

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO

DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº 55

Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

Directora
Mariana Blengio Valdés



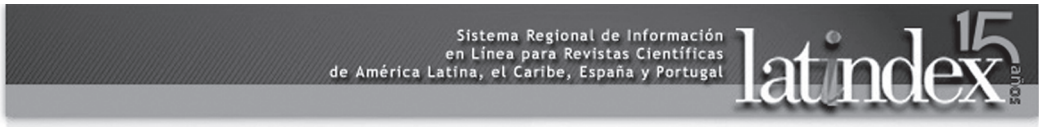
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 28. Número 55. Julio 2019

Revista incluida en la base de datos:

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

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



Este número contó con el apoyo de Guyer & Regules

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

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

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

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

© FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

25 de Mayo 583 - Tel. 2916 11 52

C.P. 11.000 Montevideo - Uruguay

DERECHOS RESERVADOS

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

ISSN 0797-4302

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

DIRECTORA

Mariana Blengio Valdés (Universidad de la República. Uruguay)

COMITÉ DE REFERENTES ACADÉMICOS

Sara Alvarez (Universidad de la República. Uruguay)

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

Guido Berro (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

Pascale Boucaud (Université Catholique de Lyon. Francia)

María Casado (Universidad de Barcelona. España)

Ruben Correa Freitas (Universidad de la República. Uruguay)

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

Augusto Durán Martínez (Universidad de la República)

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

Ronaldo Gialdino (Universidad de Buenos Aires. Argentina)

Francisco Leita (Universidad Degli Studi di Padova. Italia)

Mario Armando Márquez (Asociación Argentina de Derecho Constitucional)

Alejandro Pastori (Universidad de la República)

Ana Pita (Universidad de Vigo. España)

José Enrique Pons (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

Martín Risso Ferrand. (Universidad Católica del Uruguay)

María Elena Rocca (Universidad de la República)

Felipe Rotondo (Universidad de la República)

Mariela Rubano (Universidad de San Sebastián. Chile)

Jaime Ruben Sapolski (Universidad de la República. Uruguay)

José Luis Shaw (Universidad de la República. Uruguay)

Frederic Vacheron (Oficina Regional UNESCO. Uruguay)

EQUIPO DE APOYO EDITORIAL

Miguel Bonomi

Rodrigo Díaz Inverso

Gastón Lapaz

Mariel Lorenzo Pena

María Emilia Miller

Valentina Pereira Laport

Jean Paul Tealdi

Camila Umpiérrez Blengio

CONTENIDO

DOCTRINA

Acceso a historias clínicas y demás datos sanitarios por parte de fiscales penales <i>Diego Andrade Sosa y Valeria Escobar Suhr</i>	7
Las nuevas dimensiones del derecho humano a la salud. Cuidados paliativos <i>Mariana Blengio Valdés</i>	21
Límites a la contratación administrativa con empresas privadas estatales <i>José Miguel Delpiazzo Antón</i>	37
Sistema nacional de inversión pública <i>Rodrigo Díaz Inverso</i>	55
Una alerta loewensteniana sobre el uso de las herramientas constitucionales de poder: aclaraciones sobre las leyes con declaratoria de urgente consideración <i>Luis Fleitas de León</i>	69
Doctrina sobre presunción de legitimación del acto administrativo y posición del Tribunal de lo Contencioso Administrativo <i>Lorena Machi y Eliana Machi</i>	77
Los principios invertidos: la irrevocabilidad y retroactividad de los actos administrativos en el ámbito tributario <i>Guzmán Ramírez</i>	87
Los actos de los gobiernos departamentales y su control por los mecanismos de gobierno directo <i>Jean-Paul Tealdi</i>	97

DOCTRINA

ACCESO A HISTORIAS CLÍNICAS Y DEMÁS DATOS SANITARIOS POR PARTE DE FISCALES PENALES

*Diego Andrade Sosa**
*Valeria Escobar Suhr***

RESUMEN. En el presente artículo analizaremos si, a la luz del nuevo Código del Proceso Penal, vigente desde 2017, los Fiscales pueden tener acceso a datos sanitarios de personas. Para ello se hará un desarrollo relativo a la caracterización de este tipo de información desde la óptica de la protección del derecho a la intimidad y la tutela del secreto profesional.

PALABRAS CLAVE. Fiscales. Código de Proceso Penal. Derecho a la intimidad. Confidencialidad. Secreto profesional. Datos sanitarios. Historias clínicas.

ABSTRACT. Throughout this paper it is analyzed whether, according to the new Code of Criminal Procedure, in force since 2017, Prosecutors may have access to people's health data. For this purpose, the characterization of this type of information will be developed from the perspective of protecting the right to privacy and professional secrecy.

KEY WORDS. Public prosecutors-code of criminal procedure. Right to privacy. Confidentiality - Profesional secrecy. Health data-medical.

1. INTRODUCCIÓN.

La entrada en vigencia del denominado “Nuevo Código del Proceso Penal” implicó, además de la consagración de un sistema penal acusatorio, adversarial, oral y público, la atribución de determinadas facultades al Ministerio Público, en su carácter de titular de la acción penal.

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

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Asistente (G2) de Derecho Civil (FCEA-UR). Ayudante (G1) Derecho Privado IV y V (FD-UR). Maestrando en Derecho Comercial (FD-UR). Correo electrónico: vescobarsuhr@gmail.com

A los efectos anteriormente señalados, el mentado Código, aprobado por la Ley N° 19.293 de 19/12/2014, coloca al fiscal en la situación de poder-deber respecto a la adopción de todas las medidas necesarias para el éxito de la investigación criminal y/o del procedimiento penal.

Particularmente el artículo 45 del aludido cuerpo normativo confiere una serie de atribuciones a los integrantes del Ministerio Público, dentro de las que resulta menester destacar a los efectos del presente trabajo las de “*disponer la presencia en su despacho de todas aquellas personas que puedan aportar elementos útiles para la investigación, incluyendo el indagado, el denunciante, testigos y peritos*”; así como “*Solicitar, en forma fundada, a las instituciones públicas o privadas, toda información que sea necesaria en el marco de la investigación que se encuentre realizando y esté disponible en sus registros, siempre que la entrega no implique afectación de garantías o derechos fundamentales de las personas*” (literales “b” y “k” del artículo de marras).

Nuestra labor profesional nos ha permitido tomar conocimiento de que en algunos centros asistenciales y sanitarios del país se han recibido solicitudes a proporcionar acceso a historias clínicas de usuarios de los mismos, provenientes de Fiscalías, en el marco de la instrucción de investigaciones criminales y al amparo de las potestades mencionadas ut-supra. Asimismo, se ha advertido que diversos integrantes de los equipos asistenciales son convocados a los despachos fiscales para brindar su testimonio relativo al estado sanitario de un determinado paciente.

El objeto principal del presente trabajo será determinar si las atribuciones conferidas por el precitado cuerpo normativo son suficientes para que el Ministerio Público pueda requerir a instituciones públicas y privadas información sobre el estado sanitario de personas en general, y de sus historias clínicas en particular.

Para ello, comenzaremos con un análisis referente al rango de protección del que se dota a los datos sobre el estado de salud de una persona en el contexto del derecho a la intimidad.

En segundo término, haremos un desarrollo relativo a la vinculación entre el secreto profesional y la información sanitaria de una persona, en el marco de la relación médico-paciente.

En tercer lugar, expondremos a la regulación del acceso a historias clínicas en la normativa nacional.

En cuarto lugar, abordaremos cuales son las perspectivas de acceso a datos sanitarios personales con las que cuentan actualmente, a la luz de los textos positivos vigentes.

Finalmente expondremos las conclusiones a las que nuestro modesto análisis nos haya permitido arribar.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS SANITARIOS DE LA PERSONA.

2.1. Los datos sanitarios en el marco de la protección al derecho a la intimidad.

BERRO y ADRIASOLA, citando una sentencia del Tribunal Constitucional Español, refieren que el derecho a la intimidad tiene por objeto “*garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente al conocimiento y la acción de terceros, sean entes públicos*

*o simples particulares; que está ligado con el respeto de su dignidad”*¹. Como destacan estos autores, la intimidad entraña el derecho de toda persona a mantener por fuera del conocimiento de los demás ciertos hechos o actuaciones que constituyen la denominada vida privada del individuo².

Sobre el particular VIEGA destaca que *“El concepto inicial de intimidad evolucionó en un sentido positivo, afirmándose la “privacy” como un presupuesto del ejercicio de otros derechos de proyección social e incluso económica. La privacidad es un tema que puede ser enfocado desde múltiples ópticas, desde el cruzamiento de ficheros en soporte papel y de ficheros electrónicos, la privacidad desde la óptica del consumidor y de las telecomunicaciones (sean por cable o inalámbricas) y por supuesto, no podemos dejar de considerar nuestros datos personales en el ámbito de Internet”*³.

Esta tuición de la intimidad individual registra antecedentes tanto en el sistema universal, como en el americano de protección de los Derechos Humanos. Así en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*. Por su parte, en el numeral 2 del artículo 11 de Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en sede de protección de la honra y de la dignidad, se señala que *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”*.

En el ámbito sanitario, el conocimiento de datos, hechos, actuaciones e incluso secretos de las personas, conjuntamente con la exhibición de determinadas partes de su cuerpo, resulta un requisito ineludible para que se propicie la atención médica. Esta situación hace surgir, según BERRO y ADRIASOLA una confidencialidad *“necesaria sobre la vida íntima de la persona enferma, por lo que debe garantizarse la reserva, el secreto médico. La intimidad a pesar de la intromisión de médicos y de otros profesionales del equipo asistencial debe quedar incólume”*⁴. FRANÇA define a dicha regla de confidencialidad como *“el derecho de toda persona a proteger los datos que le pertenecen en virtud de que los considera reservados o restringidos (por pertenecer a la intimidad) o su derecho a limitar la difusión de ciertas informaciones u opiniones emitidas”*⁵.

ROTONDO, citada por ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI, desde una perspectiva bioética, coloca a la privacidad e intimidad dentro de las reglas morales, refiriendo que *“Para Kaplan la privacidad no sería una regla derivada de la autonomía, sino un derecho más*

1 Cfr. BERRO, Guido y ADRIASOLA, Gabriel. “Confidencialidad” en BERRO, Guido (Coordinador) *Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos*, Montevideo, Editorial FCU, 2013, p. 396.

2 Ídem, p. 396.

3 VIEGA, María José. *Derecho a la Intimidad en la Sociedad de la información. Ley N° 18.331: Impacto y Reglamentación*. Disponible en <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/2009-Derecho-a-la-intimidad-en-la-sociedad-de-la-informacion.pdf>. Fecha de consulta: 21/07/2019.

4 BERRO, Guido y ADRIASOLA, Gabriel, *op. cit.*, p. 396.

5 Cfr. GIL YACOBAZZO, Juan Eduardo y VIEGA RODRÍGUEZ, María José. “Historia clínica electrónica: confidencialidad y privacidad de los datos clínicos” en *Revista Médica Uruguaya*, Volumen 34, N°4 (2018), p. 229. Disponible en: http://www.rmu.org.uy/revista/proximo/rmu34-4_921-gil-historia.pdf Fecha de consulta: 21/07/2019.

básico de una necesidad natural. Por su parte, Stanley Benn establece que las reglas de confidencialidad y privacidad derivan del respeto a la persona: respetar a la persona de modo que sus actividades no puedan ser dañadas por nuestras acciones”⁶

Lo anteriormente expuesto nos lleva en forma inevitable a sostener que la información relativa al estado de salud debe ser categorizada como una especie dentro del género “derecho a la intimidad” y en definitiva como un derecho fundamental. En ese marco es que estimamos, que se logra comprender su verdadera importancia y será útil para el desarrollo que ulteriormente se elucubrará.

A nivel de la normativa vernácula, debemos comenzar por aludir a las regulaciones contenidas por la Ley N° 18.331 de 11/08/2008; la que comienza estableciendo, en su artículo 1°, que “*El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República*”; consagrándose en el artículo 11 un principio de reserva, en virtud del cual las personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros; así como a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público; excepto en los casos de orden de la Justicia competente o si mediare consentimiento del titular.

Por otra parte, en literal “E” del artículo 4 se califican como “datos sensibles” las informaciones relativas a la salud de las personas. Los efectos que dicha categorización importan, se encuentran explicitados en el artículo 18 de la Ley; destacándose, dentro de otros aspectos, y a los fines del presente trabajo, los siguientes:

- 1) Que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles;
- 2) Que dichos datos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular;
- 3) Que los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento

cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocien de sus titulares.

Por su parte el artículo 19 establece que “*Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional, la normativa específica y lo establecido en la presente ley*”. Dicha previsión debe ser complementada con el Principio de reserva consagrado en el artículo 11, el cual establece que: “*Aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones*

6 Cfr. ADRIASOLA, Gabriel y MAGLIA CANZANI, Daniel. “El secreto profesional médico”, en RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo (Coordinador), *Medicina Legal. Derecho Médico*, Montevideo, Fundación de Ediciones de la Facultad de Medicina, 2017, p. 167.

habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros. Las personas que, por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieren acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligadas a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público. Lo previsto no será de aplicación en los casos de orden de la Justicia competente, de acuerdo con las normas vigentes en esta materia o si mediare consentimiento del titular. Esta obligación subsistirá aun después de finalizada la relación con el responsable de la base de datos”.

Destaca VIEGA que “No debe confundirse este deber de secreto con el secreto profesional al que están sometidas determinadas personas en función de la profesión que ejercen. Este deber de secreto es un deber genérico que alcanza a cualquier persona que intervenga en el tratamiento de los datos. Sin embargo, la ley uruguaya, en algunos casos lo equipara al secreto profesional, sobre todo a la hora de regular su sanción”⁷.

Debe por último destacarse que el artículo 35 de la Ley, en la redacción dada por los artículos 152 de la Ley N° 18.719 de 27/12/2010 y 83 de la Ley N° 19.355 de 19/12/2015, confiere a la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC) la posibilidad de aplicar sanciones a los responsables de las bases de datos, encargados de tratamiento de datos personales y demás sujetos alcanzados por el régimen legal que infrinjan las obligaciones de reserva anteriormente referenciadas. Dentro de las posibles puniciones se encuentran: a) observación, b) apercibimiento; c) multa de hasta 500.000 UI (quinientas mil unidades indexadas); d) suspensión de la base de datos respectiva por el plazo de cinco días; y e) clausura de la base de datos respectiva (la cual deberá ser promovida ante los órganos jurisdiccionales competentes la clausura).

2.2. Los datos sanitarios y el secreto profesional médico.

El secreto profesional es definido por CARRARA como “*todo aquello que se confía al profesional en ocasión de su oficio con la intención que no se divulgue*”⁸. A nivel de la doctrina vernácula BAYARDO BENGGOA lo conceptualiza como “*la situación que obliga a un profesional a guardar secreto sobre la manifestación de voluntad que ha sido confiada por un particular, en virtud de la relación existente entre ambos*”⁹.

ROSSI BAETHGEN refiere a que en el secreto profesional encontramos una serie de elementos o requisitos distintivos, y que pueden ser resumidos de la siguiente forma: a) un elemento personal compuesto por quien comunica y recibe la comunicación, pudiendo ser el receptor del secreto un profesional o una persona que por disposición legal deba mantener el secreto; b) un cometido, que es mantener reserva sobre “*ciertos hechos, consideraciones,*

7 VIEGA, María José. *Los Principios Jurídicos en la Protección de Datos Personales. Análisis comparativo de la Directiva de la Unión Europea, la Ley Española y la Ley Uruguaya*, p. 21. Disponible en: <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/Analisis-comparativo-de-principios.pdf> Fecha de consulta: 21/07/2019.

8 Cfr. ROSSI BAETHGEN, Luis Raúl. “El secreto profesional ante los nuevos desafíos de la libertad y la Responsabilidad” en *Revista de Técnica forense*, N° 22 (2017), p. 121.

9 Cfr. Ídem, p. 121.

actuaciones humanas en general"; c) un objeto de especial significación para quien lo transmite o a quien se lo adjudica (puede ser un documento, la exteriorización de un sentimiento o de un hecho familiar o societario, etc.); d) una regulación normativa: en nuestro país el fundamento positivo del secreto profesional reside tanto en normas constitucionales (artículos 7, 10, 20, 22, 23, 28 y 332 de la Carta); así como de fuente legal (Código Penal, Código General del Proceso y Código del Proceso Penal) e inclusive algunos Convenios Internacionales suscritos por el país junto con otros estados; y e) un contenido ético, habitualmente destacado en los Códigos de Ética de las diferentes profesiones¹⁰.

A nivel general, cabe hacer alusión a ciertas normas atinentes a la regulación del secreto profesional. Primeramente, debemos referirnos al artículo 302 del Código Penal que reza: *"El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables) de multa"*.

Con respecto al concepto de "justa causa" que habilitaría al profesional a revelar el secreto confiado, ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI señalan que doctrinariamente se han distinguido cuatro supuestos en los que cuadraría dicha definición, a saber: 1) el consentimiento del interesado, en tanto el secreto es esencialmente disponible por su titular; 2) la situación de necesidad, justificándose la revelación en situaciones excepcionales, para salvar a un tercero de un peligro actual no evitable de otra manera de un daño grave sobre su persona (ejemplo: médico que pone en conocimiento a los parientes del enfermo del peligro de contagio de su enfermedad; 3) cuando el profesional es denunciado o demandado por el cliente o interesado que le confiara el secreto (siendo una especie de legítima defensa); y 4) *"la existencia de una norma intrusiva que habilite a una autoridad a ingresar en el secreto (...) Debe existir una norma de rango legal que clara y precisamente le otorgue a un órgano facultades para obligar al depositario del secreto a revelarlo. Si analizado todo el orden jurídico se constata la inexistencia de una norma legal de esa naturaleza el secreto profesional es un secreto no relevable"*¹¹; adicionando los autores que, en este último supuesto, sólo una ley dictada por razones de interés general, como lo establece el artículo 28 de la Constitución de la República, puede facultar a un órgano a relevar el secreto profesional¹².

El Código General del Proceso, en su artículo 156.2 establece que podrán eximirse de su deber de brindar declaración *"aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley deban guardar secreto"*.

Por su parte en el artículo 151 del Código del Proceso Penal aparece una regulación similar a la establecida para el proceso civil, pero más detallada, al prever que: *"Deberán abstenerse de declarar quienes deban guardar secreto profesional o mantener información reservada o confidencial. 151.1 Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. Sin embargo, estas personas no podrán negarse"*

¹⁰ *Ibidem*, pp. 118-119.

¹¹ ADRIASOLA, Gabriel y MAGLIA CANZANI, Daniel, *op. cit.*, pp. 176-178.

¹² *Ídem*, p. 178.

a testificar cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por quien se los haya confiado. 151.2 Los funcionarios públicos, si conocen de una información clasificada como reservada o confidencial, no estarán obligados a declarar salvo que el juez, a solicitud de parte, considere imprescindible la información. En este caso, el tribunal requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar a los funcionarios públicos que corresponda”. Asimismo, en sede de prueba documental, dicho Código, en su artículo 173.4, señala que no serán admisibles “como medio de prueba ni ser utilizadas en modo alguno, las misivas y otras comunicaciones del imputado con su defensor y con personas amparadas por secreto profesional. Esta excepción no rige si dichas personas son también imputadas, ni cuando aquellas son medios para la preparación, ejecución o encubrimiento del delito”.

Yendo a las especies del secreto profesional, destaca ROSSI BAETHGEN, que a nivel jurisprudencial se ubica al “secreto profesional de abogados y médicos como casos de reserva que tienen un alcance y un grado de inmunidad elevada diferente a otro tipo de secretos”¹³; importancia que estimamos se halla vinculada a los caros y altos valores personales en juego cuando se ejercen dichas profesiones.

Especificando en el contexto de este trabajo, Como apuntan ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI el secreto médico profesional se remonta a los orígenes de la medicina, en el juramento hipocrático, llegando su desarrollo hasta nuestros días, en los que “sin perder sus rasgos más sobresalientes, ha ido ganando en complejidad como la medicina misma”¹⁴.

A su vez, como manifiestan BERRO y ADRIASOLA “La confidencialidad (...) es una de las reglas de la bioética. Toda vez que se establece una relación clínica, el deber de confidencialidad por parte del médico o equipo tratante, opera previamente en la medida en que se entiende un deber nacido con anterioridad al vínculo, de manera que no es necesario agregarlo como una condición más en la relación”¹⁵; agregando posteriormente que “Todos los códigos de ética, desde la antigüedad, recogen el secreto y su revelación, al menos sin justa causa como contraria a la ética y deontología”¹⁶. Esto no es ajeno a la realidad uruguaya, en la que el “Código de Ética Médica”, consagrado en la Ley N° 19.286 de 25/09/2014 “Código de Ética Médica”, alude con especificidad y detalle al deber del médico del mantenimiento del secreto de determinadas informaciones de las que tenga conocimiento como derivado del ejercicio de su profesión.

Así, en el literal “e” del artículo 3 se señala que es deber del médico, como profesional de la salud “Respetar el derecho del paciente a guardar el secreto sobre aquellos datos que le pertenecen y ser un fiel custodio, junto con el equipo de salud, de todas las confidencias que se le brindan, las que no podrá revelar sin autorización expresa del paciente”.

En el artículo 20 se establece la obligación de los galenos de: “a) Guardar secreto ante terceros de la consulta y de todo aquello que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente. b) Aceptar asistir a un paciente que no quiere o no puede revelar su identidad en determinadas circunstancias. c) Preservar la confidencialidad de los datos

13 *Ibidem*, p. 122.

14 ADRIASOLA, Gabriel y MAGLIA CANZANI, Daniel, *op. cit.*, p. 167.

15 BERRO ROVIRA, GUIDO y ADRIASOLA, Gabriel, *op. cit.*, p. 399.

16 *Ídem*, p. 402.

revelados por el paciente y asentados en historias clínicas, salvo autorización expresa del paciente. d) Propiciar el respeto a la confidencialidad por parte de todos los trabajadores de la salud. De igual manera, participará en la educación a este respecto. Los registros informatizados deben estar adecuadamente protegidos”. Este último literal permite subrayar el carácter de “secreto compartido” al que refieren ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI, al explicitar que “En el ámbito de la prestación colectiva de servicios médicos la preservación del secreto profesional médico alcanza no sólo al médico tratante o al equipo médico sino a todo el personal de la institución, sea médico o no médico. El médico, los auxiliares médicos y el personal administrativo de las instituciones, los laboratoristas, los empleados, administrativos, auxiliares de servicio incluso, están obligados a guardar el secreto médico, y si no hacen cometen el delito de revelación del secreto profesional”¹⁷.

En el artículo 21 del Código se puntualiza que el secreto profesional debe respetarse aun en la redacción de certificados médicos con carácter de documento público; y que el médico tratante evitará revelar públicamente la patología concreta que aqueje a un paciente, así como las conductas diagnósticas y terapéuticas adoptadas; añadiéndose que “El médico queda liberado de la responsabilidad del secreto solo si el paciente lo consiente explícitamente”; y que deberán ser denunciadas ante Colegio Médico del Uruguay cualquier tipo de presión institucional contraria a lo anteriormente expuesto.

En el artículo 22 se recalca que el respeto a la confidencialidad es un deber inherente a la profesión médica, y que sólo podrá ser relevado “en los casos establecidos por una ley de interés general o cuando exista justa causa de revelación”. Sobre el particular, y a vía ejemplificativa, el texto legal considera como justa causa de revelación los siguientes supuestos: a) peligro vital inminente para el paciente (por ejemplo riesgo de suicidio), b) negativa sistemática del paciente de advertir a un tercero acerca de un riesgo grave para la salud de este último (contagio de enfermedades transmisibles, por ejemplo), c) amenaza concreta para la vida de terceros, d) defensa legal contra una acusación de un paciente. Los supuestos referidos en este artículo claramente son estados de necesidad que ingresan en el concepto de justa causa, al que aludiéramos anteriormente.

Finalmente, en el artículo 25 del Código se establece que las reglas de confidencialidad, seguridad y secreto son extensibles a los medios de comunicación sociales.

3. LAS HISTORIAS CLÍNICAS Y EL ACCESO A LAS MISMAS.

MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA, señalan que la historia clínica “es un documento o conjunto de documentos generado en la asistencia médica. Sin duda el de mayor relevancia en la práctica clínica y médico-legal”¹⁸; y citando a CRIADO DEL RÍO la definen como “el reflejo de todas las actuaciones médico-sanitarias con el paciente, de toda la relación profesional sanitario-paciente y de todos los conocimientos y actuaciones médicas que se ponen a su disposición”¹⁹.

17 ADRIASOLA, Gabriel y MAGLIA CANZANI, Daniel, *op. cit.*, p. 176.

18 MAGLIA CANZANI, Daniel, GAMERO, Sylvia y RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo. “Documentos médico-legales I. Historia clínica”, en RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo (Coordinador), *Medicina Legal. Derecho Médico*, Montevideo, Fundación de Ediciones de la Facultad de Medicina, 2017, p. 181.

19 Cfr. Ídem, p. 181.

La eminencia de este documento es puesta de manifiesto por el literal “D” del artículo 18 de la Ley N° 18.335 de fecha 15/08/2008 sobre “Derechos y Obligaciones de Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud”, en la redacción dada por la Ley N° 19.670 de 15/10/2018, en el que se señala que todo paciente tiene derecho a que se lleve una historia clínica completa, escrita o electrónica, donde figure la evolución de su estado de salud desde el nacimiento hasta la muerte.

Más adelante el referido artículo asevera que: *“La historia clínica es de propiedad del paciente, será reservada y solo podrán acceder a la misma los responsables de la atención médica y el personal administrativo vinculado con estos, el paciente o en su caso la familia y el Ministerio de Salud Pública cuando lo considere pertinente. **También podrá ser solicitada directamente al prestador de salud por el Ministerio Público cuando se trate de la historia clínica de una víctima de un delito cuya investigación tenga bajo su dirección, siempre que recabe previamente el consentimiento de aquella o, en su caso de la familia, y a los solos efectos de la acción penal** El revelar su contenido, sin que fuere necesario para el tratamiento o mediar orden judicial o conforme con lo dispuesto por el artículo 19 de la presente ley, hará pasible del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal”* (los destacados son nuestros).

Es dable destacar que la actual redacción del texto legal aludido (por obra de la Ley N° 19.670 de 15/10/2018), es posterior a la entrada en vigencia del Nuevo Código del Proceso Penal.

Dichas previsiones son reafirmadas en la reglamentación del cuerpo legal de marras; específicamente en el artículo 30 del Decreto N° 274/010 de 08/09/2010 al establecer que *“La historia clínica será reservada y sólo podrán acceder a la misma: a) Los responsables de la atención a la salud del paciente y el personal administrativo vinculado a dicha atención incluyendo, en las hipótesis a que refiere el literal D del Artículo 51 de la Ley Nro. 18.211, a los del Fondo Nacional de Recursos. b) El paciente o las personas que sean por él autorizadas. c) El representante legal del paciente declarado judicialmente incapaz. d) En los casos de incapacidad o de manifiesta imposibilidad del paciente, su cónyuge, concubino o el pariente más próximo. e) El Ministerio de Salud Pública incluyendo la Junta Nacional de Salud cuando lo consideren pertinente. Los servicios de salud y los trabajadores de la salud deberán guardar reserva sobre el contenido de la historia clínica y no podrán revelarlo a menos que fuere necesario para el tratamiento del paciente o mediar orden judicial o conforme a lo dispuesto por el Artículo 19 de la Ley N° 18.335”*.

A su vez en el artículo 32 del cuerpo reglamentario de marras se regula el ejercicio del derecho de acceso a historias clínicas de personas fallecidas, señalando que el mismo

corresponderá a cualquiera de sus sucesores universales debidamente acreditados. Asimismo, este artículo refiere a que, cuando en la historia clínica existan datos de terceros (excluyéndose los datos del paciente o de las personas vinculadas a la atención de este último) *“no podrá ser revelada esta información, a menos que se cuente con el consentimiento de los terceros o que medie orden judicial o requerimiento del Ministerio de Salud Pública”*.

De acuerdo a la norma citada en el párrafo precedente, se podrán comunicar a terceros datos referidos a la salud del paciente cuando sea necesario por razones de salud e higiene públicas, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, en tanto se preserve la identidad de los titulares de los datos mediante mecanismos de disociación adecuados, conforme a lo establecido por la Ley N° 18.331.

Debe también destacarse que en el artículo 15 del Código de Ética Médica se hace referencia a que la historia clínica es un documento fundamental en el acto médico, de ahí que el médico tiene el deber y el derecho de registrar el acto médico en una historia clínica, que pertenece al paciente pero que quedará bajo la custodia del médico tratante o de la institución de la que es usuario.

El desarrollo antecedente permite caracterizar a la historia clínica como documentación “confidencial”, abarcada por el secreto profesional; y que por tanto amerita se desarrollen los mecanismos de protección respectiva por parte de sus custodios. Como refiere ADRIASOLA, “la no protección de los datos asentados en la historia clínica constituiría una forma oblicua de violación del secreto profesional”²⁰. Sobre el particular MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA estiman que una forma de impedirle a alguien ejercer el derecho y deber de cuidar de su salud consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República, sería “no garantizarle la confidencialidad de los datos que imprescindiblemente debe aportar para el tratamiento de su problema de salud y que necesariamente debe registrarse en su historia clínica. Si se quebrantara ese deber de secreto y los datos aportados tomaran estado público, podrían ir en contra del propio paciente, lo cual lo discrimina y le restringe el derecho a la asistencia”²¹.

Puntualiza ADRIASOLA que ninguna de las normas anteriormente aludidas son intrusivas en la esfera de la intimidad, y por tanto tampoco habilitan a la Justicia a relevar del secreto profesional del que están munidas las historias clínicas; ni siquiera el literal “D” del artículo 18 de la Ley N° 18.335²². Este autor entiende que para que “una norma que autorice a la justicia penal a relevar el secreto profesional médico y en consecuencia violar el derecho a la intimidad del paciente contenido en la historia clínica debe observar los siguientes requisitos: a) determinación del fuero judicial autorizado legalmente a violar la intimidad; b) determinación de la naturaleza del proceso en que puede emitir ese mandato; c) exigencia de motivación. Y es que la autorización para que una autoridad pública viole la intimidad de los ciudadanos debe estar estrictamente regulada y delineada desde que se trata de una “restricción de derechos fundamentales”²³; conforme al texto constitucional. ADRIASOLA expone que el artículo 18 de la Ley N° 18.335 no es una norma intrusiva en la esfera de la intimidad, que importe que la historia clínica es ahora permeable a cualquier mandato judicial, ya que “No define cual es la “justicia competente”, no define en que procedimientos y bajo que circunstancias puede el juez violar la intimidad del ciudadano-paciente”²⁴; agregando este teórico que “En esas circunstancias, el centro sanitario tiene el deber de verificar si la orden judicial cuenta con el consentimiento del paciente y titular del secreto. Y si constata que ello no es así, debe negarse a cumplir el mandato de la justicia”²⁵.

20 Cfr. MAGLIA CANZANI, Daniel, GAMERO, Sylvia y RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo, *op. cit.*, p. 188.

21 Ídem, p. 188.

22 ADRIASOLA, Gabriel. *Solicitudes o allanamientos para secuestrar historias clínicas. La clínica médica como “domicilio especial”*. Disponible en: http://www.medicinalegal.edu.uy/bibliografia/archivos/la_clinica_medica_como_domicilio_especial.pdf

Fecha de consulta: 21/07/2019, p. 3.

23 Ídem, pp. 3-4.

24 Ídem, p. 6.

25 Ídem, p. 6.

Humildemente no tenemos el honor de compartir la opinión de este distinguido profesor en este punto. Sobre el particular estimamos que el supuesto prevenido en el artículo 18 de la Ley N° 18.335 al referir a “orden judicial” se está aludiendo a uno de los supuestos excepcionales en los que se puede relevar del secreto profesional del que están dotadas las historias clínicas, dado que, por una Ley, dictada en razón del interés general se acepta la restricción de un derecho que indudablemente es fundamental, lo que se encuentra en consonancia con lo prevenido por el artículo 7 de la Constitución de la República. Nótese además que, como el propio ADRIASOLA sostiene, *“el órgano que la ley debe autorizar para tomar la decisión de la intrusión debe ser necesariamente un juez. Ello debido a que de acuerdo al artículo 23 de la Constitución de la República los jueces son los custodios de las garantías individuales. En un Estado Democrático de Derecho, toda intromisión en la intimidad como fuente de prueba en un proceso penal debe necesariamente ser ordenada por un tribunal”*²⁶; y en ese sentido la norma también resulta ajustada al texto constitucional.

4. LAS POSIBILIDADES DE ACCESO A DATOS SANITARIOS DE PERSONAS EN EL MARCO DE INVESTIGACIONES CRIMINALES POR PARTE DE FISCALES.

4.1. Algunas previsiones de interés en materia probatoria del nuevo Código del Proceso Penal.

Sin perjuicio de las reseñadas atribuciones que detenta el Fiscal en virtud del artículo 45 del Código del Proceso Penal para conducir la investigación, existen ciertas restricciones que ciñen su accionar.

Como expusiéramos pretéritamente, en el artículo 151 del cuerpo normativo aprobado por la Ley N° 19.293, se establece una limitante en materia de prueba testimonial, al señalar que deberán abstenerse de prestar declaración quienes deban guardar secreto profesional o mantener información reservada o confidencial; no pudiendo ser obligados salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. Sin embargo, estas personas no podrán negarse a testificar cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por quien se los haya confiado.

Dicho artículo, establece en su numeral 2, que los funcionarios públicos, si conocen de una información clasificada como reservada o confidencial, no estarán obligados a declarar salvo que el juez, a solicitud de parte, considere imprescindible la información. En este caso, el tribunal requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar a los funcionarios públicos que corresponda.

Los puntos referidos en los dos párrafos anteriores deberán ser tenidos especialmente en consideración por los integrantes de los equipos asistenciales que sean citados en el marco de una investigación criminal a las oficinas de una fiscalía a efectos de brindar declaración testimonial sobre el estado de salud de un paciente. A nuestro juicio, la consecuencia elemental de dichas disposiciones deriva en que dichos testigos deberán negarse a declarar sobre aspectos relativos a información sanitaria de personas a las que hayan asistido, salvo que estas últimas los liberen de su obligación de secreto.

²⁶ *Ibidem*, p. 4.

Por otra parte, en sede de prueba documental, dicho Código, en su artículo 173.1 establece que: *“Se podrá incorporar al proceso todo documento que pueda servir como medio de prueba. Quien lo tenga en su poder está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa o prohibición legal o necesidad de previa orden judicial”*; circunstancia que denota que existen documentos que para cuya agregación el fiscal por sí mismo no podría diligenciar, o bien porque existe un impedimento de índole legal o bien se requiere una orden del juez competente. A su vez, en el artículo 173.4, se señala que no serán admisibles *“como medio de prueba ni ser utilizadas en modo alguno, las misivas y otras comunicaciones del imputado con su defensor y con personas amparadas por secreto profesional. Esta excepción no rige si dichas personas son también imputadas, ni cuando aquellas son medios para la preparación, ejecución o encubrimiento del delito”*. En este caso, estimamos que la previsión resulta aplicable a la documentación contenida en las historias clínicas, en tanto resulta amparada por el secreto profesional.

Debe acotarse que en sede de levantamiento de secreto bancario y reserva tributaria; los artículos 211 y 212 del Código establecen que para que se proceda al mismo se requiere solicitud del fiscal, dirigida al tribunal, siendo este último el que por resolución fundada podrá disponerlo. Este punto no es menor a los efectos de la analogía; en tanto, los secretos bancario y tributario son, en definitiva, especies del género secreto profesional; y en definitiva queda de manifiesto que no se ha conferido a los integrantes del Ministerio Público la potestad de poder relevar secreto profesional en ningún caso.

4.2. ¿Cuáles son las perspectivas de acceso a datos sanitarios por parte de Fiscales?

En función de la normativa analizada, las posibilidades de acceso de los Fiscales a información referente al estado de salud de una persona, durante el decurso de una investigación criminal se encuentran acotadas a los siguientes supuestos:

A) Si lo que se requiere es la agregación de la historia clínica de un determinado usuario de una institución asistencial, solo podrá requerirlo a esta última, si dicha persona es víctima de un delito y siempre que se recabe previamente el consentimiento de aquella o, en su caso de la familia (el cual estimamos, deberá ser expreso y encontrarse adjuntado a la solicitud), y a los solos efectos de la acción penal (literal “D” del artículo 18 de la Ley N° 18.335). Entendemos que en caso de imposibilidad manifiesta del titular de la historia clínica a brindar su consentimiento, los familiares legitimados a otorgar el mismo serían su cónyuge, concubino o el pariente más próximo, por remisión al artículo 30 del Decreto N° 274/010; y en el caso fallecidos correspondería los sucesores debidamente acreditados conforme al artículo 32 del precitado cuerpo reglamentario.

B) Si los datos e información sobre el estado sanitario de una persona pretenden ser recabados por la vía de declaraciones testimoniales tomadas al personal médico y no médico que participó en la asistencia de la misma; tales testigos deberán abstenerse a declarar, salvo que sean liberados de su obligación de mantener el secreto profesional por parte del titular de dicha información, es decir el paciente.

Fuera de los casos señalados, no corresponderá proporcionar acceso a los Fiscales a este tipo de información. Quienes lo hagan o faciliten tal acceso, se expondrán a tipificar el delito consagrado en el artículo 302 del Código Penal. Asimismo, las instituciones podrían sufrir las puniciones administrativas consagradas en el artículo 35 de la Ley N° 18.331.

