ISSN 0797-4302

AÑO 2020 NÚMERO 57



REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO
DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO

DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº 57

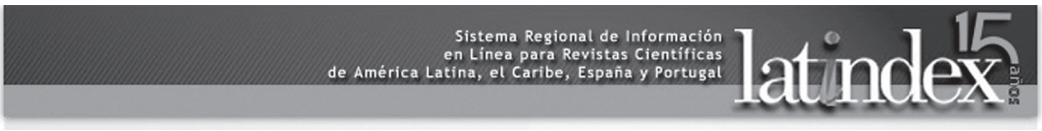
Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

Directora
Mariana Blengio Valdés

FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 29. Número 57. Setiembre 2020

Revista incluida en la base de datos:
DIALNET: http://dialnet.unirioja.es
LATINDEX (en catálogo): http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?folio=14708&opcion=1



Este número contó con el apoyo de Guyer & Regules

Correspondencia, canje y colaboraciones académicas: Dirección electrónica: ius@netgate.com.uy
Dirección postal: Juan Carlos Gómez 1348 esc. 201. Montevideo – Uruguay. CP. 11.000

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

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

© FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA
25 de Mayo 583 - Tel. 2916 11 52
C.P. 11.000 Montevideo - Uruguay
DERECHOS RESERVADOS
Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización expresa del editor.
ISSN 0797-4302

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

DIRECTORA

Mariana Blengio Valdés (Universidad de la República. Uruguay)

COMITÉ DE REFERENTES ACADÉMICOS

Sara Alvarez (Universidad de la República. Uruguay)
Salvador Darío Bergel (Cátedra UNESCO de Bioética UBA. Argentina)
Guido Berro (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)
Pascale Boucaud (Université Catholique de Lyon. Francia)
María Casado (Universidad de Barcelona. España)
Ruben Correa Freitas (Universidad de la República. Uruguay)
Carlos E. Delpiazzo (Universidad de la República. Uruguay)
Augusto Durán Martínez (Universidad de la República)
Carmelo Faleh Pérez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. España)
Ronaldo Gialdino (Universidad de Buenos Aires. Argentina)
Francisco Leita (Universidad Degli Studi di Padova. Italia)
Mario Armando Márquez (Asociación Argentina de Derecho Constitucional)
Alejandro Pastori (Universidad de la República)
Ana Pita (Universidad de Vigo. España)
José Enrique Pons (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)
Martín Risso Ferrand. (Universidad Católica del Uruguay)
María Elena Rocca (Universidad de la República)
Felipe Rotondo (Universidad de la República)
Mariela Rubano (Universidad de San Sebastián. Chile)
Jaime Ruben Sapolinski (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 (Universidad de la República)
Rodrigo Días Inverso (Universidad de la República)
Gastón Lapaz (Universidad de la República)
Mariel Lorenzo Pena (Universidad de la República)
María Emilia Miller (Universidad de la República)
Valentina Pereira Laport (Universidad de la República)
Jean Paul Tealdi (Universidad de la República)
Camila Umpiérrez Blengio (Universidad de la República)
Abril Umpiérrez Blengio (Universidad de la República)

CONTENIDO

DOCTRINA

La relación médico paciente en tiempos de pandemia
Diego Andrade Sosa y Valeria Escobar Suhr. 11

¿Por qué hablar de eutanasia?
Mariana Blengio Valdés 33

Estatuto jurídico del tercero en el proceso contencioso administrativo de anulación
Maximiliano Cal Laggiard 49

La situación jurídica de deber en el artículo 44 de la Constitución uruguaya
Andrea Canabal Mermot 72

Estudio comparado del contencioso administrativo
Ruben Correa Freitas 86

Recursos administrativos, peticiones y procedimientos en tiempos de COVID-19: primeros comentarios a la Ley Nº 19.879
Rodrigo Díaz Inverso 110

El Fraude a la ley fiscal en el derecho tributario uruguayo
Jorge W. Ibiñete 123

La protección del medioambiente en la Constitución de la República
Gonzalo F. Iglesias Rossini 139

Análisis del texto de la Constitución a la luz del POSDCORB
Mariel Lorenzo Pena. 158

El derecho a la traducción y la interpretación en el sistema jurídico uruguayo
María Emilia Miller Genta 177

Las prohibiciones para los legisladores contenidas en el artículo 124 de la Constitución y la imposibilidad de aplicar la sanción por la violación de la norma jurídica referida. Posibles soluciones
Pablo Rodríguez Almada 187

Debilitamiento del régimen político democrático y de los partidos políticos
Mariela Rubano Lapasta 204

Elecciones en tiempo de pandemia en el Uruguay: entre la ralidad y la letra de la Constitución
Jean-Paul Tealdi 216

Admisibilidad de las grabaciones sin el consentimiento de quien participa y su divulgación
Camila Umpiérrez Blengio 228

JURISPRUDENCIA

La Estación Central "General Artigas" y un proceso incidental inconstitucional. Reflexiones procesales sobre la sentencia de la SCJ Nº 17/2020.
Sebastián Picardo González. 245

CONFERENCIAS MAGISTRALES

El rol de las Defensorías del Pueblo en la nueva agenda de Derechos Humanos y sus desafíos regionales en el siglo XXI. Homenaje a Héctor Gros Espiell.

Carlos Contenla. 257

Los nuevos paradigmas de las Defensorías del Pueblo Homenaje al Dr. Héctor Gros Espiell
Raúl Lamberto 263

Sobre la Ley 19.875 de prórroga de elecciones departamentales
Jaime Ruben Sapolinski 272

LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE EN TIEMPOS DE PANDEMIA
THE DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP IN TIMES OF PANDEMIC
A RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE EM TEMPOS DE PANDEMIA

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

RESUMEN. El presente artículo refiere a determinados problemas bioéticos y jurídicos en marcados en la crisis global generada por el COVID-19. En ese sentido se abordan cuestiones tales como la asignación de recursos limitados, las limitaciones al ejercicio de la autonomía en general, y del derecho a no saber y el egreso contra voluntad médica en particular; y la protección de la confidencialidad de los datos sanitarios; en el contexto de la pandemia señalada.

PALABRAS CLAVE. Bioética. Pandemia. Recursos limitados. Autonomía. Confidencialidad.

ABSTRACT. This article refers to certain bioethical and legal problems framed in the global crisis generated by COVID-19. In this sense, issues such as the allocation of limited resources, limitations to the exercise of autonomy in general, and the right to not to know and discharge against medical will in particular are addressed; and the protection of the confidentiality of health data; in the context of the indicated pandemic.

KEY WORDS. Bioethics. Pandemic. Limited resources. Autonomy. Confidentiality.

RESUMO. Este artigo refere-se a certos problemas bioéticos e legais enquadrados na crise global gerada pelo COVID-19. Nesse sentido, são abordadas questões como a alocação de recursos limitados, limitações ao exercício da autonomia em geral e o direito a não conhecer e dispensar a vontade médica em particular; e a proteção da confidencialidade dos dados de saúde; no contexto da pandemia indicada.

PALAVRAS CHAVE. Bioética. Pandemia. Recursos limitados. Autonomía. Confidencialidade.

*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). Integrante del Grupo de Estudio Bioética y Derecho (FD-UR). Maestrando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (FD-UR). dandradesosa@gmail.com
** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Asistente (G2) de Derecho Civil (FCEA-UR). Ayudante (G1) de Introducción a la Bioética y de Derecho Privado IV y V (FD-UR). Integrante del Grupo de Estudio Bioética y Derecho (FD-UR). Maestranda en Derecho Comercial (FD-UR). vescobarsuhr@gmail.com

I. INTRODUCCION.

Atravesamos actualmente un momento histórico mundial, propulsado por el SARS-CoV-2 causante de la enfermedad COVID-19 y propiciante de una pandemia de escala mundial

Como destaca Camilo NOGUERA PARDO "El covid-19 ha planteado desafíos a los sistemas de salud, en particular, y a la protección de los derechos fundamentales y deberes ciudadanos, en general. Los sistemas jurídicos de usanza y los modelos éticos tradicionales empiezan a resultar insuficientes para dilucidar órbitas de acción y construcción de políticas públicas efectivas para el futuro inmediato. En ese vacío académico surgen disciplinas y campos de estudio con capitales teóricos importantes para consultar y dirigir esfuerzos gubernamentales y acuerdos internacionales en pro de la especie humana. Dos de estos discursos son la bioética y el bioderecho" (los destacados nos pertenecen); y sobre el particular, continúa puntualizando el autor que "Lo hace desde marcos conceptuales que buscan orientar la acción de la investigación clínica y biotecnológica, y sus resonancias en la vida: desde modelos de razonamiento, modelos de justificación, modelos de argumentación y principios de acción hasta comités de revisión y de liberación. Para el caso concreto de covid-19 y la crisis sanitaria global, la bioética tiene mucho que decir" (NOGUERA PARDO, 2020)

La aparición del patógeno y pandemia de marras, deriva en que se refloten con especial intensidad determinados dilemas bioéticos y normativos, que atañen a derechos fundamentales de las personas que se encuentran en juego en la relación médico-paciente; a cuyo modesto abordaje, dedicaremos el presente artículo.

En ocasiones las tentativas de respuesta a tales cuestiones serán provistas de la interpretación de textos normativos vigentes en Uruguay, y en otros casos las mismas devendrán de criterios y pareceres brindados por sendos autores e inclusive por organismos internacionales.

De esta forma, primeramente, referiremos a una cuestión habitual en los debates bioéticos, y que cobra especial tenor en tiempos de una pandemia, como lo es la problemática derivada de recursos sanitarios limitados.

En segundo lugar, se aludirá a posibles limitaciones al ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad, con especial detenimiento en el derecho a no saber y el alta contra voluntad médica.

En tercer término, se hará un desarrollo relativo a la protección de la confidencialidad de los datos sanitarios de los pacientes, materia que estimamos no puede ser soslayada en la actual coyuntura.

Finalmente explayaremos algunas reflexiones finales a modo de conclusiones del trabajo realizado.

II. EL RECURRENTE DILEMA DE LA ASIGNACION DE RECURSOS ESCASOS.

2.1. El acceso a los recursos sanitarios en condiciones de igualdad.

El derecho a la salud a la igualdad en las posibilidades de acceso a los recursos sanitarios, ha sido recogido y subsumido en numerosos instrumentos, tanto de fuente nacional como internacional.

Así en el sistema universal, encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece, en sus artículos 1 y 2 que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos , sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; estableciendo específicamente en el artículo 3 que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; y en el 25 se señala 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 sociales necesarios (...)"

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, prevé en su artículo 12 que "1. Los Estados Partes (…) reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

En el marco de este orden, resulta menester destacar a la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO del 19 de octubre de 2005 (en lo sucesivo DUBDH), establece en su artículo 10 que "Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad". Y en su artículo 14, numeral 2, se expresa: "Teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar: a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano".

Ingresando en el nivel vernáculo el artículo 44 de la Constitución de la República, establece que: "El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad".

Yendo a regulaciones de fuente legal, la Ley N° 18.335 del 15/08/2008 sobre "Derechos y Obligaciones de Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud" señala en su artículo 2 que: "Los pacientes y usuarios tienen derecho a recibir tratamiento igualitario y no podrán ser discriminados por ninguna razón ya sea de raza, edad, sexo, religión, nacionalidad, discapacidades, condición social, opción u orientación sexual, nivel cultural o capacidad económica"; añadiendo en su artículos 7 y 10 que "Todo paciente tiene derecho a una atención en salud de calidad, con trabajadores de salud debidamente capacitados y habilitados por las autoridades competentes para el ejercicio de sus tareas o funciones (…) Todo paciente tiene el derecho a que sus exámenes diagnósticos, estudios de laboratorio y los equipos utilizados para tal fin cuenten con el debido control de calidad. Asimismo tiene el derecho de acceso a los resultados cuando lo solicite (...)Todas las patologías, agudas o crónicas, transmisibles o no, deben ser tratadas, sin ningún tipo de limitación, mediante modalidades asistenciales científicamente válidas que comprendan el suministro de medicamentos y todas aquellas prestaciones que componen los programas integrales definidos por el Ministerio de Salud Pública (…) Los servicios de salud serán responsables de las omisiones en el cumplimiento de estas exigencias"

Como vemos, de la normativa reseñada se extrae como corolario que todas las personas detentaríamos, sin distinción y en condiciones, el derecho a acceder a todos los tratamientos, procedimientos, fármacos y demás insumos que, según el estado actual de evolución de la ciencia médica, contribuyan a la asistencia de nuestra salud.

Ahora bien, las restricciones al ejercicio de este derecho no emanan de los textos positivos, sino que están determinadas por la realidad fáctica: existen recursos limitados para el tratamiento de las diversas afecciones, circunstancia derivada del incremento de los costos de atención médica, los cuales, como sostiene D'EMPAIRE obedecen a una serie de factores tales como el desarrollo científico y tecnológico, una mayor exigencia por parte de los usuarios, la asimetría de la información (ignorancia por parte del enfermo de sus necesidades reales y de las diferentes alternativas que existen para su diagnóstico y tratamiento), los terceros pagadores (pago de la atención médica a través de instituciones públicas de salud o por seguros privados; lo cual repercute en que al no ser el paciente directamente, ni el médico quienes pagan la factura se tiene poca consideración sobre los costos), la medicina defensiva (ante el temor demandas judiciales contra médicos, en ocasiones, estos últimos incurren en gastos exagerados y a veces no justificados, a fin de protegerse del eventual inicio de litigios), y la ineficiencia de los sistemas de salud

(D'EMPAIRE, 2001).

La repercusión aislada o en conjunto de alguno/s de los factores referidos en el párrafo anterior genera en la praxis, que los equipos sanitarios deban afrontar la compleja decisión de ponderar la asignación de un determinado insumo o tratamiento a un paciente con la consecuencia de tener que denegarlo a otro. Dicha cuestión, contextualizada en el presente, será abordada a continuación.

2.2. Las decisiones a adoptar ante recursos limitados. ¿Colisión de principios?

La crisis originada por el COVID 19 ha puesto en jaque a los sistemas sanitarios a nivel mundial. La virulenta contagiosidad de la enfermedad, ha repercutido en un incremento inusitado de pacientes a los centros asistenciales y hospitalarios que requieren de determinado tratamiento o prestación limitada, que es a su vez requerido para otros pacientes con idéntica o diversa patología.

En tal sentido, la cuestión de los respiradores y su asignación a los enfermos críticos, ha sido paradigmática en el contexto de esta pandemia e ilustra parte del dramatismo de la misma. Sobre este aspecto, reviste interés lo manifestado por Marc Antoni Broggi, Presidente del Comité de Bioética de Catalunya al señalar que "La intubación en UCI no es un tratamiento contra el virus, no es la salvación. Es un sostén que intenta dar tiempo a que el cuerpo venza la enfermedad (…) "Si se ve claro que esta espera resulta ilusoria, no tiene sentido empezarla o continuarla. No todos pueden beneficiarse, médicamente hablando, de un proceso intubación" (Cfr. MACPHERSON, 2020).

Como destacan GARDUÑO-ESPINOSA, ROSAS-VARGAS, y REYNÉS-MANZUR: "Tradicionalmente se esperaba que el médico actuara sólo por el bien de sus pacientes, sin considerar las necesidades de los demás (…) Este enfoque individualista sobrevivió al paternalismo del médico y la autonomía del paciente, en que la voluntad del enfermo se convirtió en el principal criterio para decidir qué recursos emplear; sin embargo, otro valor, la justicia, se ha transformado en un factor importante en la toma de las decisiones médicas. Esto implica un aspecto más social de la asignación de los recursos, que considera las necesidades y derechos de otros pacientes. Significa que el médico es responsable no sólo de sus propios pacientes, sino que en cierta medida, también de los demás. Ya no es suficiente que el galeno prescriba un estudio o un tratamiento costosos, sólo porque ya existe en otras partes del mundo y que señale que "si no hay dinero, no es mi problema, que el hospital lo consiga". En cada decisión de esta naturaleza, se necesita elegir, considerando lo individual y lo colectivo (…) Un tipo de decisión sobre asignación, que deben tomar muchos médicos, es la elección entre dos o más pacientes que necesitan un recurso escaso, como la atención de personal de urgencia, disponibilidad de una cama en terapia intensiva, órganos para trasplante, exámenes y medicamentos muy costosos,

una campaña de vacunación o trasplantes de corazón (…) El médico que controla estos recursos debe decidir qué pacientes tendrán acceso a ellos y cuáles no, sabiendo muy bien que los que no tendrán acceso a estos recursos, pueden sufrir e incluso morir (…) Estos médicos, que abordan los problemas de asignación, deben ponderar y tratar de equilibrar los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia y otros más como la solidaridad, para que en este dilema respecto a los derechos de unos y otros, se resuelva con menor daño (…) Si hay una sola cama en terapia intensiva y dos pacientes están en espera, y con las mismas probabilidades en su pronóstico, ¿A quién se le debe asignar? Aquí, la discusión de los principios éticos ayuda en gran medida a tratar de tomar la decisión más justa" (GARDUÑO-ESPINOSA, ROSAS-VARGAS y REYNÉS-MANZUR, 2013, 298-299).

Los autores de marras proponen como criterios orientadores para la asignación de recursos escasos, tener presentes los siguientes lineamientos: "1. Todos los pacientes tienen derecho a la asistencia sanitaria. El Estado establecerá las modalidades. 2. Los recursos siempre son insuficientes. 3. Conocer las diversas teorías filosóficas permiten un debate más inteligente. No hay ninguna teoría que sea completa, aunque todas coinciden en que debe haber un mínimo decoroso. 4. Las decisiones para asignar un tratamiento a un paciente y a otro no, debe hacerse con estrictos criterios médicos y éticos (Medicina basada en evidencias, principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia distributiva y el costo-beneficio). 5. Se sabe de antemano que unos pacientes serán beneficiados y otros sufrirán. Hay que ponderar los derechos de todos, maximizar el bien del que lo recibe y minimizar el daño en quien no se aplica (…) Deben evitarse tratamientos fútiles o superfluos que prolongan la vida en forma inútil. La Unidad de Cuidados Paliativos puede dar su opinión en estos casos. Debe fomentarse la política de atención en su domicilio a pacientes en la fase terminal con programas denominados "llevar a casa el hospital" (GARDUÑO-ESPINOSA, ROSAS-VARGAS, y REYNÉS-MANZUR, 2013, pp. 301- 302).

En esta línea argumental, el español DE LORA alude a la fórmula empleada por el economicista de la salud Alan Williams para poder evaluar tratamientos y de ese modo priorizar entre pacientes: "Se trata del baremo conocido como QALY (Quality Adjusted Life Years), es decir, Años de Vida Ajustados por Calidad (AVAC). La idea es simple: no podemos guiarnos solo por lo que en términos de supervivencia proporciona una terapia sino que también hemos de ponderar la calidad de vida alcanzada. Tomemos como 0 el peor estado de salud posible (equivalente a la muerte) y 1 la salud plena. Así que si consideramos que una persona parte de un estado de salud muy malo (pongamos 0.2), pero gracias al tratamiento vivirá casi estupendamente (0.9) durante diez años, sus AVAC serán 7 (0.7x10). Si además sabemos lo que cuesta el tratamiento podemos calcular fácilmente el coste por AVAC y comparar las alternativas terapéuticas. Con un método semejante

Williams demostró que un programa de trasplante renal era mejor que la hemodiálisis en términos de coste-efectividad" (DE LORA, 2020)

Los enfoques anteriormente referidos parecieran revestir mayor aplicación en hipótesis de ponderación entre el costo beneficio de la realización un determinado esfuerzo terapéutico y su repercusión en la calidad de vida del paciente hipotético. Pero en el supuesto particular del COVID-19 y en la especificidad de la asignación de respiradores para el tratamiento de uno de sus síntomas más preocupantes, la insuficiencia respiratoria; la practicidad de la ponderación señalada no parece tan clara. Resalta con acierto DE LORA que el criterio "AVAC" privilegia "a quienes tienen más vida por delante y no sufren de discapacidades permanentes"; lo que lleva al autor a cuestionarse sobre la existencia de mejores opciones (DE LORA, 2020); y citando a Henry Sidgwick expresa: "el bien de cualquiera no es de más importancia (desde el punto de vista "del universo") que el bien de cualquier otro y, por lo tanto, todos los pacientes han de ser tratados como igualmente únicos y de valor inconmensurable, la única opción éticamente disponible es echarlo a suertes, un caso de justicia procesal pura en la terminología de John Rawls" (DE LORA, 2020).

DE LORA, en base a recomendaciones efectuadas por la Sociedad Española de Medicina Intensiva Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) y la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia Intensiva (SIAARTI), señala que debe descartarse una priorización de pacientes que requieran ventilación mecánica en base al criterio "primero en llegar, primero en ingresar, ya que "se trata de una expresión del azar que sacrifica a quienes están peor simplemente porque llegaron más tarde. Además, opaca otras propiedades que bien pudieran ser consideradas relevantes. Es por ello (…) de que deberá tomarse en consideración la prognosis y la probabilidad de recuperación" (DE LORA, 2020).

El mencionado profesor ibérico puntualiza que "el racionamiento puede suponer en este caso no solo "no administrar" el soporte ventilatorio sino, eventualmente, "retirarlo", una decisión que no puede considerarse contraria a la práctica clínica cuando esa limitación del esfuerzo terapéutico obedece a razones de futilidad al final de la vida o al ejercicio de la autonomía de la voluntad del paciente, pero que en este supuesto respondería a su "mejor uso" en otro enfermo con un resultado fatal para el primero" (DE LORA, 2020).

Como apunta LINCONAO, tal extremo, es decir jerarquización de los pacientes que privilegia a aquellos con mejor pronóstico (que en el caso del COVID-19, en ciertos países se ha traducido en la preferencia por las personas de menor edad y mejor pronóstico, limitándose la atención a los adultos mayores y a personas con comorbilidades), plantearía una aparente "contradicción contra el principio bioético de justicia. Este proclama que debe darse igual trato para todos los pacientes (Beauchamp & Childress, 2002)". No

obstante, este especialista señala que dicho obstáculo podría ser sorteado en el entendido de que "en una situación donde los recursos son limitados el principio de justicia comienza a dar lugar al principio de beneficencia. Este principio consiste en hacer el bien (en este caso sanar) y en evitar y reparar el daño. Este principio puede dividirse en dos facetas en la beneficencia positiva que procura ayudar a los enfermos y la utilidad que procura un balance entre beneficios y daños. Al priorizar en la atención médica los casos con mejores posibilidades de evolución se están siguiendo la lógica de utilidad que procura maximizar los beneficios. Por más duras que estas medidas resulten sigue coordenadas éticas propias de un contexto de desborde" (LINCONAO, 2020).

La argumentación de LINCONAO reviste cierta coherencia, en el sentido que resuelve con una lógica habitualmente admitida para los casos de colisiones entre principios. Como señala BERNAL PULIDO que existen dos formas básicas de aplicar las normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, mientras que la ponderación "es la manera de aplicar los principios" (BERNAL PULIDO, 2003, 5); y ha sido Robert ALEXY quien con mayor claridad y precisión expuso la teoría de la ponderación. El precitado autor alemán señala que la denominada "ley de la ponderación" puede ser formulada de la siguiente manera: "Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento de o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de la ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto" (ALEXY, 1988, 147) Dicha elaboración también puede ser expresada como "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios , tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro" (ALEXY, 2009, 83). En el razonamiento del jurista germano la operación a realizar en sede de ponderación ante dos principios entran en colisión implica que uno de ellos tiene que ceder ante el otro.

Ahora bien, en materia Bioética, otros autores han sostenido una jerarquización diversa a la propuesta por LINCONAO, basado en un alcance distinto conferido a los principios en juego. Así Diego GRACIA GUILLEN, citado por BERRO ROVIRA y CLUZET, establece el siguiente orden jerárquico entre los principios bioéticos, por su orden: justicia, autonomía y beneficencia. Por lo tanto, ante una hipótesis de conflicto, los principios del bien común: justicia y no maleficencia deberán predominar sobre aquellos que expresan el bien individual: autonomía y beneficencia, aun cuando no siempre sea sencillo en la práctica, poder expresar esta predominancia (Cfr. BERRO ROVIRA y CLUZET, 2013, 347)

En relación a la jerarquización entre estos principios, y especialmente el papel del principio de justicia BERRO ROVIRA y CLUZET traen a colación una previsión contenida en el Código de Ética Médica del Sindicato Médico del Uruguay y la Federación Médica del Interior, en su artículo 12 señala que "El médico debe buscar los mejores

medios de diagnóstico y tratamiento para sus pacientes. Deberá buscar responsablemente el rendimiento óptimo y equitativo de dichos recursos en las instituciones donde trabaja, evitando todo despilfarro o negligencia en la administración de recursos destinados al mayor número posible de pacientes y denunciando y oponiéndose como ciudadano a todas aquellas situaciones en que esto resulte de la malversación o la mala distribución de los bienes sociales" (BERRO ROVIRA y CLUZET, 2013, 347-348). En línea análoga, a nivel del derecho positivo vigente encontramos el Código de Ética Médica recientemente aprobado por Ley 19.286 en su artículo 8 reza: "El médico debe procurar los mejores medios científicamente aceptados de diagnóstico y tratamiento para sus pacientes, así como el rendimiento óptimo y equitativo de dichos recursos".

En definitiva las jerarquizaciones propuestas por GRACIA GUILLÉN y LINCONAO, a pesar de ser diferentes, conducirían a un mismo resultado: la primacía del bien común o del colectivo por sobre lo individual; rasgo que definitiva ha sido caracterizante de la Bioética, especialmente en su faz social.

En otro orden, DE LORA destaca que apelar a la futilidad del tratamiento en razón quien sea su destinatario, como lo han hecho algunos sistemas sanitarios del orbe (ejemplo: pacientes mayores de ochenta años, portadores de comorbilidades, etc.) "cuando en circunstancias distintas a las actualmente concurrentes no se retiraría el respirador, no solo es un acto gravemente contrario a la deontología profesional, sino que, desde un punto de vista puramente instrumental, pone en riesgo la necesaria confianza que hemos de tener en el sistema sanitario" (DE LORA, 2020). No obstante, el autor entiende que en el caso de la discriminación por el factor edad, basado en el hecho "tener una igual oportunidad de disfrutar de un número de años de vida" sería un criterio razonable, en tanto "En la alternativa de quien ya los ha disfrutado –y se ubica por lo tanto por encima de ese umbral– y la persona que no lo ha hecho, se debe elegir a esta segunda" y posteriormente agrega: "una primera objeción al criterio de la edad como decisor es que se trata de eso precisamente, de una forma odiosa de discriminar (…) el hecho de ser mayor constituiría un rasgo como la raza, la discapacidad o el género, una circunstancia independiente de la voluntad del individuo (nadie piensa que uno puede remediar ser viejo quitándose antes la vida). En realidad, no es así: la discriminación por edad no es como el ominoso racismo o sexismo sino la justa compensación en favor de quien no tendría la oportunidad de llegar a cumplir esa expectativa vital" (DE LORA, 2020).

Sin embargo, el propio académico reconoce que "hay otras objeciones más atendibles (…) Así, una persona de 50 años ha podido vivir muy intensamente, cumplir muchos de sus propósitos juveniles y poder morirse habiendo cerrado los capítulos más importantes de su existencia, mientras que el de 80 pudiera ser en cambio el que justo ahora, por fin, empieza a disfrutar de una suerte de "edad dorada" después de una vida sujeta a infortunios diversos". Por ello en definitiva propugna el criterio de "utilidad social" del

paciente sería "difícilmente objetable, como es el de la necesidad de contar con personal sanitario para, precisamente, luchar más eficazmente contra la propagación del virus y en pos de la curación de los enfermos (…) Así, la condición del médico mayor (que hubiera podido regresar a la actividad asistencial desde su situación de jubilado para contribuir a paliar la crisis) debiera ser ponderada. No digamos ya si además su enfermedad se debe precisamente a que contrajo el virus atendiendo a sus pacientes: en ese caso le estaríamos compensando con justicia" (DE LORA, 2020).

Parte de los criterios esbozados estarían recogidos en la "Orientación ética para el uso de recursos limitados en los servicios críticos de salud durante la pandemia de COVID-19" de la Organización Panamericana de la Salud (en lo sucesivo OPS), cuyas recomendaciones son las siguientes: "1. Establecer criterios de priorización transparentes: La existencia de criterios transparentes y de acceso público fortalece la confianza de la población en la autoridad sanitaria, que es clave para su respaldo a la respuesta, y alivia la carga de los proveedores de salud, al no tener que ser ellos quienes determinan estos criterios. 2. Salvar la mayor cantidad de vidas: Salvar la mayor cantidad de vidas es un criterio fundamental que implica priorizar a quienes están en mejores condiciones clínicas de sobrevivir el tratamiento con respecto a quienes difícilmente se recuperarán incluso con el tratamiento. Debe quedar siempre claro que esto no constituye abandonar a los pacientes: se les debe siempre brindar el cuidado paliativo necesario incluso si no es posible ofrecerles tratamiento. 3. Priorizar a quienes tienen la tarea de salvar las vidas de otros: Personas como los proveedores de salud arriesgan su vida para salvar las vidas de otros. Priorizar su atención responde por ello un criterio de justicia, y permite además salvar la mayor cantidad de vidas dado su rol central en la atención de otros 4. Tratar a todas las personas equitativamente: Todas las personas en la misma situación (con COVID-19 u otra enfermedad) deben ser tratadas de la misma manera. En atención a la justicia y la equidad es fundamental asegurar que no haya variaciones según privilegio o discriminación respondiendo a diferencias de etnicidad, religión, orientación sexual, recursos económicos u otros criterios ajenos a estas recomendaciones" (Organización Panamericana de la Salud (2020).

Estimamos que el sucinto documento elaborado por la OPS, puede considerarse como instrumento de utilidad para la resolución de situaciones que el tópico abordado en este capítulo pueda suscitarse; y en definitiva se ajusta a lo manifestado por LINCONAO "Ciertamente debemos ser iguales frente a la ley pero no lo somos desde una óptica médica. Desde esta óptica, en una situación de escasez, privilegia el uso racional de los recursos médicos" (LINCONAO, 2020).

Sin perjuicio de lo señalado, entendemos que cualquiera de los criterios no puede ser considerado como una suerte de "molde estático" unívoco y aplicable a cualquier situación de escasez de recursos. Una respuesta rígida y permanente, podría no ajustarse

debidamente a todos los casos, e inclusive podría ser fuente de responsabilidad profesional al provocar una "pérdida de chance" al paciente

En tal sentido, si pretendiéramos establecer una guía para los dilemas que aparejan este tipo de circunstancias, estimamos que la misma podría ser subsumida de la siguiente manera: en primer término, en base al respeto al derecho a la igualdad (especialmente en el acceso a oportunidades) y a la dignidad humana de todas las personas, debe efectuarse un agotamiento exhaustivo de las alternativas que garanticen un acceso a las posibilidades de tratamiento, al mayor número posible de individuos afectados; y en segundo lugar, en forma subsidiaria ante la constatación objetiva de imposibilidad o inviabilidad material para llevar adelante el criterio anteriormente señalado, se podrá acudir al uso de la ponderación, en las formas desarrolladas ut-supra, para dilucidar las eventuales colisiones y primacías de derechos entre las personas.

III. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN TIEMPOS DE PANDEMIA. EL DERECHO A NO SABER Y EL ALTA CONTRA VOLUNTAD MÉDICA.

La mencionada Ley N° 18.335, establece que todo paciente tiene derecho a conocer todo lo relativo a su enfermedad. Este derecho es un corolario del principio de autonomía. Sobre el particular ESCOBAR TRIANA, y ARISTIZABAL TOBLER señalan que: "El respeto a la autonomía obliga a los profesionales de la salud a revelar la información necesaria y suficiente y asegurar la comprensión y la voluntariedad de las decisiones" (ESCOBAR TRIANA,y ARISTIZABAL TOBLER, 2011, 92). ORDOQUI CASTILLA define a la autonomía del paciente como "(…) la capacidad de decidir libremente con relación a las sugerencias que le realiza el médico con referencia a los tratamientos a seguir en el proceso de curación de su enfermedad. Sin autonomía, sin libertad no puede haber consentimiento informado. Una persona autónoma es la que actúa con libertad según sus propias convicciones e intereses" (ORDOQUI CASTILLA, 2012, 7).

En otras palabras, el respeto de la autonomía en el ámbito médico es una obligación de los profesionales de la salud para asegurar que los pacientes tengan derecho a escoger. Para que el profesional de la salud pueda afirmar que las decisiones de los pacientes son autónomas debe estar seguro que son informadas, libres, voluntarias y auténticas.

Volviendo a los alcances de ese derecho del usuario a conocer su estado sanitario, según el artículo 18, incluye entre otros aspectos: "A) Conocer la probable evolución de la enfermedad de acuerdo a los resultados obtenidos en situaciones comparables en la institución prestadora del servicio de salud. B) Conocer en forma clara y periódica la evolución de su enfermedad que deberá ser hecha por escrito si así lo solicitase el paciente; así como el derecho a ser informado de otros recursos de acción médica no disponibles en

la institución pública o privada donde se realiza la atención de salud"

Evidentemente el derecho a conocer los detalles de su estado de salud, para pacientes de un virus novedoso como el COVID-19, resulta una obviedad; como lo es con todas las enfermedades en general, en puridad.

Sin embargo, hay otra cara de la moneda: el derecho a no saber del paciente, definido por Clarisa RODRÍGUEZ como la voluntad del mismo "de no recibir información acerca de los procedimientos de atención a su salud" (RODRÍGUEZ, 2011); y citando a ORDOQUI CASTILLA alude a una posible fundamentación del mismo, basada "en razones de confianza, o con el convencimiento de que tener o no la información en nada va a incidir sobre la posición que va a adoptar en protección de su salud, el paciente puede renunciar a este consentimiento informado entiende que la renuncia no necesariamente debe ser expresa, pudiendo ser tácita"(Cfr. RODRÍGUEZ, 2011). Y referente a la modalidad de ejercicio de este derecho, según ORDOQUI CASTILLA, el mismo "exige un acto de pronunciamiento de voluntad inequívoco, explícito y claro, de forma que no puedan quedar dudas de cuál fue la postura del paciente", por estar en juego "nada menos que la tutela de valores fundamentales de la personalidad, parece coherente exigir que la renuncia a este derecho de información sea expresa", por lo que debería debe dejarse, por parte del profesional actuante, constancia de ello en la historia clínica, firmada por él y por el paciente. (Cfr. RODRÍGUEZ, 2011).

La regulación del derecho a no saber figura en propio artículo 18 de la Ley N° 18.335, especificando que "En situaciones excepcionales y con el único objetivo del interés del paciente con consentimiento de los familiares se podrá establecer restricciones al derecho de conocer el curso de la enfermedad o cuando el paciente lo haya expresado previamente (derecho a no saber)". No obstante la propia norma prevé una limitante al ejercicio de este derecho, al señalar que el mismo "puede ser relevado cuando, a juicio del médico, la falta de conocimiento pueda constituir un riesgo para la persona o la sociedad".

Esta excepción consagrada en la norma también cobra una especial relevancia en el marco de la actual pandemia mundial. En forma palmariamente evidente es claro que resultaría riesgoso para la comunidad que en pos del respeto de este aspecto de la auntomía, no se informara a un paciente que es portador del COVID-19 y que recaudos debe adoptar con respecto al mismo. Nuevamente, y en sede de ponderación de principios, justicia vs. autonomía, lo colectivo inclina el fiel de la balanza por sobre lo individual.

De otro aspecto del ejercicio de la autonomía, nos da cuenta el artículo 24 del aludido cuerpo legal al establecer que: "El paciente o en su caso quien lo representa es responsable de las consecuencias de sus acciones si rehúsa algún procedimiento de carácter diagnóstico o terapéutico, así como si no sigue las directivas médicas. Si el paciente abandonare el centro asistencial sin el alta médica correspondiente, tal decisión deberá

consignarse en la historia clínica, siendo considerada la situación como de "alta contra la voluntad médica", quedando exonerada la institución y el equipo de salud de todo tipo de responsabilidad".

La situación del alta contra voluntad médica, en contextos de "normalidad" (o de la normalidad pre-pandemia), no aparejaría mayores complejidades, ni irrogaría responsabilidades a las partes involucradas, en tanto se deje constancia, en debida forma, en la historia clínica del paciente. No obstante, en la corriente realidad el alta contra voluntad médica, e incluso la conducta posterior del paciente, podría aparejar consecuencias legales de entidad para el mismo. Sobre el particular debe tenerse en consideración que el artículo 22 de la Ley N° 18.335 que señala que "Toda persona tiene el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad, tal como lo establece el artículo 44 de la Constitución de la República. Asimismo tiene la obligación de someterse a las medidas preventivas o terapéuticas que se le impongan, cuando su estado de salud, a juicio del Ministerio de Salud Pública, pueda constituir un peligro público, tal como lo dispone el artículo 224 del Código Penal".

El citado artículo del Código Penal, prevé el delito "Daño por violación de las disposiciones sanitarias", tipo delictivo definido de la siguiente manera: "El que mediante violación a las disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación en el territorio nacional de enfermedades epidémicas o contagiosas de cualquier naturaleza, causare daño a la salud humana o animal, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión. Será circunstancia agravante especial de este delito si del hecho resultare un grave perjuicio a la economía nacional".

Ante la Declaración de Emergencia Sanitaria Nacional dispuesta por el Decreto Nº 93/020 de fecha 13 de marzo de 2020, y las exhortaciones sobre cuidados ante el novel patógeno efectuadas por las autoridades de salud pública, entendemos que un abuso en el ejercicio del derecho al no seguimiento de determinadas indicaciones médicas, que puedan derivar en un peligro o daño para el resto de la sociedad, podría aparejar, prima facie, una eventual imputación para el infractor de la figura prevista en el artículo 224 del Código Penal. De todos modos, reconocemos que el punto es debatible, y no existiría univocidad de opiniones.

Lo que sí estimamos que resulta palmariamente evidente, es la vocación por la protección del bien colectivo o social aún en sacrificio del ejercicio del derecho de autonomía, en determinados supuestos excepcionales. Obviamente, como toda excepción su aplicación es restrictiva a las situaciones prevenidas por la norma.

IV. LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS SANITARIOS.

Otro aspecto que puede sufrir detrimentos en el marco de la aparición de una nue-

va enfermedad de escala masiva y contagio vertiginoso, cuyas perspectivas de tratamiento y profilaxis aún se vislumbran como remotas, es el manejo de la información sanitaria, especialmente la atinente a los datos de quienes padecen la enfermedad. En una sociedad ávida de información sobre una patología de la que se desconoce aún mucho, cualquier filtración indebida de la esfera confidencial del individuo, resultará más perjudicial que beneficiosa para el colectivo.

Sobre el particular, resulta menester traer a colación lo prevenido por el artículo 9 de la DUBDH, al manifestar que "La privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe deberían respetarse. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos".

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" (BERRO y ADRIASOLA, 2013, 396). FRANÇA, citado por GIL YACOBAZZO, y VIEGA RODRÍGUEZ, 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" (YACOBAZZO, y VIEGA RODRÍGUEZ, 2018, 229)

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 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" (Cfr. ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI, 2017, 167)

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 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".

Debe por último destacarse que el artículo 35 de la Ley, en la redacción dada por los artículos 152 de la Ley Nº 18.719 de 27/12/2010 y 83 de la Ley Nº 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.

Como manifiestan BERRO ROVIRA 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" (BERRO ROVIRA y ADRIASOLA, 2013, 399); 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" (BERRO ROVIRA y ADRIASOLA, 2013, 402). Esto no es ajeno a la realidad uruguaya, en la que el "Código de Ética Médica", consagrado en la Ley Nº 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 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" (ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI, 2017, 176).

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.

Indubitablemente, por lógica extensión, la confidencialidad anteriormente aludida alcanza a la información recogida en las historias clínicas. Como refiere ADRIASOLA, citado por MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA, "la no protección de los datos asentados en la historia clínica constituiría una forma oblicua de violación del secreto profesional" (Cfr. MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA, 2017, 188). En dicha línea argumental, 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" (MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA, 2017, 188).

Las posibilidades de acceso al documento en cuestión figuran especificadas en el literal "D" del artículo 18 de la Ley N° 18.335, al señalar 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 mediare 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"

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 mediare 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.

La reseña conceptual y normativa efectuada en el presente capítulo, da cuenta que aún en un contexto crítico y de una pandemia global, los datos personales sanitarios de las personas afectadas deben tener el manejo estricto y taxativo que prevé la normati-

va. Cualquier apartamiento del mismo efectuado por el personal asistencial, individual o colectivamente, así como de las instituciones públicas y privadas, e inclusive de órganos de gobierno, podría resultar violatorio del derecho humano a la intimidad de la persona afectada y eventualmente configurador del tipo delictual prevenido en el artículo 320 del Código Penal (revelación de secreto profesional).

V. REFLEXIONES FINALES.

Las crisis sanitarias, como lo son las pandemias, son susceptibles de hacer tambalear los esquemas básicos de normalidad de cualquier sociedad. Es por ello que desde la Bioética y el Derecho se debe propiciar una mirada tuitiva de los derechos fundamentales de los individuos, con la debida proporcionalidad respecto de la protección de la comunidad, para evitar que se comentan excesos, aún cuando los mismos pretendan llevarse a cabo en nombre del "bien común".

De esta forma, al afrontar complejos dilemas en materia de asignación de recursos limitados, los equipos sanitarios deberán tener presente que no existen soluciones unívocas, pero que para arribar a las mismas los principios bioéticos pueden resultar una herramienta relevante.

Particularmente abogamos por la aplicación complementaria de los mismos, pero en el supuesto de una eventual contradicción insalvable, la dignidad humana y el respeto por la igualdad en el acceso de oportunidades deben ser los criterios

En otro orden, el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de pacientes y usuarios no puede ser desconocida aún en el contexto pandémico. No obstante, debe exhortarse al uso responsable de la misma, para no tener que afrontar consecuencias indeseables. Si bien el respeto de la libertad individual es un aspecto medular del Estado de Derecho, no menos cierto es que la misma admite limitaciones, cuando su ejercicio abusivo puede entrañar un peligro para el resto de la sociedad. En dicha línea, remitimos a las salvedades realizadas en materia del derecho a no saber y del supuesto de alta contra voluntad médica.

Finalmente, aún en la situación actual, el derecho a la intimidad, reconocido por diversos instrumentos nacionales e internacionales, debe estar garantido en toda su expresión general, y en sede de información sanitaria en particular. En ese sentido, el manejo debe ser restrictivo dentro del acotado margen que dispone la normativa vigente en la materia, tanto desde el punto de la protección de datos personales, como del cumplimiento del secreto profesional.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ADRIASOLA, G. y MAGLIA CANZANI, D. (2017). El secreto profesional médico. En RODRÍGUEZ ALMADA, H. Medicina Legal. Derecho Médico (pp. 167-180). Montevideo: Fundación de Ediciones de la Facultad de Medicina.

ALEXY, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica Recuperado en 15 de mayo de 2020 de http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf. Fecha de consulta:
ALEXY, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. Recuperado en 15 de mayo de 2020 de:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20364/1/DOXA_32_04.pdf

BERNAL PULIDO, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación Recuperado en 15 de mayo de 2020 de http://biblioteca.org.ar/libros/133287.pdf

BERRO ROVIRA, G. y ADRIASOLA, G. (2013) Confidencialidad. En BERRO ROVIRA, G. Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos (pp. 395-405). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

BERRO ROVIRA, G. y CLUZET, O. (2013) Bioética. En BERRO ROVIRA, G. Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos (pp. 339-350). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

D'EMPAIRE, G. (2001). Aspectos éticos de la distribución de recursos escasos y el derecho a la asistencia médica. Gaceta Médica de Caracas, 109 (4), pp. 455-467. Recuperado en 27 de mayo de 2020, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0367-47622001000400002&lng=es&tlng=es.

DE LORA, P. (2020) ¿No es respirador para viejos? Sobre la "ética del bote salvavidas" y la COVID-19. Letras Libres. Recuperado en 25 de mayo de 2020 de https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-viejos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-covid-19

ESCOBAR TRIANA, J, ARISTIZABAL TOBLER, C. (2011), Los principios en la bioética: fuentes, propuestas y prácticas múltiples. Revista Colombiana de Bioética, 6, pp. 76-109. Recuperado en 15 de mayo de 2020 de https://pdfs.semanticscholar.org/5b6b/d751d73b804b0a0dede3678cd71b77a88207.pdf

GARDUÑO-ESPINOSA, A., ROSAS-VARGAS, R. y REYNÉS-MANZUR. J. (2013). Asignación de recursos escasos en pediatría. Acta Pediátrica de México, 34 (5), pp. 295-302.

GIL YACOBAZZO, J. y VIEGA RODRÍGUEZ, M. (2018) Historia clínica electrónica: confidencialidad y privacidad de los datos clínicos. Revista Médica Uruguaya, 34 (4), pp. 226-231. Recuperado en 15 de mayo de 2020 de http://www.rmu.org.uy/revista/proximo/rmu34-4_921-gil-historia.pdf

LINCONAO, A. (2020). El COVID-19: Escasez de recursos y prioridad médica. Bioética y debate social. Recuperado en 24 de mayo de 2020 https://www.researchgate.net/publication/340116064_El_COVID-19_Escasez_de_recursos_y_prioridad_medica_Bioetica_y_debate_social

MACPHERSON A. (2020) La escasez de respiradores dispara el temor a no ser tratado de la mejor manera. La vanguardia. Recuperado en 6 de mayo de 2020 de https://www.lavanguardia.com/vida/20200406/48329557057/dilemas-eticos-epidemia.html

MAGLIA CANZANI, D., GAMERO, S. y RODRÍGUEZ ALMADA, H. (2017). Documentos médico-legales I. Historia clínica. En RODRÍGUEZ ALMADA, H. Medicina Legal. Derecho Médico (pp. 181-192). Montevideo: Fundación de Ediciones de la Facultad de Medicina.

NOGUERA PARDO, C. (2020) Bioética y biojurídica en el covid-19. El tiempo Recuperado en 20 de mayo de 2020 de https://www.eltiempo.com/vida/educacion/bioetica-y-biojuridica-en-el-covid-19-480846

ORDOQUI CASTILLA, G. (2012). Consentimiento Informado. Ley 18335 y Decreto 274/10. Montevideo: Ediciones Del Foro.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2020) Orientación ética para el uso de recursos limitados en los servicios críticos de salud durante la pandemia de COVID-19. Recuperado en 24 de mayo de 2020 de https://iris.paho.org/handle/10665.2/52092

RODRÍGUEZ, C. (2011) El consentimiento informado del paciente: análisis de su nueva reglamentación. Revista CADE : doctrina y jurisprudencia (11), pp. 21-35 http://www.rmu.org.uy/revista/proximo/rmu34-4_921-gil-historia.pdf

Fecha de recepción: 31 mayo 2020.

Fecha de aceptación: 14 junio 2020.

¿POR QUÉ HABLAR DE EUTANASIA?
WHY SHOULD WE DISCUSS EUTHANASIA?
POR QUE FALAR DE AUTANÁSIA?

*Mariana Blengio Valdés**

RESUMEN. El objetivo de este texto radica en plantear elementos debidamente fundados vinculados a la temática del final de la vida y específicamente de la "eutanasia" partiéndose de su definición precisa como tarea previa. El aporte insiste en que toda regulación normativa que refiera al final de la vida, debe incluir un abordaje que incluya la observancia de los principios bioéticos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Partiendo siempre su redacción final, de un debate profundo, amplio y participativo a nivel de toda la comunidad, y como condición previa, en tanto el tema de fondo refiere a circunstancias vitales que generan profundos dilemas éticos.

PALABRAS CLAVES. Eutanasia. Final de la vida. Voluntades Anticipadas. Dignidad Humana.

ABSTRACT. This paper aims to raise duly grounded elements in relation to the issue of the end of life and specifically "euthanasia", drawing from a precise definition as a preceding task. This contribution insists on the fact that any regulation referring to the end of life should include an approach with regards to the adherence to bioethical principles that are an integral part of our legal system. Any final wording thereof should always stem from a deep, extensive and engaging discussion at community-wide level, and as a prior condition, inasmuch as the underlying issue refers to vital circumstances that create profound ethical dilemmas.

KEY WORDS. Euthanasia. End of life. Advance directives. Human dignity.

RESUMO. O objetivo deste texto reside em expor elementos devidamente justificados em relação com a temática do final da vida e especificamente da "eutanásia", partindo de uma definição precisa como tarefa prévia. A contribuição insiste em que toda regulação normativa que se refira ao final da vida, deve incluir uma abordagem prévia que abrange a observância dos princípios bioéticos que formam parte da nossa ordem jurídica. Sua redação final sempre deverá partir de um debate profundo, amplo e participativo ao nível

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora (agr) de Derechos Humanos y Bioética Facultad de Derecho Universidad de la República y CLAEH. Presidenta de la INDDHH y Defensoría del Pueblo. Coordinadora Cátedra UNESCO Derechos Humanos UDELAR (2002 a 2016). Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

da comunidade toda, e como condição prévia, enquanto a questão em foco se refere a circunstâncias vitais que geram profundos dilemas éticos.
PALAVRAS-CHAVE. Eutanásia. Final da vida. Vontades antecipadas. Dignidade humana.

I – Introducción.

El debate sobre la eutanasia se ha instalado en nuestro país en la agenda legislativa. Un proyecto de ley titulado: "Eutanasia y suicidio médicamente asistido" se encuentra en discusión parlamentaria desde marzo 2020 . Su exposición de motivos hace referencia a las circunstancias por las cuales "muchas personas en nuestro país y en el mundo entero, se encuentran por distintas causas en un estado tal que prefieren morir a seguir viviendo en la forma en la que lo están haciendo, pero necesitan ayuda, una ayuda que la ley considera delito, para poner fin a su sufrimientos y morir con dignidad". Se expresa que: "es un secreto a voces que tanto la eutanasia activa como el suicidio médicamente asistido han existido siempre y existen hoy en Uruguay. Son hechos que ocurren clandestinamente y en penumbras y que exponen a los profesionales de la salud que participan en ellos a la eventualidad de la sanción penal. Que esta eventualidad solo rarísimamente se concreta es también un hecho notorio, que contribuye a poner de manifiesto el distanciamiento que se ha producido entre la ley, y los valores vigentes en la sociedad en la que la ley ha de aplicarse".

La iniciativa prevé en su primer artículo eximir de responsabilidad "al médico" que, actuando de conformidad con las disposiciones del proyecto, "y a solicitud expresa de una persona mayor de edad, síquicamente apta, enferma de una patología terminal, irreversible e incurable o afligida por sufrimientos insoportables, le da muerta o la ayuda a darse muerte". El objetivo de la iniciativa reside en "regular por ley cuando y como son admisibles la eutanasia activa y el suicidio medicamente asistido, estableciendo procedimientos y controles que den garantías a los sufrientes, a sus familiares y a los médicos dispuestos a ayudarlos".

Este proyecto de ley nos merece diversas observaciones las cuales esbozaremos en forma muy sintética; en tanto no es el objetivo de este aporte referirnos a su análisis exegético. Contrariamente a lo que pueda pensarse, el interés en plasmar estas líneas radica en plantear elementos debidamente fundados, que hemos venido refiriendo en múltiples intervenciones públicas a lo largo de estos años, vinculadas a la temática del final de la vida en observancia de los principios bioéticos. Sin acotarse a otros encuadres que puedan hacerse desde una perspectiva únicamente vinculada a la regulación penal.

Con esta introducción lo que se intenta es justamente insistir en que toda regulación nor-

mativa que refiera al final de la vida, debe incluir un abordaje que incluya la observancia de los principios bioéticos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Partiendo siempre su redacción final, de un debate profundo, amplio y participativo a nivel de toda la comunidad, y como condición previa, en tanto el tema de fondo refiere a circunstancias vitales que generan profundos dilemas éticos.
El acceso a los servicios integrales de salud incorpora a texto expreso desde el año 2008 en Uruguay como principios rectores: la calidad integral de la atención de acuerdo a normas técnicas y protocolos de actuación, en el marco del "respeto a los principios de la Bioética y derechos humanos de los usuarios". (Ley 18211 artículo 2 inciso F).

II – Puntualizaciones brevísimas, vinculadas al proyecto de ley sobre eutanasia y suicidio médicamente asistido.
Como hemos señalado esbozaremos en forma muy sintética, algunos aspectos del proyecto, para luego referirnos al tema de fondo, finalizando con algunas propuestas vinculadas a la temática:
i. El proyecto regula la temática desde la responsabilidad médica lo que consideramos resulta básicamente acotado al encuadre penal. Así surge del artículo 1 y 6.

ii. La iniciativa parlamentaria no parte de una definición de "eutanasia" y "suicidio médicamente asistido". La definición clara del concepto es prioritaria atento a las confusiones terminológicas que co existen en la temática. Incluyendo la mirada muy negativa del tema vinculada a la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y los años que la precedieron en Alemania, donde se implementó la eutanasia como práctica destinada a interrumpir la vida de determinados colectivos (disminuidos, personas con discapacidad, inadaptados sociales, enfermos, personas con determinadas características raciales, entre otros) bajo el concepto de "vida que no merece ser vivida" (T4) que pretendía además proteger a los médicos y demás administradores que participaron en la operación(1939).

iii. Tampoco se define: "patología terminal, incurable e irreversible"; el carácter de "médico" en su caso sería responsable ni del otro profesional a intervenir, que se presume tendría el rol de consultor. Tampoco atiende con precisión a la modalidad de la prestación que determina la ayuda al morir: en su caso, administración directa o auto administración de la/s sustancia/s lo que genera inseguridad jurídica.

iv. La iniciativa si bien refiere a la "solicitud expresa de una persona mayor" no se detiene a analizar en forma completa e integral, los requisitos que dicha petición debe contener para ser válida y legítima. Entre ellos, la petición habría de ser "inequívoca, seria, rotunda y reiterada", con especificación de su alcance.

v. Con la salvedad del artículo 1 y el 6 en relación a la responsabilidad penal que se pretende eximir; y el artículo 5 que refiere a la revocabilidad; el resto de los artículos (2,3,4,7 y 8) atienden aspectos formales. Los cuales en lo macro, omiten todo lo que vincule a lo institucional lo que influye negativamente en relación a las garantías de la intervención en atención a las previsiones ya señaladas de respeto a los principios de la Bioética. Por ejemplo no se releva esta intervención médica dentro de la atención de la institución ni como prestación sanitaria dentro y eventualmente considerada como parte del Sistema Nacional Integrado de Salud. Por ende no prevé el derecho a la objeción de conciencia del médico o personal sanitario.

vi. El artículo 5 refiere a la revocabilidad sin abundar en dicho extremo. Evidentemente apunta a respetar la autonomía de la voluntad de la persona pero su inclusión resulta poco específica y detallada.

vii. No hay referencia específica a la ley de voluntades anticipadas lo cual se entiende constituye una omisión que requiere atenderse por la implicancia de dicha normativa en la temática.

viii. En lo que respecta al último artículo (7) también en relación al procedimiento aunque en este caso, ya producida la muerte, se genera una mayor confusión en relación al rol de la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud y las Comisiones de Bioética de cada institución creadas en cumplimiento de la ley 18335. Téngase presente que la ley 18473 de voluntades anticipadas establece que las suspensiones de tratamiento realizadas en cumplimiento de dicha normativa habrán de comunicarse a las Comisiones de Bioética institucionales a los efectos de "resolver en un plazo de 48 horas", quedando tácitamente aprobada la suspensión en caso que no hubiera pronunciamiento. Por su parte también se prevé que se comunique a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Salud del Ministerio de Salud "a los efectos que corresponda". Corresponde entonces analizar en forma armónica estos extremos vinculándolos entre sí. Se aconseja además partir de un relevamiento preliminar de carácter fáctico que apunte a determinar si este extremo efectivamente se cumple por parte de las instituciones asistenciales y la propia Comisión de Salud Pública. Verificado tal extremo se habría de analizar en forma armónica la situación en la cual la persona anticipa o efectivamente decide suspender el tratamiento que se le ha indicado y cual es el rol de las Comisiones de Bioética institucionales en este proceso.

III – La vida forma parte de la muerte.

Tanto el inicio de la vida como su final constituyen aspectos de especial sensibilidad para los seres humanos. La vida en sí misma arroja un sinnúmero de interrogantes que se potencian al momento de analizar su norte y sur: el inicio o el fin. La indisponibilidad de la vida humana, la protección de su goce en el marco de los derechos y obligaciones individuales y colectivas que conlleva esta temática nos obligan a realizar una interpretación ponderada del universo de derechos y deberes, así como de principios que han de tomarse en cuenta a la hora de analizar su regulación.

La vida forma parte de la muerte. La muerte es un hecho natural que por lo general permanece en el silencio. Constituye un tema tabú del cual con excepciones, se habla con naturalidad. Hasta hace unas décadas las previsiones relativas a la muerte en la mayoría de los casos se centraron en relación a los bienes materiales previéndose por el Derecho Civil institutos vinculados con lo sucesorio, lo hereditario y las disposiciones relativas a los bienes tanto muebles como inmuebles. Así también pre existe, una preocupación referida a la prohibición de "vilipendio" de cadáveres o cenizas, previéndose incluso circunstancias agravantes en la tipificación penal (307 CP). Ello sin perjuicio de las disposiciones sobre donación y trasplante de órganos, células y tejidos (leyes 14005 de 1971, ss y concordantes incluyendo la última modificación, Ley 18968 de 2013)

En los últimos tiempos hemos visto como el ordenamiento jurídico comienza a incorporar aspectos que hacen a la condición de vida y salud, de las personas. No solamente en relación a su final sino también a su vida misma y su salud integral, ampliándose el concepto antiguo de salud como ausencia de enfermedad para apostar a una mirada holística de su valoración y en definitiva consagrándose aristas que hace 100 años no se encontraban dentro de las agendas legislativas occidentales. En esta tendencia podemos visualizar la normativa vigente en Uruguay a partir de 2008 relativa a los derechos y obligaciones de pacientes y usuarios la que refiere entre otros aspectos: al consentimiento informado como expresión de la autonomía del paciente, la dignidad en el morir, consagra los cuidados paliativos como parte del derecho a la atención sanitaria (Ley 18335) y la ley de voluntades anticipadas antes referida aprobada en 2009.

En lo que refiere específicamente a disposiciones vinculadas al final de la vida que no atienden directamente a lo material sino a la esencia de la condición, el desarrollo es paulatino. Y el mismo tiene relación con el cambio de paradigma asistencial que va superando los modelos "paternalistas" de atención sanitaria, por otros basados en el reconocimiento de la libertad y por ende la autonomía y auto determinación del paciente y usuario. Lo que proyecta la necesidad de prever y otorgar "consentimientos informados" ante toda práctica, estudio clínico o intervención que tenga que ver con el cuerpo humano. No ya como eximente de responsabilidad de quien interviene, como un concreto documento de resguardo destinado a prevenir posibles demandas judiciales, sino como una garantía que asegure la libertad y autonomía de la persona que debe comprender y decidir por sí misma

todo lo que vincule a su condición humana, y en ésta su salud integridad, y su propia vida. El consentimiento como proceso de conocimiento informado y garantía para el ejercicio de la auto determinación de la persona.

Este abordaje que vincula a un contexto en el cual el que ha de decidir y en su caso consentir en forma informada es el usuario, enfermo o paciente, va acercando algunos temas que antes quedaban en el ámbito de la decisión del profesional, familiar o de quienes fueran los referentes del paciente o enfermo. Estos cambios van acercando la muerte en sí misma, al ciclo vital. Y la introducen en el conjunto de elementos que refieren a la atención sanitaria y como ha de brindarse, o se quiere recibir, al final de la vida.

Antes las personas morían en sus casas. Hoy mueren en los hospitales y la mayoría de las veces en soledad lo que es preocupación constante de los nuevos paradigmas que sostienen y promueven una muerte humanizada. En el tránsito a la muerte muchas veces podemos vivenciar que la atención se deshumaniza, lo que no implica que se deje de realizar eficazmente. La "gravedad" de la persona se estructura no en función de quien está viviendo la etapa final, sino en relación a quienes deben atenderlo. La preocupación por controlar la asistencia a los centros de cuidados intermedios o intensivos, aleja por lo general al enfermo y paciente de la posibilidad de sentir el calor de la mano de su ser querido aún sin estar consciente. La soledad acompaña el final cuando justamente es en ese final que muchos habrían de sentir la calidez del abrazo y de la compañía del ser querido. La muerte se ha tecnificado a tal punto que hoy la medicina la ha transformado casi en una enfermedad. Se pretende "curar" la muerte. Y con ello los humanos nos alejamos del sentido de la mortalidad. (PESSINI, L., 2008).

Los avances tecnológicos han generado desafíos impensables que determinan que cada vez más se pueda prolongar la vida a través de las máquinas. Si bien para muchos vivir más y mejor, constituye una preocupación constante, para otros las circunstancias que determinan el vivir son esenciales en la medida que se protege y respeta la dignidad como esencia del fenómeno vital.

IV – ¿Por que hablar de eutanasia?.

El final de la vida, escapa del hermetismo y se abre como un abanico con vértices punzantes en el universo humano. Es allí que a partir de la pregunta ¿porque hablar de eutanasia? surgen algunas respuestas:

i. Porque morir forma parte de la vida.

ii. Porque el morir, es su última etapa y por ende en su vivencia se completa la biografía de cada ser humano.

iii. Porque el morir, es patrimonio intangible de los humanos quienes son los únicos

seres vivos que se supone, pueden tratar de entender su sentido y expresar en palabras o gestos, el dolor y la ausencia física.

El avance científico, el progreso tecnológico y las múltiples invenciones que emergen día a día en las sociedades contemporáneas del norte y del sur, han abierto una perspectiva nueva en materia sanitaria. Las personas cada día viven más y aspiran a hacerlo en las mejores condiciones posibles. Las invenciones en biotecnología acompasadas por los avances en la protección de la vida humana, la erradicación de enfermedades, la búsqueda de factores que contribuyan al buen vivir se ha incorporado en la sociedad más allá de su aspecto genuino, como un bien del consumo, fenómeno que interpela la intervención clínica y asistencial.

Sin perjuicio de estos avances sin duda asentidos y proyectados por los propios seres humanos, nadie escapa a la realidad de la muerte, del final de la vida. La vida es un valor, y por ende un bien protegido por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el prolongamiento de la vida en cualquier circunstancia incluso extremamente intolerable o insoportable, deja de ser un "bien" a proteger. Sino justamente una circunstancia que contradice la esencia de bien, esto es la propia dignidad como condición de vida.

Partiendo de estos conceptos preliminares emprenderemos el primer objetivo. La definición de "eutanasia" la que etimológicamente se comprende como "la buena muerte". Situar al intérprete en esta definición constituye un imperativo para centrar la discusión y abordar efectivamente el tema. Ningún documento que tenga por objetivo regular la temática puede prescindir de una toma de posición sobre la definición de eutanasia y que se entiende por tal. Así también entendemos implica referirse a otras definiciones entre las que se destacan: "enfermedad grave, incurable, crónica, invalidante; médico responsable; objeción de conciencia sanitaria; prestación de ayuda al morir; consentimiento informado; situación de discapacidad de hecho"; "prestación de ayuda para morir"; entre otras.

i. Definición. ¿Qué es la eutanasia?

Con el fin de eliminar las confusiones que puedan generar la multiplicidad de actos que se denominan "eutanasia", partiremos de una definición de eutanasia que sería la única acción que entendemos legítima: la eutanasia activa y voluntaria debidamente regulada por Derecho y la Bioética. Apartándonos de una perspectiva centrada pura y exclusivamente en la responsabilidad penal.

Desde este concepto y compartiendo la opinión del Observatorio de Bioética de la Universidad de Barcelona, se entiende por eutanasia una acción que abarca dos actos que observan circunstancias comunes pero que tienen como titulares individuos distintos. Dos actos que se encuentran encadenados entre si, pero que como eslabones de una cadena dependen uno del otro y no pueden superponerse ni cambiar de orden. (Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos. Declaración sobre la eutanasia. Observatorio Derecho y Bioética, 2003).

"En el primero, es el enfermo que padece una enfermedad grave que conducirá necesariamente a su muerte o que le causa padecimientos permanentes y difíciles de soportar quien toma la decisión, éticamente legítima de poner fin a su vida de manera libre, apacible y digna".

