10 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. De conformidad con las normas referidas, las limitaciones al derecho a la libertad de expresión, y por lo tanto, a la libertad de expresión en Internet, solamente pueden disponerse por ley de manera de asegurar la certeza jurídica, los derechos de terceros, la seguridad, el orden público, la salud pública o la moral pública. Lo que es más, tales restricciones solo pueden tener lugar en circunstancias excepcionales y en relación con los principios de proporcionalidad y necesidad.

4. ¿DERECHOS HUMANOS?

Es posible esbozar varios argumentos a favor de considerar que el acceso a Internet y la libertad de expresión en línea cumplen con las expectativas de dignidad, libertad e igualdad que caracterizan a los derechos humanos en la actualidad.¹⁶ En primer lugar, partimos de la premisa de que tanto el Derecho como la conceptualización de los derechos humanos han evolucionado a través del tiempo, por lo que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debería poder extenderse a las nuevas tecnologías. Internet permite compartir y recibir información de manera instantánea y sin fronteras, así como promueve

¹² EDWARDS, Lilian & WAELDE, Charlotte. *Law and the Internet*, 3rd ed, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 668

¹³ REED, Chris. *Law in context: Internet Law*, 2nd ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 256-268

¹⁴ MICHELINI, Michael, 'List of blocked websites in China' en *Global from Asia*, 2017. Disponible en: <https://www.globalfromasia.com/list-blocked-sites-china> Fecha de consulta: 19-JUL-2017

¹⁵ HELFT, Miguel, 'YouTube blocked in China, Google says' en *New York Times*, 2009. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2009/03/25/technology/internet/25youtube.html> Fecha de consulta 17-JUL-2017

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9^a edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 50

el acceso al conocimiento y la inclusión social, lo que la convierte en un ámbito propicio para la libertad de expresión. En este sentido, los seres humanos deberíamos tener en línea los mismos derechos que tenemos fuera de línea. Internet se convirtió en una parte crucial de la vida contemporánea y quizás sea hora de brindar protección más allá de la libertad de expresión y asegurar la conectividad. Desde este punto de vista, Internet parecería ser un requisito de libertad e igualdad en 2018.

No obstante, el principal argumento en contra de esta postura radica en que Internet no es un derecho humano en sí mismo, sino que es una vía para el goce de otros derechos, como por ejemplo el derecho a la libertad de expresión. En 2011, el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank LA RUE, en el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, reconoce que Internet es una herramienta que posibilita que las personas ejerzan varios derechos humanos, entre ellos el derecho a la libertad de expresión.¹⁷

Un expositor de esta corriente es el científico en computación y pionero de Internet Vinton CERF, que considera que el acceso a Internet y la libertad de expresión en línea encajan mejor en la categoría de derechos civiles, esto es, aquellos que son conferidos por el Derecho en lugar de ser inherentes a la naturaleza humana.¹⁸ En efecto, la tecnología no es precisamente lo que consideraríamos esencial para la dignidad humana en un concepto tradicional. La conexión a Internet puede entenderse más como un lujo o un privilegio que un derecho, en virtud de que gran parte de la población mundial ni siquiera tiene acceso a necesidades humanas mucho más básicas. Otro asunto a destacar es el costo, puesto que la conexión a Internet y la banda ancha pueden ser inasequibles en algunos países.

En lo que respecta al Derecho positivo uruguayo, traemos a colación los dos importantes artículos que afilian nuestra Constitución al iusnaturalismo y que por tanto posibilitan la existencia de otros derechos y obligaciones incluso si no están reconocidos por escrito. Por un lado, el artículo 72 establece que la Constitución no excluye otros derechos que, aún si no están mencionados de forma expresa, sean inherentes a la personalidad humana o deriven de la forma republicana de gobierno. Por otra parte, el artículo 332 destaca que los derechos y las obligaciones no dejarán de existir por falta de reglamentación, situación ante la que regirán los fundamentos de las leyes análogas, los principios generales del Derecho y las doctrinas más recibidas. De considerar que el acceso a Internet es un derecho, estos artículos podrían contemplarlo. Asimismo, los artículos 28 y 29 de la Constitución de la República que abordan la correspondencia y la libertad de expresión hacen uso de expresiones amplias como “cualquier otra especie” y “cualquier otra forma de divulgación”, a través de lo que es posible que la libertad de expresión en línea quede comprendida en la Constitución, pero en este caso Internet se consagra como un medio para ejercer derechos y no como un derecho en sí mismo.

¹⁷ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, en el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1> Fecha de consulta: 19-DIC-2017

¹⁸ CERF, Vinton, ‘Internet access is not a human right’ en *New York Times*, 2012. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html> Fecha de consulta: 12-JUL-2017

5. CONCLUSIONES

Los Estados deben asegurar el acceso universal a Internet de manera de promover la inclusión digital y social. El caso de Uruguay refleja cómo el Plan Ceibal otorgó una computadora a cada niño de las escuelas públicas y logró brindar conexión a Internet gratuita en todas las escuelas, lo que a su vez incitó la libertad de expresión en línea. Los contenidos de Internet están sujetos a limitaciones, pero estas tienen que cumplir con las disposiciones expuestas en los instrumentos internacionales relativos a las restricciones a la libertad de expresión.

El debate acerca de si el acceso a Internet y la libertad de expresión en línea son derechos humanos todavía se encuentra abierto a discusión. Internet facilita el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la libertad de expresión, que además puede extenderse a la libertad de expresión en línea. Sin perjuicio de no estar previstos en forma expresa, el acceso a Internet y la libertad de expresión en línea pueden ingresar al marco constitucional uruguayo de conformidad con los artículos 28, 29, 72 y 332 de nuestra Constitución. En suma, el acceso a Internet y la libertad de expresión en línea no están reconocidos como derechos humanos, pero sin duda alguna permiten la realización de varios derechos en nuestra sociedad de comienzos del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AHMED, Saeed. 'Fast Internet access becomes a legal right in Finland' en *CNN*, 2009. Disponible en: www.edition.cnn.com/2009/TECH/10/15/finland.internet.rights/index (Fecha de consulta: julio 2017)
- ALEXANDER, Leigh & SHORE, Matt. 'Internet access is now a basic human right' en *The Guardian*, 2016. Disponible en: www.theguardian.com/technology/audio/2016/aug/04/internet-access-human-right-2-tech-podcast (Fecha de consulta: julio 2017).
- BEST, Michael. 'Can the Internet be a human right?' en *Semantic Scholar*. Disponible en: www.pdf.semanticscholar.org/93b3/4da632398bd954de0811214994a8269266b3 (Fecha de consulta: julio 2017).
- BORG PSAILA, Stephanie. 'Right to access the Internet: the countries and laws that proclaim it' en *Diplomacy*, 2011. Disponible en: <https://www.diplomacy.edu/blog/right-access-internet-countries-and-laws-proclaim-it> (Fecha de consulta: julio 2017).
- BAINBRIDGE, David. *Introduction to Information Technology Law*, 6th ed, Pearson, London, 2008
- BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford, 1985
- CERF, Vinton. 'Internet access is not a human right' en *New York Times*, 2012. Disponible en: www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right (Fecha de consulta: julio 2017).
- DE HERT, Paul & KLOZA, Dariusz. 'Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework?' en *European Journal of Law and Technology*, Vol. 3. No. 3, 2012. Disponible en: www.ejlt.org/article/view/123/268 (Fecha de consulta: julio 2017).
- EDWARDS, Lilian & WAELDE, Charlotte. *Law and the Internet*, 3rd ed, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 668
- HELFT, Miguel. 'YouTube blocked in China, Google says' en *New York Times*, 2009. Disponible en: www.nytimes.com/2009/03/25/technology/internet/25youtube.html (Fecha de consulta: julio 2017).
- Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, en el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, 2011. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1> (Fecha de consulta: julio 2017).

- JOYCE, Daniel. 'Internet freedom and human rights', en *European Journal of International Law*, 2015. Disponible en: www.academic.oup.com/ejil/article/26/2/493/423010/Internet-Freedom-and-Human-Rights (Fecha de consulta: julio 2017).
- KAHN, Richard & KELLNER, Douglas. 'New Media and Internet activism: from the "Battle of Seattle" to blogging', 2004. Disponible en: www.journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1461444804039908 (Fecha de consulta: julio 2017).
- KEVAN, Tim & McGRATH, Paul. *Email, the Internet and the Law*, Emis Professional Publishing, Hertfordshire, 2001
- NICOL, Andrew, MILLAR, Gavin & SHARLAND, Andrew. *Media Law and Human Rights*, 2nd edn, Oxford 2009
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9^a edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 50
- REED, Chris. *Law in context: Internet Law*, 2nd ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 256-268
- MICHELINI, Michael. 'List of blocked websites in China' en *Global from Asia*, 2017. Disponible en: <https://www.globalfromasia.com/list-blocked-sites-china> (Fecha de consulta: julio 2017).
- ROCHE, Maria. 'Full Internet ban for sex offenders ruled unlawful', 2013. Disponible en: www.ukhumanrightsblog.com/2011/08/12/full-internet-ban-for-sex-offenders-ruled-unlawful (Fecha de consulta: julio 2017).
- ROTHKOPF, David. 'Is unrestricted Internet access a modern human right?', 2015. Disponible en: www.foreignpolicy.com/2015/02/02/unrestricted-internet-access-human-rights-technology-constitution (Fecha de consulta: julio 2017).
- SPARKS, Ian. 'Internet access is a fundamental human right, rules French court' en *The Daily Mail*, 2009. Disponible en: www.dailymail.co.uk/news/article-1192359/Internet-access-fundamental-human-right-rules-French-court.html (Fecha de consulta: julio 2017).
- WARMAN, Matt. 'Tim Berners-Lee defends net neutrality' en *The Telegraph*, 2010. Disponible en: www.telegraph.co.uk/technology/internet/8003908/Tim-Berners-Lee-defends-net-neutrality.html (Fecha de consulta: julio 2017).

Fecha de recepción: 9 febrero 2018

Fecha de aceptación: 23 marzo 2018.

IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA NORMA CONSUETUDINARIA

Moirah A. Sánchez Sanz*

RESUMEN. *¿Pueden las decisiones judiciales influenciar el desarrollo progresivo del derecho internacional consuetudinario? ¿Son adecuados los métodos que emplea la Corte Internacional de Justicia para determinar la existencia de normas de costumbre internacional? Este trabajo pretende examinar, en primer lugar, el papel que la Corte Internacional de Justicia y su predecesora han tenido en la determinación de la existencia, sentido y alcance de normas consuetudinarias; y en segundo lugar, cuál ha sido el efecto práctico de esta función determinadora en las decisiones de otros tribunales, en la actuación de las organizaciones internacionales, y en los propios Estados, intentando establecer una opinión sobre la importancia de este papel cuasi-legislativo de la jurisprudencia en la formación del derecho internacional consuetudinario.*

PALABRAS CLAVE. *Derecho Internacional Público, Derecho Internacional, Derecho Internacional Consuetudinario, Costumbre Internacional, Jurisprudencia, Corte Internacional de Justicia, Determinación de la Costumbre Internacional.*

ABSTRACT. *Can judicial decisions influence the progressive development of customary international law? Are the methods of the International Court of Justice adequate for the determination of the existence and scope of customary norms? This paper seeks to examine, first, the role of the International Court of Justice and its predecessor in the determination of the existence, content and scope of customary norms; and, second, the effect that this role of determination has had in the decisions of other tribunals, in the actions of international organizations, and the practice of States. Finally, we will venture an opinion about the importance of this*

* Abogada, Estudiante de Maestría en Derecho Internacional Público, UdelaR, Aspirante a Profesora de la Cátedra de Derecho Internacional Público. Correo electrónico: moirahsanchezsanzz@gmail.com.

quasi-legislative role of judicial decisions in the formation of customary international law.

KEYWORDS. *Public International Law, International Law, Customary International Law, International Custom, Judicial Decisions, International Court of Justice, Determination of Customary Rules.*

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. *las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
- b. *la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
- c. *los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
- d. *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.”¹*

INTRODUCCIÓN

La costumbre ha sido fuente de normas vinculantes desde que el Derecho Internacional Público (“DIP”) comenzó a ser considerado como el sistema normativo idóneo para la solución de controversias entre Estados.² Ya en 1921, en el *Caso de las Navieras Noruegas* entre EEUU y Noruega, la Corte Permanente de Arbitraje acotaba que “[a] falta de principios especiales, el árbitro deberá, sin duda, decidir ante todo de conformidad con el derecho internacional, que deberá derivarse de las dos fuentes de esta ciencia, no sólo de los tratados, sino también del derecho consuetudinario, así como de la práctica de los jueces en otros tribunales internacionales.”³

Cuando se habló de crear el primer órgano judicial mundial con carácter permanente, el Presidente del Comité Consultivo de Juristas convocado para redactar un proyecto de Estatuto para la futura Corte Permanente de Justicia Internacional, Baron Descamps, presentó una propuesta sobre las fuentes de DIP que habrían de ser aplicadas por ésta, definiendo la costumbre internacional como “. . . una práctica entre las naciones, aceptada por éstas como derecho”.⁴ En el debate que sucedió a la propuesta, los miembros del Comité estuvieron de acuerdo en que la costumbre internacional debía ser aplicada por la Corte Permanente en todos aquellos casos en que no hubiere una norma convencional expresa, reconociendo que la costumbre siempre ha sido esencial en el desarrollo del Derecho Internacional:

¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Anexo a la Carta de las Naciones Unidas, 1945, Artículo 38(1).

² Pellet, Article 38, En: *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, (Zimmermann, Tomuschat & Oellers-Frahm eds.), Pág. 681.

³ RIAA, *Norwegian Shipowners' Claim (Noruega V. EEUU)* (1921), Vol. I, 309, Pág. 331.

⁴ Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, CPJI, Advisory Committee of Jurists, June 16th to July 24th 1920, Annex 3, Pág. 306.

“...cuando existe una costumbre o una norma establecida por el uso continuo y general de las naciones, que ha por tanto adquirido carácter vinculante, es también deber del juez aplicarla. La costumbre siempre ha jugado un papel importante para el Derecho Internacional, al tiempo que ha sido especialmente aplicable a éste, porque ante la ausencia de legislación y el limitado desarrollo del derecho convencional entre los Estados, el desarrollo y establecimiento del derecho de las naciones ha tomado esta forma. Es un método muy natural y extremadamente confiable de desarrollo, pues se deriva completamente de la constante expresión de las convicciones legales y necesidades de las naciones en su interacción mutua. No reconocer a la costumbre internacional como un principio que debe ser seguido por el juez a falta de normas convencionales expresas sería malinterpretar el verdadero carácter y toda la historia del derecho de las naciones.”⁵

La discusión sobre la necesidad de que la Corte aplicase los tratados y, en su defecto, la costumbre internacional para la resolución de controversias jurídicas entre los Estados no tuvo, en el Comité, demasiada extensión. El tema tampoco ha sido objeto de grandes debates desde entonces.⁶ Hoy en día, sin modificaciones significativas, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“la Corte” o “la CIJ”) prevé la aplicación de los tratados y de la costumbre internacional como fuentes primarias del DIP.

Donde sí hubo lugar a grandes debates fue en el párrafo 4 de la antes citada propuesta del Barón Descamps, que incluía a la “*jurisprudencia internacional como medio para la aplicación y desarrollo del derecho*”,⁷ con la clara intención de librar a la Corte de jamás tener que declarar un *non liquet*. Para Descamps resultaba “...absolutamente imposible y supremamente odioso decirle al juez que, aunque en ciertos casos se pueda dar una solución perfectamente justa, ‘debe tomar un curso de acción equivalente a la denegación de justicia’ simplemente por no haber encontrado una convención o norma consuetudinaria.”⁸

Sin embargo, el debate se prolongó, y no fue sino hasta la siguiente sesión que el Comité Consultivo de Juristas adoptó la redacción final de lo que sería el Artículo 35 del Proyecto de Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, acordando que la Corte aplicaría “*las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de*

⁵ Procès-Verbaux, *Op.cit.*, Annex No. 1, Discurso del Barón Descamps sobre las Normas Aplicables, Pág. 322. [Cita en idioma original: “...when a clearly defined custom exists or a rule established by the continual and general usage of nations, which has consequently obtained the force of law, it is also the duty of a judge to apply it. Custom has always played an important part in, and been especially applicable to the law of nations, because in the absence of legislation and in view of the limited development of conventional law between States, the development and establishment of the law of nations has taken this form. It is a very natural and extremely reliable method of development since it results entirely from the constant expression of the legal convictions and of the needs of the nations in their mutual intercourse. Not to recognise international custom as a principle which must be followed by the judge in the absence of expressed conventional law, would be (to) misconstrue the true character and whole history of the law of nations.”].

⁶ Wood, Primer Informe del Relator Especial de la CDI sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, UN Doc. A/CN.4/663, 2013, Pág. 13.

⁷ Procès-Verbaux, *Op.cit.*, Pág. 306.

⁸ *Ibidem*, Pág. 323. [Cita en idioma original: “For it is absolutely impossible and supremely odious to say to the judge that, although in a given case a perfectly just solution is possible: ‘You must take a course amounting to a refusal of justice’ merely because no definite convention or custom appeared.”]

derecho.” El artículo proyectado se convirtió en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, adoptado por la Asamblea el 13 de diciembre de 1920; y más adelante en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pues fue reproducido para ésta con mínimas modificaciones.⁹

Prácticamente sin excepción, es con el citado Artículo 38 que comienzan los ensayos dedicados a estudiar las fuentes del DIP y su aplicación, incluyendo como ya hemos visto, este trabajo. Sin embargo, como acota Mendelson en su obra sobre la formación de la costumbre internacional, esta práctica de los autores tiende a dar la impresión de que la Corte Internacional de Justicia es quien tiene el principal poder de decidir sobre la existencia, contenido y alcance de las normas de derecho internacional consuetudinario.¹⁰ Ciertamente, tanto la Corte Internacional de Justicia como su predecesora han llevado a cabo una función que –no siendo legislativa- tiene como resultado la determinación de la existencia de normas de DIP, particularmente de costumbre internacional;¹¹ función que también han llevado a cabo otros tribunales internacionales,¹² alimentando el hoy amplio catálogo de normas consuetudinarias aceptadas por los Estados como vinculantes.

Este trabajo pretende examinar, en primer lugar, el papel que la Corte Internacional de Justicia y su predecesora han tenido en la determinación de la existencia, sentido y alcance de normas consuetudinarias; y en segundo lugar, cuál ha sido el efecto práctico de esta función determinadora en las decisiones de otros tribunales, en la actuación de las organizaciones internacionales, y en los propios Estados, intentando establecer una opinión sobre la importancia de este papel cuasi-legislativo de la jurisprudencia en la formación del derecho internacional consuetudinario.

Parte I: La Determinación de Normas de Costumbre por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Según Pellet, la fórmula esbozada en el párrafo 1(b) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte es lógica, pues denota que la existencia de una norma consuetudinaria evidencia que antes hubo una práctica que, al desarrollarse, fue aceptada como norma.¹³ El autor basa su concepto en la explicación de Lassa Oppenheim sobre la distinción que hacen los juristas internacionales entre uso y costumbre: mientras que el uso es una práctica general no percibida como obligatoria,¹⁴ decía Oppenheim que la costumbre se produce cuando el hábito inequívoco y continuo de realizar ciertas acciones ha crecido bajo la convicción de que dichas acciones son, de conformidad con el Derecho Internacional, correctas y obligatorias.¹⁵

⁹ Pellet, *Op.cit.*, Pág. 689.

¹⁰ Mendelson, *The Formation of Customary International Law*, Recueil des Cours (1998), Pp. 176-77.

¹¹ El Relator Especial de la CDI para el tema de la Formación y la Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario, Michael Wood, acotó en su Primer Informe que: “*La función principal de la Corte con respecto a la costumbre internacional es identificar y aplicar las normas consuetudinarias según sea necesario para decidir los casos que le sean sometidos a consideración.*” Wood, Primer Informe..., Pág. 21.

¹² Wood, Primer Informe..., Pp. 27 y ssgts.

¹³ Pellet, *Op.cit.*, Pág. 749.

¹⁴ Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5ta ed., 1999, Pp. 4-5.

¹⁵ Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 1, 1920, Pág. 22.

Al definir la costumbre internacional, estos dos autores se hicieron la misma pregunta: ¿en qué momento se completa ese proceso de práctica acumulada y aceptada?¹⁶ Y nos atrevemos a añadir: ¿cómo se determina que ha habido la suficiente práctica de los Estados, ligada con *opinio juris sive necessitatis*, como para que una norma se haga costumbre? ¿Es imperativo probar la existencia de ambos elementos para que una norma sea declarada como parte de la costumbre internacional?