5. Conclusiones.

La información relativa al estado de salud de las personas se enmarca dentro de la protección al derecho a la intimidad de los seres humanos; el cual, notoriamente pertenece al elenco de los derechos fundamentales, consagrados en sendos artículos de la Constitución de la República e instrumentos internacionales, universales y regionales en materia Derechos Humanos. Este aspecto no es una mera abstracción o remisión genérica, sino que es el cimiento básico en el que se sustentan las significativas rémoras legales, mayoritariamente insalvables, para quien pretenda hacerse con este tipo de datos sin contar con las debidas autorizaciones o atribuciones, sean éstas conferidas por el titular del derecho o excepcionalmente por textos positivos.

Sobre las bases reseñadas, el Ordenamiento Jurídico ha creado determinados mecanismos que acentúan el tenor de la tuición de la privacidad en materia sanitaria, siendo uno de los más destacables el secreto profesional, el cual no solamente alcanza al médico tratante del paciente, sino a todo el personal asistencial y no asistencial de la institución sanitaria. La infracción a tales preceptos conlleva responsabilidades en sedes penal y administrativa; por lo que tanto los profesionales e instituciones que potencialmente pudieran verse afectados por dichas situaciones, deberán ser especialmente celosos en el cuidado de la reserva tanto de los documentos médico-legales, como de la no difusión de datos emanados de estos últimos o de los procedimientos asistenciales llevados en sus pacientes.

Son estas circunstancias las que primeramente obstaculizan a los Fiscales, durante el desarrollo de investigaciones penales, a acceder a información sanitaria, sea por la vía de declaraciones testimoniales, o por la de solicitud de remisión de historias clínicas, siempre que no se cuente con el consentimiento debido del titular de tal información.

La obtención de tales datos por fuera de los supuestos habilitados por las normas sustanciales referidas en este trabajo, importaría, a nuestro juicio, su inadmisibilidad como medio probatorio, conforme a las reglas del propio Código del Proceso Penal, en tanto son atinentes a la esfera de derechos personalísimos y fundamentales, cuya invasión le está vedada a los integrantes del Ministerio Público, conforme a las disposiciones vernáculas vigentes. En tal sentido el cuerpo normativo mencionado prevé supuestos en los que, para que el fiscal pueda ingresar en la esfera de la intimidad de la persona, sin el consentimiento de la misma, debe necesariamente solicitar la autorización judicial pertinente (secreto tributario, secreto bancario, etc.); lo que resulta perfectamente trasladable

Como cierre y corolario de lo de lo anteriormente expuesto, quisiéramos destacar que, la lógica de nuestro sistema jurídico determina que, al amparo de la Ley (dictada en razones de interés general) sean los jueces y no los fiscales, quienes puedan restringir el goce de ciertos derechos fundamentales. Sobre el particular debe recordarse, como fuera sostenido *ut-supra*, que, en un Estado de Derecho, los magistrados son considerados la salvaguarda de las garantías individuales; circunstancia que, a nuestro criterio, presumiblemente deriva de su rol imparcial en las contiendas subjetivas que le son presentadas para su dilucidación. Dicho papel no le cabe al Fiscal; el cual, sin perjuicio de desarrollar también una encomiable función de vital importancia en el sistema de justicia, no deja de tener una mirada parcial o interesada dentro de los procesos penales; ya que, como reza el artículo 45.2 del Código del Proceso Penal: “*Cuando el Ministerio Público ejerce la acción penal, es parte en el proceso*”.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ADRIASOLA, Gabriel y MAGLIA CANZANI, Daniel. “El secreto profesional médico”, en RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo (Coordinador), *Medicina Legal. Derecho Médico*, Montevideo, Fundación de Ediciones de la Facultad de Medicina, 2017.
- ADRIASOLA, Gabriel. *Solicitudes o allanamientos para secuestrar historias clínicas. La clínica médica como “domicilio especial”*. Disponible en http://www.medicinalegal.edu.uy/bibliografia/archivos/la_clinica_medica_como_domicilio_especial.pdf Fecha de consulta: 21/07/2019.
- BERRO, Guido y ADRIASOLA, Gabriel. “Confidencialidad” en BERRO, Guido (Coordinador) *Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos*, Montevideo, Editorial FCU, 2013.
- GIL YACOBAZZO, Juan Eduardo y VIEGA RODRÍGUEZ, María José. “Historia clínica electrónica: confidencialidad y privacidad de los datos clínicos” en *Revista Médica Uruguay*, Volumen 34, N°4 (2018). Disponible en http://www.rmu.org.uy/revista/proximo/rmu34-4_921-gil-historia.pdf Fecha de consulta: 21/07/2019.
- MAGLIA CANZANI, Daniel, GAMERO, Sylvia y RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo. “Documentos médico-legales I. Historia clínica”, en RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo (Coordinador), *Medicina Legal. Derecho Médico*, Montevideo, Fundación de Ediciones de la Facultad de Medicina, 2017.
- ROSSI BAETHGEN, Luis Raúl. “El secreto profesional ante los nuevos desafíos de la libertad y la Responsabilidad” en *Revista de Técnica forense*, N° 22 (2017).
- VIEGA, María José. *Derecho a la Intimidad en la Sociedad de la información. Ley N° 18.331: Impacto y Reglamentación*. Disponible en <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/2009-Derecho-a-la-intimidad-en-la-sociedad-de-la-informacion.pdf> Fecha de consulta: 21/07/2019.
- VIEGA, María José. Los Principios Jurídicos en la Protección de Datos Personales. Análisis comparativo de la Directiva de la Unión Europea, la Ley Española y la Ley Uruguaya, p. 21. Disponible en <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/Analisis-comparativo-de-principios.pdf> Fecha de consulta: 21/07/2019.

Fecha de recepción: 20 junio 2019.

Fecha de aceptación: 19 julio 2019.

LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD. CUIDADOS PALIATIVOS.

*Mariana Blengio Valdés**

RESUMEN. Las nuevas dimensiones del derecho humano a la salud dentro de las cuales se encuentran los cuidados paliativos constituyen un importante desafío para los Estados en el marco de las obligaciones asumidas en materia sanitaria. Los cuidados paliativos ponen su mirada central en la persona, deben proporcionarse en forma interdisciplinaria a través de servicios de salud integrados en todos los niveles asistenciales, atendiendo enfermedades limitantes, crónicas o incurables que lo demanden, y ser proporcionados a pacientes de todas las edades atendiendo su entorno y allegados. Obstáculos de diversa naturaleza se identifican al momento de hacer efectivo el goce del derecho a los cuidados paliativos. Entre algunos de ellos, se encuentran la insuficiencia o falta de recursos humanos especializados y recursos materiales adecuados que aseguren la cobertura integral a nivel país así como también entre otras barreras, la insuficiente información a la población sobre el alcance de esta dimensión del derecho a la salud y el derecho a acceder a los mismos.

PALABRAS CLAVES. Salud. Cuidados paliativos. Dolor. Derechos Humanos. Acceso a la salud.

ABSTRACT. New dimensions of fundamental human right to health, including palliative care, represent an important challenge for States within the framework of obligations undertaken regarding health issues. Palliative care focus on the person, must be interdisciplinary rendered by means of comprehensive health services in all levels of care, must serve limiting, chronic and incurable diseases as may be required, and must be provided to patients covering the entire age range. Constraints of diverse

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora (agr.) de Derechos Humanos y Bioética en la Facultad de Derecho UDELAR. Profesora de Derechos Humanos y Bioética en la Facultad de Derecho CLAEH. Diploma Superior en Bioética (FLACSO). Presidenta de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. Autora de diversos libros en su especialidad entre ellos "Manual de Derechos Humanos"; "Derecho al reconocimiento de la dignidad humana"; "Derechos Humanos en movimiento". Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

nature may be identified upon exercising the right to palliative care, including but not limited to deficiency or lack of specialized human resources and appropriate material resources at country level, as well as lack of appropriate information to the population with regards to the scope of this dimension of the right to health and the right to access thereof.

KEY WORDS. *Health. Palliative Care. Pain. Human Rights. Access to Health.*

I. EL DERECHO HUMANO A LA SALUD COMO DERECHO INCLUSIVO

El derecho a la salud integra el grupo de derechos de naturaleza económica y social. Su inclusión en esta categoría se justifica en tanto requiere de la actuación activa y progresiva del Estado para satisfacer las demandas de atención sanitaria de la población a través de la asignación de recursos económicos. En función de dicha particularidad en relación a la protección del goce del derecho se puede considerar que el derecho al acceso a la salud forma parte de las obligaciones del Estado como forma de satisfacer el valor de la salud como derecho inherente a la persona humana.

Del punto de vista conceptual, el derecho a la salud es pre condición para la vida de los seres humanos. Se erige a partir del reconocimiento del valor de la dignidad humana. No puede definirse como un derecho incondicional a estar sano, pues la salud depende de diversos factores que quedan fuera del control directo del Estado como la estructura biológica de cada ser humano y las condiciones en las cuales se habita. En consecuencia se entiende que el derecho a la salud, consiste en “el acceso al nivel más alto de posible de salud física y mental” lo que implica el “derecho a disfrutar de un conjunto de bienes instalaciones, servicios y condiciones” necesarios para su realización.¹

Su carácter “inclusivo” comprende los factores determinantes básicos de la salud como disponer de agua potable, saneamiento, condiciones sanitarias adecuadas, alimentos aptos para el consumo, nutrición y viviendas adecuadas, condiciones de trabajo y medio ambiente salubre, educación e información en cuestiones de salud e igualdad de género.²

La construcción del concepto de salud, originariamente incorporado en textos de máxima jerarquía constitucional sin mayores especificaciones ha ido profundizándose en función de los principios de igualdad y no discriminación. El derecho a acceder al nivel más alto de salud física y mental comprende todos los niveles de atención, tanto el preventivo como el de atención clínica o tratamiento, así como también post tratamiento. Con el transcurso del tiempo se han desarrollado aspectos de la salud que incorporan lo sexual y reproductivo, habiéndose legislado a tales efectos como una de las prestaciones sanitarias

¹ Puede ampliarse en OMS ONU. “El derecho a la salud”. Folleto informativo No. 31. Ginebra, 2008.

² Ilustra significativamente este concepto ZOBOLI al señalar: “La salud y la enfermedad provienen del modo de vivir de las personas, incluyendo su inserción en los momentos de producción y reproducción social. Mas que un estado es un proceso salud enfermedad, determinado por factores históricos y sociales constituyentes y determinantes” ZOBOLI, Elma. “Salud integral”. En Diccionario Latinoamericano de Bioética. (Juan Carlos Tealdi Coordinador). Editado por UNESCO, RedBioética y la Universidad Nacional de Colombia. Colombia, 2009, pp. 565 y ss.

y sin distinción etárea lo que implicó una nueva demanda de los usuarios y pacientes en relación al clásico modelo de atención sanitaria.³

Todo este proceso determina que el derecho de los habitantes a acceder al más alto nivel de vida posible, demande a los Estados la instrumentación de políticas públicas que aseguren la igualdad de oportunidades a la población; la prevención en su amplia perspectiva así como el tratamiento de patologías y enfermedades de todo tipo incluyendo las limitantes y crónicas; la obtención de medicamentos y tratamientos esenciales que las permitan enfrentar o paliar los efectos que las patologías puedan tener para los pacientes en su vida cotidiana; la educación e información a nivel generalizado; además de la necesaria participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional.

El desarrollo del derecho humano a la salud unido a la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito sanitario, han puesto de manifiesto la necesidad de proteger el vínculo con la libertad y auto determinación de la persona también en el ámbito sanitario lo que irrumpe en una realidad social que basada en el respeto a los derechos humanos exige una mirada integral de la condición del individuo. El reconocimiento y respeto a la libertad en el ámbito sanitario comprende una constante evolución en aras de fortalecer la auto determinación del sujeto en relación a las decisiones sanitarias que le incumben. El consentimiento “libre e informado” de la persona tanto en la etapa de prevención, diagnóstico o terapéutica e incluso en relación a las decisiones que vinculan al final de sus días, órganos, células y tejidos, constituye un requisito sustancial para asegurar la protección del derecho a la autonomía. Esto supone el reconocimiento de la capacidad y necesidad de consentir tratamientos, medicamentos, prácticas y todo tipo de decisiones en relación al cuerpo. Esta evolución conlleva un cambio de paradigma en la “relación paciente –equipo asistencial”, proceso que apunta a sustituir el modelo “paternalista” a otro basado en la “autonomía”, reconociendo en los individuos la capacidad y necesidad de asumir las decisiones que vinculan a su propia condición humana lo que no implica desconocer la existencia de límites en función del interés general o decisiones que afecten a terceros. Entre diversos aspectos puede verse el avance en relación al reconocimiento del derecho a no ser sometido a investigaciones médicas sin consentimiento de la persona respetando el principio de autonomía. Así también el derecho a no ser sometido a esterilizaciones forzadas o cualquier tipo de violencia sexual o de otra índole.⁴

II. CONSAGRACIÓN NORMATIVA FUENTE NACIONAL E INTERNACIONAL

El derecho a la salud está reconocido en la gran mayoría de las constituciones nacionales tanto en países desarrollados como otros que no alcanzan tales niveles de desarrollo.⁵ Dentro

³ La ley 18426 de diciembre 2008 “Defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva”, estableció la obligación del Estado de garantizar condiciones para el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población. A tales efectos deberá promover “políticas nacionales de salud sexual y reproductiva, diseñará programas y organizará servicios para desarrollarlos”. Disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3968148.htm> Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

⁴ El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ONU) establece en su artículo 7: “Nadie será sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

de éstas algunas fórmulas incluyen el derecho a la salud y el deber de cuidar y atender la propia salud como derechos inherentes a la persona humana. En materia legislativa se verifican diferentes previsiones sobre la salud como derecho humano. Leyes que consagran “derechos y obligaciones de pacientes y usuarios” (es el caso de Uruguay con la aprobación de la ley 18335 en 2008) con perspectivas que profundizan las nuevas dimensiones sanitarias y otras previsiones más específicas como ser las relativas a la “donación y trasplante de órganos, células y tejidos”; “voluntades anticipadas”; “reproducción asistida”; “derechos sexuales y reproductivos” ya mencionada. El proceso apunta a introducir especificaciones más concretas referidas a la condición de salud, promoviendo en algunos casos su consagración con jerarquía constitucional.

Uruguay introdujo la protección de la salud en la reforma de la Constitución de 1934.⁶ El artículo 44 de la Constitución establece la obligación del Estado de procurar el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes lo que supone el reconocimiento implícito del derecho humano a la salud que comprende los aspectos médicos, éticos y sociales. Desde la mirada inclusiva que referimos anteriormente, la interpretación del texto constitucional nos lleva a vincularlo con el derecho a la vida, la integridad física, el entorno vital, la igualdad y la libertad lo que se proyecta a través de los artículos 7, 8, 10, 47 y 72. La norma constitucional prevé el “deber de cuidar de la propia salud” y “asistirse en caso de enfermedad” lo que correlativamente puede entenderse tal como enseña CASSINELLI MUÑOZ, como el derecho a cumplir con los deberes que la Constitución establece.⁷ Ante este derecho - deber, el tercer inciso del mismo artículo 44 dispone que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los “indigentes o quienes carecen de recursos suficientes”. Esta previsión viene a compensar la desigualdad de quienes carecen de recursos que les impiden hacer efectivo el derecho de cumplir con los deberes que la Constitución ordena. Esto es, cuidar efectivamente de la salud.

En el plano **internacional** el derecho a la salud ha sido reconocido y definido en diversos documentos de alcance universal y regional, tanto americano como europeo. La Declaración Universal de diciembre 1948⁸ estableció el derecho a la salud desde la perspectiva inclusiva e integradora al prever que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios necesarios” en el artículo 25. El documento pone énfasis en el valor de la dignidad. En lo regional la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de ese mismo año⁹, incorporó en el artículo XI el derecho de toda persona a que su salud sea preservada

⁵ Puede ampliarse en OMS ONU. “El derecho a la salud”. Folleto informativo No. 31. Ginebra, 2008. pp. 15 y 16.

⁶ Incorporación que se nutre de la influencia de corrientes del derecho comparado que se vieron plasmadas en las primeras décadas del siglo XX, en las Constituciones de Querétaro en México y Weimar en Alemania.

⁷ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. La salud como derecho humano. En Diccionario Latinoamericano de Bioética. (Juan Carlos Tealdi Coordinador). Editado por UNESCO, RedBioética y la Universidad Nacional de Colombia. Colombia, 2009, pp. 242 y ss.

⁸ Fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 (ONU). Puede ampliarse en BLENGIO VALDÉS, Mariana. “Derechos Humanos en movimiento”. Santillana, Montevideo, 2005.

⁹ Fue adoptada en mayo de 1948 en la XI Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá junto con la aprobación de la Carta de la OEA.

por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica.¹⁰

En el año 1966 se adoptan los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PDCP) y Económicos Sociales y Culturales (PDESC) los que conformarán el eje central de protección universal (ONU) desde una perspectiva general en relación a la especificidad de los sujetos de derecho.¹¹ El PDESC establece que: “Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (artículo 12). Como ya hemos visto el Comité creado en virtud de este Pacto ha formulado importantes desarrollos en relación al artículo 12 que consagra el derecho en estudio. Establece además medidas que deben adoptar los Estados para la plena efectividad del derecho que aseguren a todos la asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad (inciso d) lo que incluye el acceso a medicamentos.

El reconocimiento y protección del derecho humano a la salud se complementa además con la aprobación de otros tratados que consagran el derecho a la salud de diversa forma y alcance, con aspectos singulares en relación al sujeto titular del derecho y/o las situaciones de especial vulnerabilidad. A modo de ejemplo conviene revisar las previsiones contenidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) artículo 12¹²; la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) artículo 24¹³; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) artículo 25¹⁴

En el ámbito **regional** el derecho humano a la salud ha sido objeto de previsiones generales que la comprenden como la del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras que la desarrollan como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).¹⁵ En el artículo 10 se consagra el derecho de toda persona a la salud, entendida ésta como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Agrega que con el fin de hacerlo efectivo las parte se comprometen a reconocer la salud como un “bien público” y particularmente a adoptar medidas concretas que promuevan la atención integral en toda su extensión. El inciso f) prevé específicamente la satisfacción de las necesidades de salud por los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza son los más vulnerables.

¹⁰ Estas dos declaraciones son hitos fundamentales para el posterior desarrollo normativo en materia de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA). Con sus agencias y demás órganos especializados como ser la propia Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), UNESCO, UNICEF, ONUSIDA y el Fondo de Población de las Naciones Unidas.

¹¹ El PDCP y su Protocolo Facultativo fueron adoptados el 16 de diciembre de 1966 y ratificados por Uruguay por Ley 13751. En el año 1989 se aprobó el Segundo Protocolo Facultativo referido a la Abolición de la Pena de Muerte el que fuera ratificado por Uruguay por ley 16279. El PDESC fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 y su Protocolo Facultativo en 2008. Uruguay ratificó este último por Ley 19029.

¹² Uruguay la ratificó por Decreto Ley 15164 de 4 de agosto 1981. Artículo 11.1 f, 12, 14 2) b).

¹³ Uruguay la ratificó por Ley 16137 de 28 de setiembre 1990. Artículo 24.

¹⁴ Uruguay la ratificó por Ley 18418 de 20 de noviembre 2008. Artículo 25.

¹⁵ Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

Tratados más recientes del sistema regional como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015) ¹⁶ presentan interesantes avances en la dimensión misma del derecho humano a la salud incluyendo una novedosa perspectiva bioética. El texto refiere a problemáticas específicas y amplias. Consagra el derecho de las personas mayores a recibir servicios de cuidado a largo plazo (artículo 12) y el derecho a la salud física y mental sin ningún tipo de discriminación (artículo 19). En forma extensa la previsión enumera aspectos relativos a la atención sanitaria que incluyen la obligación de los Estados de diseñar e implementar políticas públicas inter sectoriales de salud orientadas a la atención integral. Otros vinculados a la necesidad de garantizar el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad para las personas con enfermedades transmisibles y no transmisibles incluyendo aquellas de transmisión sexual. Se previó asimismo la obligación de garantizar a la persona mayor la disponibilidad y el acceso a medicamentos reconocidos como esenciales por la OMS incluyendo los necesarios para cuidados paliativos.

El proceso de consolidación de la salud como derecho humano se une intrínsecamente a aspectos esenciales como el daño y el beneficio a la persona, tanto en la dimensión de la clínica como de la investigación. Ese entronque entre el Derecho de los Derechos Humanos y la Bioética se proyecta entre otros factores a partir de revolución que el avance científico y tecnológico produce en la vida, bienestar y salud de la familia humana. Tres declaraciones a nivel universal completan el panorama en relación a los instrumentos reseñados y proporcionan un marco normativo que promueve la “confluencia de pensamientos desde distintos campos y culturales regionales del mundo” en una relación “clara e indivisible con los Derechos Humanos”. Ellas son la Declaración Universal del Genoma Humano y Derechos Humanos (1997); la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos (2003) y la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (2005) adoptadas todas por la Conferencia General de la UNESCO. ¹⁷

Durante la segunda mitad del siglo XX especialmente el desarrollo científico y los avances bio tecnológicos determinan que las expectativas de vida se alarguen notoriamente. Paulatinamente se instala en la sociedad la idea de la longevidad y la inmortalidad alimentada desde lo intelectual y filosófico por otras disciplinas¹⁸. Los tratamientos y medicamentos pasan a ser protagónicos en este escenario en el cual las personas exigen atención y servicios, que sean eficaces y de calidad y les aseguren las condiciones para vivir, sobrevivir y morir en condiciones dignas.

III. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS A PARTIR DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

El rol del Estado resulta primordial para asegurar el goce de este derecho humano. No ya como un objetivo programático o a largo plazo, sino como una imperiosa necesidad de promover la debida atención sanitaria resolviendo a través de estrategias y políticas

¹⁶ Uruguay ratificó la Convención por ley 19430 de 8 setiembre 2016.

¹⁷ Pueden verse las tres declaraciones reseñadas y ampliarse en: <http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/social-and-human-sciences/bioethics/> Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

¹⁸ “El hombre bicentenario” constituye un significativo ejemplo que proyecta y cuestiona la idea de la inmortalidad al dar, su autor, ISAAC ASIMOV, vida a un robot que quiere morir como un ser humano.

públicas los obstáculos o límites que se generan a la hora de disponer de recursos económicos limitados. Así pueden verse los desarrollos jurisprudenciales en el ámbito internacional que invocan el compromiso de los Estados de observar el principio de progresividad en derechos de esta naturaleza con fuerte componente económico y social. A modo de ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en nuevos desarrollos jurisprudenciales, dos tipos de obligaciones que se derivan de los derechos de naturaleza económica y social protegidos en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las obligaciones de “exigibilidad inmediata” y aquellas de “realización progresiva”. Al respecto la Corte destaca que: “la obligación de la realización progresiva de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante DESC) prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para la efectiva protección de estos derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las persona ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal”.¹⁹ El órgano jurisdiccional concluye que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰ protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de esos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que están sujetas a obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de la Corte en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento.²¹ Su fundamentación se basa además de las cuestiones formales, “en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales y ambientales así como su compatibilidad con el objeto y fin de la CADH que es la protección de los derecho fundamentales de los seres humanos”.

Por su parte los desarrollos de los órganos internacionales de observancia de los tratados en el ámbito internacional y concretamente los documentos que emanan del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC) permiten proyectar las nuevas dimensiones del derecho humano a la salud. Entre las 24 observaciones generales emitidas a la fecha por este Comité de expertos independientes²² destacamos las siguientes: No. 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel de salud” ; No. 15 sobre “El derecho al agua”; No. 19 relativa al “Derecho a la seguridad social”; No. 20 que aborda “La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales”; No. 22 sobre “Derecho a la salud sexual y reproductiva” y No. 24 sobre “Obligaciones de los Estado en el contexto de las actividades empresariales”.

Según el Comité de DESC en la Observación No. 14 del año 2000 relativa al disfrute del más alto nivel posible de salud constituyen aspectos relevantes en relación a las obligaciones

¹⁹ Sentencia Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Ver B.4.1.1. (párrafo 141 y ss.) Estándares sobre el derecho a la salud aplicable en relación con el principio de progresividad.

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm Fecha de consulta: 10 de agosto 2019.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ratificada por Ley 15737 de 8 de marzo 1985. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15737-1985/15> Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

²² Disponibles en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

estatales: respetar y facilitar el acceso a bienes y servicios de salud; adoptar leyes y otras medidas así como tomar disposiciones apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario y judicial para que sea efectivo el derecho a la salud.²³

En la última de las observaciones emitidas por el Comité DESC (No. 24), se destaca la necesidad de que se implemente una regulación e intervención directa del Estado en relación a la restricción de publicidad que condicione o afecte el goce de la salud como valor humano. Específicamente observa la necesidad de restringir la comercialización y publicidad de determinados bienes y servicios a fin de “proteger la salud pública” por ejemplo los productos sucedáneos de la leche materna; y los estereotipos de género y discriminación.²⁴

IV. CUIDADOS PALIATIVOS.

Lo anteriormente expresado nos permite reafirmar la existencia de nuevas dimensiones del derecho humano a la salud, las que comprenden aspectos hace décadas inexplorados o no conceptualizados que se desprenden del derecho en sí mismo. Su evolución observa un proceso paulatino de desarrollo por parte de las autoridades sanitarias y un empoderamiento de los usuarios y pacientes. Entre esta nueva dimensión encontramos los “cuidados paliativos”, prestaciones reconocidas expresamente en el contexto del derecho humano a la salud, que deben ser proporcionados por los Estados en el marco de sus obligaciones de respeto, protección y promoción de los derechos humanos y específicamente la salud. Los cuidados paliativos ponen su mirada central en la persona y deben proporcionarse a través de servicios de salud integrados.

La Organización Mundial de la Salud señala que los cuidados paliativos constituyen “un enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y sus allegados cuando afrontan problemas de orden físico, sicosocial o espiritual inherentes a una enfermedad potencialmente mortal”.²⁵ Esta perspectiva apuesta a mejorar la calidad de vida a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación lo más temprana posible, el tratamiento del dolor y problemas vinculados a ello tal cual se expresó. Los cuidados paliativos comprenden niños, niñas, adolescentes y adultos. Además de los allegados de los pacientes. Según la OMS “los programas de asistencia paliativa deben utilizar el trabajo en equipo para brindar apoyo a los pacientes y a quienes les proporcionan cuidados. Comprende atención de necesidades prácticas y apoyo psicológico a la hora del duelo”. Según la OMS actualmente solo un 14 % de la población mundial que necesita cuidados paliativos la recibe. Se estima que anualmente 40 millones de personas necesitan cuidados paliativos y el 78 % de ellas viven en países de ingreso bajo e ingreso mediano.²⁶

²³ Disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14 Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

²⁴ Observación General No. 24. Punto 19. Disponible en: <https://conferences.unite.un.org/documentrepository/indexer/MultiLanguageAlignment.bitext?DocID=238ac05a-066d-4462-83ec-0dd2919b20dc&language1=ENGLISH&language2=Span> Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

²⁵ OMS. Cuidados paliativos. Datos y cifras. Disponible en: <https://www.who.int/s/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care> Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

²⁶ OMS. Cuidados paliativos. Datos y cifras. Disponible en: <https://www.who.int/s/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care> Fecha de consulta: 10 agosto 2019

En relación a la dimensión bioética de los cuidados paliativos, DE SIMONE expresa que las mismas se centran en “el equilibrio apropiado entre luchar por la vida pero aceptando que la muerte es inevitable en el contexto de una enfermedad incurable; a promover la identificación del sufrimiento en sus dimensiones (física, emocional, mental y espiritual) y su alivio, sin necesidad de indicar tratamientos fútiles ni de prolongar artificialmente la agonía, a sostener las demandas que presentan las personas con enfermedades limitantes de la vida y las de su entorno familiar, constituyendo ambos la unidad de tratamiento y a privilegiar las vivencias y valores subjetivos de las personas, antes que promover una imparcialidad objetiva que desnaturaliza la esencia del sufrimiento humano. La valorización de la dimensión subjetiva y la jerarquización de las vivencias de los sujetos constituyen aspectos vinculados a la ética del cuidado”.²⁷

Los cuidados paliativos no se circunscriben a una única enfermedad como generalmente se visualiza por la población, siendo una prestación no frecuentemente demandada por lo general en relación a los reclamos frecuentes de los usuarios y pacientes. La falta de información en esta temática constituye uno de los impedimentos para la “apropiación por parte de la población de este recurso” y la consolidación efectiva de la prestación. Además de otros obstáculos como la capacidad económica de los centros sanitarios lo que incluye la profesionalización del equipo asistencial.

La OMS identifica que la mayoría de los adultos que necesitan cuidados paliativos padecen enfermedades crónicas como ser: cardiovasculares (38%), cáncer (34%), respiratorias crónicas (10.3%), sida (5.7%) y diabetes (4.6%). Otras afecciones como la insuficiencia renal, enfermedades hepáticas crónicas, esclerosis múltiple, enfermedad de Parkinson, artritis reumatoide, enfermedades neurológicas, demencia, anomalías congénitas y tuberculosis resistente a los medicamentos requieren asistencia paliativa.²⁸ Los cuidados paliativos también se deben proporcionar a niñas, niños y adolescentes e incluso se prevé la asistencia en fetos y no nacidos en el vínculo con los progenitores y la familia.²⁹ Del punto de vista normativo aspectos relacionados con la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes resultan relevantes al momento de la adopción de decisiones.³⁰

Según la OMS “es el dolor uno de los síntomas más frecuentes y graves experimentados por los pacientes que necesitan cuidados paliativos”. Para lo cual los analgésicos opiáceos

²⁷ DE SIMONE, Gustavo. Cuidados paliativos. En Diccionario Latinoamericano de Bioética (Tealdi, JC Coordinador). Editado Unesco y Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 88 y ss.

²⁸ OMS. Cuidados paliativos. Datos y cifras. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care> Fecha de consulta: 1 agosto 2019.

²⁹ Sobre el punto puede verse BERNADA, Mercedes et al. Abordaje del niño con una enfermedad pasible de cuidados paliativos: Visión desde la Unidad de Cuidados Paliativos del Centro Hospitalario Pereira Rossell. *Arch. Pediatr. Urug.* [online]. 2010, vol.81, n.4 [cited 2019-08-19], pp.239-247. Los autores abordan aspectos vinculados con la atención de niños y niñas en Hospitales Pereyra Rossell analizándose aspectos tales como identificación y respeto de necesidades, preferencias y valores del niño y la familia; equipo de trabajo; comunicación y toma de decisiones. Disponible en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-12492010000400004&lng=en&nrm=iso ISSN 1688-1249. Fecha de consulta: 1 agosto 2019.

³⁰ En materia normativa pueden verse la Convención de los Derechos del Niño cuyo artículo 12 expresa el derecho de los niños que están en condiciones de hacerlo a expresar su opinión en todos los asuntos que afectan al mismo. El Código de Niñez y la Adolescencia (ley 17823) reafirma el derecho de niños niñas y adolescentes de acuerdo a la evolución de sus facultades a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

son esenciales. Según datos de la Organización “el 80 % de los pacientes con sida o cáncer y el 67 % de los pacientes con enfermedades cardiovasculares o pulmonares obstructivas experimentarán dolor entre moderado e intenso al final de sus vidas. Los opiáceos pueden aliviar síntomas como la dificultad de respirar. Controlar estos síntomas en una etapa temprana es una obligación ética para aliviar el sufrimiento y respetar la dignidad de la persona”.³¹

En el ámbito internacional barreras de índole económica alejan los cuidados paliativos de las prestaciones a brindar a la población en general aunque no son los únicos obstáculos indicadores de un acceso insuficiente. La carencia de políticas y sistemas nacionales de asistencia paliativa, la falta de formación de personal sanitario y las dificultades de acceso de la población a opiáceos hace que estos cuidados se transformen en desafíos a materializar en aras de asegurar el efectivo y pleno goce de la salud en casos de patologías crónicas o irreversibles entre otras. Influyen también en la carencia de instrumentación de este tipo de cuidados, obstáculos culturales y sociales y errores de concepto como por ejemplo que solo se habrán de brindar a pacientes con cáncer. Así también los pre conceptos o estereotipos sobre la toxicomanía como una consecuencia del suministro de drogas para el alivio del dolor. Los datos a nivel mundial de carencia en este tipo de prestaciones son relevantes. Varían según los países y el nivel de desarrollo.

V. ¿QUÉ SIGNIFICA PALIAR EL DOLOR?

Como se depende de la definición proporcionada la atención sanitaria en este ámbito conlleva asimismo aspectos de carácter espiritual y psicológico del usuario o paciente que debe ser considerado integralmente y también en vinculación con su entorno familiar y social. Los cuidados paliativos están proyectados para mejorar la calidad de vida en todo el curso de la enfermedad y ciclo vital. Los cuidados se destinan a la atención de enfermedades limitantes, crónicas, avanzadas o incurables. Los cuidados paliativos comprenden la atención integral e interdisciplinaria de los pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores que pueden ser evitables. Tienen como cometido mejorar la calidad de vida de la persona enferma durante todo el proceso cuya duración es variable, y hasta el final de sus días. En muchos casos implica una atención al control del dolor, de todos los síntomas, además de la preocupación por atender los problemas de relación de tipo emocional, espiritual o familiar de la persona y su entorno. En relación a la etapa final de la vida no se busca retrasarla ni acelerarla sino dejar que la misma siga su curso natural.

Los cuidados paliativos comprenden componentes no solo físicos sino también emocionales que pretenden asegurar al usuario o paciente una atención integral que le asegure el tratamiento total del dolor y le ayuden a lograr calidad de vida durante todo el proceso que dure su enfermedad.

Los principios éticos en cuidados paliativos generalmente aceptados en los Códigos de Ética son los siguientes: principio de inviolabilidad de la vida humana; principio de proporcionalidad terapéutica; principio de doble efecto en el manejo del dolor y la supresión

³¹ OMS. Cuidados paliativos. Datos y cifras. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care> Fecha de consulta: 1 agosto 2019.

de la conciencia, principio de prevención y principio de no abandono. Destaca SERNA que el modelo de atención médica que comprende estos principios en materia de cuidados paliativos “contiene un potencial para un profundo cambio en la cultura médica contemporánea, frente a la lógica del recurso tecnológico que con frecuencia nos lleva a considerar que es éticamente justificable o incluso exigible todo lo que es técnicamente posible”.³²

VI. CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS EN URUGUAY.

La ley 18335 sobre “Derecho y Obligaciones de pacientes y usuarios” aprobada en el año 2008³³ comprende incorpora nuevas dimensiones en relación al derecho humano a la salud y los derechos relativos a la dignidad humana. El artículo 6 establece que toda persona tiene el derecho a acceder a una atención integral que comprenda todas aquellas acciones destinadas a la promoción, protección, recuperación, rehabilitación de la salud y “cuidados paliativos” de acuerdo a las definiciones que establezca el Ministerio de Salud Pública. El artículo 17 prevé que todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno, y a procurar que en todos los procedimientos de asistencia médica se evite el dolor físico y emocional de la persona cualquiera sea la situación fisiológica o patológica (inciso B). El artículo comprende otras previsiones relativas a la dignidad en el final de la vida y el respeto de la condición humana en el ámbito sanitario.

Por su parte el Código de Ética Médica del Colegio Médico del Uruguay aprobado por Ley 19286, comprende varias previsiones referidas al tema tanto en la Declaración de Principios Fundamentales como en el capítulo referido al final de la vida.³⁴

Los cuidados paliativos constituyen una prestación obligatoria en Uruguay y deben proporcionarse a nivel nacional. Los derechos de los usuarios del Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) comprenden el “recibir asistencia de calidad humana y especializada a lo largo de todo el ciclo vital, incluso al final de la vida, lo que se denomina “cuidados paliativos”.³⁵ El Estado uruguayo reconoce el derecho a “recibir un tratamiento efectivo para el dolor en todas sus dimensiones (físico y emocional) y evitarlo siempre que sea posible de acuerdo a la evolución de la patología”. Así también a “recibir asistencia de calidad humana y especializada a lo largo de todo el ciclo vital, incluso al final de la vida”, reconociendo en ello a los cuidados paliativos. Las pautas que lo rigen son: cobertura universal; asistencia por equipo interdisciplinario; asistencia continua y asistencia de acuerdo al nivel de complejidad.

En el año 2016 Uruguay ratifica la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (ley 19430) la cual contiene diversas

³² SERNA, Ismael. Principios éticos en cuidados paliativos. En Diccionario Latinoamericano de Bioética. Editado por UNESCO y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2008, pp. 91.

³³ Ley 18335 de 2008. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18335-2008> Fecha de consulta: 10 de agosto 2019.

³⁴ Disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp889109.htm> Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

³⁵ Conoce tus derechos. MSP. Montevideo, 2019, pp. 13. Disponible en: https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/sites/ministerio-salud-publica/files/documentos/publicaciones/MSP_DERECHOS_USUARIOS_SALUD.pdf Fecha de consulta: 17 agosto 2019.

previsiones relacionadas con los cuidados paliativos y la dignidad en la muerte a fin de promover la igualdad y no discriminación de todos los mayores de 60 años. Aborda temáticas de especial relevancia como la toma de decisiones en materia de salud, cuidados paliativos y otros aspectos. Esta normativa se suma a la antes relacionada y permite fortalecer esta nueva dimensión de la salud y el tratamiento paliativo.

VII. COBERTURA EN MATERIA DE CUIDADOS PALIATIVOS EN URUGUAY

En la práctica asistencial los cuidados paliativos existen en el país desde el año 1985 y observan a partir de su obligatoriedad un progresivo aumento que apuesta a superar las dificultades que co existen para brindarlo.