Este primer acto se funda en el respeto de la dignidad de la persona, el respeto a su vida y a su libertad. Condicionado por la excepcionalidad de vivir una "patología con características singulares que le provocan padecimientos difíciles o insoportables", adopta o adelanta la decisión, en forma voluntaria y autónoma de poner fin a su vida. Habiendo o no, en tanto decisión autónoma, intentando todo lo que pueda significar vivir esa etapa de la vida en la forma y con la condición de dignidad, que haya entendido o merecido palear.

Siguiendo el referido documento:

"El segundo de los actos consiste en la intervención médica que proporciona la muerte en forma rápida, eficaz, indolora y en efecto, carecería de legitimidad sin no se puede verificar la existencia del primero".

Esta intervención se verifica solo y con carácter excluyente, al constatarse el primero de los actos. Comprende la "intervención médica que proporciona, determina o ayuda al morir. (Observatorio Derecho y Bioética, UB. 2003)

Es el equipo sanitario bajo la atención de profesionales de la Medicina, el que en atención del reconocimiento del enfermo y la voluntad que éste expresa, comprendida esta por todas sus etapas las que incluyen la muerte, el que se encontrará legitimado a intervenir dentro de un marco regulatorio y ético. Asegurando que el final de la vida, solicitado por el paciente será en la forma que éste decida, eventualmente o seguramente de carácter apacible y cumpliéndose con las garantías que proyectan el propio vivir.

Como podrá apreciarse la forma en la cual se entiende esta acción es muy diferente a la que emana del hecho de pretender "eximir de responsabilidad al médico". El Derecho Penal centra la discusión en la conducta en sí misma. De quien comete el acto de eutanasia puramente. En el acto que el legislador debe o no debe considerar contrario a derecho, y en definitiva "delito". Dicho abordaje centra la discusión en la eutanasia como la necesidad de eximir de responsabilidad a quien colabora en la muerte de otro con o sin su consentimiento. Aborda la discusión desde una dicotomía que no condice con la profundidad que debe tener este abordaje bioeticista, basado desde el respeto a los derechos humanos y sus garantías.

Por ello, entendemos que la circunstancias que determinan la voluntad y por ende el necesario reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la voluntad basada en la autonomía de la persona, son los elementos claves para el abordaje jurídico. Porque se presentan desde la perspectiva de la Bioética que centra su mirada en el reconocimiento de los principios de solidaridad y auto determinación de la persona enmarcados en el respeto de la dignidad humana y su singularidad.

ii. ¿Puede imponer el Estado el deber de vivir en todas las circunstancias?

¿Cual es la función que ha de cumplir el Estado en relación a la vida, y concretamente a su final como etapa de ésta? Es claro que es el Estado quien debe proteger la vida, pero es justamente otra la interrogante que debemos plantearnos al abordar esta temática y pretender entender su alcance:

¿Puede imponer el Estado el deber de vivir en todas las circunstancias?

¿Puede el Estado imponernos la vida aún cuando co existan circunstancias excepcionalísimas que desde el reconocimiento de la dignidad de la persona y su autonomía, demanden por la persona, otra decisión?

El reconocimiento del derecho a la vida tiene un fin garantista, y es protegido su goce en el ámbito interno e internacional. Se parte de una premisa fundamental que es la prohibición de infringir la muerte y así también, colaborar en la muerte de otro, otra u otros. Sin perjuicio de este extremo al cual adherimos, en tanto los derechos no son absolutos, tampoco lo es, ese fin garantista. No es absoluto en la medida que puede determinar la necesidad de ponderar derechos y deberes ante determinada excepcionalidad. (Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos. Declaración sobre la eutanasia. Observatorio Derecho y Bioética, 2003).

En concreto, si bien el Estado reconoce el derecho a la vida, por ser justamente el final de la vida parte de la muerte, es el Estado quien, en la ponderación de derechos debe reconocer la libertad de la persona de dar fin a su propia vida en determinados supuestos excepcionalísimos. En los cuales por ejemplo la persona se encuentre en un estado de salud provocada por accidente o enfermedad, originados independientemente de la voluntad del paciente que lleva asociada sufrimiento físico o síquico constate e intolerable y en la que existe un pronóstico de vida limitado en un contexto de fragilidad progresiva (Proposición de ley orgánica de eutanasia – definición de enfermedad grave o incurable. España. 2020).

Las garantías se establecen a favor de quien tiene un derecho y no en su contra. El derecho a la vida implica el deber de respetar la vida ajena. Pero no el deber de vivir contra la propia voluntad en condiciones penosas o excepcionales que transforman la vida en un acto “indigno” que contradice la existencia digna.

iii. La integración de la temática al marco normativo vigente.

La forma en la cual transitamos las enfermedades gravísimas, de carácter irreversible y terminal, entendemos que debe enmarcarse desde la legislación ya existente en Uruguay avanzándose en una solución ponderada y ajustada a los derechos y libertades. Concretamente la ley que consagró la posibilidad de emitir voluntades anticipadas comprende la suspensión de los tratamientos y la posibilidad de no continuar con los mismos en supuestos tales como la existencia de una enfermedad terminal, irreversible e incurable. Las voluntades anticipadas tienen su fundamento en la preocupación por que se respete la

dignidad en la etapa final de la vida. Determinan que en determinadas situaciones donde la ciencia médica haya agotado las posibilidades terapéuticas de mejoría o curación, es factible no reanimar a un paciente, con su debida constatación en la historia clínica.
El fundamento último de las voluntades anticipadas protege el derecho a la intimidad, por lo intransferible, singular, y privado del morir.
Resulta necesario remitir además, a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores ratificada por Uruguay en el año 2016 (Ley 19430), cuyo artículo 11 estableció "el derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional".
Todo esto en forma acorde con la propia ley que en el año 2008 consagró los derechos y las obligaciones de los pacientes y usuarios (18335) que estableció el derecho a morir con dignidad, y el trato respetuoso y digno en toda la atención sanitaria, ambas normativas proyectan el reconocimiento de la autonomía y autodeterminación de la persona como elemento que emana de la libertad, consagrada ésta a nivel constitucional.
Las decisiones autónomas basadas en el principio de autonomía consagrado en la Declaración de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, 2005 y entre otros documentos internacionales la Convención Interamericana para la protección de los derechos de las personas mayores de 60 años, se posiciona como un elemento sustancial del modelo de atención sanitaria.
La ley de voluntades anticipadas no refiere a la eutanasia activa y voluntaria. Pero ha reconocido en vía legal la libertad en el proceso final de la vida, en determinadas situaciones excepcionales, y transitar la última etapa de la vida en la forma que la persona decida.
Sobre el punto conviene referir a la crítica que recae sobre lo restringido de la norma vigente, posición que estima adecuado ampliar las patologías que serían comprendidas incluyendo otras que no serían exactamente de carácter "terminal" y por tanto posibles de observar una voluntad anticipada (enfermedades neurológicas irreversibles o auto degenerativas). Sin perjuicio de ello y en relación al tema que nos ocupa, partiendo de la existencia de la ley de voluntades anticipadas que reconoce la autonomía en el proceso final de la vida, en determinadas circunstancias específicamente detalladas (incurable,

irreversible y terminal) resulta legítimo desde nuestro punto de vista, se avance en la consideración de los dos actos que determinarían excepcionalmente la posibilidad de poner fin a la vida con una intervención médica.

Al llegar a la estación los trenes se detienen. ¿Cuál es la última estación de nuestra existencia física marcada por un sufrimiento insoportable síquico y/o físico? ¿Cómo nos detenemos? ¿Alguien nos puede detener?

Conviene recordar que el Código de Etica Médica (Ley 19286) dispone en su artículo 48 que en enfermos terminales es obligación del médico continuar con la asistencia del paciente con la misma responsabilidad y dedicación siendo el objetivo de su acción médica aliviar el sufrimiento físico y moral del paciente, ayudándolo a morir dignamente acorde con los propios valores. Establece sin perjuicio que "en etapas terminales de la enfermedad no es ético que el médico indique procedimientos diagnósticos o terapéuticos que sean innecesarios y eventualmente perjudiciales para su calidad de vida". Esta disposición refiere al denominado "ensañamiento terapéutico" que debe evitarse con el fin de proteger la dignidad del paciente.

Pero su análisis resulta fundamental a la luz de lo establecido en el artículo 46 que prevé específicamente que la "eutanasia activa, entendida esta como la acción u omisión que acelera o causa la muerte de un paciente" es contraria a la ética de la profesión. Esta previsión analizada a la luz del artículo 48 que apunta a la adecuación del esfuerzo terapéutico, y tomando en cuenta el artículo 47 y 49 desde una interpretación amplia, entendemos que no contradice la posibilidad de que en circunstancias excepcionalísimas en las cuales nos encontramos con pacientes en estados terminales, incurables, irreversibles, en las que la atención a brindar sería perjudicial a la calidad de vida, y tomándose en consideración la voluntad del paciente como acto previo, se pueda legislar en el sentido de ayudar a poner fin a la vida a través de una intervención expresa y reiteradamente solicitada y consentida.

Entendemos que en esas circunstancias y del análisis completo de todas las disposiciones es legítima la posibilidad de legislarlo. Se trata de la consideración de supuestos excepcionales en la vida como lo es el tratamiento de la etapa final y la muerte siempre bajo la decisión del ser autónomo y libre habrá de intervenirse.

En este sentido es que interpretamos la Declaración de la Asociación Médica Mundial de octubre 2019 sobre eutanasia y suicidio con ayuda médica. Señala en tal sentido que "el médico que respeta el derecho básico del paciente a rechazar el tratamiento médico no actúa de manera contraria a ética a renunciar o retener la atención no deseada, incluso si el respeto de dicho deseo resulta la muerte del paciente".

V – El derecho humano a los cuidados paliativos y el final de la vida.

Además, y también desde la óptica del derecho y la bioética el Uruguay ha legislado en materia de cuidados paliativos y ha reconocido el derecho de los habitantes a acceder a

cuidados que apunten a paliar el dolor o los sufrimientos. La ley 18335 de 2008 estableció en su artículo 6 que "toda persona tiene derecho a acceder a una atención integral que comprenda cuidados paliativos entre otras acciones". Esto testimonia como hemos dicho la mirada holística de la vida y la salud, consagrándolo como derecho sin ningún tipo de restricción de edad u otro tipo de condición incluyendo cualquier patología.

Paliar la enfermedad y el dolor constituyen derechos basados en imperativos éticos. Deben brindarse como prestaciones en forma integrada y para toda la población. Lo que implica además de recursos que lo hagan viable la capacitación en todos los niveles de atención el personal sanitario además de campañas de difusión que promuevan el conocimiento a nivel social de su significado y alcance.(BLENGIO VALDÉS, 2019).

Ahora bien, sin perjuicio de la importancia de la proyección de los cuidados paliativos a nivel nacional, sería una falsa dicotomía afirmar que los cuidados paliativos eliminarán los pedidos de eutanasia activa y voluntaria. Entendemos que resulta difícil afirmar que la proyección de los cuidados paliativos eliminarán las peticiones que solicitan auxilio para dar fin a la vida. Porque lo que no se comprende es que cada ser humano vivencia su dignidad en una forma singular, que puede no ser justamente la de vivir en determinada condición, aún cuando no se sufra o se sienta dolor insoportable, gracias a los cuidados de carácter paliativo.

Siempre existirán personas que aún contando con el acceso y la ayuda paliativa, solicitarán seguramente poner fin a su vida. Pedirán y explicarán que no quieren aún sedados, sin dolor, seguir viviendo de esa forma que no es la que consideran digna. Y es en función de estas circunstancias que deberá legislarse en aras de contemplar este tipo de decisiones aunque de carácter excepcional. Porque de lo contrario habría que determinar quien tiene la debida legitimación activa para denegar un pedido que se funda en el respeto a la muerte como parte de la vida.

VI – Derecho comparado.

A partir del año 2000 en materia de derecho comparado se verifican legislaciones que prevén la eutanasia. Así puede constarse entre los primeros en Europa: Holanda (2001) y Bélgica (2002). Las disposiciones en otros países de América del Norte incluyendo Canadá y algunos Estados norteamericanos, contienen diversos matices y abordajes vinculados al final de la vida y la medicalización. La discusión en España de un nuevo proyecto que tiene por objetivo legislar en la materia apunta a incluir la eutanasia activa como una prestación sanitaria supervisada y practicada por profesionales sanitarios. Se prevé que quienes ayuden en las condiciones previstas en la norma a morir a la persona de manera pacífica y sin dolor, y partiendo de que sea la persona quien lo solicita en forma libre e inequívoca, sea exenta de responsabilidad. En la exposición de motivos del proyecto español de 31 de enero 2020 (Proposición de Ley Orgánica de regulación de eutanasia), se

establece que: "la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad". En relación a la legitimación activa de quienes solicitan la eutanasia se prevé en este proyecto que sean pacientes con discapacidades graves, sufrimientos físicos y síquicos intolerables, insoportables, irreversibles o con una altísima dependencia a otra persona además de contar con un diagnóstico realizado por profesionales sanitarios. Previéndose además algunas instancias de contralor además de plazos.

Por su parte la temática ha llegado a diferentes estadios jurisprudenciales con el análisis de algunos casos como el de Diane Pretty contra Reino Unido en 2002 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acotándonos al ámbito internacional en una simple mención que requeriría también una revisión completa. Así también el mismo tribunal en el año 2013 en sentencia recaída en el Caso Gross vs Suiza considera que no es aceptable que un país que haya despenalizado conductas eutanásicas no tenga resuelto y en vigor un régimen legal específico, precisando las modalidades de práctica de tales conductas eutanásicas, según expresa el referido fallo. Esta sentencia pone en evidencia las dos grandes tendencias que puedan verificarse en la temática. Una, que despenaliza la conducta eutanásica cuando se considera que se funda en la compasión pero no la regula, lo que genera incertidumbre en un espacio jurídico no del todo definido y que no cuenta con las garantías suficientes. Otra posición, que regula los supuestos de la eutanasia, comienza partiendo de definiciones específicas, establece con claridad los requisitos, supuestos fácticos detallados y excepcionalísimos y la forma en la cual se garantiza la petición e intervención médica. Esta posición pretende dar seguridad jurídica y asegurar el respeto del paciente al igual que el del personal sanitario que también tiene derecho a objeción de conciencia en caso de así considerarlo.

VII – Regulación de las disposiciones finales vinculadas al proceso de muerte.

Regular jurídicamente la eutanasia con las especificaciones que hemos señalado y bajo la consideración de que se tratan de disposiciones finales de carácter excepcionalísimo, constituye desde nuestra opinión, un imperativo ético. Ello en tanto le atribuye a una problemática la debida trasparencia y garantías impuestas por la profundidad de la situación para la vida de cada uno y de todos en sociedad.

Este aporte no pretende abordar todas las aristas de la temática. A modo de ejemplo no hemos desarrollado aspectos tales como el derecho a la objeción de conciencia que se funda en la libertad inherente a la persona y de raigambre constitucional y ninguna regulación que se elabore puede omitir a texto expreso más allá de su interpretación constitucional

basada en la libertad inherente a la persona. Así como tampoco, entre otros aspectos, la situación de los adolescentes maduros, su derecho a ser escuchados y atendidos en función de su interés superior, atento a las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia y la Convención de los Derechos del Niño ratificada por nuestro país.

La regulación de estas disposiciones finales definidas como eutanasia en los términos que hemos pautado, debería partir de la consideración de la voluntad libre y autónoma de la persona que adelanta su decisión en el marco de un testamento vital o que la emite con la convicción de su derecho a vivir y morir en dignidad, en armonía y en libertad.

El fundamento de la intervención que da fin a la vida a petición de la persona, radica en otro valor. El valor de la solidaridad que incluye la compasión. No aquella que emana de una perspectiva paternalista que decide sin informar ni escuchar. Sino la solidaridad recogida en documentos internacionales como la Declaración de Bioética y Derechos Humanos de 2005 (artículo 13) que establece: "se habrá de fomentar la solidaridad entre los seres humanos"; y la compasión que nos interpela como tales ante una petición libre, autónoma, informada, reiterada y consentida. El Estado a través del legislador tiene la obligación de proteger a las personas, y en este caso esa protección radica en ayudar a que se prevean las debidas garantías para aceptar el proceso final que deriva en la muerte de la persona. La intervención médica habrá de regularse en forma estricta y con todas las garantías que supongan la protección de los derechos del paciente. Lo que entendemos debería prever ajustándose su rol, la consideración ética no vinculante, pero si participativa de las Comisiones de Bioética institucional.

La regulación jurídica se basa en la ponderación de derechos de rango constitucional. Regulando el ejercicio de los derechos y las garantías también en el final de la vida, incluyendo los deberes y derechos de los profesionales que atienden así como garantías para proteger la dignidad de la persona en instancias sanitarias.

Fundan dicho marco normativo con raigambre constitucional: el respeto a la dignidad humana en el proceso del final de la vida; la libertad y la autonomía de la persona; la necesidad de garantizar que el tratamiento o suspensión de tratamiento no suponga el menoscabo de la atención sanitaria integral y el respeto a los derechos humanos, los cuidados paliativos. Todo ello en observancia de la igualdad y la no discriminación en todo el proceso.

Los derechos que emanan ante el proceso final de la vida son: el derecho a la protección de la dignidad humana; el derecho a la información; el derecho a tomar decisiones y al consentimiento informado; el derecho a otorgar instrucciones previas; el derecho a rechazar intervenciones; el derecho a cuidados paliativos; los derechos de adolescentes maduros en función del interés superior del niño y su derecho a ser oídos; el derecho al acompañamiento y a la despedida.

Los deberes de los profesionales que atienden al final de la vida deben observar el respeto

a la libertad, autonomía, auto deterinación y en definitiva, voluntad del paciente y la adecuación de esfuerzo terapéutico.
En cuanto a las instituciones: el deber de apoyo a familiares y personas que los cuidan. El asesoramiento en cuidados paliativos y la puesta en funcionamiento de Comités de Bioética que puedan colaborar activamente y del punto de vista ético en estas situaciones.

VIII – Recomendaciones generales.
A partir de lo expresado puntualizamos algunas recomendaciones que podrían contribuir a la armonización de la temática en forma integral, para una mejor elaboración de posibles iniciativas desde una mirada holística de la vida y la salud humanas incluyendo la muerte como parte de ésta:

1. Creación de un grupo de trabajo interinstitucional con integración interdisciplinaria que promueva pautas básicas en observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales a los efectos de contribuir a la elaboración de una normativa que atienda a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la eutanasia activa y voluntaria, en cuanto acción médica debidamente regulada a través de requisitos y procedimientos establecidos, que permitan disponer de la propia vida en determinados supuestos especialísimos, a petición sería, expresa, inequívoca y reiterada de la persona como condición previa que la legitima. Atendiendo entre otros aspectos a los detalles y previsiones que básicamente se han puntualizado en este aporte.

2. Revisar y ajustar la ley de voluntades anticipadas en atención al proceso final de la vida a los efectos de que se pueda aceptar la validez de la petición de eutanasia en los términos anteriormente pautados, hecha mediante un documento como el que hoy se encuentra vigente, debidamente regulado el que en lo formal prevé en lo posible, la actuación notarial y su revocación.

3. Proyectar por parte de los poderes públicos que no solo incluyen el ámbito sanitario la extensión del derecho humano a los cuidados paliativos con el objetivo de que toda la población sin restricción de edad, condición de salud, económica ni de otra índole, tenga acceso efectivo a los mismos atendiendo todas las patologías que no puedan ser curables y posteriormente en su caso, en el proceso que determine la muerte.

4. Revisar y analizar para la debida adecuación y funcionamiento la institucionalidad en relación al rol de las comisiones de bioética asistencial así como también la referida a los cometidos de la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Salud del Ministerio de Salud Pública.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO. Universidad de Barcelona. España. Documento sobre voluntades Anticipadas. Coordinado por A. Royes. Barcelona. 2001. Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11369/1/Voluntades_Anticipadas.pdf Fecha de consulta: 25 julio 2020.

OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO. Universidad de Barcelona. Documento sobre la Disposición de la propia vida en determinados supuestos: Declaración sobre Eutanasia. Coordinado por M. Casado y A. Royes. Barcelona. 2003. Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11368/2/Declaracion_sobre_la_Eutanasia.pdf Fecha de Consulta: 25 julio 2020.

PESSINI, Leo. Eutanasia. Diccionario Latinoamericano de Bioética. Editad por Universidad Nacional del Bosque y UNESCO. Dirigido por Juan Carlos Tealdi. Colombia. 2008. pp. 506 y ss.

ESTATUTO JURÍDICO DEL TERCERO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN
LEGAL STATUS OF THE THIRD PARTY IN ANNULMENT ADMNISTRATIVE LITIGATION PROCEEDINGS
ESTATUTO JURÍDICO DE TERCEIROS NO PROCESSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Maximiliano Cal Laggiard**

RESUMEN. El régimen jurídico de los terceros en el marco del proceso contencioso administrativo de anulación se caracteriza por su insuficiente regulación legal, extremo que genera diversas dificultades teóricas y prácticas que serán analizadas en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Terceros. Régimen jurídico.

ABSTRACT. The legal regime of third parties within the framework of annulment administrative litigation proceedings is characterized by insufficient legal regulation, an aspect that generates various theoretical and practical difficulties that will be analyzed in this paper.

KEY WORDS. Uruguayan Administrative Litigation Court. Third parties. Legal regime.

RESUMO. O regime jurídico de terceiros no contexto do processo contencioso administrativo de anulação é caracterizado pela sua insuficiente regulamentação legal, um extremo que gera várias dificuldades teóricas e práticas que serão analisadas nesta monografía.

PALAVRAS – CHAVE. Tribunal Contencioso Administrativo. Terceiros. Regime jurídico.

* Abogado por la Universidad de la República (2010); Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (2016); Postgraduado en Derecho Procesal Aplicado por la Universidad de Montevideo (2012); Maestrando en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina; Aspirante a Doctor por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina; Docente Adjunto Interino de Derecho Procesal I y II en la Universidad de la República; Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal I y II en la Universidad de la República. Asistente Técnico Letrado en Tribunal de lo Contencioso Administrativo : maximilianomcal@gmail.com

I. Introducción

El estudio de la intervención de terceros se relaciona con los efectos subjetivos de la cosa juzgada. Al decir de Véscovi et al (1993), siguiendo las enseñanzas de Couture: "Si el precepto res iudicata tertio non nocet fuera absoluto, el tercero nada tendría que temer (…) Pero la experiencia jurídica, más que los textos expresos de la ley, enseña que la máxima no es absoluta".

En el proceso contencioso administrativo de anulación se encuentra específicamente prevista la tercería voluntaria con la parte demandada en el Decreto-ley Nº 15.524, arts. 55 y 56, (1984).

La hipótesis regulada supone un tercero cuya situación jurídica subjetiva se encuentre directamente afectada por el acto objeto de impugnación. Así, a vía de ejemplo, puede citarse la situación del titular de una marca, cuyo acto de otorgamiento se impugna; el adjudicatario en un procedimiento de contratación administrativa; o el funcionario designado en un procedimiento de concurso.

La antedicha regulación ha sido calificada como deficiente (Valentín, 2018), en tanto presenta diversos vacíos en lo que refiere al régimen de general de tercerías en el proceso contencioso administrativo de anulación.

Así, importa analizar la viabilidad de tercerías con la parte actora, la delimitación de la modalidad de intervención del tercero coadyuvante, en cuanto si reviste la nota de coadyuvante simple o litisconsorcial, y lo que refiere a los efectos de las sentencias hacia aquellos terceros que no fueron citados al proceso.

II. Tercerías con la parte actora

Conforme a lo anunciado, el citado Decreto ley Nº 15.524 regula, exclusivamente, la tercería coadyuvante con la parte demandada.

Lo anterior ha suscitado dudas a nivel de doctrina en cuanto a la viabilidad de intervención de terceros con la parte actora. Así, se ha descartado dicha modalidad de participación bajo el argumento de que, bajo la vía oblicua de la tercería con el actor se estarían vulnerando los presupuestos de la acción anulatoria (Durán Martínez, 2015; Sánchez Carnelli, 1998).

Por otra parte, Valentín (2018) se ha pronunciado de modo favorable a la intervención espontánea de terceros coadyuvando a la parte actora. Al respecto, distingue dos supuestos, a saber: en caso de que el tercero cumpla los presupuestos de la acción anulatoria no habría objeciones para que formule tercería con la parte actora.

No obstante, dicha exigencia, relativa a que el tercero cumpla los presupuestos de la acción anulatoria, cede ante las pretensiones de anulación con efectos erga omnes.

En líneas generales se comparte la postura de Valentín respecto de la admisibilidad de la intervención de terceros coadyuvantes con la parte actora. En tal sentido, importa señalar que el cumplimiento de los presupuestos de la acción anulatoria se circunscribe a la pretensión promovida por el actor.

Por lo tanto, requerir el cumplimiento de tales requisitos al tercero coadyuvante impone un plus ultra no exigido normativamente.

No puede perderse de vista la regulación de las tercerías en el régimen del Código de Procedimiento Civil (CPC), que sólo refiere al tercero opositor con el actor (CPC art. 520), a lo que se suma la regulación específica del Decreto ley Nº 15.524 de la tercería con la parte demandada, lo cual milita como argumento hacia la exclusión de la tercería con el actor.

Sin embargo, desde la perspectiva evolucionada del derecho procesal plasmada en el régimen de las tercerías en el Código General del Proceso (CGP), debe estarse a tal regulación, mediante la integración analógica, ya que la no previsión normativa de tercerías con la parte actora es, justamente, no previsión, extremo diverso a inadmisibilidad o prohibición.

A partir de lo anterior, se concluye la viabilidad de la tercería espontánea con el actor. Evidentemente, como todo supuesto de tercería, deberá fundarse la legitimación del tercero interviniente (CGP art. 50.1).

Así, a simple vía de ejemplo, el interés del acreedor habilitaría la tercería coadyuvante con su deudor cuando este último litigue en contra de la Administración Tributaria a efectos de la anulación de un acto de determinación. El interés del tercero en la anulación está dado porque no se perjudique el patrimonio de su deudor.

En la misma orientación, tal como fuera referido, se refuerzan las posibilidades de intervención de terceros coadyuvantes con la parte actora en lo que refiere a la impugnación de actos de contenido general o reglamentario, en virtud de la posibilidad de anulación con efectos erga omnes (Constitución de la República Oriental del Uruguay art. 311, inc. 2º).

Por otra parte, la viabilidad de la interpretación que se propone resulta avalada desde la perspectiva de plenitud del acceso a la jurisdicción como enunciado del principio de tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, importa convocar en la emergencia al principio pro homine y su derivado, consistente en la "…directriz de preferencia de interpretaciones, que postula que cuando se encuentren más de una interpretación posible de una misma disposición (por supuesto que interpretaciones razonables), el operador debe optar por aquella que mejor proteja al derecho o garantía en análisis" (Risso Ferrand, 2017).

Por lo tanto, desde los mentados postulados, la interpretación que propugna la participación de los terceros con la parte actora no soslaya los presupuestos procesales de la acción anulatoria, exigibles exclusivamente al actor, a la vez que se condice con los anunciados principios de tutela jurisdiccional efectiva y pro homine.

III. Tercerías con la parte demandada

Según lo indicado, en el proceso contencioso administrativo de anulación se encuentra específicamente prevista la tercería coadyuvante con la parte demandada (Decreto-ley Nº 15.524 arts. 55-56).

En lo que refiere a la modalidad de participación del referido tercero, importa desentrañar su calidad de simple o litisconsorcial, extremo que tiene incidencia en su estatuto procesal (Véscovi et al, 1993). Así, de pregonarse su participación como coadyuvante simple, su situación jurídica procesal se encuentra infra ordenada a la parte que coadyuva. En cambio, un supuesto de tercería litisconsorcial deviene en la equiparación en el estatuto jurídico de parte.

Por otra parte, la participación de terceros se relaciona directamente con el alcance subjetivo de la cosa juzgada que, sin dudas, comprende a los terceros intervinientes.

Ahora bien, importa desentrañar el alcance de la cosa juzgada a terceros no intervinientes en el proceso contencioso administrativo de anulación, lo cual, según se explicará, determina dificultades, prácticamente irresolubles, a efectos del cumplimiento de las sentencias anulatorias.

Al análisis de las cuestiones precedentes se dedicarán los apartados siguientes.

3.1 Coadyuvante litisconsorcial o simple

En lo que refiere a la regulación de las tercerías espontáneas con la parte demandada en el proceso contencioso administrativo de anulación, tal como fuera indicado, se encuentran especialmente previstas respecto de los terceros que ostentan situaciones jurídicas subjetivas generadas por el acto administrativo sometido a acción anulatoria.

El estatuto jurídico de tales terceros no será el de demandados, sino, justamente, terceros coadyuvantes con los alcances dispuestos (Decreto-ley N° 15.524, arts. 55-57; CPC, arts. 520 y ss).

La deducción de las referidas tercerías constituye un supuesto de litisconsorcio pasivo sucesivo (Abal Oliú, 2003). En el lenguaje del CPC, podrá definirse la intervención de dicho tercero como "aquél cuya pretensión se opone a la del actor, coadyuvando a la del reo o viceversa…" (CPC, art. 520).

A partir de las clasificaciones de la tercería coadyuvante obrantes en el CGP (art. 48), puede catalogarse al tercero en el proceso contencioso administrativo de anulación como coadyuvante litisconsorcial. Al respecto, se ha indicado: "se habilita su ingreso en virtud de ser cotitular en alguna medida del derecho discutido en el proceso, por lo que le alcanzan los efectos directos, no ya reflejos, de la sentencia que se dicte en el mismo" (Véscovi et al 1993).

Respecto a lo anterior, en postura contraria a la que viene de manifestarse, se ha sostenido la ubicación de la tercería coadyuvante con la Administración dentro de la tercería simple (Véscovi et al, 1993). No obstante, dado la directa vinculación del tercero participante con el objeto del proceso contencioso administrativo de anulación, consideramos adecuada su calificación de litisconsorcial.

La cuestión precedente ha ameritado pronunciamientos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) en el entendido de que el tercero coadyuvante con la Administra-

ción reviste la calidad de coadyuvante simple o adhesivo, lo cual determina, por ejemplo, que no se encuentre legitimado para deducir por sí el recurso de revisión u oposición a la prueba propuesta por el actor , es decir, deberá estarse a que la parte demandada, a la cual coadyuva, haya deducido el indicado recurso o haya planteado oposición a la prueba.

Sobre el modo de distinguir a la tercería coadyuvante simple y litisconsorcial, se ha señalado:
"La diferencia entre una u otra clase se encuentra en la legitimación en la causa. En la coadyuvante, el interviniente no está legitimado para ser parte en el proceso; sí lo está el litisconsorcial […] La cuestión, pues, estriba en qué se entienda por legitimación en la causa" (Viera, 1995)

López Rodó (1943) en un intento de distinción entre ambos tipos de tercerías -simple y litisconsorcial- postuló como criterio de diferenciación al alcance de la cosa juzgada, señalando que la tercería litisconsorcial corresponde a "aquellos a quienes se extiende dicho efecto -refiere a la cosa juzgada-, y la adhesiva a los demás que solamente están afectados por la sentencia de un modo accesorio, esto es, a aquellos para quienes se deriva un perjuicio de la sentencia, ya sea jurídico, ya de hecho, según la amplitud de criterio que se adopte, pero sin extenderse a ellos el efecto de cosa juzgada".

Asimismo, con anterioridad al CGP -que reguló específicamente la tercería coadyuvante litisconsorcial-, a partir de las normas del CPC, se señaló "la posibilidad de que en nuestro derecho pueda darse algún caso de tercería coadyuvante, en forma autónoma o litisconsorcial" (Teitelbaum, 1973).

Pues bien, aunando las consideraciones precedentes, corresponde ratificar el carácter litisconsorcial de la modalidad coadyuvante de terceros prevista en el proceso contencioso administrativo de anulación, desde las siguientes perspectivas:

a) en relación a la legitimación del tercero, el art. 55, del citado Decreto-ley N° 15.524, exige, para la participación como tercero coadyuvante, la misma legitimación que la requerida para ser actor en el proceso contencioso administrativo de anulación ;

b) ahora bien, el tercero coadyuvante con la Administración no puede ser demandado directamente, lo cual, más allá de enervar la legitimación del tercero -legalmente requerida- y el carácter litisconsorcial de la tercería, resulta una particularidad derivada del objeto del proceso contencioso administrativo de anulación en donde la parte demandada debe ser una entidad estatal;

c) los entendimientos precedentes han sido avalados por el TCA que ha referido que los terceros coadyuvantes con la Administración resultan alcanzados por los efectos de la cosa juzgada, siempre y cuando hayan participado en el proceso ;

d) como corolario de lo anterior, desde el punto de vista lógico, la vinculación del tercero coadyuvante, de modo directo con el objeto del proceso contencioso administrativo de anulación, supone el carácter litisconsorcial de su participación; así, a simple vía de ejemplo, basta pensar en la situación jurídica que ostenta el titular de una marca, cuyo acto administrativo de otorgamiento es cuestionado ante el TCA.

Sin embargo, también resultan admisibles los supuestos de tercerías coadyuvantes simples con la Administración.

Sobre el punto, importa distinguir la situación jurídica subjetiva del tercero que se encuentra directamente comprendido en el acto cuya nulidad se pretende (tal como el referido caso del titular de la marca, adjudicatario, funcionario designado, etc.) de aquellos terceros afectados de modo indirecto, o reflejo, por la sentencia.

A vía de ejemplo, la sentencia Nº 521/2016 del TCA desestimó la oposición a la tercería coadyuvante con la Administración promovida por parte de un grupo de medios de comunicación. En síntesis, la parte actora pretendía la anulación del acto revocatorio de una licencia de telecomunicaciones. Los terceristas bregaron por la confirmatoria del acto, en tanto, de mantenerse la licencia otorgada, resultaría perjudicada su posición en el mercado.

Sobre la fundabilidad de la tercería promovida la aludida sentencia señaló: “Es claro que al día de hoy ese perjuicio no existe, justamente porque la resolución que les causaba agravio desapareció del mundo jurídico como consecuencia de la revocatoria de oficio que adoptó el Poder Ejecutivo. Pero es claro también que puede llegar a existir, de recaer sentencia anulatoria favorable a los intereses de la actora. Entonces, y como bien lo pone de manifiesto la propia tercerista al deducir su accionamiento, “(…) Héctor Giorgi expresa que el tercero realiza una defensa preventiva contra la decisión jurisdiccional…. la legitimación del coadyuvante tiene un fundamento primordial y de orden procesal: la eventualidad de la lesión de sus derechos por la sentencia y el sometimiento al efecto de la cosa juzgada’ (sentencia. N° 575/2009).

Por tanto, no se le puede exigir a un tercero coadyuvante que justifique la existencia de

un interés o de un agravio actual cuando el fundamento de su comparecencia es eventual, para el caso en que la sentencia a recaer le resulte desfavorable.
El agravio de que AA S.A. no compite en la actualidad y que por tanto no lesiona ningún interés directo, personal y legítimo de los terceristas debe analizarse en el contexto de la finalidad y función del instituto de la tercería coadyuvante, que es procesal y apunta a la eventualidad de los alcances de la sentencia. De acuerdo a lo estipulado por el art. 55 del Decreto Ley 15.524: "Podrá intervenir en el proceso, como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona comprendida en el artículo 49 que tuviere algún derecho o interés directo, personal y legítimo en el mantenimiento del acto que lo motivare. La tercería será admitida con citación personal de las partes. Si se dedujere oposición, se seguirá el procedimiento de los incidentes."

De lo contrario, y por el absurdo, nadie podría comparecer como tercero coadyuvante en virtud de la "falta de actualidad" del perjuicio" (TCA sent. 521/2016).

El supuesto de tercería que viene de analizarse puede calificarse como coadyuvante simple. Así, como en cualquier tercería, el promotor deberá acreditar su legitimación. No obstante, esa legitimación es diversa, en lo que refiere a la vinculación con el objeto del proceso, en uno y otro tipo de tercería.

En la tercería litisconsorcial, la situación jurídica subjetiva del tercero dimana directamente del acto objeto de impugnación. Por su parte, en la simple, la afectación de la esfera jurídica del tercero, a partir de la cual se funda su legitimación como tercerista, obra de modo indirecto, o reflejo, como consecuencia de la eventual anulación.

En cuanto al fundamento de la intervención del tercero coadyuvante, ya sea simple o litisconsorcial, cabe remitirse a las enseñanzas de Couture (1950), que refirió: "la presencia del tercero interviniente no es sino la presencia de quien quiere ponerse a cubierto de una extensión perjudicial de los límites subjetivos de la cosa juzgada". En tal sentido, el CPC (art. 525) extiende los efectos de la sentencia a los terceros coadyuvantes.

Concretamente, al referir al tercero coadyuvante con la Administración, se ha señalado como fundamento de su participación que:
"entraña la salvaguardia y protección de quienes pueden resultar afectados por la sentencia que se dicte […] mediante su intervención, se logra la mejor tutela del interés general que actúa en todo proceso al dotar al órgano jurisdiccional de elementos de juicio más completos…" (López Rodó, 1943).

Atendiendo propiamente al estatuto jurídico de dichos terceros, corresponde su asimilación a la parte a la que coadyuvan, con las limitaciones legalmente establecidas (Decreto-ley N° 15.524, art. 56; CPC art. 523) y con las anotadas particularidades, según se trate de tercerías simples o litisconsorciales.

Respecto al carácter preceptivo, o no, de la participación del tercero coadyuvante en el proceso, Sayagués Laso (2010) -en posición compartida por Giorgi (1958) y Landoni Sosa (1977)- manifestó:
"A nuestro juicio, cuando el acto crea derechos en beneficios de personas determinadas, éstas deben ser notificadas y emplazadas para comparecer en pleito en calidad de terceros necesarios (litisconsorcio necesario)".

La postura anterior fue recibida inicialmente por la práctica del TCA que, por su propia iniciativa, daba noticia del pleito a las personas cuya situación jurídica se veía afectada por el acto sometido a nulidad. Sin embargo, posteriormente fue dejada de lado (Sayagués Laso, 2010).

Por otra parte, la regulación legal de la tercería coadyuvante ha determinado que se entienda a ésta con carácter facultativo, dado el giro lingüístico empleado por el Decreto-ley N° 15.524 (art. 55, inc. 1º), que establece: "Podrá intervenir en el proceso…". Al respecto, se ha señalado que se encuentra prevista la tercería coadyuvante, pero no impuesta .

En síntesis, se plantean dos alternativas en relación a los terceros afectados por un acto administrativo sometido a nulidad:

a) que comparezcan en el proceso como terceros coadyuvantes, conformando un litisconsorcio pasivo sucesivo con la parte demandada y, consecuentemente, les serán aplicables los efectos de la sentencia (CPC, art. 525);

b) que no comparezcan, ni sean citados al proceso, lo cual implicará que no resulten extensibles los efectos de la sentencia anulatoria, conforme pasa a analizarse en el apartado siguiente.

3.2 Oponibilidad de la sentencia a terceros no citados

En lo que refiere a las consecuencias jurídicas de la falta de citación de terceros cuyas situaciones jurídicas subjetivas dependen directamente del acto objeto de impugnación, la doctrina es prácticamente unánime en cuanto a que no les es oponible la sentencia.

En tal sentido, Sayagués Laso (2010) expresó categóricamente:
"dichas sentencias pueden considerarse inexistentes, por cuanto al no haber sido emplazadas las partes necesarias, falta un elemento constitutivo del proceso en que fueron dictadas".

Similar temperamento fue esgrimido por Giorgi (1958), quien manifestó:
"La garantía del debido proceso supone dar noticia del juicio a los favorecidos por el acto y el otorgamiento a los mismos de la oportunidad procesal para realizar la defensa de sus intereses (notice and hearing); de lo contrario la sentencia anulatoria no les es oponible, no se les puede aplicar en sus efectos lesivos de sus derechos o intereses legítimos".

Con igual criterio, Landoni Sosa (1977) refirió: "si el tercero es persona cierta y determinada, correspondería haberlo emplazado personalmente y si no se hizo la cosa juzgada no le afecta".

Cassinelli Muñoz (1968), analizando la eficacia de la sentencia que anula ascensos de funcionarios, expresó:
"tales sentencias, por lo tanto, no pueden ser invocadas ni a favor ni en contra de quienes no hubieran sido sujetos del proceso en que se haya dictado".

Durán Martínez (2011), invocando la normativa del CPC sobre eficacia subjetiva de las sentencias (CPC, art. 479) y la aplicación en subsidio la normativa del CGP (CGP, art. 218), así como la disposición del art. 311 de la Constitución sobre los efectos de la sentencia anulatoria, se pronunció sobre la inoponibilidad de la sentencia para quien no ha sido parte en el proceso contencioso .

Nessar (2011), sobre el punto expresó:
"Los efectos pues de la sentencia anulatoria afectan a aquellos que revistieron en ese proceso alguna de esas tres calidades: actor, demandado o tercerista".

A nivel de doctrina extranjera -aunque con conclusiones aplicables a nuestro régimen jurídico- Bielsa (1964) al pronunciarse sobre las tercerías en los procesos contenciosos administrativos, manifestó:
"un derecho subjetivo no puede ser limitado inaudita parte, o sea sin oír a la parte. Si no fuera así, el derecho subjetivo no tendría seguridad jurídica, y los litigantes prescindirían de ese derecho del tercero".

En síntesis, puede considerarse, junto a la doctrina precedente, que la eficacia de la

sentencia anulatoria no se extiende a aquellos sujetos afectados por el acto administrativo, que no hayan participado en el proceso .

A continuación, se analizará, desde la jurisprudencia del TCA, la incidencia de la participación de terceros en el proceso contencioso administrativo de anulación. Particularmente, en lo que refiere a los problemas generados en relación a la oposición de las sentencias anulatorias a terceros no participantes en el proceso.

3.2.1. Perspectiva jurisprudencial

Conforme viene de concluirse, el alcance subjetivo de la cosa juzgada emanada de las sentencias del TCA no afecta a aquellos terceros, cuya situación jurídica subjetiva emana del acto administrativo anulado, que no participaron en el proceso contencioso administrativo de anulación.

Asimismo, la participación de dichos terceros en el proceso contencioso administrativo no resulta preceptiva -no se está ante la hipótesis de un litisconsorcio necesario-.

Por lo tanto, es posible el dictado de sentencias anulatorias de contenido aparentemente contradictorio e incompatible.

Así, basta estarse al supuesto de que se anule un acto creador de situación jurídicas subjetivas en el patrimonio de un tercero, por ejemplo, una designación. En tanto el tercero -funcionario designado- no fue citado al proceso en donde se anuló su designación, la sentencia no le será oponible. Tal circunstancia determina, a su vez, la ilegitimidad de aquellos actos que dicte la Administración pretendiendo oponer los efectos de la sentencia anulatoria al tercero no interviniente en el proceso.

El supuesto precedente, es decir el dictado de actos en pretendido cumplimiento de sentencias anulatorias no oponibles a terceros, ha meritado expresos pronunciamientos por parte del TCA.

Al respecto, pueden identificarse dos períodos en la jurisprudencia del Tribunal. Dentro del primer período figuran las sentencias N° 331/2001; N° 489/2001; y N° 309/2006. En el segundo período figuran las sentencias N° 499/2012; N° 88/2015; N° 408/2016 y N° 574/2016.

Con carácter previo, corresponde precisar que prácticamente todas las sentencias

precedentes fueron dictadas en el marco de concursos de funcionarios -a excepción de la indicada sentencia N° 574/2016. Sobre tal aspecto resulta elocuente lo expresado por el TCA en la sentencia N° 845/1997, en donde sostuvo:
"…una anulación de promociones puede ocasionar a la Administración dificultades de orden práctico casi insalvables, para restituir las cosas al estado original previo al acto…".

En relación al primer período de la jurisprudencia del Tribunal, las tres sentencias relevadas desestimaron las acciones de nulidad promovidas por funcionarios que, de modo directo o implícito, reclamaron la ilegitimidad de actos administrativos aplicativos de sentencias del Tribunal, dictadas en procesos en donde no habían participado.

La solución confirmatoria invocó como fundamento a la inexistencia de derechos adquiridos a partir de la ilegitimidad en base a las clásicas enseñanzas de Sayagués Laso relativas a que la Administración tiene el poder deber de revocar de oficio los actos administrativos ilegítimos (Sayagués Laso, 2002). Así, sostuvo el Tribunal que los actos administrativos dictados en cumplimiento de sus sentencias, que revocaban situaciones subjetivas de terceros que no participaron en los procesos donde fueron dictadas tales sentencias, resultaban ajustados a Derecho.

Sobre el punto anterior, señaló el Tribunal:
"…jamás puede ser ilegítimo un acto que se limita a dar cumplimiento a sentencias regularmente dictadas por el órgano jurisdiccional competente…" (TCA sent N° 331/2001).

En similar sentido, refirió el Colegiado:
"En nuestro sistema constitucional, resulta impensable la procedencia de la anulación jurisdiccional de un acto administrativo que confina su contenido o alcance a disponer lo necesario para prestar acatamiento cabal -es decir, exacto desde el punto de vista de los límites objetivos/subjetivos de la cosa juzgada- a una sentencia anulatoria dictada formalmente con arreglo a derecho. Porque si la Administración pudo proceder como lo hizo en autos y a través del acto enjuiciado, actuando ¨ex officio¨ (mediante la revocación del acto ilegal), con más razón debió obrar de la forma en que aquí se observa cuando así lo imponía la necesidad de respetar una sentencia anulatoria pasada en autoridad de cosa juzgada" (TCA sentencia N° 489/2001).

El segundo período en la jurisprudencia del Tribunal, pautado por las indicadas sentencias N° 499/2012, 88/2015, 408/2016 y 574/2016, supone un cambio en la jurisprudencia precedente.

Así, el Tribunal amparó sendas demandas anulatorias de actos administrativos dictados en cumplimiento de sus sentencias y que afectaban a terceros que no habían participado en los procesos en donde fueron dictadas tales sentencias.

La sentencia N° 499/2012 refirió:
"Entonces, llegados a este punto, cabe coincidir con el actor en cuanto a que la Administración le asignó un alcance subjetivo excesivo a la sentencia anulatoria N° 663/2006, desde que AA no fue parte, ni tercero, en el proceso en que la misma se dictó, razón que ha de determinar el acogimiento de la pretensión anulatoria".

Por su parte, la sentencia N° 88/2015 realizó expresa referencia sobre el cambio del criterio sostenido en la ya citada sentencia N° 489/2001. Sobre el punto la sentencia N° 88/2015 precisó:
"Ahora bien, el actor planteó que el alcance de la sentencia del TCA quedaba limitado al caso concreto, a las partes intervinientes en el proceso y a una proyección ex tunc, particularmente sostuvo que los efectos de las sentencias no podían alcanzarle por cuanto no tuvo conocimiento judicial del pleito, resultando ilegítima la interpretación que hizo la Administración de la cosa juzgada al dejar sin efecto su designación en un cargo para el cual concursó y obtuvo el primer lugar. Y en este sentido, le asiste razón porque la multicitada sentencia N° 572/2011 se dictó a raíz de la violación de un derecho subjetivo de quien había promovido el juicio, por lo que no puede alcanzar al aquí actor, en tanto no fue convocado al proceso y la cosa juzgada quedaba limitada a la Administración y a AA que fueron las partes intervinientes, de acuerdo a lo previsto en el art. 311, inc. 1°, de la Constitución de la República. En nuestro ordenamiento procesal civil se prevé que ¨La sentencia debe concretarse en su literal disposición a las partes que litigan¨ (art. 479 del CPC) …" (TCA, sent. N° 88/2015).

Dicha sentencia, en temperamento que se comparte, desestimó la defensa ensayada por la Administración, y compartida por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, consistente en la pretensión de extender los efectos subjetivos de la cosa juzgada, arribada en el proceso donde se anuló la designación, en virtud de la citación como testigo del funcionario cuya designación fue anulada.

A partir de un criterio garantista, y procesalmente irreprochable, señaló el Colegiado:
"A la luz de estas consideraciones, aunque AA conoció la existencia del litigio planteado por BB -al menos a partir de que declaró como testigo- y, que pudo haber comparecido (art. 56 Dl. – 15.524); su conocimiento se dio en una instancia procesal que, aunque hubiera comparecido en calidad de tercero, no le permitía, por ejemplo, ofrecer pruebas;

puesto que no podía hacerse retroceder el proceso aceptándose un ofertorio, cuyo término había finalizado" (TCA, sent. N° 88/2015).

Evidentemente no resultan comparables la citación a un proceso dentro del estatuto del testigo y la participación a partir del estatuto tercero noticiado.

Por lo tanto, la extensión de la cosa juzgada, y máxime de los aspectos eventualmente perjudiciales, requieren el emplazamiento en la calidad de parte, o, en su caso, de tercero coadyuvante, resultando inadmisible pretender su extensión a partir del conocimiento oficioso dado por el estatuto del testigo.

Por otra parte, las sentencias que dan lugar al denominado "segundo período", así como la sentencia N° 489/2001, coincidieron en cuanto a que:
"no existe norma legal y/o reglamentaria que imponga la obligación o bien la carga, para el demandado en sede contenciosa administrativa de anulación, de citar y/o dar ¨noticia del pleito¨, más allá de las normas generales que regulan la intervención voluntaria o facultativa de terceros (arts. 55/57, D.L. 15.524) (arts. 520/525 C.P.C.; 104, D.L. 15.524)" (sentencia N° 489/2001).

En similar sentido, la referida sentencia N° 449/2012 postuló:
"Es sabido que el Tribunal no cuenta con norma jurídica expresa que lo habilite o le obligue a dar noticia del pleito a eventuales interesados, por lo que la presencia de estos dependerá de la propia iniciativa del actor o de la propia Administración demandada. Se trata de una solución legislativa inconveniente, proclive de producir situaciones como la que informan estas actuaciones".

No obstante, la aludida postura del Tribunal no fue compartida por la Sra. Ministro, Dra. Sassón, que mediante discordia plasmada en la sentencia N° 499/2012 -posteriormente, replicada en la redacción de la sentencia N° 88/2015-, planteó que, en los casos en que la situación jurídica subjetiva de terceros resulte afectada por la resolución cuya nulidad se pretende nada impide que el Tribunal, de oficio, noticie a los terceros interesados.

Como fundamento de tal postura se indicó:
"…nada excluye la facultad del Tribunal de actuar de tal forma, no solo porque no existe norma que lo prohíba, sino porque el propio D.L. 15.524 prevé la intervención de los terceros en el pleito, como por ejemplo en el inciso 1° del art. 55 y en el art. 56. Y si no fue solicitada dicha intervención por alguna de las partes, principios básicos de nuestro ordenamiento como el de ¨buena fe¨; ¨eficacia¨; ¨economía procesal¨ para resolver todas

las cuestiones en un solo proceso; ¨congruencia¨ a fin de que no existan fallos contradictorios, así lo imponen" (TCA sent. N° 499/2012, sent. N° 88/2015).

En similar sentido, además de remitir a las conclusiones precedentes, en la sentencia N° 88/2015 se refirió a la aplicación, por analogía, de las disposiciones del CGP relativas al litisconsorcio necesario (CGP art. 47), que prevé el poder-deber de suspender el proceso hasta que la litis sea debidamente integrada.

En consideración al planteo precedente, respecto de la situación jurídica del Tribunal en relación a la citación de terceros, no se tiene el honor de compartir la postura que viene de citarse.

En efecto, dado que el principio dispositivo rige el proceso contencioso administrativo de anulación, éste adquiere particular intensidad en lo relativo a la integración subjetiva de la litis, por lo cual, reportaría un grave apartamiento de dicho principio que el Tribunal se aboque a la tarea de la determinación subjetiva de las partes procesales.

Asimismo, corresponde ratificar los aspectos teóricos enunciados, en cuanto a que no asistimos a una hipótesis de litisconsorcio necesario, por lo cual resultarán válidas las sentencias dictadas por el Tribunal, aunque ineficaces respecto de los terceros que no participaron en el proceso.

Retomando los entendimientos precedentes, resulta de aplicación lo postulado por el TCA en la sentencia N° 33/2013, donde se había entablado una demanda en contra del Poder Ejecutivo (Ministerio de Salud Pública -MSP-) respecto de un acto administrativo dictado por la Administración de Servicios de Salud del Estado (ASSE), con posterioridad a la creación del servicio descentralizado (Ley Nº 18.161 art.1).

En dicho proceso, el Tribunal, de oficio, dispuso el emplazamiento a ASSE, quien dedujo la defensa de falta de legitimación pasiva, en tanto no había sido demandada, lo cual fue acogido por el Tribunal. Al respecto, indicó el Colegiado:
"…la providencia de marras debe entenderse plenamente desacertada al disponer de oficio convocatoria al proceso para quien no había sido seleccionado como parte demandada por las promotoras provocando, sustancialmente, modificación subjetiva pasiva de la reclamada por ampliación del accionamiento anulatorio movilizado. Tal emergencia determina, inexorablemente, que la multicitada deba ser entendida como integralmente ineficaz lo que impide recepcionar el reclamo contra ASSE, por sencilla operativa subespecie del principio dispositivo vigente en la materia (ex. art. 38 del Decreto-ley N°

15.524) y su corolario lógico de congruencia, habida cuenta que no es posible disponer solución anulatoria en perjuicio de la nombrada cuando la misma no fue pretendida en el accionamiento instalado (art. 104 D.L. cit.; 283, 284, 288, 462 y conc., C.P.C.; 117, 121 y 198 y conc., C.G.P.) ” (TCA sent. Nº 33/2013).

A modo de colofón, y de comprobación de los apuntes teóricos desarrollados ut supra, el temperamento del conjunto de sentencias referenciadas, abona la tesis de que la citación de terceros, cuya situación jurídica subjetiva depende del acto administrativo sometido a acción de nulidad, no constituye un supuesto de litisconsorcio necesario.

En tal sentido, en ninguna de las sentencias analizadas se postuló la nulidad, o invalidez, de las sentencias dictadas en procesos en donde no habían sido citados como terceros coadyuvantes a las personas afectadas por el acto. Véase que resulta un corolario, ineludible, del supuesto de litisconsorcio necesario la presencia de todos los litisconsortes a efectos del dictado de sentencia válida, extremo que en ningún momento fue puesto en tela de juicio en las sentencias consideradas.

Corroborando la circunstancia precedente, la sentencia N° 88/2015, sostuvo:
“Otro tema será, la difícil pero preceptiva tarea que tiene la Administración, de dar cumplimiento tanto a la sentencia N° 572/11 como a la que recaiga en estos obrados” (TCA sent Nº 88/2015).

La ya referida sentencia N° 572/2011 anuló el ascenso de varios funcionarios sin que hayan sido noticiados del proceso. Pues bien, la invocación del cumplimiento de ambas sentencias, exila, según el criterio del Tribunal, la consideración de nulidad de sus sentencias por deficiente integración en la parte demandada.

En esta misma orientación, relativas a las dificultades que se suscitan en el cumplimiento de las sentencias, figuran las discordias referidas en las sentencias N° 408/2016 y N° 574/2016. Sobre la cuestión, en la discordia dada en la sentencia N° 408/2016, en términos replicados en la sentencia N° 574/2016, la Sra. Ministro, Dra. Alicia Castro, sostuvo:
“Lo que motiva mi discordia es la perplejidad ante lo paradójico que resulta que el propio Tribunal anule una resolución de la Administración que no podría tildarse de ilegítima, ya que no hace más que dar cumplimiento a un fallo anulatorio que él mismo ha dictado. Es casi un sinsentido que el Tribunal haya dictado un fallo anulatorio y luego impida su cumplimiento […] Tal como están las cosas, parece haberse creado una situación difícil: el cumplimiento de la sentencia anulatoria por la Administración perjudica a quien se

beneficiaba por el acto anulado, sin que haya tenido oportunidad de defenderlo. Ante esa comprobación, el Tribunal ha optado por una contradicción performativa: anular los actos de cumplimiento de la sentencia. 4. A mi juicio, una sentencia anulatoria que no se puede cumplir porque no es oponible a quien fue indebidamente beneficiado por el acto ilegítimo que se anula, es una sentencia que no tiene sentido. Ni siquiera es ya necesaria para ejercitar la acción reparatoria. Como creo -con Neil Mac Cormick- que las decisiones jurisdiccionales deben tener sentido en el contexto del sistema jurídico y también en el mundo, me resisto a aceptar ese resultado (Mac CORMICK, Neil. Legal reasoning and legal theory. Oxford, University Press, 1978, p.103 " (TCA sent. N° 408/2016).

Por su parte, la sentencia N° 574/2016, también contó con la discordia del Ministro, Dr. Vázquez Cruz, que expresó:
"Ahora bien, la cuestión pasa por elucidar la forma de cumplimiento o ejecución por parte de la Administración demandada del citado fallo anulatorio. Si se conviene en que las decisiones jurisdiccionales tienen que tener sentido en el sistema jurídico y en el mundo, resulta inaceptable que el Tribunal asuma que sus fallos no se pueden cumplir, o impida el cumplimiento de sus propios fallos. Es indudable que la parte gananciosa en el caso de la Ficha 219/11 (AAA) no puede hacer oponible a (BBB) la Sentencia Nº 187/2013 pues no cumplió con su carga procesal de hacer comparecer en juicio a todos aquellos a los que podría alcanzar subjetivamente un eventual fallo anulatorio; pero tampoco puede dejar de anotarse que la Administración demandada perdidosa no puede dejar de ajustar su conducta a lo decidido por el Tribunal. Así pues, el acto resistido no puede calificarse de ilegítimo dado que es dictado en cumplimiento de una decisión jurisdiccional, en este sentido nada hay que reprocharle a la Administración. Otro aspecto separable de lo antedicho y en principio ajeno al ámbito competencial de este Tribunal, es el eventual grado de eficacia de la volición administrativa enjuiciada (no del fallo), cuestión en que la Administración deberá valerse de las herramientas jurídicas a su alcance para materializar su decisión. Obturar la posibilidad de que la Administración demandada dicte cualquier acto ajustando su accionar a derecho y cumpliendo con las directivas y lineamientos indicados en un fallo anulatorio pues le será inoponible a los agentes anticompetitivos que no participaron del proceso, implica en los hechos y sobre el fondo de la cuestión la perpetuación de la práctica anticompetitiva y, por tanto, la adquisición de un derecho contra leggem" (TCA sent. N° 574/2016).

Lo extenso de las trascripciones precedentes obedece a la complejidad de la cuestión y a la aparente contradicción performativa de que sean ilegítimos los actos administrativos dictados en pretendido cumplimiento de una sentencia.

Pues bien, tal como fuera expresado en la discordia del Ministro, Dr. Vázquez Cruz, las dificultades en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal están dadas por el incumplimiento de la carga de cumplir con la correcta integración subjetiva de la litis.
En consecuencia, ante la incorrecta integración de la litis se generarán sentencias válidas, pero inoponibles hacia los terceros beneficiados por el acto anulado y que no fueron convocados al proceso, a excepción de las hipótesis de sentencias con efectos generales y absolutos (Constitución de la República Oriental del Uruguay, art. 311, inc. 2°.).

Por ende, tal como fuera postulado, la integración subjetiva de los sujetos procesales y, específicamente, la citación de terceros coadyuvantes con la Administración, puede ubicarse dentro de la situación jurídica de carga, tanto de la parte actora como demandada, cuya omisión aparejará consecuencias hacia la posterior actividad de cumplimiento de la sentencia anulatoria.

No obstante, importa tener presente la referida posibilidad de anulación con efectos generales y absolutos, de acuerdo a lo dispuesto por el citado art. 311 inc. 2º de la Constitución.

Sobre el punto, resulta por demás relevante la sentencia del TCA Nº 1/2020 que procedió a anular una designación con efectos generales y absolutos, lo cual, sin dudas, viene a zanjar las posteriores dificultades relativas al carácter oponible de la sentencia a terceros no participantes en el proceso.

La solución adoptada por el TCA en la referida sentencia Nº 1/2020 se condice con las propuestas esgrimidas a nivel de doctrina. Así, se ha señalado, sobre el alcance general y absoluto, o abstracto, de las sentencias, que:
"Se trata de una hipótesis de prevalencia del interés público sobre los intereses subjetivos y personales afectados por el acto anulado, litigantes o no en esa causa; prevista constitucionalmente en forma expresa, dispuesta por órgano con competencia del mismo origen, sobre cuya legitimidad en cada uno de los casos concretos a que se aplique existirá cosa juzgada (…) Precisamente, si se hubieran atribuido por el Tribunal ¨efectos generales y absolutos¨ a las sentencias anulatorias de que se ha tratado, seguramente la solución justa y razonable de esos conflictos de intereses hubiera consistido en volver a tramitar el concurso conforme a las pautas que surgen de las sentencias" (Cajarville Peluffo, 2017).

IV. Conclusión

La regulación de las tercerías en el proceso contencioso administrativo anulación resulta insuficiente, en tanto se encuentra prevista, exclusivamente, la tercería coadyuvante espontánea con la parte demandada (Decreto-ley Nº 15.524, art 55-56), extremo que genera dudas en cuanto a la viabilidad de los diversos supuestos de tercerías.

En tal sentido, se ha cuestionado la posibilidad de tercerías coadyuvantes con la parte actora. Así, se ha señalado que, por la vía oblicua de la promoción de tales tercerías, se estarían violando los presupuestos de la acción anulatoria.

Por otra parte, en postura que se comparte, se ha indicado que los presupuestos de la acción anulatoria refieren exclusivamente al actor, no resultando extensibles hacia los terceros, por lo cual resultaría admisible las tercerías con la parte actora. Dicha interpretación resulta avalada, a su vez, por las perspectivas de acceso a la jurisdicción, dimanada del principio de tutela jurisdiccional efectiva y la aplicación del principio pro homine, en tanto se está ante una interpretación que favorece el derecho humano expresado en el acceso a la justicia.

En lo que refiere a la tercería con la parte demandada, ésta podrá ser simple o litisconsorcial.

La tercería simple se configurará en los supuestos de efectos reflejos o indirectos de la sentencia.

Por su parte, el supuesto litisconsorcial refiere al tercero cuya situación jurídica subjetiva derive, directamente, del acto objeto de impugnación, por ejemplo, el titular de una marca respecto de la cual se pretende la anulación.

Sobre este último caso se ha discutido si la participación del tercero determina un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. Al respecto, se estima que su citación no es obligatoria, atento a la posibilidad del dictado de sentencia válida, inclusive sin la convocatoria del tercero.

Así, la convocatoria del tercero puede ubicarse dentro de la situación jurídica procesal de carga a efectos de la plena integración subjetiva de la litis, cuyo incumplimiento aparejará dificultades hacia la posterior ejecución de la eventual sentencia anulatoria.

En efecto, tanto doctrina como jurisprudencia han sido contestes en señalar que la sentencia anulatoria no le resulta oponible al tercero no participante en el proceso, a ex-

cepción de que la anulación haya sido dispuesta con efectos generales y absolutos, según lo dispuesto por el art. 311, inc. 2º de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ABAL OLIU, Alejandro. (2003). Derecho Procesal. VoI II, p. 21-22, 2da. Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

BENGOA VILLAMIL, Ricardo. (2014). Nulidad absoluta insubsanable. Casos de incompetencia absoluta (falta de jurisdicción) y de indefensión procesal. Revista La Justicia Uruguaya, Sección Doctrina, Vol. CXLIX, pp. 123 – 134. Montevideo: Editorial La Ley Uruguay.

BIELSA, Rafael. (1964). Sobre lo Contencioso Administrativo. 3ra. Edición p. 216-217. Santa Fe: Editorial Castelvi S.A.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (2004). Breve presentación de la jurisdicción contenciosa administrativa uruguaya. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, Vol. N° 24, pp. 123 – 141. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (2017). Variaciones sobre el agotamiento de la vía administrativa, la revocabilidad de los actos administrativos y el cumplimiento de la sentencia anulatoria. Análisis de unas sentencias, algunos precedentes y temas conexos y derivados. Revista de Derecho Público, Vol Nº 51, Año 26, pp. 103-133. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

CAL LAGGIARD, Maximiliano (2013). Integración subjetiva de la litis y eficacia de la sentencia anulatoria. En XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, pp. 69-81. Montevideo: Editorial Mastergraf.

CAL LAGGIARD, Maximiliano (2018). Efectos de las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. p. 84-91. Montevideo: Editorial La Ley Uruguay.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio (1968). Efectos relativos de la sentencia que anula un

acto por violación del derecho al ascenso. En Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 67, pp. 28-32. Montevideo.

COUTURE, Eduardo (1950). Estudios de Derecho Procesal, Tomo III, p. 222; 228-229. Buenos Aires: Editorial Ediar.