Poco dijo el Comité de Juristas durante los *travaux préparatoires* del Estatuto de la CPJI sobre el método adecuado para determinar la existencia de una norma consuetudinaria. Lo que siempre estuvo claro es que la costumbre internacional requiere de la acumulación de dos elementos, sobre los cuales ya se ha escrito ampliamente: uno material u objetivo, que es la práctica de los Estados, y otro psicológico o subjetivo, que es lo que conocemos como *opinio juris*,¹⁷ y que permite distinguir la práctica motivada por una percepción de obligatoriedad legal de aquella que se deriva de la mera cortesía o buena convivencia.¹⁸

A examinar el trabajo de la Corte en su función determinadora, veremos que la doctrina tiene opiniones diferentes en cuanto al método empleado por ésta. El Profesor Brownlie acotaba que, en ocasiones, la Corte ha sido enfática en la exigencia de la prueba de ambos elementos de la costumbre,¹⁹ mientras que en una gran mayoría de casos pareciera no haber encontrado necesario exigir la prueba de *opinio juris* ante la evidencia de una amplia práctica generalizada y uniforme.²⁰ Por su parte, Talmon ha destacado que, a diferencia de la forma en que se ha referido a los métodos para la interpretación de tratados, la Corte en muy pocas ocasiones ha explicado su metodología para determinar la existencia, el contenido y el alcance de las normas de derecho internacional consuetudinario que aplica en los casos que dirime.²¹

En comparación con la opinión de Talmon, el Relator Especial Wood en su Primer Informe sobre la Formación y la Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario destacó que las decisiones de la CIJ arrojan muchas luces en cuanto a la formación y la prueba del

¹⁶ Pellet, Op.cit., Pág. 749; Oppenheim, Op. Cit., Pág. 23.

¹⁷ Para una más amplia discusión sobre los elementos de la costumbre internacional ver, entre otros: Brownlie, Op.cit., Pp. 6-7; Scharf, Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, (2013), Pág. 33; Oppenheim, Op.cit.

¹⁸ Caso Haya de la Torre (Colombia V. Perú), ICJ Reports (1950), Párrafos 285-6.

¹⁹ Brownlie, Op.cit., Pág. 7.

²⁰ Brownlie, Op.cit., Pág. 7; Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, (1982), Pág. 381 (Aunque más adelante, Lauterpacht opina que: “[n]egar la necesidad de tal convicción sería adoptar para la formación de la costumbre internacional un estándar distinto del que se aplica internamente en los Estados; ignorar la práctica de los tribunales internacionales; y restar importancia a la distinción, que es un asunto de experiencia diaria en la práctica internacional, entre la costumbre, que implica una obligación legal, y el simple uso, que no es más que la generalización de actos revocables de cortesía y conveniencia.”, Pág. 387.) Cita en idioma original: “To deny the necessity of such conviction is to adopt for the creation of international custom a standard different from that obtaining within the State; to ignore the practice of international tribunals; and to disregard the distinction, which is a matter of daily experience in international practice, between custom which implies a legal obligation and mere usage which is no more than a generalisation of revocable acts of courtesy and accommodation.”

²¹ Talmon, Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion, EJIL (2015), Vol. 26, No. 2, Pág. 418.

derecho internacional consuetudinario, pues evidencian “*el momento en que ‘lo que es’ se convierte en ‘lo que debe ser’*”.²² El Relator cita la descripción del Juez Armand-Ugon en su Opinión Disidente sobre la decisión del Caso del Derecho de Paso por el Pasaje Indio, quien expresó esa frase al referirse al momento clave en que una práctica adquiere carácter vinculante por ser percibida como obligatoria.²³ En el examen de los casos y las opiniones en que la Corte se ha referido a la costumbre internacional esperamos encontrar explicaciones sobre los métodos que ésta ha empleado para determinar la existencia, sentido y alcance de normas consuetudinarias.

1. El principal método de la Corte para determinar la existencia de normas de derecho consuetudinario es la inducción.

Talmon define el método inductivo como un proceso mediante el cual se infiere una regla general a partir de un patrón de eventos de práctica de los Estados y de *opinio juris* empíricamente observables.²⁴ Quiere decir esto que, para determinar si existe una norma consuetudinaria, la Corte tendría que revisar la conducta de la mayor cantidad posible de Estados en torno a un hecho particular, para establecer si hay uniformidad y generalidad en ella, por una parte; y, por la otra, estudiar si la conducta exhibida por los Estados se deriva de su percepción de que ésta es obligatoria: “[e]s, por supuesto, axiomático que el material del derecho internacional consuetudinario debe ser buscado ante todo en la práctica real y la opinio juris de los Estados.”²⁵

Aunque Talmon encuentra dificultades para determinar los casos en que la Corte Permanente y la CIJ emplearon el método inductivo debido al confuso uso de términos como “inferir” e incluso “deducir”,²⁶ encontramos que el razonamiento expuesto en las decisiones de la Corte es mucho más revelador que la simple lectura de los términos empleados. En concreto, por ejemplo, en su decisión del Caso Lotus, la Corte Permanente expresó que:

*“Aún cuando la pocas decisiones judiciales que pueden encontrarse entre los casos conocidos fuesen suficientes para probar en los hechos las circunstancias alegadas por el Agente del Gobierno Francés, esto sólo demostraría que los Estados, frecuentemente, en la práctica, se abstienen de iniciar procesos penales, mas no que éstos reconozcan que tal abstención es obligatoria, pues sólo si la abstención estuviese basada en la conciencia de los Estados de que existe una obligación de abstenerse sería posible hablar de una costumbre internacional en tal sentido. El hecho alegado no nos permite inferir que los Estados hayan tenido la conciencia de tener tal deber...”*²⁷

²² Wood, Primer Informe..., Pág. 21.

²³ Caso sobre el Derecho de Paso por Territorio Indio (Portugal V. India), Opinión Disidente del Juez Armand-Ugon, ICJ Reports (1960), Pág. 82: “*All this time a deliberate intention was manifested, either implicitly or expressly in agreements and regulations. This indicates a common awareness reflecting the conviction of the two governments as to the right of passage to the enclaves. It must be regarded as evidence that the British authorities recognized that right. What ‘is’ becomes what ‘must be’.*”

²⁴ Talmon, Op.cit., Pág. 420.

²⁵ Caso de la Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia V. Malta), ICJ Reports (1985), párrafo 29.

²⁶ Talmon, Op.cit. Pág. 420.

²⁷ Caso Lotus, CPJI, Serie A, No. 10, (1927), Pág. 28. Cita en idioma original: “*Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstances alleged by the Agent of the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized*

En este caso, para resolver la cuestión de si tenía o no Turquía derecho de ejercer jurisdicción penal sobre un oficial francés, la Corte Permanente hace referencia a una serie de decisiones judiciales nacionales que el Agente del gobierno francés había presentado como evidencia de que los Estados, en general, se abstendían de enjuiciar oficiales de otros Estados, e independientemente de su uso del término “inferir”, el hecho es que la Corte examinó la práctica existente de los Estados para intentar encontrar una norma consuetudinaria, aplicando el método inductivo.

En los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la CIJ también empleó este método, tal y como puede leerse en los párrafos 75 al 77 de esta decisión, en los que la Corte se refiere al examen que hiciese de unos quince casos presentados por las partes durante sus alegatos, a pesar de haber utilizado el término “inferirse”, comúnmente empleado en casos de deducción: *“De sus acciones no puede legítimamente inferirse la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario a favor del principio de la equidistancia.”*²⁸

El Caso de la Orden de Detención contra Yerodia Ndombasi es un ejemplo más que evidencia la aplicación del método inductivo por parte de la CIJ:

“La Corte ha examinado cuidadosamente la práctica de los Estados, incluyendo las legislaciones nacionales y las pocas decisiones existentes de cortes supremas nacionales, como la Cámara de los Lores o la Corte de Casación francesa. No ha podido la Corte deducir de esta práctica que exista en la costumbre internacional alguna excepción a la norma que reviste de inmunidad contra la jurisdicción penal e inviolabilidad a los Ministros de Relaciones Exteriores, cuando se sospeche que éstos han cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

La Corte también ha examinado las normas correspondientes a la inmunidad o responsabilidad penal de las personas que tengan capacidad oficial, contenidas en los instrumentos legales que crearon tribunales penales internacionales, las cuales son específicamente aplicables a éstos (véase la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Art. 7; la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokyo, Art. 6; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Art. 7, párrafo 2; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, Art. 6, párrafo 2; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, Art. 27). La Corte halla igualmente que estas normas tampoco le permiten concluir que existe la excepción alegada para los tribunales nacionales en el derecho internacional consuetudinario.

*Finalmente, ninguna de las decisiones de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, ni del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, citadas por Bélgica, deciden sobre el asunto de las inmunidades de Ministros de Relaciones Exteriores en ejercicio ante tribunales nacionales, cuando son acusados de cometer crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, la Corte hace notar que estas decisiones de ninguna forma difieren de su criterio expuesto más arriba.”*²⁹

themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have been conscious of such a duty...”.

²⁸ Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, ICJ Reports, (1969), párrafo 76.

²⁹ Caso de la Orden de Detención contra Yerodia Ndombasi, ICJ Reports, (2002), párrafo 58.

De nuevo, aunque empleó el término “deducir”, el método descrito en el párrafo citado es evidentemente inductivo, si bien en palabras de Talmon el confuso uso de términos llevó a algunos doctrinarios a concluir erróneamente que la Corte prefería el proceso deductivo para la determinación de normas de costumbre internacional.³⁰ No obstante, la mayoría de los autores respalda que la costumbre internacional debe ser determinada inductivamente.³¹

Ahora bien, como ya hemos visto, el método inductivo implica un trabajo extenso y detallado que no siempre resulta en la clara determinación de la existencia de una norma de costumbre internacional, sea porque el asunto ante la Corte es demasiado nuevo y no existe la práctica de los Estados;³² o porque la práctica es muy dispareja e impide llegar a una conclusión;³³ o porque no es posible establecer si existe *opinio juris*;³⁴ o, finalmente, porque hay discrepancia entre la práctica de los Estados y la *opinio juris*.³⁵ Sea cual fuere la causa, en ocasiones la Corte ha tenido que recurrir a un método distinto –que como descubriremos en el siguiente punto no es alternativo, sino complementario– para encontrar la norma consuetudinaria que le va a permitir resolver la controversia que tiene ante sí.

2. La deducción como herramienta complementaria.

Volvamos con Talmon, quien define el método deductivo como aquél en el que, a través del razonamiento jurídico, la Corte infiere una norma específica derivándola de otra norma o un principio existentes y generalmente aceptados –aunque no necesariamente superiores jerárquicamente.³⁶ En casos como los citados anteriormente (ver notas al pie 33 a la 36), se dice que la Corte se vio obligada a recurrir al método deductivo para evitar un *non*

³⁰ Talmon, Op.cit., Pág. 421.

³¹ Mendelson, Op.cit., Pág. 181.

³² Ver, por ejemplo: “Aunque la práctica es aún bastante escasa, en virtud del carácter relativamente novedoso del asunto, también nos muestra que cada caso específico es, en el análisis final, distinto del resto (...) Esto impide la posibilidad de que se den las condiciones necesarias para la formación de principios y normas de derecho consuetudinario.” Caso de la Delimitación de la Frontera Marítima en el Golfo de Maine, (Canada V. EEUU), ICJ Reports, (1984), Párrafo 81.

³³ En el Caso sobre la Plataforma Continental entre Libia y Malta, la Corte encontró que “no hay duda sobre la importancia de la práctica de los Estados en este asunto. Sin embargo, dicha práctica, como sea que se le interprete, no llega a probar la existencia de una norma que obligue a utilizar el método de la equidistancia, ni ningún otro método.” Plataforma Continental (Libia V. Malta), ICJ Reports, (1985), Párrafo 44.

³⁴ Ya hemos visto cómo en los Casos sobre la Plataforma Continental del Norte, la CIJ no encontró suficiente prueba de que la práctica de los Estados en la aplicación del principio de la equidistancia se derivase de una percepción general de que ésa era una norma de obligatorio cumplimiento. En otras palabras, no encontró evidencia de *opinio juris*. Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Op.cit., párrafo 76.

³⁵ En su famosa decisión sobre el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua (Nicaragua V. EEUU, ICJ Reports, 1986), la Corte no tuvo problema alguno en encontrar evidencias de *opinio juris* en cuanto a la existencia del principio de no intervención (Ver párrafo 202). No obstante, cuando quiso equiparar este elemento a la práctica de los Estados, se vio obligada a acotar: “Ha habido en años recientes una serie de intervenciones extranjeras a favor de fuerzas opuestas a los gobiernos de otros Estados (...) Debe la Corte considerar si existen indicaciones de una práctica que demuestra la creencia de que un Estado tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, con o sin fuerzas armadas, para apoyar a la oposición interna de otro Estado, cuya causa parezca merecedora en razón de los valores políticos o morales con los que se haya identificado.”, Párrafo 206.

³⁶ Talmon, Op.cit., Pág. 420.

liquet.³⁷ Sin embargo, cabe acotar que la CIJ no recurrió directamente a la deducción, sino que agotó el método inductivo y, al no encontrar una norma de costumbre que le permitiese dirimir el caso, utilizó la deducción como recurso complementario.³⁸

El Caso Nicaragua (ver *supra*, nota 35) ha sido citado como el más importante ejemplo del cambio de metodología usado por la Corte, de inducción a deducción,³⁹ pero reiteramos que, a pesar de su uso del término “deducir”, una lectura más pausada del razonamiento demuestra el apego de la Corte al método inductivo:

“La Corte necesita estar satisfecha de que existe en la costumbre internacional una opinio juris respecto del carácter vinculante de tal abstención. Esta opinio juris puede, con la debida precaución, deducirse de, entre otros, la actitud de las Partes y la actitud de los Estados frente a ciertas resoluciones de la Asamblea General.”⁴⁰

En efecto, consideramos que en el examen de la *actitud* de los Estados frente a ciertas resoluciones de la Asamblea General de la ONU, la Corte insiste en la extensa revisión de la práctica y *opinio juris* de los Estados. En todo caso, opinamos que la Corte se sirve de la deducción como herramienta complementaria al principal método, el inductivo, para la determinación de la existencia, contenido y alcance de normas consuetudinarias.

Por ejemplo, en el Caso de la Delimitación de la Frontera Marítima en el Golfo de Maine, tras una extensa discusión sobre la existencia en el derecho consuetudinario de alguna regla que permitiese definir el método apropiado para la delimitación, la Corte llegó a la conclusión de que tal regla no existía en el cuerpo de normas que constituyen costumbre internacional en esta materia.⁴¹ Así, la CIJ finalmente recurrió al método deductivo:

“La Sala, en consecuencia, desea concluir esta revisión de las normas de derecho internacional sobre el asunto al que se refiere la controversia entre Canadá y los EEUU, intentando una reformulación más completa y, en su opinión, más precisa de la ‘norma fundamental’ ya mencionada. A tal efecto, la Sala se servirá, entre otros, de la definición de las ‘normas de derecho existentes... que regulan la delimitación de plataformas continentales adyacentes –es decir, de las normas sobre todas las delimitaciones que son vinculantes para los Estados, descritas por la Corte en su decisión de 1969 sobre los Casos de la Plataforma Continental del Norte.” (Énfasis añadido)⁴²

En la cita anterior se evidencia el razonamiento que emplea la Corte para pasar de la búsqueda de una práctica general y uniforme, unida la *opinio juris* de los Estados, a la

³⁷ Presumimos que la Corte busca en lo posible evitar caer en posiciones como la que generó la Opinión Disidente de la Jueza Rosalyn Higgins en referencia a la controversial decisión –o mejor dicho, falta de decisión– de la CIJ en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Uso y Amenaza de Uso de Armas Nucleares: la Jueza Higgins expresó gran desacuerdo, indicando que era “...un principio bien establecido que el concepto de *non liquet* –que es lo que tenemos aquí– no forma parte de la jurisprudencia de la Corte.” Continuó Higgins reconociendo que en otros casos la Corte había pronunciado un *non liquet* por razones de falta de propiedad, o por defectos de procedimiento, pero jamás por deficiencia de la ley. Párrafos 34 al 41.

³⁸ Talmon, Op.cit., Pág. 423.

³⁹ *Ibidem*, Pág. 431.

⁴⁰ Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua, Op.cit., Párrafo 188.

⁴¹ Caso de la Delimitación de la Frontera Marítima en el Golfo de Maine, Op.cit., Párrafo 111.

⁴² *Ibidem*, Párrafo 112.

deducción de normas específicas del derecho internacional general, habiendo encontrado que el método inductivo no revelaría una norma de costumbre internacional apropiada para resolver el caso bajo estudio.

Una situación similar se dio en el Caso sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados:

*“Aunque en el pasado ha habido amplio debate respecto a los orígenes de la inmunidad de los Estados y la identificación de los principios en los que la misma se basa, la Comisión de Derecho Internacional concluyó en 1980 que la norma sobre la inmunidad de los Estados ha sido ‘adoptada como una norma general de derecho internacional consuetudinario, sólidamente arraigada en la práctica actual de los Estados’ (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, Vol. II(2), p. 147, párrafo 26). Esa conclusión se basó en una revisión extensa de la práctica de los Estados y, en opinión de la Corte, encuentra confirmación en el amplio registro de legislaciones nacionales, decisiones judiciales, aseveraciones del derecho a la inmunidad y comentarios de los Estados sobre lo que luego se convirtió en la Convención de Naciones Unidas. Esa práctica demuestra que, bien sea para reclamar su inmunidad o para otorgarla a otros, los Estados generalmente proceden sobre la base de que existe un derecho a la inmunidad en el derecho internacional, junto con la correspondiente obligación de los Estados de respetar y hacer efectiva esa inmunidad.”*⁴³

En el párrafo siguiente de la decisión, la Corte añade que el derecho de inmunidad jurisdiccional de los Estados es un derivado directo del principio de igualdad soberana,⁴⁴ y es esta afirmación lo que Talmon ha considerado deducción.⁴⁵ Ahora bien, en nuestra opinión, el hecho de que la Corte se hubiera apoyado en la investigación que había hecho la Comisión de Derecho Internacional en vez de hacer su propia revisión de la práctica y *opinio juris* de los Estados no implica que haya pasado por alto el proceso inductivo.

El autor considera que la Corte utiliza la referencia a los trabajos de la CDI con frecuencia como atajo para el establecimiento de la existencia de normas consuetudinarias.⁴⁶ La Comisión de Derecho Internacional que, desde 1949, ha estado compuesta por personas elegidas por la Asamblea General de la ONU de una lista de candidatos considerados personas de competencia reconocida en materia de derecho internacional,⁴⁷ tiene como mandato precisamente el estudio a profundidad de los temas de DIP que ocupan el interés de la comunidad internacional. Los informes de la CDI están repletos de referencias a doctrina, jurisprudencia de distintos tribunales, el trabajo de otros institutos de investigación sobre el DIP, resoluciones de la Asamblea General y otros órganos de la ONU, observaciones de los Estados sobre los distintos temas tratados, e incluso legislaciones nacionales. Por lo tanto, consideramos que es más que natural que la CIJ utilice esta importante herramienta como base para obtener evidencia de la existencia de normas consuetudinarias en su función determinadora. No por ello abandona el método inductivo.

⁴³ Caso sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados, (Alemania V. Italia, Interviene Grecia), ICJ Reports, (2012), Párrafo 56.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 57.

⁴⁵ Talmon, *Op.cit.*, Pág. 423.

⁴⁶ *Ibidem*, Pág. 437.

⁴⁷ Hoyt, *The Contribution of the International Law Commission*, ASIL Journal, Vol. 59, (1965), Pág. 2.

3. ¿Existe un tercer método?

Acota Talmon que a lo largo de los años la Corte ha sacado “unos cuantos conejos de costumbre internacional de su sombrero”,⁴⁸ pues en realidad su método de preferencia es lo que el autor ha llamado “aseveración”, que consiste en afirmar la existencia o no de normas consuetudinarias de acuerdo con su propia y exclusiva opinión.

Ciertamente, la lectura de ciertos pasajes de las decisiones de la CIJ hace parecer que ésta basa sus decisiones en la opinión propia de los jueces, y no en el derecho internacional. Por ejemplo, en la cita que hace Talmon del Caso del Canal de Corfú, la Corte expresó:

*“Es, en la opinión de la Corte, un hecho generalmente reconocido y acorde a la costumbre internacional que los Estados, en tiempos de paz, tienen derecho a enviar sus barcos de guerra a través de canales utilizados para la navegación internacional entre dos partes de mar abierto, sin la autorización previa del Estado costero, siempre que dicho paso sea inocente.”*⁴⁹

Pero si analizamos más profundamente esta decisión, veremos que la Corte no estaba aseverando nada nuevo. Ya en 1927, Philip C. Jessup, quien en esa época era Profesor en Columbia University, y más adelante sería Juez de la CIJ, afirmaba que “*el derecho de paso inocente no requiere ningún argumento que lo sustente ni cita de autoridades; está firmemente establecido en el derecho internacional.*”⁵⁰ La propia Corte, en el párrafo siguiente al citado por Talmon, establece que el gobierno albano había expresado desacuerdo con el hecho de que el estrecho de Corfú fuese de la clase de vías marítimas en las cuales existe un derecho de paso, pero nunca se disputó que tal derecho existiese.⁵¹ Y así, lejos de usar la aseveración para dar carácter consuetudinario a una norma que no lo tenía, consideramos que la Corte simplemente afirmó un hecho establecido en el caso, y que no era objeto de discusión.

Como hemos visto, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia contienen, en mayor o menor grado, alguna explicación del análisis realizado para la determinación de la existencia, contenido y alcance de normas de derecho consuetudinario.