El 36 % iniciaron actividades antes del 2012 en base a iniciativas personales o institucionales. El 64 % lo hacen una vez que se incorpora como prestación a nivel ministerial³⁶.

En noviembre de 2013 el Ministerio de Salud Pública formalizó un Plan Nacional de Cuidados Paliativos con “Guía de buenas prácticas para su implementación” a través del Area de Enfermedades Crónicas No Trasmisibles – DPES – DIGESA.³⁷ Se destaca en esta guía: i) la definición de cuidados paliativos: “enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas, físicos, psicológicos y espirituales”. En segundo lugar: ii) los principios generales que hacen a la existencia misma de los cuidados paliativos como su universalidad; atención integral, centrada en el paciente y con enfoque biopsicosocial; accesibilidad y sin costo extra, y recursos humanos especializados. En tercer lugar, iii) los criterios de inclusión a los que nos remitimos expresamente. Estos son según la referida Guía: enfermedad incurable, avanzada y progresiva; respuesta a tratamientos baja o nula; síntomas múltiples; impacto gradual en la autonomía física; intenso impacto emocional en el paciente, familiares y profesionales, pronóstico de vida limitado, dilemas éticos frecuentes relacionados con la nutrición, hidratación, altas y bajas del hospital; nivel alto de necesidades de atención. También se estableció que los niños pasibles de cuidados paliativos son aquellos que: “requieren tratamiento curativo o para prolongar la vida; que requieran tratamiento prolongado para mejorar y mantener la calidad de vida; no tienen opción de tratamiento curativo; o tienen afectación neurológica severa, no progresiva que derivan en vulnerabilidad y complicaciones que pueden causar la muerte prematura”. En el Anexo I del Plan se especifican las “Patologías pasibles de recibir asistencia paliativa” (oncología; enfermedad avanzada pulmonar; insuficiencia cardíaca; enfermedad hepática avanzada; insuficiencia renal crónica avanzada; demencias terminales; esclerosis múltiple y lateral amiotrófica; sida en etapa terminal). En el caso de niños los detalla en grupos en la medida que presenten

³⁶ Situación de los cuidados paliativos en Uruguay. Informe observatorio Nacional 2016. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/INFORME%20SITUACION%20CUIDADOS%20PALIATIVOS%202016%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/INFORME%20SITUACION%20CUIDADOS%20PALIATIVOS%202016%20(2).pdf) Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

³⁷ Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/GUIA%20DE%20BUENAS%20PRACTICAS%20CP_0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/GUIA%20DE%20BUENAS%20PRACTICAS%20CP_0%20(1).pdf) Fecha de consulta: 1 agosto 2019.

enfermedades o condiciones de salud que amenacen o limiten su vida. En el Anexo II atiende criterios de complejidad. En el III la medicación necesaria para asistencia paliativa; en el IV las competencias profesionales del equipo de cuidados³⁸

Según informe nacional de Cuidados Paliativos de 2017 elaborado por el MSP en el año 2017 se asistieron 8206 pacientes en todo el país con patologías oncológicas y no oncológicas (adultos y niñez) lo que corresponde al 50 % de la población pasible en recibirlos. Analizado por regiones la cobertura en el norte del país si bien ha aumentado es menor. También es desigual en el sector público y privado.³⁹

Entre las asignaturas pendientes para instrumentar esta prestación se encuentran la universalización de la cobertura a mayores y niños a nivel nacional tanto para patologías oncológicas como no oncológicas; la dedicación amplia del personal sanitario incluyendo médicos, enfermería, asistentes sociales, psicólogos a la especialización para asegurar que la misma se brinde en todas las modalidades de asistencia de forma continua. Esto es: internación, domicilio consultorio y guardia telefónica. Los principales obstáculos visualizados en sucesivos informes oficiales se sintetizan en: escasez de recursos humanos; falta de capacitación sobre cuidados paliativos por parte de los profesionales que no derivan a los pacientes; baja carga horaria de los especialistas en cuidados paliativos; falta de formación universitaria en la temática; falta de conocimiento de las autoridades de los cuidados de este tipo lo que determina escaso apoyo.⁴⁰

VIII. PROYECCIÓN DE LA TEMÁTICA EN EL SIGLO XXI.

Las nuevas dimensiones del derecho a la salud comprenden aspectos de especial sensibilidad e importancia a nivel social. Uno de ellos lo constituye el derecho a cuidados paliativos. Como se ha visto su reconocimiento a nivel normativo tiende a consolidarse ya sea en el ámbito legislativo o en vinculación con fuentes internacionales o las propias constituciones. Desarrollos jurisprudenciales en el ámbito internacional van en consonancia con este proceso que progresivamente va incrementando una aproximación a la temática acorde con las nuevas exigencias del mundo moderno vinculadas a los procesos asistenciales y a la perspectiva bioética.

Dentro de los obstáculos que emergen de los informes del MSP reseñados⁴¹, se visualizan las insuficientes oportunidades de formación universitaria o carencias en la formación especializada en la materia. Lo que coincide con las indicaciones que emanan de la OMS en relación a la consolidación de este tipo de cuidados⁴². La capacitación y formación en cuidados paliativos debería incorporarse como estrategia nacional a nivel sanitario y en

³⁸ Ver documento anterior, pp. 6 y 7.

³⁹ Informe 2017 Área Programática Cuidados Paliativos MSP. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MSP_INFORME_NACIONAL_CUIDADOS_PALIATIVOS.pdf Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

⁴⁰ Situación de los cuidados paliativos en Uruguay. Informe observatorio Nacional 2016. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/INFORME%20SITUACION%20CUIDADOS%20PALIATIVOS%202016%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/INFORME%20SITUACION%20CUIDADOS%20PALIATIVOS%202016%20(2).pdf) Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

⁴¹ Situación de los cuidados paliativos en Uruguay. Informe observatorio Nacional 2016. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/INFORME%20SITUACION%20CUIDADOS%20PALIATIVOS%202016%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/INFORME%20SITUACION%20CUIDADOS%20PALIATIVOS%202016%20(2).pdf) Fecha de consulta: 10 agosto 2019.

⁴² Acceso insuficiente a cuidados paliativos. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care> Fecha de consulta: 10 agosto 2017.

coordinación con instituciones educativas terciarias a modo de política pública. Así también la previsión de actividades de educación permanente en todas las especialidades médicas y de enfermería como base, sensibilizando al colectivo médico y asistencial en forma amplia e integradora. Lo que incluyen como señalamos diversas profesiones no solo médicas, y las personas que cumplen diversos roles a nivel sanitario, y que en forma imprescindible deben integrar los equipos asistenciales en cuidados paliativos: enfermería, asistentes sociales, sicología, administrativos y voluntarios.

Agregaríamos a esta lista, la necesidad de formación de esta temática en el ámbito jurídico para la comprensión de los operadores del derecho en la función que deban cumplir ya sea como magistrados, defensores, litigantes o asesores, para que conozcan y reconozcan la temática como parte de la dimensión jurídica del derecho humano a la salud y las obligaciones estatales.

Como complemento de la política pública y también como estrategia para eliminar obstáculos cuya identificación también consta en los informes reseñados, sería de especial relevancia la implementación de actividades permanentes y campañas informativas a la población del contenido, importancia y alcance de esta prestación. Quien no conoce la existencia de un derecho difícilmente pueda invocarlo y procurar hacerlo efectivo. Es obligación de los Estados incorporar estrategias de difusión y sensibilidad de la población en materia de derechos humanos y específicamente la salud como un valor a proteger y promover. Una estrategia comunicacional como parte de la política pública en coordinación asimismo con los centros educativos formales y no formales.

La falta de formación o conocimiento de la temática en materia de gestión y específicamente a nivel de autoridades de centros asistenciales, que promuevan o habiliten la consolidación de equipos interdisciplinarios puede constituir otro de los obstáculos a sanear. Así se identifica en informes del MSP del año 2016 y 2017. Su consideración especial facilitará la búsqueda de estrategias que permitan instalar los cuidados paliativos a nivel país y en los diversos centros asistenciales de modo de acortar la brecha entre aquellos que pueden disponer del servicio en el sector privado y el público. Otro elemento a analizar consiste en atribuir a los profesionales la debida carga horaria para que puedan disponer de esta especialidad como eje central de su labor y no compartida en el marco laboral con otras obligaciones. Proporcionando además a nivel institucional los debidos recursos materiales para el desarrollo de la tarea.

Por último y con el mismo objetivo de promover la temática apostando a la eliminación de obstáculos que la enlentecen o frenan, resulta de interés destacar la necesidad de trabajar y promover la discusión de algunos conceptos a nivel jurídico en coordinación con la especialidad en sí para poder identificar el concepto de cuidado paliativo y no confundirlo con otras situaciones asistenciales. Entre algunas previsiones que pueden incorporarse a nivel legislativo se encuentra la necesidad de definir algunos aspectos vinculados al final de la vida y en forma específica a los tipos de sedación utilizados en los cuidados paliativos proporcionados en esta etapa cercana a la muerte. Todo ello con el objetivo de aclarar y desterrar la confusión existente entre la eutanasia activa, comprendida ésta como “la acción u omisión que acelera o causa la muerte del paciente”⁴¹ y la posibilidad de disminuir la conciencia del paciente para que no experimente sufrimiento al momento de morir.

⁴¹ El Código de Ética Médica del Colegio Médico del Uruguay (Ley 19286) establece que la eutanasia activa es “contraria a la ética de la profesión” médica (artículo 46). Señala que en enfermos terminales “es

Consideramos relevante insistir en que dentro de los grandes temas a debatir en el marco de las nuevas dimensiones del derecho humano a la salud, la integridad física y la vida, se encuentra la “muerte medicamente asistida” como una temática a incorporar en materia de respeto, protección y goce de los derechos humanos. Por lo pronto su debate en Uruguay resulta incipiente. Entendemos que la discusión desde la perspectiva del derecho y la bioética, facilitará la búsqueda de soluciones que proyecten el reconocimiento de la dignidad humana y el efectivo goce de los derechos y libertades inherentes a la persona.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- BERNADA, Mercedes et al. Abordaje del niño con una enfermedad pasible de cuidados paliativos: Visión desde la Unidad de Cuidados Paliativos del Centro Hospitalario Pereira Rossell. *Arch. Pediatr. Urug.* [online]. 2010, vol.81, n.4 [cited 2019-08-19], pp.239-247. Disponible en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-12492010000400004&lng=en&nrm=iso ISSN 1688-1249. G
- BERRO, Guido. Medicina Legal. Capítulo La muerte. FCU, 2013, pp. 71 y ss.
- SERNA, Ismael. Principios éticos en cuidados paliativos. En *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Editado por UNESCO y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2008, pp. 88 y ss.
- FARIAS, Gisela, BERTOLINO, Mariela y WENK, Roberto. Cuidados paliativos. Enfermedad y ética. *Perspectivas Bioéticas*. Año No. 11. Número 20. Primer semestre 2006. Número especial 10 aniversario.
- GOMEZ SANCHO, Marcos y OJEDA MARTIN, Manuel. *Paliativa Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín*. Las Palmas de Gran Canaria. Revisado por Piriz Gabriela. Cuidados paliativos. Control de síntomas. Séptima edición 2014, Montevideo Uruguay. Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/sites/ministerio-salud-publica/files/documentos/publicaciones/Libro%20CONTROL%20DE%20SINTOMAS%20EN%20CUIDADOS%20PALIATIVOS%20MINISTERIO%20DE%20SALUD.pdf> Fecha de consulta: 10 de agosto 2019.
- PASTRANA, Tania; DE LIMA, Liliana; WENK, Roberto; EISENCHIAS, Jorge; MONTI, Carolina; ROCAFORT, Javier; CENTENO, Carlos; *Atlas de cuidados paliativos en las Américas*. Primera edición 2012. Disponible en: <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/34465/1/Atlas%20de%20Cuidados%20Paliativos%20de%20Latinoamerica.pdf> Fecha de consulta: 10 de agosto 2019.
- PECES BARBA, Gregorio. *Diez lecciones sobre ética, poder y Derecho*. Instituto de DDHH Bartolomé de las Casas. Dykinson SL. Madrid, 2010.
- SCHMIDT, Ludwig. Cuidados espirituales. En *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Editado por UNESCO y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2008, pp. 91 y ss.
- ZOBOLI, Elma. “Salud integral”. En *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. (Juan Carlos Tealdi Coordinador). Editado por UNESCO, RedBioética y la Universidad Nacional de Colombia. Colombia, 2009, pp. 565 y ss.

obligación del médico continuar con la asistencia del paciente con la misma responsabilidad y dedicación, siendo el objetivo de su acción médica, aliviar el sufrimiento físico y moral del paciente, ayudándolo a morir dignamente acorde con sus propios valores. En etapas terminales a la enfermedad no es ético que el médico indique procedimientos diagnósticos o terapéuticos que sean innecesarios y eventualmente perjudiciales para la vida de los pacientes”. (artículo 49). Y agrega en el siguiente artículo (50) que el “médico deberá respetar la voluntad de un paciente que libremente ha decidido rechazar los tratamientos que se le indiquen luego de un adecuado proceso de consentimiento informado”.

LÍMITES A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA CON EMPRESAS PRIVADAS ESTATALES

*José Miguel Delpiazzo Antón **

RESUMEN. De acuerdo al régimen de contratación administrativa uruguayo, el Estado se encuentra facultado a contratar con otras entidades públicas y privadas de propiedad 100% estatal, previendo incluso la posibilidad de hacerlo de forma directa. Sin perjuicio de ello, existen ciertos límites que la Administración debe atender a fin de que dicha contratación sea ajustada a Derecho. Dichas limitaciones tienden a ser más rigurosas en los procedimientos competitivos de contratación convocados por el Estado a través del financiamiento, total o parcial, de organismos internacionales de crédito. En cualquier caso, la delimitación del procedimiento de contratación seleccionado debe enmarcarse en el deber de buena administración y en el principio de libre competencia que recoge la ley de promoción y defensa de la competencia N° 18.159, de 20 de julio de 2007.

PALABRAS CLAVES. Contratación administrativa. Entes instrumentales. Principio de libre competencia. Procedimientos de contratación con financiamiento de organismos internacionales de crédito. Buena Administración.

ABSTRACT. According to the Uruguayan administrative contracting law, the Administration is allowed to contract with other public entities and with private ones that are 100% state-owned, being allowed to do it directly. However, there are certain limits that the Administration must attend in order for such contracting to be adjusted to Law. These limitations tend to be more rigorous in the competitive contracting procedures convened by the Administration through the financing, in whole or in part, of international credit organizations. In any case, the delimitation of the selected contracting procedure must be framed in the duty of good administration and in the law N° 18.159 of promotion and defense of competition.

* Doctor en Derecho por la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto y Ayudante de Derecho Financiero en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Maestrando en Derecho y Técnica Tributaria en la Universidad de Montevideo. Autor de varios trabajos en el área del Derecho público. Correo electrónico: jose.delpiazzo@delpiazzo.com

KEYWORDS. Administrative Contracting. Instrumental entities. Free competition principle. Administrative Contracting procedures with financing from international credit organizations. Good administration.

1. INTRODUCCIÓN. Objeto y fundamento del análisis

Según puede apreciarse de las Memorias Anuales que publica el Tribunal de Cuentas de la República, existe un claro predominio, desde el punto de vista económico, del procedimiento de contratación directa respecto de la licitación público.

A modo de ejemplo, tomando en cuenta la Memoria Anual correspondiente al año 2017 –última publicada al momento de formular el presente estudio-, es posible conocer que, durante ese año, las licitaciones públicas convocadas por organismos del Estado y tramitadas durante dicho ejercicio ascendieron a \$ 47.598.754.400 y USD 84.250.143, mientras que las contrataciones directas por excepción (artículo 33, num. 3 del TOCAF) ascendieron a \$ 11.322.866.212 y USD 752.735.683¹. A ello se suma que una porción relevante de dichas contrataciones directas (aproximadamente 20% en el año 2017) fue observada por el Tribunal de Cuentas.

De ese modo, se constata que, entre ambos regímenes de contratación administrativa, más del 60% -en términos económicos- se realizan a través de contrataciones directas. Y estos parámetros son semejantes con la información obrante en las Memoria Anual de años anteriores.

De ese modo, ya no puede considerarse, por la vía de los hechos, que la contratación directa sea una excepción a la licitación pública (que sería la regla según lo presenta el art. 33 del TOCAF). Más bien, es al revés. De ese modo, parece haberse dejado de lado el fundamento por el cual la licitación pública se presentaba como la “regla” en el entendido de que es el procedimiento de contratación que presenta mayores garantías y que permite a la Administración disponer de la mayor concurrencia y variedad de opciones a la hora de seleccionar a sus contratantes.

La referida preeminencia que presenta el régimen de contratación directa se encuentra avalada, en gran medida, por la práctica legislativa de incrementar las hipótesis de excepción a la regla que debería ser la licitación pública. Ello con el agravante de que dichas excepciones se incluyen fundamentalmente en leyes de Presupuesto o de Rendición de Cuentas, en clara contradicción con el art. 216 de la Constitución (más allá del objetable respaldo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia al respecto²).

¹ Así: https://www.tcr.gub.uy/documentos/memoria_anual_2017.pdf. Fecha de consulta: 27/06/2019

² Sobre este aspecto, comparto la visión del Prof. Andrés BLANCO, quien justifica el proceder constante del legislador -a pesar de la clara norma constitucional- “en la tesis que ha mantenido la Suprema Corte de Justicia sobre este punto, rechazando sistemáticamente la inconstitucionalidad de esos textos evidentemente ajenos a lo presupuestal que se incluyen en los presupuestos y rendiciones de cuentas. En varias sentencias dicho órgano sostuvo que debe separarse el “acto presupuesto” de la “ley de presupuesto”: el primero sería propiamente la asignación de gastos por incisos y programas, y el segundo la ley que “aprueba” o “sanciona” el “acto presupuesto”. La prohibición constitucional, para la SCJ, referiría sólo al “acto presupuesto”, no a la “ley de presupuesto”, que podría pues contener textos ajenos a lo presupuestal. La tesis de la Suprema Corte de Justicia es extremadamente artificiosa y, por lo tanto, mala desde el punto de vista de la calidad argumentativa [...] Detrás de ese criterio, sin

De allí la especial relevancia de analizar el régimen de contratación directa y, fundamentalmente, aquella que habilita la contratación directa “*entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales, o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales*” (art. 33, lit. C, num. 1).

En particular, a partir del año 2009, con motivo del art. 506 de la ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008 (Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. Ejercicio 2007), se amplió la hipótesis de compra directa entre organismos y dependencias del Estado, o con persona públicas no estatales. En efecto, por dicha norma, se incluyó dentro del elenco de sujetos “habilitados” a contratar directamente con la Administración a las “*personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, la propiedad estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato*”.

Dicha excepción a la licitación pública es consonante con el fenómeno de la “huída del Derecho Administrativo”. En efecto, una de las manifestaciones principales de dicho fenómeno es que las Administraciones estatales procuran migrar hacia el Derecho privado, a través de dos modalidades³:

- a) mediante el recurso por parte de la Administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado (“fuga regulatoria”); y
- b) a través de la constitución de formas organizativas de Derecho privado (“fuga organizativa”).

Desde el punto de vista conceptual, ambos tipos de fugas plantean una serie de perplejidades.

Respecto a las primeras (“fuga regulatoria”), se plantea la contradicción de que mientras lo propio de la actividad pública es estar regida por el principio de especialidad, el principio que anima la actividad privada es el de libertad.

Respecto a las segundas (“fugas organizativas”), se traducen en la creación de “entes instrumentales” encargados de la gestión de amplios sectores de la actividad de la Administración que prescinden en su actuación de normas del Derecho Administrativo, procurando excluir los procedimientos de control y de la selección de contratistas y de funcionarios.

embargo, se adivina el temor de la SCJ de no provocar un “derrumbe legislativo”: como la inclusión de textos no presupuestales en las leyes de presupuesto es una práctica constante que lleva más de medio siglo, a pesar de la prohibición constitucional, las consecuencias de cambiar de criterio serían insospechadas en cuanto a la cantidad de leyes que serían inconstitucionales” (así: Andrés BLANCO – “Gasto público, presupuesto y deuda pública. Materiales básicos de lectura para estudiantes de Derecho Financiero”, en <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/130/123>. Fecha de consulta: 04/07/2019).

³ Ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 283.

En dicho marco, son conocidos como “entes instrumentales” de la Administración aquellas personas jurídicas constituidas o creadas por una Administración pública (dotadas de personalidad jurídica propia), y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidades del ente matriz (instrumentalidad).

Por ende, se trata de diferentes personas jurídicas, pero que sirven instrumentalmente a un mismo interés, de modo que los entes instrumentales se convierten en centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas, pero esto no evita que el ente y el órgano estatal del cual depende constituyan un “complejo orgánico unitario”.

De ese modo, sin cuestionar la legitimidad y conveniencia del régimen de contratación directa, resulta imperioso analizar la situación de contratación directa que realiza la Administración con las empresas privadas del Estado (entes instrumentales). A priori, la reforma vigente desde el año 2009 podría hacer pensar de que la misma es amplísima o sin limitación alguna. Sin embargo, lejos de eso, diversos fundamentos demuestran que la contratación directa de la Administración con entes instrumentales presenta ciertos requerimientos y límites que habrá que atender a efectos de que dicha contratación ajustada a la regla de Derecho.

Es que, “sin perjuicio del denominado fenómeno de la ‘huída del Derecho Administrativo’, es preciso tener en cuenta que la contratación administrativa implica siempre la presencia de Derecho público, de modo que cuando se habla de que la Administración celebra contratos típicos de Derecho privado, la alusión al Derecho privado estará referida en principio al objeto contractual ya que en orden a la competencia, al procedimiento, a la voluntad y a la forma regirá necesariamente un conjunto de normas típicas de Derecho público”⁴.

2. MARCO NORMATIVO

A) Los procedimientos competitivos como solución de principio en el TOCAF

Tradicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico consagró distintas formas de selección del cocontratante, contemplando diversos procedimientos según que el contrato a celebrar implicara u originara una deuda o erogación, generara un crédito o ingreso, o no tuviera por resultado, ni una deuda, ni un crédito, o sea, que resultara económicamente neutro. De entre ellos, la legislación privilegió siempre a la licitación pública como procedimiento de principio, sin perjuicio de contemplar excepciones y límites a su procedencia⁵.

Al presente, en virtud de la reforma introducida por la ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011, a partir de la cual se dictó el tercer TOCAF aprobado por el Decreto N° 150/012 de 11 de mayo de 2012⁶, el **acápite del art. 33** establece que “Las contrataciones se realizarán

⁴ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 409.

⁵ Carlos E. DELPIAZZO – “Contratación Administrativa” (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004), pág. 79 y ss.

⁶ Carlos E. DELPIAZZO - “A propósito del tercer TOCAF”, en La Justicia Uruguaya, tomo 146, sección Doctrina, pág. 3 y ss.; y “Génesis y evolución del TOCAF”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública (U.M., Montevideo, 2012), pág. 11 y ss.

mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente”.

De ese modo, sin perjuicio de la importancia que se continúa atribuyendo a la licitación pública, se erige como solución de principio la adopción de un “procedimiento competitivo expresamente previsto”. Sin perjuicio de tal afirmación, la ley contempla una serie de excepciones, que pueden agruparse en tres categorías, a saber: cuantitativas, cualitativas y específicas⁷.

Entre dichas excepciones, el **art. 33, lit. C, num. 1** establece la posibilidad de contratar “*Directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, en los siguientes casos de excepción: 1) Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales, o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, la propiedad estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato*”.

Analizando los *antecedentes* de la norma citada, en su origen, se limitaba a habilitar la excepción de compra directa únicamente “*entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales*” (art. 482 de la ley N° 15.903). Luego, expresamente se previó que las contrataciones directas con dichos organismos “*no podrán incluir la participación, directa o indirecta de empresas privadas*”, so pena de nulidad (art. 738 de la ley N° 16.736).

No obstante, en su redacción actual -a través del art. 506 de la ley N° 18.362, actualizada mínimamente por el art. 17 de la ley N° 19.149- se observa un movimiento pendular que amplía significativamente el elenco de sujetos con los cuales se puede contratar directamente. Así, no solo se habilita la contratación directa “*entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales*” sino que también con las “*personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales*”.

En orden a la caracterización de la contratación directa, se trata de un procedimiento a través del cual la Administración elige discrecionalmente al cocontratante y luego celebra con él, el contrato respectivo. Por eso, el calificativo de directa está aludiendo a ese poder jurídico que, en determinados supuestos tiene la Administración, de seleccionar discrecionalmente al cocontratante. No obstante, “esta discrecionalidad de que goza la Administración no debe confundirse con el sistema de libre elección en la formación del contrato. La contratación directa es también una manifestación del sistema de restricción, porque está regulada y prefigurada como un mecanismo excepcional; sólo puede verificarse en determinadas hipótesis, que son las que prevé expresamente la ley, sea por razón de monto o por alguna de las causales establecidas al efecto”⁸.

⁷ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General”, cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 470 y ss.

⁸ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 503 y ss.

Este régimen de contratación directa que consagra el art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF ha sido objeto de cuestionamientos por contradecir el principio fundamental de libre competencia que recoge la ley N° 18.159, de 20 de julio de 2007, de Promoción y Defensa de la Competencia. Dicho aspecto será objeto de análisis específico más adelante.

B) La competencia como solución de principio consagrada en la ley N° 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia

Nuestro ordenamiento jurídico regula actualmente la promoción y defensa de la competencia a través de un cuerpo normativo orgánico: la Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007.

Según su **art. 1**, dicha ley “*es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados*”.

El bien tutelado es el correcto funcionamiento del mercado, tutelando los intereses del consumidor y del productor de bienes y servicios. Tutela al consumidor porque, al darle la posibilidad de elegir, tiene la posibilidad de adquirir los bienes y servicios que mejor le convengan en cuanto a precio o calidad. Y tutela al productor porque la asegura la posibilidad de colocar su producción en el mercado⁹.

El principio fundamental y que recoge la ley N° 18.159 es el de la libre competencia: “Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general” (**art. 2**).

En cuanto al ámbito subjetivo de dicha ley, no caben dudas de que el régimen de promoción y defensa de la competencia se aplica también a la Administración y a los entes instrumentales, al reconocer su aplicabilidad a “todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo” (**art. 3**).

De ese modo, es claro que la prohibición del abuso de posición dominante, de prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante (**art. 2, inc. 2**) alcanza también a las entidades del Estado en su actuación en el campo de la actividad económica, así como a las empresas privadas de su propiedad.

C) Los procedimientos competitivos en los contratos financiados por el BID

Como es sabido, el art. 45 del TOCAF admite que “*Los contratos de obras, adquisiciones de bienes o prestación de servicios que otorgan los órganos del Estado, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, en aplicación de contratos de préstamos con organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte, o de donaciones modales, quedarán sujetos a las normas de contratación establecidas en cada contrato*”.

⁹ Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, en “Estudios de Derecho Público” (Montevideo, 2008), volumen II, pág. 197.

En nuestro país, adquieren especial relevancia, cuantitativa y cualitativa, los procedimientos competitivos de contratación convocados por el Estado a través del financiamiento, total o parcial, del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). En ese marco, existen ciertas particularidades que dicho organismo multilateral exige a sus “Prestatarios” y que, en consonancia con el objeto de análisis del presente trabajo, cabe considerar. Dichas exigencias varían según el objeto de la contratación pretendida, ya sea que se financie la “adquisición de bienes y obras” o la “selección y contratación de consultores”.

Respecto de los primeros, las **“Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID”**, en los num. 1.6 a 1.8, regula la “elegibilidad” de los oferentes. Así, se excluye expresamente a algunos oferentes, entre los cuales menciona a *“Las empresas estatales del país del Prestatario podrán participar solamente si pueden demostrar que: (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) funcionan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de entidades del Prestatario o Subprestatario”* (num. 1.8.C).

Dicha exclusión de las “empresas estatales” se recoge también en los Documentos Estándar de Licitación que establece el BID para cada una de las adquisiciones pretendidas¹⁰, a saber:

- a) Documentos Estándar de Licitación para adquisición de bienes (art. 4.4): *“Las empresas estatales del país Prestatario serán elegibles solamente si pueden demostrar que (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) operan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de ninguna agencia del Prestatario”*;
- b) Documentos Estándar de Licitación para la contratación de obras menores (art. 4.4): *“Las empresas estatales del país Prestatario serán elegibles solamente si pueden demostrar que (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) operan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de ninguna agencia del Prestatario”*;
- c) Documentos Estándar de Licitación para la contratación de diseño y construcción de obras menores (art. 4.5): *“Las empresas estatales del país Prestatario serán elegibles solamente si pueden demostrar que (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) operan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de ninguna agencia del Prestatario”*; y
- d) Documentos Estándar de Licitación para la contratación de diseño y construcción de obras civiles, en todas sus modalidades (art. 4.5): *“Las empresas estatales del país Prestatario serán elegibles solamente si pueden demostrar que (i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) operan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no dependen de ninguna agencia del Contratante”*.

Respecto de los segundos, las **“Políticas para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el BID”**, recogen las mismas restricciones para la elegibilidad de los oferentes, particularmente en lo que refiere a las “empresas de propiedad del Estado”.

En tal sentido, se establece que *“Las empresas de propiedad del Estado o entidades estatales del país del Prestatario pueden participar solamente si pueden demostrar que:*

¹⁰ Ver: <https://www.iadb.org/es/projects/adquisiciones-de-proyectos>. Fecha de consulta: 04/07/2019

(i) tienen autonomía legal y financiera; (ii) funcionan conforme a las leyes comerciales; y (iii) no son entidades dependientes del Prestatario o del Subprestatario” (num. 1.11.B).

No obstante, dispone una excepción a esa limitación, consistente que “cuando se requieran los servicios de universidades estatales o de centros de investigación del país del Prestatario por considerarse que, dada la naturaleza única y excepcional de sus servicios, su participación es vital para la ejecución de un proyecto, el Banco puede aceptar, caso por caso, la contratación de esas instituciones” (num. 1.11.C).

En el marco de dichas Políticas, el Documento Estándar de Contratación para consultorías establece una serie de “Restricciones para empresas del Gobierno”: “Las empresas o instituciones de propiedad del Gobierno en el país del Prestatario serán elegibles sólo si pueden demostrar que: (i) son legal y económicamente autónomas; (ii) realizan operaciones de acuerdo con el derecho comercial; y (iii) no son agencias dependientes del Cliente” (art. 6.3.c).

En definitiva: es claro que procedimientos competitivos convocados por el Estado con financiamiento -total o parcial- del BID, son inequívocos en cuanto a las limitaciones que se establecen para que las “empresas estatales” puedan ser “elegibles”. Estas exigencias son: (i) contar con autonomía legal y financiera; (ii) operar conforme a las leyes comerciales; y (iii) no depender de ninguna agencia del Contratante. Corresponde a cada “empresa estatal» demostrar, al momento de formular su oferta, que cumple con cada uno de los tres requisitos referidos. La omisión de dicha acreditación determinará que su oferta sea inadmisibles por no ser un sujeto “elegible”. Así lo establece expresamente el Pliego al determinar que “serán elegibles solamente si pueden demostrar que...”.

3. RÉGIMEN RESULTANTE

A) Análisis a la luz del TOCAF

El art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF habilita expresamente la contratación directa -como excepción a la “licitación pública u otro procedimiento competitivo”- entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales, o con personas jurídicas de Derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por el Estado o de personas públicas no estatales.

El acápite de dicho art. 33 dispone una opción en favor de la entidad licitante, ya sea para contratar “directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración”, si se configuran las hipótesis legales taxativamente previstas.

En base a dicho texto legal, en su redacción actual, la contratación entre entes públicos y privados de propiedad 100% estatal está habilitada, tanto de forma directa como por medio de los procedimientos competitivos que se determinen. De ese modo, la participación en los procedimientos competitivos de los sujetos que menciona la norma, está habilitada por ley.

No obstante, cabe formular las siguientes precisiones en cuanto al alcance de dicha facultad.

En primer lugar, la decisión de la Administración de proceder a la contratación directa y, en su caso, la resolución por la cual se selecciona el cocontratante, deben estar debidamente fundadas. En efecto, **si bien la Administración tiene discrecionalidad en la elección del procedimiento de contratación y del co-contratante, dicha decisión no puede ser arbitraria.**

Al respecto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que “Aún tratándose de poderes discrecionales, éstos deben ejercerse racionalmente y, a sus efectos, la fundamentación del acto con adecuados motivos es lo que permite distinguir el juicioso y legítimo ejercicio de los mismos con la mera arbitrariedad o capricho o incluso el encubrimiento de motivos diversos”¹¹.

En tal sentido, bien se ha destacado que “la finalidad, en cuanto elemento esencial del acto administrativo, hállese ínsita en la propia índole de la actividad de la Administración pública, cuya acción siempre debe tener en cuenta el interés público. No es menester entonces, que una norma requiera expresamente esa correlación entre la finalidad del acto y el interés público, pues la actuación permanente de la Administración pública para satisfacer dicho interés constituye un principio fundamental, que en el Estado de Derecho se impone como ineludible resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico”¹².

El TCA ha sido reiterativo en afirmar la importancia de la “apreciación (que debe ser exacta) de los antecedentes pertinentes, de donde precisamente surge el deber de exponer (motivar) los hechos y circunstancias que concretamente conducen a una determinada decisión y la fundamentan”¹³. Asimismo, ha dicho que donde no hay motivación o la motivación es insuficiente por fundarse tan sólo en facultades discrecionales, se incurre en arbitrariedad¹⁴.

En tal sentido, “la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible o subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa es abuso de poder, es arbitrariedad, es sistema autoritario de gobierno, si no tiene la humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres”¹⁵.

En segundo lugar, la habilitación legal de contratar directamente no debe entenderse como una habilitación amplísima, sino que, por el contrario, **su empleo opera únicamente en virtud de la existencia de justificadas razones de buena administración**.

Con carácter general, el apartamiento de la “buena administración” constituye una causal de nulidad del acto. Tal referencia “vale como consagración expresa, a nivel constitucional, de una regla de Derecho que se impone siempre a la Administración, por efecto de dichas menciones, y es la de que las autoridades administrativas deben siempre ejercer sus potestades con el designio de perseguir el interés del servicio”¹⁶.

En el caso particular, siguiendo a DURÁN MARTINEZ, de acuerdo al acápite del art. 33, “solo por razones de buena administración se puede prescindir de la licitación pública

¹¹ Sentencia N° 100/1999.

¹² Miguel S. MARIENHOFF - «Tratado de Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981), tomo II, págs. 535 y 344.

¹³ Así: sentencias N° 65 de 10 de marzo de 1986 y de 23 diciembre de 2008.

¹⁴ Así: sentencia N° 385 de 8 de junio de 2010 (el destacado me pertenece).

¹⁵ Agustín GORDILLO – “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2004, Tomo III, pág. X.13.

¹⁶ Horacio CASSINELLI MUÑOZ – “El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya”, en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Instituto de Estudios Administrativos Local, Madrid, 1969, tomo III, pág. 299.

para una contratación con entidades públicas y en este caso también razones de buena administración indicarán si procede a una contratación directa o a un procedimiento competitivo. Y si se procede a una contratación directa, como se ha dicho, no se debe perder de vista que ella no es igual a la celebrada en el ámbito privado, pues al tratarse de una contratación administrativa no deja de pertenecer al ámbito del Derecho Público y este es el Derecho de la sujeción. El particular contrata con quien quiere, la Administración contrata con quien debe¹⁷.

Complementariamente, analizando las causales de excepción a la Licitación Pública, bien se ha dicho que “el principio de subsidiariedad implica que el empleo de estas causales de excepción opere únicamente en virtud de la existencia de justificadas razones de buena administración, lo que circunda la necesidad de elección de los medios adecuados para el cumplimiento de los fines estatales [...] Como excepción a la licitación, la contratación directa estaría dejando fuera del mercado relevante a las posibles empresas que puedan competir con la persona privada con participación estatal. Ahora bien, el primer límite que afrontará esa contratación directa será el interés general como presupuesto indispensable para que la contratación sea lícita”¹⁸.

Según el Tribunal de Cuentas de la República, “la promoción de procedimientos más ágiles, no debe suponer como contrapartida, afectar dichos principios (los de publicidad, transparencia y concurrencia); y menos aún, dejar de lado, uno de los pilares del sistema, que supone que la Administración, al momento de contratar pueda acceder al mayor y mejor número de ofertas a fin de satisfacer el interés de la administración, que en definitiva está dirigido a la obtención del bien común”¹⁹.

En tercer lugar, el art. 33, inc. C, num. 1 del TOCAF llevó a la doctrina a señalar que **la contratación administrativa con otra entidad pública parece una “anomalía”**.

En efecto, señala DURÁN MARTÍNEZ que “la entidad pública al intervenir en el mercado como productor de bienes y servicios, lo hace en un ámbito que pertenece a la actividad privada, y si se procede a la contratación directa se desplaza al particular sin que este tenga siquiera la oportunidad de intervenir. [...] Tener en cuenta únicamente el carácter público de la entidad cocontratante para proceder a prescindir de la licitación pública equivale a identificar el bien común con el bien del Estado o de la entidad pública en cuestión, lo que no es así”²⁰.

Incluso, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC), ha valorado al art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF como una “restricción a la competencia” que determina una “discriminación doblemente perjudicial: para el resto de los particulares, por encon-

¹⁷ Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, cit., pág. 196.

¹⁸ Ximena PINTO y Pablo ZAK GODOY - “Defensa de la competencia y empresas públicas”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, 2009, N° 16 pág. 82 y 84.