DURAN MARTINEZ, Augusto (2011). Efectos con relación a terceros de la sentencia anulatoria de un acto administrativo. En Revista La Justicia Uruguaya. Tomo CXLIII, Sección Doctrina, pp. 89–95. Montevideo: Editorial La Ley Uruguay.

DURAN MARTINEZ, Augusto (2012). Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo. 1ra. Edición, pp. 564-565. Buenos Aires: Editorial La Ley.

DURAN MARTINEZ, Augusto (2015). Contencioso Administrativo. 2da. Edición, p. 30-31; 342. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

GIORGI, Héctor (1958). El contencioso administrativo de anulación. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad República, p. 131-132. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna.

GOMES SANTORO, Fernando & Nicastro Seoane, Gustavo (2016). Relaciones entre la jurisdicción contenciosa administrativa de anulación y la jurisdicción ordinaria. En Estudios sobre la Administración Uruguaya. 1ra. Edición , Tomo II, pp. 145-178. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

KLETT, Selva & VALENTIN, Gabriel (2016). La reforma del proceso contencioso administrativo de anulación. En Estudios sobre la Administración Uruguaya. 1ra. Edición; Tomo II; pp. 369-391. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

LANDONI SOSA, Ángel (1977). El Proceso Contencioso Administrativo de Anulación. p. 81. Montevideo: Editorial Álcali.

LOPEZ RODO, Laureano (1943). El coadyuvante en lo contencioso administrativo. p. 134-135; 151. Madrid: Revista de Derecho Privado.

MARTINS, Daniel Hugo (2014). Ejecución por el Poder Judicial de sentencia del TCA que anula un acto administrativo de permiso de construcción. Demolición de edificio construido con permiso ilícito. El caso Edificio Balleneros (Punta del Este). En La Justi-

cia Uruguaya. Tomo CXLIX; sección jurisprudencia comentada; pp. 73-93. Montevideo: Editorial La Ley Uruguay.

NESSAR, Silvana (2011). Eficacia subjetiva de la sentencia anulatoria. En Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville. 1ra. Edición, pp. 883–890. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

PEZZUTI, Miguel (2014). Perspectivas del Contencioso Anulatorio (con especial énfasis en el acceso). En Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito. 1ra. Edición; pp. 191-226. Montevideo: Editorial Universidad de Montevideo.

RISSO FERRAND, Martín (2017). Guía para la Resolución de Casos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. 1ra. Edición; p. 16. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo (1998). Contencioso Administrativo. Control Jurisdiccional de los actos administrativos. p. 98. Montevideo: Editorial Nueva Jurídica.

SAYAGUÉS LASO, Enrique (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Puesta al día por Daniel Hugo Martins. 9na. Edición; Tomo I; p. 534. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

SAYAGUES LASO, Enrique (2010) Tratado de Derecho Administrativo, puesta al día por Daniel Hugo Martins. 8va. Edición; Tomo II; pp. 559-560. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

TEITELBAUM, Jaime (1973). El Proceso Acumulativo Civil. p. 139. Montevideo: Editorial Amaglio Fernández.

TOBIA FERNÁNDEZ, Juan., Patritti Isasi, Marcelo, Gómez Leiza, José (2015). Panorama Institucional actual del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la República Oriental del Uruguay. En Revista Doctrina y Jurisprudencia. Tomo XXX. pp. 75-111. Montevideo: Editorial CADE.

VALENTIN, Gabriel (2013). Los medios impugnativos de las resoluciones en el proceso contencioso administrativo de anulación. En XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. pp. 37-55. Montevideo: Editorial Mastergraf.

VALENTIN, Gabriel (2016). Dos estudios sobre el proceso contencioso administrativo de anulación: I. Los medios impugnativos, con especial referencia a los recursos de reposición y revisión; y II. La vía de excepción para obtener la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. En Revista Doctrina y Jurisprudencia. Tomo XXXV; pp. 39-60. Montevideo: Editorial CADE.

VALENTIN, Gabriel (2018). El proceso principal contencioso administrativo de anulación. En Procesos Constitucionales. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Jorge Veiras Coordinador, 1ra. Edición, pp. 747-810. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

VÉSCOVI, Enrique et al (1993). Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado, Vol II, p. 129; 141-144. Montevideo: Ábaco.

VIERA, Luis Alberto (1995). Las partes y el Código General del Proceso (segunda parte). Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Vol 1, pp. 17–28. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Fecha de recepción: 10 de mayo 2020.

Fecha de aceptación: 8 de junio 2020.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE DEBER EN EL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA
OBLIGATION LEGAL STATUS UNDER SECTION 44 OF THE URUGUAYAN CONSTITUTION
A SITUAÇÃO JURÍDICA DE DEVER NO ARTIGO 44 DA CONSTITUIÇÃO URUGUAIA

Andrea Canabal Mermot*

RESUMEN. La Constitución uruguaya consagra el derecho-deber a la salud. En el presente artículo, la autora se propone estudiar el alcance del artículo 44 de la Constitución uruguaya, respecto del deber consagrado como una situación jurídica. Se estudia el deber en el derecho internacional de los derechos humanos, su relación con la Constitución uruguaya, y la implicancia de este concepto, referido a la salud ante la situación de la pandemia mundial conocida como COVID-19.

PALABRAS CLAVE. Constitución. Artículo 44. Situación jurídica. Deber. Salud.

ABSTRACT. The right-obligation to health is enshrined in the Uruguayan Constitution. In this paper, the author attempts to explore the scope of Section 44 of the Uruguayan Constitution with regard to obligations enshrined as legal status. The paper studies obligations in International Human Rights Law, its connection with the Uruguayan Constitution and the implications of the concept as related to health within the context of the global pandemic known as COVID-19.

KEY WORDS. Constitution. Section 44. Legal status. Obligation. Health.

RESUMO. A Constituição uruguaia consagra o direito-dever à saúde. No presente artigo, a autora propõe-se estudar o alcance do artigo 44 da Constituição uruguaia, em relação ao dever consagrado como uma situação jurídica. Estuda-se o dever no direito internacional dos direitos humanos, sua relação com a Constituição uruguaia e a implicância deste conceito, referida à saúde perante a situação da pandemia mundial conhecida como COVID-19.

PALAVRAS-CHAVE. Constituição. Artigo 44. Situação jurídica. Dever. Saúde.

* Asistente (Grado 2), interina, de Derecho Constitucional. Ayudante (Grado 1), interina, de Derechos Humanos. Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, UDELAR. Miembro Asociada del Instituto de Derecho Constitucional y del Instituto de Derechos Humanos. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. andrea.canabal@gmail.com.

I.- INTRODUCCIÓN

La situación sanitaria mundial producto de la pandemia provocada por el virus Covid-19, ha evidenciado la necesidad de acciones conjuntas tensionando todos los canales de coordinación internacional con vistas a un objetivo común de protección y cuidado de la vida humana. Los Estados, siguiendo en su mayoría los criterios orientadores de las autoridades científicas, sujetan a las personas a ciertas conductas concretas, que los gobernantes entienden como las adecuadas para el control de la enfermedad en cada caso. Ello ha promovido la reflexión sobre las herramientas que el Derecho utiliza para alcanzar los fines que el Estado se ha propuesto, y cómo se despliegan éstas en la vida en sociedad.
El objetivo de la presente exposición es ver aspectos prácticos de la situación jurídica de sujeción "deber" en nuestra Constitución, sin abordar las distinciones teóricas, filosóficas o lingüísticas, respecto a deber y obligación. Se propone analizar, cómo el deber de cuidar la salud que nuestra Constitución impone desde 1934, tiene una aplicación concreta frente a la emergencia sanitaria que transitamos. Se aspira también, evidenciar cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporado a nuestra normativa legislativa se ejecuta en medidas precisas. En suma, se procura hacer visible que no es posible alcanzar la efectividad de los derechos humanos sin establecer un orden social interno e internacional que actúe para favorecerlos, como lo establece el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que implica para todos, cumplir ciertos deberes.

II. - LOS DEBERES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ernesto GARZÓN VALDÉS, ha diferenciado conceptualmente calamidades y catástrofes, señalando a las primeras como las desgracias, desastres o miserias que resultan de acciones humanas intencionales y a las segundas como aquellas desgracias, desastres o miserias provocados por causas naturales que escapan al control humano (como se cita en THIEBAUT, 2007: 194). El elemento clave de distinción entre ambos conceptos parece centrarse en la intencionalidad del ser humano en causar la "calamidad".
Para nuestras posibilidades, el estudio de si la pandemia – así calificada por la OMS- por la que atraviesa la humanidad por obra del virus Covid-19, expandida de oriente a occidente, tan universal como democrática, (evidencia de la fragilidad de la vida humana que sin diferencias de sexo, raza, religión o condición social es atacada), es producto de un acto intencional del ser humano, o de la distracción o falta de cuidado sin una deliberada voluntad de provocar tales consecuencias, queda en la mera especulación, sin posibilidad cierta de ser analizada ni de atribuir responsabilidades o culpas a Estados, personas o

grupos de personas.
Sin poder determinarse -al menos por ahora- si se trata de una calamidad o de una catástrofe, lo cierto es que tanto los gobiernos, como las personas, hemos debido cumplir con nuestros deberes con mayor precisión y exigencia, como contrapartida para la salvaguarda de bienes que son valiosos para la humanidad en general, la vida, la salud, y también la economía como presupuesto para ser viable y digna la vida, ante la situación que nos envuelve. Si bien es cierto que el cumplimiento es siempre exigible, nuestras "deudas" individuales quedan muchas veces ocultas o disimuladas cuando el crédito que tiene el otro u otros o la sociedad en general, es cubierto por un tercero, o el "daño" por el incumplimiento que no es apreciable o cuantificable. Ese débito general de contribuir a la sociedad no necesariamente es estimable por dicha sociedad, esa insuficiencia de contribución -aún con cierto grado de relevancia, por su volumen o por el transcurso del tiempo-, queda como un ingrediente, en fenómenos multicausales, como pueden ser el desempleo o la inseguridad. Sin embargo, pocas veces las personas nos preguntamos si podemos colaborar en algo más con el bienestar de la sociedad en que vivimos. Esta pandemia, no obstante, nos ha exigido cumplir con ciertos deberes que hacen al crédito social. Nos ha exigido el cumplimiento de una conducta más cuidadosa de lo habitual con respecto a la propia salud, para evitar - por ejemplo- que las instituciones de asistencia médica no se vieran desbordadas por la demanda.
Tal como lo establece el numeral 1° del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, "Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad". ARISTÓTELES decía que quien no puede vivir en sociedad o no necesita de ésta, no es miembro de la sociedad, sino una bestia o un dios. (ARITOTELES, S/F).
Los derechos del hombre se tienen en relaciones de alteridad frente a otro u otros, cargados con obligaciones, deberes o responsabilidades (BIDART, 1989: 18). Como señala BIDART CAMPOS, "la ilación de las obligaciones con los derechos para que éstos encuentren un sujeto pasivo o varios, que, en satisfacción de esos derechos, tengan que cumplir uno o más deberes, es imprescindible", (BIDART, 2007: 115-116). Así las prestaciones debidas según sea el contenido del derecho, civil, social, económico, serán de abstención u omisión, de dar o de hacer.
El artículo 25 de la DUDH en su numeral 1° reconoce 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 sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."
GARZÓN VALDÉS se refiere a las obligaciones que emergen de este artículo 25 como

"deberes positivos generales". Esta categoría de deberes "son aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa" (GARZÓN, 1986). Se trataría en definitiva de una forma de deberes prestación de carácter individual, en virtud de la naturaleza del derecho correlativo, "derecho a un nivel de vida adecuado que… asegure…la salud" entre otros. En la situación extraordinaria de pandemia señalada, siguiendo esta línea de pensamiento, cada persona daría satisfacción a ese derecho efectuando un "sacrificio trivial" de su libertad personal, por ejemplo, al utilizar ciertos artículos en su indumentaria que en situaciones comunes u ordinarias no utilizaría, como pueden ser guantes o tapabocas en el ascensor del edificio donde vive con lo que contribuirá a asegurar la salud de sus vecinos.

Los "deberes negativos" serían por el contrario los deberes de abstención en relación con los derechos de los otros, el "no dañar", no interferir en el ejercicio del derecho ajeno, sintéticamente consistiría en el respeto a la libertad e igualdad de los demás.

PECES-BARBA (2004:179) también hace referencia a los "deberes positivos generales", pero dice "que corresponden directamente a los poderes públicos o que éste atribuye a terceros, personas físicas o jurídicas." El autor explica que estos deberes positivos tienen fundamento en el valor solidaridad, y que en base a este valor o principio se justifica la intervención para crear condiciones para la autonomía moral de la persona. Podemos agregar que la intervención de una acción positiva actual no necesariamente tiene un correlativo derecho en forma simultánea. En tal sentido señala (PECES-BARBA, 2004:179) que "… este efecto especial de la solidaridad que llega a los derechos partiendo de los deberes que genera, permite la comprensión de las construcciones que prolongan la solidaridad en relación a las generaciones futuras. Sobre la base del valor solidaridad hay deberes actuales cuyo cumplimiento beneficiará a las generaciones futuras, pero no hay derechos sino de las generaciones presentes". Se entiende que la misma "construcción" vale para los deberes negativos generales, por ejemplo, el no uso de ciertos productos químicos o determinadas técnicas de cultivo.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 11, "Derecho a la preservación de la salud y al bienestar", establece que: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.", en este último término "comunidad" podemos encontrar esa cuota parte de deber positivo genérico que cada uno tiene para la preservación de la salud de cada persona en la sociedad.-

No obstante, la Declaración Americana destina un capítulo a los Deberes, entre ellos los que se alinean a nuestras reflexiones son: el artículo 29 "Deberes ante la sociedad. Toda

persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad."; artículo 33 "Deber de obediencia a la Ley. Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre."; y artículo 35 "Deberes de asistencia y seguridad sociales. Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias." En definitiva, estos deberes imponen comportamientos solidarios específicos, donde la contribución personal es valiosa para la vida comunitaria, sin perjuicio de las responsabilidades que en todo caso de desventaja caben a los poderes públicos en un Estado Social de Derecho, para alcanzar el nivel máximo posible de "salud y bienestar".

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su artículo 32 "deberes" para las personas, en tal sentido preceptúa: "1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática." Puede afirmarse que dichos deberes con la comunidad y la humanidad involucran en lo que a este estudio respecta, el de actuar en beneficio de la salud colectiva, por ejemplo, adoptando las medidas que las autoridades sanitarias locales y mundiales han exhortado practicar, incluso las que imponen abstenciones. Así también, las limitaciones a la libertad en virtud de los derechos de los otros, la seguridad de todos y el bien común, imponen en esta circunstancia, como por ejemplo, distanciamiento físico, aislamiento o suspensión de vuelos turísticos.

Sin perjuicio de que no constituye un documento vinculante, la Declaración de Valencia de 1998 "Declaración de responsabilidades y deberes humanos", afirma en su preámbulo que la asunción de las obligaciones y responsabilidades implícitas en los derechos humanos y libertades fundamentales recae en todos los miembros individuales de la familia humana, además de Estados y organizaciones. En tal sentido establece, que los miembros de la comunidad mundial tienen responsabilidades y deberes colectivos e individuales de promover el respeto universal, así como la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales y que todas las personas, pueblos y comunidades, en ejercicio de sus derechos y libertades, tienen la obligación y la responsabilidad de respetar los de los demás y la obligación de tratar de promover y observar tales derechos y libertades.

3.- LOS DEBERES EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Ahora bien, sin perjuicio de los deberes y obligaciones de "los miembros de la "comunidad" como "colectividad mundial" tanto sean estos "colectivos" como "individuales"

que surgen de los documentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados y también las personas debemos cumplir una serie de "deberes" que se encuentran positivizados en algunas normas internacionales -como anotáramos - y también en las constituciones, los que en gran parte coinciden expresa o implícitamente con los que emanan de aquellos.

Señalan García de Enterría y Fernández (1981:34). que "es usual que las normas constitucionales impongan deberes públicos a los ciudadanos al propio tiempo que reconocen derechos y libertades que corresponden a éstos pero que entre aquellos deberes y estos derechos no existe ninguna correlación necesaria", y refiriéndose a la Constitución española expresan que se "tipifican los distintos deberes con plena independencia de los derechos que en la propia Constitución se reconocen, relacionándolos pura y simplemente con las potestades públicas destinadas a asegurar su cumplimiento". Aluden a los distintos tipos de deberes ejemplificándolos, de carácter negativo como el sometimiento a la Constitución, de carácter positivo como el servicio militar o prestaciones personales, poderes-deberes como trabajar o educarse, pero explican: "… Lo que importa retener es que en todos estos casos la articulación del contenido y alcance de los deberes exige una cobertura a nivel de la Ley formal …". Así lo expresa la Constitución española con relación al servicio militar o al sostenimiento de los gastos públicos. Respecto a la salud el artículo 43 de la Constitución española reconoce el derecho a su protección, pero será la ley la que establezca los derechos y deberes de los servicios públicos prestacionales: "Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto."

La "Teoría Pura del Derecho" "…coloca en primer plano la noción de deber jurídico". Afirma KELSEN (1979:121) que "el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado... Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción".

Así pues, según la mencionada postura positivista si la conducta contraria a la determinada por la norma no tiene la condición de un acto de coacción, el deber no sería jurídico. Pero tratándose de un deber impuesto por la Constitución, aunque la misma no prevea la sanción y ésta sea objeto de norma legal, tal como lo expresan GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, (en nuestra Constitución artículo 85 numeral 20, sin perjuicio de lo establecido por los artículos 256 y siguientes), no podemos entenderlo como carente de carácter jurídico y considerarlo por tanto solamente como ético o moral. La fundamentación de la existencia de estos deberes constitucionales sí la podemos afincar en cuestiones axiológicas o ideológicas, u otras, según la postura que se adopte al respecto (PONCE DE

LEÓN, 2017), pero no resultaría admisible entender que la Constitución no les atribuye el carácter de "deber jurídico" cuando expresa por ejemplo en nuestro artículo 44 inciso segundo: "Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad".

La conducta contraria al deber impuesto será siempre una infracción contra la Constitución, aun cuando el legislador no haya previsto el acto de coacción y aun cuando en los hechos la eventual satisfacción correlativa a dicho deber quede a cargo de otros que quien es el directo sujeto pasivo. Pensemos en aquella persona sana física y mentalmente, que no quiere trabajar ni realizar ninguna actividad que signifique aplicar sus energías en forma que redunde en beneficio de la colectividad -tal como lo prescribe el artículo 53 de nuestra Constitución- y vive gracias a la caridad de familiares y amigos. No se tratará solamente de un deber moral o ético, será siempre un deber jurídico en tanto emana de la Constitución, que no es otra cosa que la expresión del ejercicio democrático de una comunidad que ha decidido libre y voluntariamente organizarse como Estado. El consentimiento democrático que da origen a la Constitución, es la base de la obligatoriedad de sus preceptos.

De la lectura de nuestra Constitución surge que el constituyente ha impuesto deberes en forma explícita en algunos artículos y en forma implícita en otros. Así son ejemplo de deberes explícitamente impuestos los que surgen de los artículos 41 y 42 a cargo de los padres con relación a sus hijos. En ese sentido el artículo 44 para todo habitante con respecto a su salud y asistencia, el artículo 53 a todo habitante el deber de aplicar sus energías en forma que redunde en beneficio de la colectividad y el artículo 56 a las empresas de proporcionar alimentación y alojamiento a su personal en ciertas circunstancias.

Respecto a los deberes que podemos hallar de manera implícita los artículos son varios, puesto que una norma que reconozca un derecho generará una obligación impuesta a cargo de otro sujeto, aún cuando esta sea la de abstenerse de interferir en el goce o ejercicio del derecho reconocido, o la más genérica de no dañar. En tal sentido podemos ejemplificar citando los artículos 7, 10, 11, 28, 29, 30, 38, sin olvidar el artículo 72 que menciona en forma expresa a los "deberes" no enumerados.

De ello surge que los deberes ya sean implícitos o explícitos pueden consistir -siguiendo el lenguaje de Bidart Campos (1989)- en "a) prestación negativa o de omisión, o de no hacer, b) prestación positiva de dar algo; c) prestación positiva de hacer algo".

4.- EL DEBER DE CUIDAR LA SALUD

El artículo 44 de nuestra Constitución establece en forma explícita deberes a todos los habitantes con relación a su salud y asistencia, pero impone a la vez, mandatos a los poderes públicos.

Principiando por estos últimos, diremos que el inciso primero está dirigido al legislador, quien debe legislar en "cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país." Este inciso, fiel reflejo del constitucionalismo social, establece una obligación al Estado legislador, una "prestación positiva de hacer algo", que tiene como fin el perfeccionamiento de la persona en su dimensión individual y social.

El inciso tercero consiste en un mandato al poder administrador, de proporcionar gratuitamente los medios de prevención y de asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes, "prestación positiva de dar algo". Es muestra del carácter social y humanista de nuestro Estado, que ambos incisos señalen como finalidad a perseguir, la persona humana. Esta última es el fin de la actuación del Estado, pero en el inciso tercero, el constituyente ha puesto mayor énfasis, imponiendo una prestación concreta para quienes se encuentren en situación de carencia económica, "indigentes o carentes de recursos suficientes", es decir, aquellas personas que mayor vulnerabilidad puedan presentar. Abundante jurisprudencia nacional ilustra sobre cómo ha sido obligado al Estado a dar satisfacción a este mandato cuando la aplicación de políticas de salud con relación a medicamentos y tratamientos de alto costo, no resultaron en el cabal cumplimiento del mismo.

El legislador ha dictado una gran cantidad de leyes en materia de salud con el objeto de procurar el perfeccionamiento físico, moral y social de los habitantes.

Ahora bien, ante la situación planteada por el Covid -19, las normas jurídicas que dan fundamento a las medidas implementadas por el Poder Ejecutivo han sido el citado artículo 44 de la Constitución, la Ley Orgánica de Salud Pública N° 9.202 de 12 de enero de 1934 y el Reglamento Sanitario Internacional (2005).

La Ley N° 9.202 ha establecido la competencia del Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Salud Pública, para la organización y dirección de los servicios de Asistencia e Higiene. Así mismo previó los cometidos de dicho Ministerio, específicos en caso de epidemias o de enfermedades infecto-contagiosas, y habilitó al Poder Ejecutivo para disponer la intervención de la fuerza pública e incluso, determinar el aislamiento y detención de las personas que por sus condiciones de salud pudieran constituir un peligro colectivo.

En tal sentido, el Poder Ejecutivo en cumplimiento de los cometidos asignados, ha dictado los Decretos 93/020 de 13 de marzo de 2020 y 94/020 de 16 de marzo de 2020, estableciendo la "Declaración de Emergencia Sanitaria", la adopción de medidas como el cierre preventivo de centros turísticos, de lugares de acceso público, la suspensión de espectáculos públicos, y disponiendo el aislamiento de las personas con síntomas de la enfermedad. Se ha hecho efectivo el mandato constitucional de cuidado de la salud de la comunidad, de la salud e higiene públicas, con medidas específicas para las personas que contrajeron la enfermedad para preservar a la sociedad en su conjunto.

Hasta aquí lo relacionado al mandato a los poderes públicos. Como explicamos antes, la

Constitución impone también en el artículo 44, deberes a las personas.
El inciso segundo del citado artículo 44 establece el deber explícito dirigido a "Todos los habitantes" de "cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad". Quizá nunca tanto como en este momento ha sido necesario poner énfasis en el cumplimiento de dicho deber. El deber impuesto para el propio cuidado y asistencia, tiene por finalidad también a la persona humana en su doble dimensión, individual y social, la persona como valor en sí misma pero en su dimensión social.
En tal sentido, el cuidado de la propia salud y asistencia es el deber hacia sí mismo, por cuanto asumir un deber para consigo mismo supone reconocer, en la propia persona, la dignidad, el derecho que puede atribuirse en cuanto persona (BEADE, 2017). Podría entenderse entonces, en este aspecto que se trata solamente de un deber moral. Pero afirmamos que la Constitución impone deberes jurídicos. Entonces, jurídicamente el deber de "cuidar su propia salud" debe ser analizado en el contexto de todo el artículo 44. Si el legislador por el inciso primero está mandatado a procurar "el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes", cada habitante debe "cuidar su salud" y "asistirse en caso de enfermedad" procurando idéntico fin. Es "lo suyo" de que habla Germán Bidart Campos (2007: 115), eso "suyo" que es de la persona, el valor, su dignidad humana, que en cuanto derecho reclama cuidado y atención (sea de los demás en general, del Estado, de los prestadores privados que haya contratado) y en cuanto deber se le impone cuidarse y atenderse. Así categorizado por la doctrina como derecho-deber, el derecho al cuidado de su salud y a la asistencia, se ensambla como dice García de Enterría (1981: 29) , con el deber de cuidarse y atenderse, que sería no descuidar su salud o no actuar en contra de la propia salud, y la obligación de asistirse en caso de enfermedad.
El mencionado deber de "cuidar su salud" y "asistirse en caso de enfermedad" tiene como se expresaba un doble efecto, pues cada integrante de la sociedad, cada habitante debe cuidar la propia salud, en tanto cada uno es valioso en sí mismo, pero tiene una proyección social en tanto cada persona es integrante del conjunto, cuya perfección procura la Constitución al mandatar al legislador en el inciso primero.
Recogiendo lo señalado por García de Enterría precedentemente, vemos que en el caso de los deberes impuestos con relación a la salud y asistencia, la articulación de su contenido y alcance "exige una cobertura a nivel de la Ley formal".
Así, para entender el contenido y alcance del término "perfeccionamiento", podemos acudir a los artículos 1 y 2 de la Ley N° 18.256, en el marco del derecho al medio ambiente libre de humo de tabaco y su consumo. En esta norma se toma en parte lo preceptuado en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Deviene acertado el camino del legislador, pues en el ejercicio de un anclaje de dicho vocablo "perfeccionamiento", y más allá de las influencias filosóficas contenidas en el mismo (Kant), corresponde tener presente el texto constitucional como un todo y también

el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en tal sentido resulta ajustado interpretarlo como el "más alto nivel posible de salud física y mental".
El adjetivo "posible" nos estaría dando el límite de la propia capacidad de cumplir con dicho deber de cuidar la salud. En el caso de la pandemia que motiva estas reflexiones, "cuidar su salud" procurando el más alto nivel posible, estaría significando realizar el mayor esfuerzo por el cumplimiento de las medidas preventivas indicadas, como ser el uso de tapabocas en medios de transporte público, o las de higiene como el lavado frecuente de manos, o el aislamiento dispuesto para quienes presentan síntomas o han contraído el virus Covid-19, en los términos del artículo 8° del Decreto 93/020.
En cuanto al deber de "asistirse en caso de enfermedad" debe tenerse presente lo reglamentado por las leyes para el derecho a la protección de la salud que tienen todos los habitantes del país y las diversas modalidades para su acceso a servicios integrales de salud, Leyes N° 18.211 de 5 de diciembre de 2007 y 18.335 de 15 de agosto de 2008. Con relación a la situación de pandemia, el artículo 10 del referido Decreto 93/020, precisa el alcance, la forma, con las notas de inmediatez y atención domiciliaria que delimita el deber de asistirse: "Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 deberán reportarlo de inmediato desde su domicilio a su prestador de salud, y de no poseerlo, a la Administración de los Servicios de Salud del Estado."
Como se trata de un deber jurídico, el medio coactivo para el caso de incumplimiento lo establece la ley penal en el artículo 224 del Código Penal para el caso de daño por violación de las normas sanitarias, así como el artículo 11 del ya citado Decreto para el caso de medidas administrativas. Este último dispone: "En caso de verificarse el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8 y 10 del presente Decreto, el personal de salud o quien tome conocimiento de lo sucedido deberá comunicarlo de inmediato a la Dirección General de la Salud del Ministerio de Salud Pública, que de entenderlo pertinente dará noticia a su División Servicios Jurídicos a efectos de realizar la denuncia penal correspondiente."
Cabe señalar aquí que el artículo 2° numeral 2 de la Ley N° 9.202 prevé que el Poder Ejecutivo, disponga la intervención de la fuerza pública, para garantir el fiel cumplimiento de las medidas que adopte, entre ellas el aislamiento y detención de las personas que por sus condiciones de salud pudieran constituir un peligro colectivo (numeral 3).
Lo expresado anteriormente lleva a concluir que el deber de cuidar la salud y atenderse en caso de enfermedad, en lo relacionado a la pandemia por Covid -19, tiene un alcance determinado que está dado por la Ley N° 9.202 y por el Decreto 93/020 entre otras normas que regulan aspectos relativos a derechos y deberes de los usuarios del sistema de salud, e inclusive por la ley penal vigente en el caso de producirse un daño por incumplimiento.
Puede apreciarse que las medidas están dirigidas a procurar garantizar la salud colectiva, pero cuya efectividad tiene necesariamente en esta situación una primera instancia individual de cumplimiento del deber constitucional. Es el cumplimiento de las personas de

sus deberes individuales con relación a la comunidad.

5.- JUSTIFICACIÓN DEL DEBER DE CUIDAR LA SALUD

Resta señalar que, en la búsqueda del valor subyacente a lo planteado, y en tanto la salud de la población hace a la dignidad de los pueblos que, en cuanto personas jurídicas colectivas son también titulares de una dignidad propia (GROS, 2002), la solidaridad parece ser el preponderante.

PECES-BARBA (2004:166), permite comprender por qué entendemos a la solidaridad como la base valorativa del deber de cuidar la salud que la Constitución nos impone al expresar que a "diferencia de los demás valores que fundamentan directamente derechos, la solidaridad lo hace indirectamente por el intermedio de los deberes", Es que la solidaridad se integra con la idea del ser humano como fin en sí mismo, y por tanto con los valores de libertad e igualdad, bases de la construcción de los Derechos Humanos, pero superada, vencedora sobre el egoísmo primitivo. Pues tal como lo expresa Peces-Barba (2004:178) su "punto de partida…es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás".

El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Pero este estado de bienestar es frágil frente a la amenaza que representa el virus Covid-19. La facilidad en su propagación ha puesto de manifiesto que es imprescindible que cada uno adopte las medidas de prevención sobre sí, pero, además, cumplir con las restricciones impuestas por las autoridades públicas para el cuidado de todos.

Entonces, para determinar hasta dónde llega el deber de cuidar la salud y de asistirse en caso de enfermedad, habrá de acudirse en cada caso a las leyes que dan su "contenido y alcance", así como también convenciones internacionales y normas reglamentarias. Determinar en cada caso si prevalece la libertad o el deber de cuidado, cuando se trate de situaciones como someterse a tratamientos médicos dolorosos, a exámenes médicos cuya práctica la persona rechaza por cualquier razón, o si cuidar su salud implica hacerlo de forma obligatoria como lo indica la medicina tradicional y con los métodos convencionales aprobados por las autoridades sanitarias del momento, será finalmente la tarea del juez como lo es para todo conflicto entre derechos y libertades, individuales y colectivos. Pero, frente a situaciones como la que vivimos hoy, donde prevalece lo colectivo con la obligación genérica de no dañar, y las específicas mencionadas precedentemente, nos ubicamos como parte del todo, de una familia, de una comunidad, del Estado y de un espacio universal donde no hay fronteras que impidan la penetración del virus. Nuestra conducta

personal cuidadosa y atenta en el cumplimiento de los deberes individuales asegura tan solo y no completamente, la integridad del entorno más cercano, sea éste familiar, laboral o simplemente de vecindad, "con el reconocimiento del otro como "prójimo", y como formando parte de nuestra misma comunidad" (PECES-BARBA, 2004: 178).

6.- CONCLUSIONES

PECES-BARBA expresa: "la última de las preguntas relevantes para comprender a una sociedad política y jurídica bien ordenada. ¿Por qué se obedece?, que tiene el vínculo con la respuesta de los ciudadanos ante el Derecho y ofrece buenas razones para defender la obediencia como la opción más razonable en una sociedad abierta y libre". (PECES-BARBA, 2009). Ese vínculo de los ciudadanos ante el Derecho, radica en la idea de soberanía para la formación del mismo, en el cumplimiento de la "primera función" del soberano, como lo señala el autor, que es la de producir el Derecho, con un contenido de valores apoyados en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, para configurar un sistema justo. Un sistema jurídico que sea justo o que "tienda a la justicia" deberá ser siempre un sistema "apoyado en el poder democrático" que le da legitimidad para el monopolio del uso de la fuerza legítima. Es decir, los ciudadanos de una sociedad abierta y libre obedecen razonablemente al Derecho para el que han prestado su consentimiento, y que ha sido creado en valores éticos de convivencia que han quedado así legalizados.

Cabe destacar que el artículo 44 que estudiamos, tiene origen en la Constitución de 1934 y la Ley N° 9.202 es de 12 de enero de 1934. Nuestra Constitución se reformó tres veces desde entonces hasta llegar a la actual de 1967, que por otra parte ha sido sometida a reformas parciales hasta el año 2004. No obstante, el artículo 44 que hemos estudiado ha permanecido. Muchos parlamentos se han sucedido en el tiempo desde 1934 y la Ley N° 9.202 permanece igual en los artículos señalados precedentemente. En definitiva, nuestra comunidad política ha prestado su consentimiento para obedecer el deber impuesto.

También es importante considerar, que nuestra legislación posterior a la señalada antes, se encuentra alineada a las obligaciones emergentes del ámbito internacional por ser estado miembro de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, resultando aplicables y ejecutables para los habitantes de la República, los preceptos que los documentos internacionales en materia de derechos humanos establecen, incluidos los deberes que en cada caso se señalaron. Las obligaciones internacionales han sido asumidas por el Estado a través de sus poderes representativos al amparo de la Constitución y forman parte de nuestro ordenamiento de acuerdo a los procedimientos que la misma establece.

En suma, en el camino siempre transitable hacia un Estado de Derecho Sustancial o Democracia Sustancial, el orden jurídico se impone en tanto se funda en el principio de

legitimidad y está en el consentimiento de todos ubicados en un plano de igualdad y manifestado en libertad.

Pero, corresponde concluir, que, si el orden jurídico así legitimado consagra los derechos, también lo hace respecto de los deberes. Pues, la finalidad de aquel es la persona humana, en su dimensión individual y social, y por tanto la salvaguarda de su dignidad, que "no es otra cosa que el compendio de nuestros derechos, cuya vigencia corresponde reclamar y hacer respetar, y la raíz de nuestros deberes, que es preciso acatar y cumplir" (VIDART, 2003).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ARISTOTELES. (S/F). Política. Disponible en: https://www.marxists.org/espanol/tematica/cienpol/aristoteles/pol.pdf. Fecha de consulta: 31 mayo 2020.

BEADE, I. (2017). Acerca de la relación entre "derechos y deberes" en la filosofía práctica kantiana. De la reciprocidad jurídica a la reciprocidad ética. Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas. 20 (2), 275-291. Disponible en: https://doi.org/10.5209/RPUB.56470

BIDART CAMPOS, G. (1989). Teoría General de los Derechos Humanos. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BIDART CAMPOS, G. (2007). Nociones constitucionales: las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución. Buenos Aires: EDIAR.

GARZÓN VALDES, E. (1986). Los deberes positivos generales y su fundamentación. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 3, 17-33. Disponible en: http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1986.3.01. Fecha de consulta: 31 mayo 2020.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. RAMON FERNANDEZ, T. (1981). Curso de Derecho Administrativo. Volumen II. Madrid: Civitas.

KELSEN, H. (1979). Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria.

PECES-BARBA, G. (2009). Reflexiones sobre la Justicia y el Derecho. Derechos y Libertades. 20, 21-36. Recuperado de http://hdl.handle.net/10016/11252. Fecha de consulta: 31 mayo 2020.

PECES-BARBA, G. (2004). Lecciones de Derechos Fundamentales. Madrid: Dykinson.

PONCE DE LEÓN, V. (2017). La función de los deberes constitucionales. Revista chilena de Derecho. 44 (1), 133-158. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000100007. Fecha de consulta: 31 mayo 2020.

THIEBAUT, C. (2007). Calamidades, intencionalidades y daños. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, 193-198. Disponible en: http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2007.30.28. Fecha de consulta: 31 mayo 2020.

VIDART, D. (2003). Sobre la dignidad humana. Montevideo: Cátedra UNESCO de De-

rechos Humanos.

Referencias normativas.

Organización Mundial de la Salud. (O.M.S.). Constitución. Disponible en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1. Fecha de consulta: 31 mayo 2020.
Organización de las Naciones Unidas. (O.N.U.). Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de Diciembre de 1948.
U.N.E.S.C.O., Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos. Declaración de Valencia. 1998. Disponible en: https://dhpedia.wikis.cc/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Responsabilidades_y_Deberes_Humanos#Contenido_de_la_Declaraci.C3.B3n. Fecha de consulta: 31 mayo 2020.
Uruguay. Ley N° 18.256. Protección del derecho al medio ambiente libre de humo y de tabaco y su consumo. Diario Oficial. 31 de marzo de 2008.
Uruguay. Ley N° 9.202. Ley Orgánica de Salud Pública. Diario Oficial. 22 de enero de 1934.

Fecha de recepción: 31 mayo 2020.
Fecha de aceptación: 20 junio 2020.

ESTUDIO COMPARADO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
COMPARATIVE STUDY OF ADMINISTRATIVE LITIGATION
ESTUDO COMPARADO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Ruben Correa Freitas**

RESUMEN. Se realiza un estudio del contencioso administrativo en el Derecho Comparado, para poder comprender la importancia y el alcance del contencioso administrativo uruguayo creado por la Constitución uruguaya de 1952, y que se mantiene en la Constitución vigente de 1967, como un sistema mixto entre el sistema judicialista de origen anglosajón y el sistema contencioso administrativo de origen francés. Asimismo, se estudia el concepto y la evolución histórica del contencioso administrativo uruguayo, analizándose las principales características de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

PALABRAS CLAVE. Constitución, contencioso administrativo, contencioso de nulidad, contencioso de plena jurisdicción, acción de nulidad.

ABSTRACT. A Comparative Law study of administrative litigation is carried out in order to understand the significance and scope of Uruguayan administrative litigation regulations created under the Uruguayan Constitution of 1952 and preserved under the Constitution of 1967 which is still in force, as a mixed system between the Judicial System of Anglo-Saxon origin and the French administrative litigation system. Furthermore, the concept and historical evolution of Uruguay's administration litigation system is reviewed, analyzing the main traits of annulment actions filed before the Administrative Litigation Court.
KEYWORDS. Constitution, administrative litigation, annulmentlitigation, full jurisdiction litigation, annulment action.

RESUMO. Realiza-se um estudo do processo contencioso administrativo no Direito Comparado para poder compreender a importância e o alcance do processo contencioso

*Profesor Titular (Grado 5) Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UDELAR). Director del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR (2017-2021). Coordinador del Área Derecho Público en la Facultad de Derecho, UDELAR. (2019-2020). Magister en Educación. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay (2019). Consejero suplente por el Orden Docente de la Facultad de Derecho, UDELAR. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas (UDE). Profesor de Derecho Constitucional de la Función Pública en la Maestría de Derecho Administrativo Económico (Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo). Profesor de Derecho Constitucional Comparado en la Maestría de Relaciones Internacionales y de la Integración (Facultad de Ciencias Jurídicas, UDE). Correo electrónico: correafr@adinet.com.uy

administrativo uruguaio criado pela Constituição uruguaia de 1952, e que mantém-se na Constituição vigente de 1967, como um sistema misto entre o sistema judicial de origem anglo-saxão e o sistema contencioso administrativo de origem francês. Adicionalmente, estuda-se o conceito e evolução histórica do processo contencioso administrativo uruguaio, fazendo uma análise das principais características do pedido de anulação perante o Tribunal do Contencioso Administrativo em Uruguai.
PALAVRAS-CHAVE: Constituição, processo contencioso administrativo, ação declaratória de nulidade de ato administrativo, contencioso de plena jurisdição, pedido de nulidade.

I.- GENERALIDADES.

La creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la Constitución uruguaya de 1952, trajo consigo un cambio muy importante en nuestro Derecho positivo, porque se adoptó un modelo similar al contencioso administrativo francés con el Consejo de Estado, pero que tiene muchas y significativas diferencias que es necesario estudiar. En efecto, en nuestro país el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene a su cargo el contencioso administrativo de anulación (Constitución, art. 309), así como el contencioso inter-orgánico y el intra-orgánico (Constitución, art. 313). Pero no tiene a su cargo el contencioso administrativo de reparación que está a cargo del Poder Judicial.

Esto revela claramente que la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Uruguay no es una competencia de "plena jurisdicción" como sucede con el Consejo de Estado en Francia, que no sólo puede anular el acto administrativo ilegítimo, sino que también puede reformarlo y disponer el pago de los daños y perjuicios correspondientes. En nuestro país, el Tribunal tiene competencia "anulatoria", porque sólo puede disponer la confirmación o la anulación del acto administrativo impugnado, sin reformarlo (Constitución, art. 310).

Pero además y tal como lo señala DELPIAZZO en nuestra doctrina "el contencioso administrativo de anulación refiere a una manifestación del control jurisdiccional de la Administración, puesto a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y limitado al juicio de legitimidad de los actos administrativos" (DELPIAZZO, 2017: 357).

Por ello, es necesario revisar siquiera someramente el Derecho Comparado en esta materia, para poder entender y comprender nuestro contencioso administrativo, sobre el que siempre se formulan juicios críticos, dada la lentitud de las acciones de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que normalmente duran un promedio de dos años, a lo que se suma posteriormente el juicio de reparación de los daños y perjuicios ante la jurisdicción ordinaria, lo que puede llevar varios años más.

La reforma al art. 312 de la Constitución de la República que se introdujo en

1997, permitiendo que la persona lesionada por un acto administrativo pueda optar entre la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o la acción de reparación de los daños y perjuicios ante la Justicia ordinaria, tampoco solucionó el problema, porque la jurisprudencia de algunos Tribunales de Apelaciones e incluso de la Suprema Corte de Justicia, en forma errónea a mi juicio, consideró que se debía agotar la vía administrativa para poder plantear la acción de reparación.

En algún momento en nuestro país, concretamente entre 1992 y 1993, se planteó la posibilidad de reformar la Constitución de la República para eliminar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y modificar la integración de la Suprema Corte de Justicia, que se integraría con Salas, una de las cuales sería de lo Contencioso Administrativo.

Pese al tiempo transcurrido desde que fue creado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en 1952, nunca se han creado los órganos inferiores previstos por el art. 320 de la Constitución de la República, es decir los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y eventualmente uno o más Tribunales de Apelaciones, con la finalidad de descentralizar y acelerar los juicios, dado que hoy en día todo está concentrado en el único Tribunal, donde hay acciones de nulidad por una licitación pública de varios millones de dólares, una clausura de un establecimiento comercial por infracciones tributarias, una destitución de un funcionario público o un concurso para cargos docentes en la Universidad de la República.

Cuando se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la Constitución de 1952, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC-COLL al estudiar las nuevas disposiciones, expresó que en la Sección XVII de la Constitución hay cuatro materias distintas, la primera de las cuales es la de los órganos jurisdiccionales en el Contencioso-Administrativo. En tal sentido, el ilustre Profesor Emérito de Derecho Constitucional expresó:

Ya no podemos decir: del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, porque la nueva Constitución no solamente prevé y dispone el inmediato establecimiento de este Tribunal, sino que prevé también la posibilidad de que la ley, por mayoría especial, llegue a establecer órganos jurisdiccionales inferiores en la materia contencioso-administrativa, subordinados al tribunal. Existe, pues, la posibilidad de que tengamos en nuestro país no solamente un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sino una jurisdicción contencioso-administrativa integrada por distintos órganos jurisdiccionales, ordenados jerárquicamente entre sí y respecto de los cuales el plano superior sería ocupado por el Tribunal. (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MAC- COLL, 1995: 592-593).

Por lo tanto es necesario reflexionar sobre este tema tan importante para la consolidación de un verdadero Estado de Derecho, como ya lo ha hecho el Colegio de Abogados del Uruguay en 2017, que creó una comisión especial para la redacción de un Proyecto de Ley para reformar el Decreto-Ley Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nº 15.524 de fecha 9 de enero de 1984, con las modificaciones posterio-

res. Pese a los esfuerzos realizados, no se encontró voluntad política para llevar a cabo esta reforma que es imprescindible en nuestro derecho.

II.- EL DERECHO COMPARADO.

El contencioso administrativo en el Derecho Comparado tiene dos sistemas básicos o fundamentales: a) el sistema judicialista, propio de los países anglosajones y que es el que rige en la mayoría de los países de América Latina, como Argentina, Brasil, Chile y México, por el que se asigna la competencia para juzgar los actos de la Administración Pública a los jueces y Tribunales del Poder Judicial; b) el sistema contencioso administrativo, que tiene su origen en Francia con la creación del Consejo de Estado en el año 1799, que se ha extendido a otros países como Italia, Bélgica, Alemania. En América Latina, los dos únicos países que tienen órganos especializados de la jurisdicción contencioso administrativa, son Uruguay con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y Colombia con el Consejo de Estado.

En tal sentido, es imprescindible estudiar la evolución del sistema contencioso administrativo en algunos países de Europa, como es el caso de Francia, Italia, Alemania y España, que tiene muchas particularidades que es necesario analizar, para posteriormente comprender el sistema contencioso administrativo creado en el Uruguay a partir de la Constitución de 1952.

II.1.- Francia.

En Francia hay una doble jurisdicción que están diferenciadas entre sí. La jurisdicción ordinaria, que está a cargo de la Corte de Casación; y la jurisdicción contencioso administrativa cuyo órgano superior es el Consejo de Estado. En otros términos, la jurisdicción ordinaria en Francia juzga los litigios entre los particulares, ya sean civiles, comerciales, laborales, de familia, así como los juicios penales en los que se imputa a una o más personas la comisión de una conducta delictiva. (DURÁN MARTÍNEZ, 2015: 525).

El Consejo de Estado francés fue creado por la Constitución del 24 Frimario del Año VIII (13 de diciembre de 1799), como heredero del Consejo del Rey, ejerciendo funciones de consejero del monarca y de instancia suprema del contencioso administrativo, mediante el sistema de "justicia retenida". El Consejo de Estado en Francia tenía originalmente la competencia en la redacción de proyectos de ley y reglamentos de la administración pública. El Consejo de Estado redactaba las sentencias, que eran dictadas formalmente por el Poder Ejecutivo.

En Francia, por Ley de 24 de mayo de 1872, se le atribuyó al Consejo de Estado la "justicia delegada", como ya había sucedido bajo la II República entre 1849 y 1851. Es decir, que se le dio la potestad de dictar sentencias en forma autónoma e independiente el

Poder Ejecutivo.

En 1953, se crean los Tribunales Administrativos, que sustituyeron a los Consejos de Prefectura y en 1987 se crearon los Tribunales o Cortes Administrativas de Apelación. La Constitución francesa de 1958, que corresponde a la V República, no menciona al Consejo de Estado como un órgano jurisdiccional, sino que en los artículos 37, 38, 39 se refiere al mismo como un órgano consultivo.

La independencia del Consejo de Estado como órgano jurisdiccional, ha sido reconocida por el Consejo Constitucional francés en sentencias de 1980 y 1987, que ha expresado que es necesario contar entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, "aquel de acuerdo con el cual, con excepción de las materias reservadas por su naturaleza a la autoridad judicial, compete en última instancia a la jurisdicción administrativa, la anulación o la reforma de las decisiones tomadas en el ejercicio de las prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los órganos públicos ubicados bajo su autoridad o su control."

En 1987, el Consejo Constitucional sostuvo la constitucionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, sosteniendo que forma parte del "bloque de constitucionalidad, afirmando que "Juzgar a la Administración es también administrar".

El Consejo de Estado en Francia nace como consecuencia de una especial interpretación que se ha hecho del principio de la separación de poderes, por el cual los jueces estarían impedidos de juzgar o de dejar sin efecto los actos administrativos del Poder Ejecutivo.

La existencia de un contencioso administrativo separado e independiente del Poder Judicial, surge con el Edicto de "Saint Germain" de 1641, promovido por el Cardenal Richelieu bajo el reinado de Luis XIII, por el que se prohibió a los jueces conocer de los asuntos del Rey. (VEDEL, 1980: 374-375).

Con la Revolución francesa, se aprobó la Ley de 16-24 de agosto de 1790, que dispuso: "las funciones judiciales son y permanecerán separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de la manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones." El Consejo Constitucional ha declarado que esta ley de 1790, integra el llamado "bloque de constitucionalidad".

Según los profesores españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la Revolución francesa introdujo dos conceptos fundamentales, que son el principio de legalidad de la acción de los poderes públicos (art. 7º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano); y el principio de libertad (art. 2º de la Declaración). Surgió así un nuevo concepto del Derecho Público, que es el concepto de "acto arbitrario", que es el acto de un agente público que no está por su competencia o por su contenido legitimado

en la Ley. El art. 11 de la Declaración francesa prescribe: "Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determine es arbitrario y tiránico; aquél contra quien se quisiese ejecutar por la violencia tiene derecho a repelerlo por la fuerza." (GARCIA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1994: 547).

El Consejo de Estado en Francia tiene 300 miembros. Hay ocho Cortes o Tribunales Administrativos de Apelación creados en 1987; y 42 Tribunales Administrativos creados en 1953.

El Consejo de Estado se integra con el Primer Ministro, el Ministro de Justicia, el Vicepresidente, seis Presidentes de Secciones, los Consejeros de Estado, los Maitres de Requétes, y los Auditores de Primera y de Segunda Clase.

En Francia, el órgano superior del Poder Judicial es la Corte de Casación. Un órgano sumamente importante es el Tribunal de Conflictos que fue creado originalmente en 1848, bajo la II República. Posteriormente, en 1872 se vuelve a crear un nuevo Tribunal de Conflictos, que tiene como finalidad laudar las contiendas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa. El Tribunal de Conflictos se integra con el Ministro de Justicia, que lo preside, tres Consejeros de Estado, tres Ministros de la Corte de Casación y otros dos miembros elegidos por los siete miembros restantes.

El contencioso administrativo francés tiene cuatro ramas fundamentales: el contencioso de anulación; el contencioso de plena jurisdicción; el contencioso de interpretación y el contencioso represivo.

El contencioso de anulación tiene por objeto la anulación de un acto administrativo, pudiendo el Juez anular total o parcialmente el acto, sin reformarlo. Se ejerce por medio del recurso por exceso de poder, que ha sido una creación pretoriana del Consejo de Estado. El recurso por exceso de poder se puede presentar por las causales de incompetencia, vicios de forma, violación de la regla de derecho o desviación de poder. En el recurso por exceso de poder, no se requiere tener un derecho subjetivo, pero sí un interés legítimo. Los efectos de la sentencia son "erga omnes" cuando se anula el acto administrativo.

El contencioso de plena jurisdicción es aquel en el que el juez tiene la potestad de anular, modificar o sustituir el acto administrativo o el contrato impugnados, así como disponer las reparaciones por los daños y perjuicios. Para promover el contencioso de plena jurisdicción se requiere tener un derecho subjetivo.

El contencioso de interpretación es aquel que tiene por objeto evacuar una consulta, con valor de cosa juzgada. Este recurso se puede interponer en forma directa o por reenvío de otra jurisdicción. Se requiere desde el punto de vista subjetivo, que quien plantee este recurso tenga un interés legítimo.

El contencioso represivo es el que tiene como finalidad la tutela de del domi-

nio público y procura la reparación de los daños causados. Por este contencioso se aplican multas. Es un contencioso poco frecuente. (DE LAUBADÉRE, 1984: 544) (MÉNY, 1998).

II.2.- Italia.

En Italia originalmente la competencia en materia contencioso administrativa estaba confiada a la justicia ordinaria. Por Ley de 31 de marzo de 1889, se le asignó al Consejo de Estado la competencia para resolver los recursos administrativos por incompetencia, violación de la ley o exceso de poder. Actualmente la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos Regionales. El Consejo de Estado italiano desde 1889, tiene competencia en materia consultiva y jurisdiccional, para la protección de los intereses legítimos de los ciudadanos.

Debe tenerse en cuenta, que de conformidad con el art. 103 de la Constitución italiana de 1947: "El Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa tendrán jurisdicción para la protección frente a la Administración Pública de los intereses legítimos y, en ciertas materias que la ley indique asimismo para la de los derechos subjetivos."

A su vez, el art. 113 de la Constitución italiana prescribe: "Contra los actos de la administración pública existe siempre tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa.

"Esa tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a ciertos medios de impugnación o para cierta categoría de actos.

"La ley determina cuáles órganos de jurisdicción pueden anular los actos de la administración pública en los casos y con los efectos previstos en la ley."

Quiere decir, pues, que en Italia la competencia de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado en materia contencioso administrativa, tiene que ver con la protección de los intereses legítimos, mientras que la jurisdicción ordinaria, cuyo órgano de mayor jerarquía es la Corte de Casación, tiene competencia para la protección de los derechos subjetivos.

La competencia de la jurisdicción administrativa comprende la llamada jurisdicción de legitimidad, la jurisdicción de mérito y la jurisdicción exclusiva.

a).- La jurisdicción de legitimidad se refiere a los recursos contra los actos administrativos, que estén viciados de incompetencia, exceso de poder o violación de la ley, que sean interpuestos por quienes tengan un interés legítimo, personal y directo.

b).- La jurisdicción de mérito tiene que ver con los recursos en los que se plantea la cuestión de legitimidad y también la de oportunidad o conveniencia, siendo una competencia de excepción.

c).- La jurisdicción exclusiva está relacionada con los recursos en los que se reclama un derecho subjetivo, siempre que la ley le haya atribuido esa competencia a los tribunales

administrativos. La materia más importante es la relacionada con los funcionarios públicos.

En síntesis, en Italia el criterio que debe utilizarse para distinguir la competencia de los tribunales de la Justicia ordinaria de los tribunales administrativos, se funda en la causa que genera la acción y en lo que se pide concretamente. En otros términos, si se invoca la lesión de un derecho subjetivo y se solicita la indemnización de los daños y perjuicios, la competencia es de la jurisdicción ordinaria. En cambio, si el reclamante afirma que tiene un interés legítimo y solicita la anulación del acto administrativo, entonces la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. (ALESSI, 1970: 586-596).

II.3.- Alemania.

En Alemania entre 1860 y 1870, cuando en Francia en 1872 y España en 1888, se estaba transformando el control por el Consejo de Estado pasando del sistema de la "justicia retenida" a las "justicia delegada", se crearon los primeros Tribunales Administrativos en varios Länder alemanes, como por ejemplo en Baden (1863), Prusia (1872-75), Hessen (1874-75), Württemberg (1876) y Baviera (1878). En primera instancia actuaban los órganos especializados de la Administración Pública, pero en última instancia intervenían los Tribunales administrativos independientes.

Debe recordarse que en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, se había consolidado la noción del Estado de Derecho desde el punto de vista formal, que comprendía elementos como la legalidad, el control judicial y la responsabilidad del Estado. Fue así como el Tribunal Administrativo de Prusia defendió un enfoque objetivo en la tutela de los derechos frente al Estado, mientras que los Tribunales Administrativos de Baden y de Württemberg, se inclinaron por la noción de Estado de Derecho y consideraron que la tutela judicial debía ser de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

En la llamada Ley Fundamental de Bonn de 1949, que es la Constitución de Alemania Federal, se optó por un sistema subjetivo en el art. 19 apartado 4, por el que se garantiza a toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, el derecho a recurrir a la vía judicial.

Posteriormente, se sancionó la Ley de Justicia Administrativa de fecha 21 de enero de 1960, por la cual se reglamentan los recursos administrativos ante la Administración Pública y los recursos ante los Tribunales Administrativos.

La estructura orgánica de la justicia administrativa en Alemania es la siguiente:

En primera instancia en los Länder, tenemos los Tribunales Administrativos. En segunda instancia, tienen competencia los Tribunales Administrativos Superiores para resolver los recursos de apelación y de queja respectivamente. Finalmente, a nivel federal tenemos la Corte Federal Administrativa, con sede en Leipzig, que tiene competencia en los recursos de casación contra las sentencias de los Tribunales Administrativos Superio-

res y en primera instancia sobre los litigios de derecho público de naturaleza no constitucional entre la Federación y los Länder y los litigios entre los Länder.

Cabe señalar, que la Corte Federal Administrativa se divide en Salas, con un Presidente de la Corte Federal, los Presidentes de las Salas y cinco jueces por cada Sala. Es designada por el Ministro Federal competente, con una comisión de elección de jueces integrada por los Ministros de los Länder competentes en sus respectivos ámbitos, y por un número igual de miembros del Bundestag.

En cuanto a los recursos, corresponde expresar que si el recurrente alega que ha sido afectado en sus derechos por un acto administrativo ilegal, puede solicitar su anulación por vía de una "acción impugnatoria". En cambio, si se trata de actos reales que no producen efectos jurídicos, pero puedan lesionar al recurrente en sus derechos, igualmente hay que interponer una "acción de prestación", en forma de una acción de abstención.

Ahora bien, si el recurrente plantea un acción contra un acto administrativo y el Tribunal Administrativo considera que la ley en que se fundamenta el acto administrativo impugnado, es inconstitucional, entonces plantea la cuestión ante la Corte Constitucional Federal, que si lo estima conveniente, anulará la ley con efectos "erga omnes", es decir con efectos generales.

En síntesis, la justicia administrativa alemana, se estructura con una Corte Federal Administrativa a nivel federal; por Tribunales Administrativos Superiores y por Tribunales Administrativos en los Länder. (SOMMERMANN, 2009: 1-20).

II.4.- España.

El sistema de contralor jurisdiccional de la actividad administrativa en España, tiene como característica principal que a lo largo de la historia ha tenido dos sistemas diferentes. Por un lado, adoptó el sistema judicialista, atribuyendo a los jueces y Tribunales del Poder Judicial el ejercicio del control contencioso de la Administración; y por otro lado, también consagró el modelo del contencioso administrativo francés, confiando a los órganos de la propia Administración el contralor jurisdiccional. En definitiva, España ha seguido una línea sinuosa, en la que, en un primer momento, tuvo un sistema judicialista puro; en un segundo momento, pasó al modelo contencioso administrativo francés; y pasó, en un tercer momento, a un sistema judicialista especializado.

El primer modelo español, es el que surge de la Constitución de Cádiz de 1812, que consagraba el principio de la separación de poderes. Así fue lo que dispuso el Decreto de las Cortes de 13 de setiembre de 1813, que encomendaba todos los negocios contenciosos de la Hacienda Pública, a los Jueces Letrados y en segunda y tercera instancia a las Audiencias respectivas.

El segundo momento en España, se produjo con las Leyes de 2 de abril y de 6 de junio de 1845, que estableció que el control contencioso de la Administración quedaba a

cargo de dos órganos administrativos colegiados: el Consejo Real en el ámbito nacional; y los Consejos Provinciales. El Consejo Real era presidido por el Presidente del Consejo de Ministros, formando parte del mismo dos de los Ministros y treinta Consejeros, nombrados por el Rey a propuesta del Gobierno. Los Consejos Provinciales eran presididos por el Jefe Político, es decir el Gobernador de la Provincia, y por tres, cuatro o cinco vocales designados por el Rey.

El tercer momento del sistema español, que consagró un sistema mixto, tuvo su origen en la llamada Ley Santamaría de Paredes de fecha 13 de setiembre de 1888, conocida así por su principal autor que fue Vicente Santamaría de Paredes. Esta nueva Ley estableció una nueva organización de los llamados Tribunales de lo contencioso administrativo, que actuaban con competencia propia, configurándose la justicia delegada.

La estructura fue la siguiente: a nivel nacional, el Tribunal de lo contencioso administrativo, integrado en el Consejo de Estado, integrado por un Presidente y once Consejeros de Estado. A nivel provincial, se constituyeron los Tribunales provinciales de lo contencioso administrativo, integrados por el Presidente de la Audiencia, dos magistrados de la misma, y dos Diputados provinciales con título letrado.

Un cuarto momento, se produjo en España con la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso de fecha 27 de diciembre de 1956, que diseñó un modelo del contencioso administrativo que se encuentra vigente hasta la fecha. La Ley de 1956 culmina el proceso de judicialización del sistema contencioso administrativo español, manteniendo la Sala de lo Contencioso Administrativo en el Tribunal Supremo. Además, suprimió los Tribunales Provinciales y en su lugar creó las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Audiencias Territoriales.

La Constitución española de 1978 confirmó la línea de Ley de 1956, conocida como LJ, especialmente con lo que afirma en el Preámbulo en donde se proclama la voluntad de la nación de "consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad general." La jurisdicción contencioso administrativa queda incluida dentro del Poder Judicial, según el art. 117 de la Constitución española.

En tal sentido, el art. 106.1 de la Constitución española de 1978, prescribe: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la Administración, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican." Debe tenerse en cuenta que según el art. 153 literal c), únicamente a "la jurisdicción contencioso administrativa" corresponde el control de la Administración de las Comunidades Autonómicas y de sus normas reglamentarias. Por último, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 24 de la Constitución española vigente, que expresa: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión." (GARCIA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 1994: 550-557).

III.- EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO URUGUAYO.

Corresponde ahora analizar el contencioso administrativo uruguayo, siendo necesario en primer lugar, comprender el alcance del concepto en la doctrina uruguaya, haciendo un repaso por las enseñanzas de los destacados Profesores de Derecho Administrativo que ha tenido la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Sobre el concepto del contencioso administrativo, enseña el más grande administrativista compatriota SAYAGUÉS LASO lo siguiente: "Es el conjunto de normas que rigen las acciones o recursos jurisdiccionales en que la administración es parte, sea como acto o demandada, es decir lo que constituye el derecho procesal administrativo en sentido amplio." (SAYAGUÉS LASO, 2010: 466).

Por su parte, Héctor GIORGI afirma que: "El contencioso administrativo está constituido por aquellas contiendas o litigios en los cuales se debaten cuestiones de derecho administrativo, o aquellas contiendas en las cuales se plantean pretensiones fundadas en preceptos de derecho administrativo." (GIORGI, 1958: 24).

Aparicio MÉNDEZ a su vez sostiene que:

En síntesis, un contencioso integral del derecho público contemporáneo debe comprender tres grandes grupos de instrumentos jurídicos: los recursos administrativos, las jurisdicciones contencioso-administrativas vinculadas a los primeros por cualquiera de las fórmulas indicadas antes y luego, más allá del campo de los derechos subjetivos, pero en defensa indirecta de ellos, la coordinación y el control, constituidos por un conjunto de procedimientos destinados inmediatamente a asegurar la juridicidad de la vida administrativa y a regular la conveniencia de sus gestión dentro del todo que es el Estado. (MÉNDEZ, 1952: 18).

En la doctrina administrativista moderna, el prestigioso Profesor de Derecho Administrativo Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO formula una definición en los siguientes términos: ´

entenderé por "contencioso administrativo" el conjunto de contiendas sometidas a resolución de un órgano jurisdiccional, regidas por Derecho Público, en las cuales es parte una entidad estatal. Restringiré todavía el tema a las contiendas en que la entidad estatal es demandada, en las cuales la acción moviliza la garantía jurisdiccional de los habitantes de la República frente al accionar del Estado. (CAJARVILLE PELUFFO, 2012: 617-618).

Desde el ámbito de la doctrina procesalista, Enrique TARIGO define al proceso contencioso administrativo de anulación de la siguiente forma:

es un proceso jurisdiccional -pero no judicial- de carácter contencioso, de conocimiento, que tiene por objeto el juzgamiento de la juridicidad de los actos administrativos cumplidos o dictados por el Estado -en sentido amplio- en el que se ejercita la pretensión de

anulación de uno de tales actos, y que puede concluir sea con la anulación del acto, sea con su confirmación, sea con la reserva de la acción de reparación patrimonial para el accionante sin la anulación del acto administrativo. (TARIGO, 1999: 9).

Sobre esta definición conceptual, aclara TARIGO los siguientes elementos que tiene: a).- Es un proceso jurisdiccional, pero no judicial; b).- es un proceso contencioso; c).- es un proceso de conocimiento; d).- cuya finalidad es el juzgamiento de la juridicidad de un acto administrativo definitivo; e).- procedente de cualquier órgano del Estado, f).- en el que se ejercita una pretensión de anulación; g).- cuya sentencia puede tener un triple contenido.

Sin embargo, DURÁN MARTÍNEZ desde el ángulo del Derecho Administrativo, observa con razón que esta definición de TARIGO es descriptiva, pero que hay que tener en cuenta que cuando el acto impugnado es de efectos generales, la anulación dispuesta puede a veces tener efectos sólo en esa causa, por lo que más que de una anulación, se está ante una desaplicación de una norma general a un caso concreto, de manera similar con la declaración de inconstitucionalidad de una ley dispuesta por la Suprema Corte de Justicia. Por ello, propone una definición de contencioso administrativo más esencial, que es la siguiente: "el contencioso administrativo de anulación es un litigio que se dilucida a través de un proceso por el que se procura la anulación o, según los casos, la desaplicación de un acto administrativo." (DURÁN MARTÍNEZ, 2015: 20).