Cuando leemos aquellas decisiones en las que pareciera simplemente aseverar la existencia de tales normas sin mayores explicaciones, notamos de que la Corte sólo pone en tinta afirmaciones que nadie puede poner en duda. Por ejemplo, en cuanto al tema del derecho de autodeterminación de los pueblos, si bien para 1971, fecha en que se decidió el caso de Namibia,⁵² podía haber dudas sobre la existencia del derecho y su carácter consuetudinario, ¿cabe alguna duda de que el derecho de autodeterminación de los pueblos había adquirido carácter *erga omnes* para la época en que se decidió el Caso de la Construcción del Muro de Palestina, en 2004⁵³?

⁴⁸ Talmon, Op.cit., Pág. 434.

⁴⁹ Caso del Canal de Corfú, (GB e Irlanda del Norte V. Albania), ICJ Reports, (1949), Pág. 28.

⁵⁰ Jessup, The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction, (1927), Pág. 120.

⁵¹ Caso del Canal de Corfú, Op.cit., Pág. 28.

⁵² Consecuencias Legales para los Estados de la Continuada Presencia de Suráfrica en Namibia, Opinión Consultiva, ICJ Reports, (1971), Párrafo 52.

⁵³ Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Ocupado de Palestina, Opinión Consultiva, ICJ Reports, (2004), Párrafo 88.

Las decisiones judiciales de la Corte son vistas hoy en día como lo que Rosalyn Higgins llamó “*pronunciamientos de un órgano acreditado sobre el estado actual del derecho internacional*.”⁵⁴ El asunto es que hay autores que consideran que este papel prominente en la determinación de la costumbre internacional es peligroso, pues se observa una supuesta tendencia de la Corte a dictar normas con carácter consuetudinario sin haber hecho el necesario estudio de la práctica y la *opinio juris* de los Estados.⁵⁵

Por ejemplo, la Corte aseveró la existencia de normas consuetudinarias sin entrar a examinar la práctica y la *opinio juris* de los Estados sobre la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores en el Caso de la Orden de Detención contra Yerodia Ndombasi;⁵⁶ así como también lo hizo en cuanto a los extremos necesarios para considerar que un territorio ha sido ocupado, en el Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo.⁵⁷ En todos estos casos es posible afirmar que la opinión doctrinaria, e incluso de otros tribunales internacionales, estaba dividida. Cabe entonces el argumento de ciertos doctrinarios de que el papel que ha jugado la CIJ en el desarrollo de la costumbre internacional es excesivo.⁵⁸ Algunos autores opinan incluso que la influencia de la Corte en la creación del derecho internacional consuetudinario ha crecido y que ello se refleja en los razonamientos de sus decisiones.⁵⁹

Cuando examinamos los métodos ya descritos en las secciones anteriores, pareciera que con los años la CIJ ha estado cada vez más cómoda en su función determinadora. Chan describe enfáticamente el problema de la siguiente forma:

*“...la falta de análisis de la CIJ es problemática porque la Corte no justifica su determinación de la existencia de normas consuetudinarias. La Corte no legitima su declaración sobre el carácter consuetudinario de una norma cuando se limita a afirmar ‘simplemente que tal o cual cosa es una ‘regla ampliamente reconocida derecho internacional’ o utiliza alguna otra frase vaga, sin identificar si la norma proviene de la costumbre.’ Como se vio en el caso de las Actividades Armadas, mientras la Corte sustentó su razonamiento en ciertas cláusulas de la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional sobre las Relaciones Amistosas y Cooperación entre Estados, se dio por satisfecha de que existía una norma consuetudinaria al afirmar que estas cláusulas eran ‘declaratorias del derecho internacional consuetudinario’. De esta forma, la Corte no realizó ningún análisis sobre la formación de la costumbre. Al no basar sus decisiones en análisis detallados, la CIJ crea la impresión de que las normas consuetudinarias se forman en gran parte gracias a su propia discreción.”*⁶⁰

⁵⁴ Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It, (2002), Pág. 202.

⁵⁵ Para una más amplia visión sobre esta opinión ver, entre otros: Thirlway, The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, British Yearbook of International Law, Vol. 76, (2005), Pág. 116; Chan, Op.cit., Pp. 47 y sgts; Talmon, Op.cit., Pp. 434 y sgts.

⁵⁶ Caso de la Orden de Detención contra Yerodia Ndombasi, Op.cit., Párrafo 51.

⁵⁷ Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo, (República Democrática del Congo V. Uganda), ICJ Reports, (2005), Párrafo 172.

⁵⁸ Álvarez-Jiménez, Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice’s Jurisprudence: 2000-2009, 60 ICLQ (2011), Pág. 685.

⁵⁹ Chan, The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law, SSLR, Vol. 6, (2016), Pág. 46.

⁶⁰ Chan, Op.cit., Pág. 51.

Más preocupante aún es la opinión de que la Corte ha encontrado una norma consuetudinaria donde y cuando le ha parecido necesario o conveniente identificar la existencia de tal norma, o para ir más allá de lo que permiten las normas convencionales.⁶¹ ¿Aprovechó la Corte estos casos para darle descanso a alguna discusión doctrinaria y establecer una norma de una vez por todas? ¿Es ésta la función de la Corte o se ha excedido en sus competencias? ¿Cuál es el efecto de esta práctica en la comunidad internacional?

Parte II: Efecto de las Decisiones Judiciales que Determinan la Existencia de Normas de Derecho Consuetudinario en el Desarrollo del Derecho Internacional.

El Artículo 38, párrafo 1(d) del Estatuto de la Corte abre la puerta para que las decisiones judiciales sean utilizadas como medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho aplicables.⁶² En el ya citado caso sobre la Delimitación de la Frontera Marítima en el Área del Golfo de Maine, una Sala de la CIJ indicó que, para la determinación de “*los principios y normas del derecho internacional, que en general gobiernan la materia de la delimitación marítima*”, “*su razonamiento, evidentemente, debía comenzar por referirse al párrafo 1ero del Artículo 38 del Estatuto de la Corte*”, y en particular a “*los tratados (Artículo 38, párrafo 1(a)), y la costumbre internacional (Artículo 38, párrafo 1(b)), en cuya definición han contribuido sustancialmente las decisiones judiciales (Artículo 38, párrafo 1(d)) tanto de la Corte como de los tribunales arbitrales.*”⁶³

Si bien sabemos que varios autores critican la forma como la Corte ha ejercido esta función determinadora, particularmente cuando se trata del derecho consuetudinario,⁶⁴ contrasta visiblemente con esta opinión la práctica de la comunidad internacional, que no parece reflejar la crítica de la doctrina. Por el contrario, el trabajo de otros tribunales internacionales, de organizaciones internacionales y, lo más importante, la actitud de los Estados, reflejan un acatamiento de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y su predecesora, y de los resultados de su trabajo como determinadora de normas consuetudinarias.

1. El Trabajo de la CIJ en las decisiones de otros Tribunales.

Otros tribunales internacionales no sólo han adoptado la misma función determinadora de la CIJ en ejercicio de sus competencias de conformidad con el artículo 38(1)(d), sino que se han hecho eco de las decisiones de ésta. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar ha sustentado sus hallazgos sobre la existencia de normas consuetudinarias en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia.⁶⁵ En su Primer Informe sobre

⁶¹ Vicuña, Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?, Estudios Internacionales, Vol. 148, (2005), Pp. 25-6.

⁶² Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Op.cit., Artículo 38(1)(d).

⁶³ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Op.cit., Párrafo 83.

⁶⁴ Ver *supra* notas 59 y 61.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, el Caso M/V “SAIGA”, No. 2, (San Vicente y las Granadinas V. Guinea), Decisión del 1 de julio de 1999, Párrafo 133-34, donde el Tribunal expresa: “133. En el Caso sobre el Proyecto de Gabèikovo Nagymaros (...) la Corte Internacional de Justicia hizo notar, con aprobación, dos condiciones para la defensa basada en el “estado de necesidad” que en general, en derecho internacional, justifican un acto que de otra forma sería ilegal (...). 134. Al dar su apoyo a estas condiciones, la Corte declaró que “deben ser satisfechas concurrentemente” y que las mismas “reflejan el derecho internacional consuetudinario”.

la Formación y la Evidencia de la Costumbre, Wood hizo un breve análisis sobre las actuaciones de los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y la Ex Yugoslavia en el que describe cómo estos han establecido, en la mayoría de los casos, que la costumbre debe determinarse mediante el examen de los dos elementos descritos por la CIJ: la práctica y la *opinio juris*.⁶⁶

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reforzado su declaración de que algún derecho humano es internacionalmente reconocido citando la jurisprudencia de la Corte Permanente y de la Corte Internacional de Justicia.⁶⁷ En su Opinión Consultiva No. 20 sobre la Interpretación del Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se apegó a la metodología prescrita por la CIJ para la determinación de normas de costumbre internacional:

*“en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como la doctrina internacional, han señalado que esta fuente del derecho tiene dos elementos de formación. El primero de ellos, de carácter objetivo, consiste en la existencia de una práctica general creada por los Estados y realizada de manera constante y uniforme (usus o diuturnitas). El segundo elemento, de carácter subjetivo, se refiere a la convicción de los Estados de que dicha práctica constituye una norma jurídica (opinio juris sive necessitatis).”*⁶⁸

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha acogido la *dicta* de la CIJ. En el Caso Van Anraat V. Holanda, por ejemplo, la Corte, tras hacer referencia a los Casos de la Plataforma Continental del Mar Norte y Nicaragua como guías sobre los requisitos para la formación de la costumbre internacional,⁶⁹ pasó a reafirmar la necesidad de que exista una práctica pacífica de los Estados, aunada a la prueba de una creencia de que dicha práctica es obligatoria porque existe una norma que así lo requiere.⁷⁰ En los párrafos subsiguientes de la decisión, la Corte Europea pasa a aplicar el método inductivo para determinar el carácter consuetudinario de la prohibición del uso de gas mostaza como arma de guerra en conflictos internacionales.⁷¹

El Relator Wood menciona, adicionalmente, varias decisiones de tribunales nacionales de Inglaterra, Singapore, Alemania, Suráfrica, EEUU, El Salvador y Grecia, todas las cuales hacen referencia expresa a la Corte Internacional de Justicia, acogiendo su definición de los elementos de la costumbre y sus métodos para la determinación de normas consuetudinarias.⁷² En su segundo Informe, el Relator Especial añade a la lista de tribunales nacionales que han adoptado el test de los dos elementos de la costumbre esbozado por la Corte Internacional de Justicia, citando las cortes de Slovenia, República Checa y Nueva Zelanda.⁷³

⁶⁶ Wood, Primer Informe..., Pp. 29-32.

⁶⁷ Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, (2013), Pág. 48.

⁶⁸ CorteIDH, Opinión Consultiva OC20/09, 29 de septiembre de 2009, solicitada por Argentina sobre la Interpretación del Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Párrafo 48.

⁶⁹ Caso Van Anraat V. Holanda, Corte.Eur.D.H., Application No. 65389/09, Decisión sobre Admisibilidad, 6 de julio de 2010, párrafo 88.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Íbidem, Párrafos 89 al 92.

⁷² Wood, Primer Informe..., Pp. 38-41.

⁷³ Wood, Segundo Informe del Relator Especial sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, UN Doc. A/CN.4/672, 2014, Pág. 9.

2. Relación entre el Trabajo de las Organizaciones Internacionales y la Función Determinadora de la Corte.

Las organizaciones internacionales han trabajado en distintos momentos en la identificación y formación de la costumbre internacional. Por ejemplo, el Instituto de Derecho Internacional realizó un trabajo sobre la relación entre los tratados y la costumbre, en el que incluyó como una de sus conclusiones:

*“Una convención codificadora puede contener normas (en lo sucesivo denominadas ‘normas codificadoras’) que son declaratorias de derecho consuetudinario, o que sirven para cristalizar normas de derecho consuetudinario, o que pueden contribuir a la generación de nuevas normas de derecho consuetudinario de conformidad con los criterios establecidos por la Corte Internacional de Justicia.”*⁷⁴

Por su parte, la Asociación de Derecho Internacional adoptó en el año 2000 la Declaración de Londres sobre Principios Aplicables a la Formación del Derecho (General) Consuetudinario Internacional, que consiste en 33 principios, en los que reconoce los dos elementos de la costumbre descritos por la CIJ, si bien busca dar preferencia al elemento objetivo (práctica) sobre el subjetivo (*opinio juris*).⁷⁵

Vale también mencionar el trabajo del Comité Internacional de la Cruz Roja en su estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, en el cual hizo amplia referencia al trabajo de la Corte Internacional de Justicia en la definición y determinación de la costumbre.⁷⁶

Finalmente, merece especial atención la relación que existe entre la CIJ y la Comisión de Derecho Internacional, de lo cual ya hemos hecho algún comentario *supra*. En muchos casos, y particularmente aquellos en los que la Corte ejerce su función determinadora, ésta se apoya en el trabajo de la CDI. Por ejemplo, en el Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), la Corte, tras revisar los distintos enfoques dados a la doctrina del control para la atribución de actos a Estados a los efectos de determinar su responsabilidad internacional, sustentó su decisión final en la definición de control establecida en el Artículo 8 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado adoptados por la CDI, considerando que la norma expresada en dicho artículo tiene carácter consuetudinario.⁷⁷ El Vice-Presidente de la Corte para ese entonces incluso afirmó en su Opinión Separada que la Corte había

⁷⁴ Institut de Droit International, Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet, Resolución adoptada el 1 de septiembre de 1995, Conclusión No. 2.

⁷⁵ Wood, Primer Informe..., Pp. 42-3.

⁷⁶ “El enfoque adoptado en el estudio para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario fue el clásico establecido por la Corte Internacional de Justicia, en particular en los Casos sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte, seleccionando y compilando la práctica de los Estados para luego evaluarla a la luz del requisito de la *opinio juris*.” Henckaerts, Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, International Review of the Red Cross, (2005), Pág. 178.

⁷⁷ Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), ICJ Reports, 2007, Párrafos 402-07.

*“seguido el Artículo 8 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional.”*⁷⁸

Si bien, como ya hemos visto, la Corte no siempre hace referencia expresa a la evidencia en la que se basa para determinar el carácter consuetudinario de una norma, en muchas de esas instancias, se apoya en el trabajo de la CDI, donde sí se ha estudiado la práctica y *opinio juris* de los Estados a profundidad.⁷⁹

3. La Actitud de los Estados frente a la Determinación de Derecho Consuetudinario por la CIJ.

En lo que respecta a la actitud de los Estados *vis-à-vis* las decisiones de la Corte Internacional de Justicia cuando ésta declara la existencia de normas consuetudinarias, cabe preguntarse, como lo hizo el Prof. Pastori, *“¿podemos decir que existe una norma consuetudinaria que dice que la conclusión a la que llega la CIJ en un caso concreto acerca de la condición de norma consuetudinaria de determinada regla debe ser aceptada por toda la comunidad internacional?”*⁸⁰

Las decisiones judiciales, en principio, son vinculantes únicamente entre las partes y en el caso particular.⁸¹ En este sentido, pudiéramos afirmar que las decisiones judiciales carecen de durabilidad y carácter vinculante general, por lo que declarar la existencia de una norma consuetudinaria, lanzando una especie de red vinculante sobre todos los Estados, participantes o no en el caso particular, podría ser considerado una práctica excesiva de la Corte, especialmente tomando en cuenta las serias críticas de la doctrina en cuanto a la forma como la CIJ lleva a cabo esta función, que comentamos ampliamente en la Parte I de este trabajo.

Pero el Artículo 59 no abarca realmente todo el texto de una decisión judicial. Las interpretaciones que se han hecho sobre el Artículo 59 prevén tres posibles excepciones a su aplicación. Una de ellas es de gran relevancia para esta discusión, y se trata precisamente del caso en que las decisiones de la Corte contribuyan al desarrollo y confirmación de normas de derecho internacional.⁸² En este sentido, por ejemplo, en su Opinión Disidente en el Caso de la Plataforma Continental (Libia/Malta), Sir Jennings indicó:

*“Sería poco realista, aún considerando el más estricto principio legal, suponer que los efectos de una decisión se encuentran completamente confinados por el Artículo 59. Todo Estado que sea miembro de la Corte se encuentra vinculado por una obligación general de respetar sus decisiones.”*⁸³

⁷⁸ Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), Opinión Separada del Juez Al-Khasawneh, ICJ Reports, 2007, Párrafo 36.

⁷⁹ Dordeska, *The Process of International Law-Making: The Relationship between the International Court of Justice and the International Law Commission*, ICLR, (2015), Vol. 15, No. 1, Pág. 9.

⁸⁰ Pastori, *Aplicación de la Costumbre por la Jurisprudencia Internacional en Relación con el Uso de la Fuerza*, Estudio del CURI N° 7, 2016, Pág. 2.

⁸¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Op.cit., Artículo 59.

⁸² Bernhard, *ICJ Statute, Commentary on Article 59*, En: Zimmermann, Tomuschat y Oellers-Frahm (editores), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, (2006), Pág. 1247.

⁸³ Caso de la Plataforma Continental, (Jamahiriya Árabe Libia V. Malta), Op.cit., párrafos 28-30.

Ya la Corte había aportado su opinión en cuanto al alcance del Artículo 59 en el Caso sobre el Mar Egeo, aclarando que, si bien según esta norma la decisión de la Corte sólo hace efecto entre las partes y en el caso particular, era evidente que su pronunciamiento sobre el estado de una convención –fuera que encontrase que la misma estuviera o no en vigor– tendría implicaciones en las relaciones entre otros Estados distintos de Grecia y Turquía.⁸⁴

Postulamos además que, al igual que en el interno, en el Derecho Internacional opera el principio *iura novit curia*. La aplicación de este principio en el DIP ha sido ampliamente aceptada por los Estados, que incluso lo invocan en sus alegatos. Por ejemplo, el Reino Unido en sus alegatos orales para el Caso de las Pesquerías Noruegas, expresó:

*“La pregunta es si existe alguna diferencia entre las Partes sobre el tema de la carga de la prueba respecto de las normas de derecho internacional general. Ante esta pregunta, la respuesta del Reino Unido es simple y clara. No existe carga de la prueba con respecto a las normas de derecho internacional general. La respuesta es iura novit curia. (...) Se entiende que la Corte conoce el derecho y tiene el deber, en tanto y cuanto se lo exige la decisión del caso, de declarar cuál es el derecho...”*⁸⁵

Y, por supuesto, la propia Corte se ha apoyado en este principio en distintas ocasiones. En el Caso de las Pesquerías Noruegas, la Corte afirmó:

*“Siendo que el deber de la Corte es establecer y aplicar el derecho pertinente según las circunstancias del caso, la carga de probar cuáles son las normas de derecho internacional no puede serle impuesta a ninguna de las partes, pues el derecho se encuentra en el conocimiento jurídico de la Corte.”*⁸⁶

En el Caso Nicaragua, la Corte también se apoyó en el principio de que el juez conoce el derecho al establecer que no debe depender únicamente de lo alegado por las partes:

“...el principio iura novit curia significa que la Corte no depende únicamente de los argumentos de las partes respecto del derecho aplicable...”

Proponemos entonces que la aceptación universal del principio *iura novit curia* es clave para comprender por qué los Estados aceptan y acatan el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales en su función determinadora. En todo caso, tal y como lo expresó el Prof. James Crawford en su discurso de orden ante la Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional en 2014:

“Aún cuando las decisiones de la Corte sólo tienen efecto vinculante entre las partes involucradas, y constituyen apenas medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho internacional, en la práctica se les considera pronunciamientos acreditados del estado actual del derecho internacional. Esto se evidencia en la práctica de los Estados en cuanto a su respuesta frente a las decisiones de la Corte particularmente

⁸⁴ Caso del Mar Egeo, (Grecia V. Turquía), ICJ Reports, 1978, Párrafo 39.

⁸⁵ Caso de las Pesquerías Noruegas, ICJ Reports, (1951), Declaración de Sir Eric Beckett, Agente del Reino Unido, en los Alegatos Orales, Pp. 32-33.

⁸⁶ Casos de las Pesquerías, ICJ Reports (1974), Párrafos 17 y 18, respectivamente.

⁸⁷ Crawford, “The Identification and Development of Customary International Law”, Discurso de Orden en la Conferencia de Primavera de la Asociación de Derecho Internacional, Rama Británica, del 23 de mayo de 2014.

⁸⁸ Procès-Verbaux, Op.cit., Annex No. 1, Discurso del Baron Descamps sobre las Normas Aplicables, Pág. 322.

relacionadas con el derecho internacional consuetudinario. Después del caso Nicaragua, el carácter consuetudinario de los Artículos comunes 1 al 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949 hoy en día se da por sentado y casi nunca ha sido cuestionado. [Este acatamiento de los Estados] también se evidencia por la influencia que la Corte ejerce sobre [las decisiones de] otras cortes y tribunales internacionales.”⁸⁷

Sea cual fuere la explicación, parece no haber duda sobre la aceptación de los Estados de la función determinadora de la Corte Internacional de Justicia y, en consecuencia, de la declaración que ésta hace sobre el carácter consuetudinario o no de normas de derecho internacional.