¹⁹ Así: “Segundo informe del Tribunal de Cuentas”, de 19 de setiembre de 2011, incluido en el proyecto de ley de Rendición de Cuentas aprobado por la Cámara de Representantes, punto 4.3,1 pág. 18.

²⁰ Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, cit., pág. 194.

trarse en clara desventaja; y para el Estado, por cuanto aún queriendo hacerlo, perderá la posibilidad de elegir entre varias ofertas”²¹.

B) Análisis a la luz de la ley N° 18.159

A los efectos de este análisis, corresponde hacer una valoración general de las prácticas anticompetitivas para luego, analizar concretamente el régimen de compra directa del art. 33, lit. C, num. 1 a la luz de las normas de defensa de la competencia.

Con carácter general, para poder juzgar si una conducta es anticompetitiva previamente debe analizarse su impacto dentro del “mercado relevante” en que la misma se desarrolla, lo que implica analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos y el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia efectiva que corresponda (**art. 5**), así como sobre el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios.

Dicho análisis sólo puede formularse en cada caso concreto, siendo estéril fijar una valoración abstracta limitada al estudio de la letra de la ley, particularmente en materia de “prácticas prohibidas” (que a título enunciativo recoge el art. 4) como para evaluar la posible configuración de un “abuso de posición dominante” (art. 6).

Entre la enumeración de “prácticas prohibidas” del **art. 4**, cabe destacar las siguientes:

- a) “Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva (*lit. A*);
- b) “Limitar, restringir o concertar de modo injustificado la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico de bienes, servicios o factores productivos, en perjuicio de competidores o de consumidores” (*lit. B*); y
- c) “Coordinar la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios, públicos o privados” (*lit. E*).

En cuanto a la hipótesis de “abuso de posición dominante” (**art. 6**), “*se entiende que uno o varios agentes gozan de una posición dominante en el mercado cuando pueden afectar sustancialmente las variables relevantes de éste, con prescindencia de las conductas de sus competidores, compradores, o proveedores. Se considera que existe abuso de posición dominante cuando el o los agentes que se encuentran en tal situación actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a otros, los que no hubieran sido posibles de no existir tal posición de dominio*”.

Se ha señalado explícitamente dentro de las prácticas anticompetitivas prohibidas (que comprendan la enunciación del art. 4 de la ley N° 18.159), a los denominados “*precios predatorios*”, identificando a tal práctica como “*vender bienes o prestar servicios por debajo del costo de producción con el objetivo de perjudicar a un competidor desplazándolo del mercado, a efectos de mantener el predominio en el mismo*”²².

²¹ Así: Informe N° 15/015 de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, de 12 de marzo de 2015, en http://competencia.mef.gub.uy/innovaportal/file/15032/2/informe_15_15_estudio_sobre_normativa_en_compras_publicas.pdf. Fecha de consulta: 04/07/2019.

²² Así: Paula ALGORTA MORALES - “Prácticas prohibidas” en Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 54; en similares términos: Benjamín PEÑAS MOYANO - “La venta a pérdida como acto de competencia desleal” en Distribución comercial y derecho a la competencia (La Ley, Madrid, 2011), pág. 606.

Analizando el alcance de la referida práctica anticompetitiva, se ha indicado que “esta conducta es conocida como práctica predatoria o precios predatorios [...] va claramente dirigida a perjudicar a un participante del mercado, pues pretende lisa y llanamente echar al competidor de dicho ámbito, o también, aunque la norma no lo diga, impedir que se asiente en el mercado. En este caso, el competidor o los competidores no tienen el poderío económico suficiente para aguantar la guerra de precios realizados a pérdida por el sujeto agente de la práctica desleal, por lo que son eliminados del mercado o se impide su acceso al mismo, lo que podrá dar lugar a una situación de monopolio u oligopolio. Además, en los casos la prohibición se justifica porque sólo transitoriamente puede considerarse ventajosa dicha práctica para los consumidores o para la economía nacional”²³.

Con carácter particular, conforme al art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF, a la luz del principio de la libre competencia, comparto la opinión fundada de la CPDC en su informe N° 15/015 de 12 de marzo 2015, en el cual concluye que “la contratación directa, por oposición a los procedimientos competitivos, representa una restricción a la competencia. Mientras que los llamados abiertos tienen por esencia la publicidad, la concurrencia y la participación, este otro tipo de negociación otorga a la Administración discrecionalidad absoluta para elegir a sus contratistas, pudiendo dar lugar a arbitrariedades, privilegios indebidos, falta de control, barreras de entrada y discriminación”²⁴.

Y agrega: “Las empresas privadas estatales fueron creadas para competir dentro del libre mercado y en pie de igualdad con los particulares. Actúan dentro del ámbito del Derecho Privado, responden al fin de lucro e intereses particulares, etc. Similares conceptos podemos hacer respecto a las empresas privadas propiedad de personas públicas no estatales, con el agregado de que su capital proviene de patrimonios particulares”.

De ese modo, califica a la excepción prevista en el art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF como una “discriminación doblemente perjudicial: para el resto de los particulares, por encontrarse en clara desventaja; y para el Estado, por cuanto aún queriendo hacerlo, perderá la posibilidad de elegir entre varias ofertas [...] En definitiva no vemos con malos ojos buscar formas alternativas a la licitación pública. Lo que sí nos preocupa es que bajo esta premisa se tienda a privilegiar a determinados actores. Fuera de los mercados donde el constituyente o legislador ha establecido monopolios, la competencia debería ser en pie de igualdad, o al menos aproximarse lo más posible a ello”.

Como excepción a la licitación, la contratación directa estaría dejando fuera del mercado relevante a las posibles empresas que puedan competir con la persona privada con participación estatal. Ahora bien, el límite fundamental que afrontará esa contratación directa será el interés general como presupuesto indispensable para que la contratación sea lícita; límite que también se analiza en una etapa anterior (sanción de la ley) puesto que si se entiende que el art. 506 de la Ley N° 18.362 constituye una limitación injustificada de los principios de igualdad y libertad, podría ser declarado inconstitucional.

En efecto, la competencia no es un valor absoluto en sí mismo. Arraigada a los principios de igualdad y libertad, y de la misma manera que estos derechos, podrá ser limitada por

²³ Benjamín PEÑAS MOYANO. “La venta a pérdida como acto de competencia desleal”, cit., págs. 613 y 614.

²⁴ Informe N° 15/015 de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, de 12 de marzo de 2015, cit., pág. 21.

leyes dictadas por razones de interés general. Habiendo concluido que el sistema de compras directas implica una limitación a la competencia, el legislador deberá valorar cuándo dichas restricciones responden al interés general, para lo cual deberá tenerse en cuenta (entre otros factores) si existe o no un beneficio a los consumidores y usuarios.

Según expresan PINTO NERÓN y ZAK, “Para la efectividad del principio de competencia se debe reconocer la necesidad de la existencia de, en primer lugar, la igualdad en la ley, esto es, que la ley no discrimine injustificadamente entre los distintos operadores de mercado. Asimismo la aplicación de la ley debe ser igual para todos (igualdad ante la ley), pudiéndose admitir correcciones realizadas por la propia ley a efectos de igualar situaciones desiguales (igualdad por la ley). Un mercado regido por la libre competencia que permita discriminaciones injustificadas entre los competidores resulta una contradicción en sí misma”²⁵.

Según DURÁN MARTÍNEZ, “si el Estado adoptó el ropaje de Derecho Privado, no puede de golpe despojarse de él para pretender una contratación directa al amparo del literal A) del numeral 3 del artículo 33 del TOCAF y obtener así un beneficio circunstancial en una contratación... Si una entidad puede contratar con el Estado desplazando a cualquier otro particular, sin duda ello resulta incompatible con la ley que establezca el derecho de la competencia”²⁶.

Asimismo, obviamente que la contratación directa no puede ser realizada con abuso de posición dominante (art. 2 de la ley N° 18159), debiendo señalarse aquí que, este tipo de contratación directa ingresaría dentro de lo tipificado como prácticas prohibidas en el caso de que se realice injustificadamente y con abuso de la posición dominante²⁷.

C) Análisis a la luz de las exigencias BID

Según el marco normativo referenciado, la normativa que exige el BID en los procesos competitivos de contratación que financia, regula cuáles son los oferentes “elegibles”. Así, para todos los procesos, exige que las “empresas estatales” en el territorio del contratante pueden participar solamente si tienen autonomía legal y financiera, funcionan conforme a las leyes comerciales y no son un organismo dependiente del contratante.

En base a ello, deberá analizarse en cada caso si se configuran acumulativamente estos tres requisitos, ya que la ausencia de uno de ellos determinará su exclusión como oferente “elegible”.

De ese modo, la “elegibilidad” de las “empresas del Estado” dependerá de cada ente instrumental oferente y del vínculo que mantenga con el órgano licitante, siendo estos los aspectos que permitirán conocer si existe “autonomía financiera” o si se trata de una entidad “dependiente del contratante”, respectivamente.

No obstante, cabe formular las siguientes valoraciones generales.

En primer lugar, las personas jurídicas constituidas o creadas por una Administración pública son un instrumento del propio Estado. Quiere decir que

²⁵ Ximena PINTO y Pablo ZAK GODOY – “Defensa de la competencia y empresas públicas” cit., pág. 80.

²⁶ Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”, en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo 14, 2007, FCU, págs. 38 y 46.

²⁷ Ximena PINTO y Pablo ZAK GODOY – “Defensa de la competencia y empresas públicas” cit., pág. 84.

si guardan una relación con el Estado licitante²⁸, configuran así uno de los impedimentos que prevé la normativa BID: no ser un organismo dependiente del contratante.

Precisamente, “son conocidos como entes instrumentales de la Administración aquellas personas jurídicas constituidas o creadas por una Administración pública, dotadas de personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidades del ente matriz”²⁹.

Este fenómeno de la “instrumentalización” se caracteriza por dos notas esenciales que son: a) la personalidad jurídica propia de los entes instrumentales; y b) **su relación de instrumentalidad o dependencia con la Administración que los crea y a cuyos fines sirven**³⁰.

Concretamente, los entes instrumentales se caracterizan por servir a una Administración Pública que, en ejercicio de pretendidas potestades de auto-organización, los crea para que cumplan con un fin o servicio propio de ésta, sometidos a su dirección y control. Por ende, se trata de diferentes personas jurídicas, pero que sirven instrumentalmente a un mismo interés, que no puede ser otro que el interés general de la Administración³¹.

Resulta de lo expuesto que, si bien la personería jurídica de los entes instrumentales los convierte en centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas, esto no evita que el ente instrumental y el órgano estatal del cual depende constituyan un “*complejo orgánico unitario*”.

La relación de dependencia con respecto al órgano estatal es entonces, y precisamente por esto, muy estrecha, siendo lógico que la Administración matriz disponga de especiales poderes para intervenir en su constitución y funcionamiento³².

Atendiendo a dicha relación de estrecha dependencia entre la Administración matriz y la entidad privada instrumental, parece claro que tal tipo de sujeto perteneciente a un organismo estatal merece el carácter de tal por su pertenencia a un organismo estatal. Tal temperamento ha sido compartido por nuestra Suprema Corte de Justicia, en cuya opinión “la circunstancia de que un ente estatal (en el caso, el BHU) acuda a la creación de una sociedad comercial (entidad instrumental) para el cumplimiento de sus cometidos, no puede aparejar la irresponsabilidad del ente matriz ni ocultar su estatalidad consecuente con la pertenencia al ente estatal” (así: sentencia N° 1006 de 6 de abril de 2011). También nuestro Derecho positivo ha incorporado normas indicativas de los rasgos señalados de instrumentalización de sociedades regidas primordialmente por el Derecho privado no obstante su

²⁸ La referencia debe entenderse hecha a cualquier entidad estatal, sea centralizada o descentralizada (tanto funcional como territorial).

²⁹ Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ – “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz” en Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Madrid, 2006), N° 300 – 301, pág. 565.

³⁰ Ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Estudios sobre la responsabilidad de la Administración” (U.M., Montevideo, 2009), pág. 79.

³¹ José Luis MEILAN GIL – “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica” en A.A.V.V. - “Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), tomo II, pág. 988.

³² Carlos E. DELPIAZZO – “Estudios sobre la responsabilidad de la Administración”, cit., pág. 80.

pertenencia a una entidad estatal, como es el caso del régimen de sus Directores conforme al art. 748 de la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996³³.

En segundo lugar, la relación de instrumentalidad implica también una **relación de dependencia económico-financiera** que surge desde el momento de creación del ente instrumental y que obedece básicamente a la integración de su capital mediante fondos públicos y a la constitución de su patrimonio a partir de bienes propios de la Administración matriz.

Dicha dependencia perdura durante toda la vida del ente instrumental, en el sentido de que los beneficios que consiga repercutirán en los Presupuestos Generales, siendo beneficios de la Hacienda Pública y quedando afectados a la consecución de los intereses generales que constituyan su objeto³⁴. De la misma manera, cuando la actividad del ente instrumental no genere beneficios -por no ser una actividad lucrativa o por ser una actividad deficitaria- podrá seguir subsistiendo gracias al respaldo económico de su matriz.

Al respecto, cabe clasificar a los entes instrumentales de la siguiente manera:

a) *entes instrumentales administrativos o de gestión*, los cuales cumplen actividades no lucrativas y, en su mérito, guardan una relación de dependencia económico-financiera con su matriz; y

b) *entes instrumentales en régimen de libre competencia*, los cuales cumplen actividades de carácter económico en el mercado y, en su mérito, no dependen económicamente de su matriz, salvo al momento de su creación.

No obstante, respecto de las segundas, cabe insistir en su instrumentalidad, ya que, por el hecho de competir en el mercado, no dejan de ser creadas por una Administración Pública para el ejercicio de competencias que la ley atribuye a ésta. En efecto, no pueden desligarse de su finalidad de interés público. Es que solo puede admitirse que la Administración compita con los particulares en el mercado cuando así lo justifiquen razones de interés público. Y ello no significa que, una vez creado el ente empresarial, pueda abandonarse la persecución de este fin debido.

En tercer lugar, cuando la Administración utiliza sus propios medios para la obtención de prestaciones que constituyen el objeto de los contratos públicos, dicha actuación **no reviste la naturaleza jurídica de un contrato, sino que supone una operación interna** en el marco de las normas y régimen de funcionamiento del organismo público correspondiente.

A este tipo de operaciones, se las ha denominado operaciones “*in house*”, entendidas como aquellos supuestos en los que la Administración acude a sus medios propios para atender sus necesidades de suministro de bienes, prestación de servicios o realización de obras³⁵.

³³ Así: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General”, cit, volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 284.

³⁴ José ORTIZ MALLOL – “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas”, en A.A.V.V., “La Administración Instrumental. VII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” (Sevilla, 2005), pág. 207.

³⁵ Juan José PERNAS GARCÍA – “Las operaciones *in house* y el Derecho Comunitario de contratos públicos” (Iustel, Madrid, 2008), pág. 59 y ss.

En cuarto lugar, **corresponde a cada ente instrumental demostrar su condición de entidad “elegible”**. En efecto, las normas BID son claras en cuanto a que la condición de elegibles las reviste *“solamente si pueden demostrar”* que cumplen con los tres requisitos ya citados: autonomía legal y financiera, operar conforme a las leyes comerciales y no depender de ninguna agencia del Contratante.

Siendo una “empresa del Estado” que no cumpla en acreditar activamente esas tres exigencias, su oferta será inadmisibles. Sencillamente porque no se verificarán las exigencias de elegibilidad que exige el BID.

En suma: los entes instrumentales son medios propios de la Administración en tanto responden a sus mismos intereses y el Estado conserva la dirección sobre los mismos a través de la pertenencia del paquete accionario, sea directa o indirecta.

Es sabido que la celebración de un contrato implica la existencia de dos voluntades independientes, capaces de negociar y ponerse de acuerdo. Respecto de la Administración matriz, el ente instrumental carece de ambas capacidades, porque directamente carece de una voluntad propia, distinta de la de su matriz. Sin embargo, cuando el Estado contrata con un ente instrumental de su propiedad, en la realidad la alteridad de voluntades necesarias para la celebración de un contrato no se verifica, ya que únicamente habría personerías jurídicas interpuestas tratando de ocultar una realidad evidente que es el complejo orgánico unitario del que habla la doctrina, que sin lugar a dudas responde a un interés común: el de la Administración.

4. CONCLUSIONES

De las consideraciones formuladas, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) la redacción actual del art. 33, lit. C, num. 1 del TOCAF habilita expresamente a contratar de forma directa con entidades públicas y privadas de propiedad 100% estatal, lo cual no verifica, por ese solo proceder, una práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante, por tratarse del ejercicio de una facultad legal (art. 2 de la ley N° 18.159);

b) sin perjuicio de la facultad legal referida -que ha sido cuestionada por la doctrina ya referenciada- la opción por la contratación directa, así como la selección del cocontratante, no debe ser arbitraria, sino que debe fundarse de forma expresa y estar justificada en razones de buena administración;

c) en los procesos competitivos regidos por las instrucciones del BID, la “elegibilidad” dependerá en cada caso según el ente instrumental oferente y el órgano licitante, debiendo demostrar esa “empresa del Estado” que tiene “autonomía financiera” y que no guarda dependencia alguna con el Estado contratante, so pena de no ser “elegible”;

d) en los casos en que una entidad pública o privada de propiedad 100% estatal, oferte precios o condiciones sensiblemente inferiores al mercado -posiblemente en abuso de su situación “instrumental” o por carecer de interés lucrativo al tener una relación de dependencia económica-financiera del Estado- verificaría prácticas prohibidas o anticompetitivas pasibles de denuncia ante la CPDC de conformidad con los arts. 12 y siguientes de la ley N° 18.159, acreditando su verificación.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- ALGORTA MORALES, Paula - "Prácticas prohibidas" en Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 54;
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel - "La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz" en Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Madrid, 2006), N° 300 - 301, pág. 565.
- BLANCO, Andrés - "Gasto público, presupuesto y deuda pública. Materiales básicos de lectura para estudiantes de Derecho Financiero", en <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/130/123>. Fecha de consulta: 04/07/2019.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio - "El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya", en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Instituto de Estudios Administrativos Local (Madrid, 1969), tomo III, pág. 299.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "A propósito del tercer TOCAF", en La Justicia Uruguaya, tomo 146, sección Doctrina, pág. 3 y ss.;
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Contratación Administrativa" (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004), pág. 79 y ss.
- DELPIAZZO, Carlo E. - "Derecho Administrativo General" (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 409 y ss.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Derecho Administrativo General" (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 283 y 284.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Estudios sobre la responsabilidad de la Administración" (U.M., Montevideo, 2009), pág. 79.
- DELPIAZZO, Carlos E. - "Génesis y evolución del TOCAF", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública (U.M., Montevideo, 2012), pág. 11 y ss.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto - "La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública", en "Estudios de Derecho Público" (Montevideo, 2008), volumen II, pág. 197; y en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo 14, (FCU, Montevideo, 2007), págs. 38 y 46.
- GORDILLO, Agustín - "Tratado de Derecho Administrativo" (Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2004), Tomo III, pág. X.13.
- MARIENHOFF, Miguel S. - «Tratado de Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981), tomo II, págs. 535 y 344.
- MEILAN GIL, José Luis - "La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica" en A.A.V.V. - "Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo" (Civitas, Madrid, 1994), tomo II, pág. 988.
- ORTIZ MALLOL, José - "La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas", en A.A.V.V., "La Administración Instrumental. VII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía" (Sevilla, 2005), pág. 207.
- PEÑAS MOYANO, Benjamín - "La venta a pérdida como acto de competencia desleal" en Distribución comercial y derecho a la competencia (La Ley, Madrid, 2011), pág. 606.
- PERNAS GARCÍA, Juan José - "Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de contratos públicos" (Iustel, Madrid, 2008), pág. 59 y ss.
- PINTO, Ximena y ZAK GODOY, Pablo - "Defensa de la competencia y empresas públicas", en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, 2009, N° 16 pág. 82 y 84.

Fecha de recepción: 19 junio 2019.

Fecha de aceptación: 30 junio 2019.

SISTEMA NACIONAL DE INVERSIÓN PÚBLICA

*Rodrigo Díaz Inverso**

RESUMEN. La inversión pública constituye una herramienta fundamental de política económica para cualquier Estado. A efectos de encauzarla, ordenarla y optimizarla se creó el Sistema Nacional de Inversión Pública, el cual es analizado en sus ámbitos objetivo, concepto de inversión pública y subjetivo, órganos y sistemas orgánicos incorporados, su constitucionalidad en virtud de los regímenes autonómicos y sus impactos en distintos temas como la competencia de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la normativa constitucional en materia de presupuestos públicos, entre otros.

PALABRAS CLAVE. Inversión pública. Hacienda pública. Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Control presupuestal. Constitución.

ABSTRACT. Public investment is a fundamental tool of economic policy for any state. In order to steer, order and optimize it, the National System of Public Investment was created, which is analyzed in its objective, public investment concept, and subjective (incorporated agencies scopes, its constitutionality due to autonomous regimes and its effects on different issues such as the competence of the Office of Planning and Budget and constitutional provisions on public budgets, among others.

KEY WORDS. Public investment. Public Treasury. Office of Planning and Budget. Budget control. Constitution.

1. INTRODUCCIÓN.

Dentro de una economía existen ciclos de crecimiento, empleo y aumentos de salario, seguidos de recesión, desempleo y baja de salario que están determinados exclusivamente

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Administrativo por la misma Universidad. Correo electrónico: rodrigodiazinverso@hotmail.com

** Abreviaturas: Comisión de Inversiones y Desarrollo (CIDE); Conformidad Técnica (CT); Dictamen Técnico Favorable (DTF); Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP); Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP); Texto Ordenado de Inversiones (TOI).

por la *demanda*.¹ Integrando la demanda se encuentra el *gasto público*, que constituye un componente susceptible de manejo deliberado por parte del Estado, para poder contrarrestar y prevenir las crisis económicas. Dentro del gasto público, encontraremos la inversión pública.

Basta ver los números macroeconómicos del Uruguay en la última década para darse cuenta de la importancia que la inversión pública tiene en nuestra economía, siendo durante algunos períodos de tiempo superior a la de origen privado (por ejemplo, durante los años 2007 a 2010, y 2015 a 2016).²

En general desde las ciencias económicas se sostiene que existe **inversión** cuando se produce un nuevo capital real en la sociedad (equipos, edificios, existencias de mercaderías, entre otros). Por otro lado, la inversión suele ser considerada “**pública**” cuando proviene del Estado. Así, DELPIAZZO sostiene que “[s]iguiendo un criterio económico tendiente a mostrar los efectos de la intervención del Estado en la economía, se dice que los gastos de funcionamiento (o corrientes) son aquellos que no alteran la capacidad instalada de la economía así como los destinados a consumos cuyos beneficios se agotan de una sola vez, mientras que los gastos de inversión (o de capital) son aquellos que aumentan la capacidad instalada de la economía o cuyos beneficios son duraderos o persisten en el mediano y largo plazo.”³ Por tanto, dentro de ese concepto de gasto público, encontraríamos a los gastos corrientes y a la inversión, radicando la diferencia en si aumenta o no la capacidad instalada de una economía o si se constituyen beneficios de largo plazo.

a. La inversión en la Constitución

Nuestra Constitución refiere a las inversiones en forma fragmentada y con distinto alcance. Así, en el artículo 45⁴ refiere a uno de los dos géneros de inversión: la inversión privada, como contrapuesta a la inversión estatal. Por su parte, en la medida en que en la hipótesis regulada por dicho artículo los recursos se destinan a beneficios de duración en el tiempo (viviendas), se trataría propiamente de una inversión en términos económicos.

En el artículo 50⁵ la inversión no es mencionada en relación al sujeto que la realiza (público o privado) sino a partir de su finalidad: promover actividades productivas cuyo destino sea la exportación o la sustitución de productos importados. Aparece la inversión ligada a un objetivo de política sectorial bien definido, sin importar si es de origen público o privado. Se trata claramente de una inversión en sentido estricto, en tanto impacta en la capacidad de la economía de producir bienes y servicios, y comprende tanto a la de origen estatal como no estatal.

¹ Cfr. BLANCO, Andrés. *Estudios críticos sobre Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 10

² Datos disponibles en: <https://www.mef.gub.uy/10473/8/areas/inversion.html>. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2019.

³ DELPIAZZO, Carlos E. “Régimen de inversiones” en DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador), *Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2012, p. 100.

⁴ Artículo 45.- *Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin.*

⁵ Artículo 50.- *El Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación. La ley promoverá las inversiones destinadas a este fin, y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público.*

En el artículo 85 numeral 4⁶ la inversión es de fuente estatal, en la medida en que la vincula a su actividad financiera: el Estado recauda “contribuciones” (como sinónimo de tributos) y las “invierte” (en obras, en servicios, etc.). En línea similar se encuentra el artículo 168 numeral 19⁷ (en donde la inversión es de carácter estatal y vinculada a la dinámica presupuestal) y el artículo 214 literal B⁸ (que diferencia dos rubros que integran el presupuesto “los gastos corrientes” y “las inversiones”). Es decir que, en términos constitucionales la inversión se opondría al gasto corriente, entendido éste como -según ya dijéramos- aquellos que no aumentan la capacidad instalada de la economía o cuyos beneficios se agotan de una sola vez.

El artículo 302⁹ también recoge una forma de inversión pública-estatal aunque más restringida en cuanto al sujeto activo (Gobierno Departamental). Incluye un adjetivo (“remuneradora”) cuyo significado no es sencillo de encontrar en la literatura. Podría referir a la cualidad de la inversión de aumentar la capacidad de producir bienes o servicios, lo cual -como vimos- ya estaría incorporado al concepto de inversión a secas.

Finalmente, la expresión “Inversiones” también está presente en la Disposición Transitoria O, que refiere a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y le asigna el carácter de sucesora de la Comisión de Inversiones y Desarrollo (CIDE).¹⁰

Como vemos entonces, nuestra Constitución utiliza el término inversión alineado con el sentido normal que se le atribuye. Y si bien no utiliza la voz “inversión pública”, surge implícitamente de aquellos casos en que refiere a fondos que provienen del Estado.

b. Texto Ordenando de Inversiones (TOI)

A nivel infraconstitucional, podemos citar la definición de inversión que recoge el artículo 1 del Texto Ordenado de Inversiones (TOI)¹¹, que establece que “se considera

⁶ Artículo 85.- 4º) *Establecer las contribuciones necesarias para cubrir los presupuestos, su distribución, el orden de su recaudación e inversión, y suprimir, modificar o aumentar las existentes.*

⁷ Artículo 168.- 19) *Preparar y presentar a la Asamblea General los presupuestos, de acuerdo a lo establecido en la Sección XIV, y dar cuenta instruida de la inversión hecha de los anteriores.*

⁸ Artículo 214.- *El Presupuesto Nacional se proyectará y aprobará con una estructura que contendrá: A) Los gastos corrientes e inversiones del Estado distribuidos en cada Inciso por programa. (...) El Poder Ejecutivo dentro de los seis meses de vencido el ejercicio anual, que coincidirá con el año civil, presentará al Poder Legislativo la Rendición de Cuentas y el Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente a dicho ejercicio, pudiendo proponer las modificaciones que estime indispensables al monto global de gastos, inversiones y sueldos o recursos y efectuar creaciones, supresiones y modificaciones de programas por razones debidamente justificadas.*

⁹ Artículo 302.- *Todo superávit deberá ser íntegramente aplicado a amortizaciones extraordinarias de las obligaciones departamentales. Si dichas obligaciones no existiesen, se aplicará a la ejecución de obras públicas o inversiones remuneradoras, debiendo ser adoptada la resolución por la Junta Departamental, a propuesta del Intendente y previo informe del Tribunal de Cuentas.*

¹⁰ De acuerdo a su decreto de creación de 27 de enero de 1960, la CIDE tenía entre sus cometidos los de “formular planes orgánicos de desarrollo económico, proyectar y buscar su financiación interna y externa, coordinar toda labor tendiente a aumentar la productividad nacional y vigilar la puesta en práctica de los planes que se apruebe” (art. 2).

¹¹ El texto ordenado actual fue aprobado por Decreto N° 123/012 que sustituye al anterior, aprobado por Decreto N° 342/997. Por su parte, el decreto comete a la OPP (art.3) la actualización del mencionado texto, estando actualmente vigente la versión que fuera aprobada por dicho órgano el 23 de diciembre de 2016. El artículo 1, encuentra su fuente en el Artículo 78 de la Ley N° 15.809, de 8 de abril de 1986, sustituido por el artículo 48 de la Ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001, sustituido a su vez por el artículo

inversión pública a los efectos presupuestales, la aplicación de recursos a todo tipo de bienes y actividades que incrementen el patrimonio físico de los organismos que integran el Presupuesto Nacional, con el fin de ampliar, mejorar, modernizar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios. Incluye, asimismo, los pagos sin contraprestación cuyo objeto sea que los perceptores adquieran activos de capital. Esta definición comprende los estudios previos de los proyectos a ser ejecutados.”

Dado que es concepto de inversión pública aplicable a los efectos presupuestales, puede considerarse interpretativo del artículo 214 de la Carta. Este concepto exige que: (i) los recursos sean aplicados a bienes o actividades; (ii) que aumenten el patrimonio físico de los organismos del Presupuesto Nacional, por lo que excluye por ejemplo los recursos destinados a capacitación de funcionarios, o la prestación de servicios que no supongan dicho aumento; (iii) ese aumento debe estar ligado al mejoramiento de la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios.

Se trata de un concepto de inversión acorde al tradicional, comprendiendo también las transferencias presupuestales a terceros que lo reciban para adquirir activos de capital; en tal caso, a pesar de que no es la Administración quien directamente aumenta su patrimonio, el hecho de que el destinatario de la partida sí lo haga, lo hace incluir dentro del concepto de inversión pública,¹² independientemente de que no integre el Estado-aparato.

2. La inversión pública en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública.

a. Breve introducción al SNIP

El Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) fue creado por los artículos 23 a 25 de la Ley N° 18.996 de 7 de noviembre de 2012, donde es definido como “*el conjunto de normas y procedimientos establecidos con el objeto de ordenar y orientar el proceso de inversión pública en el país, sin perjuicio de las autonomías y competencias constitucionales, a fin de optimizar la asignación de recursos públicos con ajuste a las políticas sectoriales nacionales diseñadas por el Poder Ejecutivo.*” El concepto de inversión pública en el marco del SNIP no está definido en la ley, pero sí en su decreto reglamentario N° 231/015 de 31 de agosto de 2015.

El SNIP prevé, esencialmente, dos instancias de control a los proyectos de inversión pública: una en la etapa de pre-inversión, destinado a la incorporación o no del proyecto a la etapa presupuestal o de financiamiento, y uno posterior, previo a su ejecución. En la

73 de la Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010. Se pueden ver los antecedentes del concepto legal de inversión en: DELPIAZZO, Carlos E. “Promoción y captación de la inversión privada en el sector público” en ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Regulación de la actividad privada*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 101-103. Decreto-ley 14.867, ley 15809 (art. 78) y Ley N° 17.296 (art. 48). También en VIDAL, Martha. *La gestión financiera del Estado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 188-191.

¹² Las leyes de presupuesto y rendición de cuenta suelen contener partidas destinadas a entidades privadas no estatales que realizan actividades que se consideran socialmente valiosas y a las cuales el Estado pretender fomentar con ayuda económica. Dichas transferencias, en la medida en que sean destinadas por su beneficiario a la adquisición de patrimonio físico, ingresarían dentro del concepto de inversión pública.

primera etapa se emitirá la “Conformidad Técnica” (CT); en la segunda, un “Dictamen Técnico Favorable” (DTF); de esta forma, la CT constituye un requisito para que el proyecto pueda ser incorporado al presupuesto (aunque no garantiza su incorporación); mientras que el DTF será el aval requerido para la ejecución.¹³

b. **Ámbito de aplicación**

Desde el punto de vista subjetivo, la calificación de inversión pública del SNIP exige que sea realizada por cualquiera de las “instituciones” del artículo 24, a saber:

- a) “...*órganos y organismos comprendidos en el Presupuesto Nacional*”. La interpretación en este caso comprende a los sistemas orgánicos y personas jurídicas públicas estatales cuyo presupuesto es aprobado con cadencia quinquenal y a través de la denominada Ley de Presupuesto.¹⁴ Resulta discutible si alcanza a los órganos del Poder Legislativo, a cuyos efectos debería determinarse si pueden considerarse o no integrantes del Presupuesto Nacional; desde el punto de vista formal, sus presupuestos se aprueban por acto administrativo y no por la ley de presupuesto quinquenal, por lo que no parecen ser “integrantes” de dicho presupuesto, excepto que entendamos que su “incorporación” por el artículo 108 de la Constitución determina que lo integren.¹⁵
- b) “...*entes autónomos y servicios descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado...*”. En este caso la referencia no requiere mayores puntualizaciones, siendo los previstos en el artículo 185 de la Carta.
- c) “...*Gobiernos Departamentales...*”.¹⁶ Al no incluirse una diferenciación entre el sistema orgánico que ejerce primordialmente función administrativa (Intendencia) y el que ejerce primordialmente función legislativa (Junta Departamental), ambos quedan comprendidos, en tanto forman parte de la persona pública Gobierno Departamental. A efectos del SNIP, no es relevante la diferencia entre el presump-

¹³ Puede consultarse en mayor detalle el procedimiento en: SOLER, Graciela. “Contralor de organismos estatales y no estatales a través del SNIP” en ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Control estatal sobre las entidades públicas y las instrumentales de derecho privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 41-51.

¹⁴ Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo (hasta aquí, todos sistemas orgánicos integrantes del Estado persona pública mayor), los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no industriales ni comerciales (Universidad de la República, Administración Nacional de Educación Pública, Universidad Tecnológica, Instituto Uruguayo de Meteorología, Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay, Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente, la Administración de los Servicios de Salud del Estado, la Junta de Transparencia y Ética Pública, la Fiscalía General de la Nación).

¹⁵ Artículo 108.- *Cada Cámara aprobará, dentro de los doce primeros meses de cada Legislatura, sus presupuestos por tres quintos de votos del total de sus componentes y lo comunicará al Poder Ejecutivo para que los incluya en el Presupuesto Nacional.*

¹⁶ Elaborado y aprobado por ella misma, de acuerdo al artículo 273 numeral 6. Cabe destacar que el propio artículo 24 establece que, en relación a los Gobiernos Departamentales, la reglamentación será elaborada en el marco de la de la Comisión Sectorial prevista en el inciso quinto, literal b) del artículo 230 de la Constitución de la República, en la cual ellos se encuentra representados. Por tal motivo, el Decreto N° 231/015 no resulta de aplicación a los Gobiernos Departamentales. Ello nos lleva a sostener que, a la fecha, y ante la ausencia de dicha reglamentación, los Gobiernos Departamentales no quedan aun comprendidos por el SNIP.

to departamental¹⁷ y el presupuesto de la Junta Departamental,¹⁸ quedando ambos comprendidos.

- d) “...*personas públicas no estatales*...”. Esta noción no presenta mayores dificultades, sin perjuicio de las dudas que puedan plantearse en relación a la pertenencia o no a la categoría de ciertas personas jurídicas.
- e) “...*sociedades de economía mixta, tanto las regidas por el derecho público como por el derecho privado*...”; son entidades creadas al amparo del artículo 188 inciso primero y segundo (de derecho público) y tercero y cuarto (de derecho privado).
- f) “...*entidades privadas de propiedad estatal, cualquiera sea su naturaleza jurídica*.” Esta disposición hace ingresar al SNIP a todas las sociedades comerciales cuya titularidad sea de una persona pública estatal, conocidas como entes instrumentales de la Administración, y que han sido definidas como “*aquellas personas jurídicas constituidas o creadas por una administración pública, dotadas de personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidad del ente matriz*.”¹⁹ La utilización del término “entidad” (en lugar del de sociedad), permite incluir también a las de carácter no comercial como las fundaciones constituidas por entes estatales²⁰, e incluso a los fideicomisos. En el caso de las primeras (las fundaciones), no existe inconveniente, en tanto son personas jurídicas²¹; en relación a los segundos (fideicomisos) dado que no se encuentran dotados de personería jurídica sino que son patrimonios de afectación, la situación deviene discutible. De todas formas, la utilización del polisémico término “entidad”, y las pretensiones de generalidad del SNIP, permiten postular la interpretación amplia respecto de su alcance, quedando también comprendidos los fideicomisos o patrimonios de afectación. Cabe destacar que la disposición normativa no fija qué porcentaje de las acciones, participaciones o cuotas sociales deben estar en propiedad del Estado, por lo que debe entenderse que no establece un umbral mínimo; basta con que el Estado (en sentido amplio) sea propietario de alguna cuota parte del capital para que la entidad quede alcanzada por el SNIP.

Como puede apreciarse, la inversión pública a que refiere el SNIP no es sinónimo de inversión estatal, ni tampoco se limita a las entidades regidas por el derecho público. Con esto el SNIP recogería las ideas de DELPIAZZO en torno a la necesaria “interpretación evolutiva” respecto al concepto de “Hacienda Pública” que nuestra Constitución utiliza, trasladándolas en este caso al concepto de “inversión pública”. Al respecto, sostiene dicho autor que una interpretación evolutiva del concepto de Hacienda Pública nos permitiría abarcar no sólo a las entidades que participan, en simultáneo, de las notas de “publicidad

¹⁷ Elaborado por la Intendencia y aprobado por la Junta Departamental, de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 222 y siguientes de la Carta.

¹⁸ Previsto en el numeral 6 del artículo 273.

¹⁹ DELPIAZZO, Carlos E. “Tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública” en DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador), *Nuevos aspectos de las relaciones administrativas*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2011, p. 339.

²⁰ El Banco República y la Universidad de la República son ejemplos de entidades estatales que han constituido fundaciones.