IV.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO URUGUAYO.

En lo que se refiere a la evolución histórica del contencioso administrativo uruguayo, se pueden señalar tres períodos fundamentales, en los que se puede observar claramente cómo en forma gradual se fue pasando de un sistema orgánico judicialista a un sistema orgánico mixto. En tal sentido, debemos destacar los siguientes períodos: a) Primer período desde 1830 hasta 1934. b) Segundo período desde 1934 hasta 1952. c) Tercer período desde 1952 hasta la fecha.

a).- La Constitución de 1830 consagró un Estado unitario y centralizado, en base al principio de la separación de los tres Poderes del Estado. Se consideró que los tribunales del Poder Judicial tenían competencia para conocer en las acciones que los particulares dedujesen contra la Administración Pública y también de ésta contra aquéllos.

Se sancionaron diversas leyes estableciendo procedimientos especiales para la impugnación de ciertos actos administrativos, que a veces de denominaron apelaciones, como es el caso de los ferrocarriles que ante las resoluciones del Poder Ejecutivo se apelaba directamente ante la Suprema Corte de Justicia; o en materia jubilatoria que se admitía el recurso de apelación ante el Juzgado de Hacienda.

En el año 1892 se creó el Juzgado Nacional de Hacienda, con competencia en primera instancia en todos los litigios relacionados con la hacienda pública. En segunda y tercera instancia tenían competencia los Tribunales de Apelaciones y la Suprema Corte de Justicia. En 1933 se creó un segundo Juzgado de Hacienda y en 1938 un tercer Juzgado. El criterio predominante en la doctrina y en la jurisprudencia fue que estos Juzgados tenían competencia para declarar la ilicitud de los actos y de los hechos de la Administración y para condenarla al pago de los daños y perjuicios. Pero no se admitió que estos Juzgados de Hacienda pudieran anular actos administrativos, dictar órdenes a la Administración o suspender la ejecución de los actos, salvo texto expreso de la ley.

b).- El Código de Organización de los Tribunales (C.O.T.) de 1934, amplió la competencia de los Juzgados de Hacienda en el famoso art. 100. Prescribía el art. 100 del C.O.T. lo siguiente:

"Art. 100.- Los Jueces Letrados Nacionales de Hacienda conocerán:

1º.- En primera instancia judicial:

a).- De todas las demandas que en lo principal se relacionen directamente con la Hacienda Pública, sin más excepciones que las de los incisos 4º y 5º del artículo 90, las de los juicios por infracciones aduaneras que se inicien ante la Dirección General de Aduanas y cuya cuantía exceda de quinientos pesos y las de aquellos que leyes especiales cometan en primera instancia al conocimiento de los Jueces de Paz del departamento de la Capital o de los Jueces Letrados de primera instancia de los demás departamentos.

Se reputarán comprendidos en la Hacienda Pública, a los efectos de esta disposición, los patrimonios del Estado, Municipios y Entes Autónomos.

b).- En todos los juicios no cometidos expresamente a dichos Jueces de instancia o de Paz en que, siendo actores o demandados personas de derecho público sean de derecho público las cuestiones comprometidas en el debate, o las normas de cuya aplicación se trate, o los actos o contratos a que se refiera la contienda o cuyo cumplimiento o inejecución la hayan motivado o las responsabilidades que se exijan."

La casi totalidad de los litigios contra el Estado fueron a la jurisdicción de hacienda. El art. 100 del COT prescribía que los Juzgados de Hacienda eran competentes en primera instancia en todas las demandas que en lo principal se relacionen directamente con la Hacienda Pública; y además en todos los juicios en que, siendo actores o demandados personas de derecho público, las cuestiones litigiosas sean también de derecho público (TARIGO, 1972: 128 y ss.). El COT fue derogado por el Decreto-Ley Nº 15.464 de 19 de setiembre de 1983, llamado "Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales", sustituido a su vez por la Ley Nº 15.750 de fecha 24 de junio de 1985.

La Constitución de 1934 disponía que el legislador estableciera el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, independiente del Poder Judicial, con competencia para conocer en las demandas de anulación de resoluciones ilegales de la Administración. Per-

mitía que la ley ampliase la competencia atribuyendo la plena jurisdicción al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La Constitución de 1942 reiteró la solución de 1934, lo que no se concretó en la realidad hasta que fue creado por la Constitución de 1952.
c).- La Constitución de 1952 creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como un órgano independiente, que está al mismo nivel que los Poderes del Estado, siendo un órgano de creación constitucional como son la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas. Se dispuso la integración con cinco miembros, designados en la misma forma que los miembros de la Suprema Corte de Justicia, es decir por dos tercios de la Asamblea General. Se estableció en dicha Constitución de 1952, que la acción de nulidad es un requisito previo para la acción de reparación, en lugar de ser una opción, lo que se mantuvo en la Constitución uruguaya de 1967, hasta que en la Reforma Constitucional de 1997 se reformó el art. 312 de la Constitución, admitiéndose que el lesionado por un acto administrativo puede optar entre promover la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o la acción de reparación de los daños y perjuicios ante la jurisdicción que la ley determine.

V.- CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO URUGUAYO.

En lo que se refiere a las características principales del contencioso administrativo uruguayo, en la doctrina nacional, MÉNDEZ criticó la denominación de "Tribunal de lo Contencioso Administrativo" diciendo lo siguiente:
Basta este título para poner de manifiesto la diferencia entre el régimen que se pensó crear y el que en definitiva quedó establecido. En efecto, lo contencioso administrativo, como acabamos de verlo, se integra por un conjunto de jurisdicciones en el que podrá darse señalado papel a la anulatoria, pero de ninguna manera el de sustituir a las demás. Más allá del texto de la Carta Política queda como verdad científica innegable la existencia de las otras jurisdicciones, cualquiera sea el Poder en que se encuentren. La Sección, pues, no abarca, como pretenciosamente quiere su nombre, lo contencioso administrativo, sino principalmente la jurisdicción anulatoria. (MENDEZ, 1952: 65).

Quien también fuera Profesor de Derecho Administrativo Héctor GIORGI en la Facultad de Derecho, afirma sobre este tema: "Por lo tanto, bajo el actual sistema constitucional, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo jamás tendrá competencia absoluta en la materia contencioso administrativa."

"La denominación de la Sección XVII de la Constitución y la del referido Tribunal exceden, como lo ha señalado la doctrina nacional, la materia objeto de su reglamentación en la referida Sección y la competencia que ejerce la mencionada Corporación." (GIORGI, 1958: 61).

De lo expuesto anteriormente, surge que: a).- en primer lugar, tenemos un sistema de doble jurisdicción en lo contencioso administrativo. El ejercicio de la función jurisdiccional es en principio privativa del Poder Judicial, salvo excepción expresa; b).- en segundo lugar, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano creado por la Constitución, independiente del Poder Judicial y de la Administración. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer las demandas de nulidad de los actos administrativos.

El art. 312 de la Constitución de 1952 y de la Constitución de 1967 preveía que la ley pudiera ampliar la competencia del Tribunal, atribuyéndole el contencioso de reparación. La Reforma Constitucional de 1997 modificó la redacción, previendo que la acción de reparación se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine. Esto ha dado lugar a dudas, en cuanto a saber si es posible o no que por ley se amplíe la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, asignándole el contencioso de reparación. Considero que no sólo es posible sino que es deseable que así sea. No tengo dudas que el art. 312 de la Constitución, en la redacción dada por la Reforma Constitucional de 1997, habilita a la ley para atribuir al Tribunal el contencioso reparatorio. El texto es claro y no deja lugar a dudas.

Corresponde señalar también que la Constitución de la República en el art. 320, prevé que la ley sancionada por tres quintos del total de componentes de cada Cámara, podrá crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa. Esta disposición, que tiene su origen en la Constitución de 1952, no ha sido aplicada por el legislador nacional. El art. 320 de la Constitución en el inciso segundo, prevé que "estos órganos serán designados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo que disponga la ley sobre la base de las disposiciones que se establecen para el Poder Judicial y estarán sometidos a su superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica."

Quiere decir, pues, que el legislador puede crear Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, así como Tribunales de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo. De esta forma, se solucionaría uno de los graves problemas que tiene el sistema actual, donde hay una concentración excesiva en el Tribunal, lo que permitiría tener Juzgados en los Departamentos del Interior del país. Por lo menos, habría que pensar en tener Juzgados por regiones, como por ejemplo norte, litoral oeste, este, noreste y centro, para lograr descentralizar la jurisdicción contencioso administrativa.

También puede plantease la duda en cuanto a la competencia a asignar a los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo. En otros términos, se duda si sólo se les podría asignar la competencia en el contencioso administrativo de reparación, o en cambio si se les puede asignar la competencia anulatoria de los actos administrativos. En este caso, considero que la ley podría distinguir entre asuntos que pueden o deben de ser

competencia originaria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como por ejemplo licitaciones públicas, contratos de la Administración y cuestiones tributarias que superen determinados montos. En la medida en que el constituyente le asignó al legislador la competencia para crear órganos inferiores de la jurisdicción contencioso-administrativa, a mi juicio tanto los Juzgados como los Tribunales que se puedan crear, podrán tener la competencia anulatoria de actos administrativos ilegítimos. En estos casos, tendremos el recurso de apelación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo si no se crean los Tribunales de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, o en su caso, el recurso de casación.

En tercer lugar, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene la competencia en el contencioso interadministrativo y en el contencioso intra-orgánico, previsto en el art. 313 de la Constitución de la República. En este sentido, el Tribunal es competente para entender en las contiendas de competencias fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, así como también en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos. Así, por ejemplo, si se produce una contienda de competencia entre dos Entes Autónomos sobre quién tiene la competencia para la realización de determinado cometido estatal; o si la contienda es entre el Poder Ejecutivo y un Gobierno Departamental por la delimitación de las competencias establecidas en la ley. Este es el llamado contencioso interadministrativo.

Pero, además, en el inciso segundo del art. 313 de la Constitución uruguaya vigente, se prevé el contencioso intra-orgánico, que es el caso en que se produzcan contiendas o diferencias entre los miembros de las Juntas Departamentales, Directorios o Consejo de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano. Un ejemplo de ello es cuando en el Directorio de un Ente Autónomo o de un Servicio Descentralizado, se produce un desacuerdo sobre el quórum requerido para la aprobación de un reglamento o de una resolución de acuerdo con la Ley Orgánica respectiva.

En cuarto lugar, en lo referente a la competencia del Poder Judicial en materia contencioso administrativa, corresponde afirmar que todos los órganos del Poder Judicial, tales como los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil de Montevideo, Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior, Juzgados de Paz Departamentales de Montevideo y Juzgados de Paz del Interior, tienen competencia en materia contencioso administrativa, con exclusión del contencioso administrativo anulatorio que es privativo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Constitución, art. 309).

En Montevideo, la competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo se refiere a expropiaciones, acciones de amparo contra

entidades estatales y el contencioso de reparación. Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil tienen competencia residual, como por ejemplo, problemas de reclamaciones de créditos, como por ejemplo la reclamación de los sueldos retenidos mientras un funcionario estuvo ilegítimamente separado del cargo; las reclamaciones de diferencias de montos jubilatorios.

VI. LA ACCIÓN DE NULIDAD.

La acción de nulidad es un juicio entre partes que se tramita ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El actor es un sujeto que ha sido lesionado en su derecho subjetivo o en su interés directo, personal y legítimo. El interés legítimo en la Constitución uruguaya, es la situación en la que se encuentra una persona que pretende de la Administración un comportamiento que le es favorable, pretensión que puede ser legítimamente satisfecha o no serlo. Sólo habrá una lesión al interés legítimo de una persona, cuando hay un comportamiento administrativo contrario al derecho objetivo.

El demandado siempre es una persona jurídica estatal, a la que pertenece el órgano que dictó el acto administrativo cuya declaración de nulidad pretende el acto. Como se sabe, la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo comprende los actos administrativos contrarios a derecho o dictados con desviación de poder, por cualquier órgano del Estado (Constitución, art. 309).

La acción de nulidad no se dirige en calidad de demandado contra el beneficiario del acto administrativo, el que puede comparecer como tercerista. Así, por ejemplo, si el acto administrativo es el ascenso de un funcionario a un cargo superior en un Ministerio, Ente Autónomo o Servicio Descentralizado; o si el acto administrativo es dictado por la Facultad de Derecho de Udelar disponiendo la designación de un profesor que ha ganado el concurso, la acción de nulidad se entabla contra el órgano que dictó el acto administrativo, no contra el funcionario ascendido o contra el profesor designado por concurso. En todos estos casos, el funcionario ascendido o el profesor designado, podrán comparecer como terceristas en el juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

VI.1.- Condiciones de admisibilidad de la acción de nulidad.

En lo que se refiere a las condiciones de admisibilidad de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debemos decir que son tres: a) el agotamiento de la vía administrativa; b) el accionamiento en plazo; c) la impugnabilidad del acto administrativo.

a) El agotamiento previo de la vía administrativa. De conformidad con lo prescripto por el art. 319 de la Constitución de la República, la acción de nulidad no se puede

ejercer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si previamente no se agotó la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes previstos en el art. 317 de la Constitución. El agotamiento de la vía administrativa se producirá cuando el administrado haya sido notificado de la resolución expresa de la Administración, o cuando hayan vencido los plazos que tiene la Administración para resolver los recursos administrativos, que es de ciento cincuenta días en el caso del recurso de revocación; de doscientos días si se trata de los recursos de revocación y jerárquico; o en su caso de reposición y apelación en el ámbito de los Gobiernos Departamentales; y de doscientos cincuenta días cuando se interpusieron conjuntamente los recursos de revocación, jerárquico y de anulación en subsidio ante el Poder Ejecutivo, en el caso de actos administrativos dictados por órganos inferiores de los Servicios Descentralizados (art. 5º de la Ley Nº 15.869 de fecha 22 de junio de 1987, en la redacción dada por el art. 41 de la Ley Nº 17.292 de fecha 25 de enero de 2001; art. 147 del Decreto Nº 500/991 de fecha 27 de setiembre de 1991 actualizado)

b) El accionamiento en plazo. La acción de nulidad se debe interponer dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del acto expreso que pone fin a la vía administrativa o de la configuración de la denegatoria ficta, so pena de configurarse la caducidad, de conformidad con lo establecido por el art. 319 de la Constitución de la República y el art. 9º de la Ley Nº 15.869 de fecha 22 de junio de 1987.

c) La impugnabilidad del acto administrativo. Para que pueda promoverse la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es imprescindible que el acto administrativo sea impugnable. De conformidad con el art. 26 del Decreto-Ley Nº 15.524 de fecha 9 de enero de 1984, en la redacción dada por el art. 1º de la Ley Nº 15.869 de fecha 22 de junio de 1987, no pueden ser objeto de la acción anulatoria, los actos de gobierno. Además, según el 27 del mencionado Decreto-Ley Nº 15.524 tampoco pueden ser objeto de la acción anulatoria los actos que se emitan denegando los reclamos por cobro de pesos, indemnización de daños y perjuicios que tienen su causa en un hecho precedente de la Administración; aquellos actos que desestimen la devolución de las cantidades de dinero que reclaman los interesados por entender que han sido indebidamente pagadas; los actos que desestimen las peticiones de los interesados que tiendan al reconocimiento de compensaciones de adeudos, imputación de sus créditos a pagos futuros o reclamos similares; y los actos que estén regulados por el derecho privado.

Corresponde agregar de acuerdo con el art. 198 inciso cuarto de la Constitución de la República, no son impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, las remociones o destituciones de los miembros de los Directorios de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados, dispuestas por el Poder Ejecutivo en base a las facultades de contralor previstas en los arts. 197 y 198 de la Constitución.

Es importante tener en cuenta esta aclaración que formula GIORGI sobre la com-

petencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la acción de nulidad de actos administrativos: "El examen de la justicia, conveniencia, oportunidad o mérito del acto, desborda su competencia, en tanto dichos elementos no integran la juridicidad o legalidad del mismo, y su consideración se libra a la discrecionalidad de la Administración." (GIORGI, 1958: 195).

En lo que se refiere a la desviación de poder, como una de las causales para disponer la anulación de un acto administrativo, sostiene el autor compatriota citado:

existe desviación de poder cuando el acto administrativo ha sido dictado en consideración a un fin distinto -sea de interés público o privado- a aquel que se tuvo en vista al conferirse los poderes jurídicos a la Administración. El acto no se ajusta al fin propio o específico del servicio (GIORGI, 1958: 211).

En definitiva, hay desviación de poder cuando hay una traición al fin, que es uno de los elementos esenciales del acto administrativo. Así, por ejemplo, si se sanciona a un funcionario porque presuntamente cometió una falta administrativa, cuando en realidad lo que se está encubriendo es una persecución política, ideológica, gremial o de otra naturaleza.

VI.2.- El trámite procesal de la acción de nulidad.

Debe destacarse que todo el trámite procesal de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es escrito. Las etapas procesales son las siguientes:

1.- DEMANDA: la demanda debe ser presentada por escrito ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dentro de los sesenta días de agotada la vía administrativa, so pena de caducidad. Es imprescindible en el escrito de demanda, como primer punto a desarrollar, detallar la forma cómo se agotó la vía administrativa desde que se notificó personalmente el acto administrativo impugnado, o si fue publicado en el "Diario Oficial"; así como el o los recursos interpuestos con la fecha precisa, con la fecha en que se produjo la resolución expresa de la Administración rechazando el o los recursos interpuestos, o en su caso, la fecha en que se produjo la denegatoria ficta.

2.- CONTESTACIÓN: la contestación de la demanda, que siempre estará a cargo de un órgano público estatal, debe ser hecha en un plazo de veinte días a partir de la notificación personal. La Administración siempre solicita una prórroga de diez días para contestar la demanda, lo que está contemplado en la ley, por lo que en los hechos la contestación de la demanda se hace dentro de los treinta días de notificada.

3.- APERTURA DE UN PERÍODO DE PRUEBA: una vez contestada la demanda, el Tribunal abre el juicio a prueba, por el término de sesenta días corridos. Dentro de los primeros veinte días, se debe presentar escrito de prueba por cada una de las partes. Dentro de los diez días siguientes, se puede presentar escritos ofreciendo contraprueba de la ofrecida por la parte contraria. Dentro de los treinta días siguientes, se debe producir la prueba ofrecida, con el libramiento de oficios, la declaración de testigos, etc.

4.- ALEGATOS: culminado el período de prueba y certificada la misma, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo decreta que aleguen las partes por su orden, para lo cual cada parte dispone de un plazo de quince días hábiles.

5.- INFORME DEL PROCURADOR DEL ESTADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: una vez presentados los alegatos de bien probado por las partes, se procede a dar vista al Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien dará su dictamen por escrito, no siendo vinculante para el Tribunal. En los juicios sobre destitución de funcionarios públicos, sanciones a funcionarios, promociones o ascensos, es decir en todo lo relacionado con la carrera administrativa, se solicita además el asesoramiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

6.- SENTENCIA DEFINITIVA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: la sentencia del Tribunal puede confirmar o anular el acto administrativo impugnado, sin reformarlo. Los efectos de la Sentencia en general son en el caso concreto, pero el Tribunal puede declarar la nulidad del acto administrativo en interés de la regla de derecho o de la buena administración, en cuyo caso producirás efectos generales y absolutos, conforme lo prevé el inciso segundo del art. 311 de la Constitución de la República. Así, por ejemplo, el Tribunal en Sentencia Nº 279 de fecha 6 de mayo de 2010, anuló un acto administrativo del Directorio del Banco de la República Oriental del Uruguay de fecha 8 de febrero de 2006, por el que se dispuso que se debía registrar en la ficha carrera del funcionario, las acciones o juicios contra el Ente.

VI.3.- La Sentencia definitiva.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es juez de la legalidad de los actos administrativos, por lo que no juzga el mérito, la oportunidad o la conveniencia de un acto emitido por la Administración. La Sentencia dictada por el Tribunal se hace en ejercicio de la función jurisdiccional y produce cosa juzgada.

a) El contenido de la sentencia. La sentencia del Tribunal sólo puede confirmar o anular el acto administrativo, sin reformarlo. No obstante, en los Considerandos de la sentencia el Tribunal puede dar pautas o criterios a la Administración en cuanto a la forma de resolver los asuntos, para evitar incurrir en ilegitimidades o para la buena Administración.

b) Las causales de anulación. Las causales de anulación están previstas en el art. 309 de la Constitución de la República, esto es que el acto administrativo sea contrario a derecho o que se haya dictado con desviación de poder. El art. 23 del Decreto-Ley Nº 15.524 se refiere a desviación, abuso o exceso de poder.

La "desviación de poder" afirma CAJARVILLE PELUFFO existe "siempre que el "fin querido" por la voluntad de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el "fin debido" impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto." (CAJARVILLE PELUFFO, 2012: 633).

En cambio "abuso o exceso de poder" según CAJARVILLE PELUFFO existirá toda vez "que el acto, apreciado objetivamente, no sea adecuado a los motivos por los que se dictó, o no sea idóneo para lograr el "fin debido" impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto". (CAJARVILLE PELUFFO, 2012: 633).

c) Intereses en atención a los cuales la sentencia puede anular el acto impugnado. En primer lugar, la sentencia puede dictarse para amparar o proteger el derecho subjetivo del demandante. En segundo lugar, la sentencia puede dictarse en interés de la regla de derecho o de la buena administración.

d) Eficacia subjetiva de la sentencia. En lo que se refiere a la eficacia subjetiva de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debemos tener en cuenta el art. 311 de la Constitución de la Constitución de la República, que establece lo siguiente:

Artículo 311. Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.

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

En este sentido, debemos tener en cuenta que en el art. 309 inciso tercero de la Constitución, se consagran los requisitos de la legitimación del actor, es decir que tiene que ser titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.

En el art. 310 de la Constitución de la República, se establecen las mayorías necesarias para que el Tribunal pueda anular el acto administrativo. En tal sentido, el inciso segundo del art. 310 requiere simple mayoría de los cinco miembros del Tribunal para anular un acto administrativo que lesione un derecho subjetivo. En cambio, en el inciso tercero del art. 310 de la Constitución, se requieren cuatro votos conformes para los demás casos, es decir cuando hay violación de un interés legítimo. Cuando hay lesión de un interés legítimo, pese a que el Tribunal puede confirmar el acto administrativo, por tres votos conformes puede reservar a la parte demandante la acción de reparación.

En el art. 311 de la Constitución de la República, a su vez, establece los dos casos en que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede anular el acto administrativo impugnado en atención a los intereses afectados y el alcance subjetivo de la anulación en uno y otro caso.

Es importante señalar lo que enseña CAJARVILLE PELUFFO sobre el alcance del art. 311 de la Constitución de la República, expresando lo siguiente:

los términos de la dicotomía del art. 311 no parece necesariamente excluyentes, como sí ocurre con los del art. 309. Si la situación del actor lesionada no configura un derecho subjetivo y sin embargo está legitimado para promover la acción, necesariamente será un "interés legítimo", además personal y directo; la hipótesis está necesariamente fuere el

inciso 1º del art. 311. Pero en cambio, si el actor fue lesionado en un derecho subjetivo, ese es precisamente el interés directamente tutelado por la norma, en la expresión constitucional el "interés de la regla de derecho" contrariada en el caso, con lo cual la locución constitucional tiene un alcance más amplio y comprensivo que la sola situación de interés legítimo. Cuando la norma violada por el acto impugnado confiera derechos subjetivos no solo al actor sino también a otros sujetos en similares situaciones, el "interés de la regla de derecho o de la buena administración" puede justificar la anulación con "efectos generales y absolutos. Las hipótesis del art. 311 no se excluyen recíprocamente (CAJARVILLE PELUFFO, 2012: 638).

d) Eficacia sustancial de la sentencia anulatoria. La sentencia por la que se declara la anulación de un acto administrativo, consiste en la supresión definitiva de sus efectos con retroactividad al momento de su perfeccionamiento. En otros términos, si un funcionario fue destituido por la Administración, la sentencia anulatoria retrotrae sus efectos a la fecha en que se dictó el acto administrativo impugnado. Es como si nunca hubiera sido dictado ese acto administrativo de destitución del funcionario, habrá que restituirlo al cargo y abonarles todos los haberes que le hubieran correspondido cobrar durante ese tiempo entre la resolución que dispuso la sanción de destitución y la fecha del efectivo reintegro al cargo.

VII.- CONCLUSIONES.

El análisis realizado para estudiar el contencioso administrativo en el Derecho Comparado y en nuestro país, revela claramente la necesidad de introducir reformas a corto plazo, con la finalidad de modernizar y descentralizar un sistema que ya ha quedado obsoleto con el tiempo.

Tenemos un sistema orgánico mixto de lo contencioso administrativo, que no funciona con la agilidad y eficiencia que requiere un Estado moderno. La repartición de competencias entre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Poder Judicial, perjudica notoriamente a los administrados. Genera caos y confusión, por lo que hay que promover cambios en bien de la Justicia y del Derecho.

Han transcurrido casi setenta años de la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y no hemos sido capaces de introducir cambios que permita la consolidación plena del llamado Estado de Derecho democrático y social. La Administración debe estar controlada, más aún cuando cada vez asume mayores competencias y cometidos, avasallando los derechos y libertades de los ciudadanos.

Se hace necesario e imprescindible contar con un sistema contencioso administrativo ágil, eficiente y moderno, al que puedan acceder todos los ciudadanos del país, terminando con una fuerte e injusta centralización en Montevideo de un solo Tribunal,

que está desbordado por la cantidad de expedientes tramitados, así como por la diversidad de temas y materias, muchas veces de escasa significación desde el punto de vista económico, pero que tienen mucha importancia para cada uno de los administrados.

El tiempo que lleva un juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo posiblemente le sirva a los gobernantes de turno, porque los errores y las injusticias cometidas, serán resueltas en otra Administración. Pero no sólo es una injusticia para los administrados, para los ciudadanos, sino que es sobre todo, una afrenta al Estado de Derecho.

BIBLLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ALESSI, R. (1970), Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo II. Barcelona: Ed. Bosch.

CAJARVILLE PELUFFO, J. P. (2012). Sobre Derecho Administrativo. Tomo II. Montevideo: F.C.U.

CAJARVILLE PELUFFO, J. P. (2016). Recursos Administrativos. Montevideo: F.C.U.

DE LAUBADÉRE, A. (1984). Traité de Droit Administratif. Tomo I. París: Libraire Générale de Droit et Jurisprudence.

DELPIAZZO, C. (2017). Derecho Administrativo General. Volumen 2. Montevideo: Ed. Amalio Fernández.

DURÁN MARTÍNEZ, A. (2015). Contencioso Administrativo. Montevideo: Ed. Amalio Fernández.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1994). Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Ed. Civitas.

GIORGI, H. (1958). El Contencioso Administrativo de Anulación. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA MC-COLL, J. (1995). La Constitución de 1952. Montevideo: Cámara de la Cámara de Senadores.

MÉNDEZ, A. (1952). Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo. Montevideo: Biblioteca de "Revista de Derecho Público y Privado.

MÉNY, I. (1998). El sistema político francés. París: La documentation française.

SAYAGUÉS LASO, E. (2010). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Montevideo: F.C.U.

SOMMERMANN, K.P. (2009). El papel de la Ley Alemana de la Justicia Administrativa para la realización del Estado de Derecho. En ABERASTURY, P. (Coordinador), La Ley de la Justicia Administrativa Alemana. (1-20). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

TARIGO, E. (1999). Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación. Montevideo: F.C.U.

TARIGO, E. (1972). Estudios sobre el Código de Organización de los Tribunales. Montevideo: F.C.U.

VEDEL, G. (1980). Derecho Administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Normas.
Uruguay. Ley N° 17.292. Ley de Urgencia. Administración Pública y Fomento y Mejoras del Empleo. Diario Oficial: 29 de enero de 2001.

Uruguay. Ley N° 15.869. Recursos administrativos. Diario Oficial: 2 de julio de 1987.

Uruguay. Ley N° 15.750. Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales. Diario Oficial: 8 de julio de 1985.

Uruguay. Decreto-Ley N° 15.524. Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial: 30 de enero de 1984.

Uruguay. Decreto-Ley N° 15.464. Derogación a la Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales. Diario Oficial: 30 de septiembre de 1983.

Uruguay. Decreto N° 500/991. Aprobación del Procedimiento Administrativo y Disciplinario aplicable al Funcionario Público de la Administración Central. Diario Oficial: 3 de octubre de 1991.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS, PETICIONES Y PROCEDIMIENTOS EN TIEMPOS DE COVID-19: PRIMEROS COMENTARIOS A LA LEY Nº 19.879

ADMINISTRATIVE APPEALS, PETITIONS AND PROCEDURES IN TIMES OF COVID-19: FIRST COMMENTS TO LAW No. 19,879

RECURSOS ADMINISTRATIVOS, SOLICITAÇOES E PROCEDIMENTOS NOS TEMPOS DO COVID-19: PRIMEIROS COMENTÁRIOS Á LEI Nº 19.879

Rodrigo Díaz Inverso

RESUMEN. Las relaciones entre la Administración y los administrados se han visto notoriamente afectadas por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. La Ley Nº 19.879 de 30 de abril de 2020 procuró brindar las garantías suficientes a los particulares a efectos de evitar que la pandemia provocara una indefensión en materia de recursos y peticiones administrativas, así como otros aspectos referidos a los procedimientos administrativos. Se analiza el ámbito de aplicación del texto legal y las distintas soluciones normativas que surgen del mismo.

PALABRAS CLAVES. Recursos. Peticiones. Procedimiento administrativo. Feria judicial extraordinaria. Plazos.

ABSTRACT. Relationships between the Administration and the people have been notoriously disturbed due to the health crisis caused by COVID-19. Law No. 19,879 enacted on April 30, 2020 sought to provide specific guarantees in order to prevent the pandemic from causing defenselessness in terms of administrative petitions and appeals, as well as other aspects related to administrative procedures. The scope of the legal text and different regulatory solutions arising thereof are analyzed.

KEY WORDS. Appeals. Petitions. Administrative procedures. Extraordinary judicial recess. Terms.

RESUMO. As relações entre a administração e os administrados foram notoriamente afetadas pela crise de saúde causada pelo COVID-19. A Lei nº 19.879, de 30 de abril de 2020, procurou fornecer garantias suficientes às pessoas, a fim de evitar que a pandemia

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Master en Derecho orientación Derecho Internacional Público. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Administrativo, por la Universidad de la República. Mail: rodrigodiazinverso@hotmail.com

cause indefesa em termos de recursos e solicitações administrativas, além de outros aspectos relacionados aos procedimentos administrativos. O escopo do texto jurídico e as diferentes soluções regulatórias dele decorrentes são analisados.

PALAVRAS - CHAVES. Recursos. Solicitações. Procedimento Administrativo. Feira judicial extraordinária. Prazos.

I. INTRODUCCIÓN.-

En el marco de la pandemia originada por el COVID-19, el 30 de abril de 2020 se promulgó la Ley Nº 19.879 (en adelante la "Ley") de "Declaración de Feria Judicial Extraordinaria y suspensión de plazos procesales".

En el presente, comentaremos brevemente las disposiciones que refieren a los plazos para interponer recursos administrativos y resolver peticiones por parte de la Administración, así como otras cuestiones que hacen a los procedimientos administrativos.

Al respecto, debemos partir de la base de que la regulación de los procedimientos administrativos es una materia que la Constitución (artículo 318) asigna en forma compartida a la ley y al reglamento (CAJARVILLE PELUFFO, 2008a). Si bien tradicionalmente ha sido regulado por la vía reglamentaria (el Decreto Nº 500/991 y sus antecesores en el ámbito del Poder Ejecutivo y una multiplicidad de reglamentos similares en el ámbito de los restantes sistemas orgánicos, gobiernos departamentales y administraciones descentralizadas por servicio), al sancionarse una ley en sentido orgánico-formal, sus soluciones primarán por sobre las previstas en actos administrativos, en la medida en que no sean compatibles.

II. RECURSOS Y PETICIONES.-

a) El plazo para interponer recursos administrativos

El plazo de 10 días, previsto en el artículo 317 de la Constitución, en el artículo 4 de la Ley Nº 15.869 de 22 de junio de 1987 y el artículo 142 del Decreto Nº 500/991, se cuenta en días corridos y si vence en día inhábil, el vencimiento acaecerá el día hábil inmediato siguiente. El plazo se suspende en las Ferias Judiciales y la Semana de Turismo.

La innovación de la Ley consiste en declarar suspendidos los plazos de interposición de

los recursos desde el 14 de marzo (día siguiente al Decreto Nº 93/020, mediante el cual el Poder Ejecutivo declaró la emergencia sanitaria) y "por el término de duración de la Feria Judicial Extraordinaria".

Cuatro aspectos de la solución legal entendemos necesario resaltar.

En primer lugar, que la solución debe considerarse ajustada a la Constitución, en la medida en que se ha entendido que el plazo de 10 días es un plazo mínimo, garantizado por la Carta, pero que puede resultar mayor si la ley así lo dispone (DURÁN MARTÍNEZ, 2007). De hecho, las suspensiones por las Ferias Judiciales ordinarias, la Semana de Turismo o el hecho de que si el plazo vence en día inhábil se prorrogue al día hábil inmediato siguiente, son hipótesis de extensión del plazo que se han admitido desde siempre pacíficamente, incluso por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

En segundo lugar, que en materia de recursos administrativos, el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley comprende a todos los órganos públicos, estatales o no. Por lo tanto, todo órgano estatal que dicte un acto en ejercicio de función administrativa, cualquiera sea la persona jurídica estatal a la que pertenezca, quedará comprendido dentro de sus disposiciones, así como también las personas públicas no estatales.

Cabe destacar respecto al ámbito objetivo de aplicación de la Ley, que el artículo 4 literal a), refiere a la interposición de recursos contra "las resoluciones", lo que podría dar lugar a interpretar que sólo comprende a las resoluciones en sentido estricto, esto es, los actos administrativos de efectos particulares y concretos, según la definición de la dogmática que es recogida en el artículo 120 del Decreto Nº 500/991. De adoptarse esa solución, quedarían por fuera de la suspensión de los plazos los recursos administrativos contra los reglamentos, en tanto no ingresan dentro del concepto técnico de "resoluciones".

Sin embargo, la generalidad de la norma, su finalidad claramente tuitiva del derecho de las personas a recurrir los actos administrativos y acceder a la jurisdicción, así como la pauta de interpretación que brinda el artículo 6 de la Ley, nos lleva a sostener que la utilización del término "resoluciones" debe tomarse en este caso como sinónimo de acto administrativo, abarcando todas sus especies.

Por otra parte, el artículo 4 contiene una pauta general en su acápite (en la cual se refiere a la suspensión de "todos los plazos establecidos para los procesos en los que se pretende la anulación de actos dictados por personas públicas estatales y no estatales") siendo el literal "a" una concreción de esa disposición general, con fines fundamentalmente acla-

ratorios. En consecuencia, aunque entendiéramos que el literal "a" refiere únicamente a actos subjetivos y particulares ("resoluciones"), la redacción amplia del acápite ("actos") nos lleva a reafirmar la conclusión de que los reglamentos también quedan comprendidos dentro de la suspensión.

En tercer lugar, que se dispuso una suspensión, razón por la cual el plazo no se interrumpió y los días que hubieren corrido con anterioridad al 14 de marzo deben ser incluidos en el cómputo del plazo de 10 días, una vez que finalice la suspensión. Por tanto, el plazo no se reinicia desde cero si ya había comenzado a correr, por notificación personal o publicación en el Diario Oficial previo al 14 de marzo.

En cuarto lugar, debe señalarse que la fecha de finalización de esta Feria Judicial Extraordinaria reviste una nota especial respecto a las Ferias Judiciales ordinarias, en las cuales las fechas de comienzo y finalización están previstas expresamente en la ley (del 25 de diciembre al 31 de enero la denominada Feria Judicial Mayor, y del 1° al 15 de julio, la Feria Judicial Menor).

En este caso, la finalización depende de sendos actos administrativos dictados por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), según corresponda, de conformidad con la potestad que les reconoce el artículo 1 de la Ley a ambos órganos, como parte de la "superintendencia administrativa" que la Constitución les asigna en sus respectivos ámbitos competenciales (artículos 239 numeral 2 y 320 respectivamente).

Ahora bien, siendo dos órganos jerarcas máximos de sus respectivos sistemas, ¿cuál de las dos fechas deberíamos tomar en consideración para fijar el punto de finalización de la suspensión del plazo para interponer recursos administrativos y, por consiguiente, el reinicio del cómputo?

El punto es importante ya que mientras que la SCJ dispuso que la Feria Judicial Extraordinaria finalizara el día 15 de mayo (Resolución Nº 29/2020, artículo 7), el TCA la extendió hasta el día 31 del mismo mes, según Acordadas Nº 8, 9, 10 y 11 del 2020. Por lo tanto, fijar una u otra fecha como punto final de la suspensión determinará que un administrado haya recurrido en forma correcta o extemporánea.

Atento a que la Ley no resuelve expresamente el asunto, consideramos que la suspensión a los efectos de interponer recursos administrativos estuvo vigente hasta la fecha en la cual el TCA mantuvo su Feria Judicial Extraordinaria (esto es, 31 de mayo de 2020), por

las razones que a continuación exponemos.

En primer lugar, porque los recursos administrativos (y el consiguiente agotamiento de la vía administrativa) están creados por la Constitución como un presupuesto procesal para el acceso a la jurisdicción del TCA, a efectos de reclamar la nulidad de un acto administrativo. Esa es su finalidad y no otra, en tanto su efectividad como medio de defensa o garantía es harto cuestionable (CAJARVILLE PELUFFO, 2008b), y la exigencia constitucional de su interposición como forma de agotar la vía administrativa y poder acceder a la jurisdicción contencioso-anulatoria responde a una transacción entre partidos políticos, en un contexto histórico determinado, más que a una justificación racional en clave de garantías (DURÁN MARTÍNEZ, 2017).

Por lo tanto, resulta más lógico vincular la finalización de la suspensión del plazo para recurrir, al levantamiento de la feria que dispuso el TCA y no el Poder Judicial, ya que ninguna acción que se interponga ante éste último tiene como presupuesto haber recurrido previamente el acto administrativo. La única salvedad que podría plantearse sería por parte de aquellos que aun postulan que la acción reparatoria patrimonial respecto de daños provocados por un acto administrativo requiere el previo agotamiento de la vía administrativa, posición absolutamente minoritaria en la dogmática pero respecto de la cual la jurisprudencia ha sido oscilante.

En segundo lugar, la interpretación postulada es la que mejor se acompasa al principio de tutela jurisdiccional efectiva, especialmente en su dimensión vinculada al acceso a la jurisdicción.

Cabe destacar que la Ley fijó en su artículo 6 una pauta hermenéutica clara al momento de interpretarla: debe siempre preferirse la interpretación que garantice "más eficazmente el acceso pleno a la efectiva tutela jurisdiccional o administrativa, y resulte ajustada a los principios del debido procedimiento o proceso, contradicción y pro actione".

En el caso concreto, evidentemente esa solución (esto es, la que más satisface los criterios impuestos por el legislador en cuanto a permitir al administrado llevar su caso ante el órgano jurisdiccional) es la de vincular la suspensión del plazo para interponer recursos administrativos al plazo de duración de la Feria Judicial Extraordinaria que dispuso el TCA, por ser con la que tiene una natural conexión (al extremo de ser un presupuesto procesal para accionar válidamente ante dicha jurisdicción) y por haber sido más extensa que la del Poder Judicial. Por ende, ante la duda que pudo generar en los administrados, debemos optar por la solución más garantista y que mejor efectiviza el goce del derecho a

la tutela jurisdiccional, permitiendo que el afectado por un acto administrativo tenga una instancia efectiva de revisión jurisdiccional.

Otro punto importante a destacar es que si el afectado por el acto administrativo interpuso recursos administrativos mientras el plazo se encontraba suspendido, éstos serán perfectamente válidos y eficaces, en la medida en que la suspensión está prevista en su beneficio. En ese sentido, es equiparable al caso de quien recurre durante una Feria Judicial ordinaria o en Semana de Turismo. Que el plazo esté suspendido no significa que el medio impugnativo no pueda movilizarse válidamente.

Por último, corresponde indicar que la suspensión del plazo para recurrir dispuesta por la Ley comprende a los recursos previstos contra actos de las personas públicas no estatales en sus distintas leyes orgánicas. Con una multiplicidad de soluciones de derecho positivo, los actos de estas personas jurídicas deben ser, en la mayoría de los casos, recurridos ante el propio organismo (una suerte de agotamiento de la vía interna) y posteriormente impugnados ante al Poder Judicial, incluso cuando no existe una solución legal expresa.

En este caso debe hacerse notar que el plazo de suspensión de los plazos para recurrir sí quedaría vinculado a la Feria Judicial Extraordinaria que dispuso la SCJ, en la medida en que los actos de las personas públicas no estatales no ingresan dentro de la esfera competencial del TCA y, por ende, no rige el razonamiento antes expuesto, en cuanto a la conexión del recurso con dicha jurisdicción. Podría, de todas formas, plantearse la duda de si correspondería en virtud del principio de tutela jurisdiccional efectiva a que refiere el artículo 6, hacer una interpretación como la postulada para los actos administrativos stricto sensu; de todas formas, resulta sin dudas más cuestionable, en la medida en que la ajenidad de las personas públicas no estatales a la competencia del TCA es evidente y pacíficamente aceptada.

Por tal motivo, consideramos que la suspensión del plazo para recurrir los actos de las personas públicas no estatales finalizó el 15 de mayo, al reanudarse la actividad jurisdiccional del Poder Judicial.

b) La forma de presentación de recursos y peticiones

El artículo 5.1 de la Ley establece que “durante la vigencia de la emergencia sanitaria dispuesta por el Poder Ejecutivo, se podrá interponer cualquier escrito de petición o recurso administrativo (…) a través de comunicación electrónica a las casillas institucionales del órgano destinatario o emisor del acto cuestionado o su delegante”.

Cabe destacar que la utilización de medios electrónicos para presentar peticiones y recursos frente a la Administración ya se encuentran previstos en nuestro derecho desde el propio Decreto Nº 500/991 (artículos 19, 154 y 157), sin perjuicio de que también contaba con respaldo legal por los artículos 694 a 697 de la Ley Nº 16.736 de 5 de enero de 1996. A su vez, en términos generales, el artículo 75 de la Ley Nº 19.355 de 19 de diciembre de 2015 había consagrado la obligación de las entidades públicas de "constituir domicilio electrónico a los efectos del relacionamiento electrónico entre sí y con las personas". Por lo tanto, la solución legal no constituye exactamente una innovación, sin perjuicio de valorarse en términos positivos a efectos de brindar mayor certeza a los administrados.

Como afirma CAJARVILLE PELUFFO (2008b), lo importante de estos medios de interposición de recursos administrativos (distintos de la presentación tradicional en papel en forma presencial), es que tengan la aptitud suficiente para que el destinatario (la Administración) conozca la voluntad del administrado de recurrir (por ser esa la esencia del recurso) y que brinden certeza respecto a la fecha de su interposición (por cuanto una recurso fuera de plazo, deja de ser un recurso).

La casuística puede ser infinita, en cuanto a las múltiples controversias que se podrán generar. De todas formas, partiendo de lo dicho y del principio rector del artículo 6 de la Ley, lo que la Administración deberá tener en cuenta para considerar la correcta interposición de un recurso mediante estos medios electrónicos es que: (i) haya sido presentado dentro del plazo constitucional; (ii) el emisor del correo electrónico se identifique claramente y, en caso que actúe en representación de un tercero, que invoque expresamente dicha circunstancia, aunque no la acredite en el mismo acto; (iii) manifieste en forma clara (sin necesidad de exigirle términos sacramentales) su voluntad de recurrir un acto administrativo; (iv) individualice el acto administrativo que recurre, con los datos que tenga en su poder.

La propia Ley establece que la ratificación de firmas recién se podrá exigir recién al finalizar la emergencia sanitaria. Por lo tanto, la solución del artículo 157 Decreto Nº 500/991 (y los restantes reglamentos de procedimiento administrativo, en el ámbito de la descentralización funcional y territorial) en cuanto a exigir que el recurrente ratifique la firma dentro de los diez días hábiles siguientes, no será de aplicación para los recursos interpuestos durante el período de suspensión establecido por la ley. Sólo cuando el Poder Ejecutivo deje sin efecto la emergencia sanitaria, se podrá restablecer dicha exigencia.

Debe tenerse presente que los recursos administrativos requieren firma letrada (art. 37 del

Decreto-ley Nº 15.524), pero la jurisprudencia del TCA entiende que no es un requisito de validez, en tanto la ley no establece una consecuencia por su omisión. Por lo tanto, un recurso administrativo interpuesto por correo electrónico sin firma letrada no constituye un obstáculo para el correcto agotamiento de la vía administrativa.

El artículo 156 del Decreto Nº 500/991 establece un plazo de diez días para salvar la omisión de firma letrada, bajo apercibimiento de archivo. Dicha solución reglamentaria no es aplicable durante la vigencia de la emergencia sanitaria.

Cualquier otra exigencia que se le plantee al recurrente o al peticionario deberá serle comunicada por correo electrónico y permitirse (en la medida en que sea posible) que lo subsane por esa vía, difiriendo cualquier instancia presencial al cese efectivo de la emergencia sanitaria por parte del Poder Ejecutivo.

c) El plazo para resolver recursos y peticiones

Los plazos para resolver los recursos administrativos dependen de cuántos hayan sido interpuestos, correspondiendo un mínimo de 150 días (sólo revocación o reposición), 200 días (revocación y jerárquico, revocación y anulación o reposición y apelación) y 250 (revocación, jerárquico y anulación). En el caso de las peticiones, el plazo para resolver es de 150 días.

En la medida en que estos plazos no son verdaderas garantías para los administrados sino privilegios excesivos para la Administración, la solución legal parece acertada: los plazos no se suspenden y por lo tanto si la Administración no resuelve se tendrá por configurada la denegatoria ficta.

En el caso de las peticiones, si la denegatoria ficta se configuró durante la vigencia de la Feria Judicial Extraordinaria, el plazo para recurrirla recién comenzó a contabilizarse una vez que ésta finalizó.

Por su parte, si se configuró el agotamiento de la vía administrativa durante la Feria Judicial Extraordinaria, sea en forma expresa o en forma ficta, el plazo para acudir ante el TCA a interponer la acción de nulidad, quedó suspendido por el artículo 4 de la Ley.

III. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.-

a) El plazo para evacuar vista

Como es unánimemente aceptado por la dogmática y la jurisprudencia, el otorgamiento de vista previa constituye una manifestación del derecho de defensa y del debido procedimiento, de raigambre constitucional.

La solución legal en este caso consiste en no suspender el plazo sino disponer que "los plazos para evacuar vistas conferidas comenzarán a contarse desde que se produzca el acceso al expediente administrativo completo en soporte electrónico por parte del interesado" (artículo 5.2).

Es decir que en la medida en que la Administración facilite al interesado una copia completa del expediente en formato electrónico, la vista se considera correctamente otorgada y el plazo para evacuarla comienza a correr, debiendo permitirse que el interesado haga su presentación también por medios electrónicos, para lo cual se lo deberá informar adecuadamente. Esto supone entonces que:

- el plazo no correrá si el administrado es intimado a concurrir a tomar vista en las oficinas de la Administración, cualquiera sea el medio utilizado. En tal caso, la no comparecencia no podrá tener el efecto de notificación ficta prevista en el artículo 91 del Decreto Nº 500/991 y sus similares en los reglamentos de las administraciones descentralizadas, en la medida en que la solución legal exige el acceso efectivo al expediente, no admitiéndose una notificación ficta (en donde, dicho acceso no se produce en la realidad). Esto sin embargo quedaría subsanado si el administrado, ante la intimación, concurre a la oficina, accede al expediente y se notifica, en cuyo caso correrá el plazo de la vista.

- el plazo no correrá si la Administración remite al interesado una copia parcial del expediente. En tal sentido, algunas dependencias tienen la práctica de conferir vista únicamente de las últimas actuaciones del trámite (ejemplo, un informe técnico) pero no del expediente íntegro. El acceso a la actuaciones debe realizarse en forma completa y sin cortapisas (salvo excepciones legalmente establecidas, al amparo de algunas de las excepciones previstas en la Ley N° 18.381 de 17 de octubre de 2008), por lo que un acceso parcial no haría iniciar el cómputo del plazo. Por ende, será de cargo de la Administración realizar correctamente la notificación para que los plazos efectivamente comiencen a correr.

- tampoco correrá el plazo si no se le informa al interesado, en la propia notificación, las vías disponibles para la presentación electrónica del escrito de evacuación de vista. El propio acto electrónico de notificación debe, además de contener copia completa del ex-

pediente, informar al administrado respecto a las vías electrónicas disponibles para evacuar la vista que se le confirió (correo electrónico, sitio web, etc.). Si la Administración no le brinda esa información en el mismo acto que lo notifica, el plazo no correrá.

En este caso de las disposiciones relativas al otorgamiento de la vista, pierden vigencia una vez que el Poder Ejecutivo declare el cese de la emergencia sanitaria, en la medida en que así lo dispone el artículo 5.5. Nótese que la finalización de las medidas de excepción en este caso no depende de la Feria Judicial Extraordinaria (como en el plazo para recurrir o para interponer las acciones jurisdiccionales), sino de la decisión del Poder Ejecutivo de cesar el estado de emergencia sanitaria, por lo que serán soluciones de mayor duración temporal.

b) Procedimientos disciplinarios

En este punto debemos conciliar las soluciones de la Ley, con las previstas posteriormente por la Ley Nº 19.883 de 4 de junio de 2020. La primera dificultad a reseñar es que mientras la primera tiene un ámbito de aplicación muy amplio, la segunda refiere exclusivamente a procedimientos disciplinarios respecto a funcionarios del Poder Ejecutivo.

El artículo 3.1 de la Ley dispone la suspensión de "todos los plazos de prescripción extintiva y caducidad establecidos en la normativa vigente". Por su parte, en el 3.2 excluye de la suspensión (en lo que aquí nos interesa) a: (i) la prescripción de las faltas administrativas; (ii) el plazo previsto en el artículo 165 de la Acordada 7865 ("Estatuto del funcionario judicial") y; (iii) la clausura de los procedimientos disciplinarios de jueces (artículo 113 de la Ley Nº 15.750)

Con respecto entonces a la prescripción de las faltas disciplinarias, la suspensión no opera. En el caso de las cometidas por los funcionarios de la Administración Central, la Ley Nº 19.121 (artículo 79) establece un plazo de prescripción de seis años (cuando no constituyen delito) y cuando constituyen delito se aplica el plazo de prescripción de éste. Dichos plazos continuaron corriendo con normalidad, a pesar de la emergencia sanitaria, y consideramos que tampoco quedan comprendidas dentro de la suspensión de la Ley Nº 19.883, en la medida en que la prescripción no es propiamente un plazo del procedimiento disciplinario (objeto de la suspensión dispuesta por dicho acto legislativa), sino del ejercicio de la potestad disciplinaria; es un plazo sustancial y no procedimental. Por tanto, y realizando una interpretación acorde al principio pro homine, debe entenderse que el plazo de prescripción continúa corriendo.

Distinto es el caso de la clausura del procedimiento disciplinario, que procede a los dos años a contar desde la resolución que da inicio al sumario para el caso de los funcionarios del Poder Ejecutivo (artículo 78) y que supone la conclusión del procedimiento por falta de resolución en tiempo. Este plazo consideramos que sí queda suspendido por la emergencia sanitaria, en la medida en que ingresa dentro de la suspensión genérica de las caducidades previstas en el artículo 3.1. También debe considerarse comprendido dentro de la suspensión que prevé el artículo 1 de la Ley Nº 19.883 (en su ámbito específico de aplicación: el Poder Ejecutivo), en tanto constituye un plazo máximo de duración del procedimiento disciplinario.

Cabe destacar la curiosidad de que los únicos procedimientos disciplinarios cuya clausura quedó expresamente excluida de la suspensión son los de los funcionarios judiciales (previsto en la Acordada 7865 "Estatuto del funcionario judicial", artículo 165) y de los jueces (artículo 113 de la Ley Nº 15.750). Dicha diferenciación entre funcionarios del Poder Judicial (respecto a los cuales el plazo para que opere la clausura no se suspendió) y del resto del Estado (en los cuales el plazo sí fue suspendido) no guarda una fundamentación razonable. Por su parte, atento al ámbito de aplicación de la Ley Nº 19.883 (funcionarios del sistema orgánico Poder Ejecutivo), las exclusiones antes referidas (vinculadas al Poder Judicial) se mantienen vigentes.

Sin perjuicio de no existir una suspensión general de los plazos procedimentales para funcionarios que no revistan en el Poder Ejecutivo (por ejemplo, el plazo de instrucción de un sumario), corresponde hacer la salvedad en aquellos procedimientos disciplinarios en los cuales debiera practicarse una diligencia cuya realización no pudiera hacerse brindando las garantías del caso para el debido control por parte del administrado. En tal hipótesis (prevista en el artículo 5.3 de la Ley para todos los procedimientos administrativos), el instructor podría dar por suspendido el procedimiento, con noticia al interesado.

De todas formas este instituto debería usarse en forma prudente y fundada, y no simplemente como una suspensión genérica de todos los procedimientos disciplinarios. En especial, y de acuerdo al artículo 5.4, los jerarcas deberán velar por la aplicación racional de este dispositivo.

c) Duración razonable de los procedimientos

La duración razonable del procedimiento administrativo constituye una garantía para el administrado y una obligación para la Administración.

Sin embargo, no existe un tiempo exacto que permita establecer cuándo estamos ante un procedimiento cuya duración respeta las notas de razonabilidad y cuando no. La jurisprudencia del TCA muestra una saludable tendencia garantista, al ponderar tanto los derechos de las personas como los deberes de la Administración, a partir de las particularidades de los casos concretos, tomando en cuenta los parámetros que fijan los tribunales internacionales de derechos humanos, la conducta del administrado, la complejidad del asunto y la actividad desarrollada por la Administración, entre otros.

El punto sobre el cual llamamos la atención en esta emergencia sanitaria es que atento a que el funcionamiento de la Administración se ha visto indudablemente alterado (funcionarios tele trabajando, regímenes de guardias presenciales mínimas, funcionarios certificados por su edad o por patologías previas), parecería razonable que el plazo durante el cual se mantuvieron estas medidas de excepción sea tomado en consideración por los órganos jurisdiccionales ante los cuales se invoque la violación al principio de duración razonable del procedimiento, como una causa de justificación de la Administración. Obviamente que dicha contemplación no podrá ser utilizada para amparar cualquier demora, ni plazos que hayan vulnerado el parámetro de razonabilidad independientemente de la emergencia sanitaria.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (2008a). Sobre Derecho Administrativo. Tomo II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (2008b). Recursos administrativos. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2007). Contencioso administrativo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derecho administrativo. Otra forma de verlo (2017). Montevideo: La Ley Uruguay.

DELPIAZZO, Carlos E. Derecho Administrativo General (2013). Montevideo: Amalio M. Fernández.

ROTONDO TORNARÍA, Felipe. Manual de Derecho Administrativo (2015). Montevideo: Tradinco S.A.

Fecha de recepción: 31 de mayo 2020.

Fecha de aceptación: 20 junio 2020.

EL FRAUDE A LA LEY FISCAL EN EL DERECHO TRIBUTARIO URUGUAYO

FRAUD TO FISCAL LAW IN URUGUAYAN TAX LAW

A FRAUDE À LEI FISCAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO URUGUAIO

*Jorge W. Ibiñete**

RESUMEN. Se aborda el fraude a la ley en el derecho tributario, principalmente como posibilidad de alcanzar con el hecho generador actos y negocios que sin estar nominados en la norma fiscal, tengan igual sustrato material que el previsto en la misma. Se examina el concepto de fraude a la ley en el derecho privado y sus elementos estructurales, así como sus diferencias con otras figuras que también incluyen al fraude, como la acción pauliana y el disregard. Se estudia la evolución del tratamiento de los actos y negocios en nuestro Derecho Tributario, así como las diferencias con mecanismos para el control de los actos fraudulentos, como la interpretación económica y la interpretación teleológica, que extienden por analogía el hecho generador, y las normas antielusivas genéricas, que reconducen al acto o negocio a una forma gravada. Se evalúa la admisibilidad de un concepto de fraude a la ley propio del derecho tributario, que sobre la base de una interpretación finalista, postula un concepto de ilicitud basado en la violación de principios del derecho tributario. Finalmente se analiza el tratamiento en el derecho tributario material de los actos o negocios que respetando la letra de la ley, pero no su sentido, tratan de evitar el hecho generador.

PALABRAS CLAVE. Fraude a la ley. Evasión. Elusión. Integración analógica. Interpretación extensiva.

ABSTRACT. Fraud against tax laws is addressed, mainly as a possibility to achieve, by means of the taxable event, certain acts and transactions that, without being set forth under such tax laws, have the same material foundation as provided for therein. The concept of fraud against the law within the scope of private law as well as structural elements thereof are examined, in addition to its differences in comparison to other concepts that also include fraud, such as fraudulent conveyance and disregard. The evolution of the handling of acts and transactions in our tax law is studied, as well as the differences with

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

the mechanisms to control fraudulent acts, such as economic interpretation and teleological interpretation, which extend, by analogy, the taxable event , and generic anti-avoidance regulations, which redirect such act or transaction to a taxed form. The admissibility of a concept of tax law fraud is assessed, which, based on a conclusive interpretation, proposes a concept of wrongfulness based on the violation of tax law principles. Finally, the use of substantive tax law towards acts or transactions compliant with the law's wording, but not its meaning, that seek to avoid any taxable event is reviewed.

KEYWORDS. Legal Fraud. Evasion. Avoidance. Analogical integration. Extensive interpretation.

RESUMO. A fraude à lei no direito tributário é abordada, principalmente como uma possibilidade de alcançar, com o fato gerador, ações e negócios que, sem serem indicados na norma fiscal, possuem o mesmo substrato material que o previsto nela. O conceito de fraude contra a lei no direito privado e seus elementos estruturais sãoexaminados, bem como suas diferenças com outras figuras que também incluem fraude, como a ação pauliana e a desconsideração. São estudadas a evolução do tratamento dos atos e negócios em nosso Direito Tributário, bem como as diferenças com mecanismos de controle de atos fraudulentos, como a interpretação econômica e a interpretação teleológica, que estendem por analogia o fato gerador e as regras genéricas anti-evasão que redirecionam o ato ou negócio para um formulário tributado. É avaliada a admissibilidade de um conceito de fraude contra a lei do direito tributário que, com base em uma interpretação final, postula um conceito de ilegalidade com base na violação dos princípios do direito tributário. Por fim, é analisado o tratamento na lei tributária relevante de atos ou negócios que, respeitando a letra da lei, mas não seu significado, tente evitar que o fato gerador seja analisado.

PALAVRAS CHAVE. Fraude à lei. Evasão. Circunvenção. Integração analógica. Interpretação extensa.

I. INTRODUCCIÓN.

1. El fraude a la ley fiscal se suele referir, principalmente, a la posibilidad de alcanzar con los tributos actos y negocios no contemplados en la norma, pero que tienen igual sustrato material que los previstos en la misma.

2. La complejidad del tema deriva, no solo de que el término fraude se utiliza por el legislador con distintos significados y alcances, sino también de la ausencia de una definición legal, así como de la influencia de doctrina y jurisprudencia de países del common law (aspecto destacado por BLENGIO, 1985, pp. 43-44), o que tienen normas que permiten la extensión analógica del hecho generador o la reconducción del acto o negocio verdadero y lícito a formas gravadas.
3. Tampoco puede ignorarse la presión de las administraciones fiscales para forzar los límites de la tipicidad, ni los esfuerzos de la doctrina para construir un concepto de esta figura propio del derecho tributario, tensando dichos límites, así como los de la autonomía calificadora del derecho tributario.
4. En este tema también subyace una cuestión ideológica, porque, como expresa TAVEIRA (2008), la opción de legalidad y tipicidad se corresponde con un ideario de orientación liberal, mientras que la flexibilización de la legalidad redunda en beneficio de los intereses del Estado (p. 182).

II. EL FRAUDE A LA LEY FISCAL.

5. Concepto de fraude a la ley en el derecho privado.

5.1 El fraude a la ley es una figura originada en el derecho romano, que se elabora en el derecho privado, extendiéndose luego a otras ramas del Derecho, circunstancia que impone tomar a esa elaboración como punto de partida de nuestro análisis.
5.2 En nuestro país las definiciones de la doctrina del derecho privado son coincidentes en el sentido de que el fraude a la ley es un negocio o combinación de actos, hechos o negocios verdaderos y formalmente lícitos, que violan indirectamente una prohibición legal, respetando la letra de la ley, pero no su sentido.
Para SÁNCHEZ (1965), "…consiste en la realización de actos, hechos o negocios en sí mismos lícitos, pero que tienden a obtener, en forma indirecta, un resultado prohibido por la norma; a diferencia del negocio simulado, se trata de un negocio real, cuya ilicitud deriva únicamente de contradecir el fin de la ley" (pp. 48-49).
Para BLENGIO (1985), es "…un negocio (o conjunto de ellos), formalmente lícito articulado de tal modo que produce un resultado (el mismo o semejante según sea o no admisible la analogía) vedado por la ley" (p. 56).
Los autores señalan que se viola el espíritu o el fin de la norma, porque si el negocio choca directamente contra la letra, estaríamos frente a un negocio contra legem, y no in fraudem legis. Por esa razón hay quienes sostienen que el fraude a la ley carece de autonomía, porque si se trata de un comportamiento que, sin chocar con la letra de la ley viola sin embargo su espíritu, está claro que la cuestión se resuelve con una correcta determinación

del alcance de la misma, que no depende exclusivamente de su letra (BLENGIO, 1985, pp. 45-46).

5.3 El fraude a la ley se vincula con los negocios fiduciarios e indirectos, en tanto ambos persiguen un fin distinto al normal, que los hace aptos para obtener un resultado prohibido por la ley (GAMARRA, 1999, pp. 209), aunque también puede resultar de una combinación de hechos, actos o negocios. Por ejemplo, propietario que habita casa propia y se muda a un hotel o a una casa alquilada, para desalojar otra finca de su propiedad y habitarla personalmente, eludiendo el régimen –entonces existente– de estabilización en favor de los arrendatarios (SÁNCHEZ, 1965, pp. 48-49).

5.4 Quedan fuera de esta definición los casos de simulación, no solo porque el negocio simulado no es verdadero, sino porque el encubierto viola directamente la ley, aunque en forma velada (BLENGIO, 1985, p. 48). No obstante, las diferencias son menos sustanciales de lo que aparentan, porque "Bastaría con concebir al fraus legis, como una modalidad de violación de la norma caracterizada fundamentalmente por la circunstancia de haber sido artificiosamente articulada, para que volviera a absorber en su seno a los negocios simulados" (BLENGIO, 1985, p. 48). En este sentido amplio, menciona GAMARRA (1999) el fraude a la ley, para referirse a la falsedad de la causa o la interposición ficticia, para violar normas prohibitivas, que constituyen hipótesis de simulación (pp. 80, 81 y 90).

6. La ilicitud en el fraude a la ley y diferencias con el fraude pauliano y el disregard.

6.1 A diferencia de otras legislaciones, como la italiana, española, brasileña y argentina, nuestro derecho privado, si bien menciona al fraude a la ley en el art. 189 inc. 1° de la ley n.° 16.060 de 04/09/1989, ley de Sociedades Comerciales (LSC), no contiene una definición de esa figura, ni disposiciones que establezcan la nulidad de lo hecho en contra de las normas prohibitivas, aun cuando se utilicen medios o formas distintas a las previstas en las mismas ; o que el motivo o finalidad de evitar dichas normas determine la nulidad de la causa del acto o negocio, aspectos que analizaremos más adelante.

No obstante, el fraude a la ley se elabora en la doctrina como respuesta al comportamiento que busca eludir las prohibiciones y mandatos legales por vías oblicuas, sobre la base del principio fraus omnia corrumpit, cuya existencia es confirmada por normas que buscan atacar un determinado resultado con prescindencia de los medios empleados (BLENGIO, 1985, pp. 43 y 57 y ss.).

6.2 Nuestra legislación se refiere al fraude, tanto para aludir a la conducta engañosa, como al resultado de esa conducta, consistente en la violación de una norma prohibitiva (fraude a la ley) o de un derecho subjetivo de terceros.