CONCLUSIONES

Decía el Baron Descamps que no permitir al juez usar la jurisprudencia internacional para definir el derecho internacional era privarle de uno de sus más valiosos recursos.⁸⁸ Como hemos visto, existen numerosos ejemplos del uso de las decisiones de tribunales internacionales para la identificación de normas consuetudinarias.⁸⁹ Hemos presentado cómo otros tribunales internacionales, las organizaciones internacionales e incluso los Estados han apoyado su trabajo y producción jurídica en las decisiones judiciales, particularmente de la Corte Internacional de Justicia y su predecesora.

No obstante, como observó el Relator Wood en su Tercer Informe sobre la Formación y la Evidencia de la Costumbre Internacional, la doctrina del precedente no existe en el Derecho Internacional Público, por lo que no puede decirse que las decisiones de los tribunales internacionales sean vinculantes, aun cuando identifican normas de derecho consuetudinario.⁹⁰ Más bien, el peso de cualquier decisión particular pareciera depender mucho del estudio que haya hecho la Corte previo a su determinación. Hemos estudiado cómo las decisiones que han sido respaldadas por una revisión exhaustiva de ambos elementos de la costumbre internacional tienen mucha mayor aceptación, al menos en la doctrina, que aquellas que se apoyan en el trabajo de la CDI, o que simplemente parecen determinar el carácter consuetudinario de una norma empleando la metodología que Talmon llamó “aseveración”.

Otro panorama se presenta, sin embargo, cuando analizamos la conducta de los Estados y su aceptación o acatamiento de las decisiones de tribunales internacionales cuando estos determinan la existencia de una norma de derecho consuetudinario. En este ámbito, vemos que los Estados, en su inmensa mayoría, aceptan las decisiones judiciales, particularmente las de la Corte Internacional de Justicia, como pronunciamientos acreditados y definitivos.

La labor determinadora puede parecer excesiva –cuasi legislativa y por tanto fuera de los límites funcionales de la CIJ- a la luz del análisis de algunos autores, pero es innegable que ella es una parte importante y necesaria para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Público. Al fin y al cabo, si no es a través del análisis de los grandes juristas –incluidos ciertamente los jueces de la Corte- ¿de qué forma puede el Derecho adaptarse a

⁸⁹ Wood, Tercer Informe del Relator Especial de la CDI sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, UN Doc. A/CN.4/682, 2015, Pág. 44.

⁹⁰ *Ibidem*, Pág. 43.

las nuevas realidades que nos presentan las relaciones internacionales prácticamente a diario?

El mundo nos ha dado ejemplo tras ejemplo de situaciones que el legislador nunca previó. El desarrollo de nuevas tecnologías, la aparición de nuevos actores internacionales, entre otros, llevan a los Estados a nuevas prácticas, que en ocasiones se uniformizan en cortos plazos. Ese camino está lleno de diferencias y controversias que pueden llegar a manos de la Corte, y ésta –ya hemos visto- debe resolver.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AL-KHASAWNEH, A. S. Opinión Separada en el Caso Aplicación De La Convención Para La Prevención Y Castigo Del Crimen De Genocidio, (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), ICJ Reports, 2007.
- ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, A. Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009, ICLQ, Vol. 60, 2011.
- BERNHARD, R. The Statute of the International Court of Justice, A Commentary (Zimmerman, Tomuschat & Oellers-Frahm eds.), Commentary on Article 59.
- BROWNLIE, I. Principles of Public International Law, 5ta ed., 1999.
- CHAN, L. The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law, SSLR, Vol. 6, 2016.
- CORTE INTERNACIONAL PERMANENTE DE JUSTICIA, Procés Verbaux of the Proceedings of the Committee, Advisory Committee of Jurists, June 16th to July 24th, Anexos 1 y 3.
- CRAWFORD, J. The Identification and Development of Customary International Law, Discurso de Orden en la Conferencia de Primavera de la Asociación de Derecho Internacional, Rama Británica, del 23 de mayo de 2014.
- DORDESKA, M. The Process of International Law-Making: The Relationship between the International Court of Justice and the International Law Commission, ICLR, Vol. 15, No. 1, 2015.
- HENCKAERTS, J. (ed.), Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, Int'l.Rev.R.C., 2005.
- HIGGINS, R. Problems and Process: International Law and How We Use It, 2002.
- HOYT, E.C. The Contribution of the International Law Commission, ASIL Journal, Vol. 59, 1965.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet, Resolución del 1 de septiembre de 1995.
- JESSUP, P.C. The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction, 1927.
- LAUTERPACHT, H. The Development of International Law by the International Court, 1982.
- MENDELSON, M. The Formation of Customary International Law, Recueil des Cours, 1998.
- OPPENHEIM, L. International Law: A Treatise, Vol. 1 (Peace), 1920.
- PASQUALUCCI, J. M. The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, 2013.
- PASTORI, A. Aplicación de la Costumbre por la Jurisprudencia Internacional en Relación con el Uso de la Fuerza, Estudio del CURI No. 7, 2016.
- PELLET, A. The Statute of the International Court of Justice, A Commentary (Zimmerman, Tomuschat & Oellers-Frahm eds.), Commentary on Article 38.
- SCHARF, M.P. Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, 2013.
- TALMON, S. Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion, EJIL (2015), Vol. 26, No. 2.
- THIRLWAY, H.W.A. The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Brit. Yrbk. Int'l. L., Vol. 76, 2005.

- VICUÑA, F.O. Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?, *Estudios Internacionales*, Vol. 148, 2005.
- WOOD, M., Primer Informe del Relator Especial sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, Comisión de Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/663, 2013.
- WOOD, M., Segundo Informe del Relator Especial sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, Comisión de Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/672, 2014.
- WOOD, M. Tercer Informe del Relator Especial sobre la Formación y la Evidencia del Derecho Internacional Consuetudinario, Comisión de Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/682, 2015.
- Jurisprudencia Internacional Consultada.
- ACTIVIDADES ARMADAS EN EL TERRITORIO DEL CONGO, (República Democrática del Congo V. Uganda), ICJ Reports, 2005.
- ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA, (Nicaragua V. EEUU), ICJ Reports, 1986.
- APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL CRIMEN DE GENOCIDIO, (Bosnia Herzegovina V. Serbia y Montenegro), ICJ Reports, 2007.
- CANAL DE CORFÚ, (GB e Irlanda del Norte V. Albania), ICJ Reports, 1949.
- CONSECUENCIAS LEGALES DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN MURO EN EL TERRITORIO OCUPADO DE PALESTINA, Opinión Consultiva, ICJ Reports, 2004.
- CONSECUENCIAS LEGALES PARA LOS ESTADOS DE LA CONTINUADA PRESENCIA DE SURÁFRICA EN NAMIBIA, Opinión Consultiva, ICJ Reports, 1971.
- DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL GOLFO DE MAINE, (Canadá V. EEUU), ICJ Reports, 1984.
- DERECHO DE PASO POR TERRITORIO INDIO, (Portugal V. India), Opinión Disidente del Juez Armand-Ugon, ICJ Reports, 1960.
- HAYA DE LA TORRE, (Colombia V. Perú), ICJ Reports, 1950.
- INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS, (Alemania V. Italia, interviene Grecia), ICJ Reports, 2012.
- JURISDICCIÓN SOBRE PESQUERÍAS, (GB V. Islandia) / (República Federal de Alemania V. Islandia), ICJ Reports, 1974.
- LEGALIDAD DE LA AMENAZA O USO DE ARMAS NUCLEARES, Opinión Consultiva, Opinión Disidente de la Jueza Rosalyn Higgins, ICJ Reports, 1996.
- MAR EGEO, (Grecia V. Turquía), ICJ Reports, 1978.
- M/V SAIGA No. 2, (San Vicente y las Granadinas V. Guinea), Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, 1 de julio de 1999.
- NORWEGIAN SHIPOWNERS' CLAIM, (Noruega V. EEUU), RIAA 1921, Vol. I, 309.
- OC-20/09 SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 59 DE LA CADH, CorteIDH, 2009.
- ORDEN DE DETENCIÓN CONTRA YERODIA NDOMBASI, (República Democrática del Congo V. Bélgica), ICJ Reports, 2002.
- PESQUERÍAS NORUEGAS, (GB V. Noruega), ICJ Reports, 1951.
- PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR DEL NORTE, (República Federal Alemana V. Dinamarca), (República Federal Alemana V. Holanda), ICJ Reports, 1969.
- PLATAFORMA CONTINENTAL, (Libia V. Malta), ICJ Reports, 1985.
- SS LOTUS, CPIJ, (Francia V. Turquía), Serie A, No. 70, 1927.
- VAN ANRAAT V. HOLANDA, Corte Eur.D.H., Application No. 65389/09, Decisión sobre Admisibilidad, 2010.

Fecha de recepción: 17 de abril 2018.

Fecha de aceptación: 20 mayo 2018.

UN ACERCAMIENTO AL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DESDE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Alfonso Renato Vargas Murillo*

RESUMEN: *El presente trabajo pretende describir algunas propuestas relacionadas con el control de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa, en cuanto se presenta como un modelo que pretende suplir las “deficiencias” del proceso judicial de declaración de inconstitucionalidad en términos de participación, inclusión y diálogo, elementos centrales en los cuestionamientos sobre la legitimidad democrática de las cortes para ejercer dicha función.*

PALABRAS CLAVE: *Control de constitucionalidad. Democracia deliberativa*

ABSTRACT: *This paper aims to describe some proposals related to the control of constitutionality from the theory of deliberative democracy, as it is presented as a model that seeks to replace the “deficiencies” of the judicial process of declaration of unconstitutionality in terms of participation, inclusion and dialogue, central elements in the questions about the democratic legitimacy of the courts to exercise this function.*

KEYWORDS: *Judicial review. Deliberative democracy.*

INTRODUCCIÓN

La justificación tradicional, de la función judicial de controlar la constitución que se remontan a los orígenes del control de constitucionalidad (el caso norteamericano) y que ha recobrado su fuerza en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, parte de la idea de una “mejor posición” de los jueces para resolver las controversias respecto a derechos fundamentales o problemas de interpretación constitucional; este “elitismo epistemológi-

* Bachiller en Derecho. Escuela Profesional de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Privada de Tacna. Correo Electrónico: avargasm95@gmail.com

co”, como lo denomina Carlos NINO, tiene como presupuesto, que la destreza intelectual debe primar por sobre el grado de representación y el equilibrio de los intereses en juego¹. Esto llevó a autores del neo-constitucionalismo como ZAGREBELSKY a afirmar que “La verdadera democracia es la democracia de los jueces”². Frente a esta posición de supremacía judicial, surge otra posición igualmente radical, como es la planteada por los autores encuadrados dentro de la corriente denominada “Constitucionalismo Popular”, los cuales cuestionan esa mejor posición de los jueces para resolver conflictos derivados de la interpretación constitucional, partiendo de una comprensión de la constitución como “un documento abierto (...) bien al consenso o al más difundido disenso popular y nunca a la interpretación petrificante de un juez no electo”³, de esta manera, plantea que ningún órgano derivado o constituido, puede usurpar el lugar del pueblo como creador de la Constitución, lo que lo pondría en mejor posición para determinar el sentido último de su creación: las cláusulas constitucionales⁴.

Sin embargo ambas posiciones llevadas a un extremo, ante la posibilidad de generar graves exclusiones (en términos mayoritarios o minoritarios), resultan cuestionables desde visiones democráticas, formulándose -al menos hasta este punto- una aporía. En el primer caso, dejamos a la sociedad civil fuera del debate sobre el sentido de la Constitución, y en el segundo, el peso de las mayorías podría igualmente dejar a grupos minoritarios fuera de dicha discusión. Esto resulta especialmente problemático en sociedades como la de los países latinoamericanos caracterizadas por la pluralidad, entendiendo “lo plural”, como la situación en la que los ciudadanos se adhieren a posiciones diversas y hasta contradictores respecto a sus concepciones del “mundo político y personal”, generando la imperiosa necesidad, de diseñar instituciones que “estén dispuestas a convivir con desacuerdos profundos, persistentes, e inerradicables, no solo acerca de lo bueno, sino de lo correcto”⁵.

Frente a tal situación, la democracia deliberativa, nos plantea la posibilidad de construir la legitimidad, ya no desde una supuesta “mejor posición” de los jueces respaldada por el contenido de la Constitución, ni tampoco desde la regla de mayorías, sino desde una comprensión dialógica del constitucionalismo -es decir por su carácter comunicativo-, existiendo solo a partir de diálogo, la intersubjetividad y búsqueda del consenso entre los involucrados, “en el que los resultados serían alcanzados luego de amplios procedimientos de deliberación pública”⁶.

El presente trabajo pretende describir algunas propuestas relacionadas con el control de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa, en cuanto se presenta

¹ LÓPEZ HIDALGO, Pablo. “Legitimidad democrática e interpretación de la Constitución: proyección a la tarea interpretativa de la Corte Constitucional del Ecuador”, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017, p. 47.

² SANTIAGO, Alfonso. “Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y Rol de los Jueces: Las novedades del neoconstitucionalismo” en Revista *Dikaion* N° 22, vol. 17. (2008), pp. 131-155 p. 141.

³ SANIN, Ricardo, Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 82.

⁴ ÁLVAREZ, Ramiro, “El Constitucionalismo Popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un Contexto Latinoamericano” en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo Año 13, N°1, (2012), pp. 75-125. p. 83.

⁵ OLIVARES, Nicolás Emanuel, “Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado” en Revista de Derecho (Barranquilla) N° 47, (2017), pp. 167-206, p. 173.

⁶ GIUFFRÉ, Carlos, “Democracia deliberativa: institucionalización de instrumentos jurídico-dialógicos”, Sistema Argentino de Información Jurídica, (2016), p. 2. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/>

como un modelo que pretende suplir las “deficiencias” del proceso judicial de declaración de inconstitucionalidad en términos de participación, inclusión y diálogo, elementos centrales en los cuestionamientos sobre la legitimidad democrática de las cortes para ejercer dicha función.

I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución, como plantea Humberto NOGUEIRA⁷, en tanto instrumento creado con la finalidad de asegurar la convivencia social, al determinar las normas fundamentales (tanto sustantivas como procedimentales), requiere para resultar eficaz garantizar su condición de “norma suprema” respecto al resto de normas que componen el ordenamiento jurídico, esto quiere decir, afirmar su “carácter normativo”. Esta condición, se encuadra dentro de un proceso mayor que GUASTINI denominó proceso de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Una de las condiciones necesarias para satisfacer la condición de “garantía jurisdiccional de la Constitución”, implica el establecimiento de órganos encargados de ejercer el control constitucional de las leyes⁸. De esta forma, la jurisdicción constitucional, se erige como una institución encargada de la defensa de la Constitución, limitando el actuar de los poderes políticos, permitiendo el paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho⁹.

De esta forma, como plantea Walter CARNOTA, su desarrollo y expansión desde fines del siglo xx hasta inicios siglo XXI, se ha caracterizado por la creación de instituciones que permitan garantizar la eficacia de las constituciones, como es el control de constitucionalidad; desde su origen “mitológico” con *Marbury vs. Madison* y el desarrollo posterior en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, así como la jurisdicción constitucional en la Constitución de la República Federal de Austria (*Oktoberverfassung*) de 1920, han visto un enorme desarrollo posterior, creándose tribunales especializados desde países de la Europa Central u Oriental poscomunista hasta América Latina¹⁰.

Estos instrumentos de salvaguarda de la Constitución, tienen como finalidad lo que se entiende como el paso de la Constitución “formal” a la Constitución “material”; y en base a ello encontramos mecanismos establecidos para proteger las normas constitucionales y mantener su vigencia en tanto normas supremas (métodos “preventivos” o “preservativos” y por el otro, mecanismos de índole procesal orientados a proteger los preceptos constitucionales frente a una incertidumbre, violación o su desconocimiento (mecanismos “restitutivos” o “reparadores”¹¹). De esta manera, las garantías establecidas en la Constitución permiten por un lado la el respeto y la protección de las funciones y competencias de los órganos estatales y de los funcionarios que las componen, así como de los procedimientos

⁷ NOGUEIRA, Humberto, “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales” en *Revista de Derecho*, Vol. XIV. (2003), pp. 43-66, p. 43.

⁸ GUASTINI, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (Compilador), *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Editorial Fontamara, 2001, pp. 154-164, pp. 155-156.

⁹ NOGUEIRA, Humberto, “Tópicos sobre... *cit*”, p. 45.

¹⁰ CARNOTA, Walter, “La diferenciación entre Control de Constitucionalidad, Control de Convencionalidad y Control de Compatibilidad” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15. (2011), pp. 51-66, p. 52.

¹¹ NOGUEIRA, Humberto, “Tópicos sobre... *cit*”, p. 45.

de diversa índole (elecciones, reforma constitucional, etc.) y por el otro, la protección de los derechos fundamentales allí consagrados o reconocidos.

Sin embargo, no es posible comprender esta situación como dos procesos aislados, pues –por ejemplo- en el caso de que se considere que existen normas de rango infraconstitucional que se considere resulten violatorias a los derechos consagrados en la Constitución consagra un órgano (u órganos dependiendo de su diseño institucional) encargado del control de la Constitución, lo que implica a su vez establecer mecanismos que permitan proteger las prerrogativas otorgadas a dicho órgano. Esta función de defensa de la Constitución recaída en las cortes constitucionales, ha ido cobrando mayor centralidad en la vida de los Estados con el paso del tiempo, generando múltiples diseños institucionales, desde un modelo de control difuso, pasando por un modelo concentrado, desembocando en modelos derivados de ambos.

El primer modelo denominado “control difuso” o en el mundo anglosajón “*judicial review*”, podemos definirlo -siguiendo a Helen HIGHTON¹²- como un modelo de control de constitucionalidad el cual encarga a los jueces del Poder Judicial, la función de respetar el principio de supremacía constitucional en la aplicación de las leyes en la resolución de casos concretos, produciendo efectos *inter partes*. En el mismo sentido, CHANAMÉ¹³, afirma que el control difuso que realiza el órgano jurisdiccional es un control de inaplicabilidad en cuanto, al no aplicar una norma por considerarla incompatible con una norma de rango superior, no implica su expulsión del ordenamiento jurídico, manteniendo sus efectos fuera de las partes del proceso.

Según Mario CAPELLETTI, este modelo se caracteriza por su “perfil modal”, en tanto se produce de forma incidental cuando se presenta una controversia en un caso ordinario respecto a la constitucionalidad de una ley, justificando se pronuncie además respecto a la solución del caso sobre el “incidente” carácter declarativo y limitando sus efectos respecto al caso concreto. Sin embargo, uno de los percances que puede suscitarse a raíz de la desconcentración de esta función, es que con el tiempo se pueda volver a presentar el mismo caso ante la justicia, pudiendo variar el criterio; surgiendo de ello el principio de “*stare decisis*”, el cual implica una aplicación vertical (los órganos inferiores están obligados a guiarse por el criterio de los órganos superiores) y horizontal (los órganos judiciales deben evitar las contradicciones siguiendo sus propios precedentes)¹⁴.

Como señala HARO REYES¹⁵, este modelo, fue el único existente por más de un siglo, y no hubo mayores intentos en Europa por incorporar la función de control de constitucionalidad a sus jueces, probablemente debido a las “reminiscencias” de la Revolución Francesa, persistiendo la idea de la incuestionabilidad de las normas emitidas por el

¹² HIGHTON, Elena, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en VON BOGDANDY, Armin, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (Editores), La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, pp. 107-173, pp. 108-109.

¹³ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario de Derecho Constitucional. Lima, ARA Editores, 5ta edición, 2007, p. 51

¹⁴ HARO REYES, Dante, “Los sistemas de control de la constitucionalidad. Comentarios de la actualidad mexicana” en Revista Jurídica Jaliscience N° 53, (2015), pp. 43-70, pp. 48-49.

¹⁵ HARO REYES, Dante, “Los sistemas...*cit.*”, pp. 49-50.

legislativo en tanto representantes del pueblo. Sin embargo, será hasta 1920 y la irrupción del modelo propuesto por Hans KELSEN, que surge un nuevo modelo: el modelo concentrado o europeo.

Para Javier PÉREZ ROYO¹⁶, las principales características de este sistema son: el control de constitucionalidad recae en un órgano distinto a los tres poderes clásicos (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) por lo cual se ejerce de manera concentrada por dicho órgano, el cual actúa solo a instancia de parte y basándose en criterios estrictos de legitimación, y por último su sentencia tiene la fuerza de una ley actuando el tribunal como “legislador negativo”, produciendo el efecto de expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional desde la expedición del fallo

Para poder comprender el surgimiento y desarrollo de este modelo de control de constitucionalidad, es necesario encuadrarlo dentro del proceso evolutivo en el constitucionalismo, el cual puede ser dividido en tres momentos—como plantea Robert ALEXY—: primero, la formación del “Estado formal de Derecho” como respuesta a la necesidad de Estado y Derecho, luego surge el “Estado Democrático de Derecho” como respuesta a la necesidad de otorgar legitimidad democrática al Estado y a la producción del Derecho, y por último la imposición de ataduras institucionalizadas de contenido al poder democrático¹⁷. Es en este contexto que el control concentrado de constitucionalidad, se presenta como el mecanismo idóneo para hacer efectivas las Cartas de Derechos contenidas en las constituciones, consagrando un espacio “inviolable” para los poderes públicos, incluso de aquellos que poseen el mayor grado de representatividad popular, como son los órganos legislativos.