²¹ Ley de Fundaciones N° 17.163 de 1° de setiembre de 1999, art. 1.

y estatalidad”, sino también a aquellas que presentan una sola de dichas características, esto es, las que son públicas no estatales y las que son privadas estatales.²²

Si bien el SNIP no utiliza la noción de Hacienda Pública, el razonamiento de DELPIAZZO deviene aplicable, en tanto se utiliza el concepto de inversión pública con una dimensión subjetiva amplísima, alcanzando a (i) lo público estatal, (ii) lo público no estatal y (iii) lo privado estatal. Todos los recursos manejados por entidades que ingresan en una de esas tres categorías quedan abarcados en el ámbito del SNIP, en el entendido que sus inversiones provienen de dicha hacienda.

Desde el punto de vista objetivo, el SNIP comprende la inversión pública y la transferencia de capital a terceros perceptores.²³

El texto reglamentario define a la inversión pública como “*la aplicación de recursos en todo tipo de bienes y actividades que incrementen el patrimonio de las instituciones alcanzadas por el artículo 24 de la Ley N° 18.996, el capital físico, el capital humano y la creación de conocimiento, cuyo fin sea crear, ampliar, mejorar, modernizar, reponer o recuperar la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios.*”

Este concepto de inversión abarca: (a) tanto a aquellos recursos que sean aplicados en bienes como en actividades; (b) siempre y cuando incrementen patrimonio, capital físico, capital humano o creen conocimiento; (c) la finalidad debe estar relacionada a la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios para crearla, ampliarla, mejorarla, modernizarla, reponerla o recuperarla.

Esta definición presenta diferencias con la manejada por el TOI mencionada *ut supra*, en tanto supone aplicación de recursos no solo en patrimonio y activo físico, sino en capital humano y creación de conocimiento.²⁴ Por lo tanto, la capacitación de los funcionarios de un organismo alcanzado por el SNIP debe ser considerada inversión pública, como también lo es el destinar recursos a una investigación (creación de conocimiento). El objetivo final debe ser el mismo: tener un impacto en la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios. En la medida en que dichas actividades reportan beneficios perdurables en el tiempo, aun cuando no supongan aumento del activo físico, no estarían dissociadas del concepto natural de inversión, que -como vimos- no necesariamente requiere de una manifestación en el mundo sensible.

La ley establece claramente cuál es la finalidad del SNIP: *optimizar la asignación de recursos públicos con ajuste a las políticas sectoriales nacionales diseñadas por el Poder Ejecutivo*. Esa finalidad deberá ser siempre la que guíe el accionar de la OPP, en tanto cuando una disposición normativa atribuye una potestad jurídica y determina una finalidad, esta deviene de cumplimiento necesario para la entidad estatal. La finalidad puede definirse como el fin mediato, efecto o resultado final, a que la actividad del órgano estatal debe tender e, independientemente de que todo órgano estatal persigue el interés general, lo debe hacer en el marco de la finalidad concreta que la norma atributiva de

²² Cfr. DELPIAZZO, Carlos E. “Alcance de la noción de Hacienda Pública” en DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador), *Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2012, p. 40.

²³ Artículo 4 del Decreto N° 231/015.

²⁴ El artículo 5 del Decreto N° 231/015 expresamente hace esta salvedad, al establecer que a los efectos presupuestales se mantiene vigente la definición (más acotada) del artículo 1 del TOI.

competencia le haya indicado, en forma implícita o explícita.²⁵ La OPP, como órgano rector del SNIP, tiene su finalidad explícitamente definida.

No caben dudas que la optimización de la asignación en los recursos públicos es una finalidad absolutamente compatible con el texto constitucional. Sin embargo, que ello se haga a partir del ajuste a las políticas sectoriales que fije el Poder Ejecutivo, resulta más cuestionable, según veremos más adelante.

c. SNIP y la OPP

La OPP es un órgano de competencia constitucionalmente abierta, según surge del artículo 230, en virtud del cual la ley puede atribuirle nuevos cometidos.

Asimismo, el SNIP resulta compatible con la competencia material que la Constitución atribuye a la OPP, en tanto órgano encargado de la planificación y los presupuestos. La idea de ordenar la inversión pública y optimizarla se vincula con ambos cometidos: con la planificación, puesto que su función es la de “*ofrecer criterios para la asignación de recursos, sobre cuyas bases decidan las acciones directas del sector público y la acción del gobierno que representa el uso de los distintos instrumentos de política económica*”²⁶; y con los presupuestos, porque son la herramienta que reflejan las inversiones que harán los organismos estatales.

A lo anterior se suma, y como ya dijéramos, que la OPP es la sucesora de la CIDE, por disposición constitucional expresa, por lo que su actuación en el campo de la inversión pública la acompaña desde su propio nacimiento.

De todas formas, queda abierta la discusión en relación a si atribuirle a la OPP facultades decisorias o de administración activa, que vayan más allá del asesoramiento y la asistencia, resulta ajustado a la Carta.²⁷

d. SNIP y control ¿mérito o legalidad?

Siempre que se habla de control es necesario determinar cuáles son los criterios a partir de los cuales se ejercerá, existiendo controles de legalidad (si la actividad se desarrolla dentro de las pautas fijadas por el ordenamiento jurídico) y de mérito (que recaen sobre la conveniencia u oportunidad de lo actuado).

El SNIP no aclara expresamente cuál es el control que se le ha asignado a la OPP. Sin embargo, a partir de la finalidad expresamente reconocida (optimización de los recursos públicos con adecuación a las políticas sectoriales que fije el Poder Ejecutivo) es razonable entender que se trata de un control de mérito, pues tal adecuación no es una razón de legitimidad.

²⁵ Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, T II, 2° Ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 25-27.

²⁶ RUIBAL DIBELLO, Milton; LÓPEZ ROCCA, Elbio; BURSZTYN WAS, Saúl. *Oficina de Planeamiento y Presupuesto*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1972, p. 34.

²⁷ En contra de atribuirle potestades distintas a las de asesoramiento y asistencia: CAGNONI, José Aníbal. “El despertar de largo letargo: Comisión de Planeamiento y Presupuesto” en *Revista de Derecho Público*, N° 27, p. 120 y en “De la superioridad de la Constitución sobre la Ley” en *Revista de Derecho Público*, N° 29, p. 62. También RUIBAL DIBELLO, Milton; LÓPEZ ROCCA, Elbio; BURSZTYN WAS, Saúl. Ob. cit., p. 71.

Con relación a los órganos que integran el Poder Ejecutivo la regulación del SNIP no presenta a nuestro criterio objeciones de constitucionalidad, en tanto se trata de controles dentro del mismo sistema orgánico que integran y a efectos de que todos los subsistemas se alineen a las políticas sectoriales que el jerarca máximo establece.²⁸ Constituye pues un mecanismo de unificación de la actuación de las distintas dependencias del Poder Ejecutivo, inherente a sus potestades jerárquicas.

En el caso de entes autónomos, servicios descentralizados y personas públicas no estatales no existe un vínculo de jerarquía con el Poder Ejecutivo; en consecuencia pueden -legítimamente- no seguir los lineamientos de política sectorial que aquel haya trazado. Este podrá hacer uso de sus potestades constitucionales y legales para encauzarlos, pero sin que ello suponga que la actuación de la entidad haya sido ilegítima. Por tanto, incorporar este control en las decisiones de inversión supone incidir en el mérito de lo que resuelven, a efectos de alinearlos a las políticas sectoriales.

Para el caso del Poder Judicial y los órganos constitucionales de contralor no tienen el deber de ajustarse a las políticas sectoriales del Poder Ejecutivo, por cuanto la Constitución les ha garantizado autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin que existan controles de aquel sobre ellos, que garanticen tal alineamiento. En consecuencia, la finalidad del SNIP (optimizar los recursos con ajuste a las políticas sectoriales del Poder Ejecutivo) resulta de dudosa constitucionalidad, excepto que entendamos que la salvedad hecha en el artículo 23 (“...sin perjuicio de las autonomías y competencias constitucionales...”) supone que dicha adecuación no resulta de aplicación para estos sistemas orgánicos, lo cual requeriría postular una lectura restrictiva de la ley. Si el Poder Ejecutivo desea incidir en las decisiones de inversión de dichos sistemas orgánicos, podrá hacerlo en la instancia presupuestal y con los límites que la Constitución establece. E incluso, una vez que el presupuesto de estos organismos esté aprobado por el Parlamento, no resultará ajustado a la Constitución que se le obstaculice la autorización para ejecutarlo, al negarle el DTF. El análisis de mérito corresponde en todo caso al Poder Legislativo, quien se pronuncia mediante la ley presupuestal.

e. SNIP y actos administrativos

Un punto que genera dificultad es el de cómo resolver una eventual contienda entre el organismo que presenta el proyecto de inversión y la OPP, en caso que emitiera ésta informe desfavorable. La ley del SNIP no lo resuelve; el decreto reglamentario ofrece una solución parcial al establecer que aún sin DTF de OPP, el Poder Ejecutivo puede habilitar la ejecución de un proyecto de inversión.²⁹

Debería en primer término analizarse si el dictamen que deniega la CT a la inversión es realmente un dictamen o un acto administrativo.³⁰ Si fuera un dictamen, se trataría de un mero asesoramiento que no produciría efectos jurídicos y, por ende, el organismo podría seguir adelante con la inversión. Sin embargo, en la medida en que un dictamen negativo

²⁸ Cfr. SOLER, Graciela. Ob. cit., p. 49.

²⁹ Art. 24. Se trataría pues de una controversia en la cual el proyecto ya fue incorporado al presupuesto (pues contó con CT) y se encuentra en la etapa previa de ejecución.

³⁰ El artículo 12 de decreto reglamentario, al referirse a la Conformidad Técnica y el Dictamen Técnico los califica expresamente de “informes”.

impide al organismo continuar con el proceso, se trata en puridad de un verdadero acto administrativo, por cuanto despliega efectos jurídicos, al constituirse en obstáculo para que aquel pueda realizar la inversión que tenía planificada.³¹

Responder afirmativamente en relación a la naturaleza de acto administrativo supone avanzar a la siguiente pregunta: ¿se imputa el acto administrativo al Director de la OPP o a la Comisión Directiva de OPP? Allí tendremos el primer punto para saber quien dicta la resolución sobre el recurso de revocación.³² Con respecto al recurso jerárquico, y por la naturaleza institucional de la OPP, lo resolvería la Presidencia de la República.

Sin embargo, se plantea otra complejidad, en tanto los órganos afectados por la no obtención de la CT o el DTF pueden ser de distinta naturaleza jurídica. Debería pues diferenciarse según se trate de órganos pertenecientes al Poder Ejecutivo (en cuyo caso la controversia se resuelve en aplicación de las potestades jerárquicas; sin perjuicio de plantearse el problema de si la Presidencia integra o no el Poder Ejecutivo) a los restantes (no sujetos a jerarquía de aquel), en cuyo caso sí resulta razonable la interposición de recursos administrativos.

f. SNIP y presupuestos

Cuando se trate de órganos y organismos comprendidos en el artículo 220 de la Constitución, se puede plantear el problema de la constitucionalidad de la solución: ¿Qué sucede sin un organismo comprendido en dicho artículo remite al Poder Ejecutivo un proyecto de presupuesto con proyectos de inversión que no cuentan con CT?

En relación al procedimiento regulado en el artículo 220, SARLO sostuvo que, sin perjuicio de lo inadecuado del término utilizado por la Constitución (“...*modificar*...”), lo cierto es que la siguiente parte de la frase no permite dudas en cuanto a que el Poder Ejecutivo sólo está facultado a promover una solución alternativa al proyecto que remita el organismo.³³ Para SARLO la sistemática constitucional es clara en cuanto a que cada organismo autónomo realiza su propuesta presupuestal, cuyo único control de legalidad externo corresponde al Tribunal de Cuentas, agregando que un control de oportunidad o conveniencia debería estar previsto a texto expreso.³⁴

La regulación legal del SNIP deviene entonces contraria a la dinámica constitucional en materia de presupuestos de los organismos comprendidos en el artículo 220 de la Constitución. Si el Poder Ejecutivo entiende que los proyectos de inversión contenidos en los presupuestos elaborados por tales organismos no se adecuan a sus políticas sectoriales, tiene la posibilidad de enviarlos al Parlamento con las modificaciones que entienda pertinentes (esto es, el proyecto original y el proyecto del Poder Ejecutivo), y será el Poder

³¹ Es algo similar a los actos que imposibilitan o suspenden la tramitación del procedimiento, y respecto a los cuales CAJARVILLE sostiene que si hacen imposible o suspenden indefinidamente el procedimiento previo al dictado del acto final, puede ser considerado como el acto originario y recurrible. Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Ob cit., Tomo II, p. 251.

³² Sobre la discusión en doctrina puede consultarse: RUIBAL, LÓPEZ Y BURSZTYN, p. 58-61. Sobre la Comisión de Planeamiento y Presupuesto puede verse: CAGNONI, José Anibal. Ob. cit., p. 120.

³³ SARLO, Oscar. *Presupuesto, justicia y contralor*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, p. 94.

³⁴ SARLO, Oscar. Ob. cit., p. 95.

Legislativo quien dirima la controversia;³⁵ sin embargo, contar con la CT de la OPP no debería ser un requisito para su inclusión o no en las propuestas de presupuestos que los organismos del artículo 220 remiten al Poder Ejecutivo, en tanto no es una exigencia de la Carta, y menos aun si la finalidad es controlar que se adecúen a sus políticas sectoriales.

Esto nos llevaría a sostener que el organismo podría remitir su proyecto de presupuesto con proyectos de inversión que no cuenten con el aval técnico de OPP. Sin embargo, no debemos olvidar que aun cuando pudiera considerarse inconstitucional la imposición del requisito de contar con la CT, la Ley se encuentra vigente y, en consecuencia, conseguir el dictamen favorable de OPP constituye un requisito de legalidad, que será controlado por el Tribunal de Cuentas. En consecuencia, y salvo que el organismo presente la acción de inconstitucionalidad y obtenga sentencia favorable, la CT de OPP es un requisito de legitimidad respecto a cual deberá dar cumplimiento; no hacerlo determinará la observación del Tribunal al proyecto de inversión por incumplimiento de un requisito de fuente legal.

Respecto de aquellos organismos cuyo presupuesto se rige por el artículo 221 (entes del dominio industrial y comercial), la respuesta a la cuestión del ajuste del SNIP a la Constitución deviene a nuestro juicio diferente. Si bien en este caso la Constitución también regula el procedimiento, y una eventual diferencia entre el Ente y el Poder Ejecutivo debe ser resuelta por la Asamblea General, debe tenerse en cuenta que estos tienen “*el grado de descentralización que fije la ley*”, según surge del artículo 185 de la Constitución.³⁶ En consecuencia, los artículos 23 a 25 de la Ley N° 18.996 deben ser considerados como una disminución del grado de descentralización de que gozan estos entes, en cuanto aumenta el control del Poder Ejecutivo en el ámbito presupuestario. Todo lo anterior será sin perjuicio de que, para el caso en que el ente no acepte las observaciones del Poder Ejecutivo, la controversia pueda ser resuelta por la Asamblea General, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución.

Por su parte, y para reforzar la obligatoriedad del SNIP para estos entes en la etapa de ejecución, se ha incluido una disposición en los decretos que aprueban sus presupuestos, que establece la necesidad de contar con el DTF de OPP para ejecutar cualquier proyecto de inversión.³⁷ Al incorporarse al propio decreto que aprueba su presupuesto, y en la medida en que cuenta con respaldo legal en la disposición ya mencionada, no pueden existir dudas en cuenta a su obligatoriedad para los organismos del artículo 221, en la fase de ejecución.

³⁵ Cfr. SOLER. Ob. cit., pp. 49-50.

³⁶ Al respecto, CAJARVILLE sostiene que “*es posible que a los instrumentos de control de fuente constitucional reseñados, conferidos al Poder Ejecutivo, se adicionen otros consagrados por ley. En el régimen constitucional vigente, los Entes Autónomos, salvo los que tengan a su cargo servicios docentes, sólo gozan del “grado de descentralización”, y están por ende sometidos al control del órgano central, que la ley consagre,*” con la limitación de los docentes. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Ob. cit., Tomo I, p. 616.

³⁷ El texto establece lo siguiente: “*De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° numeral 3° del artículo 24° de la Ley N° 18.996 de 7 de noviembre de 2012, ningún proyecto de inversión se ejecutará sin haber obtenido en forma previa el dictamen técnico favorable de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de acuerdo a las Guías y Pautas Metodológicas elaborados por el Sistema Nacional de Inversión Pública.*” Puede encontrarse, a vía de ejemplo, en los presupuestos recientes del Instituto Nacional de Colonización (Decreto N° 29/016; art. 15); Banco Central del Uruguay (Decreto N° 193/017), OSE (Decreto N° 101/017), AFE (Decreto N° 73/017), ANCAP (Decreto N° 437/016).

¿Cómo se compatibiliza el SNIP con el régimen de las PPNE y de “entidades privadas de propiedad estatal”?

Con las PPNE, considerando que son creadas por ley, y de ella obtienen sus potestades y sujeciones de Derecho Público, parece razonable aceptar que la propia ley puede imponerle limitaciones, como tantas otras que ya se le han impuesto y que es, en definitiva, su nota característica. Puede ser complejo de implementar, en tanto existe una multiplicidad de formas en las cuales las PPNE aprueban sus presupuestos, la mayoría de ellas sin intervención del Poder Ejecutivo.³⁸

En el caso de las que sean ejecutoras de políticas públicas del Poder Ejecutivo y en especial cuando sus ingresos provienen de partidas presupuestales (en carácter de verdaderas subvenciones), la constitucionalidad de la solución no merece cuestionamientos. Sin embargo, cuando se trata de otro tipo de entidades la situación puede ser más dudosa, en especial en aquellas en que ni siquiera existen representantes estatales en sus órganos jerarcas (como los Colegios Médico y Veterinario) y que se financian exclusivamente con aportes coactivos de sus propios integrantes. Deberá, en cada caso y respecto a cada PPNE, establecerse si verdaderamente existen razones de interés general que justifiquen la limitación que el SNIP supone para la disponibilidad de sus recursos, resultando harto difícil plantear una conclusión general para una categoría cada vez más heterogénea.

En relación a las entidades instrumentales, su incorporación al SNIP puede interpretarse como parte de su procedimiento de “publicación”. En la medida en que forman parte de “lo estatal”, la creación de controles que las alcancen no presentan mayores inconvenientes en cuanto a su juridicidad; con todo, podría sí ser cuestionable la aplicabilidad del SNIP en los casos en que el Estado no sea el único socio y participen también personas privadas no estatales.³⁹ Con respecto a este punto, la cuestión de la constitucionalidad de la imposición de los controles del SNIP a este tipo de entidades puede fundarse, en relación al socio privado, en que cualquiera que se asocie con el Estado debe ser consciente y soportar que su actividad quede inexorablemente ligada a fondos públicos que, por definición, requieren de controles en una sociedad democrática. En consecuencia, se trata -para ese particular- de una limitación a la libertad de industria y comercio, impuesta por ley y por razones de interés general.

En el caso de los Gobiernos Departamentales puede cuestionarse que deban obtener la CT, en la medida en que la Constitución les ha garantizado una amplia autonomía financiera. De todas formas su incorporación al SNIP está pendiente de reglamentación.

³⁸ Puede ampliarse en: DÍAZ INVERSO, Rodrigo. “Los controles del Poder Ejecutivo sobre las personas públicas no estatales” en ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Control estatal sobre la entidades públicas y las instrumentales de derecho privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pp. 395-396 y 406-411.

³⁹ Puede consultarse un listado de personas jurídicas privadas con capital estatal en: VÁZQUEZ, Cristina. “Entidades instrumentales y responsabilidad del Estado” en ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Estudios sobre la Administración Uruguaya*, Tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016, pp. 127-129.

g. SNIP y el Tribunal de Cuentas

El 16 de diciembre de 2015 el Tribunal dictó la Ordenanza N° 88, en virtud de la cual dispone que controlará el cumplimiento de las disposiciones del SNIP tanto en la etapa presupuestal (cuando el presupuesto es sometido a su consideración)⁴⁰ como en la de intervención preventiva del gasto.⁴¹ En la medida en que la ley y su decreto reglamentario imponen obligaciones a los organismos alcanzados por el SNIP, el Tribunal consideró que su cumplimiento es una cuestión de legalidad que queda comprendida en su ámbito de actuación.

La ordenanza del Tribunal parece por demás adecuada, en tanto las disposiciones del SNIP conforman parte del haz de jurisdicción cuyo control tiene a cargo dicho órgano, tanto en materia de presupuestos como de gastos.

3. REFLEXIONES FINALES.-

La inversión pública es un motor de desarrollo en nuestra economía, siendo innegable su importancia; es un instrumento de política económica insustituible en poder del Estado para incidir en la economía y poder prevenir, detener o morigerar los efectos cíclicos de aquella. Que dicha inversión se planifique y se ejecute en forma ordenada resulta ante todo un imperativo ético, en tanto constituye la utilización y gestión de recursos públicos; es, al mismo tiempo, un imperativo jurídico derivado del deber de buena administración que pesa sobre los órganos estatales.

Por lo anterior, la implementación de un sistema que tienda a orientar y ordenar los procesos de inversión pública debe ser bienvenido, como forma de optimizar y potenciar la intervención del Estado en la economía, independientemente de la forma jurídico-organizativa que utilice. También debe resaltarse como aspecto positivo, en términos de transparencia y sistematización de la información, la unificación de datos de inversión pública, que permita su agrupamiento y el seguimiento de su ejecución. Sólo con información sistematizada, transparente y de calidad es posible ejecutar y controlar políticas públicas.

Por su parte, que dicho sistema se encuentre radicado en la OPP aparece como una opción de política legislativa compartible, en tanto armoniza con el rol planificador que nuestra Carta le asigna a dicha repartición. Es una oficina que debe tener la capacidad de planificar el desarrollo del país a largo plazo y, para ello, incidir sobre el destino y la forma en que se ejecutan los fondos públicos para indispensable.

⁴⁰ En el numeral 2) de la ordenanza se dispone lo siguiente: “En la etapa de intervención en materia presupuestal, se controlará que cada proyecto de inversión incluido en el presupuesto cuente con el informe de Conformidad Técnica (CT) del SNIP. A esos efectos, dichos organismos, al someter su presupuesto al control constitucional del Tribunal (Artículo 211 Literal A) presentarán la documentación que respalde la existencia de CT de cada programa o proyecto de inversión SNIP incluido en dicho presupuesto”.

⁴¹ En el numeral 3) de la ordenanza se dispone lo siguiente: “En oportunidad de someter a la intervención preventiva cualquier gasto asociado a proyectos de inversión SNIP, los organismos presentarán, junto a la documentación referida al proyecto presupuestal y al gasto, la documentación que verifique la validez del DTF, emitida por el SNIP. Cuando se trate de un gasto asociado a un programa de inversión SNIP, los organismos remitirán la identificación tanto del programa como de los proyectos que originan el gasto para permitir la verificación de que cada uno de estos posea el DTF”.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos aspectos de la implementación del SNIP que dejan dudas en relación a su constitucionalidad, en especial en relación al sistema de autonomías de distinto tipo que nuestra Constitución consagra.

Bibliografía consultada.

- BLANCO, Andrés. *Estudios críticos sobre Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013.
- CAGNONI, José Aníbal. “El despertar de largo letargo: Comisión de Planeamiento y Presupuesto” en *Revista de Derecho Público*, N° 27, pp. 119-120.
- CAGNONI, José Aníbal. “De la superioridad de la Constitución sobre la Ley” en *Revista de Derecho Público*, N° 29, p. 59-67.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, 2° Ed. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, T. II, 2° Ed. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- DELPIAZZO, Carlos E. “Tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública” en DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador), *Nuevos aspectos de las relaciones administrativas*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2011, pp. 337-352.
- DELPIAZZO, Carlos E. “Régimen de inversiones” en DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador), *Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2012, pp. 99-109.
- DELPIAZZO, Carlos E. “Alcance de la noción de Hacienda Pública” en DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador), *Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública*, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2012, pp. 23-41.
- DELPIAZZO, Carlos E. “Promoción y captación de la inversión privada en el sector público” en ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Regulación de la actividad privada*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, pp. 109-125.
- DÍAZ INVERSO, Rodrigo. “Los controles del Poder Ejecutivo sobre las personas públicas no estatales” en ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Control estatal sobre la entidades públicas y las instrumentales de derecho privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pp. 384-411.
- RUIBAL DIBELLO, Milton; LÓPEZ ROCCA, Elbio; BURSZTYN WAS, Saúl. *Oficina de Planeamiento y Presupuesto*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1972.
- SARLO, Oscar. *Presupuesto, justicia y contralor*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992.
- SOLER, Graciela. “Contralor de organismos estatales y no estatales a través del SNIP” en ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Control estatal sobre la entidades públicas y las instrumentales de derecho privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pp. 41-51.
- VÁZQUEZ, Cristina. “Entidades instrumentales y responsabilidad del Estado” en ROTONDO, Felipe (Coordinador), *Estudios sobre la Administración Uruguaya*, Tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016, pp. 107-131.
- VIDAL, Martha. *La gestión financiera del Estado*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

Fecha de recepción: 4 febrero 2019.

Fecha de aceptación: 14 de marzo 2019.

UNA ALERTA LOEWENSTENIANA SOBRE EL USO DE LAS HERRAMIENTAS CONSTITUCIONALES DE PODER: ACLARACIONES SOBRE LAS LEYES CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN

*Luis Fleitas de León**

RESUMEN. A partir de una nota periodística realizada a uno de los precandidatos a Presidente de la República, en las elecciones que se celebrarán en el año 2019, se analiza la herramienta constitucional de las Leyes que cuentan con una declaratoria de urgente consideración por parte del Poder Ejecutivo, con el fin de exponer, desde una perspectiva 'loewensteniana', los efectivos límites que la Constitución establece al Poder Ejecutivo para el ejercicio de esta potestad declaratoria, particularmente, en cuanto al posible contenido de estas Leyes y a su necesaria relación con una situación de existencia fáctica crítica o urgente.

PALABRAS CLAVE. Ley. Urgente. Poder Ejecutivo. Límites.

ABSTRACT. On the basis of a journalistic report made to one of the precandidates to the Presidency of the Republic, in the elections to be held in 2019, we analyze the constitutional tool of Laws that have a declaration of urgent consideration by the Executive Power, for the purposes to expose, from a 'Loewenstenian' perspective, the effective limits that the Constitution establishes to the Executive Power for the exercise of this declaratory power, particularly, as for the possible content of these Laws and their necessary relationship with an urgent or critical situation.

KEY WORDS. Law. Urgent. Executive Power. Limits.

1. PLANTEO

En nota publicada el día Domingo 22 de octubre de 2018, en el diario El País, uno de los precandidatos a la Presidencia de la República, no importa quién, ni importa el lema o

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República. Profesor Agregado de Derecho Constitucional (Grado 3 contratado) Facultad de Derecho, Universidad de la República. Correo electrónico: luisflei@hotmail.com.

partido político, declaró: “*Vamos a necesitar un Poder Ejecutivo con un poder de decisión muy fuerte. No tiene que ser uno de consulta, tiene que ser de peso político*”, agregando posteriormente: “*El gobierno empieza en la transición. Y allí vamos a tener una gran ley de urgencia donde ingrese todo lo que haya que modificar del Estado, salvo de lo que sea materia exclusiva de la ley presupuestal*”¹.

Esta declaración sirve como impulso para analizar la herramienta constitucional de las Leyes con declaratoria de urgente consideración, no con el objetivo de evaluar la conveniencia política de su eventual utilización, sino, con el fin de desentrañar, desde una perspectiva *loewensteniana*, los efectivos límites que la Constitución establece al Poder Ejecutivo para el ejercicio de esta potestad, particularmente, en cuanto a su contenido.

Establecer con precisión estos límites y sus razones, son la clave para el ejercicio responsable, no excedido y ajustado a la Constitución de esta particular herramienta de poder por parte del gobierno de turno.

2. ORIGEN Y CONTEXTO.

El mecanismo de la Ley con declaratoria de urgente consideración fue incluido, por vez primera, en nuestra Constitución, con la reforma de 1966, como un procedimiento extraordinario o diferente al normal de sanción de las Leyes, con una fuerte intervención e incidencia del Poder Ejecutivo.

Su inclusión tiene la particularidad que, a pesar de ser un procedimiento especial para la sanción de una Ley, su inserción no fue en la Sección V de la Constitución relativa al Poder Legislativo, sino en el Artículo 168, el cual establece las facultades esenciales del Poder Ejecutivo.

Lo señalado pone de manifiesto que este instituto de las Leyes con declaratoria de urgente consideración se inscribe en la innegable orientación que tuvo la Constitución de 1967 de fortalecer el Poder Ejecutivo en pos de su mayor eficacia activa²; que se inscribe en una visión propia de la época, claramente trasuntada por SANGUINETI y PACHECO SERÉ en su breve ensayo sobre esta Constitución, al justificar con una lapidaria frase, las razones que se entendían para tal fortalecimiento: “*de la constitución del Poder Ejecutivo, especialmente depende la suerte de los Estados de América del Sur*”³.

Complementariamente, existía también la concepción de que el Poder Legislativo demostraba cierta ineficacia para resolver determinados items o necesidades o exigencias cuya perentoriedad requieren una resolución legal rápida, idea que tuvo clara incidencia en la incorporación de las Leyes con declaratoria de urgente consideración por parte del Poder Ejecutivo⁴, por las razones que veremos.

¹ Disponible: <https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/luis-lacalle-pou-compartir-sindicatos.html> Consulta: 19/11/2018.

² CASSINELLI MUÑOZ, Horacio; “Primeras reflexiones sobre la nueva Constitución” en *Derecho Constitucional y Administrativo*, 1ª edición, Montevideo, La Ley Uruguay, 2010, pp. 123, 124, 131.

³ SANGUINETTI, Julio, PACHECO SERÉ, Álvaro. *La nueva Constitución*, Alfa, Montevideo, pp. 165.

⁴ REAL, Alberto Ramón. “Las Leyes con declaratoria de urgente consideración”. En CORREA FREITAS, Ruben, *El cincuentenario de la Constitución uruguaya de 1967*, Montevideo, Universidad de la Empresa, Grupo Magro Editores, 2017, p. 85.

Si bien esta fue la orientación de la Constitución de 1967, esta herramienta no implica, por sí misma, un desequilibrio entre los Poderes, en particular respecto del Poder Legislativo⁵. Sin embargo, esta clase de facultades requiere un ejercicio responsable por parte de quienes expresan la voluntad el Poder Ejecutivo, puesto que, como señaló uno de los padres del constitucionalismo moderno, el alemán Karl LOEWENSTEIN, también en la década del sesenta del siglo pasado: *“el poder lleva en sí mismo un estigma y sólo los santos entre los detentadores del poder -¿y donde se pueden encontrar?- serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder”*⁶.

Esta clase de poderes, la declaratoria de urgente consideración, que como veremos generan una situación exorbitante en el procedimiento de sanción de una Ley que tiende a favorecer la voluntad del gobierno que la impulsa, están previstos para su ejercicio en ciertas situaciones que así lo justifiquen y respetando la esencia de los Poderes, que es lo que explica que no exista un desequilibrio al menos formalmente. El ejercicio responsable de un poder implica hacerlo dentro de los límites y con el propósito que la Constitución establece, evitándo así el abuso de parte de quien ejerce el poder o quizás, de modo más sutil, la tentación del abuso.

3. POSIBLES CONTENIDOS DE ESTAS LEYES: LÍMITES AL PODER DE DECLARATORIO DEL EJECUTIVO.

El Artículo 168 numeral 7º de nuestra Constitución confiere al Poder Ejecutivo la facultad de emitir la declaratoria de urgente consideración de una Ley, en realidad de un proyecto de Ley, la que deberá ser hecha al remitir el proyecto al Poder Legislativo. Esta declaratoria sólo puede ser emitida por el Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros, conforme al Artículo 160 de la Constitución y no en acuerdo con algunos Ministros que es la otra modalidad de actuación de Poder Ejecutivo.

La Ley con declaratoria de urgente consideración puede tener contenido múltiple y variado, pero también único. Sin perjuicio de ello, la Constitución establece tres límites acumulativos a la potestad del Ejecutivo de efectuar la referida declaratoria⁷, que ofician de control ante un eventual ejercicio desbordado de esta facultad exorbitante.

En primer lugar, no pueden recibir la declaración de urgente consideración las Leyes de Presupuesto (literal b del Artículo).

En segundo lugar, no pueden recibir declaración de urgente consideración las Leyes que requieran para su aprobación 2/3 o 3/5 de votos del total de componentes de cada Cámara (literal b del Artículo), que son las Leyes que según el constituyente tienen más importancia política⁸, y sí las que requieren mayoría simple y absoluta.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, reedición de abril de 2018 de la edición de 1965, Barcelona, Editorial Ariel, p. 269

⁶ LOEWENSTEIN, Karl; *op. cit.*, p. 28.

⁷ Adicionalmente, el literal a) del Artículo 168 numeral 7º de la Constitución prevé otro límite al Poder Ejecutivo, pero que no es al contenido u objeto de esta clase de Leyes, sino que consiste en que éste *“no podrá enviar a la Asamblea General más de un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración simultáneamente, ni enviar un nuevo proyecto en tales condiciones mientras estén corriendo los plazos para la consideración legislativa de otro anteriormente enviado”*.

⁸ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho Público*, edición de julio 2009, 3ª actualización, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (FCU), p. 228.

En tercer lugar, el límite más sutil y en el que debe tenerse mayor precaución por parte del gobernante ejecutivo, surge de la propia nomenclatura que utiliza el numeral 7° del Artículo 168 de la Constitución, al decir que se trata de Leyes “*con declaratoria de urgente consideración*”, y no simplemente de “*urgente consideración*” como se las ha llamado de forma algo descuidada, incluso, por cierta literatura jurídica.

El uso del término “*declaratoria*”, refiere a una declaración, a algo declarativo, que se opone conceptualmente a algo que es constitutivo. Esa es la clave. Con precisión, KORZENIAK señala que, en cuanto al contenido de estas Leyes, “*los temas regulados deben tener cierta razonable urgencia de ser resueltos. Esta no es sólo una consideración de sentido común, sino que se deriva del carácter declarativo de la urgencia*”. El Poder Ejecutivo “*no debe inventar o constituir la urgencia del asunto*”, por razones políticas o de concepción ideológica o por prioridades de gobierno, muy por el contrario, “*formula una declaración de una urgencia realmente existente*”⁹, debe declarar una urgencia con alguna base fáctica razonable, sea económica, sanitaria, social e incluso estatal.

A riesgo de ser reiterativo, intentaré ser más preciso. El término “*declaratoria*” tiene dos sentidos que se intersectan, por un lado, significa la manifestación de la voluntad del Poder Ejecutivo, la acción de declarar, pero además, significa que la manifestación de voluntad debe ser declarativa -y no constitutiva- de una situación de urgencia realmente existente, que es el presupuesto de hecho y el motivo validante de la manifestación del Poder Ejecutivo en estos casos.

Particularmente es este límite el que impide que el gobernante ejecutivo que tiene mayoría parlamentaria, sea propia o por coalición, y que es usual que la tenga dados los caracteres de nuestro sistema electoral y político¹⁰, gobierne al impulso volutarista de esta clase de Leyes de aprobación sumaria, pues ellas tienen el sólo propósito de constituirse en una acción eficaz y puntual ante situaciones críticas y urgentes¹¹.

Atendiendo al criterio finalista de interpretación de la Constitución¹², es este el modo en el que debe inteligirse la disposición constitucional en cuestión, pues, como señalaba LOEWENSTEIN, ontológicamente “*... se debe considerar como ‘telos’ de toda Constitución -y no hay motivo para que la nuestra sea una excepción-, la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político, ... limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder*”, como único modo de exorcisar la tentación del abuso¹³.

⁹ KORZENIAK, José. *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*, 3ª edición, Montevideo, FCU, febrero de 2006, p. 491.

¹⁰ Véase que desde que se instauró el sistema electoral de ‘*ballotage*’, en la reforma constitucional de 1996, los Ejecutivos, en mayor o menor medida, sean porpías como en el caso de los gobiernos del Frente Amplio o coaligadas como en el caso de los gobiernos del Partido Colorado, siempre han contado con mayorías en el Parlamento.

¹¹ Nobleza obliga, cabe señalar que, de forma no expresa y de modo extrañamente acrítico, CASSINELLI parecería exponer otro criterio, al señalar que las leyes con declaratoria de urgente consideración aseguran al Poder Ejecutivo el pronunciamiento en plazos razonables acerca “*de una ley que considere necesaria para la ejecución de su política*” - CASSINELLI, Horacio, *Derecho Público*, op. cit., p. 228.

¹² JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Justino. *La Constitución Nacional*, edición de la Cámara de Senadores de 1988, reedición de 1991, Montevideo, Tomo I, pp. 134 – 139.

¹³ LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., pp. 29, 151. Decía el autor: “*La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto...*” (p. 150)

Dicho esto entonces, la expresión del precandidato: "... *allí vamos a tener una gran ley de urgencia donde ingrese todo lo que haya que modificar del Estado*", podría transuntar al menos una concepción excedida de esta facultad constitucional, pues esto no obedece a la declaración de una urgencia existente en el Estado, a una situación crítica, sino a una cuestión de concepción del mismo, lo que es absolutamente legítimo, pero no es de por sí hábil para motivar tal declaratoria.

Dicho de un modo crudo, ni la mejor y más inspirada reforma del Estado podría efectuarse por una Ley con declaratoria de urgente consideración, salvo que tuviese como presupuesto fáctico una situación estatal crítica generalizada, extremo que, más allá de los cuestionamientos que pueden realizarse al Estado uruguayo, parece no verificarse.