Observa BLENGIO (1985) que la mayor parte de la doctrina mantiene separado el fraude pauliano del negocio en fraude a la ley, citando como diferencias que el fraude a la ley impide la aplicación de la norma, mientras que en el fraus creditoris importa, no la elusión

de la norma, sino el daño al derecho de los acreedores, además que no puede considerarse al ordenamiento jurídico como un tercero, en el sentido que se le emplea en el fraude pauliano (nota 117 en pp. 58-59). HESSDÖRFER (2004), en cambio, menciona como ejemplos de fraude a la ley a la acción pauliana y el disregard (p. 632).

Estas figuras también difieren en cuanto a la exigencia del elemento subjetivo (infra nral. 7.), así como con respecto a sus consecuencias, porque los actos o negocios que violan la ley prohibitiva son nulos, salvo que la misma disponga lo contrario, como lo establece el art. 8° Código Civil (CC), mientras que los que violan un derecho subjetivo no son nulos, sino inoponibles al tercero afectado por el fraude, como se prevé en los casos de la acción pauliana y el disregard . Si bien estas normas llevan implícita la prohibición de la conducta contraria al mandato legal, su incumplimiento no causa nulidad, en virtud de que la violación del derecho ajeno es un acto ilícito que tiene efectos sancionatorios y resarcitorios, mientras que el acto nulo no produce efecto alguno (GAMARRA, 1974, pp. 77 y ss.).

6.3 La doctrina, en general, señala que el fraude a la ley se verifica por la violación oblicua de normas preceptivas en sentido amplio, tanto las prohibitivas cuanto las que ordenan una determinada conducta (imperativas) (BLENGIO, 1985, p. 60 y 62; TAVEIRA, 2008, p. 296 y ss.). A este criterio amplio responde la definición que acoge BLANCO (2008): "…la colocación del sujeto en una determinada posición, no aparente sino real, que le significa la obtención de determinadas ventajas, o la obtención de determinados provechos, pero eludiendo la aplicación de algunas o alguna norma jurídica" (p. 44).

Es claro que otro tipo de normas, cuyo cumplimiento no puede ser exigido, como las ordenativas , así como las supletorias, no pueden ser violadas, al igual que las que establecen imperativos hipotéticos, mientras no se verifiquen los supuestos establecidos en la misma para la efectividad de su mandato o prohibición.

6.4 Sin embargo, no todas las normas preceptivas son pasibles de fraude a la ley, porque aquellas que obligan a una determinada acción, se violan por la omisión del cumplimiento del mandato legal, no quedando espacio para una violación indirecta de la norma. En todo caso, lo que puede violarse oblicuamente es el derecho subjetivo en favor de terceros que puede emerger de dicha norma, lo que nos coloca fuera del ámbito del fraude a la ley (supra nral. 6.2).

6.5 Como surge del art. 24 Código Tributario (CT), las normas que definen el hecho generador establecen un imperativo hipotético, desde que obligan si se verifican las situaciones y actos previstos en las mismas (no similares), por lo que no resulta posible el fraude a la ley. En tal sentido, en la conclusión del Informe de la Comisión para el estudio y propuestas de medidas para la Reforma de la Ley General Tributaria (LGT) de España, se afirma que "…este mecanismo (el fraude de ley) no resulta, en principio y con carácter general, aplicable a un ámbito como el tributario, que lejos de constituir un orden de

prohibiciones se articula en mandatos positivos de pagar una cantidad de dinero a todo el que realice un determinado hecho" (TAVEIRA, 2008, pp. 304-305).
Tampoco las normas tributarias obligan a estructurar los negocios de forma que sean gravados por tributos o que lo sean en la mayor medida posible, lo que permitiría considerar verificado un hecho generador que en realidad no se configuró (FAGET, 2004, p. 437), o lo hizo en una menor cuantía.
En cuanto a otras normas tributarias, como las que determinan exoneraciones o la cuantía de los tributos, lo que puede eludirse indirectamente, total o parcialmente, es la obligación tributaria, y no la norma tributaria, que se viola directamente.
No obstante, en el capítulo III. analizaremos cuál es la respuesta del derecho tributario frente a los actos realizados con intención elusiva.

7. El aspecto subjetivo en el fraude a la ley.

7.1 Consistiendo el fraude a la ley en una violación indirecta de ciertas normas, es claro que la intención de las partes no puede tener relevancia alguna (BLENGIO, 1985, pp. 46 y 57 y TAVEIRA, 2008, pp. 295-296), a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de la violación de un derecho subjetivo , aunque dicha intención, o su ausencia, son relevantes a otros efectos, como en materia de infracciones. FAGET (1993), por el contrario, afirma que "es el móvil de las partes lo que otorga a un negocio su carácter fraudulento"; y que "la circunstancia de que exista un «business purpose» hace descartar la posibilidad de estar frente a una evasión…", (pp. 377 y 384-385).
El fraude se consuma por la violación de la norma, y no por la intención de violarla; la intención de pagar menos impuestos no es en sí misma ilícita (GARCÍA, 2008, p. 12), ni es un motivo que habilite para extender la norma tributaria a hipótesis no previstas, porque ello importaría aplicar la analogía, so pretexto del fraude (BLENGIO, 1985, p. 53).
7.2.1 Por otra parte, el fin ulterior que persigue el resultado indirecto, pertenece a la zona de los motivos, que son jurídicamente irrelevantes (GAMARRA, 1972, pp. 22 y ss. y 1999, pp. 192-193 y 207-209).
En su obra de 2009, GAMARRA modificó la opinión antes citada, afirmando que la causa no es la función económica social (causa abstracta), sino la función económica individual (causa concreta), que identifica con el motivo relevante o interés, lo que haría caer la separación entre causa y motivo (pp. 295-307).
7.2.2 Esta nueva doctrina ha sido fuertemente cuestionada por CARNELLI (2012), sosteniendo que la misma se basa en autores que no están constreñidos por una definición legal como la del art. 1287 CC (que define la causa en atención al tipo contractual); que en realidad la función económica individual (concreta), no hace caer la separación entre causa y motivos, porque la función del contrato responde a su estructura, que es la que

determina sus efectos, y no a la inversa; y porque los motivos, cuando son relevantes, son la causa y se sitúan en la construcción válida del contrato (pp. 419 y ss.).
7.3 Tampoco la causa de un contrato nominado puede ser ilícita, como dice el art. 1288 del CC, porque la causa (abstracta) de un contrato nominado está establecida en la ley (GAMARRA, 1972, p. 24). La que sí puede ser ilícita es la conducta comprometida para obtener una determinada utilidad, lo que tiene por consecuencia la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto (CARNELLI, 2012, p. 431).
7.4 Por las mismas razones expuestas anteriormente, tampoco es relevante a estos efectos la existencia de un verdadero propósito de negocios, porque el mismo no permite convalidar la ilicitud, si es que se viola una norma prohibitiva; ni la ausencia de dicho propósito determina, por sí sola, la ilicitud del negocio. No obstante, el propósito de negocios puede resultar relevante en el campo infraccional, así como para apreciar la adecuación de la forma o la utilización de determinadas modalidades negociales, así como la ausencia de dicho propósito puede ser un elemento revelador de la simulación por inexistencia o falsedad de la causa. BORDOLLI (1994), en cambio, considera que el "propósito de negocios" solo posee relevancia a los efectos del derecho privado (p. 31).

III. TRATAMIENTO DE LOS ACTOS O NEGOCIOS DEL DERECHO PRIVADO, EN EL DERECHO TRIBUTARIO.

8. Régimen anterior al Código Tributario.
8.1 Con anterioridad a la vigencia del CT, que comenzó a regir el 1°/01/1975, según art. 2° del DL n° 14.306 de 29/11/1974, se consideraba que el Fisco no podía desconocer las formas adoptadas por el contribuyente –salvo en el caso de la venta simulada para defraudar el Impuesto a las Herencias, cuya nulidad debía reclamar el fiscal ante la Justicia (art. 50 de la ley n° 13.695 de 24/10/1968)–, ni los precios consignados en las facturas efectuadas entre empresas económicamente vinculadas, aunque el art. 375, nral. 3), lit. g) de la ley n° 12.804 de 30/11/1960 había introducido una brecha en ese régimen, al establecer como una presunción de la intención de defraudar, "Hacer valer formas jurídicas manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados".
Como consecuencia de este sistema, se dictaron normas sobre la base del concepto de conjunto económico, para combatir casos puntuales de evasión o para preservar la garantía de cobro de los tributos de la seguridad social.
Las normas referidas son: Impuesto a las Ganancias Elevadas (IGE), art. 31 de la ley nº 10.597 de 28/12/1944; Impuesto a la Renta de las Personas Físicas (IRPF) -ley 12.804-, categoría Agropecuaria, art. 26 de la ley n° 12.804 cit., en la redacción dada por el art. 1º de la ley nº 13.319 de 28/12/1964; Impuesto a las Ventas y Transacciones (IVT), art. 83 de la ley nº 12.804 cit.; y en materia de tributos de la seguridad social, art. 32 de la ley n°

13.426 de 02/12/1965.
En el caso de las normas para combatir la evasión, estas leyes utilizaban el conjunto económico con distintas finalidades: para determinar el IGE en la forma establecida por la ley, que gravaba las utilidades de la empresa con independencia de su forma jurídica; y para impedir que mediante la interposición ficticia de empresas jurídicamente independientes, pero vinculadas económicamente, se subfacturara el IVT, o que actividades agropecuarias integrantes del ciclo industrial se liquidaran aplicando el régimen más benigno de la Categoría Agropecuaria del IRPF.
En el caso de las contribuciones de la seguridad social, se buscaba preservar la garantía de cobro de dichos tributos, evitando que el desdoblamiento de capitales de un mismo conjunto económico pudiera disminuir o eliminar su solvencia.
8.2 Si el ordenamiento entonces vigente no permitía desconocer las formas jurídicas inadecuadas (salvo la excepción ya mencionada del Impuesto de Herencias, que requería la intervención de la Justicia), menos aún podía admitir el desconocimiento de negocios verdaderos y lícitos, a pesar del antecedente jurisprudencial que referiremos más adelante (infra nral. 10.3).

9. Régimen del Código Tributario.
9.1 A la entrada en vigencia del CT, estaban derogados todos los impuestos cuya evasión se trataba de evitar con las normas especiales antes citadas, manteniéndose vigente solo la norma sobre conjunto económico de la ley n° 13.426 cit., hasta su sustitución por el régimen general del art. 20 BIS CT, incorporado por el art. 175 de la ley n° 19.438 de 14/10/ 2016.
El CT modificó la situación anterior, al consagrar en su art. 6° el principio de la prevalencia de la realidad para la interpretación del hecho generador y la calificación jurídica de las situaciones y actos, facultando al intérprete para desestimar −en ciertos casos− las formas jurídicas inadecuadas a la realidad, sin previa intervención de la Justicia.
En materia de interpretación, este principio se aplica en los casos en que la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse de dichas definiciones. En materia de calificación, la realidad debe prevalecer cuando existe inadecuación de la forma y el hecho generador haya sido definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica, distinción que, al igual que el art. 24 del mismo Código, se basa en la existencia de hechos generadores formales y sustanciales. Ambos procesos también tienen diferentes alcances, porque la interpretación tiene por objeto verificar si el hecho generador se configuró, mientras que la calificación también abarca otros elementos del acto o negocio, como los sujetos y la cuantía.
La realidad a la que se refiere la norma no es la del mundo de los hechos de existencia real, que sí interesa cuando se están elaborando las normas, sino que los juristas operan

con la realidad llevada a la norma, donde el proceso interpretativo es exclusivamente jurídico, aspecto en el que coinciden GONZÁLEZ (1997), pp. 214-215, 231 y 238; TAVEIRA (2008), pp. 62 y 73; BLANCO, (2008), pp. 45-49 y (2012), pp. 101 y ss.; y DE BARROS. (2014), pp. 84-87.

9.2 Siendo la finalidad de este principio la recta interpretación de las normas relativas al hecho generador y que la ley tributaria se aplique de acuerdo con su verdadero significado, va de suyo que su aplicación es preceptiva (VALDÉS et al., 2002, pp. 180-183; BORDOLLI, 1994, pp. 15-17 y 21-23), aunque no exista fraude, sea que beneficie o perjudique al Fisco, pudiendo ser invocado por cualquiera de las partes en la relación jurídica tributaria (FERRARI & GUTIÉRREZ, 2011, pp. 115-118 y autores allí citados) y debiendo aplicarse en su integridad, lo que impide invocarlo solo para obtener un determinado efecto, desdeñando los que resultan desfavorables (sentencias Tribunal de lo Contencioso Administrativo –TCA– n° 242/2007, en Revista Tributaria cit., 202, pp. 83 y ss.; y n° 442/2017, en Revista Tributaria cit., 270, pp. 503 y ss.), o aplicar el derecho a una forma previamente desestimada (Sent. TCA, n° 565/2012 de 13/09/2012, en Revista Tributaria cit., 242, p. 927).

No obstante, la invocación por el contribuyente ha sido cuestionada por la Dirección General Impositiva (DGI), en Consultas 4.225/2002, 4.050/2004 y 5.423/2012, con el apoyo de BERGSTEIN (2008), quien aporta el fundamento de la regla del acto propio (pp. 38-42). A nuestro criterio, dicha regla no puede invocarse en materia de reserva legal, que escapa a la disposición de las partes, ni en contra del derecho a rectificar las declaraciones en caso de error de hecho o de derecho (art. 64 CT).

9.3 La calificación es una actividad sometida a legalidad, que no admite discrecionalidad (TAVEIRA (2008), p. 184), por lo que la Administración no puede invocar este principio solo porque recaudaría más, ni el contribuyente por la única razón de que la forma elegida lo llevó a pagar más impuestos.

La libertad que posee el legislador para la calificación jurídica de las situaciones y actos, no se extiende al intérprete (TAVEIRA (2008), p. 61), que –salvo que las normas tributarias dispongan otra cosa– debe atenerse al derecho privado para determinar la adecuación de las formas utilizadas por los particulares (FAGET, 1993, p. 206 y sentencia TCA n° 565/2012 cit.), otorgando prioridad al contenido, que es el resultado de la función del negocio determinada por su estructura (GAMARRA, 1967, p. 126), y no de la apariencia del mismo o de la calificación que hayan realizado las partes (GAMARRA, 1977, p. 196).

9.4 La inadecuación de la forma comprende los casos de simulación y error. SEIJAS & WHITELAW (2002) incluyen también la ocultación, que definen como la no exteriorización del negocio existente (pp. 466 y 468). No obstante, si la ocultación consiste en hechos, no puede hablarse de inadecuación, desde que la forma de los mismos no es tomada en cuenta por el Derecho (DE BARROS, 2014, p. 94); mientras que si se hubieran

utilizado actos o negocios ficticios con esa finalidad, estaría subsumida en la simulación. Cuando la forma representa un negocio inexistente o diverso al realizado (distintas hipótesis de simulación), se prescinde de los elementos ficticios, recalificando los actos de acuerdo con la realidad subyacente.

Si una persona jurídica ha sido parte en tales negocios, lo que decae no es la personería jurídica, sino la forma contractual adoptada (FAGET, 1993, pp. 373 y 383-384), lo que constituye una hipótesis diferente a la del disregard (art. 189 LSC), desde que dicho instituto "…no implica la antinomia ficción-realidad (que sí suponen las formas jurídicas inadecuadas) sino la antinomia oponibilidad-inoponibilidad, lo que implica que la realidad de la personería jurídica no está en juego (aunque sí pueda estar en juego un uso fraudulento de la misma)" (FAGET, 1993, p. 392. El destacado en negrita pertenece al original). El fraude que afecte al acto o al uso de la personería jurídica, sin poner en duda su realidad, no presupone, entonces, una inadecuación de la forma, por lo que no está comprendido en el inc. 2° del art. 6° CT. Anteriormente FAGET (1993) incluía al negocio en fraude a la ley como un caso de inadecuación de la forma (pp. 373 y 386), pero luego modificó su opinión sosteniendo que el art. 6° inc. 2° CT es una norma aplicable exclusivamente al caso de inadecuación entre forma y sustancia –y no una norma antielusiva genérica, que permita considerar configurado el hecho generador que estrictamente no se ha configurado– por lo que cuando la forma jurídica es adecuada, no corresponde la descalificación ni el fraude a la ley (FAGET, 2004, pp. 437-438).

9.5 Por consiguiente, es necesario distinguir en cada caso, si estamos ante una hipótesis de inadecuación de la forma o de un negocio adecuado, utilizado para defraudar al crédito fiscal. Siempre existirán casos dudosos, como es el que se suele citar de los aportes de bienes a una sociedad anónima, con la única finalidad de intercambiar esos bienes entre los aportantes, mediante las adjudicaciones posteriores a la liquidación, obteniendo así un importante ahorro fiscal. En el caso, es claro el fraude (en su acepción de engaño), pero dudosa la vía que corresponde para enfrentar esa situación, porque existen varios negocios y actos encadenados, con intervención de un tercero (la sociedad), por lo que para recalificar la situación de acuerdo con la causa verdadera (art. 1289 CC), es necesario, o bien sostener que la interposición de la sociedad fue ficticia; o bien que, aun siendo verdadera, se realizó en fraude a los derechos del acreedor tributario (art. 189 LSC).

10. Diferencias con la interpretación económica, la interpretación teleológica y las normas antielusivas genéricas.

10.1 Para la "interpretación económica" –originada en Alemania en la Ordenanza Fiscal de 1919 y en la ley de Adaptación Impositiva de 1934– "En la interpretación de las leyes tributarias debe tenerse en consideración el objetivo, el significado económico y la evolu-

ción de las situaciones de hecho".
Más que un principio de interpretación, se trataba de un método antielusivo para atrapar todo otro negocio o figura jurídica a la que pueda atribuirse un resultado económico análogo al del acto jurídico vinculado al presupuesto de hecho (TAVEIRA, 2008, pp.173-180 y 204-207; TARSITANO, 2004, pp. 443 y ss.).
Este principio tiene su paralelo en el derecho privado en la doctrina de las normas materiales, también originada en Alemania e Italia, compartida por GAMARRA como la más justa (1992, p. 218-221; y 1999, pp. 213-215), planteo que no tiene en cuenta que también hay normas formales, que solo pretenden vedar determinados medios o procedimientos para lograr un resultado económico o material (BLENGIO, 1985, p. 47), y que no pueden existir reglas antielusivas sin ley que las establezca).
En cuanto al método en sí mismo, se señala que no hay hechos jurídicos o económicos puros, sino que lo que existe son cortes de lenguaje; y que en el contexto jurídico solo cabe hablar de elementos juridizados, siendo inadmisible atribuir efectos de derecho a hechos meramente económicos, agregando que la interpretación económica solo existe para los economistas (DE BARROS, 2014, pp. 87-93).
También se ha advertido del peligro que encierra esta regla antielusiva, recordándose que en Alemania se aplicó con finalidad recaudatoria; y que constituye excepción al principio de igualdad de las partes, amenazando a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, motivo por el cual algunos países –como Alemania en 1977 y España en 1995– lo han abandonado, en tanto que Argentina lo ha mantenido con reservas, al supeditar su aplicación a la utilización de formas jurídicas inadecuadas (TAVEIRA, 2008, pp. 176-177 y 204-207; TARSITANO, 2004, pp. 444-446).
10.2 La interpretación finalista o teleológica del derecho tributario, reproduce la posición de la "jurisprudencia de intereses", en su debate con la "jurisprudencia de conceptos", al propiciar una interpretación libre, finalista, basada en la idea del Estado social, que se dirige al conocimiento de la realidad en detrimento de la forma, posición criticada por considerarla un pretexto para forzar los límites de la tipicidad (TAVEIRA, 2008, pp. 174 y 181-183), o por comprometer la seguridad o certeza jurídica (BLANCO, 2008, p. 52).
En realidad la crítica debe dirigirse, no al método, sino a la aplicación que se hace del mismo, porque si se confunde la ratio legis de la norma con los fines de una rama del Derecho, la interpretación teleológica indefectiblemente conducirá a un resultado extensivo en beneficio del Estado.
En esta materia los principios no deben referirse, entonces, a una especie de finalidad financiera, sino a los elementos de la obligación tributaria establecidos por la ley (TAVEIRA, 2008, pp. 182-184), particularmente al canon constitucional de legalidad y tipicidad, cuyo mensaje se dirige no solo al legislador, sino también a todos los que deben cumplir o hacer cumplir la ley (DE BARROS, 2014, pp. 96-97).

10.3 En busca de criterios más seguros para el control de los actos fraudulentos, se pasó del modo basado en la interpretación –por integración–, a las reglas generales antielusivas, que, según TAVEIRA (2008), fundan la prevalencia de la sustancia sobre la forma en conceptos como el de "abuso de formas" (Alemania, Austria y Luxemburgo), "abuso de derecho" (Francia) o "fraude a la ley" (España), (pp.199-204). Estas normas no van, entonces, por el lado de la extensión analógica del hecho generador, sino por la recalificación del acto para reconducirlo a la forma prevista en la norma fiscal, que se considera más adecuada .

En el caso del art. del art. 24 LGT, en su versión de 1963, se debatía si el fraude a la ley implicaba el uso de la analogía, pero en realidad no se trataba de extender el hecho generador, sino de la reconducción del negocio celebrado con el propósito de eludir el tributo, a su norma propia (GONZÁLEZ, 1997, p. 245). El art. 15 de la LGT en la versión de 2003, se refiere a la misma situación bajo la denominación de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, sistema por el que se aplica la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios, cuando los mismos sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y no produzcan efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

Las reglas antielusivas se aplican a la recalificación de un negocio verdadero y lícito, lo que implica establecer una limitación al ejercicio de la libertad de los particulares de adoptar las formas jurídicas que estimen más favorables para sus intereses, lo que solo puede establecerse por ley (GARCÍA, 2004, p. 479).

Esta es la crítica que le hacemos a la sentencia de GATTO DE SOUZA (Sent. N° 21 de 28/04/1967, en La Justicia Uruguaya, T. 55, Montevideo, 1967, c. n° 6.749), que admitió como gravada por el Impuesto de Herencias una donación indirecta, invocando como fundamento la opinión de JARACH, en el sentido de que al derecho tributario le interesa la relación económica privada y no la forma jurídica. Este argumento supone dar entrada al "principio de la realidad económica" sin ley que lo respalde y en abierta contradicción con el régimen legal entonces imperante (supra nral. 8.).

10.4 El principio de la realidad del art. 6° CT, en cambio, no extiende por analogía el hecho generador, ni recalifica un acto o negocio verdadero y lícito, sino que interpreta la norma para determinar si su sentido, más allá de las palabras, alcanza al acto o negocio que tiene la misma sustancia que el hecho imponible.

Por consiguiente, no constituye una amenaza a los principios de legalidad y seguridad jurídica, desde que la recalificación del derecho tributario no difiere en esencia de la que se hace en el derecho privado. Tampoco constituye una excepción al principio de igualdad de las partes, porque ambas pueden invocarlo en su beneficio, permitiendo –además– asegurar la igualdad entre los contribuyentes (BORDOLLI, 1994, p. 18). La solución de

los casos que no puedan ser recalificados por el principio de la realidad, corresponde a la ley, y no al intérprete, que carece de autonomía calificadora (TARSITANO, 2004, p. 448; FAGET, 2004, p. 438 y 440; TAVEIRA, 2008, p. 61). En estos casos habrá elusión, y no evasión del tributo. En general se entiende por elusión, el evitar la verificación del hecho generador por medios lícitos, aprovechando los vacíos dejados por la ley; diferenciándose de la economía de opción, que consiste en utilizar las alternativas normales brindadas por el ordenamiento jurídico para la obtención de un ahorro fiscal legítimo; y de la evasión, en la que se utilizan medios ilícitos para ocultar o disimular el hecho generador acaecido.

IV. POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO DE FRAUDE A LA LEY PROPIO DEL DERECHO TRIBUTARIO.

11.1 El fraude a la ley supone la violación de reglas limitativas del ejercicio de la autonomía privada , por lo que, como toda restricción a libertad, solo puede ser impuesta por ley (art. 10 inc. 2° de la Constitución). Por consiguiente, no existiendo en nuestro Derecho norma legal alguna que regule el fraude a la ley en materia tributaria, debe aplicarse en subsidio, el derecho privado (art. 14 inc. 2° CT) , cuya elaboración sistemática solo comprende a la violación indirecta de normas prohibitivas

La disposición antes citada –a diferencia de lo dispuesto por el art. 5° inc. 2° CT–, no faculta al intérprete para la elección de la norma supletoria en casos de vacío, sino que remite –en primer término y sin condicionamiento alguno– al derecho privado.

11.2 No obstante, desde la teoría general del derecho ATIENZA & MANER0 (2000, "Ilícitos atípicos", citados en BLANCO, 2008, p. 50-52), señalan que el fraude a la ley implica la violación, no de una regla de derecho, sino de un principio jurídico, desde que lo que la dogmática del Derecho Civil y Tributario identifica como el fin o espíritu no son otra cosa que los principios, posición que, entiende BLANCO, nos conduce obligatoriamente al principio de la capacidad contributiva.

11.3 Nuestro derecho consagra el concepto que vincula la ilicitud a la violación de un deber jurídico (mandato o prohibición) (GAMARRA, 1974, pp. 78-79), o sea de normas prohibitivas o imperativas, que solo pueden ser establecidas por la ley; o de un derecho subjetivo (supra nral. 6.2), lo que excluye que pueda haber ilicitud por violación de principios no llevados a la norma, sea en forma directa o por vía de integración.

En materia de obligación tributaria, la integración es un mecanismo que se utiliza en ausencia de las normas fiscales (que incluyen al derecho privado, en los casos de remisión expresa o subsidio) , y no en lugar de ellas, sin perjuicio de que en materia de la existencia y cuantía de los tributos no existen vacíos, estando prohibido al intérprete recurrir a la integración analógica (art. 5 inc. 1° CT).

Si bien los arts. 5, 6 y 14 CT reconocen la autonomía del derecho tributario material, la misma encuentra sus límites en el mantenimiento de la seguridad jurídica y la unidad del Derecho.

V. CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS QUE ESCAPAN A LA LETRA DE LA LEY, PERO NO A SU SENTIDO.

12.1 En definitiva, el intérprete solo puede llegar hasta el límite de la interpretación extensiva (art. 4° CT) –que no extiende el sentido de la norma, sino de los vocablos impropiamente utilizados por el legislador (VALDÉS, 1996, pp. 270-271; TAVEIRA, 2008, p. 190)– estándole vedada tanto la integración analógica, como la recalificación de un negocio lícito y adecuado a la realidad para llevarlo al hecho generador, por lo que los vacíos de la norma deben ser colmados por la ley, a la que pertenece la autonomía calificadora del derecho tributario.

12.2 Por consiguiente, en la situación en que el acto está alcanzado por el sentido de la norma fiscal, aunque no por sus palabras, lo que se pretende con el mismo es el escape de la obligación tributaria, y no del hecho generador. En este caso, se verifica el hecho generador en forma velada, al igual que en la simulación, aunque ello se oculta o disimula, no a través de un negocio meramente aparente o diverso al realmente celebrado, sino mediante la realización de un negocio verdadero, pero de manera artificiosa o anómala.

Con las normas antielusivas, en cambio, el hecho generador no se verifica, pero igualmente el acto es alcanzado por la extensión analógica de la norma fiscal o por su reconducción a una forma gravada, que se considera más adecuada.

13. En el caso del acto o negocio que escapa a la letra de la ley que establece el hecho generador, pero no a su sentido, no existe en realidad violación de una norma, no solo por lo dicho supra nral. 6.4, sino porque con el acto se verifican los hechos y situaciones previstos en la misma como hipótesis de incidencia. En cambio, cuando se trata de una prohibición, la consecuencia será la nulidad, salvo disposición legal en contrario, y, como en el caso anterior, la aplicación de la norma que se pretendía eludir.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BLANCO, A. (2008). “Fraude e ilícitos tributarios en el derecho uruguayo actual”. En MALET VÁZQUEZ, M. y SILVA FORNÉ, D. (Coordinadores), Derecho Penal, Hacienda y Administración Pública, Montevideo, FCU.

BLANCO, A. (2013). Estudios críticos sobre finanzas públicas y derecho tributario, Montevideo, FCU.

BLENGIO, J. E. (1985). “El negocio en fraude a la ley”. En Anuario de Derecho Civil

Uruguayo, T. XV, Montevideo, FCU.
BORDOLLI, J. C. (1994). "El principio de la realidad y la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo", en Revista Tributaria IUET, T. XXI, (118).
CARNELLI, S. (2012). "Causa del Contrato – Análisis de la nueva doctrina de Gamarra sobre la causa del contrato". En Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLII, Montevideo, FCU.
DE BARROS CARVALHO, P. (2014). "Entre la forma y el contenido: crítica a la interpretación económica de los hechos jurídicos". En Revista de Derecho UCUDAL, 2ª época, año 9, (9), Montevideo.
FAGET PRATI, A. (1981). "La forma jurídica inadecuada y el fraude a la ley fiscal". En Revista Tributaria IUET T. VIII, (42).
FAGET PRATI, A. (1993). "El «Disregard of legal entity» en el Derecho Tributario". En Revista Tributaria IUET., T. XX, (116).
FAGET PRATI, A. (2004). "Interpretación y calificación en materia tributaria. Las formas jurídicas inadecuadas y el fraude a la ley fiscal". En Revista Tributaria IUET., T. XXXI, (181).
FERRARI REY, M. & GUTIÉRREZ PRIETO, G. (2011). Conjuntos Económicos enfoque tributario. Montevideo, AMF-ORT, 2011.
GAMARRA, J. (1992). Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. VI, reimpresión de la 3ª ed., Montevideo, FCU.
GAMARRA, J. (1967). Tratado de derecho civil uruguayo, T. VIII, Montevideo, AMF.
GAMARRA, J. (1999). Tratado de derecho civil uruguayo, T. XIII, Montevideo, FCU, 3ª ed., ed. Electrónica de IMPO.
GAMARRA, J. (1972). Tratado de derecho civil uruguayo, T. XIV, Montevideo.
GAMARRA, J. (1974). Tratado de derecho civil uruguayo, T. XVI, Montevideo.
GAMARRA, J. (1977). Tratado de derecho civil uruguayo, T. XVIII, Montevideo.
GAMARRA, J. (2009). Tratado de derecho civil uruguayo, T. XXVI. Montevideo, FCU.
GARCÍA NOVOA, C. (2004). "Las medidas para combatir la elusión fiscal. Cláusulas generales y especiales". En Revista Tributaria IUET, T. XXXI, (181).
GARCÍA NOVOA, C. (2008). Prólogo a TAVEIRA TORRES, H. (2008), Derecho tributario y Derecho privado, Argentina, Marcial Pons Argentina.
GONZÁLEZ GARCÍA, E. (1997). "Interpretación de la norma jurídica tributaria". En Lecciones y Ensayos, (67/68), Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
HESSDÖRFER, A. (2014). "Fraude a la ley tributaria; un problema no resuelto por el «principio de la realidad»". En Revista Tributaria IUET, T. XLI, (241).
SÁNCHEZ FONTÁNS, J. (1965). "Análisis general de la ley". En La Ley de Alquileres de 1964: comentarios, antecedentes y documentos, texto legal anotado y concordado, Montevideo, FDCS.

SEIJAS, A. & WHITELAW, J. (2002). "Forma y sustancia en la ley tributaria". En Revista Tributaria IUET, T. XXIX, n° 169.
TARSITANO, A. (2004). "Interpretación de la ley tributaria". En Revista Tributaria IUET, T. XXXI, nº 181.
TAVEIRA TORRES, H. (2008). Derecho tributario y Derecho privado, Argentina, Marcial Pons Argentina.
VALDÉS COSTA, R. (1996). Curso de Derecho Tributario, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis.
VALDÉS COSTA, R., VALDÉS de BLENGIO, N. & SAYAGUÉS ARECO, E. (2002). Código Tributario de la República Oriental del Uruguay, comentado y concordado, 5ª ed., actualizada por VALDÉS de BLENGIO, N. Montevideo, FCU.

Fecha de recepción: 4 mayo 2020.

Fecha de aceptación: 22 junio 2020.

LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

ENVIRONMENTAL PROTECTION IN THE URUGUAYAN CONSTITUTION

PROTEÇAO DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇAO DA REPÚBLICA

Gonzalo F. Iglesias Rossini

RESUMEN. El presente estudio aborda la protección constitucional del ambiente, la cual se encuentra no sólo recogida por el artículo 47 de la Constitución, sino también por los artículos 7, 72, y 332. El artículo 47 de la Constitución declara de interés general la protección del ambiente, lo que habilita a limitar ciertos derechos fundamentales, como la propiedad. En este sentido, en base a dicho artículo, y de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000, se autoriza al Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Ambiente, a establecer ciertas limitaciones o prohibiciones respecto a las actividades que se realicen en las áreas comprendidas en el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas y zonas adyacentes. Recientemente la Suprema Corte de Justicia analizó la constitucionalidad de esta ley en base al artículo 47 de la Constitución, la cual analizaremos también en el presente artículo.

PALABRAS CLAVE. Derecho Ambiental. Constitución Nacional. Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

ABSTRACT. This study addresses the constitutional protection of the environment, which is granted not only by Section 47 of the Constitution, but also by Sections 7, 72, and 332. Section 47 of the Constitution declared that environmental protections is of general interest, which means that certain fundamental rights may be limited, such as the property. Based on this Section, and Law Number 17,234, dated February 22, 2000, the Executive Branch, on the motion of the Ministry of Environment, may impose certain limitations and prohibitions regarding the activities that are carried out in protected areas incorporated into the National System of Natural Protected Areas and their adjacent areas. Recently the Supreme Court has analyzed the constitutionality of this law in accordance

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Escribano Público. Asesor en Derecho Ambiental. Integrante del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho. Universidad de la República. LL.M. Environmental and Energy Law. Georgetown University Law Center. Especialista en Derecho Ambiental. Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: gfi2@georgetown.edu

with Section 47 of the Constitution, which will be addressed in this article.

KEYWORDS: Environmental Law. National Constitution. National System of Natural Protected Areas.

RESUMO. Este estudo trata da proteção constitucional do meio ambiente, incluída não apenas no artigo 47 da Constituição, mas também nos artigos 7, 72 e 332. O artigo 47 da Constituição declara de interesse geral a proteção do meio ambiente, que permite limitar certos direitos fundamentais, como a propriedade. Nesse sentido, com base no referido artigo e na Lei nº 17.234, de 22 de fevereiro de 2000, autoriza-se ao Poder Executivo, por proposta do Ministério do Meio Ambiente, a estabelecer certas limitações ou proibições em relação às atividades realizadas nas áreas incluídas no Sistema Nacional de Áreas Naturais Protegidas e áreas adjacentes. Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça analisou a constitucionalidade desta lei com base no artigo 47 da Constituição, que também analisaremos neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE. Direito Ambiental. Constituição Nacional. Sistema Nacional de Áreas Naturais Protegidas.

I. Introducción

Nuestro país protege expresamente el ambiente desde la Constitución de 1997, aunque anteriormente la doctrina consideraba que el derecho a vivir en un ambiente sano se encontraba implícitamente protegido a través de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución. El artículo 47 de la Constitución recibió diversas críticas por parte de la doctrina, muchas de las cuales fueron recogidas y corregidas por la Ley General de Protección del Ambiente (Ley N° 17.283, de 28 de noviembre de 2000).

La Constitución de la República de 1967 no contaba con disposiciones sobre la protección del ambiente; mucho menos las anteriores, de 1830 a 1967 (Magariños de Mello, 1997, p. 46). Tengamos en cuenta que en dicha época no existía una conciencia ambiental en nuestro país que motivara dicha protección constitucional. El mundo recién comenzaba a poner el tema ambiental en el tapete recién en la década del 70.

Es importante recordar que la regulación de la temática ambiental por el Derecho, tanto nacional como internacional, comienza a surgir recién con la Primera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo (Suecia), en el año 1972. Al punto que la Declaración de Estocolmo es considerada como la piedra fundamental del Derecho Ambiental (Magariños de Mello, 1997, p. 43).

Con anterioridad existían solo algunas Constituciones europeas que preveían disposiciones que protegían el ambiente (Correa Freitas, 1997, p. 25). Lo cierto es que con poste-

rioridad a este mojón, las Constituciones en el mundo empezaron a constitucionalizar la protección del ambiente. Similar a lo que se produjo con los Derechos Humanos, luego de la adopción en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Gros Espiell, 1997, p. 54). En los últimos cuarenta años, más de 100 países han adoptado el derecho a vivir en un ambiente sano en sus Constituciones .

Siguiendo la tendencia mundial, el artículo 47 de la Constitución dio paso al desarrollo del Derecho Ambiental en nuestro país, permitiendo la limitación de ciertos derechos, tales como la propiedad. Un claro ejemplo es la creación del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (el "SNAP") a partir de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000, ya que de conformidad con el artículo 8º de dicha ley, el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, puede establecer ciertas limitaciones o prohibiciones respecto a las actividades que se realicen en las áreas comprendidas en el SNAP y zonas adyacentes.

Una de las pocas sentencias ambientales que han llegado a la Suprema Corte de Justicia discutió justamente la disposición constitucional y la constitucionalidad del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Analizaremos dicha sentencia en el presente estudio.

En el Capítulo II del presente estudio analizaremos la protección del ambiente en la Constitución de la República. En el Capítulo III analizaremos el inciso primero del artículo 47 de la Constitución. En el Capítulo IV analizaremos el inciso segundo del artículo 47 de la Constitución. En el Capítulo V analizaremos la protección del ambiente a través de los artículos 7, 72, y 332 de la Constitución. En el Capítulo VI analizaremos la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, que declara la constitucionalidad de la Ley N° 17.234, modificada por la Ley N° 17.930. Finalmente, en el Capítulo VII desarrollaremos las conclusiones del presente estudio.

II. La protección del ambiente en la Constitución de la República

La protección del ambiente aparece consagrada en el artículo 47 de la Constitución de la República, el cual se ubica dentro del Capítulo II, dentro de la Sección II (Derechos, Deberes y Garantías). Asimismo, dicha protección se desprende de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución de la República.

Hasta la reforma constitucional de 1997, nuestra Constitución carecía de una referencia expresa a la protección del ambiente. Sin perjuicio de ello, la doctrina reconocía su rango constitucional, ya sea por la vía del artículo 72 de la Constitución, o como extensión de otros derechos, como la vida, o la seguridad (Risso, 2006, p. 771). Pero además, cabe aclarar que previo a la reforma constitucional de 1997, nuestro país contaba con normas de rango legislativo y reglamentario, que igualmente protegían el ambiente (Gorosito,

2019, p. 243).
A los efectos prácticos podemos diferenciar los dos incisos del artículo 47 de la Constitución de la República. El primer inciso del artículo 47, cuya redacción fue dada por la Reforma Constitucional, aprobada por plebiscito de fecha 8 de diciembre de 1996. El inciso segundo fue agregado por la Reforma Constitucional, aprobada por plebiscito de fecha 31 de octubre de 2004 .

III. La protección del ambiente en el inciso primero del artículo 47 de la Constitución de la República

El inciso primero del artículo 47 de la Constitución de la República reconoce la calidad de bien jurídico al ambiente (Biasco, 1999, p. 80). Dicho artículo, luego de la reforma constitucional de 1997, dispone que: "La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.".
Anteriormente, el artículo 47 de la Constitución de la República disponía lo siguiente: "El Estado combatirá por medio de la ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales.". Dicha disposición luego de la reforma constitucional de 1997, pasó a ser el inciso segundo del artículo 46 de la Constitución (Gros Espiell, 1997, p. 60).
El artículo 47 de la Constitución de la República, utiliza la terminología popular de la época, haciendo mención al "medio ambiente", y no al "ambiente" (Biasco, 1999, 78). Terminología tan discutida, ya que existe una preferencia a nivel doctrinario por utilizar "ambiente", en lugar de "medio ambiente". Nuestra Constitución se apartó de la Constitución de otros países, como por ejemplo la Argentina que utiliza "ambiente", y no "medio ambiente" (artículo 41).
El inciso primero del artículo 47 de la Constitución de la República se puede separar en tres secciones: una declaración de interés general, el establecimiento de un deber de abstención, y por último, un mandato reglamentario (Magariños de Mello, 1997, p. 49; Cousillas, 2011, p. 111).
La disposición constitucional establece un "sistema de garantías" con respecto a la protección del ambiente, el cual está dado por: (i) la declaración de interés general; (ii) generar la obligación de abstenerse de perjudicarlo; y (iii) prever el establecimiento de sanciones para los transgresores (Biasco, 1999, p. 80).

A. Sobre el interés general en la protección del ambiente

En primer lugar, el artículo 47 de la Constitución Nacional declara que la protección del ambiente es de interés general. Este tipo de declaración es novedosa en nuestra Constitu-

ción, ya que es utilizada para calificar la necesaria protección del ambiente; apartándose del resto de los artículos que utiliza este concepto (Gros Espiell, 1997, p. 61).
El resto de los artículos de la Constitución en que se menciona el "interés general", se realiza como criterio para que la ley (ley formal), puede usar para regular los derechos de los habitantes de la República, enumerados en los artículos 7, 32, y 36 de la Constitución (Gros Espiell, 1997, p. 61).
En primer lugar, la expresión "interés general" es utilizada en el artículo 7 de la Constitución, el cual dispone que: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general." (El subrayado nos pertenece). En este artículo, la expresión "interés general" se utiliza como criterio por el cual las "leyes" pueden llegar a privar de la protección de los derechos enumerados en dicho artículo.
En segundo lugar, el artículo 32 de la Constitución dispone que: "La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda." (El subrayado nos pertenece). En este sentido, el artículo 32 de la Constitución emplea dicha expresión como criterio por el cual "las leyes" pueden reglamentar el derecho a la propiedad (Gros Espiell, 1997, p. 61).
Por último, el artículo 36 de la Constitución dispone que: "Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.". En este caso, la expresión "interés general" es utilizada para determinar eventuales limitaciones a la libertad de trabajo, de industria, de comercio, profesional o cualquier otra actividad lícita (Gros Espiell, 1997, p. 61).
Cierto sector de la doctrina entiende que la inclusión del "interés general" constituye una doble significación. En primer lugar, desde el punto de vista político, el constituyente priorizó la protección del ambiente, como una cuestión que atañe a toda la comunidad. En segundo lugar, desde el punto de vista técnico o jurídico, ya que la declaración de interés general habilita a limitar el derecho a ser protegidos en el goce de ciertos derechos fundamentales (Cousillas, 2011, p. 112). En efecto, tal como hemos adelantado, el artículo 7 de la Constitución de la República establece que: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo

y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general." (El subrayado nos pertenece).
El interés general es definido por el Poder Legislativo, por medio de la ley, y controlado por la Suprema Corte de Justicia a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, para determinar si ese interés es legítimo, o es contrario a la Constitución. Pero en este caso, la Constitución dejó en claro que la protección del ambiente es de interés general (Correa Freitas, 1997, p. 40).
El artículo 1º de la Ley N° 17.283, declaró de interés general, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Constitución de la República:
A) La protección del ambiente, de la calidad del aire, del agua, del suelo y del paisaje.
B) La conservación de la diversidad biológica y de la configuración y estructura de la costa.
C) La reducción y el adecuado manejo de las sustancias tóxicas o peligrosas y de los desechos cualquiera sea su tipo.
D) La prevención, eliminación, mitigación y la compensación de los impactos ambientales negativos.
E) La protección de los recursos ambientales compartidos y de los ubicados fuera de las zonas sometidas a jurisdicciones nacionales.
F) La cooperación ambiental regional e internacional y la participación en la solución de los problemas ambientales globales.
G) La formulación, instrumentación y aplicación de la política nacional ambiental y de desarrollo sostenible.
Asimismo, se aclara que la declaración antes aludida es sin perjuicio de lo establecido por las normas específicas vigentes en cada una de las materias señaladas.
De todos modos, debemos concluir que esta enunciación no debe ser taxativa, ya que todas las normas de protección del ambiente son de interés general. Esto por cuanto las leyes referidas a la protección del ambiente son de interés general, independientemente de que así haya sido categorizado por el legislador, o incluso la judicatura (Cousillas, 2011, p. 113).

B. Sobre el deber de abstención de causar actos que causen degradación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente

En segundo lugar, se establece por parte del inciso primero del artículo 47 de la Constitución, un deber de abstención por parte de todas las personas a causar cualquier acto que provoque depredación, destrucción o contaminación "graves" al medio ambiente. Esta disposición repite casi textualmente el artículo 3º de la Ley N° 16.466, de 19 de enero de 1994, aunque acotada al impacto ambiental: "Es deber fundamental de toda persona,

física o jurídica, abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca en depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente." (El subrayado nos pertenece).

En cambio, el artículo 47 de la Constitución de la República hace referencia a "todo acto" sin hacer por supuesto mención al impacto ambiental ("cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente").

Asimismo, esta disposición es repetida casi textualmente por el primer inciso del artículo 3º de la Ley N° 17.283, aunque aclarando que las personas pueden ser tanto físicas como jurídicas, públicas y privadas: "Las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, tienen el deber de abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente.".

El Derecho a veces opta por fórmulas negativas, y otras veces por fórmulas positivas, invocando un derecho humano, es decir, el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado (Durán Martínez, 1999, p. 81). En este caso, el artículo 47 de la Constitución utiliza únicamente la fórmula negativa (deber de abstención), sin hacer mención al derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado. Se prohíbe mediante la imposición de un deber de abstención (Gros Espiell, 1997, p. 63). Por lo tanto, la Constitución consagra un deber negativo, es decir, un deber de abstención (Correa Freitas, 1997, p. 41).

Respecto al término "personas", se ha discutido si el deber en cuestión alcanza a las personas jurídicas, o si queda limitado a las personas físicas. La doctrina mayoritariamente ha entendido que dado que la norma no distingue, el intérprete no debería distinguir, por lo que comprende a ambas personas (Gros Espiell, 1997, p. 63). Tal como hemos adelantado, esto fue solucionado por el artículo 3 de la Ley N° 17.283.

Es importante tener presente que este deber de abstención no implica un deber de proteger el ambiente. Aunque son dos caras de una misma moneda, es claro que la Constitución priorizó la obligación de abstención, y no realizó una referencia expresa a la obligación de proteger el ambiente, como sí sucede en otros países (como por ejemplo la Constitución de la Nación Argentina).

Posteriormente, nuestro país ha adoptado legalmente esta obligación en el inciso final del artículo 7 de la Ley N° 18.308, de 18 de junio de 2008 (Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible). En efecto, dicha inciso dispone que: "(…) las personas tienen el deber de proteger el medio ambiente, los recursos naturales y el patrimonio cultural y de conservar y usar cuidadosamente los espacios y bienes, públicos territoriales." (El subrayado nos pertenece).

Por lo tanto, existe únicamente rango constitucional en la obligación de abstención o no hacer, prevista en el artículo 47 de la Constitución, y únicamente rango legal en la obligación o deber de hacer, prevista en el artículo 7 de la Ley N° 18.308.

Esta abstención aparece referida a tres acciones y un calificativo. Las tres acciones que

toda persona debe abstenerse de causar son: (i) depredar; (ii) destruir, o (iii) contaminar. Pero no toda depredación, destrucción o contaminación quedan alcanzados por el deber de abstención. El texto constitucional aclara que dichos actos deben ser "graves".

Este calificativo de "grave" no es novedoso en la Constitución de la República, ya que varias disposiciones refieren al mismo. Por ejemplo, los artículos 25 ("culpa grave"), 93 ("delitos graves"), 104 ("delitos graves"), 130 ("según la importancia o gravedad del asunto"); y numeral 17 del artículo 168 ("casos graves").

Por lo tanto, se podría afirmar que la Constitución de la República sólo prohíbe (deber de abstención) los actos que causen depredación, destrucción o contaminación "graves". A contrario sensu, se podría concluir que existen actos "leves" que no quedarían comprendidos por el deber de abstención (Cousillas, 2011, p. 115). En otras palabras, el constituyente diferenció una contaminación "leve" (admitida), y una "grave" (prohibida) (Rotondo, 2015, p. 87).

Esta disposición ha sido reglamentada por el inciso segundo de la Ley N° 17.283, el cual dispone que: "Declárase por vía interpretativa que, a efectos de lo establecido en el artículo 47 de la Constitución de la República y en la presente disposición, se consideran actos que causan depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente, aquellos que contravengan lo establecido en la presente ley y en las demás normas regulatorias de las materias referidas en el artículo 1º. Asimismo, se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente.". Por lo tanto, la solución que encontró el legislador es asimilar "grave" con ilícito (Cousillas, 2011, p. 116).

C. Sobre el mandato al legislador a reglamentar el artículo 47 de la Constitución

En tercer lugar, el artículo 47 de la Constitución mandata al legislador a reglamentar esta disposición, y aclara que podrá prever sanciones para los transgresores ("La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores").

Según la doctrina, se deja librado a la ley que dicte el Poder Legislativo la reglamentación de esta disposición, y al legislador el prever las sanciones para los transgresores (Correa Freitas, 1997, p. 41).

Claramente, tal como ha sido señalado por la doctrina, no era necesario aclarar que la ley podrá prever sanciones para los transgresores, en virtud de lo previsto por el párrafo 3 del artículo 85 de la Constitución, y sólo tiene sentido desde el punto de vista político, al señalar la importancia de la cuestión (Gros Espiell, 1997, p. 63).

Las conductas que son contrarias a este deber de abstención, son conductas ilícitas, tanto del punto de vista civil, administrativo, y penal (Gros Espiell, 1997, p. 63). Pero fundamentalmente, el Derecho Ambiental prioriza la recomposición. Esto se desprende

del inciso primero del artículo 4 de la Ley N° 16.466: "Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que señale la ley, quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente en violación de lo establecido por los artículos de la presente ley, será civilmente responsable de todos los perjuicios que ocasione, debiendo hacerse cargo, además, si materialmente ello fuere posible, de las acciones conducentes a su recomposición." (El subrayado nos pertenece).

El mandato constitucional ha sido cumplido a través de la Ley N° 17.283. La misma aclara en el artículo 5º de manera innecesaria que: "El objetivo de la presente ley general de protección del ambiente es, en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 47 de la Constitución de la República, establecer previsiones generales básicas atinentes a la política nacional ambiental y a la gestión ambiental coordinada con los distintos sectores públicos y privados.".

Tal como hemos adelantado, esta disposición ha sido reglamentada a través del inciso segundo del artículo 3º de la Ley N° 17.283, declarando por vía interpretativa que, a efectos de lo establecido en el artículo 47 de la Constitución de la República, se consideran actos que causan depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente, aquellos que contravengan lo establecido en dicha ley y en las demás normas regulatorias de las materias referidas en el artículo 1º.

De no haberse reglamentado esta disposición, habría quedado librada a la interpretación del intérprete (por ejemplo el juez competente), respecto a la gravedad de dichos actos.

D. Críticas al artículo 47 de la Constitución de la República

El artículo 47 de la Constitución de la República ha recibido diversas críticas por parte de la doctrina, algunas de las cuales han sido solucionadas por la Ley N° 17.283, pero otras tantas persisten.

La mayor crítica que se le puede hacer al artículo 47 de la Constitución de la República es que no se consagra expresamente un derecho a los habitantes (de las generaciones presentes y futuras) al goce y disfrute de un ambiente sano y equilibrado (Risso, 2006, p. 772; Biasco, 1999, 79).

Si bien podría quedar implícito en el artículo 72 de la Constitución, creemos que la importancia del tema hubiera ameritado que el constituyente lo hubiera plasmado a texto expreso. El constituyente descartó además la tendencia que existía en el Derecho Constitucional Comparado, sobre cómo ha encarado el tema ambiental, descartando el reconocimiento expreso (derecho) de los individuos a vivir en un ambiente sano (Gros Espiell, 1997, 60).

En este sentido, nuestro país se aparta de la tendencia que existe en otros países, en dejar plasmado expresamente dicho derecho con rango constitucional. Por ejemplo, el artículo 41 de la Constitución de la Nación Argentina establece que: "Todos los habitantes gozan

del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.".

Este insólito olvido por parte del constituyente – a decir de Risso Ferrand – fue corregido parcialmente por el artículo 2 de la Ley N° 17.283, que consagra el derecho de los habitantes de la República a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado (derecho humano de tercera generación). (Risso, 2006, p. 772). De todos modos, es clara la diferencia, ya que este artículo tiene únicamente rango legal, y no constitucional.

Cierto sector de la doctrina entiende que de todos modos dicho derecho aparece recogido implícitamente en la Constitución, ya que como consecuencia de que la protección del medio ambiente es de interés general, se genera el deber del Estado de actuar para asegurar esa protección, así como el derecho de todos los habitantes de la República a vivir en un ambiente sano y equilibrado (Gros Espiell, 1997, 60). Esta parecería ser la interpretación de la Suprema Corte de Justicia, tal como analizaremos en el Capítulo VI del presente estudio.

Nótese que el artículo 47 reconoce expresamente que el acceso al agua y al saneamiento constituyen derechos humanos fundamentales, pero nada se dice sobre el derecho humano a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado; como si lo hace el artículo 2º de la Ley N° 17.283.

Por otro lado, el derecho a un medio ambiente sano surge del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) establece en su art. 11 que: "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos".

Otra de las críticas que se le ha realizado al artículo 47 de la Constitución es que no consagra un deber de proteger el ambiente. Según cierto sector de la doctrina, no sólo debería haberse consagrado un deber de abstención, sino también un deber de protegerlo y preservarlo (Correa Freitas, 1997, p. 41).

Esta es la solución adoptada por la Constitución de la Nación Argentina. La primera parte del artículo 41 establece que: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley." (El subrayado nos pertenece).

Tal como hemos adelantado, esto fue solucionado por el inciso final del artículo 7 de la Ley N° 18.308. En efecto, dicha inciso dispone que: "(…) las personas tienen el deber de proteger el medio ambiente, los recursos naturales y el patrimonio cultural y de conservar y usar cuidadosamente los espacios y bienes, públicos territoriales." (El subrayado nos

pertenece).
Por último, la doctrina critica que no se incluyó específicamente un deber para el Estado, en lo que refiere a la protección del ambiente (Correa Freitas, 1997, p. 41). Esto también fue solucionado por la Ley N° 17.283, al incluir en el artículo 4º que: "Es deber fundamental del Estado y de las entidades públicas en general, propiciar, un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible, protegiendo el ambiente y, si éste fuere deteriorado, recuperarlo o exigir que sea recuperado.".

IV. La protección del agua en el inciso segundo del artículo 47 de la Constitución de la República

El inciso segundo del artículo 47 de la Constitución fue incluido en la reforma constitucional de 2004, en el llamado "plebiscito del agua", impulsado por el Sindicato de Funcionarios de O.S.E., así como por diversas organizaciones sociales (Correa Freitas, 2016, p. 296).
El inciso segundo del artículo 47 de la Constitución establece que: "El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.". Existe una preocupación del constituyente en el sentido de proteger, preservar, amparar, y asegurar el uso del aprovechamiento del agua, como un bien esencial para el ser humano (Correa Freitas, 2016, p. 297).
El numeral 1 del inciso segundo del artículo 47 de la Constitución establece que: "La política nacional de Aguas y Saneamiento estará basada en:
a) El ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.
b) La gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.
c) El establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.
d) El principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.
Por último se aclara que: "Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.".
Respecto a este punto, es importante resaltar la Ley N° 18.610, de 2 de octubre de 2009 (Ley de Política Nacional de Aguas), establece los principios rectores de la Política Nacional de Aguas dando cumplimiento al inciso segundo del artículo 47 de la Constitución

de la República.
El numeral 2 del inciso segundo del artículo 47 de la Constitución de la República, en la redacción dada por la reforma constitucional de 2004, establece que: "Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.". La Constitución declara el dominio público estatal, por oposición al privado, de todas las aguas, con excepción de las pluviales (Correa Freitas, 2016, p. 297).
El numeral 3 del inciso segundo del artículo 47 de la Constitución establece que: "El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.". El constituyente utiliza la noción o el concepto de servicio público en sentido estricto o restringido, por cuanto el servicio público es la actividad estatal dirigida a la satisfacción de necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas, directa e indirectamente a los individuos. En este sentido, la doctrina entiende que dicho numeral prohíbe que el servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano, pueda ser prestado por particulares en régimen de concesión de servicio público, como se venía haciendo hasta el año 2004, en los departamentos de Canelones y Maldonado (Correa Freitas, 2016, p. 297).
El numeral 4 del inciso segundo del artículo 47 de la Constitución establece que: "La ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuanto éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.".
Tal como menciona la doctrina, con esta disposición se prohíbe indirectamente la exportación de agua, o la venta al extranjero de agua. Para que pueda suministrarse agua a otro país, se requiere cumplir tres condiciones señaladas por el texto constitucional. Primero, se requiere una ley sancionada por mayoría especial (tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara). Segundo, el país al que se suministra agua debe estar desabastecido. Tercero, los fines de dicho suministro deben ser solidarios, por lo que la doctrina entiende que se excluyen otros fines comerciales, o de contenido económico (Correa Freitas, 2016, p. 298).

V. La protección del ambiente por los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución

Tal como hemos adelantado, incluso antes de la reforma constitucional del 1997, la mayoría de la doctrina en nuestro país entendía que el derecho al ambiente se encontraba tutelado implícitamente a través de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución (Pereira Flores, 2000, p. 413; Magariños de Mello, 1997, p. 46; Saettone Montero, 1996, p. 482).

En primer lugar, porque el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado es una extensión del derecho a la vida (art. 7º de la Constitución). Esto por cuando el derecho a la vida supone vivir dignamente, en forma decorosa, y con una adecuada calidad de vida. Por lo que la contaminación de las aguas, del aire, entre otras, afecta el derecho a la vida de todos los habitantes de la República (Correa Freitas, 1997, pp. 36 – 37).
Siguiendo a Magariños de Mello podemos afirmar que el ambiente es la base y el fundamento de la vida (Magariños De Mello, 1997, p. 46). En otras palabras, reconocer el derecho a la vida y negar el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado implica la negación del primero (Durán Martínez, 1999, p. 81).
Pero además, cierto sector de la doctrina entiende que el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado se deriva del derecho a la salud, reconocido parcialmente por el artículo 44 de la Constitución de la República (Gros Espiell, 1997, p. 61).
En segundo lugar, porque si bien cuando el artículo 72 se incorporó a la Constitución de 1918, el Derecho Ambiental no existía (Gorosito Zuluaga, 2018, p. 228), dicho artículo, para salvar las posibles omisiones o para permitir una interpretación evolutiva de los derecho fundamentales (Cousillas, 2011, p. 109), previó que: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.".
Cierto sector de la doctrina sostiene que el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado es inherente a la personalidad humana (Gros Espiell, 1997, p. 60). Es anterior al Estado y la Constitución, siendo un derecho natural de todo ser humano vivir en un ambiente sano y equilibrado (Gorosito Zuluaga, 2018, p. 229). Compartimos esta interpretación.
Asimismo, es importante destacar que la doctrina destaca que las convenciones y tratados de contenido ambiental, tienen en virtud del artículo 72 de la Constitución rango constitucional (Gorosito Zuluaga, 2018, p. 232).
Finalmente, el artículo 332 de la Constitución establece que: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.".

VI. La sentencia de la SCJ que declara constitucional el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas en virtud del artículo 47 de la Constitución

La sentencia que analizaremos en el presente apartado es la N° 1588, de 26 de noviembre de 2018. La misma refiere a la acción de inconstitucionalidad de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000, modificada por la Ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005. Nos

tocó asesorar a la Dirección Nacional de Medio Ambiente, al contestar la acción de inconstitucionalidad, y creemos que es un gran leading case en nuestro Derecho Ambiental. No sólo porque el Estado refuerza la gestión del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, pero además, por los propios argumentos desarrollados por la propia Suprema Corte de Justicia.

La Ley N° 17.234, declaró de interés general la creación y gestión de un Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, como instrumento de aplicación de las políticas y planes nacionales de protección ambiental. Por su parte, el literal "g" del artículo 7 de la Ley N° 17.283 calificó al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, como uno de los instrumentos de gestión ambiental previstos por nuestro Derecho.

El artículo 5 de la Ley N° 17.234 en su redacción original, dispuso que la incorporación de áreas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, se realizaría por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, incluyendo las áreas pertenecientes al Estado, y de los "particulares que a tales efectos prestaren su consentimiento". Es decir que, para que un padrón de propiedad privada integrara un área del SNAP, el propietario debería previamente prestar su consentimiento.

Por su parte, la redacción original del artículo 8 del Decreto N° 52/005, de 16 de febrero de 2005 (Reglamentario de la Ley N° 17.234), estableció el procedimiento a seguir para obtener dicho consentimiento: "La propuesta se realizará bajo la forma de un contrato, en el que se detallarán en forma precisa las condiciones de uso y manejo a que quedará sujeta el área en cuestión, de acuerdo a la categoría de manejo seleccionada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley y el presente decreto. A partir de la notificación personal o por edictos, los propietarios tendrán un plazo máximo de 90 (noventa) días para manifestar su consentimiento. Vencido este plazo sin que el propietario haya manifestado su consentimiento en forma expresa, quedará expedita la vía para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley Nº 17.234 (…).".

Es decir que de conformidad con dicho artículo, si el propietario no prestaba su consentimiento para que su padrón forme parte de un área del SNAP, el Estado quedaba habilitado para seguir la vía prevista por el artículo 6 de la Ley N° 17.234, el cual declaraba de utilidad pública la expropiación de aquellas áreas, cuyos titulares no prestaren su consentimiento para la incorporación de los mismos al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

La Ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005 (arts. 362 y 363), modificó los artículos 5 y 6 de la Ley N° 17.234, eliminando la referencia al consentimiento de los particulares que quedó derogada. Posteriormente, el procedimiento previsto para recabar dicho consentimiento – ya derogado – se eliminó del artículo 8º del Decreto N° 52/005, a través del Decreto N° 294/019, de 30 de setiembre de 2019 (art. 1º).

Esta modificación permitió la incorporación de diversas áreas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. A saber:

1. Quebrada de los Cuervos y Sierras del Yerbal (Decreto Nº 462/008, de 29 de setiembre de 2008; Decreto Nº 524/008, de 27 de octubre de 2008; y Decreto N° 60/020, de 14 de febrero de 2020).
2. Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay (Decreto Nº 579/008, de 27 de noviembre de 2008; Decreto Nº 343/015, de 16 de diciembre de 2015).
3. Cabo Polonio (Decreto Nº 337/009, de 20 de julio de 2009).
4. Valle del Lunarejo (Decreto Nº 476/009, de 14 de octubre de 2009).
5. Localidad Rupestre de Chamangá (Decreto Nº 11/010, de 12 de enero de 2010; Decreto Nº 129/010, de 20 de abril de 2010; Decreto Nº 6/011, de 19 de enero de 2011).
6. San Miguel (Decreto Nº 54/010, de 8 de febrero de 2010; Decreto N° 333/019, de 4 de noviembre de 2019).
7. Laguna de Rocha (Decreto Nº 61/010, de 18 de febrero de 2010).
8. Cerro Verde (Decreto Nº 285/011, de 10 de agosto de 2011).
9. Rincón de Franquía (Decreto Nº 121/013, de 17 de abril de 2013).
10. Grutas del Palacio (Decreto Nº 153/013, de 21 de mayo de 2013).
11. Laguna Garzón (Decreto N° 341/014, de 21 de noviembre de 2014; Decreto Nº 388/014, de 29 de diciembre de 2014).
12. Montes del Queguay (Decreto Nº 343/014, de 25 de noviembre de 2014).
13. Humedales de Santa Lucía (Decreto Nº 55/015, de 9 de febrero de 2015).
14. Esteros y Algarrobales del Rio Uruguay (Decreto Nº 341/015, de 16 de diciembre de 2015).
15. Isla de Flores (Decreto N° 43/018, de 23 de febrero de 2018).
16. Paso Centurión y Sierra de Ríos (Decreto N° 198/019, de 8 de julio de 2019).
17. Laguna de Castillos (Decreto N° 59/020, de 14 de febrero de 2020).

Anteriormente, la necesidad de contar con el consentimiento de los particulares, inviabilizó la incorporación de áreas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegida. Nótese que las primeras áreas protegidas incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas datan del año 2008; casi 10 años posteriores a la promulgación de la Ley N° 17.234.