La plasmación de estos los dos modelos antes desarrollados (el modelo de control difuso y el de control concentrado) en los diversos ordenamientos y sistemas jurídicos, con el fin de adaptarlo a las necesidades de cada contexto, ha generado un proceso de “hibridación”, incorporando elementos de uno u otro modelo procurando la “eficiencia”, contemplando por ejemplo un órgano ad-hoc para la declaración de inconstitucionalidad, y a la vez facultando a los jueces ordinarios la inaplicación de las normas que considere inconstitucionales¹⁸.

La recepción de estos modelos a lo largo de la historia, se ha manifestado de diferentes maneras en el caso latinoamericano. De esta manera, como señala BREWER-CARÍAS, en un inicio, en la mayoría de países de la región, adoptaron el modelo de control difuso de constitucionalidad, evolucionando a la incorporación del modelo concentrado de constitucionalidad, integrado en la Corte Suprema o en tribunales constitucionales. Surgiendo posteriormente el modelo mixto al mezclarse elementos de ambos modelos, dando lugar a un tercer modelo como resultado; sin embargo para algunos estudiosos del fenómeno, lo que se ha producido algunos países latinoamericanos, no es la construcción de un modelo mixto, sino la adopción de un modelo “dual” o “paralelo”, es decir, se presenta la coexistencia de ambos modelos sin mezclarse o desnaturalizarse¹⁹.

¹⁶ Citado por: QUIROZ CASTRO, Cristian y Leandro PEÑA MERINO, “Control de Constitucionalidad” en Revista Sur Academia, N° 5, vol. 1, (2016), pp. 58-63, p. 61.

¹⁷ Citado por GRANDEZ, Pedro, Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica, Lima, Editorial Palestra, 2010, pp. 22-23.

¹⁸ HARO REYES, Dante, “Los sistemas...*cit.*”, p. 52.

¹⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo y Francisco EGUIGUREN PRAELI, “La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005” en Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, (2008), pp. 371-398, p. 380.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

La Democracia Deliberativa, en tanto teoría de la democracia ha sido concebida, por autores como HABERMAS, como un modelo que propone la superación de las “deficiencias” de las teorías liberales y republicanas de la democracia, sin desechar por ello sus principales elementos. De esta manera, si en el modelo liberal el Estado debe garantizar los derechos subjetivos, y en el modelo republicano garantizar el cumplimiento de la voluntad “popular”, HABERMAS -en palabras de Héctor DOMÍNGUEZ- propone que la razón de ser del Estado debe consistir en:

“la salvaguarda de un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad común, en la que los ciudadanos libres e iguales se entienden sobre las metas y normas que serían de interés común para todos, para entenderse respecto de los criterios a partir de los cuáles se puede establecer qué es lo justo y lo injusto, es decir, establecidos los derechos, la función del Estado será garantizarlos y protegerlos para que los ciudadanos en el ejercicio de estos (derechos) no atropelle a los otros.”²⁰.

Es por ello, que María GUERRA, denomina a la democracia deliberativa en los términos de HABERMAS, como una “inclusión radical”, en cuanto -como se desprende del párrafo anterior- todos los ciudadanos y grupos sociales se ven involucrados en la toma de decisiones públicas, en cuanto esta (la ciudadanía) ha decidido auto-determinarse, y por ello el Estado debe garantizar, tanto las libertades negativas (ligados a la libertad individual) y las libertades positivas (ligadas a derechos colectivos), los cuales serían complementarios e igual de importantes²¹. Conciliando ambos modelos, evitando las exclusiones que surgen cuando se imponen los derechos individuales frente a la voluntad popular, y viceversa.

Este planteamiento pondría en cuestión, a la teorías hegemónicas de la democracia del siglo XX, como el elitismo democrático o las teorías de la escuela racional como apuntan Denilson LUIS WERLE y Rúrion SOARES MELO, las cuales coinciden en que a través de mecanismos de agregación de preferencias como el voto, las instituciones que organizan el poder político deben articular los intereses individuales con los intereses generales de la comunidad política²². Precisamente, el punto débil de dicho modelo agregativo (y es el presupuesto básico de la democracia deliberativa) es el hecho de que existan profundos desacuerdos en la sociedad, los cuales pueden ser de preferencias e intereses (como plantean BARBER, HABERMAS o BOHMAN) o de carácter moral (como sostienen RAWLS, GUTMANN y THOMPSON)²³.

En este sentido la crítica de la democracia deliberativa parte del alejamiento de concepciones puramente cuantitativas de democracia, relacionadas solamente con la porción de la población que tiene derecho a voto, sino “se relaciona con auto-determinación, con la posibilidad de que la gente ejerza un mayor control sobre las circunstancias políticas

²⁰ DOMÍNGUEZ, Héctor, “Democracia Deliberativa en Jurgen Habermas” en *Analecta política*, Vol. 4, No. 5, (2013). pp. 301-323, p. 307.

²¹ GUERRA, María José, *Habermas: La apuesta por la democracia*, Batiscafo S.L., 2015, pp. 111-112.

²² LUIS WERLE, Denilson y Rúrion SOARES MELO, *Democracia Deliberativa*, Sao Paulo, Editora Singular–Esfera Pública, 2007, p. 7.

²³ CORTINA, Adela, “Democracia deliberativa”, en: RUBIO C. José; Ana M. SALMERÓN y Manuel TOSCANO M. (Editores.), *Ética, ciudadanía y democracia*, Contrastes: Colección Monográfica N° 12, Málaga, 2007, pp. 143-161, p. 146.

y económicas de sus vidas”²⁴. Respecto a las teorías de la democracia deliberativa, dichos autores afirman:

“(…)que los procesos de toma de decisiones tienen que estar fundados en la deliberación de los ciudadanos en fóruns públicos amplios de debate y negociación. Por tanto, las prácticas e instituciones democráticas deben de tener como presupuesto la posibilidad de uso público de la razón, libre e inclusiva, según el cual las deliberaciones políticas sobre cuestiones fundamentales no resultan de un proceso mecánico de agregación de preferencias fijas y preexistentes al juego político, sino de un proceso de formación y transformación de las propias preferencias y de los intereses particulares, en el sentido de alcanzar acuerdos políticos que tengan a su favor una pretensión de racionalidad”²⁵.

GUTMANN y THOMPSON, caracterizan a la concepción de la democracia deliberativa como un proceso en el cual los deliberantes intercambian razones con el fin de alcanzar “justos términos de cooperación social”, esgrimiendo razones que deben ser públicamente accesibles a todos los afectados, por una medida política la cual, deberá ser vinculante para todos los ciudadanos durante un periodo determinado de tiempo, resaltando su provisionabilidad moral y política²⁶. Lo que se traduce en la posibilidad de reaperturar el diálogo en cualquier momento, cuando se produzcan las condiciones necesarias y bajo los procedimientos establecidos para dicho propósito.

Podemos encontrar una definición mínima de democracia deliberativa en ELSTER, quien afirma que la noción de democracia deliberativa incluye, dos aspectos. Por un lado el aspecto democrático, el cual implica “una toma de decisiones colectiva con la participación de todos aquellos que resultarán afectados por la decisión, o de sus representantes”²⁷. El otro aspecto, que sería fundamental, para caracterizar y diferenciar esa concepción de la democracia de otras, el aspecto deliberativo, “que esta decisión debe ser tomada mediante argumentos ofrecidos por y a los participantes, que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad”²⁸. Jose Luis MARTÍ, señala que esta definición de ELSTER, si bien adecuada como definición mínima, omite un elemento muy importante; la democracia deliberativa tiene un carácter ideal, constituye un “ideal regulativo”, entendido como: “un horizonte normativo hacia el que debemos tender en la medida de lo posible. (...) un estado de cosas que evaluamos como deseable o correcto (...) puede ser empíricamente alcanzable o no alcanzable, sin que ello afecte a la validez normativa del ideal”²⁹. Es decir, su fundamento no es necesariamente empírico, no depende de un determinado estado de cosas, sin embargo al pasar a un segundo momento evaluativo, este ideal regulativo se traduce en algunas condiciones empíricas.

Nicolás Emanuel OLIVARES, a partir de una lectura de MARTÍ, GUTMANN, y THOMPSON, RAWLS, NINO entre otros, plantea la descomposición del concepto de democracia deliberativa en tres elementos: ideal regulativo, sujeto y proceso. El primero entendido como la oposición al ideal democrático agregativo, expresado en la negociación y

²⁴ GUERRA, María José, Habermas: La apuesta...*cit.*, p.112.

²⁵ LUIS WERLE, Denilson y Rúrion SOARES MELO, Democracia Deliberativa...*cit.*, pp. 7-8.

²⁶ Citados por OLIVARES, Nicolás Emanuel, “Democracia deliberativa... *cit.*”, p. 169.

²⁷ MARTÍ, José Luis, La República Deliberativa, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 23.

²⁸ MARTÍ, José Luis, La República...*cit.*, p. 23.

²⁹ MARTÍ, José Luis, La República...*cit.*, p. 25

el voto, proponiendo la argumentación como método político, es decir, que “las normas y medidas políticas son democráticamente legítimas si y solo si resultan de la deliberación pública entre ciudadanos y representantes, y están justificadas en aquellas razones públicas que resultan aceptables para los deliberantes”³⁰. Respecto al sujeto, la democracia deliberativa basada en los principios de inclusión, igualdad e imparcialidad, postula que en el proceso deliberativo todos los ciudadanos “deben ser tratados como agentes morales y epistémicamente capacitados para intervenir en el debate público y tomar decisiones políticas; (...) deben escucharse, respetarse y discutirse los argumentos de todos los posibles afectados por la norma o medida política en cuestión”³¹. Sobre el proceso, señala que, el ideal regulativo se debe materializar a través de proceso de discusión para la toma de decisiones políticas, adoptando un criterio “epistémico intersubjetivo de validación de resultados”, contrastando con los modelos de democracia agregativa, comprendiendo a las preferencias como estáticas, siendo sus resultados posibles de ser revisados en un proceso que observe que cumpla con los criterios de: “respeto mutuo entre ciudadanos, así como facilitar la resolución de aquellos desacuerdos políticos-morales existentes en una determinada sociedad”³².

De esta manera, la democracia deliberativa en tanto ideal regulativo, nos conduce a establecer como condición de legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas -tal como señala Nicolás OLIVARES- “la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación moral, en el cual los afectados por dicha decisión deliberen públicamente entre sí”³³. El cumplimiento de tales condiciones produciría “un resultado justo y políticamente vinculante”³⁴, este sería la finalidad primordial y el fundamento de la reflexión sobre las condiciones de la legitimidad democrática de la democracia deliberativa.

III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Como tratamos anteriormente, el control de constitucionalidad, entendido como la potestad del juez de revisar la conformidad de una norma con el contenido de la constitución, y que en su modalidad concentrada, implica la expulsión del sistema jurídico de la norma que no apruebe dicho test. Esta facultad ha generado amplia discusión, desde su origen (los debates en “El Federalista” en los orígenes de los Estados Unidos³⁵), cuestionándose aspectos como el grado de representatividad de los jueces respecto a los ciudadanos y por qué deberían poder derogar una norma dada por el legislativo, siendo que esta norma posee mayor grado de legitimidad.

³⁰ OLIVARES, Nicolás Emanuel, “Democracia deliberativa... *cit.*”, pp. 179-180.

³¹ OLIVARES, Nicolás Emanuel, “Democracia deliberativa... *cit.*”, p. 181.

³² OLIVARES, Nicolás Emanuel, “Democracia deliberativa... *cit.*”, p. 182.

³³ OLIVARES, Nicolás Emanuel, “Democracia deliberativa... *cit.*”, p. 169.

³⁴ ALLES, Nicolás, “El problema de la legitimidad en la democracia deliberativa”. VII Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Buenos Aires, (2013), Facultad de Ciencias Sociales - Universidad de Buenos Aires, p. 2

³⁵ GARCIA, José Francisco. “Tres aportes fundamentales de El Federalista a la Teoría Constitucional Moderna” en Revista de Derecho, Vol. XX – N°1, (2007). pp. 39-59.

De esta manera surgieron propuestas como la de “representación argumentativa” de Robert ALEXYS³⁶, para poder resolver esta situación, sin embargo dicha propuesta —entre otras que pretenden legitimar dicha función, sin proponer reformas institucionales- no ha podido apartar el tema del control judicial del debate constitucional, como lo prueba el surgimiento de corrientes como el Constitucionalismo Popular, quien pone dicho asunto como principal punto en su agenda normativa, proponiendo algunos autores, la supresión de dicha institución con el fin de “recuperar” la democracia de las manos de los jueces³⁷.

Sin embargo, frente a ambas posturas extremas, basadas en dos modelos de democracia difícilmente reconciliables, surge un modelo que pretende superar la que concibe como una larga discusión entre liberales y republicanos (HABERMAS³⁸), proponiendo una serie de condiciones y principios por el cual se debe regir el proceso para la toma de decisiones públicas, garantizando la participación de todos los ciudadanos que puedan verse afectados, de manera inclusiva y en condiciones de igualdad. Esto implica un análisis del diseño institucional, no solo del control de constitucionalidad, sino en un plano mayor del propio sistema de frenos y contrapesos en la manera en la que se produce el diálogo entre los órganos estatales, y entre estos y los ciudadanos, a fin de determinar si dichos arreglos institucionales resultan “antagónicos y elitistas se corresponden con concepciones igualmente elitistas de la política, lo que es un rasgo común tanto del liberalismo como del conservadurismo en nuestro continente americano: mantener a la colectividad de los ciudadanos lo más lejos posible de los ámbitos públicos de decisión”³⁹.

De esta manera, para pasar a un momento evaluativo, es necesario determinar el tipo de discurso al que nos referimos, en este caso el “discurso constitucional”. Para la teoría del discurso los derechos tienen una dimensión ética, política y moral que hacen que en la deliberación constitucional como discurso práctico se involucren razones pragmáticas, éticas y morales que se refieren a la precisión y ponderación de fines colectivos, la construcción y selección de estrategias aptas para la consecución de esos fines, orientaciones valorativas y la configuración de programas que sean buenos para todos por igual.⁴⁰

Habiendo identificado las particularidades del control de constitucionalidad y haber descrito el modelo deliberativo de democracia, como advierte Donald BELLO es posible afirmar que “El control de constitucionalidad se vuelve una institución incómoda para comprensión deliberativa del proceso democrático, pues excluye de la deliberación a un gran número de sujetos que pudieran estar potencialmente afectados por las decisiones de un

³⁶ GARGARELLA, Roberto. “Alexy y la Representación Argumentativa de los Tribunales”. Disponible en: <http://www.constitucionalista.net/alexys-y-la-representacion-argumentativa-de-los-tribunales/>

³⁷ NIEMBRO, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Tesis para optar el grado de Doctor. Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 199.

³⁸ PINEDA GARFIAS, Rodrigo. “La Democracia Deliberativa” en *Revista Ius et Praxis*, vol.8, n.2, (2002), Talca. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122002000200020&lng=es&nrm=iso&tlng=es

³⁹ DÁZ DEL CASTILLO, “Andrés, Control judicial, reforma constitucional y diálogo institucional. Apuntes críticos al modelo colombiano desde una perspectiva deliberativa”, *Revista Ratio Juris* Vol. 10 N.º 20. (2015) pp. 213-238, p. 235.

⁴⁰ LINARES, Sebastián, “El Control de Constitucionalidad, la democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria” en *SPECTOR*, Ezequiel y Jorge Luis FABRA, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 3, México, UNAM, 2015, pp. 1959-1990, p. 1967.

tribunal”⁴¹. Es por ello que algunos teóricos de la democracia deliberativa, en este segundo momento se propusieron analizar las “implicancias institucionales” de su propuesta, identificado el grado de reforma que conllevaría en los esquemas institucionales actuales, como señala Nicolás OLIVARES “En este marco reformista ha recibido una especial atención la incógnita relativa a cuál es el mejor mecanismo deliberativo de control de constitucionalidad por adoptar”⁴².

III.1. La revisión judicial dialógica

Como apunta Roberto NIEMBRO, frente a las posiciones favorables a la supremacía judicial y han institucionalizado la “última palabra” (como en las visiones “neoconstitucionales” y que hacen de la interpretación constitucional una actividad “monológica” y autorreferencial, se antepone una visión dialógica de la función de los jueces, donde frente al modelo de juez “Hércules” planteado por autores como DWORKIN, antepone el “juez Pericles”, el cual no cree tener la única respuesta correcta “sino y estima valiosa y necesaria la colaboración entre poderes y la participación ciudadana. (...) un juez abierto al aprendizaje y comprometido con el cumplimiento de los derechos a través del respeto y enriquecimiento de los espacios de deliberación democrática”⁴³. Roberto GARGARELLA identifica cuatro expresiones de este modelo “dialógico” de constitucionalismo en las últimas décadas, en la cláusula de “no obstante” incorporada en la reforma de la Carta de Derechos canadiense de 1982, el “nuevo modelo constitucional del Commonwealth”, el derecho a la consulta previa establecido en el Convenio N° 189 de la OIT de 1989, y las prácticas dialógicas que se han producido en América Latina, relacionadas con graves e importantes casos de violaciones de los derechos, frente a los cuales algunos Tribunales en esta región han propiciado el diálogo (en Brasil, Argentina y Colombia principalmente)⁴⁴.

Sin embargo, es necesario señalar que las críticas de GARGARELLA, al control de constitucionalidad –al menos de la manera en que ha sido desarrollado en situaciones “normales” en América Latina- se basan en las siguientes presupuestos: cada persona es la última autoridad respecto a la forma de vida que prefiere llevar; cuando se presentan cuestiones que trascienden la moral privada, debe existir un proceso de reflexión colectiva, procurando la imparcialidad a partir de la intervención de todos los posibles afectados, siendo que lo la reflexión pública puede acercarnos a cumplir tal fin; los actuales modelos no favorecen la toma de decisiones colectivas; si bien debe existir algún tipo de control, no es “obvio” que deba ejercerse como se ha ejercido, sobre todo al establecer la supremacía judicial y por último, considerar la falibilidad de cualquier mecanismo institucional, estableciendo modelos alternos⁴⁵.

⁴¹ BELLO, Donald Emerson, “Revisión judicial y democracia deliberativa en términos de teoría departamental y constitucionalismo popular”, en Bajo Palabra – Revista de Filosofía, n° 17, (2017), pp. 191-212, p. 193.

⁴² OLIVARES, Nicolás, “Democracia deliberativa...cit., p. 170.

⁴³ NIEMBRO, Roberto, La justicia constitucional...cit., p. 110.

⁴⁴ GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y Contrapesos” en GARGARELLA, Roberto (Compilador), Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 119-158, pp. 119-120.

⁴⁵ GARGARELLA, Roberto, La Justicia frente al gobierno, Corte Constitucional de Ecuador, 2011, Quito, pp. 279-280.

Roberto GARGARELLA, parte de la crítica a quienes sostienen que es posible interpretar como dialógico el proceso de control de constitucionalidad por el solo hecho de intervenir las partes presuntamente afectadas -por ejemplo-, pese a que el órgano judicial posee la “última palabra” institucional respecto al contenido de la Constitución. De esta manera, señala que el diálogo –desde su punto de vista-, presupone que los argumentos deben tener igual posibilidad de prevalecer, sin embargo en dichas condiciones, existe un desequilibrio, lo que implica que en los hechos ya no es la gente sino la rama “menos democrática” la que tiene la suprema autoridad constitucional⁴⁶.

Respecto al modelo deliberativo al cual se adhiere el autor, sugiere que los problemas relacionados con la “moralidad inter-personal”⁴⁷, deben resolverse a través de un proceso colectivo de reflexión a través de la exposición de información y corrección mutua entre los participante, agregando un valor epistémico a dicha práctica, pues de lo contrario –señala- se corre el riesgo de tomar una decisión ignorando, malinterpretando y sin respetar los puntos de vista de los afectados, constituyendo la deliberación una herramienta que asegura la imparcialidad de los jueces⁴⁸.

En su obra “La Justicia frente al Gobierno”, Roberto GARGARELLA esboza una propuesta alternativa a la potestad de tener la última palabra respecto a la interpretación constitucional de los jueces constitucionales y vincularlos con los grupos sociales más vulnerables⁴⁹; proponiendo que la función judicial de control de constitucionalidad en clave dialógica debe orientarse bajo los siguientes fines:

- (i) Asegurar las condiciones del debate democrático: Implica la autorización de la intervención judicial frente a la legislación que presente las siguientes características: a) permita la discriminación irracional de los grupos minoritarios, b) impida el derecho de reunión o discusión individual, censure las vías de expresión y medios de comunicación, c) distorsione la voluntad mayoritaria (y el proceso electoral), d) Distorsione el proceso político de toma de decisiones, y e) desvirtúe los controles orientados a fiscalizar el desempeño de sus funciones desvirtuar los controles destinados a fiscalizar sus acciones, o los medios orientados a evaluarlas o perfeccionarlas, etc.⁵⁰
- (ii) Asegurar una esfera de inviolable autonomía en los individuos: Ello con el fin de permitir a los ciudadanos tener la potestad de determinar el modelo de vida que

⁴⁶ GARGARELLA, Roberto, *The Scepter of Reason: Public Discussion and Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism*, Dordrech, Springer Science+Business Media, 2000, p. 114.