4. PRERROGATIVAS DE ESTAS LEYES: LA IMPORTANCIA DE LOS LÍMITES AL PODER DECLARATORIO.

El procedimiento de sanción de estas Leyes declaradas de urgente consideración por parte del Poder Ejecutivo, tienen una serie de prerrogativas exorbitantes, si se las compara con el de las Leyes comunes, que dimensionan explícitamente la relevancia del ejercicio limitado tal potestad por quienes expresan la voluntad del Poder Ejecutivo.

En primer lugar, el Poder Legislativo tiene plazos breves "*casi conminatorios*"¹⁴ para la sanción de estas Leyes: la Cámara que recibe proyecto tiene 45 días para tratarlo, si no lo desecha expresamente se reputa aprobado tal cual lo envió el Poder Ejecutivo (literal d); la segunda Cámara tiene 30 días para tratarlo y si no media pronunciamiento expreso de desecho también queda aprobado el proyecto como fue enviado por el Poder Ejecutivo (literal e); si la segunda Cámara aprueba un texto distinto, debe reenviarlo a la primera que dispone de 15 días (literal e); si la primera Cámara no se pronuncia sobre el texto modificado por la segunda Cámara, el proyecto se debe remitir de oficio ante la Asamblea General que dispone de 10 días para su consideración, la que podrá dirimir la diferencia entre ambas Cámaras y pronunciarse expresamente incluso aprobando un nuevo proyecto por 2/3 de votos o no pronunciarse, en cuyo caso se tendrá por sancionado el proyecto en la forma en la cual lo votó la última Cámara que le prestó aprobación expresa (literales e, f y Artículo 135).

Véase que los proyectos de Ley comunes no tienen plazo para su tratamiento, salvo los proyectos de Ley que, no siendo de Presupuesto o de Rendición de Cuentas, les es aplicable el Artículo 229 de la Carta, en cuyo caso el plazo no es para su tratamiento por cada Cámara o por la Asamblea General, sino para su sanción, que debe ocurrir doce meses antes de la fecha de las elecciones ordinarias.

En segundo lugar, relacionado con lo anterior, el carácter más exorbitante de estas leyes es que el silencio de los órganos del Poder Legislativo, luego de transcurridos los plazos que se indicaron, implican la sanción de la Ley en cuestión. Es decir, la Ley se puede aprobar con la sola voluntad expresa positiva del Poder Ejecutivo.

En los proyectos de Ley comunes, la falta de pronunciamiento de los órganos del Poder legislativo tiene por efecto el rechazo o el archivo, nunca la aprobación tácita.

¹⁴ KORZENIAK, José, *op. cit.*, p. 492.

Algunos autores intentan atenuar el carácter exorbitante de esta clase de Leyes, lícita por supuesto, pero exorbitante al fin, invocando ciertas similitudes con las Leyes de Presupuesto y de Rendición de Cuentas, en cuanto a que el Parlamento debe pronunciarse en determinados plazos¹⁵ y a que ambas tienen inicitativa privativa del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, existe una importante diferencia.

Por un lado, si bien ambas Cámaras tienen plazos para tratar el proyecto de Ley de Presupuesto o Rendición, los términos son un poco más extensos que los de las Leyes con declaratoria de urgente consideración: 45 días para cada Cámara, 15 días en caso que se introduzcan modificaciones y si interviene la Asamblea General, también 15 días más (Artículos 217 y 218).

Por otro lado, la diferencia sustancial con las Leyes con declaratoria de urgente consideración es que en caso que las Cámaras y eventualmente la Asamblea General, no se pronunciaren en los plazos indicados, el proyecto de Ley de Presupuesto o Rendición se tendrá por rechazado (incisos 2º de los Artículos 217 y 218).

Finalmente, la única herramienta de contrapeso para eclipsar al Poder Ejecutivo, que para estos casos la Constitución prevé en favor del Poder Legislativo, es que con el voto conforme de 3/5 del total de componentes de cada Cámara se puede dejar sin efecto la declaratoria de urgente consideración (literal c del numeral 7º Artículo 168).

Ahora bien, la mayoría calificada de 3/5 para ejercer el contrapeso, no tiene por objetivo proteger la voluntad de las minorías, que es la razón final que normalmente tiene de este tipo de mayorías¹⁶, sino proteger la propia voluntad del Poder Ejecutivo¹⁷ en su declaración, que, como ya se dijo, en nuestro sistema de gobierno tiende a ser respaldada por una mayoría parlamentaria propia o coaligada que fácilmente supera el *quantum* de 2/5 de componentes de los órganos legislativos, lo que atenúa manifiestamente la eficacia de este contrapeso legislativo.

5. CONCLUSIÓN.

Las prerrogativas innegables que implica la declaratoria de urgente consideración de un proyecto de Ley y el disminuído contrapeso del Poder Legislativo a la voluntad del Poder Ejecutivo, dimensionan la prudencia, razonabilidad y el estricto ajuste a la Constitución con que deben actuar quienes expresan jurídicamente la voluntad el Poder Ejecutivo en estos casos, el Presidente de la República con el Consejo de Ministros; en particular, guardando un vínculo estricto entre la emisión de dicha voluntad y una realidad fáctica crítica o urgente, como el presupuesto de hecho y motivo válido de tal declaración.

El ejercicio de este poder sin contemplar lo señalado, sin que la declaratoria del Poder Ejecutivo refleje una realidad fáctica crítica, urgente o de emergencia, supone una

¹⁵ CORREA FREITAS, Ruben. *Derecho Constitucional Contemporáneo*, 5ª edición, Montevideo, FCU, noviembre 2016, Tomo II, p. 86.

¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p. 245. El autor dice: “Mayorías calificadas son una técnica importante de los controles intraórgano, por medio de los cuales el poder estar debidamente distribuído, y se alcanzará una eficaz protección de la minoría limitando a la mayoría”.

¹⁷ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, *op. cit.*, p. 228.

discordancia entre el Artículo 168 numeral 7° de la Constitución y el ejercicio del poder exorbitante que contiene, nominalizando así peligrosamente el elemento de control que prevé la norma constitucional como límite al gobernante ejecutivo¹⁸.

Todo indicio de ello, por más eventual que sea, debe ser objeto de alerta.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho Público*, edición de julio 2009, 3ª actualización, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio; “Primeras reflexiones sobre la nueva Constitución” en *Derecho Constitucional y Administrativo*, 1ª edición, Montevideo, La Ley, 2010.
- CORREA FREITAS, Ruben. *Derecho Constitucional Contemporáneo*, 5ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, noviembre de 2016, Tomo II.
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Justino. *La Constitución Nacional*, edición de la Cámara de Senadores de 1988, reedición de 1991, Montevideo, Tomo I.
- KORZENIAK, José. *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*, 3ª edición, Montevideo, FCU, febrero de 2006, p. 491.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, reedición de abril de 2018 de la edición de 1965, Barcelona, Editorial Ariel.
- REAL, Alberto Ramón. “Las Leyes con declaratoria de urgente consideración”, En CORREA FREITAS, Ruben, *El cincuentenario de la Constitución uruguaya de 1967*, Universidad de la Empresa, Grupo Magro Editores, 2017.
- SANGUINETTI, Julio, PACHECO SERÉ, Álvaro; *La nueva Constitución*, editorial Alfa. Montevideo.

Fecha de recepción: 20 enero 2019.

Fecha de aceptación: 12 de marzo 2019.

¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, pp. 216 - 218. En su clasificación ontológica de las Constituciones, el autor distingue entre Constituciones normativas y nominativas, además de las semánticas. Las normativas son aquellas jurídicamente válidas, que además, son efectivamente vividas por destinatarios y detentadores, son reales y efectivas y acompañadas por la realidad del ejercicio del proceso de poder. Las nominativas son Constituciones jurídicamente válidas, pero a cuyas normas no se adapta la dinámica del proceso del ejercicio del poder político, dejando sin realidad existencial a la misma más allá de su existencia en el plano jurídico.

DOCTRINA SOBRE PRESUNCIÓN DE LEGITIMACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Lorena Machi**
*Eliana Machi***

RESUMEN. En el presente trabajo se trata de analizar el criterio actual del TCA sobre la presunción de legitimidad del acto administrativo, el cual no la admite desde hace un tiempo e incluso en alguna sentencia posterior a las que en el trabajo se indican. También se analiza otro tema sobre el cual no existe duda alguna ni cuestionamiento de ningún tipo, el relacionado con la actividad discrecional de la Administración. Sobre este segundo tema, entonces, la relevancia no se da en igual grado y existe abundante bibliografía y jurisprudencia. En lo que refiere a la presunción de legitimidad del acto administrativo, existen opiniones doctrinarias en contra y a favor de la misma, y estas se basan en analizar las normas que existen en nuestro ordenamiento jurídico habiendo variado a lo largo de los años las mismas, por lo que en este trabajo se esbozará una serie de posiciones y sus fundamentos de forma breve. demás se citarán a vía de ejemplo sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando postulaba la opinión a favor de la presunción de legitimidad y la que postula actualmente.

PALABRAS CLAVE. Presunción de legitimidad. Acto administrativo. presunción de ilegitimidad. Motivación. Acto administrativo, Actividad discrecional.

ABSTRACT. Throughout this paper we intend to analyze the current criterion of the Administrative Litigation Court relative to the presumption of legitimacy of the administrative act, which was not admitted for a while and even in some judgment subsequent to those stated herein. The paper further discusses another issue regarding which there is no doubt or questioning whatsoever, namely, the issue related to the

* Asesora Letrada de la Dirección Nacional de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Correo electrónico: lorenayandira@hotmail.com

** Asesora Letrada de la Dirección Nacional de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Minería. Correo electrónico: elianayandira@hotmail.com

Administration's discretionary activity. On this second topic, relevance does not occur in the same degree and there is abundant bibliography and case law. With regards to the presumption of legitimacy of the administrative act, there are doctrinal opinions against and in favor, and these are based on analyzing existing rules in our legal system that have varied over the years, and throughout this paper a series of positions and their foundations will be briefly outlined. In addition, judgments of the Administrative Litigation Court will be cited as an example stating an opinion in favor of the presumption of legitimacy, which such Court is currently applying.

KEY WORDS. Presumption of legitimacy. Administrative act. Presumption of illegitimacy. Motivation of the administrative act. Discretionary activity.

1. Definición: ¿qué se entiende por “presunción de legitimidad del Acto Administrativo”?

Para comenzar por definir el tema que nos convoca podemos ver que expresa el Prof. Dr. Duran Martínez al respecto: “*en general los autores entienden que los términos presunción de juridicidad, presunción de legalidad, presunción de validez o presunción de legitimidad son sinónimos: significan que se supone que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a derecho*”.¹

Sin perjuicio de esto el autor en su artículo se propone distinguir los conceptos de perfección, validez, eficacia, estabilidad, firmeza, definitividad y ejecutoriedad.

Si vemos lo que ya sostuvimos en anterior trabajo respecto a lo que prevé el art 2 del Decreto N° 500/91 existe la obligación de actuar por parte de la Administración conforme al principio de legalidad, tal como puede verse en el acápite de dicha norma la cual establece:

“La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho. La expresión utilizada “debe” implica una obligación, se prevé que la Administración debe servir con objetividad pero también con sometimiento pleno al Derecho. De la misma se infiere el carácter imperativo de la norma. No existe discrecionalidad acá, no existe potestad en este caso, sino única y exclusivamente una obligación”.²

¿Es conforme a dicho precepto que se establece que existe presunción de legitimidad de todo acto administrativo? Y ahora bien ¿Si ningún interesado o perjudicado alega la ilegitimidad del acto en vía recursiva o anulatoria, esto supone que es porque el acto se transformó en legítimo?

Nuestra posición es un radical NO, y reiteramos lo que fuera dicho en trabajo: “**La inexistencia de un perjudicado que alegue dicha ilegitimidad de un acto por medio de una interposición de recursos no enerva a la Administración del deber**

¹ Duran, Augusto. “La Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo. Un Mito Innecesario y Pernicioso”. *En Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, año 2007, N° 2, pp 124.

² Machi, Eliana. Machi, Lorena. “Revocación del Acto Administrativo de Oficio y su Conciliación con el Principio de Seguridad Jurídica”. *En Revista de Derecho Público*, n° 50, Diciembre 2016, pp. 97-105.

de ajustar sus normas conforme a Derecho, y además el transcurso del tiempo tampoco habilita a considerar que los actos dictados por la Administración se volvieron legítimos". (Lo que está en negrita nos pertenece).

Aclaremos y reiteremos esto ya que si bien existe el deber de ajustarse a Derecho y por ende a dictar actos legítimos, este supuesto no habilita a considerar la existencia de una presunción de legitimidad del acto, porque bien sabemos que si existe el mecanismo de impugnación recursiva y anulatoria es porque existe una presunción de ilegitimidad del mismo, y no lo contrario. El acto no se vuelve legítimo porque no haya sido recurrido dentro del plazo legalmente establecido, ni anulado por el TCA. El acto debería de ser legítimo siempre, si es que la Administración cumple con los presupuestos legales previstos en nuestro ordenamiento jurídico, como lo es el art 2 del Decreto 500/91, pero la situación real muchas veces no condice con la que debería ser.

2. Posición doctrinaria a favor de la presunción de ilegitimidad del acto administrativo.

Al respecto podemos citar la posición sostenida por el Prof. Dr. Gordillo, cuando expresa que: ***"... es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda presumirse legítimo si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. Esa contradicción lógica ni siquiera podría ser superada por una hipotética norma legal expresa que así lo dijera, pues allí tendríamos una pretendida presunción legal cuya irrazonabilidad parece manifiesta. En tal sentido cabría imaginar una norma que invocando el bien común o el interés público dijera que "Aunque encuentres un acto manifiestamente ilegítimo, debes comportarte como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone."*** ***"Pero es claro que ello resulta irrazonable, por ende inconstitucional"*** (lo que está en negrita nos pertenece).³

Es más, no solo compartimos lo que expresa el autor en este párrafo citado, sino en lo que continúa expresando a continuación: ***"Es así manifiesta la debilidad o inexistencia del fundamento en que se hace reposar esa presunción de legitimidad: aun dejando de lado la vieja afirmación de la Corte, que los actos administrativos "por serlo" se presumen legítimos y atendiendo a la que ofrece alguna doctrina, se advierten sus limitaciones. Se afirma en la jurisprudencia que el fundamento radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, lo que demuestra la tesis contraria. La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc. La ausencia de alguno de ellos —aislado y a veces ni siquiera sumados—, no lleva a la nulidad judicial sino a su anulabilidad, saneable per se. Cabe pues concluir, de lege lata, que no están dadas en el derecho viviente las condiciones postuladas para la presunción de legitimidad amplia del acto administrativo..."***⁴

³ Gordillo, Agustín. "Presunción de Legitimidad, Exigibilidad y Ejecutoriedad". En: Gordillo, A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Fundación de Derecho Administrativo. 10 Edición, año 2011 Tomo 3. El acto administrativo. Capítulo 5. pp.V1-V55. Disponible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo5.pdf fecha de consulta 20/06/16.

⁴ Gordillo, Agustín. op.cit. p.V10

Claramente puede verse que el autor tampoco está del todo conforme con dicha posición doctrinaria y reconoce que en los hechos y en la práctica la realidad es que existen abundantes actos administrativos ilegítimos, los cuales incumplen requisitos legales esenciales y a pesar de eso, se dictan y surgen efectos, ya que mientras el acto no es revocado o anulado es válido. **Y allí está la cuestión, es imposible sostener que un acto es legítimo porque no fue recurrido ni anulado, y por ende debe de ser cumplido y respetado, postulando la presunción de que dicho acto es legítimo** (lo que está en negrita nos pertenece).

Si hiciéramos estadísticas de la cantidad de recursos administrativos y acciones de nulidad que existen como forma de impugnación de actos administrativos, y si contabilizáramos la cantidad de sentencias del TCA que salen favorables para el recurrente, nos daríamos verdaderamente cuenta que lo que abundan en los hechos son los actos ilegítimos, no legítimos. Entonces, ¿en donde queda la presunción de legitimidad del acto? La ilegitimidad es la regla cuando debería de ser la excepción.

3. Análisis de posiciones doctrinarias a favor de la presunción de legitimidad del acto administrativo.

Una posición contraria y por ende a favor de la existencia de dicha presunción de legitimidad es la postulada por Marienhoff, el cual al respecto ha dicho el Prof. Dr. Durán Martínez que: *“aclara luego Marienhoff que esta presunción no es absoluta sino simple o relativa: puede ser desvirtuada por el interesado demostrando que el acto controvierte el orden jurídico”*.⁵

De lo que se infiere al analizar dicha expresión sería que la regla en cuestión radica en considerar que siempre estamos frente a un acto administrativo legítimo, pero como dicha presunción no es absoluta, sino que admite prueba en contrario, alcanzaría con que un interesado se presentase ante la Administración y ante el órgano Jurisdiccional después a alegar la vulneración de un acto contra una regla de derecho.

Pero ahora bien, que pasa cuando un interesado realmente no puede someterse a procedimientos extensos y costosos para intentar demostrar los perjuicios que le causa determinado acto que viola una regla de derecho. En este caso si fuéramos partidarias de la posición de la presunción de legitimidad podríamos sostener que el acto se presume legítimo ya que el mismo no logró ser impugnado.

Continuando con el artículo citado de Duran, el mismo dice que: *“Propone entonces Marienhoff fundar la mencionada presunción de legitimidad en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos. Y es aquí que cita a María Rivalta en cuanto dice que el acto administrativo procede de una autoridad pública que debe respetar la ley y es obra de funcionarios particularmente seleccionados y desinteresados, debe observar determinadas formalidades y es precedido de una serie de controles”*.⁶

⁵ Duran, A (2007). “La Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo. Un Mito Innecesario y Pernicioso”. *En Revista de Derecho N° 2 de Universidad Católica del Uruguay, 2, p.131.*

⁶ Duran, Augusto. op.cit. p 141.

Gordillo al respecto también se ha pronunciado diciendo que: ...**“el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un solo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidiós, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia”** (lo que está en negrita nos pertenece).⁷

...**“El día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia y prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, en condiciones de imparcialidad, etc., entonces podrá con algún dejo de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad. Y de todos modos ello no puede nunca amparar el acto manifiestamente viciado, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que cierto acto es lo que manifiestamente no es.”**⁸ (Lo que está en negrita nos pertenece).

En el trabajo de doctrina publicado por el Prof. Dr. Duran Martinez, sobre el tema de revocación de oficio por la administración de un acto administrativo precisa que, **“CASSINELLI MUÑOZ y CAJARVILLE PELUFFO sostuvieron que la revocación sin recurso por razones de legitimidad no es un acto debido, sino discrecional. Tal discrecionalidad deriva de la existencia de plazos perentorios para recurrir. Sostener que la revocación sin recurso por razones de legitimidad es un acto debido equivale a dejar sin sentido los plazos perentorios previstos en la Constitución para recurrir. Pero esa revocación es posible si existen razones de interés público para disponerla; no basta para eso la ilegitimidad en sí misma”** (lo que está en negrita nos pertenece).⁹

El Prof. Cajarville agregó después lo siguiente: **“el plazo para recurrir parece perder su razón de ser si cualquier denuncia de ilegalidad, en cualquier momento, creara a cargo de la Administración el deber de revocar; la existencia de ese deber parece contradictoria con aquel plazo. Pero este enfoque tiene que ver con la firmeza del acto; y como se señaló en el planteamiento del tema aquí debe considerarse su estabilidad, atinente a la mutabilidad o inmutabilidad de la situación que ha creado; cuestión ajena a su firmeza, como lo es también su legitimidad o ilegitimidad; ambas atañen a las normas de fondo aplicables al acto y a la situación que ha creado”**.¹⁰

De lo transcrito puede verse el papel fundamental que se le da por parte de dichos autores al plazo legal de interposición de recursos frente a un acto administrativo,

⁷ Duran, Augusto. op. cit. p 142

⁸ Gordillo, Agustín. op.cit. p. V 11

⁹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo, año X, Números 1-2, pp. 334 y ss.

¹⁰ Duran Martinez, Augusto “Revocación de Oficio de un Acto Administrativo nulo creador de derechos cuyo vicio era conocido por el beneficiario” en Revista de Derecho Público año 26 n° 52 diciembre 2017, pág. 133.151.”

permitiendo suponer que la no interposición de los mismos dentro del plazo legal ya constituiría una potestad o facultad discrecional de la administración el revocar el acto ilegítimo o no, cuestión que no compartimos.

Como ya expresamos a veces la imposibilidad de interposición de recursos no implica un saneamiento de un acto administrativo ilegítimo, y si además de esto, la Administración es plenamente consciente de dicha ilegitimidad, tiene el deber no la potestad, a nuestro entender, de revocar el acto, puesto que conforme lo expresado anteriormente, en nuestro derecho está consagrada la presunción de ilegitimidad del acto y no lo contrario.

4. “Presunción de legitimidad del acto administrativo” en el Derecho Positivo Vigente

Nuestro Derecho Positivo no establece en ningún lado la presunción de legitimidad del acto administrativo, es más, todo lo contrario, existe a nivel legal la presunción de ilegitimidad del acto administrativo, la cual se encuentra prevista en el art 6 de la Ley N° 15.869 de fecha 20 de junio de 1987, por cuanto expresa que: **“Artículo 6°.- Vencido el plazo de ciento cincuenta días o el de trescientos, en su caso, se deberán franquear, automáticamente, los recursos subsidiariamente interpuestos reputándose fictamente confirmado el acto impugnado. El vencimiento de los plazos a que se refiere el inciso anterior no exime al órgano competente para resolver el recurso de que se trate, de su obligación de dictar resolución sobre el mismo (artículo 318 de la Constitución). Si ésta no se produjera dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que se configuró la denegatoria ficta, la omisión se tendrá como presunción simple a favor de la pretensión del administrado en el momento de dictarse sentencia por el Tribunal, para el caso que se promoviere acción de nulidad”** (lo que está en negrita nos pertenece).

La norma previamente citada fue modificada por el art 41 de la ley 17.292 de fecha 25 de enero de 2001 la cual cambió el plazo de sesenta días por el de treinta días, pudiéndose destacar que constituye a nuestro entender una garantía más para el interesado.

El Prof. Dr. Duran Martinez (en *“Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo”*) ha dicho que: *“Las presunciones son útiles en el ámbito jurídico solo en la medida en que no se distorsione la realidad. Como bien ha expresado De Freitas, el derecho fue concebido para el hombre real y no para el hombre presunto. La presunción de legitimidad del acto administrativo, tal como es tomada en el Uruguay, prescinde de la realidad y afecta o más bien, evita la argumentación, con lo que deslegitima la sentencia dictada con esa apoyuntura. Y la cosa es aún peor cuando, como sucede en el Uruguay, se invoca la presunción de legitimidad para desconocer la presunción de ilegitimidad impuesta por el art 6 de la ley N° 15869, de 22 de junio de 1987, puesto que al hacerlo se desconoce abiertamente la ley”*.¹¹

De todos modos cabe remarcar que la disposición legal que establece la presunción de ilegitimidad del acto tiene un margen limitado, ya que la misma resulta de aplicación ante

¹¹ Duran, Augusto. “Otra vez sobre la inexistente presunción de legalidad del acto administrativo”. *En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. XV año 2009. pp 845-861.* disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr47.pdf> fecha de consulta 31/01/18.

un determinado supuesto, el cual es “*para el caso que se promoviere acción de nulidad*”, lo que indirectamente posiciona una vez más al interesado en una situación engorrosa, consistente en tener que agotar la totalidad de los mecanismos legales previstos para impugnar el acto, recurriendo en última instancia a la acción de nulidad; y si el mismo no pudiera o no quisiera verse sometido a los extensos plazos y costos de un procedimiento anulatorio carecería de tener a su favor dicha presunción.

5. Opinión de la Jurisprudencia del TCA respecto a las dos posiciones analizadas

Se pueden distinguir dos momentos distintos respecto a la opinión sustentada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en lo que refiere a la existencia de la presunción de legitimidad del acto administrativo. En un momento dado el mismo se pronunciaba a favor de la existencia de tal presunción, pero actualmente como consecuencia del cambio en la integración del Tribunal cambió también la posición sustentada. A fines explicativos citaremos algunas sentencias a continuación:

i. Posición a favor de la presunción de legitimidad del acto administrativo:

Sentencia TCA N° 589/2003 de fecha 29 de octubre de 2003,

La misma se pronuncia en el siguiente sentido: “*I) El acto administrativo tiene a su favor la presunción de legitimidad, tal como lo admite la doctrina (Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo II, pág. 372 a 378; conf. Rotondo Tornaría, Felipe - “Manual de Derecho Administrativo”, ed. Del Foro, Mont. 2000, pág. 211 N° 259) y reiteradamente lo ha sostenido el Tribunal (véase, Anuario de Derecho Administrativo tomo V, pág. 189-190, casos n° 261 a 267; tomo VI, pág. 240, casos N° 172 a 175; y tomo VIII, pág. 381-382, casos 217 a 220, entre otros). Y por lo tanto quien invoca la ilegitimidad, tiene siempre la carga de la prueba correspondiente (arts. 58 y 104 del decreto ley N° 15.524; 283, 284, 313, 329 a 331 del C.Proc.Civil; y 137 y 139.1 del C.G.P.). A criterio del Tribunal, la actora no cumplió en forma suficiente con dicha carga probatoria, por lo cual se mantiene la presunción de legitimidad del acto y eso impone desestimar la pretensión de nulidad y la confirmación del mismo*”.

-Sentencia N° 61/2004 de fecha 18 de febrero de 2004 ha expresado que: “*Sobre estas bases, e ingresando al fondo del asunto, se destaca que el acto administrativo tiene a su favor la presunción de legitimidad, tal como lo admite la doctrina (Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo II, pág. 372 a 378; conf. Rotondo Tornaría, Felipe - “Manual de Derecho Administrativo”, ed. Del Foro, Mont. 2000, pág. 211 No. 259), y reiteradamente lo ha sostenido el Tribunal (véase, Anuario de Derecho Administrativo tomo V, pág. 189-190, casos No. 261 a 267; tomo VI, pág. 240, casos Nos. 172 a 175; y tomo VIII, pág. 381-382, casos 217 a 220, entre otros). Y por lo tanto quien invoca la ilegitimidad, tiene siempre la carga de la prueba correspondiente (arts. 58 y 104 del decreto ley No. 15.524; 283, 284, 313, 329 a 331 del C. Proc. Civil; y 137 y 139.1 del C.G.P.)*”.

ii. Posición a favor de la ilegitimidad del acto administrativo: Posición actual del TCA.

Sentencia 703 del TCA de fecha 6 de octubre de 2015.

“Se reproducen en la especie, las condicionantes que determinan que opere la presunción legal de ilegitimidad del acto encausado (Cf. Sentencias 26/2014, 297/2013, 542/2012,

415/2012, 315/2012, 813/2011, 175/2011, 323/2009, 18/2008, 214/2005 y 702/2004, entre otras”.

Sentencia N° 624/2016 de fecha 18 de octubre de 2016.

*Expresa que: “En efecto. Sobre tal presunción, el Tribunal ha expresado que: ... la parte demandada expresamente pretendió fundar la regularidad jurídica del acto enjuiciado en base a la presunción de legalidad del acto administrativo, procede destacar que en la actualidad el Tribunal ha sostenido que dicho privilegio no goza de respaldo en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, recientemente se expresó: “... es ciertamente discutible -por carencia de apoyatura normativa- el principio que admite la existencia de una presunción de legitimidad “*ius tantum*”, en beneficio de los actos dictados por la Administración, directriz reiteradamente relevada por jurisprudencia del Cuerpo en anteriores integraciones. (Sentencias Nos. 656/2001, 773/2006, 680/2007, 589/2007, etc.), cuya aplicación al presente pretende la demandada (fs. 21 vta. del ppal.). Porque como se ha dicho: “. la presunción de constitucionalidad de las leyes distorsiona los principios generales de derecho de mayor valor y fuerza y la Constitución en función de los intereses del legislador, y la presunción de legitimidad de los actos administrativos distorsiona esos mismos principios, la Constitución y la ley, en función de los intereses de la Administración, todo ello en definitiva en detrimento de los derechos humanos. Esas presunciones, pues -la de constitucionalidad de las leyes y la de legitimidad del acto administrativo-, no se adecuan al precepto de interpretación conforme a la Constitución”. (Durán Martínez, Augusto; “Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2009, 15° año, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pág. 848). Debe de verse que la presunción comentada opera como un criterio apriorístico de valoración del accionar administrativo que, como tal, sin respaldo jurídico en nuestro ordenamiento logra privilegiar a uno de los sujetos del proceso, en detrimento de su contraparte inobservando la igualdad de los litigantes que informa y preside el proceso contencioso administrativo de anulación (art. 4 C.G.P., art. 104 del Decreto-Ley 15.524)...” (Sentencia 21/2013).*

-Sentencia 426/2016 de fecha 21 de julio de 2016 dice: “*En lo inicial se impone consignar que no se comparte la afirmación de que los actos administrativos gozan de una presunción de regularidad jurídica*”. Y posteriormente repite lo pronunciado en la sentencia anteriormente citada.

Sentencia 356/2016 del TCA de fecha 16 de junio de 2016.

“... Por último, refuerza la viabilidad de la pretensión anulatoria actuada, la actitud asumida por la accionada, incumpliendo el órgano público con el deber jurídico que le ha sido atribuido, cuya inobservancia -bajo determinadas condicionantes- el legislador sancionó mediante la presunción de ilegitimidad en favor del interesado (art. 6° de la Ley 15.869, en la redacción dada por el art. 41 de la Ley 17.292). En diversas ocasiones la Corporación ha relevado la referida presunción legal, cuya aplicación resulta preceptiva una vez verificado el presupuesto de hecho previsto en la norma (Cfme. Sentencias Nos. 796/2015, 725/2013, 124/2013, 11/2013, 751/2012, 315/2012, 285/2012, 196/2012, 189/2012, 813/2011, 175/2011, 323/2009, 18/2008, 214/2005, 702/2004, entre otras)”. “Como toda presunción simple, libera a su beneficiario ab initio de la carga probatoria de sus dichos, invirtiéndose ésta, debiendo la Administración procurar desplegar los medios

probatorios hábiles y conducentes como única vía idónea para desvanecer el beneficio legal al que accedió el demandante”.

-Sentencia 198 del TCA de fecha 21 de abril de 2016: “... Invariablemente, en doctrina se ha señalado que el legislador uruguayo estableció una presunción de antijuridicidad en el supuesto editado por la norma, con severas críticas a la invocación reiterada de la presunción de legitimidad en jurisprudencia del Tribunal (así: DELPIAZZO, Carlos E.; “Derecho Administrativo General”, Vol. 1, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2011, pág. 294), las que en su actual integración se consideran plenamente de recibo...”... “Porque la presunción de legitimidad de los actos administrativos opera como un criterio apriorístico de valoración del accionar administrativo que, como tal, sin respaldo jurídico en nuestro ordenamiento logra privilegiar a uno de los sujetos del proceso, en detrimento de su contraparte inobservando el principio de la igualdad de los litigantes que informa y preside el proceso contencioso administrativo de anulación (art. 4 C.G.P., art. 104 del Decreto-Ley 15.524), conforme se ha señalado por el Colegiado en las sentencias Nos. 415, 466 y 509/2012, 6 y 21/2013, entre otras, véase también el **CONSIDERANDO XI** de la Sentencia 427/2010 (lo que está en negrita nos pertenece)”.

VI. Conclusión.

Producto del análisis efectuado de las dos posiciones sostenidas por la Doctrina administrativista y por la jurisprudencia del TCA vigente, podemos afirmar que compartimos las conclusiones arribadas por diversos autores respecto a la inexistencia de una presunción de legitimidad del acto administrativo. Creemos que nuestro propio sistema jurídico a través de las normas previamente citadas impide la existencia del mismo, ya que el motivo fundamental del sistema tuitivo en el Derecho Administrativo es de conceder las mayores garantías a los administrados, y la forma más razonable de hacerlo es reconociendo la existencia de la presunción de ilegitimidad del acto. Es más de hecho la misma se encuentra establecida en nuestro Derecho Positivo, y resulta plenamente aceptada por la integración actual del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sin perjuicio de esto, destacamos que la consagración de dicho principio de presunción de ilegitimidad del acto constituye a nuestro entender una garantía eficiente para todo administrado, garantía que se encuentra más allá de la debida interposición de los recursos administrativos o no, y más allá de la interposición de la acción de nulidad.

Por cuanto, si dicha presunción es una garantía para el administrado, debiera suponerse que esta garantía persiste más allá de la no impugnación del acto, estando la Administración a nuestro entender obligada a revocar de oficio un acto administrativo ilegitimo, y no facultada a hacerlo como sostiene parte de la doctrina.

Las normas deben de dictarse conforme a derecho y conforme a nuestro ordenamiento jurídico, este sí es un precepto legal obligatorio, por ende si se observase la existencia de un acto administrativo que vulnerase esta prerrogativa, debería de ser revocado incluso de oficio por parte de la administración, a pesar de nunca haber sido recurrido.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- ARIAS, G. (2010). “A vueltas con la Discrecionalidad Administrativa”. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay*. N° 5. 11-26. Disponible en <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/814/816> Fecha de consulta 31/01/18.
- ARTECONA,, D. “Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la Administración”. En *Revista de Facultad de Derecho, FDER*. N° 30. 45-54. Disponible en <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/viewFile/85/89> . Fecha de consulta 31/01/2018.
- CARJARVILLE, J P. (2008) “Sobre Derecho Administrativo”. Segunda Edición ampliada. Montevideo. FCU. 50-53.
- DURAN MARTINEZ A (2007). “La Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo. Un Mito Innecesario y Pernicioso”. En *Revista de Derecho N° 2 de Universidad Católica del Uruguay*, 2, 124.
- DURAN MARTINEZ, A.. “Revocación de Oficio de un Acto Administrativo nulo creador de derechos cuyo vicio era conocido por el beneficiario” en *Revista de Derecho Público* año 26 n° 52 diciembre 2017, pág. 133.151.”
- CASSINELLI MUÑOZ, H., “Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, año X, Números 1-2, pp. 334 y ss.
- DURAN MARTINEZ, A. (2009). “Otra vez sobre la inexistente presunción de legalidad del acto administrativo”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. XV. 845-861. disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr47.pdf>. Fecha de consulta 20/06/17.
- GORDILLO, A. (2011) “Presunción de Legitimidad, Exigibilidad y Ejecutoriedad”. En: Gordillo, A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Fundación de Derecho Administrativo. 10 Edición, Tomo 3. El acto administrativo. Capítulo 5. V1-V55. Disponible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo5.pdf Fecha de consulta 20/06/17.
- GORDILLO, A. (2011) “Clasificación Jurídica de la Función Administrativa”. En: Gordillo, A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Fundación de Derecho Administrativo. 10 Edición, Tomo 1. Parte General.. Capítulo 10. X1-X41. Disponible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf Fecha de consulta 20/06/17.
- MACHI, E. MACHI, L (2016). “Revocación del Acto Administrativo de Oficio y su Conciliación con el Principio de Seguridad Jurídica”. En *Revista de Derecho Público*, n° 50, Diciembre 2016, p. 97-105.
- PEREZ, V. (2009). “Motivación del Acto Administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones”. En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Año VIII. N° 15. 37-54 Disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Perez-Benech-Motivacion-del-acto-administrativo-Analisis-de-criterios-jurisprudenciales-y-admisibilidad-de-su-omision-alegando-la-reserva-de-las-actuaciones.pdf> Fecha de consulta 31/01/18.
- RENATO VARGAS, A. “Arbitrariedad, Discrecionalidad y Libertad en la figura de la Discrecionalidad Administrativa”. En *Revista Derecho y Cambio Social*, Lima Perú. 1/04/2015. p 2. Disponible en http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/ARBITRARIEDAD_DISCRECIONALIDAD_Y_LIBERTAD.pdf. Fecha de consulta 31/1/18.
- SAYAGUÉS LASO, E. “Tratado de Derecho Administrativo”. 9°. edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins. Montevideo. FCU. 419-420.

Fecha de recepción: 17 marzo 2019

Fecha de aceptación: 10 abril 2019.

LOS PRINCIPIOS INVERTIDOS: LA IRREVOCABILIDAD Y RETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

*Guzmán Ramírez**

RESUMEN. En el ámbito del Derecho Administrativo son aceptados los principios de revocabilidad e irretroactividad de los actos de la Administración. Pero aquí analizaré cómo estos dos principios fundamentales pueden invertirse, y su incidencia en el área tributaria, para concluir en: (i) la imposibilidad de la Administración Tributaria de modificar sus actos de determinación en el sentido de generarle al contribuyente un mayor gravamen (salvo en determinados casos excepcionales), y (ii) la retroactividad de los actos administrativos que conllevan la aprobación de la inscripción registral (y consecuente reconocimiento) de entidades exoneradas de impuestos.

PALABRAS CLAVES- Irrevocabilidad. Retroactividad. Acto administrativo. Determinación tributaria.

ABSTRACT. In the field of Administrative Law, standards of revocability and non-retroactivity of the acts of Government are accepted. However, I will herein analyze how this two basic standards may be reversed, and its implications within taxation, in order to conclude with: (i) the inability of the Tax Administration to amend its re-assessment resolutions in the sense of triggering a higher burden on the taxpayer (except in certain exceptional cases), and (ii) the retroactivity of administrative acts involving the approval of registration (and the consequent acknowledgment) of tax-exempted entities.

KEYWORDS. Non-revocability. Retroactivity. Administrative act. Tax re-assessment resolution.