Como habíamos adelantado, la acción de inconstitucionalidad objeto de la sentencia que estamos analizando, se realizó contra la Ley N° 17.234, y su modificativa, la Ley N° 17.930. Los propietarios de un campo ubicado en el área natural protegida "Humedales de Santa Lucía", incorporada al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, por Decreto Nº 55/015, de 9 de febrero de 2015, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 17.234, en la redacción dada por la Ley N° 17.930, por ser violatorias de los artículos 7 y 32 de la Constitución Nacional.

Asimismo se señaló que: "Además de resultar una limitación violatoria del derecho de propiedad consagrada constitucionalmente, se agravó la misma al eliminar la etapa previa de estudio, coordinación y eventual consentimiento de los propietarios a la eventual inclusión.". En la misma línea, argumentan que la modificación de la Ley N° 17.930 eliminó un procedimiento con determinadas garantías para los propietarios: consentimiento (art. 5 de la Ley N° 17.234), notificación personal, y eventual celebración de un contrato (art. 8 del Decreto N° 52/005).

La Suprema Corte de Justicia entendió que existió poca claridad en la individualización requerida por el artículo 512 del Código General del Proceso (Ley N° 15.982, de 18 de octubre de 1988): "En efecto (…) la única impugnación que puede ser individualizada y que no resultaría alcanzada por la inadmisibilidad referida en el Considerando anterior es la referida al artículo 6 de la Ley No. 17.234.". Respecto a este punto, se entendió que la disposición en cuestión (artículo 6 de la Ley N° 17.234) resulta absolutamente ajustada a lo dispuesto por el artículo 47 de la Constitución, en cuanto dispone que la protección del ambiente es de interés general.

La Corte aclaró además que: "(…) el art. 362 de la Ley No. 17.930 que dio nueva redacción al art. 5 de la Ley No. 17.234 simplemente regula la incorporación al sistema de áreas naturales protegidas por parte del Poder Ejecutivo a propuesta del MVOTMA (…)". En este sentido, se argumentó que: "(…) el art. 5 en la redacción vigente no regula supuesto alguno de expropiación, esto es, de traslación dominial forzosa de un bien a manos del Estado, sino que regula cómo los bienes públicos o privados se incorporan al sistema de áreas naturales protegidas.".

En lo que refiere a las medidas de protección previstas por el artículo 8 de la Ley N° 17.234 (limitaciones o prohibiciones), la Corte concluyó que: "Dicha incorporación, puede aparejar determinadas medidas de protección de aquellas áreas consideradas protegidas, pero estas limitantes al derecho de propiedad son una herramienta necesaria e idónea para tutelar el derecho a un medio ambiente sano y sustentable" (art. 47 de la Carta). En este sentido, se desprende que la Corte de alguna forma entiende que el derecho a un ambiente sano y equilibrado se desprende del artículo 47 de la Constitución.

En lo que respecta a la propiedad y el ambiente, la Corte resalta que: "El legislador, en el balance de derechos fundamentales, pretendió dar preferencia al derecho al medio ambiente (…)". Pero además, se argumentó que: "(…) el derecho a la propiedad no es un derecho subjetivo perfecto que no admita limitaciones por razones de interés general, por el contrario, puede ser restringido en su protección si existe razonable motivo en aras del bien común.". En el caso en cuestión, dicha fundamentación estaría dada por el artículo 1º de la Ley N° 17.234, que declara de interés general la creación y gestión de un Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

Y se concluye que: "En el caso, no se licua el disfrute en el ejercicio de un derecho consti-

tucional, como es el derecho de propiedad, desnaturalizándolo mediante el establecimiento de una serie de gravámenes que tornan estéril el ejercicio de tal derecho. Y que: "Los actores, incorrectamente, asimilan limitación del derecho de propiedad (restricciones al ejercicio) con la privación que es la medida de intervención más intensa, porque lo que produce es el traspaso dominial de un bien del particular al Estado.".

Por último, en lo que respecta a la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley N° 17.234, en la redacción dada por el artículo 363 de la Ley N° 17.930, se argumentó que: "El hecho de que el art. 6 de la Ley 17.234 en su redacción original declara de utilidad pública la expropiación de aquellos bienes cuyos titulares no habían prestado su consentimiento para la incorporación al Sistema Nacional de Áreas Protegidas y que, por obra del art. 353 de la Ley No. 17.930 se haya eliminado la referencia al consentimiento no viola, en modo alguno, el derecho de propiedad.".

VII. Conclusiones

La protección del ambiente aparece consagrada en el artículo 47 de la Constitución de la República, el cual se ubica dentro del Capítulo II, dentro de la Sección II (Derechos, Deberes y Garantías). Asimismo, dicha protección se desprende de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución de la República.

La protección constitucional del ambiente es un gran mojón en el desarrollo del Derecho Ambiental, aunque el texto constitucional presenta diversas críticas que han sido señaladas en el presente estudio. La mayor crítica que se le puede hacer al artículo 47 de la Constitución de la República es que no se consagra expresamente un derecho a los habitantes (de las generaciones presentes y futuras) al goce y disfrute de un ambiente sano y equilibrado.

El artículo 47 de la Constitución dio paso al desarrollo del Derecho Ambiental en nuestro país, permitiendo la limitación de ciertos derechos, tales como la propiedad. Un claro ejemplo es la creación del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, a partir de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000, ya que de conformidad con el artículo 8º de dicha ley, el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, puede establecer ciertas limitaciones o prohibiciones respecto a las actividades que se realicen en las áreas comprendidas en el SNAP y zonas adyacentes.

Una de las pocas sentencias ambientales que han llegado a la Suprema Corte de Justicia discutió justamente la disposición constitucional y la constitucionalidad del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. La misma no sólo reconoce la constitucionalidad de la Ley N° 17.234, modificada por la Ley N° 17.930, sino que además reconoce que el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado se desprende del artículo 47 de la Constitución de la República.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BIASCO, Emilio (1999). Derecho Ambiental General. Fundación de Cultura Universitaria.

BLENGIO VALDÉS, Mariana (2003). Derecho humano a un ambiente sano. Revista de Derecho, año 2, no. 4, 5-17.

BLENGIO VALDÉS, Mariana. Manual de Derechos Humanos. https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/203/194

CORREA FREITAS, Ruben & VÁZQUEZ, Cristina (1997). La reforma constitucional de 1997. Fundación de Cultura Universitaria.

CORREA FREITAS, Ruben (2016). Derecho Constitucional Contemporáneo. Fundación de Cultura Universitaria.

GROS ESPIELL, Héctor (1997). La protección del medio ambiente en el Derecho Constitucional. Durán Martínez, Reforma Constitucional 1997 (pp. 53 – 65).

COUSILLAS, Marcelo (2011). La protección del ambiente en la Constitución. En M. BLENGIO. J.A. CAGNONI, Estudios constitucionales. En honor a Héctor Gros Espiell (pp. 105 – 120). La Ley Uruguay.

GOROSITO ZULUAGA, Ricardo (2018). El artículo 72 de la Constitución uruguaya como norma pórtico, puente o de coordinación entre el Derecho ambiental internacional o global y el Derecho ambiental en Uruguay". Revista de Legislación Uruguaya. Sistematizada y analizada. (Año IX, N° 1), 227 – 235.

GOROSITA ZULUAGA, Ricardo (2019). ESTUDIOS DE DERECHO AMBIENTAL. PARTE GENERAL. Objeto protegido. Principios. Protección constitucional. La Ley Uruguay.

IGLESIAS ROSSINI, Gonzalo Fernando (2016). El derecho a gozar de un ambiente sano: Relaciones entre la salud y el Ambiente. Revista de la Facultad de Derecho. (40), 159-176.

MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo (1997). La protección del medio ambiente. En. A. Durán Martínez, Reforma Constitucional 1997 (pp. 43 – 51).

PEREIRA FLORES, María Victoria (2000). El derecho al ambiente como derecho fundamental, desde la perspectiva del derecho positivo uruguayo. En A. Durán Martínez, Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone (pp. 413 – 419). AMALIO M. FERNÁNDEZ.

ROTONDO, Felipe (2015). Derechos fundamentales y Derecho Administrativo. Revista de Derecho Público (Año 24; N° 47), 87 – 102.

SAETTONE MONTERO, Mariella (1996). Marco normativo de la protección del medio ambiente en nuestro derecho positivo. En. Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramon Real (479 – 491).

SAETTONE MONTERO, Mariella (2003). La protección del medio ambiente por la Ley N° 17.234 (áreas protegidas) y la Ley N° 17.283 que declara de interés general de acuerdo con el art. 47 de la Constitución la protección del medio ambiente. Revista de Derecho Público. (24), 117 – 126.

Fecha de recepción: 31 de mayo 2020.

Fecha de aceptación: 20 de junio 2020.

ANÁLISIS DEL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN A LA LUZ DEL POSDCORB*

ANALYSIS OF THE TEXT OF THE CONSTITUTION IN LIGHT OF THE POSDCORB

ANÁLISE DO TEXTO DA CONSTITUÇAO À LUZ DO POSDCORB

*Mariel Lorenzo Pena***

RESUMEN. En tanto el derecho no es una materia aislada, el estudio del texto constitucional a partir de conceptos vertidos por otras ciencias y materias resulta interesante. En este contexto, se propone un análisis de nuestro máximo texto normativo desde el aporte de la ciencia de la administración. En esta óptica, se definen y estudian los conceptos de Planning, Organizing, Staffing, Directing, Co-Ordinating, Reporting and Budgeting (en español planificación, organización, dotación de personal, dirección, coordinación, informes y presupuestos) los que se reúnen en el acrónimo POSDCORB.
Luego, se propone realizar una primera lectura de nuestra Carta Magna a la luz de estos conceptos. Se expone brevemente qué artículos de nuestro texto constitucional podrían ingresar en cada uno de ellos. Esta lectura se realiza en base a palabras exactas encontradas en el texto superior (resultados literales de búsquedas) así como ingresando al contenido de algunos artículos de la Carta, categorizando los mismos en base a este mismo criterio.

PALABRAS CLAVE. POSDCORB. Constitución. Ciencia de la Administración.

ABSTRACT. Inasmuch as the law is not an isolated subject, the study of the constitutional text from concepts discharged by other sciences and matters is interesting. In this context, an analysis of our maximum normative text from the contribution of the science of administration is proposed. In this perspective, the concepts of Planning, Organizing, Staffing, Directing, Co-Ordinating, Reporting and Budgeting -collected in the acronym POSDCORB- are defined and studied. Then, it is proposed to make a first reading of our Magna Carta in light of these concepts. The articles of our constitutional

* Planning, Organizing, Staffing, Directing, Co-Ordinating, Reporting and Budgeting (POSDCORB).
El presente artículo fue realizado como parte de la aprobación del curso «Organización Administrativa» a cargo del Prof. Felipe Rotondo en el contexto del LL.M –Máster en Derecho– de la Universidad de Montevideo. Se cuenta con la autorización de la mencionada Universidad para realizar esta publicación. La autora agradece especialmente al Prof. Pablo Genta, Coordinador Académico de Máster y Postgrados por dicha autorización.
** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UdelaR. Profesora Adscripta en Derecho Constitucional por la UdelaR. Cursando Maestría LL.M. –Máster en Derecho– por la Universidad de Montevideo. Profesora Asistente (Grado II) de Derecho Constitucional (UdelaR). Correo electrónico: mariel.lorenzo.pena@gmail.com

text that could enter into each of those concepts are briefly exposed. This reading is made based on exact words found in our higher text (literal search results) as well as entering the content of some articles of the Charter, categorizing them based on this same criterion.

KEY WORDS. POSDCORB. Constitution. Science of Administration.

RESUMO. Enquanto o direito não é um assunto isolado, o estudo do texto constitucional a partir de conceitos expressos por outras ciências e assuntos é interessante. Nesse contexto, uma análise de nosso texto normativo máximo é proposta a partir da contribuição da ciência da administração. Nessa perspectiva, são definidos e estudados os conceitos de planejamento, organização, pessoal, direção, coordenação, elaboração de relatórios e orçamento; ou seu acrônimo POSDCORB.
Em seguida, propõe-se fazer uma primeira leitura de nossa Magna Carta à luz desses conceitos. Expõem-se brevemente quais artigos de nosso texto constitucional poderiam entrar em cada um deles. Essa leitura é feita com base nas palavras exatas encontradas no texto superior (resultados literais da pesquisa), bem como na inserção do conteúdo de alguns artigos da Carta, categorizando-os com base nos mesmos critérios.

PALAVRAS-CHAVES. POSDCORB. Constituição. Ciência da Administração.

I. INTRODUCCIÓN

"No deberá olvidar ni por un solo instante que la materia prima con que
trabaja la administración la constituyen seres humanos"
Urwick

Estudiar derecho implica adentrarse también en otras disciplinas, sociología, ciencia administrativa, economía y hasta psicología. Ello porque, concebido aisladamente, el derecho pierde sentido.

Esta necesaria interdisciplinariedad conlleva el interés por conceptos que provienen de otras áreas, pero que se hacen aplicables al derecho. Particular interés despierta la ciencia de la administración, la que según Delpiazzo (SF:832), en una de sus posibles acepciones, se ha entendido como «el estudio de los hechos administrativos y, en particular, la esencia de la acción dinámica de la Administración (en su desarrollo histórico y en sus soluciones comparadas), la explicación de cómo esa acción se desarrolla y realiza, y la descripción

de “lo que se hace” en todos los sectores de la actividad administrativa».

El tema de este trabajo es el «Análisis del texto constitucional a la luz del POSDCORB».

El objetivo en estas breves páginas es referenciar los conceptos en sí vertidos en el acrónimo POSDCORB -encuadrando teóricamente el tema-, para posteriormente identificar –en una primera lectura- los artículos de nuestra Constitución que reflejan alguno o algunos de los aspectos introducidos por el concepto mencionado, tanto desde el punto de vista literal, como desde lo conceptual.

El análisis para la categorización debe ser cuidadoso, dado que el constituyente no emplea el lenguaje de la ciencia administrativa. Es necesario advertir además que diferentes partes de un artículo pueden ser incluidas en categorías diferentes.

Se pretende simplemente dar una mirada diferente a nuestro texto constitucional, siempre tan profundo como multifacético. Mirada que, por ser propia, será necesariamente subjetiva y por tanto, incompleta.

II. ENCUADRE TEÓRICO

Planning, Organizing, Staffing, Directing, Co-Ordinating, Reporting and Budgeting (POSDCORB), o lo que es lo mismo en español, planificación, organización, dotación de personal, dirección, coordinación, informes y presupuestos.
El POSDCORB es un concepto perteneciente al ámbito de la administración pública, que marca los pasos necesarios en el proceso administrativo.

Henry Fayol –célebre ingeniero de minas y principal exponente de la teoría clásica- introduce en 1916 la distinción entre Administración y Organización. A partir de sus obras –y la de varios de sus seguidores-, «la atención se dirige hacia la organización del trabajo y de la producción en procura de eficiencia y rendimiento» (Delpiazzo, SF:822).

La administración es un todo del cual la organización es una de las partes, mientras que la segunda refiere solamente al establecimiento de la estructura y de la forma, por lo tanto es estática y limitada (Riascos, SF).

Nos dice Fayol (1961:136) que «ADMINISTRAR, es prever, organizar, dirigir, coordinar y controlar; Prever, es decir escrutar el futuro y articular el programa de acción; Orga-

nizar, es decir constituir el doble organismo, material y social, de la empresa; Dirigir, es decir hacer funcionar el personal; Coordinar, es decir relacionar, unir, armonizar todos los actos y todos los esfuerzos; Controlar, es decir procurar que todo se desarrolle de acuerdo con las reglas establecidas y las órdenes dadas».

Conforme Guerrero (1997:179) el concepto de administración en su sentido más amplio, tiene un significado más general que lo relativo a la vida pública, es decir, la administración del Estado. Por otra parte, no es que exista una Administración, sino que existe la administración de la iglesia, del culto, la administración pública. La diferencia estriba en que «dentro de este abanico de administraciones, la administración privada es considerada como un deber de la familia, de la asociación o de una religión, pero nunca como un deber hacia el Estado. De la administración pública se encargan funcionarios, de la privada los gerentes» (Guerrero, 1997:179).
Y esto porque, no debe olvidarse, «el Estado es, fundamentalmente, una organización que ejerce el poder en aras del interés general, el cual en un Estado de Derecho se centra en el pleno desarrollo del ser humano» (Rotondo, 2015:127).
De acuerdo a lo expuesto por Guerrero (1997:177), el «estudio de la administración pública como la actividad del Estado, permite rebasar las visiones introspectivas y gerenciales del Poder Ejecutivo, frecuentemente inclinadas a equiparar el proceso administrativo interno del gobierno, con el proceso administrativo de la empresa privada». «La clave de la distinción de esfera de naturaleza entre la administración pública y la administración privada, se encuentra en la relación entre los intereses generales y los intereses particulares. […] Si consideramos que la nación es un organismo político, y la sociedad el conjunto de las clases y los individuos, entonces la diferencia de los intereses de ambos es muy importante porque la nación y la sociedad tienen relaciones estrechas: "el Estado goza del bienestar de la sociedad y padece sus males, y la sociedad necesita con frecuencia del auxilio del Estado. Pero la oposición no es radical, por lo que el estadista debe poner sus ojos igualmente en los intereses generales y los intereses individuales, atendiendo a esas importantes y diversas cuestiones que mencionamos, y que se encuentran en ambos» (Guerrero, 1997:181).

Dentro de los principios que rigen la administración enumera Fayol (1961:156) los siguientes: la división del trabajo, la autoridad, la disciplina, la unidad de mando, la unidad de dirección, la subordinación de los intereses particulares al interés general, la remuneración, la centralización, la jerarquía, el orden, la equidad, la estabilidad del personal, la iniciativa y la unión del personal.

Por otra parte, «la Organización, considerada estrictamente en su sentido limitado, podría

definirse muy sencillamente como: "determinar cuáles son las actividades necesarias para cualquier propósito (o "plan"), disponiéndolas en grupos que puedan asignarse a individuos» (Urwick, 1967:47). Quiere decir esto que organizar implica dividir y especializar, de forma de aumentar la eficiencia en el trabajo.

La especialización puede hacerse de cuatro formas: de acuerdo al fin al que los trabajadores sirven, de acuerdo al proceso que los trabajadores utilizan, de acuerdo a la clientela o material que los trabajadores tratan y de acuerdo al lugar donde se realiza el trabajo. Vemos aquí como la división del trabajo se relaciona y condiciona en parte a la organización -y viceversa-.

Las funciones del administrador y la clasificación de Fayol, serán profundizadas en 1937 por Luther Gulick y Lyndall Urwick al publicar "Papers on the Science of Administration" (Escritos sobre la Ciencia de la Administración) (Rodríguez, 1999:19).

Tomando ideas de la teoría de la organización militar -VA Graicunas y Sir Ian Hamilton-, estos autores incorporarán la administración por objetivos, dividiendo las funciones del gerenciamiento en las siguientes:

i) La planificación, que implica el trazado de metas y la fijación de procesos y métodos. El proyecto es lo primero, este concepto nos dice Urwik (1967:49) viene de la práctica ingenieril.

ii) La organización, que refiere al establecimiento de la estructura en pos del objetivo buscado. Se aplicará aquí la teoría de la unidad de mando, por la que cada trabajador debe tener sólo un superior directo con el fin de evitar la confusión y la ineficiencia. «Cuando los obreros son reunidos en cuadrilla, cada uno de ellos se vuelve mucho menos eficiente que cuando su ambición personal es estimulada» (Taylor, 1975:53).

iii) La dotación de personal o asesoría, que incluye la función de preparar y entrenar al personal, así como su reclutamiento, conservación y motivación. Se busca la especialización, bajo el lema de «una sola función para cada uno». Se resalta la importancia de las remuneraciones, la disciplina, las sanciones, los ascensos. Dicen los autores que es importante además valorar la iniciativa y regirse siempre con moral y equidad.

iv) La dirección, que estriba en la función de liderar. Debe existir aquí un balance entre el principio de autoridad y el principio de delegación. «El mando debe representar un objetivo común» (Urwick, 1967:105).

v) La coordinación, que pretende establecer relaciones en las diferentes partes del trabajo. El fin de la organización es asegurar que la división del trabajo funcione correctamente, que haya unidad de esfuerzos (Urwick, 1967:57). Cualquier administrador tendrá una cantidad limitada de tiempo y energía, lo que determinará un máximo de subordinados que puede manejar. Este número depende de factores como la estabilidad de la organización, el espacio en que la actividad se realiza, la especialización de los subordinados y si sus dirigidos provienen del mismo campo o especialidad.

vi) Los informes, en la relación con la potestad y necesidad de mantenerse informado, que están referenciados tanto al personal como a la dirección.

vii) El presupuesto, que refiere tanto a la contabilidad y control, como a la planificación fiscal. Cabe incluir aquí inventarios, balances, cuentas, estadísticas, estimación de costos y gastos efectivos.

Gulick y Urwick «fueron unos teóricos organizativos inusuales, y más para su tiempo, en el sentido que sus estudios empíricos se centraron en organizaciones de naturaleza pública. De esta manera abordaron temas tan importantes para los estudiosos de las administraciones públicas como son las relaciones, siempre críticas, entre la dimensión política y la dimensión funcionarial. Es decir, las tensiones y fricciones entre el político y el profesional» (Ramió, SF:9).

Si bien sus conceptos ya habían sido esbozados por Fayol, el aporte de estos autores estriba en que de manera transparente, señalaron que «si se aceptan estos siete elementos como los principales deberes de un directivo, se deriva de ello que deben ser organizados de manera independiente como subdivisiones del ejecutivo» (Guerrero, 1997:176) lo que dependerá del tamaño y complejidad de la empresa.

III. ANÁLISIS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

Esbozadas las categorías que propone el PODSCORB se expondrá brevemente qué artículos de nuestro texto Constitucional podrían ingresar en cada una de éstas.

En un primer estudio –y utilizando las herramientas informáticas con que se cuenta hoy en día-se realizaron búsquedas de palabras exactas en el texto constitucional (resultados literales).

Posteriormente, se realizó un análisis del contenido de alguno de los artículos de la Carta, categorizando los mismos en base a este criterio.

III.1 PLANIFICACIÓN

Realizando la búsqueda por la palabra «planif», se observa que los artículos que contienen este concepto son el 47 y el 230.

El artículo 47 refiere al derecho al medio ambiente y establece que «los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas». Como se observa, se utiliza aquí el concepto planificación en el sentido esbozado de visualización de un fin, en este caso, la correcta utilización de los recursos hídricos.

Por su parte, el artículo 230 refiere a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y establece que ella «asistirá al Poder Ejecutivo en la formulación de los planes y programas de desarrollo, así como en la planificación de las políticas de descentralización que serán ejecutadas» por diferentes actores.
De la simple lectura resulta que el concepto también es utilizado en el sentido esbozado. Más aún en este caso, la planificación está asociada a la existencia misma de una Oficina cuya competencia refiere en particular a esta categoría. Tenemos aquí un claro ejemplo de cómo la administración condiciona la organización, al punto que –a criterio del constituyente-, es necesario contar con una estructura fija y determinada (como es la OPP) para planificar en materia económica (esto se une además con otro concepto del POSDCORB que es el presupuesto, lo que se verá más adelante).

Desde otro punto de vista, es importante tener en cuenta que el artículo en concreto establece que la Oficina de Planeamiento y Presupuesto asiste al Poder Ejecutivo en la planificación, por lo que en puridad podría cuestionarse quién es en verdad el que planifica. No debe olvidarse que conforme el mismo 230 la OPP depende directamente de la Presidencia de la República, cuya posición institucional es discutida. El caso se complejiza aun más si se considera la situación de los entes descentralizados. En el marco del artículo 197 podría el Poder Ejecutivo considerar inconveniente un acto de los directorios siempre que no se ajuste a la planificación realizada.

III.2 DOTACIÓN DE PERSONAL

La búsqueda realizada refirió a los vocablos «personal» y «empleo».

De la misma, surge el artículo 56 que refiere a las empresas en general (y no en particular al Estado): «Toda empresa cuyas características determinen la permanencia del personal en el respectivo establecimiento, estará obligada a proporcionarle alimentación y alojamiento adecuados, en las condiciones que la ley establecerá».

Particular interés para esta categoría representan los artículos 59 a 66.

El artículo 59 indica que «la ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario». Este artículo puede leerse como indicativo de una relación entre la estructura (la función) y el funcionario, pero puede además leerse en relación a las tareas o especialización (nuevamente la función) que debe adquirir cada uno de los funcionarios, para el desarrollo de su actividad.

Por otra parte, el artículo 60 establece la creación del Servicio Civil, por lo que nuevamente a criterio del constituyente, es necesaria una estructura determinada para sustentar un elemento del POSDCORB.
En agregado, el mismo artículo ya determina ciertas particularidades referentes al personal, dado que garantiza la carrera administrativa y declara a ciertos funcionarios inamovibles, estableciendo determinadas garantías para disponer su destitución. Lo mismo ocurre con la previsión establecida en el artículo 66 en cuanto a que «ninguna investigación parlamentaria o administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, se considerará concluida mientras el funcionario inculpado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa».

El contenido que –conforme el artículo 61 de la Carta- debe tener el Estatuto del Funcionario (condiciones de ingreso, derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad; condiciones de la suspensión o del traslado; obligaciones funcionales y recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten) es claramente el indicado por la S (Staff) del POSCORB.

En relación con lo que disponen los artículos 62 y 63 puede pensarse que es el tipo de actividad (industrial y comercial) que realizan ciertas personas jurídicas, lo que condiciona su estructura y por esto, el constituyente parece creer necesario, que en las mismas, existan estatutos especiales para sus funcionarios. Nuevamente por tanto, se vislumbra la organización (producto de la actividad) influyendo en este concepto.

Sin perjuicio de esto, y puede entenderse que en aplicación de otro concepto esbozado (la coordinación) establece el artículo 64 que «la ley, por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá establecer normas especiales que por su generalidad o naturaleza sean aplicables a los funcionarios de todos los Gobiernos Departamentales y de todos los Entes Autónomos, o de algunos de ellos, según los casos».

En el artículo 65 por otra parte, se vislumbran varios elementos de análisis. El mismo establece:
«La ley podrá autorizar que en los Entes Autónomos se constituyan comisiones representativas de los personales respectivos, con fines de colaboración con los Directores para el cumplimiento de las reglas del Estatuto, el estudio del ordenamiento presupuestal, la organización de los servicios, reglamentación del trabajo y aplicación de las medidas disciplinarias.
En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios».

Por un lado, se observa que pueden crearse comisiones de funcionarios, lo que claramente afecta la estructura. Por otro lado, estas comisiones tienen como fin la colaboración (otro concepto del POSDCORB). Por último, en el caso de servicios públicos, también se ve afectada la estructura dado que se pueden crear órganos, siendo el objetivo de estos la coordinación, pero también la planificación (medios y procedimientos para la continuidad de los servicios).

«Todo ciudadano puede ser llamado a los empleos públicos». En su comienzo, el artículo 76 establece ya cierta condicionante para ciertos miembros del staff del Estado.
El artículo 77 utiliza el término empleo, al establecer como pena accesoria a ciertas conductas la inhabilitación para el ejercicio de ciertos empleos públicos.

En forma más escueta –pero también en relación con el staff-, el artículo 107 establece cada Cámara nombrará a sus secretarios y al personal de su dependencia. Lo mismo ocurre en el artículo 204, el que consagra que los Consejos Directivos establecerán los estatutos en sus respectivos entes de enseñanza.

El análisis nos lleva luego al artículo 168, que establece las competencias del Poder Ejecutivo. Puede considerarse que varios de sus numerales refieren a la dotación del perso-

nal, así:
«3º) Dar retiros y arreglar las pensiones de los empleados civiles y militares conforme a las leyes».
«9º) Proveer los empleos civiles y militares, conforme a la Constitución y a las leyes».
«10) Destituir los empleados por ineptitud, omisión o delito, en todos los casos con acuerdo de la Cámara de Senadores o, en su receso, con el de la Comisión Permanente, y en el último, pasando el expediente a la Justicia. Los funcionarios diplomáticos y consulares podrán, además, ser destituidos, previa venia de la Cámara de Senadores, por la comisión de actos que afecten su buen nombre o el prestigio del país y de la representación que invisten. Si la Cámara de Senadores o la Comisión Permanente no dictaran resolución definitiva dentro de los noventa días, el Poder Ejecutivo prescindirá de la venia solicitada, a los efectos de la destitución».
«11) Conceder los ascensos militares conforme a las leyes, necesitando, para los de Coronel y demás Oficiales superiores la venia de la Cámara de Senadores o, en su receso, la de la Comisión Permanente».
«12) Nombrar el personal consular y diplomático, con obligación de solicitar el acuerdo de la Cámara de Senadores, o de la Comisión Permanente hallándose aquélla en receso, para los Jefes de Misión […]».
«13) Designar al Fiscal de Corte y a los demás Fiscales Letrados de la República, con venia de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente en su caso, otorgada siempre por tres quintos de votos del total de componentes. La venia no será necesaria para designar al Procurador del Estado en lo Contencioso-Administrativo, ni los Fiscales de Gobierno y de Hacienda».
«14) Destituir por sí los empleados militares y policiales y los demás que la ley declare amovibles».
«26) El Presidente de la República designará libremente un Secretario y un Prosecretario, quienes actuarán como tales en el Consejo de Ministros. Ambos cesarán con el Presidente y podrán ser removidos o reemplazados por éste, en cualquier momento».

Por otra parte, compete a la Asamblea General (artículo 85 numeral 13) «crear o suprimir empleos públicos, determinando sus dotaciones o retiros, y aprobar, reprobar o disminuir los presupuestos que presente el Poder Ejecutivo; acordar pensiones y recompensas pecuniarias o de otra clase y decretar honores públicos a los grandes servicios». En concordancia con esta previsión, el artículo 86 refleja un impacto en la estructura organizativa, dado que estas creaciones y supresiones de empleo necesariamente impactan en las estructuras de cargos y funciones de las organizaciones estatales.

Con relación a los magistrados y personal del Poder Judicial, el artículo 252 establece

ciertas prohibiciones como «dirigir, defender o tramitar asuntos judiciales, o intervenir, fuera de su obligación funcional, de cualquier modo en ellos, aunque sean de jurisdicción voluntaria» siendo la pena establecida la destitución inmediata. Vemos aquí que se encuentra regulado en parte también el estatuto de estos funcionarios.

Relacionado al personal, pero a aquel que está encargado de su gestión y dirección, encontramos diferentes previsiones, en cuanto a la cantidad de personas que se requieren en cada caso.
Así, conforme el artículo 185 de la Carta, los directores de entes descentralizados podrán componerse de tres o cinco miembros, mientras que el número de miembros de las autoridades locales puede variar, siendo unipersonales o pluripersonales, conforme lo establecido por el artículo 287.
El estatuto de los directores se encuentra en parte ya previsto en el texto constitucional en sí. Tal es el caso de los artículos 187 y 192 en cuanto a su designación o elección y cese.
En cuanto a los Entes de Enseñanza, debemos atenernos a lo dispuesto por el artículo 203.
El artículo 289 regula las incompatibilidades para el cargo del Intendente.

En cuando a los legisladores, también se encuentra previsto su estatuto en el texto en estudio. Así la Cámara de Representantes se compone de noventa y nueve miembros (artículo 88) mientras que la de Senadores se compone de treinta miembros y el Vicepresidente de la República (artículo 94).
Los artículos 89 a 92 establecen las inelegibilidades e incompatibilidades para ser Representantes, mientras que lo suyo hacen los artículos 95 a 101 respecto de los Senadores. En cuanto a las prohibiciones, las mismas están previstas para ambas figuras en los artículos 122 a 126.

En relación a los Ministros, los artículos 183 y 184 regulan su designación, licencias y otros aspectos, mientras que el artículo 176 establece las calidades necesarias y el 178 las inmunidades de las que gozan.

La disposición transitoria y especial letra O, también referencia el personal, en este caso de la anterior Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico, que pasaba a integrar la recién creada en ese entonces OPP.
Por último, la disposición transitoria y especial letra J utiliza el vocablo personal, pero en relación a la notificación en el marco del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por lo que el sentido utilizado es referido a la persona y no a los trabajadores, empleados, funcionarios.

III.3 DIRECCIÓN

El primer artículo que en el texto constitucional utiliza el término «dirección» es el 24, «confiados a su gestión o dirección». Puede verse en el comienzo entonces, que el balance entre autoridad y delegación buscado por el constituyente, parece resolverse con la responsabilidad especialmente consagrada.

El inciso 4 del artículo 188, refiriéndose a la participación estatal en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados, establece que «la ley, por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, autorizará en cada caso esa participación, asegurando la intervención del Estado en la dirección de la empresa».

El artículo 221 referido al presupuesto de los Entes industriales y comerciales establece que «la ley fijará, previo informe de los referidos Entes y del Tribunal de Cuentas y la opinión del Poder Ejecutivo emitida con el asesoramiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, los porcentajes que cada Ente podrá destinar a sueldos y gastos de dirección y de administración».

La disposición transitoria y especial letra E utiliza el vocablo dirección pero en referencia a Direcciones de diferentes Ministerios que son creadas por la disposición mencionada. Vemos aquí un caso en el que la dirección incluye en la organización al punto de generar órganos destinados a esta función.

En similar sentido podría asociarse el concepto en el artículo 279 que establece que «el Intendente determinará la competencia de las direcciones generales de departamento y podrá modificar su denominación».

III.4 COORDINACIÓN

En este caso la búsqueda realizada fue «coordina». Este concepto es quizás el más vinculado al control y se encuentra en plena relación con el de dirección.

El artículo 202 menciona que la coordinación de la enseñanza se hará por ley.
El artículo 195 establece que uno de los cometidos del Banco de Previsión Social (BPS) es coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social.
El final del artículo 262 establece que «habrá un Congreso de Intendentes, integrado por quienes fueren titulares de ese cargo o lo estuvieren ejerciendo, con el fin de coordinar las

políticas de los Gobiernos Departamentales. El Congreso, que también podrá celebrar los convenios a que refiere el inciso precedente, se comunicará directamente con los Poderes del Gobierno».
La influencia entonces de la coordinación en la organización surge de la simple lectura de estos artículos y vaya si condicionarán la estructura y organización estatal, al punto que crea directamente el texto dos organismos destinados a ello.

La introducción a nivel Constitucional del BPS se estableció en el texto de 1967, mientras que la creación del Congreso de Intendentes se consagró en la reforma de 1996, por lo que podría hacerse notar que la importancia de la coordinación es en cierta forma la novedad del POSDCORB en materia constitucional. Mediante un razonamiento opuesto, podría sostenerse que la coordinación es el elemento más antiguo en la organización estatal. Pensemos por ejemplo en aquel sistema de pesos y contrapesos que ya Montesquieu sostenía era imprescindible entre los poderes. Desde la perspectiva del concepto en estudio, puede sostener que estos frenos entre Poderes –si bien más visibles en sistemas parlamentarios puros-, no son sino mecanismos de coordinación necesaria entre ellos, buscando fortalecer la competencia o especialización de cada uno.

III.5 INFORMES

Existen diversos artículos que contienen vocablos que comiencen con «inform».

Así los artículos 118 y 119, como 284 y 285 refieren a informes como medio de control entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, tanto a nivel nacional como departamental. Quizás esto pueda valorarse más como coordinación y control que como informe técnico. Sí tenemos informes, en el sentido de opiniones técnicas, en los artículos 221 y 225 (artículo que por cierto, también menciona los empleos, para prohibir en el caso su creación).

La competencia atribuida al Tribunal de Cuentas y su potestad de contralor en general se expresa mediante informes. Así por ejemplo, los artículos 301 y 302 de la Constitución y sin dudas el 211. En agregado, la Junta Departamental podrá requerir su informe, conforme lo dispuesto por el numeral cuarto del artículo 273.

En relación con el Poder Ejecutivo, el numeral quinto del artículo 168 establece que le corresponde «informar al Poder Legislativo, al inaugurarse las sesiones ordinarias, sobre el estado de la República y las mejoras y reformas que considere dignas de su atención». Si bien el término es informar, quizás pueda verse esto como un caso de peso y contrapeso mencionado.

Este concepto del acrónimo es quizás el más dudoso de ser aplicado a la constitución. Si bien el mismo es en realidad más amplio de lo que puede parecer en una primera lectura, nótese que los casos encontrados en el texto constitucional refieren a pedidos de informes que traducen una forma de ejercer control de unas organizaciones a otras.

III.6 PRESUPUESTOS

En este caso la búsqueda fue realizada por «presupuest».
El artículo 77 numeral 7 encabeza la lista de aquellos artículos que utiliza un vocablo que comienza de esa manera, declarando que no se requiere mayoría especial para la aprobación de la ley que resuelva en materia «de gastos, presupuestos y de orden interno de» la Corte Electoral y corporaciones electorales.

El ya mencionado artículo 65, al establecer las comisiones representativas de los personales respectivos, indica que estas tendrán entre sus fines el estudio del ordenamiento presupuestal, por lo que este artículo también se incluye en este aspecto del POSDCORB.

Es competencia de la Asamblea General, conforme el artículo 85 numeral 13 el «aprobar, reprobar o disminuir los presupuestos que presente el Poder Ejecutivo», existiendo además determinadas potestades que deben ser ejercidas mediante las leyes de presupuesto, conforme lo establecido por el artículo 86 ya mencionado. Esto se relaciona con la competencia otorgada al Poder Ejecutivo en el numeral 19 del artículo 168.

Por otra parte, conforme el 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. Estos presupuestos se estructurarán por programas y se les dará, además, amplia difusión pública».

Previsiones similares resultan el artículo 239 para el Poder Judicial, los artículos 273 y 275 numeral 3 para la Junta Departamental y el Intendente, el artículo 321 con relación al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el 323 con la Corte Electoral.
Vemos en este caso, que para el presupuesto se establecen especialmente los procedimientos necesarios para su aprobación y modificación.

Particular atención merecen en este ítem de presupuestos los artículos 214 a 232.

El contenido del Presupuesto Nacional no queda librado al azar, sino que todo lo contrario, el mismo está específicamente regulado en el artículo 214. Las competencias del Poder Legislativo están claramente delimitadas regulándose con detalle el proceso especial que conlleva la aprobación de la ley que lo contiene –el que se aparta del proceso de elaboración de la ley al que podemos llamar ordinario.
A nivel Departamental, nos encontramos con previsiones muy similares, estando también limitada las competencias de las Juntas Departamentales, en el artículo 225 ya mencionado.

En los artículos 220 y 221 nuevamente podemos ver cómo la actividad condiciona la organización y de ésta se condiciona su forma de aprobar presupuestos.

Del artículo 230 parece surgir que –no solo la planificación es esencial, al punto de condicionar la estructura- sino también el presupuesto, dado que como comentábamos más arriba, la Constitución prevé la existencia de un organismo, que ya su nombre indica, tendrá esta especialidad.

La disposición transitoria y especial letra E –ya mencionada- refiere a los presupuestos de las Direcciones que se mencionaba se creaban, facultando al Poder Ejecutivo para «tomar de Rentas Generales las cantidades necesarias para la instalación y funcionamiento de los referidos Ministerios, hasta que la ley sancione sus presupuestos de sueldos, gastos e inversiones». También utiliza el vocablo presupuesto justamente para referirse a la Comisión de Planeamiento y Presupuesto, la disposición transitoria y especial letra O.

La tan particular disposición letra V´ declara la inconstitucionalidad de «toda modificación de seguridad social, seguros sociales, o previsión social (Art. 67) que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a partir del 1º de octubre de 1992», estableciendo los mecanismos para lograr el accertamento de la Suprema Corte de Justicia para obtener la eliminación de sus efectos. Puede observarse en este caso que la materia presupuestal condiciona el proceso de inconstitucionalidad al punto en que el constituyente estableció uno diferenciado para normas relacionadas a esta temática.

III.7 ORGANIZACIÓN

Hemos dejado organización para el final dado que al realizar la búsqueda para «organiz», los resultados son más diversos.

En primer lugar, se encuentra el artículo 50, que –en referencia a las actividades industria-

les y comerciales y al fomento de las mismas-, establece que «toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado». Como puede apreciarse, no se refiere aquí a organización en el sentido estudiado sino como sinónimo de empresa.

Encontramos luego el artículo 57 que establece: «La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica». En este caso organización parecería ser sinónimo de creación.

Similar situación se presenta con el artículo 80, el que al establecer las causales de suspensión de la soberanía incluye en su numeral sexto el «formar parte de organizaciones sociales o políticas que, por medio de la violencia, o de propaganda que incitase a la violencia, tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad». Organizaciones aquí parece referir más a grupos o sección social, pero no a la organización estatal.

El artículo 65 sí parece emplear el término en el sentido estudiado al establecer que «la ley podrá autorizar que en los Entes Autónomos se constituyan comisiones representativas de los personales respectivos, con fines de colaboración con los Directores para el cumplimiento de las reglas del Estatuto, el estudio del ordenamiento presupuestal, la organización de los servicios, reglamentación del trabajo y aplicación de las medidas disciplinarias». E incluso sin utilizar el mismo término, pero condicionando la estructura continúa «En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios».

El artículo 67 establece por su parte que «las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente». Este artículo tiene clara relación con el artículo 195 ya mencionado, dado que el otro cometido del BPS además de coordinar es «organizar la seguridad social».

La estructura está claramente determinada para los casos de ciertos servicios. Conforme el artículo 186 «los servicios que a continuación se expresan: Correos y Telégrafos, Administraciones de Aduanas y Puertos y la Salud Pública no podrán ser descentralizados en forma de entes autónomos, aunque la ley podrá concederles el grado de autonomía que sea compatible con el contralor del Poder Ejecutivo».

Encontramos además creado constitucionalmente el Banco Central de la República el que –conforme el artículo 196-, «estará organizado como ente Autónomo y tendrá los cometidos y atribuciones que determine la ley aprobada con el voto de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara».

Por otra parte, el artículo 213 ya mencionado, en relación con la presentación al Poder Ejecutivo del proyecto de Ley de Contabilidad y Administración Financiera elaborado por el Tribunal de Cuentas, establece que este «comprenderá las normas reguladoras de la administración financiera y económica y especialmente la organización de los servicios de contabilidad y recaudación; requisitos con fines de contralor, para la adquisición y enajenación de bienes y contratación que afecten a la Hacienda Pública; para hacer efectiva la intervención preventiva en los ingresos, gastos y pagos; y las responsabilidades y garantías a que quedarán sujetos los funcionarios que intervienen en la gestión del patrimonio del Estado».

El artículo 262 –ya mencionado- interesa aquí al análisis desde dos aspectos.
Por una parte, su penúltimo inciso utiliza el término organización al referirse a que «los Gobiernos Departamentales podrán acordar, entre sí y con el Poder Ejecutivo, así como con los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, la organización y la prestación de servicios y actividades propias o comunes, tanto en sus respectivos territorios como en forma regional o interdepartamental».
Por otra, regula en concreto la organización dada a los Gobiernos Departamentales, estableciendo como estructura necesaria la existencia de una Junta Departamental y un Intendente, así como la posible existencia de autoridades locales.

IV. COMENTARIOS FINALES

Baste este somero análisis para demostrar que la Constitución puede ser leída a la luz de las categorías del POSDCORB.

Si bien es este un primer estudio –quedan aún varios artículos por categorizar-, en muchos casos ya puede verse cómo estas acciones condicionan la estructura estatal y en otros como ésta condiciona aquellas.

Se ve reflejado además que la llamada parte dogmática de la Constitución -si bien en menor medida que la orgánica-, también presenta artículos que pueden leerse bajo el concepto analizado.

Lo descripto sin embargo, no podría causarnos mayor asombro. Después de todo, ya el primer artículo de la Carta implica una organización entre todos, una organización a la que llamamos República Oriental del Uruguay.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

DELPIAZZO, C. (SF). Bases de la organización administrativa. Retos de la organización administrativa contemporánea, páginas 821-843.

FAYOL, H. (1961). Administración industrial y general. México DF: Editorial Intercontinental S.A.

GUERRERO, O. (1997). Principios de la administración pública. Santa Fe de Bogotá: Unidad de Publicaciones ESAP. Disponible en: http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/PRINCIPIOS%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.pdf (consultado por última vez 25/10/2016).

RAMIÓ, C. (SF). Teoría de la organización y administración pública. Disponible en: http://www.fcpolit.unr.edu.ar/tecnologiasdelaadministracion/files/2012/08/U1-Carles-Ramio-TeoriA-de-la-Organizacion.pdf (consultado por última vez 25/10/2016).

RIASCOS, J. (SF). Teoría clásica de la administración. Disponible en: https://www.google.com.uy/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiau6a8ivfPAhUC9WMKHcJ2DB8QFgg9MAY&url=http%3A%2F%2Fcmap.upb.edu.co%2Frid%3D1157507875371_986871460_1592%2Fteoclasi.ppt&usg=AFQjCNErTUT8c4U98SPyodDOaqthwcyV-w&bvm=bv.136593572,d.cWw (consultado por última vez 25/10/2016).

RODRÍGUEZ, J. (1999). Las teorías clásicas de la organización. Disponible en: http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/LAS%20TEORIAS%20CLASICAS%20DE%20la%20ORGANIZACION.pdf (consultado por última vez 25/10/2016).

ROTONDO, F. (2015). Incidencias de las nuevas tecnologías en la organización administrativa: la gobernanza electrónica. En Rotondo F. (1era edición), Organización administrativa, páginas 127-149.

TAYLOR, F. (1975). Principios de la administración científica. Buenos Aires: Editorial

El Ateneo.

URWICK, L. (1967). Los elementos de la administración. 4ta edición en español. Palazón, R. (traductor). Mexico: Herrero Hermanos Sucs S.A.

Fecha de recepción: 18 de abril 2020.

Fecha de aceptación: 30 abril 2020.

EL DERECHO A LA TRADUCCIÓN Y LA INTERPRETACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO URUGUAYO

THE RIGHT TO TRANSLATION AND INTERPRETATION IN URUGUAY'S LEGAL SYSTEM

O DIREITO À TRADUÇÃO E INTERPRETAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO URUGUAIO

*María Emilia Miller Genta**

RESUMEN. El presente trabajo explora el derecho humano a la traducción y la interpretación en materia jurídica. Partimos de la inexorable relación entre traducción jurídica y Derecho Comparado para presentar luego el alcance de los derechos a la traducción y la interpretación según se encuentran recogidos en el sistema jurídico uruguayo y en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

PALABRAS CLAVE. Traducción. Interpretación. Derechos lingüísticos. Sistemas jurídicos. Derecho Comparado.

ABSTRACT. This paper revolves around the human right to translation and interpretation within a legal context. Our starting point lies on the inevitable nexus between legal translation and Comparative Law. Further, the scope of the rights to translation and interpretation is set forth, both as enshrined in Uruguay's legal system as well as in international instruments ratified by our country.
KEY WORDS. Translation. Interpretation. Language rights. Legal systems. Comparative Law.

RESUMO. Neste trabalho explora-se o direito humano à tradução e interpretação em matéria jurídica. Partimos da inexorável relação entre a tradução jurídica e o Direito Comparado, para assim apresentar o alcance dos direitos à tradução e interpretação segundo se encontram recolhidos no sistema jurídico uruguaio e nos instrumentos internacionais ratificados por nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Tradução. Interpretação. Direitos linguísticos. Sistemas jurídicos. Direito Comparado.

* Traductora Pública en idioma inglés y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la de la Universidad de la República. Correo electrónico: mariaemiliamillergenta@gmail.com

I. Breves apuntes sobre traducción jurídica y Derecho Comparado

Decía el constitucionalista uruguayo Héctor Gross Espiell que "…pensar solo en las definiciones que resultan de nuestro peculiar sistema jurídico – creyendo que constituyen un valor universal y único – no solo constituye un error, sino además una peligrosa negación de la positividad y la riqueza de la diversidad de las diferentes culturas humanas"[1]. A la luz de esta reflexión, concebimos la traducción jurídica como un ejercicio de Derecho Comparado que permite buscar equivalencias entre instituciones pertenecientes a distintos sistemas jurídicos, a los efectos de trasmitir un mismo mensaje de naturaleza jurídica en otra lengua.

Partiremos de la definición de traducción jurídica que propone la catedrática española Anabel Borja Albi según las funciones de los textos originales: "La traslación de una lengua a otra de los textos que se utilizan en las relaciones entre el poder público y el ciudadano (por ejemplo: denuncias, querellas, exhortos, citaciones, leyes) y también, naturalmente, de los textos empleados para regular las relaciones entre particulares con trascendencia jurídica (que dan lugar a contratos, testamentos o poderes)"[2].

En tanto, la reconocida académica chinoaustraliana Deborah Cao plantea que la traducción jurídica refiere a la traducción de textos utilizados en el Derecho o en contextos jurídicos y apunta una clasificación de los textos pasibles de ser traducidos, a saber: (a) textos legislativos, (b) textos judiciales, (c) textos doctrinarios y (d) textos jurídicos privados. Según la autora, la principal fuente de dificultad de la traducción jurídica radica en que involucra sistemas jurídicos distintos, puesto que el Derecho y el lenguaje jurídico se encuentran ligados a una tradición jurídica determinada, como por ejemplo el sistema romano germánico o el anglosajón, entre otros, cada uno con sus particularidades lingüísticas, institucionales, ideológicas, filosóficas y culturales[3].

Otra docente española en la materia, Elena Ferrán Larraz, enseña que los obstáculos frente a la traducción jurídica son que el lenguaje jurídico es un lenguaje técnico con una naturaleza específica y que el ordenamiento jurídico es un fenómeno cultural. A partir de un ejemplo concreto, brinda soluciones frente a una institución extranjera desconocida en función de métodos juscomparatistas (esto es, la negación de la institución, la aproximación funcional o analógica y el reconocimiento de la institución extranjera)[4].

1-GROSS ESPIELL, Héctor. (2000) El lenguaje y el Derecho. Revista del Colegio de Traductores Públicos del Uruguay, N° 17, 2ª época, Diciembre de 2000, pp. 14-25.

2-BORJA ALBI, Anabel. (2003) La traducción jurídica: didáctica y aspectos textuales. En: Aproximaciones a la traducción. Centro Virtual Cervantes. Disponible en línea en: https://cvc.cervantes.es/lengua/aproximaciones/borja.htm (Fecha de consulta: 23/02/2020)

3- CAO, Deborah (2009). Translating Law (Topics in Translation N° 33). Multilingual Matters Ltd.

4-FERRÁNZ LARRAZ, Elena (2009). La institución desconocida y la intraducibilidad. Paralelismo entre el Derecho Comparado y la traducción jurídica frente a la intraducibilidad. Disponible en línea: https://www.erudit.org/fr/revues/

Siguiendo con esta línea de razonamiento, el profesor español Fernando Prieto Ramos propone que un estudio interdisciplinario de la traducción jurídica necesariamente entrará en contacto con la funcionalidad del Derecho Comparado, en la medida que ofrece herramientas para la interpretación de los textos jurídicos y su análisis contrastivo. La metodología jurídica comparada es, según el autor, particularmente importante a efectos de la traducción jurídica, puesto que comparten el mismo objetivo de desglosar conceptos jurídicos para determinar equivalencias entre diversos sistemas jurídicos. Estos enfoques derivaron en el estudio de la lingüística jurídica o jurilingüística, así como la lingüística jurídica contrastiva[5].

También en nuestro medio, el profesor emérito de la carrera de Traductorado Público de la Universidad de la República, Roberto Puig, identificó las complejidades de la traducción jurídica en tanto se vincula al Derecho Comparado: "En materia jurídica, la formación del profesional presenta dificultades ajenas a otros campos. En primer lugar, la complejidad conceptual de los textos jurídicos, y en segundo, las diferencias existentes entre los distintos sistemas, especialmente entre los del Derecho angloamericano y el romano-germánico de estas latitudes (que en inglés se conoce como Civil Law)."[6]

Es en este marco que nos planteamos un estudio del tratamiento de la traducción y la interpretación en el ámbito jurídico según se encuentran recogidas en el ordenamiento jurídico uruguayo y en los instrumentos internacionales que nos resultan aplicables, desde una óptica de derechos humanos que las engloba principalmente dentro de la concepción de derechos lingüísticos[7], así como también del derecho al acceso a la justicia y al debido proceso.

II. Derecho a la traducción y la interpretación

meta/2009-v54-n2-meta3238/037682ar.pdf (Fecha de consulta: 04/03/2020)

5-PRIETO RAMOS, Fernando (2014). Legal Translation Studies as Interdiscipline: Scope and Evolution. Meta, 59 (2), 260–277. Disponible en línea en: https://doi.org/10.7202/1027475ar (Fecha de consulta: 04/02/2020)

6-PUIG, Roberto (2017). Enseñanza y evaluación de la traducción jurídica. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina. Año 14 /Nº 47 2017. Disponible en línea en:

http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/66135/Documento_completo.pdfPDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Fecha de consulta: 16/04/2020)

7-Estos derechos comprenden a grandes rasgos los que surgen del artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos de 1996 en la órbita de las Naciones Unidas, a saber: "1. Esta Declaración considera como derechos personales inalienables, ejercibles en cualquier situación, los siguientes: el derecho a ser reconocido como miembro de una comunidad lingüística; el derecho al uso de la lengua en privado y en público; el derecho al uso del propio nombre; el derecho a relacionarse y asociarse con otros miembros de la comunidad lingüística de origen; el derecho a mantener y desarrollar la propia cultura; y el resto de derechos de contenido lingüístico reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha. 2. Esta Declaración considera que los derechos colectivos de los grupos lingüísticos, además de los establecidos por sus miembros en el apartado anterior, también pueden incluir, de acuerdo con las puntualizaciones del artículo 2.2: el derecho a la enseñanza de la propia lengua y cultura; el derecho a disponer de servicios culturales; el derecho a una presencia equitativa de la lengua y la cultura del grupo en los medios de comunicación; el derecho a ser atendidos en su lengua en los organismos oficiales y las relaciones socioeconómicas."

Corresponde en primera instancia distinguir entre traducción e interpretación. La traducción supone producir un texto en una lengua a partir de un texto redactado en otra lengua, mientras que la interpretación implica expresar en una lengua lo que un orador dijo en otra lengua. Por lo tanto, a grandes rasgos, la traducción es escrita y la interpretación es oral.

No encontramos en nuestro medio una definición clara de estos derechos inherentes a la personalidad humana, que ingresan a nuestra Constitución en virtud de los artículos 7, 72 y 332, pero que además se encuentran recogidos en diversos textos legales y reglamentarios del ordenamiento jurídico uruguayo. Tomaremos en cambio, en un ejercicio analógico y a título meramente informativo, las definiciones proporcionadas por la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, específicamente en el ámbito de los procesos penales.

En este sentido, el artículo 2 define el derecho a la interpretación como la facultad de que la persona "que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de interpretación en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias". En tanto, el artículo 3 define el derecho a la traducción como la facultad de que la persona "que no entienda la lengua del proceso penal se beneficie, en un plazo razonable, de la traducción escrita de todos los documentos que resultan esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso"[8].

Es válido mencionar que la citada directiva hace asimismo hincapié en la formación de los traductores e intérpretes y la calidad de los servicios de traducción e interpretación, así como en la obligación de los Estados miembro de garantizar estos derechos y de incorporar la directiva a sus respectivos Derechos internos. Sobre este punto, debemos agregar también que la Unión Europea en tanto organismo supranacional ha realizado un gran desarrollo en materia de legislación multilingüe y la consecuente traducción jurídica de la normativa europea a todas sus lenguas, incluso con la incorporación de la figura del "jurista lingüista" como profesional experto en Derecho y lenguas.

III. Referencias al derecho a la traducción y la interpretación en el sistema jurídico uruguayo

Si bien la Constitución uruguaya no hace mención a lengua oficial alguna, el artículo 65 del Código General del Proceso dispone que "En todos los actos procesales se utilizará, necesariamente, el idioma castellano"[9]. Es así que obtenemos una pauta respecto a la lengua en que deben llevarse a cabo los procesos judiciales. Lo que es más, el segundo inciso del mismo artículo agrega "Cuando deba ser oído quien no lo conozca, el tribunal

8-Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales

9-Artículo 65 del Código General del Proceso

nombrará un intérprete"[10], lo que constituye una referencia explícita al derecho a la interpretación.

El Código General del Proceso realiza otras dos referencias a la temática que nos convoca. Por un lado, el artículo 72.3 prevé una obligación relativa a los documentos que se incorporen al expediente: "Todo documento redactado en idioma extranjero deberá acompañarse con su correspondiente traducción realizada por traductor público, salvo excepción consagrada por leyes o tratados. Pero cuando se trate de libros o documentos muy extensos, podrá disponerse la traducción solo de aquella parte que interese al proceso"[11]. Por otra parte, el artículo 39.2 hace lo suyo en lo que respecta a las formalidades que deben reunir los poderes para litigar: "Del poder otorgado en el extranjero se presentará copia de su protocolización, que deberá haber sido legalizada y traducida, si correspondiera"[12].

La traducción de prueba documental puede tener lugar frente a la necesidad de presentar en juicio documentos redactados en lengua extranjera que acompañen a una demanda o contestación, por ejemplo. Según la materia del proceso, podrán necesitarse traducciones de testimonios de partidas, poderes, certificados notariales, títulos valores, estatutos de sociedades comerciales, contratos, entre otros.

Para estos casos la ley exige una traducción pública para el diligenciamiento de la prueba documental, que consiste en una traducción al español firmada y sellada por traductor público uruguayo, en estricto cumplimiento de las formalidades establecidas. En la traducción constará un cierre en el que el traductor público declara que se trata de una traducción verdadera y completa.

Asimismo, para que la traducción oficial tenga validez, los documentos públicos expedidos en el extranjero deberán ser debidamente legalizados o bien deberán contar con Apostilla si el documento proviene de un Estado signatario del Convenio de La Haya de 1961 (artículo 72.2 del Código General del Proceso). Es importante destacar que la traducción oficial de documentos redactados en lengua extranjera habilita que desplieguen efectos jurídicos en nuestro país, de manera que facilita la aplicación del Derecho extranjero.

No obstante, como es sabido, no todos los medios de prueba amparados por nuestra legislación procesal son documentales. En este sentido, debemos recurrir a la interpretación para todos los medios de prueba que suponen una declaración oral de parte de una persona física. Es así que podrá necesitarse un intérprete para un testigo que no hable español en una prueba testimonial o para una parte que no hable español en una declaración de parte, por ejemplo.

En consecuencia, variados actos procesales requieren la asistencia de un traductor o un intérprete, necesariamente un profesional de la lengua, para verter en español lo que una

10-Ibídem

11-Artículo 72.3 del Código General del Proceso

12-Artículo 39.2 del Código General del Proceso

parte o un testigo aporten ante el juez en lengua extranjera.
En el listado de peritos del Poder Judicial figuran traductores públicos de inglés, portugués, francés, italiano y alemán, que son las cinco lenguas en las que se dicta la carrera de Traductorado Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Asimismo, en la actualidad tenemos idóneos inscritos como peritos en árabe, chino y coreano[13]. Es idónea aquella persona que manifieste un conocimiento experto de alguna lengua fuera de las previstas en la carrera de Traductorado Público.
En forma análoga, nuestro sistema jurídico ampara el derecho a la traducción y la interpretación también en materia procesal penal. Es así que el artículo 108 del Código del Proceso Penal establece que "Los actos procesales deberán cumplirse en idioma español. La declaración de personas que ignoren el idioma español, de sordomudos que no sepan darse a entender por escrito o lenguaje gestual y los documentos o grabaciones en lengua distinta, o en otra forma de transmisión del conocimiento, deberán ser traducidos o interpretados, según corresponda"[14]. Específicamente en relación con la prueba documental, el artículo 175.1 del mismo código dispone: "Todo documento redactado en idioma distinto al español, deberá estar traducido por un traductor público para ser incorporado al proceso"[15].
En lo que respecta al Código Civil, encontramos una referencia expresa al derecho a la traducción en materia testamentaria. Es el caso del artículo 799, a saber: "Quien no conozca el castellano, pero se exprese claramente en otro idioma y lo escriba, podrá otorgar testamento abierto en la siguiente forma: Presentará al Escribano el pliego que contenga su testamento, en el papel de la clase que corresponda al protocolo, firmado de su puño y letra, cuya presentación la hará ante dos intérpretes y tres testigos que conozcan su idioma. Los intérpretes harán su traducción fiel; y transmitida al testador en presencia de los testigos y del Escribano, si aquél no tuviese observación que hacer, la suscribirá juntamente con los traductores y testigos. El Escribano levantará, a continuación de la traducción, acta de haber presenciado lo ocurrido, la que será firmada por los concurrentes y después de rubricadas por el Escribano cada una de las fojas del testamento original y traducción, lo incorporará todo al Registro de Protocolizaciones"[16].
El sistema jurídico uruguayo también prevé el decreto-ley N° 15.441, "Fijación de normas para legalizar documentos extranjeros", que refiere a la traducción de documentos en los artículos 3 y 5, pero que puntualmente en su artículo 6 dispone lo siguiente: "Las sentencias y los laudos homologados, dictados en asuntos civiles, comerciales, laborales, penales y administrativos, las escrituras públicas y demás documentos otorgados por las

13-Registro Único de Peritos Habilitados, actualizado al 19 de diciembre de 2019. Disponible en línea en: http://www.poderjudicial.gub.uy/servicios-en-linea/peritos-habilitados.html (Fecha de consulta: 16/04/2020)
14-Artículo 108 del Código de Proceso Penal
15-Artículo 175.1 del Código de Proceso Penal
16-Artículo 799 del Código Civil

autoridades públicas competentes de los estados extranjeros o provenientes de Organizaciones Internacionales, los exhortos o cartas rogatorias y documentos privados no redactados en español para surtir efecto en la República, deberán ser traducidos por traductor público nacional"[17]. A este mandato se incorporan también los requisitos de legalización o apostillado, según corresponda.

Lo que es más, contamos con la Ley de Registros Públicos N° 16.871, que nos informa acerca del derecho a la traducción en el caso de poderes otorgados en el extranjero y de documentos extranjeros en general. Así, el artículo 49 subraya: "Cuando la parte actúe por poder otorgado en el extranjero y para los actos cuya inscripción fuere obligatoria, deberá acompañarse el poder, debidamente legalizado y con traducción pública si correspondiere"[18].

En tanto, el artículo 91 de la misma ley indica: "El documento público o privado proveniente del extranjero deberá sujetarse a los siguientes requisitos previos: 1) Si estuviere en otro idioma deberá estar traducido al idioma español por traductor público nacional. Si viniere traducido de origen un traductor público nacional certificará la correspondencia de la traducción con el original. 2) Legalizarse en forma. 3) Tratándose de bienes inmuebles ubicados en el país deberán protocolizarse el documento y su traducción. La protocolización tendrá carácter de matriz a los efectos previstos por los artículos 1591 y siguientes del Código Civil"[19], por lo que no solamente hace referencia a la traducción pública de los documentos extranjeros, sino también al certificado de concordancia expedido por traductor público uruguayo en relación con aquellos documentos que llegan de origen en lengua extranjera con versión española anexa.

Tras analizar los cuerpos legislativos pertinentes, corresponde en este punto el estudio de los actos reglamentarios. En este sentido, el Reglamento Notarial aprobado por acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7533 recoge el derecho a la traducción y la interpretación en función de las obligaciones impuestas a los Escribanos Públicos para la protocolización, la escrituración y la inscripción de los actos jurídicos.

A este respecto, adquieren relevancia el artículo 91 ("No deben protocolizarse los documentos: provenientes del extranjero, sin que hayan sido legalizados y traducidos, si corresponde"[20]), el artículo 92 ("Para protocolizar documentos no redactados en castellano, sin perjuicio de las excepciones dispuestas por ley, es necesario que sean previamente traducidos a este idioma por un traductor público nacional y, si no lo hubiere, por dos intérpretes, que comparecerán ante el Escribano en el acto de solicitarse la protocolización del documento y firmarán el acta respectiva, responsabilizándose de la traducción"[21]), el

17-Artículo 6 del Decreto-Ley N° 15.441
18-Artículo 49 de la Ley N° 16.871
19-Artículo 91 de la Ley N° 16.871
20-Artículo 91 de la Acordada N° 7533
21-Artículo 92 de la Acordada N° 7533

artículo 93 ("Cuando el documento redactado en otro idioma viene acompañado de su traducción al español realizada en el país de origen, un traductor público nacional certificará la correspondencia de la traducción con el original, expidiendo un certificado de concordancia, el que junto con el documento y su traducción se incorporarán al Registro de Protocolizaciones"[22]) y el artículo 159 ("Cuando el otorgante no conoce el idioma castellano, debe ser asistido por un intérprete, quien le leerá la escritura en el idioma que aquél expresare hablar y entender y por medio del cual prestará su asentimiento. En la escritura, el otorgante, por medio del intérprete, manifestará sus datos individualizantes, declarará no conocer el idioma castellano pero sí su propio idioma, solicitará a dicho intérprete que le lea la escritura en el idioma que conoce y se dejará constancia de la doble lectura y de la forma especial de otorgamiento adoptada. Se prescindirá del intérprete cuando el Escribano conozca el idioma del otorgante, debiendo, después de la lectura en castellano, leer la escritura también en el referido idioma, de todo lo cual se hará mención"[23]).