⁴⁷ Planteamiento de Carlos Nino para justificar la revisión judicial de las leyes desde la democracia deliberativa. El autor señala que la revisión judicial debe orientarse a determinar que las decisiones colectivas no se basen en modelos de “perfeccionamiento moral”, sino solo bajo criterios derivados de la “moralidad intersubjetiva”, lo que se determina al analizar las razones del procedimiento argumentativo. De esta forma como señala el autor: “a través de la limitación de la esfera de la constitución ideal del poder a cuestiones de moral intersubjetiva, se puede percibir el dominio de la constitución ideal de los derechos, donde se ve involucrado el reconocimiento de la autonomía. El derecho a no ser coaccionado sobre la base de modelos de excelencia personal es, de este modo, parte de este grupo de derechos a priori que son condición del proceso democrático”. NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 277-280.

⁴⁸ GARGARELLA, Roberto, *The Scepter...cit.*, pp. 128-129.

⁴⁹ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente...cit.*, p. 281.

⁵⁰ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente...cit.*, p. 280.

prefieran, de esta manera los jueces constitucionales deben: a) impedir la interferencia: de los poderes públicos respecto a la moral privada a través de leyes perfeccionistas, b) contribuir a los órganos políticos a erigir un modelo adecuado de protección para que los individuos puedan llevar a cabo sus ideales de “virtud personal”, c) asimismo plantea establecer mecanismos que permitan recolectar la opinión de sectores minoritarios afectados o abrir canales directos para quienes puedan verse afectados pese a ser un grupo muy pequeño y poco “poder de presión” sean escuchados⁵¹.

De esta manera, el juez en el proceso de control de constitucionalidad actúa además de garante de aquellos presupuestos que permitan la interacción dialógica entre la sociedad civil y los órganos estatales (en este caso fundamentalmente el órgano judicial, y de aquel con los otros órganos), así como corregir o garantizar el acceso a dicho proceso comunicativo a grupos que puedan verse jurídica y fácticamente excluidos o marginados, garantizando su autonomía, para que el proceso de diálogo se produzca en condiciones de igualdad.

En este sentido, al momento que “superamos” la supremacía judicial y aceptamos que a la par de servir están subordinados al debate público, se convierten en un elemento esencial del mismo, transformándose en el “motor” de la deliberación; ello debido a que se encuentra en una buena posición para realizar esta tarea, ya que su función principal es recibir las demandas de quienes se han visto afectados o han sido marginados por las ramas políticas, convirtiéndose en la principal vía que tienen los grupos desfavorecidos para solicitar la atención de sus reclamos, así como tienen la facultad de exigir una mayor grado de justificación de las decisiones tanto de las personas como de sus representantes. Para ello, el juez debe garantizar la existencia de condiciones de igualdad, lo que implicaría algún tipo de activismo, respecto a la tutela de derechos sociales que permitan la participación política en dichas condiciones⁵². De esta manera, se trae a colación el problema sobre las precondiciones de la democracia deliberativa, la existencia de derechos que deben ser garantizados para el desarrollo eficaz del proceso dialógico, pudiendo generar una tensión entre posturas procedimentalistas y sustancialistas de la democracia deliberativa.

III.2. LA revisión judicial de la división de poderes deliberativa

El planteamiento de una división de poderes deliberativa, parte de la idea –siguiendo a TULIS- de que ninguna de las instituciones de una democracia es suficiente para considerar todas las preocupaciones relativas a su sostenimiento, y en este sentido, al proponer la deliberación como criterio dominante de legitimidad, establece una categoría para la medición del grado de interacción institucional: la “performance deliberativa”⁵³.

Para MENDES, las discusiones sobre la legitimidad se han desarrollado de manera dicotómica, por un lado quienes privilegian la forma y por el otro los que privilegian el fondo,

⁵¹ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente...*cit., pp. 280-281.

⁵² GARGARELLA, Roberto, *Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights*, en GARGARELLA, Roberto; Pilar DOMINGO y Theunis ROUX (Editores), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An institutional voice of the poor?*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2006, pp.13-34, pp. 28-29.

⁵³ MENDES, Conrado H., “Una división de poderes deliberativos entre el diálogo y la última palabra”, en GARGARELLA, Roberto (Compilador) *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores Argentina, 2014, pp. 159-185, p. 169.

lo que ha llevado a sostener indeseabilidad del parlamento y por el otro la infalibilidad de las cortes. Frente a estas dos situaciones el autor realiza la siguiente crítica: en el primer caso cierra la puerta a cualquier crítica de carácter sustantivo fuera de los propios canales parlamentarios, lo que dificulta la posibilidad que se den a conocer las resistencias a decisiones que vulneren la “razón pública” (concepto prestado de RAWLS) de manera más evidente, es por ello que la revisión judicial genera un límite externo, manteniendo en agenda el debate sobre las restricciones al parlamento, en cuanto lo obliga a justificar su accionar en base a las precondiciones de la democracia, vitalizando la razón pública a partir del diálogo⁵⁴. Sin embargo, esta función –advertir- posee ciertos riesgos: “el legalismo hermético, el imperialismo retórico, los antecedentes socioeconómicos conservadores de los jueces, la arrogancia del guardián atrincherado y monopólico; del otro lado, la pasividad legislativa, la condescendencia y la complacencia”⁵⁵.

Estos riesgos pueden ser reducidos (en tanto el autor no cree en la infalibilidad a priori de las instituciones, sino al igual que RAWLS mantiene una posición basada en términos “probabilísticos”), al desarrollar una exigencia mayor de diálogo entre instituciones, lo que implica que al momento de disentir, no se presuponga que una rama posee mayores destrezas que la otra; de esta manera:

“La interacción entre instituciones que procuran llevar al máximo sus respectivos desempeños deliberativos es lo mejor que podemos esperar de una democracia organizada bajo el principio de división de poderes. Estimula la búsqueda del mejor argumento e inculca en el régimen la vibración racional y la presión de alcanzar una mayor consistencia... es posible pensar la legitimidad del parlamento y cortes de una manera contextual y comparativa... La legitimidad política es una propiedad institucional volátil que depende en parte de los resultados y en parte de sus credenciales formales. Es una meta que alcanzar y preservar en cada decisión”⁵⁶.

De esta forma, será a partir de su “desempeño” que resultarán legitimadas las decisiones, entendiendo este desempeño como una práctica de diálogo, de esbozo de argumentos y contra-argumentos, en un proceso en el cual ambas instituciones se empujan unas a otras a elaborar mejores justificaciones. Esto no podría ser posible sin la separación de poderes, en tanto primera condición, sin embargo la interacción que surge en la práctica puede tomar diversos caminos, en este caso, el planteamiento de MENDES propone la deliberación y el diálogo como el camino ideal para potenciar las credenciales democráticas de dichos órganos, más allá de cuestiones que considera puramente procedimentales como quien tiene la última palabra, lo que desde esta perspectiva, no otorgaría tampoco una legitimidad per se. Es por ello que el autor concluye respecto a la revisión judicial, que es un “mecanismo que propulsa la existencia de una mejor y mayor deliberación, al menos sobre cuestiones constitucionales fundamentales. No tiene como único propósito protegerlos de la política cuando esta sucumbe al pánico y la irracionalidad, sino también el de desafiarla a seguir buscando mejores respuestas”⁵⁷.

⁵⁴ MENDES, Conrado H., “Una división de...cit., p. 175

⁵⁵ MENDES, Conrado H., “Una división de...cit., p. 177

⁵⁶ MENDES, Conrado H., “Una división de...cit., p. 177

⁵⁷ MENDES, Conrado H., “Una división de...cit., p. 183.

Además de lo planteado anteriormente, respecto al control de constitucional basado en la interacción interinstitucional, Conrado H. MENDES plantea un modelo ideal de deliberación política en sede judicial, lo que equivaldría a una serie de normas que guiarían el proceso interno de discusión y reflexión entre los jueces, lo que permitiría obtener resultados menos excluyentes. Es por ello que, como anota Roberto NIEMBRO, al no presentar un modelo de prácticas específicas que deben ejecutarse o institucionalizarse orientado a un modelo deliberativo, plantea este conjunto de normas como una construcción ideal, dividiendo este proceso en tres etapas: la primera, el respeto que deben tener los jueces hacia a los participantes en el proceso, escuchando, entendiendo y preguntando; en segundo momento deben actuar de manera colegiada, evitando el uso arbitrario del voto individual, cooperando y dialogando, dejando de lado las preconcepciones individuales, partiendo de la posibilidad de estar equivocado y cambiar de opinión a partir de los argumentos de sus compañeros teniendo como fin la decisión colectiva, considerando además los puntos de vista de las personas presuntamente afectadas que no fueron expuestas en la audiencia (como un ejercicio de “empatía deliberativa”); y por último la sentencia, además de reconocer la posibilidad de error y provisionalidad (en tanto presupuestos de la democracia deliberativa) su coherencia narrativa debe estar redactada de forma que pueda ser comprendida fuera del ámbito jurídico⁵⁸.

De esta manera, MENDES enfatiza más allá del diseño institucional, en lo que podríamos denominar una “actitud deliberativa” o “actitud dialógica” que deben tener los jueces para poder cumplir con los fines de la democracia deliberativa; consciente de que las prácticas judiciales no solo se orientan a partir de las condiciones del propio sistema, sino que existen un elemento subjetivo, el cual no es posible dejar de lado, o que su inobservancia –consideramos- deja incompleto cualquier proceso de reforma.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Los cuestionamientos a la legitimidad de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad, desde la teoría de la democracia deliberativa y del constitucionalismo dialógico -en tanto derivado del primero-, consideramos se basan en la posibilidad de que por un lado, bajo determinadas condiciones derivadas de su diseño institucional se desarrollen exclusiones (por ejemplo al consagrarse la posición de las cortes como “supremo intérprete de la Constitución” o al no establecer interacción alguna con otros órganos como el Poder Legislativo en el proceso de deliberación) y por el otro, en la ausencia de una práctica judicial orientada a la inclusión de los grupos más vulnerables o que difícilmente pueden encontrarse representados efectivamente en el proceso producto de situaciones fácticas (grupos marginados y con un alto grado de vulnerabilidad por ejemplo) y jurídicas (producto de omisiones legislativas que impidan hacer efectivos los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, que puedan potenciar y garantizar su participación en el proceso por ejemplo).

Sin embargo, como hemos podido observar, respecto a las posiciones de GARGARELLA y MENDES, no existe consenso sobre la forma de revestir de un carácter “dialógico” al proceso de control de constitucionalidad en sede judicial, lo que se explica en tanto la

⁵⁸ NIEMBRO, Roberto, *La justicia...cit.*, pp. 201-202.

democracia deliberativa al ser un ideal regulativo, implica un acercamiento en mayor o menor grado a sus fines a partir del cumplimiento de sus presupuestos, mas no presenta una única "receta" para ello, por lo que se mantiene aún como una discusión en curso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLES, Nicolás, "El problema de la legitimidad en la democracia deliberativa". VII Jornadas de Jóvenes Investigadores. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Buenos Aires, (2013), Facultad de Ciencias Sociales - Universidad de Buenos Aires.
- ÁLVAREZ, Ramiro, "El Constitucionalismo Popular y los problemas de la 'última palabra': apuntes para un Contexto Latinoamericano" en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo Año 13, N°1, (2012), pp. 75-125.
- BELLO, Donald Emerson, "Revisión judicial y democracia deliberativa en términos de teoría departamental y constitucionalismo popular", en Bajo Palabra – Revista de Filosofía, n° 17, (2017), pp. 191-212.
- CARNOTA, Walter, "La diferenciación entre Control de Constitucionalidad, Control de Convencionalidad y Control de Compatibilidad" en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 15. (2011), pp. 51-66.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario de Derecho Constitucional. Lima, ARA Editores, 5ta edición, 2007.
- CORTINA, Adela, "Democracia deliberativa", en RUBIO C. José; Ana M. SALMERÓN y Manuel TOSCANO M. (Editores.), Ética, ciudadanía y democracia, Contrastes: Colección Monográfica N° 12, Málaga, 2007, pp. 143-161
- DÍAZ DEL CASTILLO, "Andrés, Control judicial, reforma constitucional y diálogo institucional. Apuntes críticos al modelo colombiano desde una perspectiva deliberativa", Revista Ratio Juris Vol. 10 N° 20. (2015) pp. 213-238.
- DOMÍNGUEZ, Héctor, "Democracia Deliberativa en Jurgen Habermas" en Analecta política, Vol. 4, No. 5, (2013). pp. 301-323.
- GARGARELLA, Roberto. "Alexy y la Representación Argumentativa de los Tribunales". Disponible en: <http://www.constitucionalista.net/alex-y-la-representacion-argumentativa-de-los-tribunales/>
- GARGARELLA, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y Contrapesos" en GARGARELLA, Roberto (Compilador), Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 119-158.
- GARGARELLA, Roberto, La Justicia frente al gobierno, Corte Constitucional de Ecuador, 2011, Quito. GARGARELLA, Roberto, Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights, en GARGARELLA, Roberto; Pilar DOMINGO y Theunis ROUX (Editores), Courts and Social Transformation in New Democracies: An institutional voice of the poor?, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2006, pp.13-34.
- GARGARELLA, Roberto, The Scepter of Reason: Public Discussion and Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism, Dordrech , Springer Science+Business Media, 2000.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y Francisco EGUIGUREN PRAELI, "La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005" en Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, (2008), pp. 371-398.
- GARCIA, José Francisco. "Tres aportes fundamentales de El Federalista a la Teoría Constitucional Moderna" en Revista de Derecho, Vol. XX – N°1, (2007). pp. 39-59.
- GIUFFRÉ. Carlos, "Democracia deliberativa: institucionalización de instrumentos jurídico-dialógicos", Sistema Argentino de Información Jurídica, (2016), p. 2. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/>

- GRANDEZ, Pedro, Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica, Lima, Editorial Palestra, 2010.
- GUASTINI, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (Compilador), Estudios de Teoría Constitucional, México, Editorial Fontamara, 2001, pp. 154-164
- GUERRA, María José, Habermas: La apuesta por la democracia, Batiscafo S.L., 2015.
- HARO REYES, Dante, “Los sistemas de control de la constitucionalidad. Comentarios de la actualidad mexicana” en Revista Jurídica Jaliscience N° 53, (2015), pp. 43-70.
- HIGHTON, Elena, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en VON BOGDANDY, Armin, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (Editores), La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, pp. 107-173.
- LINARES, Sebastián, “El Control de Constitucionalidad, la democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria” en SPECTOR, Ezequiel y Jorge Luis FABRA, Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol. 3, México, UNAM, 2015, pp. 1959-1990.
- LÓPEZ HIDALGO, Pablo. “Legitimidad democrática e interpretación de la Constitución: proyección a la tarea interpretativa de la Corte Constitucional del Ecuador”, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017.
- LUIS WERLE, Denilson y Rúrion SOARES MELO, Democracia Deliberativa, Sao Paulo, Editora Singular–Esfera Pública, 2007.
- MARTÍ, José Luis, La República Deliberativa, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MENDES, Conrado H., “Una división de poderes deliberativos entre el diálogo y la última palabra”, en GARGARELLA, Roberto (Compilador) Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI Editores Argentina, 2014, pp. 159-185.
- NIEMBRO, Roberto, La justicia constitucional de la democracia deliberativa. Tesis para optar el grado de Doctor. Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- NINO, Carlos, La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997
- OLIVARES, Nicolás Emanuel, “Democracia deliberativa y control de constitucionalidad: En defensa de un diseño multisituado” en Revista de Derecho (Barranquilla) N° 47, (2017), pp. 167-206.
- PINEDA GARFIAS, Rodrigo. “La Democracia Deliberativa” en Revista Ius et Praxis, vol.8, n.2, (2002), Talca. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122002000200020&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- QUIROZ CASTRO, Cristian y Leandro PEÑA MERINO, “Control de Constitucionalidad” en Revista Sur Academia, N° 5, vol. 1, (2016), pp. 58-63.
- SANIN, Ricardo, Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011
- SANTIAGO, Alfonso. “Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y Rol de los Jueces: Las novedades del neoconstitucionalismo” en Revista Díkaion N° 22, vol. 17. (2008), pp. 131-155.

Fecha de recepción: 30 de mayo 2018.

Fecha de aceptación: 27 junio 2018.

CONFERENCIA MAGISTRAL

EJECUCIÓN FORZADA DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS

*Carlos E. Delpiazzo **

Versión escrita de la conferencia pronunciada el 24 de octubre de 2017 en el marco de las XI Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Con posterioridad, el Tribunal dictó su sentencia N° 945 de 30 de noviembre de 2017, en la cual por primera vez dispuso la ejecución concreta de un fallo anulatorio.

INTRODUCCION

El estudio de la ejecución forzada de los fallos anulatorios hace parte del más amplio tema del cumplimiento de las sentencias.

En palabras de Eduardo J. COUTURE, “En su acepción común el vocablo ejecución alude a la acción y efecto de ejecutar. Ejecutar es, a su vez, realizar, cumplir, satisfacer,

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Director de la Escuela de Posgrado de dicha Facultad. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Autor de 75 libros y más de 500 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Correo electrónico: carlos.delpiazzo@delpiazzo.com

hacer efectivo y dar realidad a un hecho. El lenguaje jurídico no difiere, en lo sustancial, de estas acepciones. Pero el vocablo sufre una especie de desdoblamiento” para aludir a la ejecución voluntaria (o espontánea) por un lado y a la ejecución forzada (o compulsiva) por otro ¹.

En el caso específico de las sentencias anulatorias de actos administrativos, la ejecución plena -es decir, hasta sus últimas consecuencias- de las mismas es una exigencia de los principios de responsabilidad y de tutela jurisdiccional efectiva ².

En efecto, la responsabilidad del Estado se diluye si la ejecución de las sentencias en su contra no es rápida y eficaz porque es de la esencia del Estado de Derecho que los fallos se cumplan, asegurando su eficacia práctica ³ cuando “Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario sino justamente en contra de su voluntad” ⁴.

A su vez, desde el punto de vista de la tutela jurisdiccional efectiva, se requiere no sólo la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa en sus diversas manifestaciones, tanto como solución de principio cuanto como derecho fundamental ⁵ mediante la amplia accesibilidad a la Justicia sino un proceso de duración razonable y, por sobre todo, que la sentencia se ejecute cabalmente ⁶.

En el Estado constitucional de Derecho no puede haber reductos de irresponsabilidad ⁷ y el derecho de toda persona a que se le “haga justicia” ⁸ implica la interpretación del ordenamiento conforme al bloque de constitucionalidad ⁹ que impone el pleno cumplimiento de los fallos pronunciados por los órganos investidos constitucionalmente de la función jurisdiccional, también cuando sus pronunciamientos anulan decisiones de entidades estatales.

¹ Eduardo J. COUTURE – “Fundamentos de Derecho Procesal Civil” (Depalma, Buenos Aires, 1958), págs. 437 y 438.

² Carlos E. DELPIAZZO - “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 967 y sigtes.

³ Carlos E. DELPIAZZO – “Estudios sobre la responsabilidad de la Administración” (U.M., Montevideo, 2009), pág. 51.

⁴ Eduardo J. COUTURE – “Fundamentos de Derecho Procesal Civil” cit., pág. 439.

⁵ Carlos E. DELPIAZZO - “Universalización de la justiciabilidad administrativa”, en “Estudios de Derecho Público en homenaje al Prof. Horacio Cassinelli Muñoz” (U.C.U., Montevideo, 2016), pág. 81 y sigtes.

⁶ Gabriel DELPIAZZO ANTON – “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración” (U.M., Montevideo, 2009), pág. 19 y sigtes.

⁷ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2013), volumen 2, págs. 458 y sigtes. y 486 y sigtes.; “Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado constitucional de Derecho”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2015), N° 47, pág. 27 y sigtes.; “Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado constitucional de Derecho”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y otros (Coordinadores) – “La responsabilidad patrimonial de la Administración. XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Universidad Panamericana, México, 2014), tomo 1, pág. 189 y sigtes.; “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, en Rev. Iberoamericana de Administración Pública (INAP, Madrid, 2003), N° 10, pág. 31 y sigtes.; y «Enfoque actual de la responsabilidad administrativa», en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz (UNAM, México, 2005), volumen sobre Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos, pág. 227 y sigtes.

⁸ Jesús GONZALEZ PEREZ – “El derecho a la tutela jurisdiccional” (Civitas, Madrid, 2001), tercera edición, pág. 33.

⁹ Augusto DURAN MARTINEZ – “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2012), pág. 14 y sigtes.; y Martín RISSO FERRAND – “La interpretación de la ley desde la Constitución y desde los derechos humanos”, en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil (Montevideo, 2014), Año II, tomo II, pág. 169 y sigtes.

CUESTIONES QUE PLANTEA LA EJECUCIÓN FORZADA

1. Aspectos de competencia

De acuerdo a nuestra Constitución, la función jurisdiccional está reservada al Poder Judicial salvo excepciones constitucionales expresas¹⁰, entre las cuales se encuentra la atribuida al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Por lo tanto, frente a la negativa franca o disimulada de la Administración a cumplir debidamente un fallo anulatorio o aún ante la demora injustificada para hacerlo, es claro que corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo disponer lo conveniente para su cabal ejecución¹¹.