* Profesor de Derecho Tributario Universidad ORT. Correo electrónico: gramirez@bergsteinlaw.com

1. La facultad de la Administración Tributaria de revocar los actos de determinación, y su vinculación con los principios de seguridad jurídica y buena fe.

1.1. Análisis introductorio.

En 2018, varios montevideanos —propietarios de inmuebles ubicados en la periferia del Departamento— fueron sorprendidos cuando recibieron sus facturas de Contribución Inmobiliaria. Vieron incrementado, de manea exponencial, el monto del impuesto a pagar. Ello obedeció fundamentalmente a un cambio en la categorización de sus inmuebles: antes calificaban como rurales; ahora pasaron a considerarse sub-urbanos. Dicha re-categorización generó dos (2) consecuencias de particular trascendencia: (i) un cambio en el régimen tributario: los inmuebles comenzarían a tributar Contribución Inmobiliaria Urbana/Sub-Urbana (no más Contribución Inmobiliaria Rural), y (ii) un importante incremento del valor de aforo considerado para el cálculo del impuesto.

Para mayor sorpresa, la Intendencia pretendió no solamente aplicar dichos cambios hacia el futuro (esto es, a partir de 2018), sino que también pretendió hacerlo con efecto retroactivo, re-liquidando los impuestos pagos en 2016 y 2017.

Más allá del “absurdo jurídico” de pretender cobrar sobre un mismo inmueble dos (2) impuestos que son incuestionablemente incompatibles (un inmueble puede ser categorizado como rural —y en consecuencia tributar Contribución Inmobiliaria Rural—, o como urbano/suburbano —y en consecuencia tributar Contribución Inmobiliaria Urbana/Suburbana; pero la Intendencia no puede hacer tributar un inmueble como rural y luego pretender hacerlo tributar como urbano/sub-urbano por el mismo período), el planteo realizado por la Intendencia de Montevideo resulta propicio para reflexionar —con una perspectiva más amplia— acerca de la posibilidad o imposibilidad de cualquier Administración Tributaria (no solamente la Intendencia) de modificar los actos de determinación previamente dictados por ella.

Todos estamos de acuerdo con que los actos administrativos —de principio— pueden ser revocados o modificados por la Administración, sea a petición del interesado o incluso de oficio. Esto es lo que se conoce como “principio de revocabilidad de los actos administrativos”. En palabras de SAYAGUÉS LASO, *“la situación de la Administración ante sus propios actos irregulares es muy especial. En principio... luego de constatado el vicio la Administración puede extinguir el acto mediante revocación. Esto se justifica por cuanto se trata simplemente de ajustar a derecho la actividad administrativa.”*¹ En el mismo sentido, Alberto Ramón REAL sostenía: *“El acto administrativo es, en principio, revocable y no pasa en autoridad de cosa juzgada. Aún cuando sea firme, no admita más recursos o haya sido consentido, es revocable de oficio y le es oponible la excepción de ilegalidad.”*²

Pero dicho principio se invierte cuando el cambio que pretende la Administración, es en perjuicio del contribuyente. La Administración Tributaria —en principio— no puede modificar un acto de determinación en el sentido de generarle al contribuyente un mayor

¹ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I (2010), p. 421.

² REAL, Alberto Ramón. “Extinción del acto administrativo creador de derechos”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 1-2 (1960), p. 94.

gravamen (sí puede hacerlo para reducirlo), salvo en determinadas circunstancias a las que referiré más adelante.

Elementales razones de seguridad jurídica así lo imponen. Como bien dicen Gianni GUTIÉRREZ y Alberto VARELA, *“la seguridad jurídica se encuentra en la base misma del Derecho, integrando su concepto y en consecuencia constituye un principio general que debe considerarse inherente a todo Estado de Derecho y a la personalidad humana. La finalidad primaria del Derecho es hacer posible la convivencia social pacífica, asegurar la paz y el orden dentro de una sociedad, para lo cual el Derecho debe introducir cierto grado de certeza en las relaciones entre los miembros de la sociedad.”*³

De conformidad con dicho principio general, no es jurídicamente posible que en un momento dado la Administración Tributaria haya obligado al contribuyente a pagar una determinada suma de dinero, y luego pretenda acrecentar dicha suma por la vía de volver a dictar otro acto de determinación modificativo del anterior.

Dicha conclusión aplica para todos los actos de determinación. Aplica cuando dicho acto ha sido dictado por la Administración luego de una inspección fiscal (esto es, luego de que el contribuyente presentara su correspondiente declaración jurada). Pero mucho más aplica en el caso de la determinación de oficio (como sucede en la Contribución Inmobiliaria). Pues en este caso el contribuyente no tiene ninguna incidencia ni injerencia en la liquidación del tributo, sino que simplemente se limita a pagar —de buena fe— la suma de dinero determinada por la Administración, depositando su confianza en la presunción de que dicha determinación ha sido realizada correctamente.

Entonces también está involucrado el principio de buena fe. Jonás BERGSTEIN explica que *“la buena fe es uno de los grandes fundamentos del Derecho todo. No se concibe un Estado de Derecho que no reconozca en la buena fe uno de sus lineamientos vectores o directrices principales. Un Derecho que no estuviera dominado por ese principio, no sería Derecho, o en todo caso sería un Derecho injusto.”*⁴

Como consecuencia de dicho principio general, hay que tener en cuenta que en la determinación de oficio, la iniciativa es exclusiva de la Administración. La Administración Tributaria —sin la intervención del contribuyente— determina la cuantía de la obligación tributaria en función de los elementos que ella misma dispone (como sucede con el valor de aforo de los inmuebles, en el caso de la Contribución Inmobiliaria). Si es la Administración la que dispone de todos los elementos necesarios para cuantificar la obligación tributaria, dicha Administración debe respetar la buena fe de los contribuyentes, que lo único que hacen es limitarse a pagar la cifra oportunamente determinada por la Administración.

1.2. Respaldo de la doctrina.

Los mayores expertos en Derecho Tributario han tenido la oportunidad de analizar el tema, principalmente haciendo referencia a los actos de determinación dictados luego de una inspección fiscal —previa declaración jurada del contribuyente—. Pero —según

³ GUTIÉRREZ, Gianni; y VARELA, Alberto. La Carta de Derechos del Contribuyente en Uruguay (2008), p. 111.

⁴ BERGSTEIN, Jonás. Buena fe y Derecho Tributario (2018), p. 8.

expliqué más arriba—sus conclusiones son enteramente extrapolables a la determinación de oficio.

Todos ellos están de acuerdo en la imposibilidad de la Administración de modificar los actos de determinación tributaria en perjuicio del contribuyente (salvo en algunas hipótesis de excepción).

VALDÉS COSTA sostenía: “..*Los actos administrativos en materia tributaria...deben tener cierta estabilidad jurídica como requisito indispensable para dar a los interesados las debidas garantías propias del Estado de Derecho. ...Todos estamos de acuerdo en que los actos administrativos...tienen que tener estabilidad jurídica, por diversas razones, entre ellas fundamentalmente por la aplicación del principio de la seguridad jurídica.*”⁵

Francisco MARTÍNEZ compartía el mismo pensamiento: “..*El acto únicamente puede alterarse si la ley lo permite; pero lo consiente solo de dos maneras: en beneficio del deudor cuando...la autoridad realiza un nuevo examen; y, en contra del deudor, en caso de que por su culpa, por una violación de los deberes que le incumben en el procedimiento preparatorio o como consecuencia de otros hechos contrarios a la ley, la determinación se ha hecho incompleta, esto es, en el caso de fraude; fuera de estos supuestos el acto es intangible.*”⁶

Queda claro pues que, en el caso de un acto de determinación de oficio (como el de la Contribución Inmobiliaria) no podría darse ninguna de las situaciones que podrían autorizar a la Administración Tributaria a modificar dicho acto en perjuicio del contribuyente. MARTÍNEZ menciona la posibilidad de la Administración Tributaria de hacerlo, pero ello cuando el contribuyente hubiere cometido algún acto de fraude o ilegalidad. Tal extremo no podría verificarse en el caso de una determinación de oficio como la que la Intendencia realiza en materia de Contribución Inmobiliaria. Todo lo contrario. En estos casos, el contribuyente no hace más que pagar de buena fe el impuesto determinado por la Intendencia. No podría atribuírsele ninguna ilegalidad, ni mucho menos fraude.

En la misma línea de pensamiento, el argentino GIULIANI FONROUGE sostenía: “*Aunque la determinación de la obligación fiscal no es un acto de índole jurisdiccional y, por lo tanto, no puede hablarse de cosa juzgada a su respecto, la certeza del derecho—que es uno de sus fines— exige que una vez considerados los elementos informativos del caso y exteriorizada la opinión de la autoridad administrativa, ella no pueda ser alterada discrecionalmente si fue puesta en conocimiento del deudor o responsable y aceptada por este. El acto puede ser modificado antes, pero no después de la notificación, pues una vez puesto en conocimiento del particular afectado, el acto ha salido del campo unilateral de la administración, engendrando un derecho por parte de aquel al mantenimiento de la situación creada...Es incuestionable el derecho del Fisco a modificar la determinación, cuando se descubren nuevas circunstancias o antecedentes que fueron sustraídos al conocimiento de la Administración o, mejor dicho, cuando por acción u omisión del deudor o responsable (culpa o dolo), el órgano estatal no pudo disponer de todos los elementos necesarios para la correcta determinación del*

⁵ VALDÉS COSTA, Ramón. Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano (1982), pp. 174 y 175.

⁶ Citado por Ramón VALDÉS COSTA en Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano (1982), p. 172.

tributo, como es el caso del contribuyente que oculta bienes, que omita denunciar réditos o comunicar documentos que influyen en el monto imponible... En consecuencia, para modificar la determinación firme, es necesario que el error haya sido ocasionado por el proceder del contribuyente o responsable, o que razonablemente pueda imputársele... Consideramos inadmisibles la revisión del acto de determinación consentido, por la circunstancia de que los funcionarios administrativos hayan incurrido en errónea apreciación de datos y elementos conocidos en oportunidad, pues como ha dicho la Corte Suprema, no es obligación de los particulares fiscalizar, controlar o aperebir al Estado por el descuido o ineficacia de sus empleados... Con el mismo propósito de certeza del derecho y estabilidad de los negocios jurídicos... el contribuyente no debe satisfacer ningún suplemento de impuesto en tanto la deficiencia no obedezca a mala fe, culpa o dolo de su parte... Únicamente es admisible la rectificación de errores materiales o aritméticos (no de concepto) que no pudieron pasar inadvertidos para el particular, como sería el caso -por ejemplo- de que en los fundamentos del acto se haga mención de una cifra y en la parte dispositiva se consigne un importe menor del que aritméticamente corresponda, o exista un error de suma o transposición de números.”⁷

En definitiva —dice GIULIANI FONROUGE— la Administración podría modificar el acto de determinación previamente dictado cuando el error yacente en dicho acto fuese el resultado de la mala fe del contribuyente. GIULIANI FONROUGE también dice que la modificación del acto de determinación podría admitirse en perjuicio del contribuyente cuando dicho error fuese meramente aritmético (y no de concepto), y además fuese tan notorio/evidente que no podría haber pasado inadvertido por el contribuyente. Fuera de estos casos, prevalece la irrevocabilidad en perjuicio del contribuyente del acto de determinación.

Tampoco la Administración podría justificar la modificación de un acto de determinación tributaria —en perjuicio del contribuyente— invocando un eventual error de sus funcionarios. Decía el tributarista italo-argentino **Dino JARACH**: *“Debe excluirse... la posibilidad de... modificación de la determinación, cuando la Administración misma sin la existencia de hechos imputables a los administrados, haya cometido errores de hecho o de derecho en su pronunciamiento. En otras palabras la norma en cuestión no permite (al Fisco) modificar posteriormente sus decisiones para subsanar sus propias deficiencias.”*⁸

El también argentino Héctor B. VILLEGAS afirmaba: *“... Los efectos de la resolución determinativa deben ser diferentes para el Fisco que para el sujeto pasivo, debiendo quedar el primero ligado en mayor medida que el segundo a dicha resolución... Mientras los derechos impugnativos del sujeto pasivo son amplios y solo se encuentran limitados por el principio de legitimidad del acto determinado, la Administración queda vinculada al resultado arribado, y si el acto fue notificado al determinado y reunió las condiciones esenciales para su validez (forma y competencia), la decisión determinativa tendrá efectos preclusivos para la Administración en cuanto a su evaluación de los elementos para ella conocidos al momento de determinar.”*⁹

⁷ GIULIANI FONROUGE, Carlos. Derecho Financiero Volumen I (1987), pp. 562 y ss.

⁸ JARACH, Dino. Finanzas Públicas y Derecho Tributario (1983), p. 449.

⁹ VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario (1997), p. 346.

El mexicano **DE LA GARZA** reafirmaba estos conceptos diciendo: **“..Dictada y notificada la liquidación, ésta no puede modificarse en perjuicio del contribuyente..”**¹⁰

Finalmente, el peruano **Humberto MEDRANO CORNEJO** informa que **“la resolución de determinación tiene que ser única, integral y definitiva. Una vez notificada, sin que el contribuyente interponga recursos impugnatorios, la misma ya no puede ser modificada... Permitir que se emita una nueva resolución de determinación para incluir reparos que no se hicieron al informarse la resolución original, llevaría a la incertidumbre absoluta, pues a pesar de haberse notificado deuda por un cierto monto que el contribuyente acepta expresamente, el Fisco podría ampliar su exigencia en función de objeciones que no hizo en la ocasión anterior. Esta operación podría repetirse de manera indefinida, con lo cual desaparecería por completo la seguridad jurídica. Por tales razones, nosotros consideramos que no deben admitirse las resoluciones “provisoriales” pues ello permitiría fiscalizar una y otra vez al mismo período con relación al mismo tributo. Lo contrario implicaría ingresar en el reino de la inseguridad y la indefensión... Con ello se eliminaría cualquier viso de certeza respecto del cumplimiento de las obligaciones impositivas. Se trata de un planteamiento inaceptable que otorgaría a la Administración la facultad de dejar sin efecto las notificaciones previamente cursadas para modificarlas cuantas veces considere conveniente. . . Se infringiría el principio de seguridad jurídica, toda vez que se autorizaría a la Administración para revocar, modificar, sustituir o complementar sus actos en cualquier circunstancia. . . Los hechos habilitantes para la modificación deben originarse en una actuación del contribuyente que hubiera impedido al Fisco tomar conocimiento de la existencia de la obligación o liquidar con exactitud el monto del tributo. Es decir que tales hechos deben consistir en actos que para la Administración son nuevos, y que, por razones imputables al contribuyente, le resultó imposible conocer. . . De lo expuesto se sigue, que el contribuyente no es responsable de la ineficacia de los empleados del Fisco.”**¹¹

MEDRANO CORNEJO, en opinión que comparto, destaca que los actos de determinación provisionales no son admitidos en Derecho Tributario, por resultar contrarios al principio de seguridad jurídica. En consecuencia, incluir en los actos de determinación tributaria una mención a que la Administración se reserva el derecho a re-liquidar los tributos determinados, debería considerarse nula y —en consecuencia— tenerse por no-escrita.

Además, el pago de cualquier impuesto determinado por la Administración Tributaria, tiene pleno efecto cancelatorio. Lo dice **PÉREZ NOVARO** refiriéndose específicamente a la Contribución Inmobiliaria: **“..Cuando el contribuyente no participa en la fijación o liquidación de la obligación tributaria, tal como ocurre por ejemplo con la Contribución Inmobiliaria... en el ámbito departamental, el pago efectuado tiene pleno valor cancelatorio.”**

¹⁰ DE LA GARZA, Sergio. Derecho Financiero Mexicano (1968), p. 750.

¹¹ MEDRANO CORNEJO, Humberto. “Límites a la fiscalización: prescripción e intangibilidad de las cotaciones notificadas”, en Revista Ius et Veritas N° 31 (2005), pp. 23 y ss.

El mismo **PÉREZ NOVARO** continúa diciendo: *“Hay situaciones en que el sujeto activo aplica un nuevo valor imponible al bien gravado. El nuevo valor deberá resultar de mutaciones operadas en el inmueble... lo que requiere una nueva apreciación directa por parte del organismo evaluador y configura el dictado de un nuevo acto administrativo, susceptible de impugnación por los propietarios. Dicho nuevo valor del bien no debe aplicarse retroactivamente, pues se agrediría el principio de la irretroactividad de los actos administrativos, así como el de que los cambios de criterios impositivos perjudiciales para el contribuyente rigen siempre para el futuro, de acuerdo... al principio de seguridad jurídica...”*

Y finalmente concluye: *“Que la Administración liquide y cobre un impuesto en base a los valores reales fictos y que luego pretenda re-liquidarlos, implica un cambio de criterio que debe ser notificado al contribuyente para que éste ejerza las defensas que considere aplicables y como todo cambio de criterio más gravoso para el contribuyente debe ser aplicado para el futuro, nunca retroactivamente.”*¹²

1.3. Conclusión.

Corresponde subrayar aquí que no se trata de cuestionar la facultad de la Administración Tributaria de revocar/modificar sus actos administrativos. Sí se trata de impedir que la Administración Tributaria ejerza dicha facultad (revocatoria) en desconocimiento del principio de seguridad jurídica y en violación de la buena fe y confianza del contribuyente.

2. La eficacia retroactiva de los actos administrativos declarativos y su repercusión en la inscripción registral de las entidades exoneradas de impuestos

2.1. Análisis introductorio

Es cierto que los actos administrativos —de principio— tienen efectos no-retroactivos. Pero esto no quiere decir que no haya excepciones. Lo reconoce el propio SAYAGUÉS LASO: *“Generalmente el acto administrativo produce efectos para el futuro, es decir, no tiene efecto retroactivo. ... Pero esto no excluye que en ciertos casos pueda tener efectos hacia el pasado, cuando la ley expresamente lo autoriza o cuando la retroactividad es el efecto natural del acto.”*¹³

Una de estas excepciones está representada por los actos administrativos que tienen naturaleza declarativa. El principio de irretroactividad de los actos administrativos se invierte en los casos de actos administrativos declarativos. Los actos administrativos de naturaleza declarativa tienen efectos retroactivos cuando producen efectos favorables al interesado y no lesionan derechos o intereses legítimos de otras personas. Si partimos de la base de que un acto administrativo declarativo tiene por objeto reconocer una situación pre-existente (esto es, una situación que existía antes del dictado de dicho acto), solo es posible concluir que los efectos de dicho acto se retrotraen al momento desde el que dicha situación —que fue declarada tal por la Administración— en la realidad existía.

¹² PÉREZ NOVARO, César. Modos de Extinción de la Obligación Tributaria (2005), pp. 88 y 89.

¹³ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I (2010), p. 498.

No es posible escindir la naturaleza declarativa de un acto administrativo, de los efectos que dicho acto conlleva. Y ello por cuanto la naturaleza declarativa de un acto administrativo es definida precisamente por sus efectos. En la medida que un acto administrativo reconoce una situación que pre-existía a su dictado, tenemos que concluir que dicho acto tiene efectos retroactivos.

2.2. Respaldo de la doctrina.

La doctrina (tanto nacional como extranjera) admite que los efectos de los actos administrativos declarativos se retrotraen al pasado.

Así lo enseña **DURÁN MARTÍNEZ**, quien —al referirse a los actos de naturaleza declarativa— ha dicho: “..*Este tipo de actos son necesariamente retroactivos.*”¹⁴

En el mismo sentido, se expresa el tratadista argentino **MARIENHOFF**: “*En mérito... al fundamento que le atribuyo a la irretroactividad del acto administrativo, éste resultará retroactivamente aplicado cuando aparezca reglando hechos, conductas o situaciones anteriores a la fecha de su vigencia...*”¹⁵

Y finalmente el jurista español **MARTÍN MATEO** comparte dicha opinión: “*Normalmente, los actos producen sus consecuencias hacia el futuro, no hacia el pasado, pero también excepcionalmente pueden tener eficacia retroactiva cuando... produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto.*”¹⁶

2.3 Respaldo de la jurisprudencia.

El nexos entre la naturaleza declarativa de un acto administrativo y su eficacia retroactiva, ha sido reconocido por la jurisprudencia. Y tiene especial trascendencia en el orden tributario, particularmente en lo que refiere al acto que la Administración dicta al aceptar la inscripción en el registro de una entidad exonerada de impuestos.

La Sentencia N° 41/2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno (del 19 de abril de 2017) adhiere a la tesis de que un acto administrativo declarativo despliega sus efectos hacia el pasado.

En este caso, una institución inscripta en el Registro de Instituciones Culturales y de Enseñanza del Ministerio de Educación y Cultura (MEC), promovió una acción de repetición de pago contra la Dirección General Impositiva (DGI). Dicha institución entendía que correspondía se le devolviesen los impuestos pagados con anterioridad a dicha inscripción, bajo la premisa de que el acto administrativo que había aprobado dicha inscripción tenía efectos declarativos y por ende retroactivos.

El **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno** (integrado por los Dres. Cristina Cabrera, Edgardo Ettlín y Beatriz Tommasino) expresó que “.. *habrá de amparar la pretensión de autos. .. Estamos ante una inscripción de naturaleza declarati-*

¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Retroactividad del acto administrativo”, en Anuario de Derecho Administrativo Tomo VII (1999), p. 84.

¹⁵ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II (1966), p. 393.

¹⁶ MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo (2005), p. 256.

va...Permite constatar una realidad existente con anterioridad a la inscripción. La redacción del Artículo 69 de la Constitución en futuro (“estarán exoneradas”) no significa que la inmunidad esté supeditada a una inscripción administrativa...La redacción en tal tiempo verbal es parte de la técnica legislativa con la que suelen redactarse las normas. ...La inscripción de la institución de enseñanza privada o cultural, no se hace en el MEC para gestionar una exoneración tributaria, sino para dar cuenta de su existencia y de su seriedad... En consecuencia, cuando el Estado cobra tributos a dichas instituciones, lo hace ilegítimamente. Si les cobró estos conceptos y luego se constata que la institución estaba en condiciones de ser sujeto de la inmunidad tributaria, debe devolver lo percibido...”

En definitiva, el Tribunal de Apelaciones obligó a la DGI a devolver los impuestos pagos antes de la inscripción (esto es, admitió que el acto declarativo también aplicaba hacia el pasado).

2.4. Conclusión.

Entiendo que no pueden existir dos lecturas al respecto. Los actos administrativos declarativos reconocen una situación pre-existente, y en cuanto reconocen una situación pre-existente, no están alcanzados por el principio de irretroactividad de los actos administrativos. Dichos actos (declarativos) no despliegan sus efectos jurídicos exclusivamente hacia el futuro, sino también hacia el pasado, en tanto favorezcan al interesado y no perjudiquen a otras personas. La inscripción en el registro de una entidad exonerada de impuestos, está comprendida entre dichos actos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- BERGSTEIN, Jonás. Buena fe y Derecho Tributario (2018).
DE LA GARZA, Sergio. Derecho Financiero Mexicano (1968).
DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Retroactividad del acto administrativo”, en Anuario de Derecho Administrativo Tomo VII (1999).
GIULIANI FONROUGE, Carlos. Derecho Financiero Volumen I (1987).
GUTIÉRREZ, Gianni; y VARELA, Alberto. La Carta de Derechos del Contribuyente en Uruguay (2008).
JARACH, Dino. Finanzas Públicas y Derecho Tributario (1983).
MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II (1966).
MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo (2005).
MEDRANO CORNEJO, Humberto. “Límites a la fiscalización: prescripción e intangibilidad de las acotaciones notificadas”, en Revista Ius et Veritas N° 31 (2005).
PÉREZ NOVARO, César. Modos de Extinción de la Obligación Tributaria (2005).
REAL, Alberto Ramón. “Extinción del acto administrativo creador de derechos”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 1-2 (1960).
SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I (2010).
VALDÉS COSTA, Ramón. Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano (1982).
VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario (1997).

Fecha de recepción: 15 de marzo 2019.

Fecha de aceptación: 17 de marzo 2019.

LOS ACTOS DE LOS GOBIERNOS DEPARTAMENTALES Y SU CONTROL POR LOS MECANISMOS DE GOBIERNO DIRECTO

*Jean-Paul Tealdi**

RESUMEN. A nivel de los gobiernos departamentales, la Constitución uruguaya prevé dos mecanismos de participación directa de las personas, el referéndum y la iniciativa popular. La jurisprudencia de la Corte Electoral hasta 2013 había negado la existencia de dichos institutos so pretexto de que debían ser reglamentados por el legislador. La actual jurisprudencia de dicho organismo ha sido consagrar la existencia de ambos institutos, aunque con serias limitaciones que violan, a juicio del autor, el texto constitucional, que se analizan en el presente artículo.

PALABRAS CLAVES. Uruguay. Gobierno Departamental. Corte Electoral. Referéndum. Iniciativa popular.

ABSTRACT. At Local Governments' level, Uruguay's Constitution states two mechanisms for direct participation, namely: referendum and popular initiative. Until 2013, the Electoral Board's case law had denied the existence of such institutes, arguing that they required to be regulated by the lawmaker. Current case law of such Board, however, enshrines the existence of both institutes, although with serious limitations that, to the author's view, violate the constitutional text, and that are analyzed throughout this paper.

KEY WORDS. Uruguay. Local Government. Electoral Board. Referendum. Popular Initiative.

1. INTRODUCCIÓN.

En el Uruguay la Constitución de 1934 creó el instituto del referéndum a nivel departamental, y la iniciativa a nivel local, y el legislador en 1935 cumplió el mandato constitucional pero lo amplió y creó el instituto de la iniciativa legislativa departamental.

* Procurador. Asistente de Derecho Constitucional (Grado 2), Facultad de Derecho, UDELAR. Ayudante del Instituto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, UDELAR (2018-2019). Correo electrónico: jampiuuro@gmail.com

La Constitución de 1952 estableció que la Ley creada por mayoría absoluta debía reglamentar el recurso de referéndum contra los decretos de los gobiernos departamentales, y que la ley podía instituir y reglamentar el derecho de iniciativa legislativa departamental.

Al amparo de lo dispuesto en la Constitución uruguaya y la ley mencionada, se accionaron diversos procedimientos tendientes a interponer recursos de referéndum contra decretos de diversos gobiernos departamentales, así como ejercer el derecho de iniciativa legislativa en materia departamental. El órgano encargado de proceder al análisis de la pertinencia o no de ambos institutos es la Corte Electoral, quien tiene la competencia consagrada constitucionalmente. La jurisprudencia en esta materia ha establecido la inexistencia de ambos institutos, debiendo el legislador proceder a dictar las leyes reglamentarias que prevén las normas constitucionales.

Sin embargo, a partir de 2013, 2014 la Corte Electoral ha establecido en su reciente jurisprudencia la existencia de ambos institutos, y en 2017 restringió el ejercicio del referéndum contra decretos que establecen tributos.

Atento a la trascendencia que dicha jurisprudencia tiene respecto del ejercicio directo de la soberanía por parte de la Nación, nos disponemos al análisis de dichos fallos a la luz del Estado constitucional de derecho y de los institutos democracia directa, y establecemos nuestra posición respecto de los fundamentos y conclusiones que ha establecido la Corte Electoral.

2. ESTADO DE DERECHO Y LOS INSTITUTOS DE GOBIERNO DIRECTO.

2.1. El Estado de Derecho.

2.1.1. Orígenes.

El Estado de Derecho, en sus orígenes, aparece confundido con el Estado Liberal, condicionado por una realidad social y económica, e íntimamente vinculada a la ideología liberal.

Maurice DUVERGER señala que las instituciones políticas se desarrollan a partir y con base en una ideología preexistente, que se manifiesta en el liberalismo político, establecido claramente en el artículo primero de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al expresar que “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*”, la cual debe ser situada dentro de la realidad económica y social en que se desarrolló la revolución burguesa. Se buscaba limitar los poderes de los gobernantes, de manera tal que el Estado no interfiriera con la realidad. En segundo término la ideología liberal en lo económico que se manifestaba en la libertad de empresa, respeto a la propiedad privada y libertad de comercio.

En su formulación jurídica nace en medio de dos planteos fundamentales: a). el principio inglés del “*rule of law*”, que implica la primacía total de la ley, consagrándose la soberanía del parlamento inglés, recogido por la doctrina del liberalismo político y jurídico, era ya desde tiempo atrás un principio consuetudinario constitucional plenamente vigente en el siglo XVII. b). Los planteos del jusnaturalismo racionalizado, representada entre otros por GROCIO y KANT, así como la doctrina de la separación de poderes, cuyos exponentes más conocidos son LOCKE, HOBBS y MONTESQUIEU¹.

¹ CORREA FREITAS, Ruben. *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Tomo I, F.C.U., Cuarta Edición, Uruguay. 2013, p. 93.

En la doctrina alemana proclama la soberanía del Derecho, ante la imposibilidad de reconocer como en Inglaterra la primacía del Parlamento, acuñándose la expresión Estado de Derecho se le otorga a VONMOHL, en una obra publicada en 1832, cuyo título es “Ciencia de la Policía según los principios del Estado de Derecho”, el que destacó tres períodos históricos del Estado: a) El Estado patrimonial, en el que el gobierno absoluto administra el Estado como si fuese un patrimonio personal del soberano; b) El Estado de Policía, que es el gobierno absoluto del Estado dirigido con fines de bien público, pero con normas arbitrarias y reglamentarias; c) El Estado de Derecho, es el gobierno regido por la ley y cuyo fin es al mismo tiempo la justicia y el bien público².

2.1.2. Caracteres.

Sobre el significado y alcance del Estado de Derecho, afirma FERNANDEZ SEGADO que “desde su formulación inicial, la cláusula del ‘Estado de Derecho’ ha encerrado un conjunto de convicciones y creencias, esto es, un orden axiológico determinado. El Estado de Derecho fue ante todo un Estado garante de la libertad y seguridad individuales”³.

En la doctrina nacional, REAL define al Estado de Derecho como “aquel que en sus relaciones con sus súbditos y para garantía de los derechos de éstos, se somete el mismo a un régimen de derecho y está sujeto en su acción a reglas que, primero, determinan los derechos que se reservan los ciudadanos (los habitantes en general) y segundo, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado”⁴.

Por su parte, JIMENEZ DE ARECHAGA que prefería distinguir entre los “gobiernos de opinión” y los “gobiernos de fuerza”, expresa que las características del Estado de Derecho se pueden sintetizar en “la idea de que el Estado es limitado en cuanto a sus fines; la idea de que el Estado está limitado por el derecho; la idea de que el derecho está limitado por la razón; la idea de que el gobierno es limitado, en cuanto lo es el Estado mismo; es limitado, en cuanto lo es el derecho que él produce y es limitado también en cuanto su actuación está subordinada al derecho”⁵.

DE VERGOTTINI señaló que el Estado de Derecho se propagó por Europa y se consolidó y articuló en una serie de postulados irrenunciables que eran: a). supremacía de la ley parlamentaria en cuanto expresión, mediante el principio representativo, de la soberanía popular. El término ley, si bien definido de modo formalista se entendió en sentido amplio, y por ende, comprendía la ley-base del Estado, su Constitución; b). un sistema jerárquico de normas jurídicas ordenadas de acuerdo a diversos grados, con capacidad diferenciada de intervención en las relaciones sociales; c). separación de poderes públicos dotados de esferas de competencias propias, como garantía de libertad; d). reconocimiento expreso y sistema de garantías de la libertad previstas por la Constitución, y e). principio de legalidad de la acción de la administración y sistemas de recursos contra la acción administrativa de carácter ilegítimo⁶.

² CORREA FREITAS, Ruben. *Ob. Cit.*, p. 93.

³ CORREA FREITAS, Ruben. *Ob. Cit.*, p. 94.

⁴ REAL, Alberto Ramón. *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*. F.C.U., Montevideo, 1974, p. 125.

⁵ JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. *Teoría del Gobierno*. F.C.U., Montevideo, 2016, pp. 90-91.

⁶ DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2005, p. 268.

Es decir pues que los caracteres fundamentales son: el sometimiento del Estado al Derecho; la consagración de los derechos individuales y su efectiva garantía y la existencia de un sistema de control apropiado y efectivo.

2.1.3. El Estado Social de Derecho.

A principios del siglo XX se inicia la transformación, del Estado Liberal de Derecho, apareciendo los llamados derechos de la segunda generación o económicos, sociales o culturales y revisándose entre otros, el concepto tradicional de igualdad.

Debe recordarse que en la historia constitucional, esta etapa está signada por la Constitución de Querétaro de 1917, la Constitución de Weimar de 1919, y la Constitución española de 1931. Los cambios fueron profundos ya que si bien tanto los derechos sociales como los individuales aparecen y se basan en una exigencia humana, los derechos individuales tienen su raíz en un ser abstracto mientras que los sociales son derechos del hombre “situado” y condicionado por el ambiente en que vive. Si bien la igualdad, junto con la libertad, siguen siendo el punto de partida de la concepción, como premisa básica e inherente al hombre, se reconoce que en los hechos dicha libertad y dicha igualdad no siempre existe, por lo que esta libertad e igualdad se transforman en objetivos a alcanzar, sin perjuicio de su valor abstracto como punto de partida.

Fue la Constitución alemana de 1949, llamada originalmente la Ley Fundamental de Bonn, que establece en el art. 20 parágrafo 1 que “*La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social*”, el artículo 1 de la Constitución española de 1978, en la Constitución de Colombia de 1991 y en la Constitución del Paraguay de 1992, la Constitución de la Federación Rusa de 1993.

La Constitución italiana de 1946 recoge en el inciso primero de su art. 3º, el concepto de igualdad formal tradicional, pero complementado. “*Todos los ciudadanos son iguales en dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinciones de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opinión política, de condición personal o social*”. Pero agrega “*Es competencia de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desenvolvimiento de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*”.

El Estado social de Derecho reconoce una nueva realidad en la cual se advierte que no todos los hombres viven libres e iguales en derechos y, existiendo diversos obstáculos que impiden la vigencia efectiva de este concepto, el estado asume la obligación de superar los mismos, a los efectos de alcanzar dichos objetivos.

Se aprecia un cambio en cuanto al papel del Estado en materia de derechos fundamentales, ya que no basta con el que el Estado se abstenga de intervenir, sino que debe intervenir cuando sea necesario para asegurar un mínimo de vigencia real y efectiva de estos derechos fundamentales.

Buena parte de la problemática del Estado Social de Derecho radica en determinar cuáles son los límites, máximos y mínimos que debe presentar el intervencionismo estatal. Estas Constituciones van a mantener lo derechos de la primera generación, y por tanto el intervencionismo no puede reducir a cero los derechos. Va a haber un intervencionismo máximo y mínimo, dentro del cual el Estado debe actuar.

Se señala que el Estado social de Derecho tuvo un origen híbrido, fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares: por un lado, significó una conquista política del socialismo democrático; por otro lado, es fruto del pensamiento liberal más progresista.

Con acierto señala ALVAREZ CONDE, al referirse a la problemática del Estado Social de Derecho, expresión que fuera acuñada por Herman HELLER en 1929, que en la misma confluyen dos corrientes doctrinales: “*por un lado, la crítica socialista al Estado liberal; y, por otro, con los propios planteamientos del Estado capitalista, donde hay que distinguir entre las reacciones totalitarias del mismo, cuya máxima expresión viene representada por el auge de los fascismos en el período de entreguerras, y los que pudiéramos llamar planteamientos reformistas, que son los que darán lugar a la acuñación del Estado social de Derecho*”⁷.

Señala DE VERGOTTINI, que el “*Estado social de derecho modifica los aspectos individualistas mediante una orientación intervencionista que implica el recurso a la programación económica e introduce la tutela de los intereses individuales en el cuadro de los intereses colectivos*”⁸.

2.1.4. El Estado social y democrático de Derecho.

La Constitución española de 1978 no se limitó a consagrar el concepto de HELLER del Estado Social de Derecho, sino que utilizó la forma Estado Social y Democrático de Derecho.

ALVAREZ CONDE ha estudiado este artículo primero y ha señalado en primer lugar que se trata de un estadio al que la Constitución española aspira a llegar, pero que el término democrático refiere a la existencia de presupuestos de existencia del Estado democrático en el que señala la proclamación de la soberanía popular, la aceptación del pluralismo político y social y el reconocimiento de la participación de los ciudadanos, en sus diversas manifestaciones⁹.

Por su parte HARO, señala que la concepción moderna del Estado de Derecho conjuga las tres facetas: la social, la jurídica y la democrática, citando a GARCÍA PELAYO al analizar la Constitución española “*en la situación histórica presente, ninguno de estos términos puede afirmarse sin interacción de los otros, porque ni es sólo Estado de Derecho, ni sólo Estado social, ni sólo democracia, sino que cada uno de esos enunciados condiciona y nutre a los demás*”¹⁰.

El tercero de los JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, refiriéndose a las características básicas de un régimen democrático, señalaba que no puede confundirse esta forma de gobierno con otras autoritarias, aunque éstas hayan adoptado la expresión democracia ya sea en sentido falso o a veces totalmente diverso a la acepción normal de la palabra.

Señalaba que: 1). El régimen democrático representativo es un régimen para hombres libres. 2). Fundado en la igualdad de derechos de todos los individuos. 3). La fuente de todo

⁷ ALVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial TECNOS, Madrid, 1996, p. 111.

⁸ DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Ob. Cit.*, p. 251.

⁹ Ver: ALVAREZ CONDE, Enrique. *Ob. Cit.*, pp. 113-130.