IV. Referencias al derecho a la traducción y la interpretación en instrumentos internacionales

El derecho a la traducción y la interpretación también se encuentra plasmado en instrumentos internacionales ratificados por Uruguay, lo que nos brinda una pauta acerca de las exigencias con que nuestro país debe cumplir en cuanto a su efectividad y su reconocimiento normativo.

A nivel regional, encontramos en el ámbito del Mercosur una exención a este derecho prevista en el "Acuerdo sobre exención de traducción de documentos administrativos para efectos de inmigración". Esta exención rige exclusivamente para los pasaportes, documentos de identidad, testimonios de partidas de nacimiento o de matrimonio y los certificados de antecedentes penales que se presenten "a efectos de trámites migratorios referentes a solicitud de visa, renovación de plazo de estadía y concesión de permanencia"[24], y en nuestro país entró en vigor en el año 2007.

En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero expone en el inciso final de su artículo 5 que: "Las solicitudes serán redactadas en el idioma oficial del Estado requerido o serán acompañadas de una traducción a dicho idioma"[25]. Lo que es más, el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes dispone: "Se traducirán al idioma oficial del Estado de su ejercicio los poderes otorgados en idioma distinto"[26].

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros dispone en el artículo 2 que las sentencias, laudos arbitrales, reso-

22- Artículo 93 de la Acordada N° 7533

23- Artículo 159 de la Acordada N° 7533

24-Artículo 1 del Acuerdo sobre exención de traducción de documentos administrativos para efectos de inmigración

25-Artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero

26-Artículo 9 de la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes

luciones jurisdiccionales u otros documentos extranjeros deberán constar "debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto"[27].

La Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, reconoce expresamente y jerarquiza el derecho a la traducción y la interpretación en los procesos penales en el literal a) del numeral 2 del artículo 8 bajo el acápite "Garantías judiciales", en los siguientes términos: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal…"[28]

Lo que es más, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en la esfera de las Naciones Unidas, dispone en el numeral 3 de su artículo 14 que: " Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella…" y "…f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal…"[29]

V. Conclusiones

La traducción y la interpretación en el ámbito jurídico encuentran en el Derecho Comparado un aliado a la hora de desarrollar la tarea de extrapolar conceptos jurídicos entre sistemas jurídicos diversos. Los avances en cuanto a la definición del derecho a la traducción y la interpretación consumados por la Unión Europea, así como el tratamiento de la legislación multilingüe, resultan alentadores, y nos interpelan a reflexionar acerca del estado de la materia en el ámbito interamericano, particularmente en lo que respecta a los derechos lingüísticos de las minorías indígenas en América Latina.

El derecho a la traducción y a la interpretación no se encuentra definido en forma expresa en el ordenamiento jurídico uruguayo ni tampoco surge explícitamente de la Constitución de la República. No obstante, el legislador uruguayo lo tuvo en cuenta como garantía para el otorgamiento de actos jurídicos y la celebración de procesos judiciales, y por tanto se encuentra recogido en el Código General del Proceso, el Código de Proceso Penal, el Código Civil, la Ley de Fijación de Normas para Legalizar Documentos Extranjeros (15.441), la Ley de Registros Públicos (16.871) y el Reglamento Notarial (Acordada 7533).

En el plano internacional, el derecho a la traducción y la interpretación se encuentra exonerado para determinados documentos a escala del Mercosur, con fundamento en la agili-

27-Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros

28-Artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

29- Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

zación de los trámites migratorios, mientras que en el ámbito interamericano se reconoce expresamente a efectos procesales en el Pacto de San José de Costa Rica. Asimismo, se encuentra recogido en la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En suma, tanto la traducción de documentos redactados en lengua extranjera como la interpretación del discurso de aquellas personas que no conocen el idioma español, son servicios lingüísticos esenciales para la administración de justicia, que garantizan la seguridad jurídica y democratizan el pleno ejercicio de los derechos y las obligaciones.

Bibliografía

BORJA ALBI, Anabel. (2003) La traducción jurídica: didáctica y aspectos textuales. En: Aproximaciones a la traducción. Centro Virtual Cervantes. Disponible en línea: https://cvc.cervantes.es/lengua/aproximaciones/borja.htm (Fecha de consulta: 23/02/2020)

CAO, Deborah (2009). Translating Law (Topics in Translation N° 33). Multilingual Matters Ltd.

FERRÁNZ LARRAZ, Elena (2009). La institución desconocida y la intraducibilidad. Paralelismo entre el Derecho Comparado y la traducción jurídica frente a la intraducibilidad. Disponible en línea en:
https://www.erudit.org/fr/revues/meta/2009-v54-n2-meta3238/037682ar.pdf (Fecha de consulta: 04/03/2020)

GROSS ESPIELL, Héctor. (2000) El lenguaje y el Derecho. Revista del Colegio de Traductores Públicos del Uruguay, N° 17, 2ª época, Diciembre de 2000.

PRIETO RAMOS, Fernando (2014). Legal Translation Studies as Interdiscipline: Scope and Evolution. Meta, 59 (2), 260–277. Disponible en línea en: https://doi.org/10.7202/1027475ar (Fecha de consulta: 04/02/2020)

PUIG, Roberto (2017). Enseñanza y evaluación de la traducción jurídica. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina. Año 14 /Nº 47 2017. Disponible en línea en:
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/66135/Documento_completo.pdfPDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Fecha de consulta: 16/04/2020)

Compilados normativos

“Normativa relativa a la traducción de documentos extranjeros. Intervención del Traductor Público nacional.” presentado en la XII Jornada Notarial Iberoamericana, Noviembre de 2006, Punta del Este, Uruguay. Disponible en línea:https://www.colegiotraductores.org.uy/Traduccion%20de%20documentos%20extranjeros%20-%20Normativa.pdf (Fe-

LAS PROHIBICIONES PARA LOS LEGISLADORES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA SANCIÓN POR LA VIOLACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA REFERIDA. POSIBLES SOLUCIONES

THE PROHIBITIONS FOR LEGISLATORS CONTAINED IN ARTICLE 124 OF THE CONSTITUTION AND THE IMPOSSIBILITY OF APPLYING THE SANCTION FOR THE VIOLATION OF THE REFERRED LEGAL STANDARD. POSSIBLE SOLUTIONS

AS PROIBIÇÕES PARA OS LEGISLADORES CONTIDAS NO ARTIGO 124 DA CONSTITUIÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR A SANÇÃO PARA VIOLAÇÃO DO PADRÃO JURÍDICO REFERIDO. POSSIVEIS SOLUÇÕES

*Pablo Rodríguez Almada**

RESUMEN. En la Constitución uruguaya, muchas de sus disposiciones no están reglamentadas por ley. En el caso del artículo 124 de la Constitución, que establece prohibiciones para los legisladores, existe como sanción, por la inobservancia de las mismas la "… pérdida inmediata de cargo legislativo". Dicha norma jurídica no esta reglamentada por ley y la Constitución no establece un procedimiento adecuado para aplicar la sanción. Por lo tanto, en un Parlamento, en el cual el partido de gobierno nunca tiene mayorías especiales y los partidos de oposición si las tuvieran, es difícil que se unan sus voluntades, existe la imposibilidad de aplicar la sanción a los legisladores que vulneren las prohibiciones del artículo 124 de la Constitución.

PALABRAS CLAVE. Constitución. Falta de reglamentación por ley. Prohibiciones constitucionales. Sanción. Procedimiento. Inconstitucionalidad por omisión.

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay. Profesor de Alta Dedicación del Departamento de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Docente de "Entorno Legal" y de "Principios Generales de Derecho" en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Católica del Uruguay. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay. Profesor de Alta Dedicación del Departamento de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Docente de "Entorno Legal" y de "Principios Generales de Derecho" en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Católica del Uruguay. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay. Editor Científico de la Revista de Derecho (UCUDAL). Correo electrónico: rodriguezalmadapablo@gmail.com

del Uruguay. Editor Científico de la Revista de Derecho (UCUDAL). Correo electrónico: rodriguezalmadapablo@gmail.com

ABSTRACT. In the Uruguayan Constitution, severalprovisions are not regulated by law. In the case of article 124 of the Constitution, which sets forth prohibitions for legislators, there is a sanction for non-compliance: the "…immediate loss of legislative office". Such legal provision is not regulated by law and the Constitution does not set forth an adequate procedure to enforce the sanction. Therefore, in a Parliament in which the ruling party never has special majorities and the opposition parties, even if they do, are not likely to unite their wills, it is impossible to enforce the sanction to legislators who violate the prohibitions of article 124 of the Constitution.

KEY WORDS. Constitution. Lack of regulation by law. Constitutional prohibitions. Sanction. Procedure. Unconstitutionality by omission.

SUMÁRIO. Na Constituição uruguaia, muitas disposições não são regulamentadas por lei. No caso do artigo 124 da Constituição, que estabelece proibições para os legisladores, há uma sanção, por não conformidade, "…perda imediata do cargo legislativo". A referida norma legal não é regulamentada por lei e a Constituição não estabelece um procedimento adequado para aplicar a sanção. Portanto, em um parlamento, no qual o partido governamental nunca tem maiorias especiais e os partidos da oposição, se tivessem, é difícil a união de suas vontades, há uma impossibilidade de aplicar a sanção aos legisladores que violam as proibições do artigo 124 da Constituição.

PALAVRAS- CHAVE. Constituição. Falta de regulamentação por lei. Proibições constitucionais. Sanção. Processo. Inconstitucionalidade por omissão.

I. INTRODUCCIÓN.

I.1) En la Constitución uruguaya hay muchas disposiciones que no están reglamentadas por ley.

Por ejemplo, el artículo 79 inciso 2° de la Constitución, que consagra un instituto de gobierno directo, como la iniciativa en materia de leyes de los inscriptos habilitados para votar en el Registro Cívico Nacional, no esta reglamentada por ley.

El constitucionalista Alberto Ramón Real (1973), comentando el artículo 79 inciso 2º de la Constitución, señalaba que el derecho político de iniciativa en materia legislativa, se

puede ejercer de inmediato sin necesidad de una ley reglamentaria, basándose en el artículo 332 de la Constitución.
El profesor Horacio Cassinelli Muñoz (2009), opinaba que se tiene que aplicar en este caso, por analogía, el artículo 79 de la ley N° 9.515 (denominada Ley Orgánica Municipal), que reglamenta la iniciativa en materia de decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción de los inscriptos en un departamento, consagrado en el artículo 304 de la Constitución.
El artículo 332 de la Constitución, al cual nos vamos a referir más adelante, se puede aplicar a todas las hipótesis en las cuales una norma constitucional no esté reglamentada por ley, en el caso que la misma imponga "deberes a las autoridades públicas".
I.2) El artículo 124 de la Constitución, que se ubica en la Sección VI Capítulo V del cuerpo normativo referido, consagra prohibiciones para los legisladores (Representantes y Senadores) y una sanción para el caso de incumplimiento de dichas prohibiciones.
La norma jurídica referida tiene su antecedente en el artículo 113 de la Constitución del año 1934 (Gros Espiell, 1956), con modificaciones menores en su texto en las siguientes reformas constitucionales.
La norma jurídica analizada es complementada por el artículo 126 de la Constitución, que tiene su origen en el artículo 126 de la Constitución del año 1952 (Gros Espiell, 1956), que prevé su reglamentación por ley.
1.3) Las prohibiciones que señala el artículo 124 son las siguientes:
"Intervenir como directores, administradores o empleados en empresas que contraten obras o suministros con el Estado, los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados o cualquier otro órgano público" (numeral 1°);
"Tramitar o dirigir asuntos de terceros ante la Administración Central, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados" (numeral 2°).
Respecto del numeral 1° de la norma jurídica analizada, consagra como prohibición para el legislador, que sea director, administrador o empleado de una empresa, que participe en procedimientos competitivos de licitación pública, licitación abreviada u otros, para realizar obras o suministrar bienes al Estado -Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Tribunal de los Contencioso Administrativo-, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados o cualquier órgano publico.
Cuando el artículo 124 numeral 1° de la Constitución refiere a "…cualquier órgano público" esta expresión abarcaría a las Personas Públicas no Estatales.
El numeral 2° del artículo 124 de la Constitución señala que el legislador no puede tramitar o dirigir asuntos de terceros ante la Administración Central -Poder Ejecutivo-, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, no incluyendo a los demás poderes y organismos de control del Estado, y a las Personas Públicas no

Estatales.
Contrariamente a lo que nosotros opinamos, el profesor José Aníbal Cagnoni (2006) señalaba que el término "Administración Central" contenida en el numeral 2° del artículo 124 de la Constitución, refiere al Estado en sentido estricto, esto es, a los tres poderes del Estado -Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial- y a los tres organismos de control del Estado - Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Tribunal de los Contencioso Administrativo-.
No tenemos en honor de compartir esa interpretación.
Si el constituyente de la Constitución del año 1934 hubiese querido incluir en la prohibición del numeral 2° del artículo 124 a los trámites o asuntos realizados a favor de terceros por parte del legislador ante los tres Poderes del Estado y a los tres organismos de control del Estado, tendría que haber utilizado el vocablo "Estado", como lo hizo en el numeral 1° de la norma referida, y no los vocablos "Administración Central".
1.4) La vulneración por parte de un legislador de las prohibiciones del artículo 124 de la Constitución trae como consecuencia la "…pérdida inmediata de cargo legislativo" (artículo 124 in fine de la Constitución).
Es por ello, que el profesor José Korzeniak (2008) señala como una de las causales de cese de los legisladores la hipótesis del artículo 124.
Se puede concluir de la opinión referida anteriormente del constitucionalista Alberto Ramón Real (1973), basándose en el artículo 332 de la Constitución, que no es necesaria la reglamentación por ley, a efectos de aplicar el artículo 124 de la Constitución y la sanción prevista en el mismo.
En el mismo sentido opina el profesor Risso Ferrand (2018) que señala que cuando existen omisiones constitucionales se debe integrar dichas omisiones, fundamentándolo en el artículo 332 de la Constitución.
El artículo 332 de la Constitución señala "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".
Pero, los mecanismos constitucionales que se pueden utilizar, por analogía, para aplicar la sanción de la norma jurídica en estudio, no son adecuados por razones políticas.

II. PROCEDIMIENTOS PARA TRATAR LAS PROHIBICIONES Y APLICAR LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN

II.1) Posiciones doctrinales.
II.1.1) El constitucionalista Justino Jiménez de Aréchaga (2016) analizando la prohibición del artículo 112 de la Constitución de 1942 (Gros Espiell, 1956) (actual artículo 124

de la Constitución), señalaba que el procedimiento idóneo para aplicar la sanción de "… pérdida inmediata de cargo legislativo" es el juicio político.

II.1.2) El profesor José Korzeniak (2020) señala, que para aplicar la sanción del artículo 124 de la Constitución, existen dos procedimientos: el juicio político regulado en este caso por los artículos 93 y 102 de la Constitución y el procedimiento del artículo 115 de la Constitución.

II.2) Análisis de los procedimientos.

Corresponde analizar sucintamente ambos procedimientos, para aplicar la sanción del artículo 124 in fine de la Constitución: el juicio político (artículo 93 y 102 de la Constitución) y el procedimiento del artículo 115 de la Constitución.

II.2.1) Juicio Político.

El procedimiento del juicio político corresponde cuando, en este caso un legislador, ha violado la Constitución o ha cometido otros delitos graves, y la primera hipótesis ocurre, entre otras situaciones, cuando se vulnera el artículo 124 de la Constitución.

Señala el artículo 93 de la Constitución en la parte que nos interesa "Compete a la Cámara de Representantes el derecho exclusivo de acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros de ambas Cámaras…, por violación de la Constitución…, después de haber conocido sobre ellos a petición de parte o de algunos de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de causa".

En este caso, el órgano acusador es la Cámara de Representantes y el órgano que decide es la Cámara de Senadores y para que se expida una sentencia que determine la separación del cargo de legislador, se necesita un quórum de dos tercios de votos del total de sus componentes, de acuerdo al artículo 102 de la Constitución (como mínimo 21 Senadores de 31).

Por tanto, en el juicio político, la Cámara de Senadores, desde el punto de vista material, esta ejerciendo función jurisdiccional (Sayagues Laso, 1987; Korzeniak, 2008; Veiras y Fernández, 2018).

Esto es así, porque la función jurisdiccional, desde el punto de vista material, se concreta cuando el órgano estatal resuelve controversias mediante pronunciamientos -sentencias- con fuerza de verdad definitiva (Sayagues Laso, 1987), es decir cosa juzgada.

II.2.2) Procedimiento Disciplinario.

El otro procedimiento es el del artículo 115 de la Constitución.

La norma constitucional señala que cada Cámara podrá corregir a cualquiera de sus miembros e inclusive suspenderlos por dos tercios de votos del total de sus componentes y por el mismo quórum podrá removerlos, entre otras causales "…por actos de conducta que le hicieren indigno de su cargo, después de su proclamación" (Korzeniak, 2008) (artículo 115 inciso 2° de la Constitución).

En este caso, la Cámara que corrija, suspenda o remueva a un legislador estará ejerciendo

función administrativa, puesto que está realizando un procedimiento disciplinario.
Sin lugar a dudas, es un acto indigno del cargo de legislador vulnerar la Constitución.
Por lo tanto, para hacer efectiva la sanción de remoción en este procedimiento, se necesita que voten como mínimo, en el caso de la Cámara de Representantes 66 de los 99 diputados, y en el caso de la Cámara de Senadores, como ya se mencionó, 21 de 31 senadores.
Obviamente que en la violación de las prohibiciones del artículo 124 de la Constitución, la sanción que corresponde es la "…pérdida inmediata de cargo legislativo", de acuerdo a los artículos 115 inciso 2° y 124 in fine de la Constitución.
II.3) Nuestra posición.
En nuestra opinión, no corresponde aplicar por analogía el juicio político, para hacer efectiva la sanción al legislador por la violación del artículo 124 de la Constitución.
El texto del artículo 93 de la Constitución refiere a que se aplica el procedimiento del juicio político por "violación de la Constitución u otros delitos graves…".
Esto se puede interpretar que si la violación de la Constitución no configura un delito no se aplicaría este procedimiento (Veiras y Fernández, 2018).
Por tanto, en nuestra opinión, para hacer efectiva la sanción al legislador por la violación del artículo 124 de la Constitución, se debe aplicar el procedimiento del artículo 115 de la Constitución, considerando la violación a la Constitución del artículo 124 de la Constitución como "…conducta que le hiciere(n) indigno de su cargo…".
II.4) Mayorías especiales.
II.4.1) En definitiva, en ambos procedimientos referidos con antelación, se requieren mayorías muy especiales en la Cámara que deba tomar la decisión de separación del cargo o remoción, para hacer efectiva la medida de "…pérdida inmediata de cargo legislativo" (artículo 124 in fine de la Constitución).
En la Constitución existen varios temas en los cuales se necesitan mayorías especiales de dos tercios del total de componentes de las Cámaras o de la Asamblea General para su aprobación.
Ejemplos de ello es la designación de miembros de la Suprema Corte de Justicia, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tribunal de Cuentas para los cuales se requiere dos tercios del total de componentes de la Asamblea General (artículos 236, 308 y 208 inciso 2° de la Constitución respectivamente), para crear o suprimir Entes Autónomos se requiere dos tercios del total de componentes de cada Cámara (artículo 189 inciso 1° de la Constitución), para crear nuevos departamentos o conceder monopolios se requiere dos tercios del total de componentes de cada Cámara (artículo 85 numerales 9° y 17 de la Constitución respectivamente), para modificar el número de diputados se requiere dos tercios del total de componentes de cada Cámara (artículo 88 inciso 4° de la Constitución), y los ejemplos ya analizados del juicio político, en el cual se requiere dos tercios del total de componentes de la Cámara de Senadores (artículo 102 de la Constitución) y

el procedimiento del artículo 115 de la Constitución en el cual se requiere dos tercios del total de componentes de la Cámara al cual pertenezca el legislador contra el cual se esta realizando el procedimiento disciplinario.

Como señalaba Gros Espiell (1956) analizando la Constitución del año 1934, que es la que creó la mayoría de las hipótesis de mayorías especiales de dos tercios - designación de miembros de la Suprema Corte de Justicia, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tribunal de Cuentas (artículo 75 numeral 18 de la Constitución referida), procedimiento disciplinario para corregir a los legisladores por parte de su Cámara (artículo 106 de la Constitución referida que en la actualidad es el artículo 115 referido) - "La Carta de 1934 adoptó soluciones constitucionales basadas en la realidad política del país…" y toma en consideración la coparticipación de los dos grandes partidos del país.

No mencionamos el instituto del juicio político, que también requiere las mayorías especiales referidas, porque el instituto existe desde la Constitución del año 1830 (artículos 26 numeral 2, 38 y 84 de la Constitución del año 1830) (Gros Espiell, 1956; Veiras y Fernández, 2018), se mantuvo en la Constitución del año 1918 (artículos 25 numeral 2° y 36 de la Constitución del año 1918) (Gros Espiell, 1956), y en la Constitución del año 1934 (artículos 84 y 93 de la Constitución del año 1934) (Gros Espiell, 1956) y continuó en las siguientes reformas constitucionales a la actualidad.

II.4.2) En un Parlamento, en el cual el Partido de gobierno nunca logró mayorías especiales, porque siempre existió un bipartidismo equilibrado desde que existe la norma en estudio -Constitución del año 1934-, había imposibilidad de aplicar la sanción a los legisladores que vulneraran las prohibiciones del artículo 124 de la Constitución.

En la actualidad, en que existe un conjunto de partidos con peso político, que en la oposición se encuentra el partido que tiene más legisladores comparado con el resto de los partidos considerados individualmente y en una coalición en la cual el partido de gobierno necesita de todos sus socios para gobernar, es difícil que se logre en cualquiera de los procedimientos, la mayoría de dos tercios del total de los componentes de la Cámara, para tomar la medida que procede de acuerdo al artículo 124 de la Constitución, que es la pérdida inmediata del cargo del legislador.

III. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

III.1) La tarea del constituyente queda muchas veces incompleta y como consecuencia de ello, en la Constitución se establecen obligaciones concretas, dirigidas generalmente al legislador, para que complete la voluntad de aquel (Castro Patiño, 2003).

Cuando el Poder Legislativo no reglamenta una norma constitucional que la Constitución mandata realizar al legislador a través de la ley, estamos ante una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Esto es así, porque como señala la profesora colombiana Marcela Arenas Moreno (2014)

"…la Constitución posee fuerza normativa vinculante para todos los poderes públicos –incluido el legislador- y por tanto debe primar su supremacía".

Señala el profesor portugués Jorge Miranda citado por Gerardo Eto Cruz (2015) que "La inconstitucionalidad por omisión es una inconstitucionalidad negativa que resulta de la inercia o silencio de cualquier órgano de poder, durante un cierto tiempo, del acto exigido por la Constitución".

Los juristas mexicanos Carlos Baez Silva y David Cienfuegos Salgado (SF) señalan que los legisladores pueden incurrir en una vulneración de la Constitución en dos hipótesis si no legislan: si existe un mandato constitucional explícito consistente en modificar o crear leyes, o si no existe un mandato constitucional explícito, pero la omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneran derechos fundamentales cuando existe un mandato constitucional implícito.

III.2) Nosotros agregaríamos en las hipótesis de inconstitucionalidades por omisiones legislativas, los mandatos constitucionales implícitos que refieren a deberes y prohibiciones de los gobernantes consagradas en la Constitución, cuando el Poder Legislativo no las reglamenta por ley.

Una de las características del Estado de Derecho es el sometimiento de los gobernantes a las normas jurídicas existentes dirigidas a ellos, máxime cuando se trata de normas constitucionales.

Si existe un mandato constitucional implícito, de reglamentar a través de leyes, normas constitucionales que consagran deberes o prohibiciones para los legisladores, estos se deben someter a las mismas, expidiendo leyes que reglamenten dichos deberes o prohibiciones y las sanciones por la vulneración de las disposiciones constitucionales, de otro modo se configura una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

III.3) Parte de la doctrina argentina (Germán Bidart Campos y Alberto Spota) señala que cuando los poderes políticos -Poder Legislativo en este caso- omiten expedir la norma reglamentaria de la norma constitucional, deben convertirse en operativas por intermedio de un mandato del Poder Judicial al Poder Legislativo (Sagües, 1992).

No esperamos esta actitud del Poder Judicial uruguayo, porque aún no ha adoptado el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales, proveniente de la legislación y jurisprudencia extranjera.

IV. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN URUGUAY

IV.1) El artículo 126 de la Constitución señala "La ley, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá reglamentar las prohibiciones establecidas en los dos artículos precedentes o establecer otras, así como extenderlas a los integrantes de otros órganos".

Se puede interpretar que como el artículo 126 dice "La Ley…podrá reglamentar…" no

hay una obligación del Poder Legislativo de reglamentar el artículo 124 de la Constitución, sino que el Parlamento tiene la potestad de dicha reglamentación, por tanto, no existiría en la actualidad una omisión legislativa inconstitucional.

El profesor argentino Néstor Pedro Sagües (1992) señala que las "normas constitucionales programáticas de cumplimiento discrecional", son aquellas en las cuales el constituyente se limita a enunciar una meta o postulado, cuya ejecución deja en forma totalmente discrecional al arbitrio de los legisladores.

De acuerdo a lo expresado por el profesor Sagües, el artículo 126 de la Constitución uruguaya es una "norma constitucional programática de cumplimiento discrecional".

IV.2) No tenemos el honor de compartir la opinión del profesor Sagües.

Compartimos la opinión de la profesora y juez del Tribunal Constitucional de Chile Luz Bulnes Aldunate (2006) que señalaba "Para que se origine la omisión legislativa se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución, sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia".

En este caso, un análisis más agudo del tema, debería concluir que el Poder Legislativo tiene la obligación de reglamentar el artículo 124 de la Constitución, puesto que sino se produce "...una situación contraria a la Constitución", esto es, la Constitución pretende que se castigue con determinada sanción a un legislador por la inobservancia de una norma constitucional (artículo 124) y no se puede aplicar el castigo porque el Poder Legislativo no expidió la ley que lo haga posible.

Los artículos 124 y 126 de la Constitución en su conjunto, son normas programáticas también denominadas no auto-operativas o no auto-aplicativas, que son aquellas que para que se apliquen requieren se expida otra norma (infraconstitucional) que las reglamente (Sagües, 1992), es decir, requieren desarrollo legislativo para poder cumplir el fin constitucional que le haya sido asignado (Arenas Moreno, 2014).

Esto es así, porque la no reglamentación de la norma jurídica analizada tiene como consecuencia su no aplicación, y por tanto, permite a los legisladores vulnerar las prohibiciones establecidas en el artículo 124 de la Constitución, sin que tengan consecuencias jurídicas.

Ya explicamos que el juicio político y el procedimiento del artículo 115 de la Constitución, no son mecanismos eficaces para hacer efectiva la sanción del artículo 124 in fine de la Constitución.

Dejar al libre albedrío de los legisladores, reglamentar o no el artículo 124 de la Constitución, estaría vulnerando uno de los elementos del Estado de Derecho, que los gobernantes –en este caso los legisladores- se sometan a las normas jurídicas que existen en el ordenamiento jurídico uruguayo.

IV.3) Señala el profesor Carlos Delpiazzo (2011) que para que el Estado de Derecho sea realmente tal, es necesario que existan medios eficaces para que los actos del poder público no se excedan de su cauce, como por ejemplo la consagración de responsabilidades a

los gobernantes, como lo es la sanción del artículo 124 de la Constitución.
El maestro Justino Jiménez de Aréchaga (2016) señalaba como uno de los ejemplos de actos que vulneran o comprometen las bases del sistema democrático representativo, el deliberado desconocimiento del texto constitucional por los legisladores.
La prueba más clara de lo que venimos diciendo, es que el texto del artículo 124 de la Constitución, existe desde la Constitución del año 1934 y aún no se reglamentó, por tanto, han transcurrido 86 años sin que se haya reglamentado la norma constitucional.
En definitiva, estamos ante una norma constitucional que consagra prohibiciones para los legisladores, que prevé sanciones, pero no se pueden aplicar por omisión de los propios legisladores.
¿Cómo pueden existir en la Constitución, prohibiciones para los legisladores y una sanción por el incumpliendo de dichas prohibiciones, supeditada a la voluntad de los propios legisladores?
Realmente no es lógico interpretar el mandato de reglamentar el artículo 124 de la Constitución, contenida en el artículo 126 del mismo cuerpo normativo, como una potestad del legislador.
En definitiva debe ser interpretada como un deber.

V. LA INCORPORACIÓN DEL INSTITUTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA

V.1) Corresponde mencionar, que es hora de que el Poder Judicial y dentro del mismo su órgano máximo –la Suprema Corte de Justicia- adopte el control de constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales, como la que estamos analizando, para colocarse en la Jurisprudencia más moderna del continente.
Señalaba la profesora chilena Luz Bulnes Aldunate (2006) –que como ya se señaló fuera juez del Tribunal Constitucional de Chile- que "La declaración de la inconstitucionalidad por omisión se traduce generalmente en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia del legislador de dar cumplimiento a la obligación constitucional de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de manera que dichos preceptos se tornan ineficaces o en las recomendaciones que frente a estas situaciones el Tribunal formula al legislador".
Se debe considerar que la inconstitucionalidad por omisión, no es nueva en la legislación y jurisprudencia extranjera.
V.2) El Tribunal Constitucional Federal Alemán en sentencia de fecha 29 de enero de 1969 determinó que el Poder Legislativo viola la Constitución si no cumple con el mandato de la misma dentro de un término prudente (Sagües, 1992).
La ventaja que existe en Alemania para aplicar las inconstitucionalidades por omisión es que el artículo 92 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal prevé que se puede inter-

poner recurso de queja constitucional especificando la omisión de los órganos o autoridad por la que se sienta lesionado el recurrente (Fernández Segado, 2009).
Un país europeo que incorporó en su Constitución el instituto de la inconstitucionalidad por omisión es Portugal.
En la revisión de la Constitución portuguesa del año 1982, la inconstitucionalidad por omisión surge del artículo 283 que señala "1. A requerimiento del presidente de la República, del defensor del pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional deberá examinar y comprobar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. 2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente" (Tajadura Tejada, 2018).
V.3) En América Latina, es Brasil el primer país que ha previsto en su legislación la inconstitucional por omisión.
Influido por el constitucionalismo portugués (Tajadura Tejada, 2018), la Constitución brasileña de 1988 recogió el instituto de la inconstitucionalidad por omisión.
El artículo 103 numeral 2° de la Constitución brasileña señala "Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días" (Sapolinsky, 2011).
Luego lo siguieron la Constitución de la República de Ecuador de 2008 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2009 (Eto Cruz, 2015).
El artículo 436 numeral 10 de la Constitución de la República de Ecuador señala "La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:…10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley".
La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala en su artículo 336 numeral 7° "Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia…7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección".

V.4) Si bien nuestro derecho positivo no prevé el control constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales, debería ser una creación pretoriana, basándose en la reciente tendencia jurisprudencial del Estado constitucional.

Señala el ex ministro de la Suprema Corte de Justicia Leslie Van Rompaey (2008) que del Estado liberal decimonónico, que confería supremacía absoluta a la ley, se pasó al Estado constitucional, que limita el ejercicio del poder, inclusive del legislativo.

En el Estado constitucional, es el juez el que debe hacer valer la Constitución en detrimento de la ley (Van Rompaey, 2008), y nosotros agregaríamos en detrimento de la omisión de la ley.

Y allí es importante el rol del Juez Constitucional, que en nuestro derecho positivo, al tener un sistema concentrado en el tema del control de constitucionalidad, es la Suprema Corte de Justicia.

El mejor argumento para que la Suprema Corte de Justicia amplíe sus competencias a las omisiones legislativas inconstitucionales lo encontramos en la denominada primacía (Risso Ferrand, 2018) o supremacía constitucional (Arenas Moreno, 2014), o supremacía normativa (Rivas Alba, 2009), es decir, en la condición de norma suprema que tiene la Constitución (Bazán, 2011).

Señala el profesor Risso Ferrand (2018) como una de las consecuencias de la supremacía constitucional, que la Constitución no deja de aplicarse por las omisiones inconstitucionales del ordenamiento inferior y agrega que este debe ser integrado a efectos de aplicar efectivamente la Carta.

En otra obra el profesor Risso Ferrand (2014) señala, que el cuerpo electoral actuando directamente a través del plebiscito, ha establecido ciertas obligaciones y restricciones para el actuar de las autoridades políticas, y por ello, cuando se produce un conflicto entre la Constitución y las leyes emanadas de los órganos representativos del cuerpo electoral -Poder Legislativo- debe primar lo resuelto directamente por el cuerpo electoral.

En este caso, lo que se produjo es un conflicto entre la Constitución y la omisión legislativa de reglamentar, a través de una ley, el artículo 124 de la Constitución.

V.5) Como ejemplo de creación pretoriana de la inconstitucionalidad por omisión es el del Tribunal Constitucional de Chile.

No contempla el ordenamiento jurídico chileno la inconstitucionalidad por omisión y tampoco existe acción positiva para exigirla.

Señalaba la profesora Luz Bulnes Aldunate (2006) refiriéndose al ordenamiento jurídico chileno “Nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de requerir al órgano jurisdiccional frente a la omisión o inercia del legislador, sin embargo en varias de sus sentencias el Tribunal Constitucional ha seguido el criterio de formular advertencias al legislador…”.

Otros ejemplos de creación pretoriana del instituto de las omisiones inconstitucionales

son los Tribunales Constitucionales de Perú y Colombia.

V.6) Señala la profesora Marcela Arenas Moreno (2014) que ninguna omisión legislativa inconstitucional puede describirse en abstracto y para concretizarla es necesario examinar en el caso puntual el tiempo en el cual debió ser expedida la ley y la necesidad de producción de la misma para mantener el orden constitucional.

Como ya se señaló, ya han transcurrido 86 años de la existencia del artículo 124 de la Constitución, y 68 años de la existencia del artículo 126 de la Constitución que es el que mandata al Poder Legislativo a reglamentar el artículo 124 de la Constitución.

Además, en el caso en estudio, es necesario la elaboración de la ley reglamentaria para mantener el orden constitucional, por tanto, se debe reglamentar la norma constitucional dirigida a los propios legisladores, para que no abusen de su poder.

El profesor Risso Ferrand (2015) señala que la Constitución es un código político que determina la distribución del ejercicio del poder y -citando a Karl Loewenstein- busca limitar a los titulares del poder (Risso Ferrand, 2010).

Señala Loewenstein (1986) que "Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder".

En definitiva, como ya se manifestó, no se puede dejar al libre albedrío de los legisladores la elaboración de la ley reglamentaria del artículo 124 de la Constitución.

No se pretende que la Suprema Corte de Justicia se transforme en legislador pero sí que expida una sentencia declarativa que constate la inconstitucionalidad por omisión y lo comunique al Poder Legislativo para que tome las medidas que corresponda, o una de recomendación al legislador llamadas sentencias apelativas (Bulnes Aldunate, 2006).

VI. LA LEY REGLAMENTARIA

VI.1) Respecto a la ley que reglamente el artículo 124 de la Constitución, por mandato del artículo 126 del mismo cuerpo normativo, no puede determinar que quienes decidan respecto de la aplicación de la sanción por violación a las prohibiciones del artículo 124 sean los propios legisladores.

Si esto ocurriera, continuaríamos en la misma situación que en el presente, en la que existe una norma constitucional que contiene una sanción por su inobservancia, que no se aplica por desidia y conveniencia de los legisladores.

VI.2) La potestad para determinar si existió por parte de un legislador una violación de las prohibiciones del artículo 124 de la Constitución y la de aplicar la sanción de "…pérdida inmediata de cargo legislativo", debe ejercerla un órgano ajeno al Poder Legislativo, que tiene que pertenecer al Poder Judicial.

De otro modo, la experiencia política demuestra que la norma jurídica es "letra muerta", por no lograr su objetivo que es poner límites al poder de los gobernantes, en este caso

los legisladores.
Dentro del Poder Judicial el órgano que debe tener la potestad de aplicar la sanción del artículo 124 de la Constitución es la Suprema Corte de Justicia.
La fundamentación surge del artículo 239 de la Constitución que señala "A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1°) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna…".

VII. LA ACTITUD DE LOS LEGISLADORES EN LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES REFERIDOS

VII.1) Por último, cuando un legislador vulnera el artículo 124 de la Constitución, se debe observar la actitud de los demás legisladores en los procedimientos de juicio político o del artículo 115 de la Constitución.
En el caso que un legislador vulnere las prohibiciones del artículo 124 de la Constitución, cuya sanción es clara, la "…pérdida inmediata de cargo legislativo", los demás legisladores de la Cámara que tienen que decidir, deberán votar dicha medida.
VII.2) Si los legisladores, por cuestiones políticas, no votaran la medida de separación del cargo o remoción, dependiendo del procedimiento que se adopte, los mismos estarían vulnerando la Constitución, por omisión de votar la aplicación de la sanción prevista en la Carta Magna.

VIII. CONCLUSIONES

VIII.1) El artículo 124 de la Constitución no esta reglamentado por ley, a pesar que los legisladores están mandatados a reglamentarlo desde la Constitución del año 1952, de acuerdo al artículo 126 del mismo cuerpo normativo.
VIII.2) Los mecanismos que se utilizarían por analogía (artículo 332 de la Constitución), para hacer efectiva la sanción del artículo 124 de la Constitución -juicio político o el procedimiento del artículo 115 de la Constitución- son ineficaces para aplicar dicha sanción, porque se requiere un quórum de dos tercios del total de componentes de la Cámara, mayoría que es difícil alcanzar por razones políticas.
VIII.3) A falta de ley reglamentaria, el procedimiento que corresponde aplicar para tratar la violación del artículo 124 de la Constitución, es el procedimiento disciplinario del artículo 115 de la Constitución.
VIII.4) Es necesario que el Poder Legislativo expida una ley que reglamente el artículo 124 de la Constitución, a efectos de hacer efectiva la sanción prevista en dicha disposición, para que no se configure por parte de este Poder del Estado una inconstitucionalidad por omisión legislativa.
VIII.5) La ley que reglamente el artículo 124 de la Constitución, tiene que determinar que la potestad para decidir sobre las prohibiciones y la sanción de las mismas la tenga un

órgano ajeno al Poder Legislativo, que deberá ser la Suprema Corte de Justicia.
VIII.6) La Suprema Corte de Justicia debería adoptar el control de constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales, para colocarse en la Jurisprudencia más moderna del continente, expidiendo sentencias declarativas que constaten la inconstitucionalidad por omisión y lo comuniquen al Poder Legislativo para que tome las medidas que correspondan, o expidiendo sentencias de recomendación para el Poder Legislativo.
VIII.7) Cuando en la hipótesis en estudio, los legisladores no votan la separación del cargo en el caso que se aplicara el procedimiento el juicio político, o la remoción en el caso que se aplicara el procedimiento del artículo 115 de la Carta Magna, se produce una violación a la Constitución por parte de estos, por no aplicar la sanción del artículo 124 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ARENAS MORENO, M. (2014). "Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano" en Diálogos de Derecho y Política. Número 13. Año 6. pp. 4-24. ISSN 2145-2784.
BAEZ SILVA, C. y CIENFUEGOS SALGADO, D. (SF). "La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México". pp. 605- 623. Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/25.pdf
BAZÁN, V. (2011). "Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina" en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2011. Año XVII. pp. 157-178. Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung.
BULNES ALDUNATE, L. (2006). "La inconstitucionalidad por omisión" en Estudios Constitucionales, Vol. 4, N° 1, julio de 2006, pp. 251-264. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile. ISSN 0718-0195. Universidad de Talca.
CAGNONI, J. (2006). El Derecho Constitucional Uruguayo. Montevideo. Segunda Edición Actualizada y ampliada.
CASSINELLI MUÑOZ, H. (2009). Derecho Público. Montevideo, F.C.U., Tercera Actualización.
CASTRO PATIÑO, I. (2003). La inconstitucionalidad por omisión. pp. 95-105. Recuperado de: https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/2003/01/16-Iconstitucionalidad-por-Omision.pdf
DELPIAZZO, C. (2011). Derecho Administrativo General. Volumen 1. Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández.
ETO CRUZ, G. (2015). "Inconstitucionalidad por omisión e inconvencionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos" en Justicia Electoral, núm. 16, ISSN 0188-7998, Cuarta Época, vol. 1, julio-diciembre 2015,

pp. 305-343. Recuperado de: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/justicia-electoral/article/view/33721/30679.
FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2009). "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht" en Revista de derecho 04. pp. 137-186. Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad Católica del Uruguay.
GROS ESPIELL, H. (1956). Las constituciones del Uruguay. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica.
JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (2016). Teoría del Gobierno. Montevideo, F.C.U., Segunda Edición.
KORZENIAK, J. (2008). Primer Curso de Derecho Público-Derecho Constitucional. Montevideo, F.C.U. Cuarta Edición.
KORZENIAK, J. (2020). En Diario "El Observador" de fecha 11 de marzo de 2020. Recuperado de: https://www.elobservador.com.uy/nota/consulta-popular-promovida-para-frenar-tren-de-upm-esta-prohibida-por-la-constitucion-202031018530
LOEWENSTEIN, K. (1986). Teoría de la Constitución. Barcelona, Editorial Ariel, Cuarta Reimpresión.
REAL, A. (1973). "Iniciativa Popular y Referéndum en materia legislativa (art. 79 inc. 2º de la Constitución)" en GROS ESPIELL, Héctor, CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, BARBAGELATA, Aníbal, KORZENIAK, José, SEMINO, Miguel Angel, PÉREZ PÉREZ, Alberto, REAL, Alberto Ramón, BARBÉ PÉREZ, Héctor, PIRÁN, Carlos José Estudios sobre Derecho Constitucional. Volumen I. Montevideo, F.C.U.
RISSO FERRAND, M. (2010). ¿Qué es la Constitución? Montevideo, Universidad Católica del Uruguay.
RISSO FERRAND, M. (2014). "El "Juez Constitucional" en el Uruguay" en Revista de Derecho Público. No. 45. pp. 79-102. Montevideo, F.C.U.
RISSO FERRAND, M. (2015). La Constitución uruguaya de 1967 Balance y perspectivas. Montevideo, Universidad Católica del Uruguay.
RISSO FERRAND, M. (2018). "El control de constitucionalidad de las leyes y el principio de convencionalidad" en VEIRAS, Jorge Procesos Constitucionales. pp. 341-375. Montevideo, F.C.U.
RIVAS ALBA, M. (2009). "El Control de las Omisiones Constitucionales por el Tribunal Constitucional Peruano: Reflexiones en Torno a una Sentencia" en Derecho & Sociedad 32. pp. 335-346. Recuperado de: file:///C:/Users/Pablo/Downloads/17436-Texto%20del%20art%C3%ADculo-69195-1-10-20170503.pdf.
SAGÜES, N. (1992). Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial. IUS ET VERITAS, 3(5), 39-48. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15356/15811
SAPOLINSKI, J. (2011). "Declaración de inconstitucionalidad y Derechos Humanos" en

Revista de Derecho Público No. 39. pp. 93-108. Montevideo, F.C.U.
SAYAGUES LASO, E. (1987). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Puesta al día 1987 por el Dr. Daniel H. Martins. Montevideo, F.C.U, Quinta Edición.
TAJADURA TEJADA, J. (2018). "La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales". pp. 271-295. Recuperado de: http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/La-inconstitucionalidad-por-omision-y-los-derechos-sociales.pdf.
VAN ROMPAEY, L. (2008). "El rol del Juez en la sociedad moderna" en Revista de Derecho Público. No. 34. pp. 13-31. Montevideo, F.C.U.
VEIRAS, J. y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L. (2018). "Juicio Político – Aspectos Procesales" en VEIRAS, Jorge Procesos Constitucionales. pp. 971-993. Montevideo, F.C.U.

Fecha de recepción:28 de marzo 2020.

Fecha de aceptación: 20 abril 2020.

DEBILITAMIENTO DEL RÉGIMEN POLÍTICO DEMOCRÁTICO Y DE LOS PARTIDOS POLITICOS

WEAKENING OF THE DEMOCRATIC POLITICAL REGIME AND OF THE POLITICAL PARTIES

ENFRAQUECIMENTO DO REGIME POLÍTICO DEMOCRÁTICO E DOS PARTIDOS POLÍTICOS

*Mariela Rubano Lapasta**

RESUMEN. El objeto de este trabajo es examinar el régimen político democrático en la actualidad a la luz de los principios de soberanía nacional y popular, y de participación del ciudadano. Se aborda el rol de los partidos políticos y su importancia, y se argumenta por qué no se puede prescindir de ellos si concebimos la democracia como la mejor forma de gobierno finalizando con algunas conclusiones y propuestas. Se busca que este trabajo sea un aporte en tiempos donde el descontento social, la sensación de desigualdad e injusticia son el síntoma evidente de una población que busca más participación, más incidencia en la res pública, dejando como mensaje que el camino que debemos transitar para avanzar como sociedades es el perfeccionamiento de nuestra democracia.
En efecto, se buscan regímenes que sean más representativos y que aborden las problemáticas desde el Estado de derecho y las vías democráticas.
PALABRAS CLAVES. Participación, democracia, debilitamiento de los partidos políticos.
ABSTRACT. The purpose of this paper is to examine the current democratic political regime taking into account the principles of national and popular sovereignty, as well as citizen participation. The role of political parties and their importance are discussed, and it is argued why they cannot be dispensed with if we conceive democracy as the best form of government, ending with some conclusions and proposals. It is intended that this work be a contribution in times where social discontent, the feeling of inequality and injustice are the obvious symptom of a population in the pursuit of further participation and a broader impact on public matters, leaving as a message that the path we must travel to go

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (U. de la República, Montevideo, Uruguay) Reconocimiento del Título de Abogado por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Magister en Derecho Público (Pontificia Universidad Católica de Chile) Profesora de Derecho Político y Derecho Constitucional Universidad San Sebastián-Chile. Correo Electrónico: mariela.rubano@uss.cl; mrubano389@gmail.com.
° Maritza Alarcón Cárcamo Ayudante de la cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Gobierno. Universidad San Sebastián. Correo Electrónico malarconc3@correo.uss.cl

forward as societies is the enhancement of our democracy.
In effect, regimes are sought to be more representative and to address issues from the rule of law and the democratic channels.
KEY WORDS. Participation, Democracy, Political parties weakening.
RESUMO. O objetivo deste trabalho é examinar o regime político democrático atualmente, à luz dos princípios da soberania nacional e popular e da participação do cidadão. O papel dos partidos políticos e sua importância são discutidos, e argumenta-se por que eles não podem ser dispensados se concebermos a democracia como a melhor forma de governo, terminando com algumas conclusões e propostas. Pretende-se que este trabalho seja uma contribuição em tempos em que o descontentamento social, o sentimento de desigualdade e injustiça são o sintoma óbvio de uma população que busca mais participação, mais impacto no público, deixando como mensagem que o caminho que devemos percorrer para avançar como sociedades é o aperfeiçoamento de nossa democracia.
Com efeito, buscam-se regimes mais representativos e que abordem questões do estado de direito e dos canais democráticos.
PALAVRAS CHAVES. Participação, democracia, enfraquecimento de partidos políticos.

1.- INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es examinar el régimen político democrático en la actualidad a la luz de los principios de soberanía nacional y popular, y de participación del ciudadano. Se aborda el rol de los partidos políticos y su importancia, y se argumenta por qué no se puede prescindir de ellos si concebimos la democracia como la mejor forma de gobierno, finalizando con algunas conclusiones y propuestas.

De acuerdo a la praxis política, se vive una crisis de representación o quiebre del régimen político, se experimenta un malestar ciudadano, una falta de confianza frente a las instituciones (VALENZUELA, 2011: 24).

Las experiencias democráticas de nuestro tiempo están constituidas -según el parecer de la mayoría- por la apatía del ciudadano indiferente a la política, o como también se dice, despolitizado. Como se desprende de los sondeos de opinión, la mayoría no se interesa por la política, prefiere otra cosa.

Entendemos que algunas formas de enfrentar este problema serían, entre otras, promover una mayor competencia entre los candidatos y ampliar las actuales formas de participación ciudadana.

Se debe alcanzar una mayor cohesión social, en un ambiente de tolerancia y de respeto. Sabemos que la democracia no sólo es un régimen político, sino un estilo de vida que implica un rol protagónico permanente del electorado, qué en tal entendido, debiese convertirse en un contrapeso constante al ejercicio del poder político.

Lo anterior sin duda ha de incidir en el perfeccionamiento de la democracia política y social, y ha de conducir a una mayor participación libre, informada y responsable de los ciudadanos. Lo indicado, no significa patentar la arbitrariedad, la incertidumbre. Consideramos que el Congreso es el ámbito natural e idóneo para la deliberación en forma pacífica entre gobierno y oposición, siguiendo un procedimiento preestablecido, con posiciones diferentes y generando los consensos necesarios. No se trata entonces de desplazar a la democracia representativa, sino de vigorizarla.

La democracia "en grande" ya no puede ser más que una democracia representativa que separa la titularidad del ejercicio para después vincularla por medio de los mecanismos representativos de la transmisión del poder. El que se añadan algunas instituciones de democracia directa…no obsta para que las nuestras sean democracias indirectas gobernadas por representantes. Se puede responder a esta constatación que "la democracia como es (en la realidad) no es la democracia como debería ser, y que la democracia es, ante todo, un ideal…" (SARTORI, 2010: 346-347).

La democracia no sólo debe ser analizada en el plano del régimen, sino también en el plano del Estado (O´DONELL, 2007: 22). Es un régimen político que refleja aquella: "... forma de gobierno que privilegia la participación de los ciudadanos…" (VIVANCO, 2007: 312).

Se justifica la importancia del tema porque el régimen político democrático se caracteriza por la participación, la movilización, el diálogo entre gobernantes y gobernados, entre el Congreso Nacional y el Ejecutivo, entre mayorías y minorías y entre el Estado y los grupos sociales (CEA EGAÑA, 2015: 201).

El proceso electoral no tiene en la democracia representativa clásica otro objetivo esencial que escoger a las personas que actuarán en nombre de la Nación y darle el título de legitimidad de su autoridad. Una vez elegidos, los representantes no son mandatarios de los electores, sino que interpretan la voluntad nacional. No resulta suficiente el simple reconocimiento del derecho en general "a participar con igualdad de oportunidades", y sobre las bases de igualdad para todos, según las distintas concreciones en los preceptos de la Carta Fundamental. Es además imprescindible la actuación dinámica, creativa, constructiva del Estado para lograr no solo la proclamación, sino, en el hecho, la igualdad de oportunidades abierta a todos, para colocarlos también a todos en el mismo pie de igualdad en la lucha para la obtención de sus objetivos (SILVA, 2010: 77).

2.- EXAMEN DE LOS PRINCIPIOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Es sano para toda democracia tener canales de participación ciudadana. En la actualidad, se ha extendido la participación política, por ejemplo, el voto de chilenos en el extranjero (inciso 3°, Artículo 13 de la Constitución Política de la República de Chile):

"…Los ciudadanos con derecho a sufragio que se encuentren fuera del país podrán su-

fragar desde el extranjero en las elecciones primarias presidenciales, en las elecciones de Presidente de la República y en los plebiscitos nacionales…"

Asimismo, es mayor la participación política de la mujer. En efecto, a partir de la Ley de cuotas, n° 20.840 de 2015, se impide que algún partido político pueda presentar más del 60% de candidatos del mismo sexo, asegurando al menos el 40% de candidatas femeninas, con ello se busca una mayor representación de la mujer en el ámbito político.

La participación ciudadana debe ser coherente entonces con la democracia representativa, que idealmente es concebida como una competencia por la conquista de posiciones de poder en el Estado. El acceso a esas posiciones de poder depende directa o indirectamente de la elección. Los gobernantes son elegidos por los electores o designados por el partido o la coalición que ha ganado las últimas elecciones. Los titulares de esas posiciones disponen oficialmente de una situación estatutaria de decisión y orientación de las "políticas" impulsadas en nombre de las instituciones públicas (GAXIE, 2004: 11).

En consecuencia, el Estado moderno está construido sobre la base esencial de la participación del pueblo en el ejercicio del poder. La democracia constitucional se realiza cuando los destinatarios del poder, organizados como cuerpo electoral, toman parte en el proceso político. Es decir, se debe procurar una amplia participación de la sociedad política y así lograr la legitimidad del régimen político.

La autodeterminación del pueblo o la soberanía popular es la fuente de determinación del poder quien lo delega en autoridades o gobiernos. Esta afirmación es equivalente con la expresión del constituyente "…Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio…" (GARCIA, 2016: 271).

La democracia y la ciudadanía son dos conceptos muy vinculados al Estado-Nación: tienen una dimensión liberal, que refiere a los derechos y libertades individuales, y otra social, por ser miembro de una comunidad política (GARRETON, 2005: 8).

El Estado debe aplicar políticas que permitan alcanzar el mayor desarrollo tanto personal y social con igualdad de oportunidades, sin discriminaciones de orden político, económico, social y cultural.

En definitiva, la participación política es un poderoso elemento legitimador del poder político otorgando la correspondiente autoridad. El término consenso es clave para conceptualizar el funcionamiento de la democracia, forma de organización política capaz de gestionar pacíficamente el conflicto social, sólo posible si las dimensiones de éste son limitadas. En efecto, tiene que haber un acuerdo de fondo por la mayoría de la comunidad para permitir la gobernabilidad. La participación política nos puede conducir al consenso, siendo legítimo también el disenso.

En relación a los efectos del principio de participación ciudadana, se señala que el Estado Constitucional se configura a través de una base triangular del poder, ésta es: "representación-participación-democracia" (CUMPLIDO, 2005: 118-119). En efecto, por medio de

la participación política se articulan los mecanismos de relación entre el sujeto y el objeto del poder político (CUMPLIDO, 2005: 119).

Como ya se dijo, el régimen político democrático se caracteriza por la participación política, económica, social y cultural; también en la movilización, en el diálogo entre gobernantes y gobernados, entre el Congreso Nacional y el Ejecutivo, entre mayorías y minorías y entre el Estado y los grupos sociales.

En conclusión, el término consenso es clave para conceptualizar el funcionamiento de la democracia, forma de organización política capaz de gestionar pacíficamente el conflicto social, sólo posible si las dimensiones de éste son limitadas. En efecto, tiene que haber un acuerdo de fondo por la mayoría de la comunidad. La identidad nacional, el entrenamiento institucional, el régimen existente, la llegada de la oposición al poder no puede significar un cuestionamiento del elemento global de la organización política de la sociedad, todo ello para permitir la gobernabilidad (LIPHART, 1987: 10).

Por lo expuesto, se estima que es un derecho fundamental reconocido a todos los ciudadanos, la participación política, directa o indirecta a través de sus representantes, a los que concurre el pueblo que, debido a la actual impracticabilidad del gobierno directo, se identifica con la idea de representación. Esta significa que el cuerpo social está sometido por la voluntad de la mayoría, por tanto, la participación política nos puede conducir al consenso, siendo legítimo también el disenso. Frente a esta situación cobra importancia la negociación y los acuerdos como instrumentos de un buen gobierno en democracia y una mayor participación del ciudadano, con ello se estaría logrando la legitimidad y la gobernabilidad.

En efecto, la legitimidad es un atributo del Estado que se traduce en la existencia en una parte de la población de un grado de consenso que asegura la obediencia sin que sea necesario recurrir a la fuerza, transformando la obediencia en adhesión (PICAZO, 2016: 60).

La democracia constitucional representa el reconocimiento constitucional de los derechos humanos y la concepción de que los titulares o integrantes de los órganos del Estado son elegidos en votación directa. “Todos los que se ven afectados por una decisión deben tener la oportunidad de participar en la toma de decisiones, bien directamente o por medio de representantes elegidos” (LIPHART, 1987: 10).

En ese sentido, se debe concebir el Estado de Derecho como el resultado del proceso de institucionalización jurídica-política de la democracia (DÍAZ, 2002: 75).

El concepto de legitimidad se relaciona con la noción de justicia o de razonabilidad. En efecto, “La legitimidad no considera solamente a las fuerzas políticas, también supone la aceptación de las reglas del juego, son las normas sobre la que opera el régimen”. “Un Estado es más o menos legítimo en la medida en que realice el valor de un consenso manifestado libremente por parte de una comunidad de hombres…” (BOBBIO, 1982: 193-195).

Es decir, "la legitimidad reviste una armonía más profunda que la que proviene meramente de la regularidad técnica de la ordenación positiva y se sitúa en un plano más esencial que toma en cuenta la inspiración y el propósito del mandato público…" (SILVA, 1997: 259).

Como se indica en la Declaración Universidad de Derechos Humanos: "La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder púbico, esta voluntad se debe expresar mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente por sufragio universal e igual y por voto secreto …" (Artículo 21 inciso 3°).

La conservación del poder político se logra, entre otros factores con la participación masiva en el proceso de selección de las autoridades, de ello depende también la conservación del poder (BARROS, 1990: 123).

En síntesis, la participación como elemento esencial de la democracia trae consigo la idea de la incorporación de todos los individuos a la gestación de la voluntad estatal. El ideal del Estado moderno está construido sobre la base esencial de la participación del pueblo en el ejercicio del poder, sin exclusiones de grupos sociales.

La representación se legitima si, además de surgir de un proceso electoral, se apoya en el consenso de los gobernados, al ser aquella intérprete de opiniones, valores, intereses, creencias y necesidades, constituyéndose de este modo no solo en fuente de poder, sino de autoridad.

En la actualidad, cobra significación el rol del ciudadano, de los partidos políticos y los grupos intermedios, como lo señala el autor español Josep Vallés, es necesario vincular el poder con el mundo de las ideas y los valores, es en este mundo donde se encuentran las raíces de la legitimidad de un sistema político determinado y de cada una de las demandas y propuestas que propugnan los diferentes actores. Esta relación "no será siempre la misma y variará según las épocas y sociedades…" (VALLES, 2006: 41).

En síntesis, refuerza la plena vigencia del Estado de derecho y de la democracia el deber del Estado de "…Contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respecto a los derechos y garantías que esta Constitución establece…" (inciso 4°, Artículo 1° Constitución y considerando 13 de la Sentencia del 5 de abril de 1988, Rol n° 53 del Tribunal Constitucional).

3.- PARTIDOS POLÍTICOS DEBILITADOS

Es propio de todo sistema democrático la existencia de partidos políticos. La importancia de estas instituciones radica en su participación en la integración de los órganos de representación y gobierno, y en las funciones de intermediación entre el Estado y la sociedad civil.

En las democracias modernas los partidos políticos se vuelven indispensables porque

colaboran en los procesos de transición a la democracia y en la profundización y consolidación de la misma.

Desde una concepción amplia se puede sostener entonces que los partidos políticos como agrupación humana han existido desde siempre debido a que "su origen dimana de la propia naturaleza humana, siempre que los hombres en gran número se asocian para la realización de una obra colectiva, se dividen en grupos. "Los partidos constituyen actualmente el instrumento irreemplazable del complejo proceso de la formación de la voluntad política del Estado, el puente entre la masa ciudadana y el poder" (CUMPLIDO, 1998: 17-19), de esta forma se configura el interés por alcanzar el poder del gobierno a través de los partidos políticos, sin descuidar el apoyo ciudadano que es la principal condición y desafío que tienen estas fuerzas políticas para gobernar dentro de un esquema democrático.

Dicho lo anterior es que debemos colocar especial cuidado al trato que damos a los partidos políticos en nuestro ordenamiento jurídico, su importancia en el funcionamiento de algo tan preciado como la democracia nos obliga a contar con reglas claras, además de normas eficientes que permitan un desarrollo mancomunado entre la sociedad civil, los partidos políticos y quienes detentan el poder, orientando todos los esfuerzos en la búsqueda del bien común y de salvaguardar y fortalecer nuestra democracia. Es decir, la base de la democracia no es el consenso, sino el libre disenso, pero hay que destacar que ésos deben estar en niveles razonables (SARTORI, 2000: 47).

Por último, los partidos han transitado históricamente por distintas etapas, luego de su reconocimiento legal, viene una etapa no menos importante, el reconocimiento constitucional (ZOVATTO, 2006: 16-17).

"Si a finales de la década del ochenta el interés por las transformaciones de lo político estuvo asociado a los desafíos de y por la democratización, las transiciones en el Cono Sur y las preocupaciones por el orden político, la incertidumbre en torno al modelo del Estado de Bienestar, el proceso de la Unión Europea y el derrumbe del Muro de Berlín, en los años noventa las transformaciones de lo político generaron la emergencia de intereses distintos y renovados. En efecto, la crisis de los partidos políticos, los límites de la representación y la desafección, el descentramiento de la política y del Estado, existe la percepción creciente de que la democracia se encuentra en retroceso en todo el mundo (LEVITZKY y ZIBLATT, 2020: 237-238).

En este mismo sentido, recordamos algunas ideas relevantes vertidas en el informe emitido por el Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, Tráfico de Influencias y Corrupción" En la actualidad los partidos políticos chilenos se encuentran debilitados; los históricos vínculos entre las orgánicas partidarias y la ciudadanía se han venido desgastando. Es así como se ha reducido el porcentaje de la población que integra los partidos mientras la identificación, confianza y valoración de los ciudadanos con éstos y las

coaliciones han caído a sus niveles más bajos en la historia…. Los factores que explican esta situación son múltiples, algunos vinculados al sistema de incentivos producido por el conjunto de normas y reglas que estructuran el funcionamiento de la democracia: ley de partidos, sistema de registro electoral, sistemas electorales, sistemas de financiamiento de la política e instituciones, y la capacidad para fiscalizar estas normas. Otros factores estarían más asociados a la creciente demanda por mayores niveles de transparencia y democracia interna, en organizaciones que son percibidas por los ciudadanos como distantes y con altos grados de opacidad. (ENGEL, 2015: 66)

En consecuencia, se impone perfeccionar la democracia, que exige numerosos cambios al sistema político vigente, los requerimientos de la ciudadanía son mayores, reclamando más participación, control, transparencia en la actuación de las fuerzas políticas y capacidad decisoria.

Cabe señalar que un sistema democrático es inconcebible sin la existencia de partidos políticos. La importancia de estas instituciones estriba en su participación en la integración de los órganos de representación y gobierno, y en las funciones de intermediación entre el Estado y la sociedad civil. En efecto, son un nexo de la ciudadanía con los poderes estatales, ordenando y canalizando los requerimientos de la sociedad civil con sujeción a doctrinas y programas de bien común.

Por tanto, es fundamental el rol activo de estas fuerzas políticas. Se trata de organizaciones que pasan por una fuerte crisis de credibilidad, de apoyo ciudadano y de debilidades en su funcionamiento, pero no podemos desconocer que son fundamentales en cualquier régimen democrático.

4.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La democracia en cuanto forma de gobierno y en cuanto concepción filosófica, política, constituye un ideal y un objetivo que impone “Un proceso constante de mejoramiento y superación. Debe comprender un espacio político-jurídico, pero además ha de contener de manera imprescindible elementos económicos, sociales y culturales, para poder llegar a constituir la expresión de una verdad vital” (GROS ESPIELL, 2001: 418). Por tanto, resulta necesario vincular el Estado de derecho con la democracia. En efecto, el Estado de derecho es el resultado del proceso de institucionalidad jurídica política de la democracia (DIAZ, 2002: 75).

La plena vigencia del Estado de Derecho y de las instituciones democráticas determina muchos requerimientos en la comunidad política, en la toma de decisiones, como es la exigencia de la participación ciudadana. Ello incide en la estabilidad de las instituciones democráticas y, en definitiva, en la consolidación de una convivencia armónica y pacífica. Un Estado es más o menos legítimo en la medida en que realice el valor de un consenso manifestado libremente por parte de una comunidad de hombres conscientes y autónomos

(PICAZO, 2016: 60).