En primer lugar, ello es así por razón del **objeto de la función jurisdiccional**, la cual implica no sólo “juzgar”, o sea, decir el Derecho, sino también “ejecutar lo juzgado”¹².

A pesar de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha negado a “ejecutar lo juzgado” en base a una interpretación aislada del inc. 1º del art. 310 de la Carta -según el cual “se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo”- ello no es lo que surge del contexto de la Carta y del ordenamiento infraconstitucional aplicable.

En efecto, si bien no existe una norma expresa que regule la ejecución forzada de las sentencias anulatorias, al tenor de su art. 332, “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen

¹⁰ Alberto Ramón REAL - “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo XVII, sección Doctrina, pág. 47 y sigtes., y en “Estudios sobre Derecho Administrativo” (C.E.D., Montevideo, 1967), tomo II, pág. 267 y sigtes.

¹¹ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, pág. 357 y sigtes.; Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 925 y sigtes.; Augusto DURAN MARTINEZ - “Ejecución de la sentencia anulatoria. Una mirada al Derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo”, en “Estudios de Derecho Público” (Montevideo, 2008), volumen II, pág. 279 y sigtes., y “Contencioso Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2015), segunda edición actualizada y ampliada, pág. 355 y sigtes.; Felipe ROTONDO TORNARIA - “Sentencias anulatorias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Su cumplimiento”, en *Rev. Transformación, Estado y Democracia* (O.N.S.C., Montevideo, 2007), N° 33, pág. 88 y sigtes.; Cristina VAZQUEZ - “Ejecución de la sentencia anulatoria”, en *Cuarto Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción* (Montevideo, 1998), pág. 56 y sigtes.; Graciela RUOCCO - “Responsabilidad del Estado por inejecución de la sentencia anulatoria”, en *IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito* (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 155 y sigtes., y “Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre la ejecución de la sentencia estimatoria en el proceso de anulación de actos administrativos”, en *Estudios de Derecho Administrativo* (La Ley Uruguay, Montevideo, 2016), N° 14, pág. 427 y sigtes.; Alicia CASTRO - “Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales”, en *IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (Montevideo, 1997), pág. 59 y sigtes.; Karina GODAY CARDILLO - “Análisis de la sentencia del TCA N° 246/2009 en lo relativo a las dificultades en la etapa de ejecución de sentencias anulatorias”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año XII (2013), N° 23, pág. 65 y sigtes.; y Gabriel DELPIAZZO ANTON - “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración” cit., pág. 96 y sigtes.

¹² Eduardo J. COUTURE - “Estudios de Derecho Procesal Civil” (Ediar, Buenos Aires, 1978), tomo I, pág. 89; Enrique E. TARIGO - “Lecciones de Derecho Procesal Civil” (F.C.U., Montevideo, 1994), tomo I, pág. 95; y Enrique VESCOVI - “Derecho Procesal Civil” (Idea, Montevideo, 1974), tomo I, págs. 150 y 151.

deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de Derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

En segundo lugar, conforme a dicho precepto constitucional, debe tenerse presente que la **ley orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales N° 15.750 de 24 de junio de 1985** no sólo comprende al Poder Judicial y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 1º) sino que define la “jurisdicción de los tribunales” como “la potestad pública que tienen de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (art. 6º). Agrega que “la potestad de conocer los asuntos que les están asignados y de hacer ejecutar lo juzgado en la forma que en cada caso corresponda”, les “pertenece exclusivamente” (art. 2º), para lo cual “pueden los tribunales requerir de las autoridades el concurso de la fuerza pública” (art. 4º), en coherencia con la previsión constitucional del art. 168, num. 23, que comete al Poder Ejecutivo el poder deber de prestar “el concurso de la fuerza pública”.

En tercer lugar, más allá de la indiscutible raigambre constitucional del **principio de tutela jurisdiccional efectiva**¹³, es muy claro el amplio reconocimiento del derecho de acción que resulta del Código General del Proceso (CGP) al prever que “Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales a plantear un problema jurídico concreto” (art. 11.1) y que, en caso de hacerlo, “tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones” (art. 11.4). Adicionalmente, la actual redacción del art. 11.4 reconoce expresamente “el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva” en cabeza de toda persona, el cual implica como componente necesario el derecho a la efectividad de las sentencias.

En cuarto lugar, la **Convención Americana de Derechos Humanos** recoge en su art. 8.1 el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Complementariamente, el art. 25, bajo el título “Protección judicial”, garantiza el cumplimiento “de toda decisión que se haya estimado” por los jueces o tribunales competentes contra actos que violen derechos fundamentales.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los párrafos 216 y 220 de su sentencia de 7 de febrero de 2006 recaída en el caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, ha dicho que la efectividad de las sentencias y de las providencias judiciales depende de su ejecución debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado. En consecuencia, la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la Justicia, que abarca también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva¹⁴.

¹³ Gabriel DELPIAZZO ANTON – “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración” cit., pág. 31 y sigtes.

¹⁴ Christian STEINER y Patricia URIBE (Editores) – “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2014), pág. 625.

Siendo así, “cuando lo que se pretende de la Administración es una actividad debida, impuesta por el Derecho, el juez, sin sustituir a la Administración, cumpliendo su función jurisdiccional de decir el Derecho y hacerlo cumplir, puede y debe condenar a la Administración a hacer lo que el Derecho le manda hacer, aunque no sea pagar una suma de dinero”¹⁵.

En quinto lugar, como bien se ha destacado, el reconocimiento de la plena y universal justiciabilidad de la actuación u omisión administrativas adquiere la connotación de un elemento esencial del **patrón de convencionalidad**, aportando a la perspectiva de un “*ius administrativo commune*”¹⁶.

En suma: corresponde compartir la fundada opinión de Alicia CASTRO cuando dice: “Nos parece que admitir que el TCA tiene jurisdicción para resolver la anulación exige aceptar que también la tiene para hacer cumplir lo juzgado y constreñir a la Administración a ajustarse a las reglas de Derecho cuyo incumplimiento motivó la anulación del acto, sin que ello implique incurrir en invasión indebida del fuero administrativo, ya que no se trata de reformar o sustituir el acto por razones de oportunidad y conveniencia”¹⁷.

Consecuentemente, no puede sino concluirse que compete al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la ejecución forzada de sus fallos anulatorios y sólo en caso de mantenerse la equivocada postura limitativa acerca de la jurisdicción que tiene asignada, es evidente que, ante su negativa a “ejecutar lo juzgado”, ello podrá demandarse del Poder Judicial a efectos de que no mueran en el papel los principios antes enunciados y los correlativos derechos de los administrados.

Según se ha enseñado con acierto, “Si la Carta proclama en su art. 72 que existen derechos que son inherentes a la personalidad humana, en su elenco debe necesariamente incluirse el derecho (con función de garantía) a la existencia de medios instrumentales que los tutelen y aseguren su efectividad... El mismo derecho ingresa también por la otra vertiente del mismo art. 72: si se deriva de la forma republicana de gobierno el monopolio estatal del uso de la fuerza, y por consiguiente de la resolución forzada de conflictos intersubjetivos concretos de pretensiones fundadas en Derecho, los portadores de tales pretensiones tienen derecho al ejercicio de esa potestad estatal que resuelva el conflicto concreto en que se encuentren implicados”¹⁸.

2. Aspectos de procedimiento

Varias son las dificultades que se plantean, desde el punto de vista procesal, a fin de lograr la ejecución forzada de los fallos anulatorios.

¹⁵ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO – “Sobre Derecho Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2012), tomo II, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 785.

¹⁶ Ernesto JINESTA LOBO – “Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa”, en Allan BREWER CARIAS y otros (Coordinadores) - “La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro en homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría” (Temis – Editorial Jurídica Venezolana – Tirant Lo Blanch, Bogotá, Caracas, Valencia, 2014), pág. 616 y sigtes.

¹⁷ Alicia CASTRO – “Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales” cit., pág. 76.

¹⁸ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO – “Sobre Derecho Administrativo” cit., tomo II, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 817.

En primer lugar, no es una cuestión menor la **ausencia de normas específicas** al respecto.

Sin embargo, no puede sino compartirse que, tal como disponía el inc. 1° del art. 400 del CGP, en su redacción original, “ejecutoriada una sentencia contra el Estado, el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda” y como en todos los puntos no regulados expresamente en el decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984, “se estará a lo dispuesto en la Ley de Organización de los Tribunales, Código de Procedimiento Civil y demás leyes que rijan la materia, concordantes, complementarias y modificativas” (art. 104), deberá estarse a las normas de ejecución previstas en el ordenamiento remitido, que incluye al CGP en lo pertinente.

En segundo lugar, siguiendo la misma línea de pensamiento, la identificación del proceso adecuado para la ejecución forzada depende en buena medida de la determinación de la **naturaleza jurídica de la sentencia anulatoria**¹⁹. A falta de previsión normativa específica en la materia²⁰, la categorización de dicha sentencia como declarativa, constitutiva o de condena deviene imprescindible a ese efecto.

Al respecto, en criterio compartido por el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo (así: sentencia N° 636 de 23 de noviembre de 1990), se ha dicho que “La sentencia anulatoria tiene una naturaleza múltiple: es *declarativa* en tanto pone de manifiesto que el acto viola una regla de Derecho y, por ello, lo anula; es, a la vez, *constitutiva*, porque determina la inexistencia jurídica de aquél, su extinción retroactiva; y también implica una *condena* a la Administración autora del acto, ya que debe hacer o no hacer todo lo necesario para la ejecución de la sentencia, partiendo de la base de la referida inexistencia”²¹.

En efecto, “La calificación de la sentencia que dispone la anulación de un acto administrativo ilegítimo es compleja. Por supuesto, tiene un contenido *declarativo* de la situación jurídica preexistente, en cuanto -sobre el presupuesto de determinadas circunstancias de hecho que se dan por verdaderamente ocurridas- constata la contrariedad del acto con la regla de derecho y la violación o lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo (art. 309 de la Constitución)...”. Pero “como el acto administrativo inválido, pese a su ilegitimidad, estaba produciendo sus efectos jurídicos, el restablecimiento de la situación anterior a su dictado importa una modificación de la situación existente antes de la anulación. La sentencia que la dispone ingresa entonces en la categoría de las *constitutivas*, mediante las cuales el juez consume, por acto propio, una modificación en la situación existente previamente, creando, modificando o extinguiendo situaciones

¹⁹ Maximiliano CAL LAGGIARD – “Cuestiones procesales del cumplimiento de la sentencia anulatoria del TCA”, en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal (Montevideo, 2013), N° 2, pág. 209 y sigtes.

²⁰ Daniel Hugo MARTINS – “Acciones procesales administrativas de plena jurisdicción y de anulación” (UNSTA, Tucumán, 1981), pág. 69; Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO – “Visión actual del contencioso administrativo uruguayo”, en Rev. Judicatura (Montevideo, 2006), N° 44, pág. 43 y sigtes.; Augusto DURAN MARTINEZ - “Debilidades actuales del contencioso anulatorio”, en La Justicia Uruguaya, tomo CXLIV, sección Doctrina, págs. 172 y 173; y Santiago PEREIRA CAMPOS – “Crisis del contencioso administrativo de anulación: algunas propuestas para su reforma”, en XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (Montevideo, 2013), pág. 59.

²¹ Felipe ROTONDO TORNARIA – “Sentencias anulatorias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Su cumplimiento” cit., pág. 84; Cristina VAZQUEZ – “Ejecución de la sentencia anulatoria” cit., pág. 52 y sigtes.; y Graciela RUOCCO – “Responsabilidad del Estado por inexecución de la sentencia anulatoria” cit., pág. 162 y sigtes.

jurídicas. No se ha agotado con lo dicho la eficacia de la sentencia anulatoria... en virtud del principio de legalidad, la Administración queda obligada frente a todos los que puedan invocar aquella eficacia, a comportarse en la forma que el Derecho vigente le impone... y si el Derecho vigente le impone una actividad, el conocido como efecto positivo de la cosa juzgada anulatoria le obligará a cumplirla. Este aspecto de la eficacia de la sentencia anulatoria le hace ingresar en la categoría de las de *condena*, si se entiende por tales aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse)...”²².

Ante la perplejidad que plantea esa naturaleza “múltiple” o “compleja” de la sentencia anulatoria, hay que acudir a las normas generales de ejecución acordes a la pretensión deducida y, en caso de inadecuación de éstas, a las que regulan el proceso ordinario²³.

En tercer lugar, la justiciabilidad plena del obrar administrativo impone admitir, junto a las pretensiones de cognición, la **procedencia de pretensiones de ejecución** frente a las entidades estatales, en aplicación del principio de tutela jurisdiccional efectiva²⁴.

Mientras que en *las pretensiones de cognición o de conocimiento*, se solicita del órgano jurisdiccional una declaración de voluntad cuyo contenido puede ser la simple declaración (pretensión declarativa), la creación, modificación o extinción de una situación jurídica (pretensión constitutiva) o una imposición (pretensión de condena), en *las pretensiones de ejecución* se solicita del órgano jurisdiccional la realización práctica de una actividad o conducta material, que consistirá en un dar, hacer o no hacer forzoso²⁵.

Por eso, hace más de cuarenta años, Horacio CASSINELLI MUÑOZ y Francisco LA VALLE señalaron como una “exigencia lógico normativa” que, junto a la *acción de impugnación* de los actos administrativos contrarios a la regla de Derecho, debe existir una *acción de cumplimiento* dirigida a obtener una declaración vinculatoria de los deberes a que la Administración no haya dado cumplimiento²⁶.

Más cerca en el tiempo, Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO destacó que las pretensiones de un sujeto frente al Estado en función administrativa pueden tener fundamentalmente dos contenidos: puede tratarse de una *pretensión de inactividad* o de una *pretensión de actividad*²⁷.

²² Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO – “Efectos de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2016), N° 50, págs. 22 a 24; y “Sobre Derecho Administrativo” cit., tomo II, tercera edición actualizada y ampliada, págs. 736 a 742.

²³ Maximiliano CAL LAGGIARD – “Cuestiones procesales del cumplimiento de la sentencia anulatoria del TCA” cit., págs. 220 y 221.

²⁴ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, pág. 407 y sigtes.; y “Las pretensiones contencioso administrativas en Uruguay”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y otros (Coordinadores) – “Contenciosos Administrativos en Iberoamérica. XIV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2015), tomo II, pág. 676 y sigtes.; y en Luis Enrique CHASE PLATE (Director) – “El Tribunal de lo Contencioso Administrativo” (La Ley, Asunción, 2016), pág. 230 y sigtes.

²⁵ Enrique E. TARIGO – “Lecciones de Derecho Procesal Civil” cit., tomo I, págs. 272 y 273.

²⁶ Horacio CASSINELLI MUÑOZ y Francisco LA VALLE – “Acción de impugnación y acción de cumplimiento en lo contencioso administrativo para la tutela de intereses legítimos”, en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 70, pág. 108 y sigtes.

²⁷ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO – “Sobre Derecho Administrativo” cit., tomo II, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 782 y sigtes.

Consecuentemente, es indudable la viabilidad jurídica de la acción de cumplimiento de las sentencias anulatorias a fin de alcanzar su cabal ejecución, sea desarrollando una actividad o absteniéndose de hacerlo.

En cuarto lugar, es preciso reivindicar que, como consecuencia del deber estatal de cumplir los fallos, correlativo al derecho de quien ha obtenido una sentencia a su favor, **la sustitución del cumplimiento por la reparación de los daños causados no es el principio sino la excepción**, de modo que sólo será procedente cuando resulte imposible la debida ejecución²⁸.

Según se ha destacado con justeza, “Solamente cuando el debido cumplimiento específico de la sentencia, o en su defecto su ejecución, resulten probadamente imposibles, por circunstancias de hecho o de Derecho así valoradas por el órgano jurisdiccional competente, o por el fracaso de todas las medidas administrativas y jurisdiccionales efectivamente adoptadas, podrá admitirse la sustitución del cumplimiento de la sentencia por la indemnización de todos los daños y perjuicios causados por su inejecución, contra la voluntad del beneficiario de la cosa juzgada. Esta afirmación no requiere otra fundamentación que la mera invocación del principio de legalidad”²⁹, que yo prefiero denominar de *juridicidad*³⁰.

En suma: para no llegar a este punto, se han propuesto distintos medios tendientes a la ejecución de la sentencia anulatoria, entre los que cabe destacar los siguientes³¹:

- a) intimación de cumplimiento, con señalamiento de plazo para hacerlo;
- b) denuncia penal por omisión contumacial de los deberes del cargo o desacato a las órdenes jurisdiccionales;
- c) denuncia ante los órganos de control por el incumplimiento de la sentencia;
- d) petición ante la autoridad competente para cumplir el fallo;
- e) impugnación administrativa y jurisdiccional de los actos dictados en contradicción a la cosa juzgada;
- f) acción reparatoria patrimonial; y
- g) imposición de astreintes.

²⁸ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, pág. 358.

²⁹ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “Sobre Derecho Administrativo” cit., tomo II, tercera edición actualizada y ampliada, págs. 827 y 828.

³⁰ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 38; y “Afirmación y evolución del principio de juridicidad. Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou”, en Andry MATILLA, Jaime Orlando SANTOFIMIO y Héctor SANTAELLA (Coordinadores) - “Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou” (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013), pág. 197 y sigtes.; y “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2012), N° 32, pág. 143 y sigtes.

³¹ Héctor GIORGI – “Obras y Dictámenes. Recopilación” (La ley Uruguay, Montevideo, 2010), págs. 43 y sigtes., y 934 y sigtes.; Augusto DURAN MARTINEZ – “Contencioso Administrativo” cit., pág. 357; Maximiliano CAL LAGGIARD - “Cuestiones procesales del cumplimiento de la sentencia anulatoria del TCA” cit., pág. 215; Cristina VAZQUEZ - «Ejecución de la sentencia anulatoria»cit., pág. 59 y sigtes.; y Karina GODAY CARDILLO – “Análisis de la sentencia del TCA N° 246/2009 en lo relativo a las dificultades en la etapa de ejecución de sentencias anulatorias” cit., pág. 70 y sigtes.

En rigor, la impugnación administrativa y jurisdiccional de los actos dictados en contradicción a la cosa juzgada y la acción reparatoria patrimonial no pueden considerarse vías propiamente de cumplimiento sino -como ya se adelantó- medios subsidiarios para los casos en que no sea posible la debida ejecución de la sentencia anulatoria.

En cambio, interesa detenerse en dos medios que pueden resultar de mayor efectividad en orden a la obtención de la ejecución forzada, a saber:

- a) la imposición de astreintes; y
- b) la traba de embargos.

Respecto a las astreintes, la nueva redacción dada al art. 374 del CGP por la ley N° 19.090 de 14 de junio de 2013 despeja toda duda anterior acerca de su aplicabilidad a las entidades estatales³² ya que posibilita “adoptar las medidas de conminación o astrictión necesarias, cualquiera sea el sujeto a quien se impongan las mismas”³³.

En cuanto a los embargos, sabido es que mientras los bienes del dominio público son inembargables, los del dominio privado o fiscal suelen ser inembargables por disposiciones legales que deben ser interpretadas restrictivamente por su carácter de excepción frente a la solución de principio de la embargabilidad³⁴.

Al presente, conforme a la actual redacción del art. 381, num. 8 del CGP, dada por la ley N° 19.090 de 14 de junio de 2013, se prevé que «No se tramará embargo en los siguientes bienes:... Toda clase de bienes, cuentas o créditos del Estado y de los Gobiernos Departamentales (art. 460 del Código Civil)”.

Significa que, en la medida que la norma refiere al Estado (como persona pública mayor) y a los Gobiernos Departamentales (en tanto personas jurídicas públicas menores que expresan la descentralización territorial), es obvio que no alcanza a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (como personas jurídicas que expresan la descentralización funcional). En consecuencia, tomando las palabras de Augusto DURAN MARTINEZ, “Como la inembargabilidad es una medida de excepción, es de interpretación estricta; por tanto, al no quedar comprendidos los bienes de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados entre aquellos que la ley considera inembargables, pueden ser embargados”³⁵.

Además, como ya he tenido oportunidad de sostenerlo antes de ahora, en un contexto de defensa de la competencia como el que resulta de la ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007, la genérica inembargabilidad de los bienes públicos de las entidades estatales que concurren con los particulares no sólo atenta contra el principio de la libre competencia sino también contra el de igualdad. Parece obvio que no es posible que dos sujetos que actúen en competencia, si uno no cumple sus obligaciones pueda ser embargado (el privado) y otro no (el público)³⁶.

³² Mariana PRESNO – “Aplicación de instrumentos comunes del Derecho Procesal para la ejecución de sentencias. Astreintes”, en IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 91 y sigtes.

³³ Así lo reconoce la discordia del Ministro Echeveste a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 329 de 16 de mayo de 2017.

³⁴ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, pág. 111.

³⁵ Augusto DURAN MARTINEZ – “Contencioso Administrativo” cit., pág. 369.

³⁶ Carlos E. DELPIAZZO – “Régimen administrativo de defensa de la competencia”, en Rev. Jurídica La Ley Uruguay (Montevideo, 2008), N° 2, pág. 123 y sigtes.

En tal sentido, desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales propia del Estado constitucional de Derecho, la inembargabilidad indiscriminada de los bienes estatales debe considerarse inconstitucional en tanto no distingue entre los bienes dominiales y los privados estatales afectados al desenvolvimiento de actividades económicas, especialmente aquéllas desarrolladas en concurrencia con los particulares³⁷.