¹⁰ HARO, Ricardo. “Algunas reflexiones sobre el Estado social y democrático de Derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* N° 7, AMF-Konrad Adenauer, 2005, p. 222.

poder está en el pueblo. 4). Distribución de poderes entre diversos centro de autoridad que se equilibran recíprocamente. 5). Los gobernantes son responsables por todos sus actos. 6). Es un Estado de Derecho. 7). Implica un régimen de Justicia Social. Por tanto se advierte la unión en forma clara e inseparable de la noción de Estado democrático con la de Estado Social de Derecho.

En la actualidad el concepto de Estado social y democrático aparece como una unidad, al decir de RISSO, en la medida que ninguno de los componentes puede subsistir sin desnaturalizarse en forma conjunta de los restantes, tal como señalara HARO al citar a GARCÍA PELAYO.

2.1.5. El Estado Constitucional de Derecho.

Actualmente se habla de dos concepciones de Estado de Derecho, el Estado legalista y el Estado Constitucional, caracterizado este último por la primacía de la Constitución por encima de la primacía de la ley, la aplicación directa de las normas constitucionales y el control de constitucionalidad de las leyes. El Estado constitucional supone además la plena consagración de los derechos humanos de la tercera generación, conocida como derechos culturales, tales como el derecho a la paz, etc.

En el Estado constitucional, la Constitución es la que determina el contenido de la Ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. Como señala AVILA SANTAMARÍA *“la Constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia, que a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas”*¹¹.

En la actualidad, autores como FERRAJOLI, han señalado la crisis actual de ambos modelos de Estado de Derecho. La situación económica y social del mundo actual, los problemas vinculados a la migración y al costo económico de los derechos consagrados, resultado que se ve en la reciente reforma constitucional española que estableció que el gasto social se dará en relación a la existencia de fondos que permitan cubrir los gastos.

2.2. Los institutos de gobierno directo.

2.2.1. Democracia directa y democracia representativa.

Uno de los criterios para la clasificación de los sistemas de gobierno, es el que toma en cuenta las relaciones entre el pueblo o la ciudadanía y el gobierno, en donde se distingue el gobierno directo, el gobierno representativo y el gobierno semi-representativo o semi-directo.

El gobierno directo puede ser definido como una forma de gobierno en la cual el pueblo participa de manera continua en el ejercicio directo del poder. Se trata de una democracia

¹¹ AVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* N° 15, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 778.

auto-gobernante. El pueblo reunido en asamblea, delibera y decide en torno a los asuntos públicos.

El gobierno representativo, puede ser definido como una “*democracia indirecta, en la que el pueblo no gobierna pero elige representantes que lo gobiernan*”. Este es el sistema que sustituye al gobierno directo, dada la imposibilidad de que el pueblo por sí mismo ejerza las funciones jurídicas del Estado.

El gobierno semi-representativo o semi-directo supone la introducción de instrumentos propios del gobierno directo en el gobierno representativo. Se trata de un gobierno representativo que tiene institutos de gobierno directo, de manera tal que la ciudadanía pueda incidir directamente en los asuntos de gobierno, tomando postura en algunos casos, e incluso decidiendo discrepancias con las autoridades que han sido elegidos por ellos.

2.2.2. Institutos de gobierno directo.

Siguiendo a GONZALEZ RISSOTO estamos ante institutos de gobierno directo “*cuando los miembros de una sociedad que están habilitados para sufragar, toman parte activa y directa, sin intermediarios, del proceso de toma de decisiones políticas sobre el ordenamiento constitucional o legal vigente*”¹².

En el Derecho comparado, existen tres institutos de gobierno directo: consulta popular, iniciativa legislativa popular y la revocatoria de mandato.

La consulta popular, plebiscito o referéndum, son términos que se utilizan indistintamente en los diferentes países, y constituye el más utilizado de los mecanismos de democracia directa. La consulta popular puede ser obligatoria o facultativa. La obligatoria puede ser a). automática, cuando se está frente a un caso previsto en la Constitución, (El Salvador, Panamá y Guatemala) y b). obligatoria acotada a determinados procedimientos, que sólo son iniciados cuando surge una situación predefinida (Perú y Chile).

Las consultas facultativas pueden ser divididas en dos grupos: a) cuando la iniciativa proviene desde arriba (cuando son los órganos estatales los que tienen de manera exclusiva el derecho de poner en marcha el mecanismo), y b) cuando la iniciativa viene desde abajo, es decir de la propia ciudadanía.

Por su carácter, los resultados de las consultas populares pueden ser vinculantes o no, y en caso de ser vinculantes con o sin exigencia de un determinado quórum.

El segundo mecanismo de democracia directa es la iniciativa popular, entendiendo por tal el derecho de la ciudadanía de proponer proyectos de ley y reformas legales o constitucionales, totales o parciales. Se trata de iniciativas populares *ad-parlamentum*, ya que los proyectos de ley o reforma constitucional presentados son estudiados por el parlamento y la decisión al respecto la toma éste sin consultar con el electorado.

Hay unos pocos países que cuentan con una auténtica actividad legislativa de origen popular, entre los que se encuentra Uruguay.

¹² GONZALEZ RISSOTO, Rodolfo. “La democracia directa en Uruguay”, *Revista de Derecho Electoral de Costa Rica* N° 6, Segundo Semestre, 2008, p. 3.
Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/6/GONZALEZ.pdf> Fecha de consulta: 10.03.2019.

La revocatoria de mandato consiste en la facultad de dejar sin efecto el mandato del titular de un cargo de elección popular. Esta posibilidad queda limitada al ámbito subnacional a excepción de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela que sí lo contemplan a nivel nacional. Y en el caso de Venezuela está establecido para todos los cargos electivos, incluido el de Presidente de la República.

3. LOS DECRETOS DE LOS GOBIERNOS DEPARTAMENTALES CON FUERZA DE LEY EN SU JURISDICCIÓN.

3.1. Razones de su Denominación.

Se les llama decretos porque así los denomina el constituyente, reiteradamente, en los artículos 273 numeral 1°, 275 numerales 2° y 6°, 277, 281, 299, 300 y 303. De ello se deriva que son leyes materiales o actos-regla, esto es actos que poseen la nota de la generalidad y crean normas objetivas e impersonales.

Su denominación permite concluir que no son leyes formales, actos sancionados por los órganos del Poder Legislativo y promulgados por el Poder Ejecutivo.

Se les califica de legislativos porque el artículo 273 principia diciendo que “La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental” y porque además, el artículo 260 dispone: “*Los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán también ser declarados inconstitucionales, con sujeción a lo establecido en los artículos anteriores*”.

Se agrega que estos decretos legislativos son de los “*Gobiernos Departamentales*” porque deben ser promulgados por el Intendente Municipal, requisito sin el cual no pueden entrar en vigencia.

3.2. El Procedimiento Legislativo Departamental.

Tres aspectos regula la Constitución respecto a este procedimiento: el poder de proposición, la promulgación y la publicación de estos decretos.

3.2.1. El poder de proposición.

Tienen iniciativa en materia de decretos los Intendentes y los miembros de las Juntas Departamentales. Sobre estos últimos AGUIRRE señala que si bien la facultad de iniciativa no surge del texto constitucional, se entiende que al pertenecer a un órgano pluripersonal es una facultad inherente la “*de proponer en su seno el dictado o sanción de aquellos actos que forman parte de su competencia*”¹³.

3.2.2. La promulgación.

Los decretos legislativos de los Gobiernos Departamentales son actos complejos, que no se perfeccionan sin las voluntades de la Junta Departamental, que los sanciona, y del Intendente Municipal, que debe promulgarlas para que puedan entrar en vigencia u observar aquéllos que crea inconvenientes.

¹³ AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo. *Derecho Legislativo: teoría general de la Ley*, Edit. F.C.U., Montevideo, 1997, p. 136.

De esta disposición resulta que el Intendente puede adoptar tres decisiones, al serle comunicados la sanción de un decreto legislativo: promulgarlo, “dentro de los diez días de recibidos”, observarlo, oponiéndose a su entrada en vigencia, o guardar silencio durante los diez días siguientes al de la recepción de la comunicación de la Junta, en cuyo caso “se considerarán promulgados y se cumplirán como tales”.

La promulgación no significa que el decreto entre en vigencia de inmediato, la vigencia depende de lo que diga el propio decreto acerca de la fecha en que sus disposiciones comenzarán a aplicarse, que bien puede ser, la del 1° de enero del año siguiente.

El Intendente deberá formular ese tipo de observaciones para no incumplir, él, el artículo 275, numeral 1° de la Constitución, que le obliga a “cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”. La Junta Departamental podrá levantar las observaciones por un pronunciamiento de los tres quintos del total de componentes o sea que precisen diecinueve de los treinta y un integrantes del Cuerpo, la Constitución no ha fijado plazo al mismo.

3.2.3. La publicación¹⁴.

Pero además, a la promulgación debe seguir la publicación que es obligatoria a tenor del artículo 275, pues la atribución de “Promulgar y publicar los decretos sancionados por la Junta Departamental”.

La publicación es potestad y obligación del Intendente, es “*conditio sine qua non*” de la entrada en vigencia de los decretos legislativos sancionados por la Junta Departamental.

3.3. Determinación de la materia legislativa departamental.

Se requiere acto legislativo departamental o decreto con fuerza de ley en su jurisdicción, para: a)- Sancionar los presupuestos departamentales (artículo 273, numeral 1°, artículo 275, numeral 3°). b)- Crear o modificar impuestos, tasas y contribuciones (art. 273, numeral 3, art. 275 numeral 4° y 297). c)- Fijar precios por la utilización o aprovechamiento de los bienes o servicios departamentales (art. 273, numeral 3, art. 275 numeral 4° y 297). d)- Crear nuevas Juntas Locales. e)- Sancionar el Estatuto de sus funcionarios. f)- Sancionar, en ejercicio de sus poderes de policía, ordenanzas de tránsito, de espectáculos públicos, de vialidad pública, de policía higiénica y sanitaria de las poblaciones y, en general, en toda materia de su competencia.

3.4. VALOR Y FUERZA DE LOS DECRETOS DE LOS GOBIERNOS DEPARTAMENTALES¹⁵.

Este criterio expuesto en la doctrina uruguaya por CASINELLI MUÑOZ, establece que la fuerza de un acto jurídico es la aptitud que tiene para derogar o modificar lo que disponen

¹⁴ Sobre el particular, puede verse: BORCHE ALONSO, Alejandro. “La publicación de los Decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de Ley en su jurisdicción”, en *Revista de Derecho Público* N° 45, 2014. Edit. FCU, pp. 37-55.

¹⁵ Puede verse: VAZQUEZ, Cristina. “Algunas reflexiones acerca de los criterios aplicables a la solución de antinomias entre Ley nacional y acto legislativo departamental”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo VIII, Edit. F.C.U., 1990, pp. 231-238.

otros actos de igual o distinta naturaleza. El valor de un acto jurídico está dado por la posibilidad de dejar de aplicarse.

Estos decretos tienen “*fuera de ley en su jurisdicción*”, lo que significa que el ámbito de aplicación es la del Departamento en que ejercen sus funciones la Junta Departamental sancionadora de dichos decretos y el Intendente que los promulga. Fuera del territorio del respectivo departamento, tales decretos carecen de toda validez.

En primer lugar, los mismos decretos derogan a los decretos anteriores, sancionados por la Junta Departamental sobre la misma materia, en tanto sus preceptos sean incompatibles.

En segundo lugar, estos decretos derogan a los actos administrativos del Intendente, toda vez que sus preceptos colidan con dichos actos, sean actos-regla, actos subjetivos o actos condición. Lo propio cabe expresar respecto de los actos de las Juntas Locales, que por regla general están en relación de dependencia con el Intendente, pero que también puede la ley haberles conferido autonomía, quebrando ese vínculo con el titular de la Intendencia.

En tercer lugar, la Constitución posterior los deroga si contienen preceptos irreconciliables con su contenido dispositivo. También derogan los decretos posteriores del mismo Gobierno Departamental, toda vez que dispongan sobre la misma materia.

En cuarto lugar, pueden ser declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia, por razón de forma o de contenido, del mismo modo que las leyes ordinarias.

4. LA INICIATIVA Y EL REFERENDUM DEPARTAMENTAL.

4.1. Iniciativa departamental.

La Constitución uruguaya establece en el inciso segundo del artículo 304 que “*También podrá la ley, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, instituir y reglamentar la iniciativa popular en materia de Gobierno Departamental*”.

Esta disposición tiene su fuente en la Constitución de 1952, y fue inalterada en la Constitución de 1967, vigente con las modificaciones posteriores.

Bajo la Constitución de 1934 se creó el instituto en materia local y se crea por Ley el derecho de iniciativa departamental. En efecto, la Ley N° 9.515 de 24 de octubre de 1935, conocida como Ley Orgánica Municipal, establece en su artículo 79, que el quince por ciento de los inscriptos residentes en un Departamento tienen el derecho de iniciativa ante las Juntas Departamentales.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA sostuvo que bajo la vigencia de la Constitución de 1942 (texto igual que el de 1934), no era posible ampliar por ley el derecho de iniciativa a la materia departamental, entendiéndose que “*se encomendó al Cuerpo Electoral la realización de ciertos actos de soberanía, pero en representación del soberano. El Cuerpo Electoral actúa en esos casos con todas las limitaciones que actúan los otros cuerpos representativos. Limitaciones de oportunidad, porque el pueblo no puede votar en cualquier momento, no se pueden presentar iniciativas en cualquier circunstancia; no se puede reclamar el referéndum en cualquier instante. Limitaciones de competencia, porque el Cuerpo Electoral no puede sino votar, o iniciar reformas constitucionales o intervenir en referéndum. Limitaciones de forma, porque la Constitución previene cómo se vota, cómo*

se propone la iniciativa de reforma constitucional y cómo se interviene en el referéndum. Y limitaciones fin, que derivan de la teoría general de la Constitución".¹⁶ Concluye el Maestro señalando que en materia de iniciativa legislativa a nivel departamental solo tienen competencia el Intendente y los miembros de la Junta Departamental.

La Constitución de 1952 estableció el texto actual, y por tanto se entendió que el artículo 79 de la Ley N° 9.515 no contradice el texto de la Carta Magna, ya que estableció que la Ley debía crear este instituto.

Entendemos que el artículo 79 de la Ley N° 9.515 se encuentra vigente, por aplicación del artículo 329 de la Constitución uruguaya vigente.

4.2. Referendum departamental.

La Constitución uruguaya establece en el inciso primero del artículo 304 que "*La ley, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, reglamentará el referéndum como recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales*".

Las multicitada Ley Orgánica Municipal, estableció que el recurso de referéndum podrá entablarse por un quinto de los ciudadanos inscriptos del Departamento para que se deje sin efecto un decreto o resolución de la Junta Departamental.

La declaración de que se quiere emplear este recurso deberá presentarse al Intendente dentro de los cuarenta días siguientes a la publicación del decreto o resolución de que se trata.

Quedarán suspendidos los efectos del acto del cual se recurre al referéndum, hasta que se produzca éste, desde el momento en que el Intendente reciba la declaración a que se refiere el artículo anterior.

El referéndum deberá efectuarse pasados los treinta días y dentro de los sesenta siguientes a la fecha en que les sean presentadas al Intendente las peticiones populares. Corresponderá al Intendente, por medio de la Junta Electoral, disponer todo lo necesario para que el referéndum se efectúe.

Los recurrentes al referéndum podrán solicitar que éste se realice en la más próxima elección, caso en el cual el pedido de referéndum no tendrá efecto suspensivo.

En el referéndum la votación se hará por sí o por no, y su resultado se publicará y tendrá fuerza ejecutoria de inmediato.

4.3. jurisprudencia de la Corte Electoral.

La jurisprudencia de la Corte Electoral puede dividirse en tres momentos. Un primer momento que podemos denominar de inexistencia de ambos institutos, un segundo momento que consagra su existencia, y un tercer momento que establece la vigencia del recurso de referéndum pero limita su ejercicio.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino. *La Constitucional Nacional*, Tomo III, Edición Cámara de Senadores, 1998, p. 5.

4.3.1. Inexistencia de ambos institutos para la Corte Electoral.

La jurisprudencia de la Corte Electoral en materia de iniciativa y referéndum departamental, hasta los años 2013 y 2014 puede calificarse de inexistencia.

En efecto, múltiples sentencias con diversas integraciones, establecieron que bajo la vigencia de la Constitución de 1934 se crearon la iniciativa y el referéndum departamental en la Ley N° 9.515, de 28 de octubre de 1935 (denominada “Ley Orgánica Municipal”). En el artículo 74 instituyó el recurso de referéndum el que “*podrá entablarse por un quinto de los ciudadanos inscriptos en el Departamento para que se deje sin efecto un decreto o resolución de la Junta Departamental*”. Y en el artículo 79 de la misma ley instituyó el derecho de iniciativa ante la Junta Departamental que podría ser ejercido por el 15 % de los inscriptos en el departamento. Y para el caso de negativa tanto expresa como ficta de la respectiva Junta Departamental quedaba expedita la convocatoria a referéndum.

A partir de la reforma constitucional de 1952 (los artículos 304 y 305 de la actual Constitución mantienen los mismos números e idéntico contenido que los de la citada reforma) se entendió en diversos fallos dictados por la Corte Electoral que era necesario que la ley reglamentaria fuera una ley posterior y no una ley preexistente a las normas constitucionales de referencia. En otras palabras, la posición histórica de la Corte Electoral, con diversas integraciones, fue que la iniciativa popular y el referéndum departamental reglamentados por la Ley N° 9.515 habían quedado derogados por el texto constitucional de 1952.

4.3.2. El cambio de la jurisprudencia: la existencia de los institutos.

El segundo momento, en el que calificamos como existencia de la iniciativa y del referéndum, se dio con las Sentencias N° 27.193 y N° 27.198. Compartimos los fundamentos de ambas sentencias, que asientan un cambio en la jurisprudencia de la Corte Electoral, al interpretar correctamente la Constitución uruguaya y la normativa establecida en la Ley.

La Corte Electoral entendió que correspondía proceder al análisis de la pertinencia o no de los institutos en cada una de las sentencias señaladas.

En primer lugar, sostuvo que “*el tiempo verbal empleado por la norma constitucional es irrelevante*”. En segundo lugar, “*jurídicamente es admisible que preceptos anteriores al texto constitucional lo reglamenten (en el caso los artículos 74 a 79 de la Ley N° 9.515) manteniendo aquellas su fuerza y vigor por aplicación del artículo 329 de la Carta (‘Decláranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo’)*”. Citando a Risso señaló que “*la sanción de una disposición constitucional no puede afectar la vigencia de una ley anterior, salvo que haya oposición o disposición expresa que imponga la derogación*”¹⁷. En tercer lugar señaló que “*el método de interpretación de las disposiciones constitucionales y legales y su vinculación con el resto del ordenamiento jurídico debe agotar el análisis textual y de interrelación de sus normas concebidas como una unidad sistemática. Los antecedentes como*

¹⁷ RISSO FERRAND, Martín. Derecho Constitucional, Segunda Edición, F.C.U., 2006, p. 164.

de los que se ha valido la Corporación en los fallos relacionados anteriormente, y en otros no citados (historia de la sanción del proyecto constitucional de 1951 en lo que respecta a la disposición que a la sazón diera lugar al actual artículo 304 de la Constitución de la República) deben ser tomados en cuenta –únicamente- cuando ese análisis no es suficiente para resolver la cuestión, que no es el caso en examen”.

“La iniciativa departamental y el referéndum como recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales están establecidos por la Carta. La función de la ley en la especie es meramente la de implementar las normas constitucionales sobre el punto y en el supuesto de no existir, su ausencia debería suplirse recurriendo a los medios supletorios de conformidad con lo dispuesto por el artículo 332 de la Constitución de la República (es decir, apelando “a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas). Por lo demás, mientras no se modifique o derogue la ley, ésta conserva toda su fuerza y vigor en todo aquello que no se oponga directa ni indirectamente al texto constitucional por aplicación de lo dispuesto por el nombrado artículo 329 de la ‘lex fundamentalis’”.

En el caso particular sobre el referéndum, la Corte Electoral luego de señalar la vigencia plena del recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, procedió al análisis de la interposición del recurso contra la Resolución del Intendente, que se pretendió aplicar el procedimiento. Sobre dicho tópico dijo que *“es el caso consignar que el objeto del recurso de referéndum en la especie, es claramente una resolución y no un decreto. Y ellos no pueden ni deben confundirse. En efecto, los decretos son los actos legislativos a nivel departamental que tienen fuerza de ley en su jurisdicción según lo establece el artículo 260 de la Constitución de la República, esto es, son actos regla a nivel departamental”*. Y culminó señalando que *“las resoluciones son actos administrativos de carácter particular y concreto (v. gr. la determinación del flechado de una calle como en el caso en análisis) a diferencia de los decretos que son generales y abstractos”*¹⁸.

Entendemos que la posición adoptada por la Corte Electoral en los fallos señalados, es la que corresponde, conforme a un Estado Constitucional de Derecho. La limitación del ejercicio de mecanismos de participación directa de la ciudadanía, por razones interpretativas, es ilegítima. La jurisprudencia de la Corte Electoral anterior a las sentencias analizadas, vulneraron durante mucho tiempo, el derecho de las personas a poder interponer iniciativas y referéndum a nivel departamental. La Constitución uruguaya en su artículo 332 establece un mecanismo mediante el cual los preceptos de la Constitución que establezcan derechos a los individuos, como en este caso, no podrán dejar de aplicarse a falta de reglamentación respectiva. La correcta interpretación de la Corte Electoral a partir de las Sentencias N° 27.193 y N° 27.198, cumplen con el artículo 332 de la Constitución en el sentido señalado.

4.3.3. Restricciones al recurso de referéndum por la Corte Electoral.

En el año 2017, la Corte Electoral recibió un recurso de referéndum contra el Decreto N° 034/2016 del Gobierno Departamental de Colonia que creo el Impuesto de Alumbrado Público. Por tanto la Corporación procedió, luego del cotejo de las firmas presentadas y a

¹⁸ CORREA FREITAS, Ruben. Estudios de Derecho Público, Magró, 2013, p. 362.

la recepción de los antecedentes por parte del Intendente de Colonia, al análisis del caso planteado.

La Sentencia N° 27.333 de 22 de marzo de 2017, se refirió a dos aspectos, primero si el instituto del referéndum departamental estaba vigente, y de estarlo si procede contra Decretos que crean Tributos.

Respecto de la vigencia del instituto, la Corte Electoral por mayoría de sus integrantes estableció la plena vigencia de lo dispuesto en las Sentencias N° 27.193 y 27.198, firmando José Arocena, Wilfredo Penco, Washington Salvo, Gustavo Silveira, Myriam Cartagena y Pablo Klappenbach. Discordes Arturo Silveira, Sandra Etcheverry y Alberto Brause¹⁹.

Respecto de la procedencia contra Decretos que establezcan tributos departamentales señaló que *“si bien el Decreto 034/2016, desde el punto de vista orgánico, aparece como los demás decretos (ordinarios) que dicta la Junta, en puridad, no lo es. En efecto, lo expresado en el Considerando anterior, demuestra que el Constituyente distingue los decretos de las Juntas Departamentales de los actos jurídicos relacionados con la materia presupuestal que, aunque aprobados por normas que formalmente revisten la condición de decretos, se encuentran reglados en una sección especial de la Constitución, a saber: la XIV, titulada ‘DE LA HACIENDA PÚBLICA’. En suma, del análisis que viene de exponerse, se concluye que de la mención que el artículo 304 de la Constitución hace a los decretos de las Juntas Departamentales, se exilian los dictados en materia hacendística, tributaria o presupuestal (ibídem).*

Asimismo, los decretos de dicho órganos en la citada materia se encuentra minuciosamente reglada: solo puede modificar los proyectos para solventar los recursos o disminuir los gastos, no pudiendo aprobar ningún proyecto que signifique déficit (artículo 225). Esto último se erige, pues, en un principio fundamental en materia presupuestal que el constituyente consagró. Y esta exigencia, de que el presupuesto sea equilibrado, que planea sobre la materia presupuestal, sea en lo nacional o en lo departamental, no podría desvirtuarse por un porcentaje de ciudadanos inscriptos en el departamento a quienes la norma de mayor jerarquía ninguna participación autoriza —a texto expreso— en el procedimiento de las leyes presupuestales (ibídem). Afirmar que la Constitución no establece límites por razón de materia sobre el particular, y que por consecuencia es pertinente admitir el instituto de democracia directa (referéndum) en el ámbito departamental aun cuando la norma tenga dicha naturaleza, no se concilia por razones de hermenéutica, con lo expuesto precedentemente.

Lo que viene de afirmarse no se debilita porque el artículo 303 de la Carta faculta al tercio de la Junta Departamental o a mil ciudadanos inscriptos en el departamento a impugnar (apelar ante la Cámara de Representantes) los decretos contrarios a la Constitución y a las leyes, dentro de los quince días de su promulgación. En efecto, repárese que aunque el decreto impugnado tenga por objeto el aumento de las rentas departamentales (por ejemplo, creando tributos) de hacerse lugar a la apelación se hubiera puesto en funcionamiento un mecanismo de democracia indirecta (representativa) ajena al Cuerpo

¹⁹ Cabe destacarse que José Arocena, Arturo Silveira y Miriam Cartagena asumieron posteriormente al dictado de las sentencias de 2013 y 2014, por lo que la Corte Electoral debió nuevamente establecer la vigencia del recurso. La ministra Sandra Etcheverry, firmante de las dos sentencias citadas, en este caso, suscribió por la inexistencia del recurso.

Electoral y a los institutos de democracia directa. Lo expresado en el numeral anterior, no se enerva, asimismo, por la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 260 del mismo cuerpo normativo. En estos casos lo que está en juego es la juridicidad y no la conveniencia de la norma impugnada. Tampoco la facultad otorgada al Poder Ejecutivo de apelar ante la Cámara de Representantes, por razones de interés general, los decretos que crean o modifican impuestos (artículo 300). Fuera de que, en este caso, la aplicabilidad a la materia tributaria está expresamente establecida y es la única que contempla la norma, resultando muy claro que el fundamento de este recurso es asegurar a los órganos del Poder Central, mecanismos de contralor que permitan evitar desbordes en materia impositiva, taxativamente delimitada para los Gobiernos Departamentales en el artículo 297 de la Constitución. Ninguno de estos recursos deja librada la percepción de los tributos a la voluntad de quien está obligado a pagarlos, es decir, los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria (Sentencia N° 25942 de 31 de julio de 1996, en lo pertinente).

Cabe agregar, de la misma forma, que el equilibrio a que se ha hecho referencia y por el que el Constituyente ha velado, así como la integralidad (universalidad y unidad: el presupuesto debe comprender todos los gastos de los organismos estatales) no solo es de aplicación en relación a las arcas de los Gobiernos Departamentales, sino también, y en la especie, al del ente autónomo del dominio industrial y comercial del Estado, la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas (U.T.E.). En efecto, el tributo cuestionado, de prosperar la movilización, le privaría —indirecta u oblicuamente— a dicho ente percibir, asimismo, los dineros correspondientes a las deudas generadas por consumos de energía del alumbrado público del departamento. Por lo demás, el tributo de referencia fue creado por la Junta Departamental en cumplimiento de un mandato legal (artículo 679 de la Ley N° 19.355, de 30 de diciembre de 2016). Asimismo, de prosperar el referéndum el manifestado desequilibrio no podría revertirse fácilmente en virtud de los plazos y formalidades de leyes de naturaleza presupuestal, como la citada”.

Por tanto concluyó que no procede el recurso de referéndum contra el Decreto N° 034/2016 de la Junta Departamental de Colonia que firmaron los Ministros José Arocena, Washington Salvo, Arturo Silveira, Myriam Cartagena, Pablo Klappenbach, Sandra Etcheverry y Alberto Brause.

Los Ministros Wilfredo Penco y Gustavo Silveira sostienen que no existen prohibiciones ni limitaciones que puedan inhibir la convocatoria para un pronunciamiento popular contra Decretos departamentales que establezcan tributos.

No compartimos los fundamentos expresados por la mayoría de los firmantes de la sentencia en análisis, ya que entendemos que la Constitución uruguaya no limita el ejercicio del derecho de referéndum contra decretos de los gobiernos departamentales en materia tributaria. En esta Sentencia, la mayoría de la Corte Electoral ha limitado ilegítimamente el ejercicio del derecho de referéndum departamental, ya que por vía interpretativa establece una diferencia en la naturaleza de los decretos de los Gobiernos Departamentales que la Constitución no distingue.

La Constitución, tal como lo señala RUOCCO, en posición que compartimos, ha “utilizado indistintamente los términos decreto de la Junta Departamental, decreto del Gobierno Departamental o inclusive la sola expresión decreto, como sinónimos, en su

*sentido orgánico-formal. La circunstancia que tales actos requieran en materia presupuestal, un procedimiento especial para su aprobación, sea cual fuere éste, no le quita la naturaleza de decreto con fuerza de ley en su jurisdicción, en tanto que ejercicio de función legislativa*²⁰.

5. CONCLUSIONES.

En primer lugar, entendemos que en un Estado constitucional de Derecho no es posible limitar el ejercicio de la soberanía directa por parte del Cuerpo Electoral, ya que, como señala GROS ESPIELL, se trata del Cuerpo Electoral Departamental actuando en el referéndum en materia departamental contra los Decretos de las Juntas Departamentales y la iniciativa popular en materia de Gobierno Departamental. Así también profundiza la estricta aplicación del principio de legalidad en tanto la interpretación que da la Corte en lo formal fortaleciendo con esta posición la participación popular como pilar de todo gobierno democrático.

En segundo lugar, la histórica interpretación de la Corte Electoral respecto a la inexistencia de ambos recursos señalando que la Constitución de 1952 derogó lo dispuesto en la Ley 9515 de acuerdo a los fundamentos señalados, fue violatoria del artículo 332 de la actual Constitución uruguaya (que fue establecida en la Constitución de 1942), ya que allí se dan las pautas o lineamientos básicos para la interpretación de aquellas normas o preceptos constitucionales que no han sido reglamentados, pero que igualmente deben ser aplicados.

En tercer lugar, entendemos que las Sentencias N° 27.193 y 27.198 asientan la interpretación acertada de la Constitución uruguaya respecto de los institutos que hemos analizado, y compartimos la plena vigencia de las normas establecidas en la Ley 9.515, con las excepciones señaladas.

En cuarto lugar, no compartimos el fallo de 22 de marzo de 2017, cuando la Corte Electoral realiza una restricción que la Constitución uruguaya no establece, interpretando la existencia de decretos del gobierno departamental con diferente naturaleza a la ordinaria, cuando se trata de aquellos que refieren al presupuesto y que crean tasas, impuestos y contribuciones, señalando que son de competencia privativa del Intendente y se encuentran excluidos del recurso de referéndum.

En quinto lugar, los ministros firmantes de la Sentencia N° 27.333 interpretan erróneamente la Constitución uruguaya, ya que tal y como señalaba CASSINELLI *“La Constitución prevé la existencia de referéndum contra los decretos departamentales pero no dice en qué caso corresponde ni qué mayoría se requiere ni ningún otro detalle sobre la reglamentación. Eso lo deja librado a la Ley Ordinaria, a diferencia de lo que ocurre en materia nacional, donde está todo reglamentado en la propia Constitución, que dice que el recurso de referéndum no puede corresponder contra las leyes que establezcan tributos o las que sean de iniciativa del Poder Ejecutivo”*.

²⁰ RUOCCO, Graciela. “El referéndum contra los decretos departamentales”, en *El Poder y su Control*, Edit. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Segunda Edición, 1994, p. 55.

“En cambio, en materia departamental, ese tema está librado a la Ley. Y la ley vigente no establece ningún distingo. Todos los Decretos de las Juntas Departamentales son susceptibles del recurso de referéndum”.

Y concluye que “si el constituyente hubiera querido que la solución fuera para los dos casos iguales, hubiera dicho que en ningún caso el referéndum procede cuando se refiere a tributos”²¹.

En sexto lugar, la Corte Electoral, si bien ha establecido en su última jurisprudencia la existencia de ambos institutos, limita ilegítimamente el ejercicio de un derecho consagrado constitucionalmente estableciendo por vía interpretativa una restricción al ejercicio de la soberanía directa por parte del Cuerpo Electoral, en este caso departamental. Entendemos que el referéndum departamental puede entablarse contra Decretos de las Juntas Departamentales que crean o modifican tributos a nivel departamental, y que la Corte Electoral viola la Constitución uruguaya con su interpretación restrictiva de derechos constitucionales consagrados al soberano.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo. *Derecho Legislativo: teoría general de la Ley*, Edit. F.C.U., Montevideo, 1997.
- ALVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial TECNOS, Madrid, 1996.
- AVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* N° 15, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, pp. 775-793.
- BORCHE ALONSO, Alejandro. “La publicación de los Decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de Ley en su jurisdicción”, en *Revista de Derecho Público* N° 45, Enero-Julio 2014. Edit. FCU, pp. 37-55.
- Disponible: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/45/Borche.html>
- CAGNONI, José Aníbal. “Los institutos de gobierno directo en Uruguay”, en *Revista de Derecho Público* N° 9, Enero-Julio 1996. Edit. FCU, pp. 47-54.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. “Dos notas prácticas sobre abrogación constitucional”, *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración* (RDJA), Tomo 65, Año 1967, N°1-12, pp. 92-101.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. “*Derecho Público*”, Tercera Edición, Edit. F.C.U., Montevideo, 2009.
- CORREA FREITAS, Ruben. *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Tomo I, Sexta Edición, Edit. F.C.U., Montevideo, 2019.
- CORREA FREITAS, Ruben. *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Tomo II, Quinta Edición, Edit. F.C.U., Montevideo, 2016.
- CORREA FREITAS, Ruben. *Estudios de Derecho Público*, Edit. MAGRÓ, Montevideo, 2013.
- DE VERGOTTINI, Giusseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2005.
- DELPIAZZO, Carlos. *Autoridades Departamentales y Municipales*, Edit. A.M.F., Montevideo, 2010.

²¹ CASINELLI MUÑOZ, Horacio, “Consulta constitucional”, Mundo Color, Montevideo, miércoles 3 de julio de 1985, p.7 citado por ESTEVA GALICCHIO, Eduardo, “¿Es constitucionalmente posible el referéndum como recurso contra un decreto de una Junta Departamental que establezca tributos?”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo II, Junio-Julio 1985, N° 7, p. 59.

- ESTEVA, Eduardo. “¿Es constitucionalmente posible el referéndum como recurso contra un decreto de una Junta Departamental que establezca tributos?”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo II, Junio-Julio 1985, N° 7, pp. 57-65.
- FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. “Plebiscitos, referéndum e iniciativas populares, en el ámbito territorial departamental”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo IX, Febrero-Mayo 1993, N° 53-54, pp. 353-374.
- GONZALEZRISSOTO, Rodolfo. “La democracia directa en Uruguay”, *Revista de Derecho Electoral de Costa Rica* N° 6, Segundo Semestre, 2008.
Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/6/GONZALEZ.pdf>
- GROS ESPIELL, Héctor. “El ejercicio directo de la soberanía según la Constitución uruguaya y la Corte Electoral”, en *CEDECU Serie de Ensayos* N° 3, INGRANUSI, 2001.
- GUTIERREZ, Fulvio. *Manual Jurídico sobre los Gobiernos Departamentales*, Edit. F.C.U., Montevideo, 2012.
- HARO, Ricardo. “Algunas reflexiones sobre el Estado social y democrático de Derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* N° 7, AMF-Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 219-228.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. *La Constitución Nacional*, Tomo III, Edit. Cámara de Senadores, Montevideo, 1998.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. *Teoría del Gobierno*. F.C.U., Montevideo, 2016.
- MARTINS, Daniel Hugo. *El Gobierno y la Administración de los Departamentos*, Tomo II, Edit. Autor., Montevideo, 2003.
- MENDEZ, Aparicio. “Procedimientos Objetivo de Regulación Institucional. Algunas consideraciones acerca de los llamados recursos municipales de inconstitucionalidad e ilegalidad y de ‘control’ presupuestal”, *Revista de Derecho de Derecho Público y Privado*, Año 1948, N° 121, pp. 259-280.
- REAL, Alberto. “Iniciativa popular y referéndum, en materia legislativa (Art. 79 inciso 2° de la Constitución)”, en *Temas Jurídicos: La Constitución de 1967*, Edit. F.C.U., 1968, pp. 225-229.
- REAL, Alberto Ramón. “El Estado de Derecho”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Edit. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957, pp. 587-620.
- REAL, Alberto Ramón. *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*. F.C.U., Montevideo, 1974.
- RODRIGUEZ VILLALBA, Gustavo. *La potestad tributaria de los Gobiernos Departamentales*, Edit. F.C.U., Montevideo, 1999.
- RUOCCO, Graciela. “El referéndum contra los decretos departamentales”, en *El Poder y su Control*, Edit. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Segunda Edición, 1994, pp. 49-63.
- SANCHEZ, Alvaro. “Instrumentos de control sobre los Gobiernos Departamentales (Primera Parte)”, *Revista de Legislación Uruguaya*, Año 3, N° 4, Abril 2012, pp. 87-100.
- SANCHEZ, Alvaro. “Instrumentos de control sobre los Gobiernos Departamentales (Segunda Parte)”, *Revista de Legislación Uruguaya*, Año 3, N° 8, Agosto 2012, pp. 67-78.
- SAPOLINSKI, Jaime. “Sobre iniciativa popular y referéndum en el ámbito departamental: no se puede”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo X, Octubre-Noviembre 1993, N° 57, pp. 353-356.
- VAZQUEZ, Cristina. “Algunas reflexiones acerca de los criterios aplicables a la solución de antinomias entre Ley nacional y acto legislativo departamental”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo VIII, Edit. F.C.U., 1990, pp. 231-238.

Fecha de recepción: 28 de abril 2019.

Fecha de aceptación: 26 de mayo 2019.