Además de la imposición de astreintes o de la traba de posibles embargos a las entidades incumplidoras de las sentencias anulatorias, cabe imaginar la aplicación de ambos instrumentos a los funcionarios públicos involucrados cuando está en juego su responsabilidad personalísima en la inejecución del fallo anulatorio.

Si bien entiendo que la lectura conjunta de los arts. 23 y 24 de la Constitución respalda la *interpretación tradicional* en el sentido de que la responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la Administración, no siendo posible accionar directamente contra el funcionario, existe consenso en que dicho criterio cede en los casos de actos personalísimos³⁸, como ocurre cuando un funcionario niega u obstaculiza la ejecución de una sentencia anulatoria.

Por supuesto, tal conclusión resulta más clara todavía para quienes postulan la *interpretación novedosa*, hasta hoy con escaso respaldo jurisprudencial³⁹, según la cual el particular damnificado puede optar por demandar directamente al funcionario y no al Estado o por demandar a ambos⁴⁰ a partir de la consideración de que no puede inferirse del texto constitucional una suerte de inmunidad de los funcionarios sino que, más bien, la

³⁷ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, pág. 112; Augusto DURAN MARTINEZ – “Contencioso Administrativo” cit., págs. 369 y 370; Rodrigo FERRER RUBIO - “Aplicación de instrumentos comunes del Derecho Procesal para la ejecución de sentencias. Embargo, ejecución forzada”, en IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 115 y sigtes.; Edgardo ETTLIN – “Ejecuciones judiciales contra el Estado” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2014), pág. 367 y sigtes.; y Santiago GARDERES - “La inembargabilidad de los bienes estatales y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal, Año 2006, N° 1, pág. 75 y sigtes.

³⁸ Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado de Derecho Administrativo» (Montevideo, 1963), tomo I, págs. 659 y 668; Daniel Hugo MARTINS - «La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya», en Constitución y Administración (Montevideo, 1993), pág. 277 y sigtes.; Julio A. PRAT - «Derecho Administrativo» (Acali, Montevideo, 1978), tomo 4, vol. 2, pág. 65; Sergio DEUS - «Responsabilidad civil del Estado», en La Justicia Uruguaya (Montevideo, 1987), tomo 94, sección Doctrina, págs. 35 y 36; Felipe ROTONDO TORNARIA - «Responsabilidad del funcionario», en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 470 y sigtes.; y Ricardo SANTANA RODRIGUEZ – “Responsabilidad civil de los funcionarios públicos” (F.C.U., Montevideo, 2011), pág. 92 y sigtes.

³⁹ Así: sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno N° 169 de 9 de agosto de 2006, N° 232 de 20 de setiembre de 2012 y N° 158 de 3 de noviembre de 2016, y sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno N° 59 de 16 de febrero de 2011 y N° 73 de 22 de mayo de 2013.

⁴⁰ Martín J. RISSO FERRAND - «Responsabilidad civil de los funcionarios públicos», en Segundo Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción (Edit. Universidad, Montevideo, 1995), pág. 17 y sigtes.; y Diego GAMARRA ANTES – “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2011), N° 4, pág. 307 y sigtes., y “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares por el incumplimiento de sentencias anulatorias dictadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 131 y sigtes.

eventual responsabilidad directa de los mismos frente a terceros es una cuestión no regulada por la Constitución.

Sobre el particular, corresponde coincidir con Héctor GIORGI en el sentido de que “la posibilidad de responsabilizar directamente al funcionario omiso influirá decisivamente en su espíritu para desechar todo propósito de desacato. No ya por la defensa del interés público o del derecho del administrado sino por el simple impulso de la conservación de su patrimonio y libertad”⁴¹.

3. Aspectos de congruencia

Más allá de la debida relación de la sentencia con el objeto del proceso⁴², el principio de congruencia impone que exista una perfecta correspondencia entre pretensión, sentencia y cumplimiento⁴³.

Se trata de tres momentos (el de la acción, el del fallo y el de su ejecución), que involucran a tres sujetos (el pretensor, el juez y la Administración) y de los que derivan diversas relaciones.

Respecto a la pretensión, siguiendo a Jaime GUASP⁴⁴, enseña Tomas HUTCHINSON que la misma representa el objeto del proceso, o sea, las razones por las cuales el actor se presenta ante la jurisdicción. Se trata de la declaración de voluntad por la que se solicita a un órgano jurisdiccional una actuación, en el caso frente a la Administración, de modo que todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso y ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión⁴⁵.

Desde la perspectiva de su carácter intrínseco, la pretensión se presenta como una declaración de voluntad que se formula frente a una persona determinada y distinta del promotor, para lograr una actuación del órgano jurisdiccional consistente en que se declare el respaldo del Derecho vigente a un determinado interés⁴⁶.

Se diferencia de la acción por cuanto ésta es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica⁴⁷.

A su vez, *se diferencia de la demanda* por cuanto ésta es el acto de inicio del proceso a través del cual se formula la pretensión⁴⁸. Significa que la demanda es el acto por el que se ejercita la acción y se deduce la pretensión.

⁴¹ Héctor GIORGI - “Obras y Dictámenes. Recopilación” cit., págs. 935 y 936.

⁴² Maximiliano CAL LAGGIARD - “La congruencia en las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2015), N° 47, pág. 7 y sigtes.

⁴³ Carlos E. DELPIAZZO - “Amplitud de las pretensiones contencioso administrativas”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2016), N° 14, págs. 167 y 168.

⁴⁴ Jaime GUASP - “La pretensión procesal” (Civitas, Madrid, 1981), pág. 46 y sigtes.

⁴⁵ Tomás HUTCHINSON - “Derecho Procesal Administrativo” (Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2009), tomo II, pág. 20 y sigtes.

⁴⁶ Fernando R. GARCIA PULLES - “Tratado de lo Contencioso Administrativo” (Hammurabi, Buenos Aires, 2004), tomo 2, pág. 598.

⁴⁷ Hugo ALSINA - “Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial” (Ediar, Buenos Aires, 1961), pág. 23 y sigtes.

⁴⁸ Tomás HUTCHINSON - “Derecho Procesal Administrativo” cit., tomo II, pág. 19.

En útil síntesis, enseña Enrique TARIGO que “*la acción es un poder o un derecho*, en tanto que la demanda es un acto. El acto, naturalmente, con el que se ejercita el poder o el derecho de accionar ante los tribunales del Estado. *La demanda es un acto procesal*, una declaración de voluntad por la que una parte solicita se dé comienzo a un proceso, en tanto que *la pretensión es la declaración de voluntad* por la que se solicita del órgano jurisdiccional una determinada actuación, frente a una persona concreta y distinta del autor de la declaración”⁴⁹.

En cuanto a la sentencia, típica manifestación de la función jurisdiccional, se trata del pronunciamiento de un tercero independiente e imparcial (el juez) que pone fin a un litigio al cabo de un proceso⁵⁰.

Por lo que refiere al cumplimiento, es deber de la Administración el acatamiento y ejecución inmediata del fallo y, en caso de resistencia, la potestad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado debe llevar hasta las últimas consecuencias el contenido de la sentencia⁵¹, que no pueden ser otras que las que resultan de su contenido en congruencia con lo pretendido.

En suma: a falta de satisfacción voluntaria y oportuna, la ejecución forzada impone el cumplimiento del fallo anulatorio en perfecta armonía -congruencia- con la pretensión inicial, respecto a la cual la pretensión de cumplimiento se encuentra en una lógica e indisoluble vinculación.

Que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o, en su caso, el tribunal que corresponda del Poder Judicial, disponga todo lo necesario para el debido cumplimiento del fallo anulatorio en modo alguno puede verse como una intromisión de la jurisdicción en el ámbito de la Administración ni como una violación del principio de separación de Poderes.

Por el contrario, pone de manifiesto la solución de principio según la cual “el poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable” mediante una “Justicia judicial plenaria”⁵², de modo que no existe auténtica Justicia administrativa que merezca llamarse tal⁵³ si todo órgano de la Administración no puede ser responsabilizado ante un tribunal independiente que actúe en ejercicio de la plenitud de la función jurisdiccional⁵⁴.

Por eso, he insistido en que el control jurisdiccional es siempre de juridicidad y no de oportunidad o conveniencia, por lo que el juez puede ordenar o prohibir a la Administración todo lo que constituya el objeto de un deber jurídico a su cargo; lo que no puede es ingresar

⁴⁹ Enrique E. TARIGO – “Lecciones de Derecho Procesal Civil” cit., tomo I, págs. 376 y 377.

⁵⁰ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa – UNAM, México, 2005), pág. 28.

⁵¹ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, págs. 357 y sigtes., 380 y sigtes., y 404 y sigtes.

⁵² Eduardo GARCIA DE ENTERRIA – “La lucha contra las inmunidades del poder” (Civitas, Madrid, 1979), segunda edición, págs. 12 y 97.

⁵³ Carlos E. DELPIAZZO - “La justicia administrativa en Uruguay”, en Germán CISNEROS, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA (Coordinadores) – “Justicia Administrativa” (UNAM, México, 2007), pág. 147 y sigtes.

⁵⁴ Carlos E. DELPIAZZO - “La lucha contra las inmunidades del poder y el principio de tutela jurisdiccional efectiva”, en Allan BREWER CARIAS y otros (Coordinadores) - “La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro en homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría” (Temis – Editorial Jurídica Venezolana – Tirant Lo Blanch, Bogotá, Caracas, Valencia, 2014), pág. 533 y sigtes.

a la apreciación de otros aspectos ajenos al Derecho. Desconocer o limitar tal posibilidad no preserva la separación de Poderes sino que implica atribuir indirectamente a la Administración un privilegio de inmunidad incompatible con el Estado constitucional de Derecho de nuestros días ⁵⁵.

4. Panorama jurisprudencial

En la práctica, en base a la tradicional interpretación limitativa de su jurisdicción extraída erróneamente del art. 310 de la Constitución, la **jurisprudencia del Tribunal de los Contencioso Administrativo** se ha autolimitado a intimar el cumplimiento de sus sentencias anulatorias bajo apercibimiento de responsabilidad penal por desacato u omisión contumacial de los deberes del cargo del funcionario omiso.

Así, en sus sentencias N° 38 de 24 de febrero de 1986, N° 95 de 31 de marzo de 1986, N° 155 de 28 de abril de 1986, N° 636 de 23 de noviembre de 1990 y N° 163 de 10 de junio de 1991, entre otras, se ha pronunciado en el sentido de que “la Constitución confina a la sola fase de juzgamiento la potestad jurisdiccional, excluyendo la fase de ejecutar lo juzgado”.

No obstante, la sentencia de la Corporación N° 543 de 19 de setiembre de 2013 podría abrir cauce a un cambio jurisprudencial por cuanto en un proceso de regulación de honorarios, desarrolló fundamentos plenamente aplicables a la ejecución de toda sentencia anulatoria ⁵⁶. Dijo en su Considerando II: “Es pacífica la posición de la Sala en cuanto a extender la jurisdicción contencioso anulatoria a procesos obviamente conexos con ella, como lo es el de regulación de los honorarios profesionales suscitados a raíz de un patrocinio profesional o de una condenación en costos en un proceso anulatorio tramitado ante la Sede. Así, la Corporación ha sostenido que la Constitución establece la función jurisdiccional general del Tribunal, como su actuación principal, pero ello no significa inhibición o exclusión del ejercicio de tal función respecto de procesos obviamente conexos, como los regulatorios de honorarios profesionales (cf. Sentencias N° 1229/99, 508/05 y 686/06, entre otras)”. Agregó en el Considerando III que: “aparece como lógico y legítimo que la referida conexión se haga extensible a su vez al proceso de ejecución de sentencia derivado del incumplimiento del fallo de regulación de honorarios profesionales que lo origina”. En su mérito, dispuso la traba de embargo correspondiente.

En mi opinión, existe más conexión entre la pretensión, la sentencia anulatoria y su debido cumplimiento que entre el fallo principal y el de regulación de honorarios, razón por la cual cabe esperar una profundización del criterio de la conexión superador del acotamiento a juzgar y habilitante de ejecutar lo juzgado en su más amplio alcance.

Por otra parte, la procedencia de la acción de cumplimiento ha sido reconocida por la **jurisprudencia del Poder Judicial**. Así, al tenor de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 615 de 19 de diciembre de 2013, se reconoce la cosa juzgada de los fallos anulatorios, la viabilidad de que el Poder Judicial asuma la competencia declinada por el

⁵⁵ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, pág. 406.

⁵⁶ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO – “Una debilidad del sistema: la ejecución de la sentencia en el Tribunal de los Contencioso Administrativo”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2016), N° 49, pág. 149 y sigtes.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la tramitación de la pretensión de cumplimiento a través del proceso ordinario ⁵⁷.

En suma: apreciando el panorama jurisprudencial, es preciso concluir reafirmando que el art. 310 de la Constitución, cuando establece que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo”, refiere al contenido de la sentencia definitiva pero no comprende los actos dictados para ejecutar la sentencia, de modo que no es lógico ni acorde a la Carta limitar o fraccionar la función jurisdiccional que tiene asignada el Tribunal de lo Contencioso Administrativo a tan sólo juzgar, omitiendo ejecutar lo juzgado y obligando con ello a los tribunales del Poder Judicial a hacerlo.

5. Consideración prospectiva

Si bien la recta interpretación del cuadro constitucional conduce a la constatación de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo está investido de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, teniendo vedado tan sólo introducirse en el ámbito de la Administración reformando o sustituyendo el acto anulado, la realidad existente hace conveniente clarificar normativamente la cuestión.

En tal sentido, cabe recordar el **proyecto del Poder Ejecutivo de 1º de marzo de 1985**, remitido al Poder Legislativo con el propósito de “restablecer de inmediato la plena y efectiva vigencia de la Constitución de la República”, en el cual se establecía expresamente en el último párrafo de su art. 11 que “*El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte, podrá adoptar todas las medidas que estime procedentes para lograr el cumplimiento del fallo anulatorio*”.

Sobre dicha iniciativa, recayó el **informe y proyecto del Instituto de Derecho Administrativo de 31 de julio de 1985**, redactado por quien esto escribe conjuntamente con Juan Pablo Cajarville Peluffo y la colaboración de Horacio Cassinelli Muñoz, en el cual se respaldó dicha propuesta ⁵⁸.

Semanas después, tomó estado parlamentario un **proyecto de ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo**, elaborado por el propio Tribunal y que, en su art. 93, inciso final, reprodujo el mismo texto ⁵⁹.

A pedido del Colegio de Abogados del Uruguay, los Profesores Daniel Hugo Martins, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Horacio Cassinelli Muñoz y quien esto escribe elaboramos el **informe y proyecto de 26 de agosto de 1985**, en el cual, dada la identidad de los autores, se propiciaron soluciones coincidentes y específicamente se compartió el citado texto del art. 93 ⁶⁰.

⁵⁷ Maximiliano CAL LAGGIARD – “Sobre el cumplimiento de las sentencias anulatorias del TCA”, en Tribuna del Abogado (Montevideo, 2014), N° 187, pág. 17 y sigtes.

⁵⁸ Distribuido N° 496 de 1985. Carpeta N° 58 de 1985 de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado.

⁵⁹ Distribuido N° 232 de 1985. Carpeta N° 58 de 1985 de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado.

⁶⁰ Distribuido N° 604 de 1985. Carpeta N° 58 de 1985 de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado.

Años después, como lamentablemente ninguna de dichas iniciativas se transformó en ley, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo nos solicitó a Juan Pablo Cajarville Peluffo y a mí preparar un anteproyecto de ley de reforma del contencioso administrativo. En respuesta a tal requerimiento, redactamos un **anteproyecto de ley fechado el 28 de junio de 2000**, en el cual se contempló la creación de órganos inferiores (arts. 1° a 8°), la adopción de medidas cautelares (art. 9°) y el estatuto de los magistrados (arts. 11 y 12).

Acorde a la previsión de multiplicidad de órganos jurisdiccionales conformando un sistema orgánico contencioso administrativo, establecimos lo siguiente en cuanto al tema bajo análisis: *“Será competente en la ejecución de sentencia el órgano jurisdiccional que lo sea en primera o única instancia, y se regirá por lo dispuesto en los arts. 371 a 376 del Código General del Proceso”*.

Dicha iniciativa no fue hecha propia por el Tribunal, por lo que tiempo después el Colegio de Abogados del Uruguay nos requirió, nuevamente a Juan Pablo Cajarville Peluffo y a mí, trabajar en el **anteproyecto de reforma de las Secciones XV y XVII de la Constitución de 2003**. En la redacción dada al art. 310, inc. 2° de la Carta, propusimos que los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa *“Podrán asimismo, a pedido de parte, disponer la suspensión del acto impugnado y demás medidas cautelares que juzguen pertinentes, condenar a la reparación de los daños y perjuicios por el acto impugnado y disponer lo que corresponda para la plena ejecución de sus sentencias”*⁶¹.

En suma: más allá de la imprescindible revisión de varios aspectos relativos a la Justicia Administrativa⁶², sería conveniente aclarar con fuerza de ley la plenitud de la jurisdicción de que goza el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para ejecutar sus fallos anulatorios.

CONCLUSION

Para terminar, ninguna duda puede caber acerca de la importancia del cumplimiento de todas las sentencias contra entidades estatales -especialmente las anulatorias de sus actos ilegítimos- en orden a la calidad del Estado de Derecho.

En efecto, el principio de juridicidad que lo sustenta y la centralidad de la persona humana propia del Estado constitucional de Derecho no toleran que la tutela jurisdiccional efectiva desaparezca precisamente en el momento clave de llevar a realidad lo que el

⁶¹ Proyecto de Reforma Constitucional del Colegio de Abogados del Uruguay, en Rev. Tribuna del Abogado (Montevideo, 2003), N° 135, págs. 6 a 9.

⁶² Carlos E. DELPIAZZO - “Apuntes para una revisión del contencioso administrativo uruguayo”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 51 y sigtes.; “Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2007), Año VI, N° 12, pág. 123 y sigtes.; “Nuevamente sobre soluciones posibles a los problemas organizativos del contencioso anulatorio”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2010), Año IX, N° 18, pág. 89 y sigtes.; “Diez problemas relativos a la tutela jurisdiccional efectiva en el contencioso administrativo uruguayo”, en AIDA - Rev. de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (México, 2011), Año 5, N° 9, pág. 71 y sigtes.; y “Reforma del contencioso administrativo de anulación”, en Felipe ROTONDO (Coordinador) - “Estudios sobre la Administración Uruguaya” (F.C.U., Montevideo, 2016), tomo II - “Responsabilidad y contencioso administrativo: visión desde el Derecho Procesal, Tributario y Administrativo”, pág. 419 y sigtes.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sentenciado y debe ser ejecutado hasta sus últimas consecuencias.

NOTA DE BIBLIOGRAFÍA

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA UNESCO Y LA DISCAPACIDAD

María Casado, Antoní Vilá con la colaboración de Albert Reyes, Itziar de Lecuona, Blanca Bórquez.

Universitat de Barcelona. Publicacions y Edicions Observatori de Bioètica y Dret. 120 páginas.

Disponible en: <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08056.pdf>

En este texto se publica el informe entregado en 2013 a Unesco, por la Cátedra Unesco de Bioética de la Universidad de Barcelona que dirige la Dra. María Casado. En el mismo se realiza un análisis detallado de la **Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos**, aprobada por la Conferencia General de la Unesco en el año 2005, integrándola con la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, pronunciada por la Organización de las Naciones Unidas en diciembre de 2006. La finalidad que se persigue es aportar los principios y conocimientos de la bioética al tratamiento de las cuestiones relacionadas con la discapacidad.

El plan de estudio llevado a cabo consiste en : A) Transcripción de cada artículo de la Declaración; B) Consideraciones dónde se efectúa un cotejo pormenorizado de dicho artículo con las normas concordantes de la Convención ; referencias a disposiciones de otros organismos internacionales ; opiniones de especialistas ; C) Propuestas para efectivizar las normas referidas .

A lo largo del informe se van destacando conceptos de especial interés que resultan de la perspectiva de la bioética y la discapacidad : evolución del concepto(médico y jurídico) de discapacidad, discriminación, “ajustes razonables”, dignidad humana, autonomía, consentimiento informado, consentimiento apoyado, vulnerabilidad, salud (acceso a la atención médica, estrategias de prevención, rehabilitación, calidad de vida), integración y funciones de los comités de ética, educación e información, diversidad cultural y pluralismo, etc.

La publicación incluye una amplia bibliografía y mención de sitios de interés para los Organismos e Instituciones Públicas y privadas vinculados al tema de la discapacidad, centros educativos, ciudadanía en general.

La importancia de este informe es excepcional atento a las estadísticas a nivel mundial , según las cuales más de 1.000 millones de personas viven con algún tipo de discapacidad (15% de la población mundial) . Las posibilidades de padecer una discapacidad aumentan

por causas varias : envejecimiento de la población, secuelas de conflictos bélicos, desastres naturales, deterioro del medio ambiente, pobreza y desnutrición, etc. El tema que nos concierne a todos por razones de justicia social y por interés personal.

Alba Betolaza

albabetolaza@gmail.com

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*, 3º. 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.