Dado el estado actual de desarrollo de la sociedad, el pueblo tendría la posibilidad de ejercer el control permanente de la actuación de sus autoridades por medio de los mecanismos del plebiscito, y de la iniciativa ciudadana de ley, sumado al ya existente de las elecciones periódicas (DELAMAZA, 2010). Concluimos en el insuficiente carácter participativo que esta última tiene, por causa de su origen y de la extrema lentitud y temor para reformarla.

Por tanto, el electorado pasaría así a convertirse en un contrapeso constante al ejercicio del poder político y no actuaría únicamente con la periodicidad con que opera actualmente. Con lo anterior, está claro que la democracia representativa permitiría concretar más plenamente el principio de participación, no sólo como elemento para descomprimir las crisis que se producen, sino para que los ciudadanos tengan un rol directo e indirecto en la construcción y aplicación de las decisiones políticas. Estimamos que ante los cambios y desafíos que plantea la sociedad actual, la democracia debe ser concebida como una construcción permanente, al decir de don José Miguel Insulza. Para ello, el gran desafío es lograr puntos de acuerdo (INSULZA, 2010: 3-4).

Se trata de cuidar la legitimidad de "Futuras inestabilidades e insatisfacciones y ello implica, a la vez que la historia puede de alguna manera volver a comenzar" (FUKUYAMA, 1993: 19-20).

Por lo expuesto, en todo régimen político es de suma relevancia una amplia participación ciudadana, formar en ciudadanía, ello impone un cambio en la relación Estado-Sociedad civil. En efecto, se busca una mejor democracia y mejores instituciones.

En definitiva, estamos asistiendo a un "retorno de la ciudadanía" (Klymlicka and Norman, 1994) en los debates sociales y políticos como en las expresiones ciudadanas, construyendo una "moderna ciudadanía social" (PICAZO, 2016: 317-318).

Es necesario que la sociedad civil ejerza el "control de la agenda", es decir el pueblo decide que temas se someten a la deliberación (ESCOBAR, 2016: 29). La característica de la democracia no es tanto el consenso sino el libre disenso, éste debe estar en niveles controlados a fin de no afectar la gobernabilidad (NOGUEIRA, 2005: 30).

Ante esta situación, cobra significación el rol del ciudadano, de los partidos políticos, las sociedades intermedias y los medios de comunicación, buscando mejorar la calidad de la política y el mantenimiento del Estado Democrático Constitucional de Derecho, consagrado en los artículos 6, 7 y 8 de la Constitución Política de Chile. Un estado de derecho tiene que contar con los medios para garantizar la plena vigencia de los derechos y debe procurar alcanzar el bien común.

Con ello, se podrá alcanzar el consenso político, que resulta imprescindible para el constitucionalismo social y democrático (ZUÑIGA, 2005: 39).

La concreción de la democracia está llena de imperfecciones y limitaciones en relación

al ideal, y por ello, se dice que la democracia es un régimen político en constante vía de auto-superación y perfeccionamiento, tratando de realizar cada vez más en la realidad la concepción democrática sin nunca lograrlo plenamente (NOGUEIRA, 1986: 17). Por tanto, resulta necesario recurrir a instrumentos de participación del ciudadano. Todo ello con un amplio pluralismo, reconocimiento a la diversidad, iguales derechos, mayor representación y una democracia participativa e inclusiva, transparente y más cercana al electorado.

Un sector de la doctrina sostiene que, la crisis es del Estado moderno, más que de la democracia representativa y del estado de derecho, es del Estado entendido como esfera pública encargada de la defensa de los intereses generales (FERRAJOLI, 2014: 136). En todo Estado de Derecho, las autoridades están sometidas a un sistema de responsabilidades. A ello se agrega el respeto de otros principios, como la credibilidad, la transparencia, la fe pública, el propio régimen democrático constitucional y el respeto y promoción, la naturaleza, el control y los límites del poder político soberano.

Uno de los elementos que afecta la crisis de la democracia representativa, como se indicó precedentemente, es el papel de los partidos políticos, la crisis de representatividad de éstos y los conflictos de intereses. Es relevante abordar el tema, tomando como base los principios contenidos en la Carta Fundamental Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre del 2001. En efecto, en este documento se destaca que la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al ordenamiento constitucional.

Se requieren reformas que permitan mejoras fácticas, y no sólo reformas que aumenten lo frondoso de las legislaciones en los distintos países. Los partidos políticos han sido considerados por las Cartas Magnas de la mayoría de los países. Una reestructuración orgánica a los partidos políticos se vislumbra como la única solución, una reestructuración que vuelva a alinear a la ciudadanía, sus intereses y los partidos políticos.

En efecto, tutelando la confianza en las instituciones políticas, esta confianza permite generar lazos entre los ciudadanos y las instituciones que los representan, siendo un aporte a la legitimidad de los gobiernos democráticos (FUENTES, 2006: 99) y a la consolidación de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

BARROS, E. (1990). Poder y Derecho en la Democracia Representativa. Santiago de

Chile: Universidad Católica.
BOBBIO, N.; MATTEUCI EN RUZ, N; PASQUINO, G. (1982). Diccionario de Ciencias Políticas. Concepción Chile: Editorial Universidad de Concepción.
CEA EGAÑA, J. (2015). Derecho Constitucional Chileno. Santiago de Chile: Universidad Católica.
CUMPLIDO, F. NOGUEIRA, H. (1998). Las Fuerzas Políticas. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda.
CUMPLIDO CERECEDA, F. (2005). Reforma Constitucional y Régimen Político en Reforma Constitucional. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis.
DELAMAZA, G. (2010). La disputa por la participación en la democracia elitista chilena. Latin American Research Review, 45, 274-297. Recuperado de www.jstor.org/stable/27919222
DÍAS, E. (2002). Estado de Derecho, y Legitimidad Democrática. Madrid: Alianza Editorial.
ESCOBAR BERGUES, D. (2016). Democracia Constitucional. Revista Jurídica Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.
FERRAJOLI, L. (2014). La Democracia a través de los Derechos. El Constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta.
FUENTES, C. et al. (2006). Desafíos democráticos, Santiago de Chile: Editorial LOM.
FUKUYAMA, F. (1993). El Futuro Después del Fin de la Historia. Estudios Públicos.
GARCÍA PINO, G. et all. (2016) Diccionario Constitucional Chileno. Santiago de Chile: Editorial Hueders.
GARRETÓN, M. (2005). Inscripción automática y obligatoriedad del voto. Revista Tiempo 2mil. (84), 1-16. Recuperado de http://www.manuelantoniogarreton.cl/documentos/Voto%20Obligatorio.pdf
GAXIE, D. (2004). La Democracia Representativa. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
GROS ESPIELL, H. (2001). La Democracia en el Sistema Interamericano en Temas Internacionales. Montevideo: Melibea Ediciones.
INSULZA, J. (2010). La Democracia como Construcción Permanente. Revista de Ciencia Política, 30 (1), 3-4. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2010000100001
LEVITSKY, S. ZIBLATT, D. (2020). Cómo mueren las Democracias. Santiago: Editorial Planeta Chilena S.A.
LIJPHART (1987). Las Democracias Contemporáneas. Un estudio comparativo. Barcelona: Editorial Ariel.
Nogueira Alcalá, Humberto. (1986). Teoría y Práctica Democrática. Santiago de Chile: Editorial Andante.
NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2005). El rol de los partidos políticos en las Constituciones de América Latina en la alborada del siglo XXI. Estudios Constitucionales. Año 3 (2),

309-360.
O´DONELL, G. (2007). Disonancias. Críticas democráticas a la Democracia. Buenos Aires: Prometeo Libros.
PICAZO, I.; MONTERO, V. y JEANNE, S. (2016). Diccionario de Ciencia Política. Concepción Chile: Editorial Universidad de Concepción.
SARTORI, Giovanni. (2000). Partidos y Sistemas de Partidos. Madrid: Editorial Alianza.
SARTORI, Giovanni. (2010). Elementos de Teoría Política. Madrid: Alianza Editorial.
SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. (1997). Tratado de Derecho Constitucional. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. (2010). Tratado de Derecho Constitucional. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
SQUELLA NARDUCCI, A. (2011). ¿Qué Democracia? Diario El Mercurio.
VALENZUELA, A. (2011). Crisis de Representación y Reforma Política en Chile. Centro de Estudios Públicos: CEP y Corporación de Estudios para Latinoamérica: CIEPLAN.
VALLÉS JOSEP, M. (2006). Ciencia Política. Una Introducción. Barcelona: Editorial Ariel.
VIVANCO MARTÍNEZ, Á. (2007). Curso de Derecho Constitucional. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
ZOVATTO, D. (2006). Regulación de los partidos políticos en América Latina, Diálogo Político. Publicación trimestral de la Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.
ZÚÑIGA URBINA, F. (2005). Democracia y Estado de Derecho. Santiago de Chile.

Jurisprudencia.
Edito Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°567-2010.

ELECCIONES EN TIEMPO DE PANDEMIA EN EL URUGUAY: ENTRE LA REALIDAD Y LA LETRA DE LA CONSTITUCIÓN

ELECTIONS IN TIMES OF PANDEMIC IN URUGUAY: BETWEEN REALITIY AND THE CONSTITUION'S WORDING

ELEIÇÕES EM TEMPO DE PANDEMIA NO URUGUAI: ENTRE A REALIDADE E A LETRA DA CONSTITUIÇÃO

*Jean-Paul Tealdi**

RESUMEN. En el presente artículo el autor se propone analizar cómo incidió la pandemia mundial de COVID-19 surgida a principios de 2020, en la celebración de las elecciones departamentales y municipales previstas constitucionalmente para mayo. La suspensión de las elecciones y su prórroga mediante una solución legislativa, que contó con el consenso de todos los partidos políticos con representación parlamentaria. Esa solución legislativa, a todas luces, inconstitucional, constituye un antecedente de modificación de la Constitución de forma consensuada y consciente por todos los actores políticos del Uruguay, que debe ser analizado a la luz del Estado constitucional de Derecho y del Derecho Electoral.

PALABRAS CLAVES. Elecciones departamentales. Pandemia. Corte Electoral. Partidos Políticos. Inconstitucionalidad.

ABSTRACT. Throughout this paper the author intends to review the impact of the COVID-19 global pandemic emerged in early 2020 on the local and municipal governments elections constitutionally provided for to be held in May. The suspension of such elections and extension thereof by means of a legislative solution was endorsed by all political parties with parliamentary representation. This legislative solution, strikingly unconstitutional, portrays a precedent of an agreed and conscious Constitutional amendment by all political stakeholders in Uruguay that must be analyzed in the light of the constitutional Rule of Law and Electoral Law.

KEY WORDS. Local Governments. Elections. Pandemic. Electoral Court. Political Parties. Unconstitutionality.

* Asistente de Derecho Constitucional (Grado 2), Facultad de Derecho, UDELAR. Ayudante del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR (2017-2021). Docente de Derecho Constitucional, de Derecho Público III, de Jurisprudencia Constitucional y de Taller de Análisis Crítico I. Procurador. Correo electrónico: jampiuru@gmail.com

RESUMO. No presente artigo o autor propõe-se analizar como incidiu a pandemia mundial do COVID-19 surgida no começo do ano 2020, na celebração das eleições departamentais e municipais previstas no texto constitucional para o mês de maio. A suspensão das eleições e sua prorrogação através de uma solução legislativa, que contou com o consenso de todos os partidos políticos com representação parlamentar. Essa solução legislativa, claramente, inconstitucional, constitui um antecedente de modificação da Constituição de maneira consensuada e consciente por todos os atores políticos do Uruguai, o que deve ser analisado à luz do Estado constitucional de Direito e do Direito Eleitoral.

PALAVRAS-CHAVES. Eleições departamentais. Pandemia. Corte Eleitoral. Partidos Políticos. Inconstitucionalidade.

I.- LAS ELECCIONES DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES.

En el Uruguay, la Constitución uruguaya prevé el calendario electoral: las elecciones internas de los partidos políticos, las elecciones nacionales, la eventual segunda vuelta o balotaje y las elecciones departamentales.

Las elecciones internas de los partidos políticos, son reguladas por ley sancionada por dos tercios del total de componentes de cada Cámara, conforme lo dispuesto en el ordinal 12º del artículo 77 y mientras, dicha ley no se apruebe, por la disposición transitoria y especial W.

Las elecciones nacionales se celebran el último domingo del mes de octubre, y están establecidas en el ordinal 9° del artículo 77, y allí se eligen los miembros de las Cámaras del Poder Legislativo, del Presidente y Vicepresidente de la República, así como los miembros de las Juntas Electorales. La segunda vuelta o balotaje entre las dos candidaturas a la Presidencia de la República más votadas que no la mayoría requerida, se efectuarán el último domingo del mes de noviembre siguiente, conforme el artículo 151 de la Constitución.

Las elecciones departamentales se realizan el segundo domingo del mes de mayo del año siguiente a las elecciones nacionales, tal cual surge del inciso tercero del numeral 9° del artículo 77 citado. Asimismo, esta norma prevé que también se elijan en esa fecha las autoridades locales electivas. El Legislador ha creado los Municipios y se ha establecido que en la fecha de las elecciones departamentales tendrán lugar las elecciones municipales.

II.- UNA SITUACIÓN INESPERADA: PANDEMIA.

El 13 de marzo del año 2020 el Poder Ejecutivo, a raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, con fecha 11 de marzo, y habiéndose detectado en territorio nacional uruguayo, la presencia del virus COVID-19 (Coronavirus), dicta el Decreto 93/2020, a los efectos de cumplir la sugerencia de la Organización Mundial de la Salud que recomienda a los países: "mantener una vigilancia firme para encontrar, aislar, someter a pruebas y tratar todos los casos con el fin de cortar las cadenas de transmisión". Por tal motivo, y conforme a lo dispuesto por los numerales 1° y 2° de la Ley N° 9.202 de 12 de enero de 1934, el Poder Ejecutivo declaró "el estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19". Asimismo dispuso que las "autoridades nacionales, departamentales y municipales competentes deberán evaluar suspender aquellos eventos que impliquen la aglomeración de personas, dado que constituye un factor de riesgo para el contagio de la enfermedad" y asimismo estableció que se "deberán extremar las medidas de limpieza y desinfección en todos los espacios de los establecimientos públicos y privados, en especial los de educación, lugares destinados al trabajo y/o atención al público, cumpliéndose con las recomendaciones dispuestas por el Ministerio de Salud Pública".

La Corte Electoral con fecha 16 de marzo emite una comunicación a los Partidos Políticos del Uruguay y a la Asamblea General del Poder Legislativo, como resultado del análisis de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo en el marco de la pandemia. En dicha declaración estableció que atento a las medidas adoptadas y previstas, no era posible cumplir con el cronograma de tareas aprobado, tareas entre las que se encuentra: la capacitación de los funcionarios públicos, el armado de los insumos para el día de la elección (urnas, maletas electorales), tampoco podrían cumplir los proveedores de materiales de la Corte Electoral, y sin lugar a dudas, el traslado de más de cuarenta y dos mil personas entre funcionarios públicos, escribanos y custodias de urnas el día de la elección. Señaló, asimismo, la dificultad que tendrían los partidos políticos para trasladar delegados y realizar el correcto contralor de la instancia electoral, atento a las prohibiciones de concentración de personas y aglomeraciones en la vía pública y lugares cerrados. Concluye la Corte Electoral que dadas las circunstancias "con la información disponible al día de la fecha, la Corte Electoral no puede asegurar el normal desarrollo del proceso y de la jornada electoral del 10 de mayo de 2020".

Los partidos políticos, procedieron a conformar una comisión inter-partidaria a los efectos de analizar y buscar soluciones ante la imposibilidad de la Corte Electoral de realizar las elecciones departamentales y municipales previstas para el 10 de mayo de 2020.

Conocido este planteo, se suscitó un amplio cúmulo de opiniones por parte de constitucionalistas, académicos y docentes, acerca de la situación planteada, y sus posibles soluciones, las que intentaremos recoger y sintetizar.

CORREA FREITAS sostuvo que la solución sería una ley constitucional, que reformara la Constitución y fijara una nueva fecha para la elección. Sostuvo que "las leyes constitucionales se plebiscitan en la fecha que se determine. Ese plebiscito se haría el mismo día de la elección departamental, por ejemplo el segundo domingo de setiembre o de octubre" (CABRERA, 2020). En el mismo sentido se expresó ESTEVA GALICCHIO (2020), quien señaló que "la única solución posible indiscutible sería resolver los puntos referidos mediante reforma constitucional. En este sentido, el artículo 331 de la Constitución preceptúa los únicos procedimientos para su reforma". Expresó que el único mecanismo posible es el consagrado en el Literal D, la llamada Ley Constitucional, cuya dificultad sería la realización del plebiscito "pero no es menester obtener la adhesión de un porcentaje mínimo del total de ciudadanos habilitados".

Por su parte, RISSO señaló que existe una contradicción entre los artículos 77 y 44 de la Constitución, por un lado el deber de votar y por otro el deber de cuidar de la salud de los habitantes: "La cuestión es que hoy, en medio de una pandemia, nos encontramos con que es imposible cumplir con ambos deberes; o se cumple con una disposición o con la otra. Existe una incertidumbre interpretativa que consiste, justamente en no saber a ciencia cierta cuál de os deberes es el que debe primar en este caso. Incertidumbre que debe ser superada mediante una ley con el propósito de elucidar el problema (artículo 85 inciso 20)". (RISSO, 2020).

Señalando la incidencia de los mismos artículos que RISSO, se expresó SAPOLINSKI quien concluyó que "el reconocimiento por el legislador de una situación de crisis imprevisible, sin antecedentes inmediatos, con el único propósito del amparo de la salud de nuestra población, que postergue en forma mínima el acto electoral, habilitando a que la Corte Electoral actúe en condiciones normales y evitando el riesgo de que alguien se contagie durante la espera, o la capacitación, o que evite, alternativamente, una abstención generalizada, no contradice la esencia de nuestro sistema democrático. Más bien, lo contrario". (SAPOLINSKI, 2020).

Contrario a la ley interpretativa se manifestó OCHS, al decir que: "la intervención de los poderes pro mayoría, por medio de una ley interpretativa es doblemente errada. Primero, porque aquí no existe el supuesto objetivo de la procedencia de una ley interpretativa, cual es la duda o incertidumbre engendrada por la norma interpretada. Segundo, porque declarar configurada la situación de objetivo e imposible cumplimiento sobrevenido el acto electoral es competencia exclusiva de la Corte Electoral (art. 322 lit. A de la Constitución)". (OCHS, 2020).

Analizando las dos opciones posibles para resolver el problema interpretativo que se genera con la aplicación la letra de la Constitución, BARDAZANO sintetizó que le resultaba asombroso que la coincidencia de las elecciones en el "tiempo con una pandemia se reciba como un problema irresoluble para la dogmática constitucional, y no como un

asunto práctico que reclama una solución institucional sensata y acordada". (BARDAZANO, 2020). Plantea y agrega "que: a) si la Asamblea General (por el artículo 85 numeral 20) puede interpretar la Constitución y; b) el artículo 7 habilita a que, por razones de interés general, por ley, es posible restringir el goce de algunos derechos; c) interpretemos que cuando el artículo 7 refiere a la libertad, su alcance incluye la libertad política, que a su vez incluye el sufragio activo y el sufragio pasivo; d) que se trata de proteger especialmente en esta ocasión otros derechos, colectivos e individuales (la seguridad sanitaria, la salud pública, la vida), que se verían afectados en caso de que las elecciones se realizaran el día que la letra de la disposición constitucional indica; e) aun si el consenso no estuviere, dos tercios del total de componentes de cada cámara por tratarse de materia electoral (artículo 77 de la Constitución), alcanzarían; y, f) el principio de continuidad, al que debería hacer referencia expresa la ley que se apruebe, permitiría que sigan las autoridades actuales hasta que asuman las electas en la fecha que la ley disponga". (BARDAZANO, 2020).

El 22 de marzo se reúne la vicepresidenta de la República con representantes de todos los partidos políticos y resuelven buscar los mecanismos necesarios para postergar las elecciones departamentales y municipales en virtud de las medidas adoptadas por la pandemia (La Diaria, 23 de marzo de 2020). Se plantearon dos opciones: reforma constitucional o norma legislativa.

Respecto de la reforma constitucional, la Corte Electoral señaló que era imposible realizar un plebiscito porque implicaba las mismas actividades que realizar las elecciones, y cada vez que transcurre el tiempo, más se agrava la situación y las condiciones empeoran (La diaria, 24 de marzo de 2020).

Ante esta realidad, los partidos políticos acordaron la presentación de un proyecto de ley en el cual se posterguen las elecciones departamentales y municipales, con los fundamentos acordados por el sistema político.

III.- LA SOLUCIÓN CREADA: LEY N° 19.875.

El proyecto de Ley ingresó al Senado de la República con la firma de los senadores Charles Carrera, Guillermo Domenech, Raúl Lozano, Gustavo Penadés y Adrián Peña.

III.1.- Exposición de motivos.

En la exposición de motivos del proyecto de ley, los legisladores reconocen que la situación en el país ante la declaratoria de emergencia nacional sanitaria producto de la pandemia mundial, afecta el normal desarrollo de las elecciones departamentales y municipales previstas para el 10 de mayo de 2020, citando las disposiciones constitucionales

que establece la fecha.
Por tal motivo señalan que ante esta situación "pone en juego cuatro disposiciones constitucionales, que a su vez implican derechos fundamentales que deben comulgar entre sí".
Primero, el artículo 7° de la Constitución dispone que los habitantes de la República tienen derecho, en clave de garantía, a ser protegidos en el goce de todos sus derechos. La protección le cabe activamente al Estado.
Segundo, el artículo 77 numeral 9° de la Constitución y el derecho "fundamental comprometido es el derecho del ciudadano a ser elector y elegible en las elecciones departamentales y municipales, es decir, el derecho a la certeza de la celebración de elecciones libres, en las que los ciudadanos puedan ser electores y elegibles". Asimismo señalan que "dentro de las condiciones que establece el artículo 77, el parámetro de fijación de la fecha de las elecciones libres a nivel departamental y municipal".
En tercer lugar, el numeral 7° del artículo 77, y el derecho fundamental comprometido consiste "en el derecho del elector a sufragar en elecciones departamentales y municipales a celebrarse en fecha cierta, lo cual es también un deber del elector. Dada la trascendencia del acto del sufragio, esta disposición constitucional confía en el legislador las garantías del sufragio y de la elección, exigiéndole su aseguramiento por una ley con máximo consenso político posible, traducido en la mayoría calificada requerida".
Y por último citan el artículo 44 de la Constitución, que establece que el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene pública, y que todos los ciudadanos tienen el deber de cuidar su salud, lo que constituye además "en sí, de un derecho fundamental, es decir, una situación jurídica compleja de derecho-deber". En aplicación de este artículo el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 93/2020 ya analizado.
Atento a esto concluyen que la celebración de las elecciones departamentales y municipales previstas afectaría el contenido de los derechos fundamentales consagrados en las normas desarrolladas.
Entienden los firmantes que "la prórroga de la fecha de previsión constitucional, a otra fecha cierta, no implica una afectación legislativa al contenido esencial del derecho a elecciones departamentales y municipales libres, en fecha cierta, sino por el contrario, constituye una garantía para la celebración de dichas elecciones con carácter libre y universal y a la vez, respeta el contenido esencial del derecho-deber de la salud".
Agregan que corresponde "cometer a la Corte Electoral a que, en un plazo razonable, fije fecha para las elecciones departamentales considerando las circunstancias, y atento a su competencia originaria en materia de elecciones, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 322 literal A de la Constitución de la y análogamente a la competencia prevista por el artículo 327 de la Constitución".
Respecto del mandato de las actuales autoridades departamentales y municipales señalan que conforme lo dispuesto en los artículos 262, 268 inciso final, 287 y artículos 9 a 12 de

la Ley N° 19.272 de 18 de septiembre de 2014, concluyen que el proyecto de ley asegura la continuidad jurídico-funcional y política de los órganos electivos de los Gobiernos Departamentales y de los Municipios.

III.2.- Texto del articulado.

El proyecto ingresó a la Cámara de Senadores y fue aprobado en la sesión del 1° de abril de 2020 y pasó a la Cámara de Representantes donde se aprobó el 2 de abril, siendo promulgada por el Poder Ejecutivo con el N° 19.875 el 8 de abril de 2020 y publicada en el Diario Oficial el 16 de abril de 2020.
El artículo primero declara que ante la pandemia mundial del virus COVID-19, que motivó el estado de emergencia sanitaria nacional decretado por el Poder Ejecutivo y la implementación inmediata de medidas tendientes a preservar la salud de los habitantes, no están dadas las garantías para la celebración de las elecciones departamentales y municipales previstas para el 10 de mayo de 2020, en tanto se afectarían derechos fundamentales establecidos en las Secciones II y III de la Constitución de la República, y las leyes electorales vigentes.
Por el artículo segundo faculta a la Corte Electoral a prorrogar, por única vez, la fecha de la celebración de las elecciones departamentales y municipales previstas en el artículo 77 numeral 9° de la Constitución, no más allá del domingo 4 de octubre de 2020. La fecha de la prorroga la debe resolver en un plazo de quince días por la mayoría prevista en el artículo 327 de la Constitución uruguaya, señalando que el padrón electoral será el previsto para las elecciones postergadas.
El artículo tercero, prorroga las funciones de las autoridades departamentales y municipales actuales, hasta la fecha que asuman las autoridades proclamadas por las Juntas Electorales respectivas. Por el artículo cuarto señalan que el período de actuación de las nuevas autoridades culminará cuando asuman las autoridades electas en el próximo período electoral, conforme lo dispuesto por la Constitución.

IV.- LA REGLAMENTACIÓN POR LA CORTE ELECTORAL.

La Corte Electoral en el ejercicio de lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 19.875 dictó la reglamentación comunicada, por Circular N° 10.853 de 17 de abril de 2020, estableciendo que la misma por las mayorías previstas en el artículo 327 de la Constitución, es decir, aprobarse por el voto conforme de dos tercios de miembros de la Corte, de los cuales al menos tres los miembros designados por dos tercios de la Asamblea General.
Atento a esto, señaló que las reglas de derecho a regular conductas humanas, y que dicha normativa debe guardar la debida tensión con la realidad; que todos los preceptos cons-

titucionales deben ser interpretados armónicamente; que las competencias del organismo están establecidas en el artículo 322 de la Constitución, además de las que establezca la ley; que el literal A del mencionado artículo 322 le atribuye la competencia de conocer en todos los actos y procedimientos electorales; y que en ese marco, ella ejerce competencia excluyente y exclusiva en materia electoral.
Por tanto, resolvió prorrogar para el 27 de septiembre de 2020, las elecciones departamentales y municipales previstas en el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República. El padrón de habilitados para votar es el mismo que fuera aprobado el 21 de marzo, y comunicado a los partidos políticos el 26 de marzo, para las elecciones del 20 de mayo. Además, estableció que los candidatos a la Intendencia, titulares y suplentes, serían los ya nominados por los Órganos Deliberativos Departamentales de los Partidos Políticos .

V.- ANÁLISIS DE LA SOLUCIÓN CREADA POR EL LEGISLADOR.

Estamos ante una Ley que es contraria a la Constitución uruguaya por razón de contenido, atento a lo dispuesto en el ordinal 9° del artículo 77, lo cual a todas luces es claro. La fecha de las elecciones departamentales se encuentra regulada por la Constitución conforme lo expresado.
Ahora bien, corresponde señalar que el Legislador ha optado por una solución que, si bien entendemos es el resultado de un pacto de los partidos políticos que intervienen en la vida electoral del país, no podemos compartir.
En primer lugar, la Corte Electoral reconoce que no posee competencia para cambiar la fecha de las elecciones, y ante una realidad comprobada y contrastable, deja en manos del sistema político la solución. Porque la respuesta es clara: solo reformando la Constitución es posible cambiar las elecciones.
En segundo lugar, la Corte Electoral está obligada por las disposiciones constitucionales y legales a no dejar de resolver los asuntos objeto de su competencia, aun cuando no exista reglamentación pertinente. Así lo hizo respecto de la reglamentación del recurso de referéndum, que en 1986 no existía ley reglamentaria, y la Corte procedió a suplir la reglamentación legal.
En tercer lugar, es claro que estamos ante un dilema en donde hay contradicción entre la realidad y la norma constitucional. La realidad aparece afectada por una pandemia de escala sin precedente, con una emergencia sanitaria decretada por el Poder Ejecutivo al amparo de la normativa en materia de salud pública. Por otra parte, la norma constitucional fija la realización de las elecciones departamentales, en donde se encuentra afectado el derecho a ser elector y elegible y la obligación de votar consagradas constitucionalmente. El derecho de la salud versus los derechos políticos, han señalado algunos constituciona-

listas.

En la doctrina argentina SAGÜES señala que una fuente de la desconstitucionalización surge de la "reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la constitución y de hecho bloquean o anestesian las reglas constitucionales que los contradicen". (SAGÜES, 2007: 192-193). Tal como ha dicho BARDAZANO (2020), en nuestro país existen claras violaciones de la Constitución uruguaya que han sido toleradas por la Suprema Corte de Justicia respecto, por ejemplo, del artículo 216 de la Carta. Incluso se ha puesto en duda la rigidez de la Constitución uruguaya, en un estudio dirigido por SARLO, (BURSTIN et ALL; 2009).

Sin dudas que el derecho a la salud se ha visto afectado y este irradia y afecta a los derechos políticos y a la organización misma de las elecciones previstas, ya que impide a los partidos políticos la correcta participación en el proceso electoral. La Corte Electoral no puede organizarlas de forma tal que aseguren, el cumplimiento de las garantías necesarias para las elecciones.

En cuarto lugar, el legislador ha aplicado un criterio analógico a los efectos de la fijación de la fecha por parte de la Corte Electoral, al requerirse que sea mediante las mayorías establecidas constitucionalmente para anular las elecciones, es decir, dos tercios del total de componentes, debiendo contar con el voto conforme de al menos, tres miembros de los elegidos por dos tercios de la Asamblea General. Esta disposición busca otorgar mayor legitimidad a la prórroga dispuesta por la Ley N° 19.875, atento a la composición del máximo órgano electoral. La decisión fue tomada por la unanimidad de los miembros de la Corte Electoral.

Asimismo, se ha establecido que, en lo que respecta a las autoridades que actualmente se encuentran ejerciendo sus cargos, se prorroga a su vez, y por única vez el mandato, por lo que el período de las autoridades que sean electas el 27 de septiembre se acortará hasta julio de 2025. Entendemos que, en aplicación del principio de continuidad jurídica, se impone esta solución, para evitar la acefalía de los cargos en pugna.

En quinto lugar, entendemos que la Ley es inconstitucional, pero creemos que atento a la forma y el proceso por el cual se sancionó la Ley de marras, es muy difícil que pueda considerarse la posibilidad de que exista un legitimado para solicitar por vía de acción la declaración de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia. En efecto, la Corte Electoral y los partidos políticos que han intervenido en las negociaciones y sanción de la Ley la han aplicado, la han tolerado y la han reglamentado sin poner en duda la inconstitucionalidad. Sin embargo, entendemos que los candidatos a los cargos electivos cuya inscripción se encuentra registrada ante el máximo órgano de la Justicia Electoral: los candidatos a las Intendencias Departamentales, podrían sí accionar ante la Suprema Corte de Justicia puesto que el cambio de las fechas les puede afectar, en cuanto a su legítimo

interés de que las elecciones se realizarán en la fecha prevista constitucionalmente.

VI.- CONCLUSIONES.

La pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, y conocida como COVID-19, y su ingreso al Uruguay, provocó que el Poder Ejecutivo decrete la emergencia sanitaria nacional, provocando la afectación de las organizaciones de las elecciones departamentales y municipales previstas para el segundo domingo de mayo de 2020.
El sistema político acordó la sanción de la Ley N° 19.875, a iniciativa de los partidos políticos con representación en el Senado de la República, que fue aprobada por la unanimidad del Senado de la República y por un solo voto negativo en la Cámara de Representantes. En ambos casos se obtuvieron los dos tercios del total de componentes en cada Cámara.
La solución contenida en la normativa que hemos analizado, es inconstitucional por razones de forma y de contenido, pero entendemos que, excepto los candidatos a las Intendencias Departamentales, quienes podrían solicitar la inconstitucionalidad de la misma, han tolerado y participado en la sanción de la ley.
Entendemos que en un Estado constitucional de Derecho son necesarias las mayores garantías para el desarrollo de las elecciones, de forma tal de asegurar a todos los partidos políticos, candidatos y electores que no existan impedimentos para el normal desarrollo de los comicios. La declaración de emergencia sanitaria como resultado de una pandemia, impide por razones de salud, que la población pueda desplazarse libremente, así como a los partidos políticos no les permite el control a través de sus delegados, y los candidatos hacer campaña electoral. Todos estos elementos hacen que la democracia se vea afectada duda, y que la soberanía que debe ejercer la Nación a través del Cuerpo Electoral se vea afectada, ejercer libremente.
Hubiera sido factible una Ley que por esta vez, dejara sin efectos las sanciones por el no ejercicio del voto consagrado constitucionalmente, pero podría objetarse la escasa participación electoral, no sólo de los electores sino de los partidos políticos, actores necesario del sistema.
En tiempos de crisis, es necesario contar con mecanismos que permitan la salvaguarda de las personas y de las Instituciones pero también la plena vigencia de la Constitución de la República, procurando que la solución no sea la violación tolerada de la misma. Como señala BLENGIO “que esta experiencia nos sirva para asumir como imperativo en un futuro inmediato, la tarea de adecuar los ordenamientos jurídicos y las Constituciones, a una realidad vertiginosa que permita elaborar salidas coyunturales flexibilizando fórmulas herméticas”. (BLENGIO, 2020).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

BARDAZANO, G. (21 de marzo de 2020). La Constitución y la pandemia. La diaria. Recuperado de https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/3/la-constitucion-y-la-pandemia/

BLENGIO, M. (2020). Elecciones departamentales y municipales en tiempos de COVID – 19. Revista de Derecho Público. Recuperado de http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/announcement/view/7

BURSTIN, D. et ALL. (2009). La Constitución uruguaya ¿Rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporáneo aplicado al caso uruguayo. Montevideo: Facultad de Derecho, Universidad de la República.

ESTEVA GALICCHIO, E. (2020). Coronavirus y elecciones departamentales y municipales (Uruguay 2020). Comunicado N° 6. Montevideo: Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay.

OCHS, D. (19 de marzo de 2020). Las elecciones municipales I. Semanario Búsqueda. 2064. Recuperado de https://www.busqueda.com.uy/nota/las-elecciones-municipales-i/ls-116939-5d3f1937080305e42166 Fecha de consulta: 5 de mayo de 2020.

RISSO FERRAND, M. (26 de marzo de 2020). Elecciones departamentales I. Semanario Búsqueda. 2065. Recuperado de https://www.busqueda.com.uy/nota/elecciones-departamentales-i/ls-116939-881ae93c224f36aad38b Fecha de consulta: 5 de mayo de 2020.

SAGÜES, N. (2007). El concepto de desconstitucionalización. Revista de Derecho. 2, 181-195.

SAPOLINSKI, J. (2 de abril de 2020). (19 de marzo de 2020). Las elecciones municipales II. Semanario Búsqueda. 2064. Recuperado de https://www.busqueda.com.uy/nota/las-elecciones-municipales-ii/ls-116939-67543cb0feea228368aa Fecha de consulta: 5 de mayo de 2020.

Artículos en diarios.
Corte Electoral sugirió no plebiscitar el cambio de fecha de las elecciones departamentales. (24 de marzo de 2020). La diaria. Recuperado de https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/3/corte-electoral-sugirio-no-plebiscitar-el-cambio-de-fecha-de-las-elecciones-departamen-

tales/ Fecha de consulta: 5 de mayo de 2020.

Elecciones departamentales: Partidos políticos se reúnen este martes con la Corte Electoral para analizar posibilidades. (23 de marzo de 2020). La diaria. Recuperado de https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/3/elecciones-departamentales-partidos-politicos-se-reunen-este-martes-con-la-corte-electoral-para-analizar-posibilidades/ Fecha de consulta: 5 de mayo de 2020.

Risso versus Correa Freitas: las dos "bibliotecas" que dividen a los partidos políticos para postergar las elecciones departamentales. (21 de marzo de 2020). La diaria. Recuperado de
https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/3/risso-versus-correa-freitas-las-dos-bibliotecas-que-dividen-a-los-partidos-politicos-para-postergar-las-elecciones-departamentales/ Fecha de consulta: 5 de mayo de 2020.

CABRERA, S. (18 de marzo de 2020). Expertos y políticos chocan sobre cómo atrasar las elecciones departamentales. El País. Recuperado de https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/expertos-politicos-chocan-atrasar-elecciones-departamentales.html Fecha de consulta: 5 de mayo de 2020.

Referencias normativas.

Uruguay. Ley N° 19.875. Prórroga de fecha para la celebración de las elecciones departamentales y municipales. Diario Oficial. 20 de abril de 2020.

Uruguay. Ley N° 9.202. Ley Orgánica de Salud Pública. Diario Oficial. 22 de enero de 1934.

Fecha de recepción: 10 de mayo 2020.

Fecha de aceptación: 12 junio 2020.

ADMISIBILIDAD DE LAS GRABACIONES SIN EL CONSENTIMIENTO DE QUIEN PARTICIPA Y SU DIVULGACIÓN

ADMISSIBILITY OF RECORDINGS WITHOUT THE CONSENT OF THE SPEAKER AND ITS DISCLOSURE

ADMISSIBILIDADE DE GRAVAÇÕES SEM CONSENTIMENTO DO PARTICIPANTE E SUA DIVULGAÇÃO

*Camila Umpiérrez Blengio**

RESUMEN. La Suprema Corte de Justicia ha resuelto en el ámbito de un proceso penal que la grabación de una conversación no es prueba ilícita, siempre y cuando uno de los que haya grabado sea partícipe de la misma y el que posteriormente la difunda. A partir del análisis de doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, el presente trabajo se enfoca en la admisibilidad de las grabaciones de conversaciones sin un previo aviso al otro interlocutor y la admisibilidad de su divulgación a terceros sin autorización.
PALABRAS CLAVE. Grabación. Prueba. Constitución. Intimidad. Ilicitud.
ABSTRACT. A judgement by the Supreme Court of Justice in a criminal proceeding has concluded that recording a conversation is not inadmissible evidence, as long as one of those who has recorded participates in the conversation and is the one who subsequently disclosures it. Based on the analysis of the subject made by national and foreign legal scholars and case law, this paper focuses on the admissibility of recording conversations without prior notice to the other interlocutor and the admissibility of their disclosure to third parties without authorization.
KEY WORDS. Recording. Evidence. Constitution. Privacy. Unlawfulness.
RESUMO. No escopo de um processo criminal, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que a gravação de uma conversa não é uma evidência ilegal, desde que um dos sujeitos que gravou seja um participante e aquele que a divulgue posteriormente. Com base na análise da doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, este trabalho enfoca-se na admissibilidade das gravações de conversas sem aviso prévio ao outro interlocutor e a admissibilidade de sua divulgação a terceiros sem autorização.
PALAVRAS-CHAVE. Gravação. Prova. Constituição. Privacidade. Ilicitude.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde la irrupción de la ciencia y la tecnología, el ordenamiento jurídico se ha visto en la necesidad de acompasarse a los cambios que estos fenómenos han generado.

COUTURE (1990) expresa con claridad que "el progreso del derecho debe mantener su

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Correo electrónico: camila.umpierrez@hotmail.com

natural paralelismo con el progreso de la ciencia; negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho" (p. 262)

Los avances de la tecnología están llevando a la digitalización de la vida humana, y estos tienen un especial impacto en el campo de las comunicaciones. Cada vez es más habitual que las conversaciones mantenidas en cualquier ámbito sean grabadas por alguno de sus interlocutores, sin previo aviso del otro, generalmente mediante el dispositivo móvil. Asimismo, cada vez es más frecuente que se registren conversaciones mediante la utilización de cámaras y/o micrófonos, así como también a través de la grabación automática de las llamadas a organismos públicos o incluso, empresas privadas.

La admisibilidad de las grabaciones de conversaciones nos lleva a un punto largamente debatido por doctrina y jurisprudencia, tanto a nivel nacional como internacional: la conocida dicotomía entre la prueba y la verdad.

Esta temática necesariamente incide en la finalidad que se le atribuya al proceso jurisdiccional, ya sea como un instrumento orientado hacia la búsqueda de la verdad (de donde surgen diversas teorías sobre el concepto de la "verdad"[1]) o por el contrario, el proceso como un instrumento privado de las partes con el objeto de la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses, cuya relación con la verdad es circunstancial.

II. ¿ES ADMISIBLE GRABAR UNA CONVERSACIÓN?

Como punto de partida, debemos distinguir dos escenarios: (i) la grabación de una conversación por parte de una persona que no es partícipe en dicha conversación y que lo hace sin el consentimiento de los interlocutores y; (ii) la grabación realizada por uno de los interlocutores partícipes de la conversación sin que el otro sepa que se está grabando y, por ende, sin su consentimiento.

En el primer caso, esto es, la grabación por un sujeto ajeno al proceso de comunicación, nos encontramos frente a una actividad teñida de ilicitud. Cabe aclarar que se excluye de este supuesto la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas u otras formas de comunicación por orden judicial previstos en el art. 208 del Código del Proceso Penal. Asimismo, recordemos que la interceptación telefónica configura un delito tipificado por el Código Penal en su art. 297.

En este sentido, VALENTIN (2008) ha señalado que:

1-TARUFFO (2008) en su obra "La prueba", realiza un profundo y pertinente análisis respecto de la prueba y las teorías de la verdad: la verdad judicial, la verdad absoluta y la verdad relativa, la verdad como coherencia, la verdad como correspondencia (capítulo III). Señala TARUFFO:

La idea misma de "verdad judicial" puede parecer vaga, enigmática y dudosa (…) puede ya advertirse que la idea de las diferencias sustanciales que caracterizan la verdad judicial no puede sostenerse. En gran medida, la verdad puede ser buscada y alcanzada dentro del contexto judicial fundamentalmente de la misma forma en que se puede descubrir en muchas otras áreas de la experiencia cotidiana y usando los mismos medios que se emplean en áreas de investigación no jurídica, como la historia. Las normas jurídicas definen el contexto de la verdad "judicial", pero –como ya se ha dicho antes- todo tipo de verdad es de algún modo "contextual". Es más, los hechos en litigio en una causa se suelen comprobar en el proceso judicial usando los mismos medios (testimonios, documentos, grabaciones, argumentos inferenciales) que la gente común y corriente utiliza para descubrir la verdad en su vida cotidiana. En resumen: no hay diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial.
(TARUFFO, 2008, p. 25).

Es indudable que la interceptación de una conversación telefónica por una persona que no es partícipe en dicha conversación, y que lo hace sin el consentimiento de los dos interlocutores, vulnera el derecho a la intimidad de los partícipes de la conversación (art. 72 de la Carta) y particularmente del derecho al secreto de las comunicaciones (arts. 27 y 28 de la Constitución). La grabación como tal es una prueba lícita, que integra el género de los documentos (C.G.P: art. 175.1). Sin embargo, si la misma es obtenida mediante la comisión de un acto violatorio de derechos constitucionalmente protegidos y eventualmente delictivo, como lo es la interceptación telefónica entre terceros, es contraria a la norma de derecho y consiguientemente ilícita. (p. 108).

En el segundo caso, cabe cuestionarse si la grabación de una conversación por parte de uno de los interlocutores de la misma, sin el consentimiento de los restantes, es una actividad lícita o no, por vulnerar derechos inherentes a la personalidad humana.

Es posible preguntarse los motivos por los cuales se graba una conversación, en tanto podría constituir un acto preparativo de su posterior difusión, que por ejemplo puede ser utilizado en un proceso jurisdiccional posterior. De esta forma, uno de los interlocutores es consciente de que está pre constituyendo prueba, aprovechando la intimidad de una conversación y la ignorancia del otro interlocutor respecto de que se lo está grabando.

De todas formas, debemos tener presente que lo se expresa en ese momento no escapa de los oídos de quien lo recibe ya que son palabras que van dirigidas a él. Por lo tanto, en el proceso de comunicación quien está escuchando puede tomar nota de lo que su interlocutor le manifiesta, tal como señala ABAL (2019):

Registrar lo que se expresa en una conversación – expresado tanto por la persona que quiere efectuar la grabación como por su interlocutor – podría hacerlo sin aviso alguno a la otra parte (ni previo ni posterior) a través del simple expediente de ir escribiendo en un papel lo que se está diciendo por uno o por ambos interlocutores (o escribiéndolo una vez finalizada la conversación) (p.14)

Respecto de este punto, lo que puede advertirse es que la grabación implica otras particularidades que no las tiene el registro por escrito de lo que se dijo en la conversación, como puede ser la grabación de la voz del interlocutor. En efecto, se ha sostenido que la voz del sujeto interlocutor tiene protección por su íntima relación con el derecho a la identidad, imagen y a la intimidad.

Sin perjuicio de estas consideraciones, entendemos que la grabación de la conversación por quien está participando de ella, aún en el supuesto que no exista consentimiento, no implica necesariamente una actividad ilícita. En efecto, la grabación en sí -al margen de su empleo ulterior- no está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, compartimos las conclusiones de ABAL (2019):

Conforme considero, ningún obstáculo existe en nuestro Derecho Positivo que impida registrar en un grabador de sonido el tenor de una conversación en la que quién graba

está interviniendo, aún sin avisar de ello (ni pedirle autorización) al otro participante de la misma. Naturalmente que no me estoy refiriendo a la grabación de una conversación en la que no interviene quién está grabándola. En los supuestos que estamos analizando (y en el caso al que refiere la sentencia comentada) quién graba la conversación no está interceptando un intercambio al que es ajeno, sino que está grabando las palabras por él dirigidas a la otra persona y las palabras dirigidas por esa otra persona a él. No se están grabando palabras que quién está grabando no pueda legítimamente escucharlas (p. 14).

III. ¿ES ADMISIBLE LA DIVULGACIÓN A TERCEROS DE LAS GRABACIONES DE CONVERSACIONES?

Ahora bien, la cuestión a dilucidar es si la grabación de una conversación aun cuando se entienda que fue lícitamente obtenida, puede ser posteriormente divulgada a terceros sin la autorización de todos los sujetos partícipes de la misma. Cabe aclarar que se excluyen los casos en donde la conversación está amparada bajo el secreto profesional, como puede ser la conversación mantenida entre un abogado y su cliente, o el médico y un paciente, donde el profesional tiene el deber de guardar secreto, lo que incluye la prohibición de divulgación a cualquier tercero.

En lo que refiere al proceso jurisdiccional, corresponde cuestionarse: a) si es admisible que una de las partes en el ejercicio de su derecho de defensa y particularmente del derecho a la prueba, incorpore una grabación y divulgue en un proceso concreto lo que le dijo la contraparte o; b) por el contrario, si esa grabación obtenida sin el consentimiento del interlocutor y que se quiere ofrecer como prueba es violatoria de los derechos inherentes a la personalidad humana, tales como el derecho a la intimidad y privacidad.

Nuestra Constitución no reconoce de forma expresa el derecho a la intimidad. Hay quienes encuentran el fundamento en el artículo 10 de la Constitución que expresa que las acciones privadas de las personas que no perjudiquen a terceros ni afecten el orden público están exentas de la autoridad de los magistrados. Otros prefieren encontrar su fundamento en el artículo 72 de la Constitución, comprendido dentro de los "derechos inherentes a la personalidad humana". El derecho a la intimidad junto con el derecho al honor y el derecho a la propia imagen, forman parte integrante de una trilogía de derechos inherentes a la autonomía personal (RISSO, 2006, p. 575). FRANCA-TARRAGÓ (2002) citado por RISSO (2006, pp. 575-576) recuerda que:

La intimidad tiene un contenido relativamente amplio y comprende: (a) aspectos y circunstancias de la vida familiar (nacimientos, matrimonios, divorcios, embarazos, fallecimiento, vida sexual, costumbres, etc); (b) vida intelectual (currículo personal, notas académicas, escritos e investigaciones no publicados, etc); (c) aspectos y circunstancias de los esparcimientos (actividades y amistades de vacaciones, lugares de descanso, etc); (d) circunstancias del pasado (orígenes familiares, cuestiones concernientes a la filiación y a la descendencia étnica, etc); (f) proyectos de futuro (posibilidades de trabajo o estudio,

decisiones a tomarse, etc); (g) vida de relaciones (amistades, odios, prácticas sociales, correspondencia, etc); (h) circunstancias económicas (bienes de los que se es propietario, deudas, situación tributaria, etc); (i) circunstancias religiosas o políticas; (j) circunstancias sanitarias tales como enfermedades, estados mentales, etc.

Por otra parte, el derecho a la prueba integra el principio del debido proceso legal recogido en el art. 12 de nuestra Constitución y es una manifestación o derivado del derecho de acción en el caso del actor o contradicción en el caso del demandado (art. 11.1 C.G.P.).

La Suprema Corte de Justicia (Sentencia No. 1280/2015, del 31/08/2015) ha expresado que:

El derecho a ofrecer prueba en sustento de la pretensión integra las garantías básicas del debido proceso legal y como enseña la doctrina especializada, el derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa (v. Taruffo, La Prueba, Artículos y Conferencias, p. 79, Ed. Metropolitana).

Asimismo, la jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones - en su mayoría - han reiterado en estos últimos años que:

El derecho a probar o intentar hacerlo forma parte esencial de las garantías de la defensa en juicio, e integra la noción de debido proceso, en el ámbito procesal iberoamericano y en el ordenamiento jurídico nacional (arts. 12 y 18 de la Constitución de la República; 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; 11, 137 y 139 del Código General del Proceso[2].

En doctrina nacional, VALENTIN (2008) ha señalado que el derecho a la prueba implica: La posibilidad de ambas partes de proponer medios de prueba, controlar las decisiones del tribunal sobre la admisibilidad de la prueba, a participar en su diligenciamiento, a proponer la valoración del resultado probatorio y a controlar la sentencia del tribunal que valora la prueba (arts. 12 y 16). (p.106)

Ninguna norma puede limitar la proposición de pruebas que sean legítimas, idóneas y referidas al objeto del proceso (VALENTIN, 2017). Por lo tanto, las limitaciones al derecho a probar únicamente radican en la no afectación de los derechos constitucionalmente reconocidos. Como señala VALENTIN (2008):

Es inconstitucional no solo la prueba obtenida en violación de las normas sustanciales de la Constitución, sino también aquella obtenida en violación de las normas procesales contenidas en la misma Carta. Por consiguiente, no solamente son inconstitucionales las pruebas que se obtienen o producen vulnerando los derechos al honor, la libertad, la propiedad (art. 7), a la inviolabilidad del domicilio (art. 11) y de los papeles de los particulares y su correspondencia particular, telegráfica o de "cualquier especie" (art. 28), etc., sino también aquellas que admiten o diligencian violando, por ejemplo, los derechos de

2 -Ver Sentencias: TAC 5° Nro. 8/2008; TAC 5° Nro. 91/2009; TAC 4° Nro. 113/2009; TAC 7° Nro. 46/2011; TAC 5° Nro. 87/2012; TAC 4° Nro. 123/2012; TAC 4° SEI-0009-000022/2014; TAC 5° Nro. 0004-000276/2014; TAC 5° Nro. i40/2016; TAC 4° SEF-0009-000034/2016.

igualdad, bilateralidad, contradicción e imparcialidad (arts. 8, 21 y 22, entre otros). Sin embargo, es preciso reconocer que tradicionalmente se ha denominado "prueba ilícita" a la primera, reservando para la segunda el nombre de "prueba ilegítima" o "prueba ilegítimamente admitida". (p. 107)

Asimismo, en el ámbito del proceso penal, MINVIELLE (1985), recordando la opinión de PELLEGRINI GRINOVER, señala que:

Cuando, en la obtención de la prueba se hubieren infringido derechos y garantías constitucionales, expresa o implícitamente consagrados, la prueba será inadmisible procesalmente, aún cuando no exista norma procesal que así lo establezca, puesto que, los derechos y libertades del individuo constituyen un límite a la función jurisdiccional. La prueba obtenida en violación de derechos fundamentales es prueba inconstitucional. (p.163).

Pues bien, la posibilidad de hacer valer en un proceso la grabación de una conversación obtenida sin consentimiento del interlocutor, podría afectar el derecho a la intimidad. Pero, por otro lado, puede argumentarse que la búsqueda de la verdad que tiene lugar en el proceso, así como el ejercicio del derecho de defensa pueden enfrentarse con este derecho inherente a la personalidad humana. Se trata entonces de resolver la antinomia que en tales casos se crea.

Recientemente se ha pronunciado ABAL (2019) en postura que resulta sumamente interesante, haciendo énfasis en el derecho de defensa:

Si quién grabó la conversación sin noticia de su interlocutor -aunque el contenido refiera a aspectos del derecho a la intimidad de este interlocutor- igual puede exponerlo en un juicio en defensa de su derecho (esto es, porque no hay secreto profesional, y porque al existir ese proceso se presenta lo que se entiende que es una justa causa), entonces también puede incorporarse en ese juicio a la grabación en caso de existir la misma (sin perjuicio de la reserva que según el caso podría corresponder frente a terceros, y que la legislación procesal autoriza al juez a disponer). En definitiva, si es admisible que un interlocutor exprese en un proceso jurisdiccional lo que le dijo el otro interlocutor, entonces el primero puede también pedirle a testigos que lo confirmen, o interrogar sobre ello al otro interlocutor, o formularle una absolución de posiciones, o agregar una grabación de sus palabras. Se dirá que, si el emisor de las palabras sabía que las mismas se iban a reproducir por su interlocutor, o repetir por testigos, o que se le iba a plantear en juicio que confirmara que las había dicho, o que se iba a presentar en el juicio una grabación de lo expresado, entonces no las habría pronunciado. Pues -discrepando con el juez cuya sentencia da origen a este artículo- entiendo que esto para nada importa, si es que al reproducirse en el juicio el intercambio por cualquiera de estas formas y sin que medie secreto profesional, lo que se está haciendo es intentando defender un derecho que el emisor de las palabras está desconociendo en forma ilegítima. En este mismo sentido expresa MINVIELLE (Bernadette, "El derecho a la intimidad y la prueba en el Proceso Penal, con especial referencia a las

interceptaciones telefónicas", Rev. Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo, 2/1985, pág. 159): "La conducta debe haber sido llegada a cabo sin justa causa. La doctrina ubica como hipótesis de justa causa: el consentimiento del remitente; ejercicio legítimo de un derecho como lo sería su presentación en juicio para probar contra el remitente, un hecho falsamente alegado por el mismo (…)". (pp.15-16)

Teniendo en consideración el análisis desarrollado, entendemos que existen algunos aspectos que nos parecen claves para evaluar la admisión y producción de una grabación en un proceso jurisdiccional, ante la oposición de la parte contra quien se quiere hacer valer la grabación: (i) que quien grabe y divulgue la conversación haya sido uno de los partícipes –interlocutores- de la misma; (ii) que no se trate de conversaciones amparadas bajo el secreto profesional, (iii) que el interlocutor que grabó la conversación pueda valerse de otros medios de prueba para intentar acreditar el contenido de la conversación mantenida. Por ejemplo, ofrecer la declaración de un testigo que sin participar de la conversación estuvo presente en el momento en que se mantuvo la misma (imaginemos una conversación en una oficina de trabajo entre dos compañeros y otro los escucha ya que trabaja en el mismo espacio físico); (iv) el ejercicio legítimo del derecho de defensa, para desmentir un hecho falsamente alegado en el proceso.

Finalmente, cabe destacar que será tarea del magistrado que intervenga en el caso concreto analizar la prueba ofrecida por las partes para determinar, ante una controversia planteada en el proceso, si se trata de una prueba obtenida de forma ilícita o no. Así como también, su posible exclusión por resultar inadmisible (arts. 24 num. 6, 144.1 y 341 num. 6 del C.G.P) o el valor probatorio que le otorga, lo cual puede significar una simple presunción y en otras circunstancias puede llegar a constituir una prueba decisiva. Por último, debemos recordar que la admisión y producción de la prueba no impide que la misma sea descartada por el magistrado al dictar sentencia definitiva.

IV. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

La jurisprudencia uruguaya, en su mayoría, ha sostenido que la grabación de una conversación sin el consentimiento de todos los sujetos intervinientes es prueba ilícita en tanto vulnera derechos como la intimidad de las personas, la privacidad, la inviolabilidad o secreto de las comunicaciones.

En efecto, en estos últimos años la jurisprudencia nacional ha compartido la argumentación que fuera sostenida en Sentencia Nro. 204/2011, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, integrado por los Dres. Simón, Fiorentino y Gradín con fecha 14 de Diciembre de 2011. En la referida Sentencia, se considera ilícita la prueba incorporada en un CD que contenía la conversación mantenida entre el actor, el demandado y otra persona y que fuera grabado sin conocimiento ni consentimiento del demandado. Por motivos de extensión únicamente transcribimos el siguiente pasaje de la misma:

Puede conceptualizarse la especie de prueba ilícita que se intentó en autos a través de la

grabación y transcripción de su contenido, como aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, la prueba que ha sido lograda en forma fraudulenta, a través de una conducta ilícita o direccionada a tal fin. Se trata de una especie dentro de la prueba ilícita, género que en definitiva comprende a toda prueba violatoria del ordenamiento jurídico en general, ya sea porque el medio probatorio en sí mismo es ilícito, o porque siendo lícito, su origen, obtención o producción se ven afectados por violación normativa en sentido amplio, particularmente, por transgresión de las disposiciones y principios constitucionales que reconocen derechos a las personas. Así las cosas, la grabación obtenida con la participación de quien y contra quien se hará valer dicha prueba, sin su conocimiento ni consentimiento, debe reputarse ilícita; violatoria de derechos inherentes a la personalidad humana, tales como los derechos a la intimidad, privacidad, etc. (art. 72 de la Constitución de la República) así como vulneratoria de la moral y buenas costumbres. Por ende, resulta carente de eficacia probatoria en el plano jurídico.

La prueba ilícita, así como su efecto más próximo (que se conoce como la "doctrina del fruto del árbol envenenado" o "fruit of the poisonous tree doctrine") configuran medios de prueba inválidos, ineficaces, totalmente improductivos a la hora de poder ser valorados por el órgano jurisdiccional para fundar una decisión, incumbiendo al Tribunal el poder-deber de impedir su incorporación al proceso, por inadmisibilidad, en base a lo establecido por los arts. 6, 24 apartados 6.y 9, 146.2, 144.1, 341 numeral 6 y concordantes del Código General del Proceso).

La fundamentación de esta Sentencia fue posteriormente reproducida en otras sentencias[3]. Recientemente, con fecha 2 de mayo de 2019, el Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 1er. turno ha dictado la Sentencia Interlocutoria Nro. 884/2019 en la que considera ilícita una grabación inconsulta por la vulneración del principio de confianza legítima. A continuación, transcribimos algunos pasajes:

… el oficio entiende que toda grabación subrepticia de una conversación en la que es parte quien efectúa el registro (no existe por tanto "interceptación" de comunicaciones de terceros) violenta el principio de confianza legítima entre las personas que participan de ese intercambio verbal, por tanto, se trata de prueba inadmisible o ilícita, art 144.1 del C.G.P. (…)

15.- Esa legítima confianza se quiebra si válidamente uno de los partícipes puede grabar la conversación sin dar previo aviso a los demás sujetos, quebrantando los Derechos Constitucionalmente protegidos del emisor del mensaje, a la seguridad y a la libertad, art 7 de la Carta.

3 -TAT 3° en Sentencia Nro. 541/2012, de 03.10.2012, SCJ en Sentencia Nro. 496/20104 de 15.05.2014, integrada por los Dres. Jorge O. Chediak, Julio Cesar Chalar Vecchio, Jorge T. Larrieux, Jorge Ruibal Pino y Ricardo Pérez Manrique. Recientemente, TAC 2° en Sentencia Nro. SEF-005-000218/2018 de 19.12.2018 y TAF 2° en Sentencia Nro. SEF 11-77/2018 de 16.05.2018.

16.- Se reitera, si este hubiera querido dar a conocer el contenido del diálogo a terceros, hubiera utilizado otra vía de comunicación. En este punto, se comparte con el demandado que se hipotecan los principios que emanan de la personalidad humana, a la intimidad y privacidad, art 72 de la Constitución, que expresan los demandados (fs 439 mitad).
17.- La grabación obtenida sin anuencia o conocimiento de quien es registrado, es prueba ilícita porque violenta caros principios Constitucionales, además que de aceptarse esta posibilidad con validez probatoria, significaría la muerte en el Estado de Derecho de la libertad de expresión en los diálogos y terminaría convirtiendo a cada individuo en un paranoico que al emitir cualquier concepto, aún en conversaciones íntimas, tendría temor de que sus dichos fueran luego utilizados, vaya a saber, con qué propósito o en qué ocasión.
18.- Este es el punto neurálgico, porque desde la perspectiva de quien registra una conversación de modo secreto y sin avisar a su interlocutor, existe la convicción de que, en caso de mediar aviso del registro, aquel no se expresaría libremente. Es decir que también el que graba de forma oculta lo hace porque supone que existe la confianza legítima entre los individuos de expresarse con libertad y en la seguridad de que lo expresado será exclusivamente de conocimiento de quien o quienes estaban presentes, este es el componente doloso a que aluden correctamente los demandados y el Oficio comparte (fs 437 vto).
19.- En el Estado de Derecho el fin no justifica los medios, en consecuencia, prevalecen las normas tutelares de la Constitución que obturan la validez del medio probatorio propuesto habida cuenta de su ilicitud.
20.- Esta prevalencia de los Derechos Constitucionales del emisor del mensaje, no admite distingo, es decir, no cambia la conclusión si el que participa de la conversación es un funcionario Público, que por el hecho de actuar con criterios de veracidad y legalidad, igualmente amparado en la legítima confianza de la reserva de una conversación puede emitir conceptos, opiniones o sugerencias bien intencionadas a otro individuo, que si supiese que están siendo grabadas no haría.
21.- Que paradoja, en un mundo en que la vida privada de las personas no existe, el temor es expresarse sinceramente y sin tapujos en conversaciones particulares
En definitiva, según los argumentos señalados por la jurisprudencia nacional, la grabación de una conversación realizada por uno de los interlocutores sin el conocimiento del otro de los interlocutores y consecuentemente sin su consentimiento expreso o tácito, constituye prueba inadmisible.
Fundamentan la ilicitud de la prueba en la vulneración de los derechos de la personalidad (sobre todo, el derecho a la intimidad) o el principio de confianza legítima (en tanto la grabación inconsulta es un acto que resiente la relación de confianza).
IV.1. La grabación no consentida no es prueba ilícita: ¿un cambio en la jurisprudencia nacional?
Resulta de gran interés para el ámbito académico así como de relevancia práctica destacar

lo resuelto recientemente por la Suprema Corte de Justicia (SCJ).
En efecto, por Sentencia Nro. 1.153/2019 de fecha 30 de mayo de 2019, la SCJ (integrada por los Dres. Martínez, Minvielle, Chediak, Turell y Tosi) ha resuelto que aun cuando se trata de una grabación no consentida, realizada y difundida por uno de los interlocutores, no estamos ante un supuesto de prueba ilícita.
En primer lugar, cabe destacar que se trata de una sentencia dictada en una casación en materia penal. Es cierto que en el ámbito del proceso penal se han postulado excepciones o atenuaciones a la regla de que el medio de prueba ilícitamente obtenido no puede ser incorporado al proceso. Un sector de la doctrina se pronuncia a favor de admitir algunas excepciones a la inadmisibilidad de la prueba ilícita en función de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, admitiéndola cuando es el único instrumento para evitar daños de mayor gravedad en el caso concreto y sólo en la medida de evitar dicho daño (MINVIELLE, 1985).
La jurista brasileña PELLEGRINI (1993), citada por KLETT (2018, p. 467), señala: "La teoría de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas puede ser mitigada por el principio de la proporcionalidad, que pone en confrontación valores constitucionalmente relevantes".
También ha señalado PELLEGRINI (1993) que "en el proceso penal, por lo menos en un caso, ha de encontrar aplicación el principio de proporcionalidad: es el de la prueba ilícita que favorezca al acusado, que debe ser admitida, con vistas a la preeminencia del valor libertad y del principio de inocencia, en contraposición con otros valores (intimidad, sigilo de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc)"
Por otro lado, GARDERES y VALENTIN (2016) sostienen que:
Es preferible no admitir excepciones en el principio de la no incorporación al proceso, en contra del imputado, del elemento de prueba obtenido directamente en violación de disposiciones constitucionales o legales. En este sentido, como señala CAFFERATA NORES (p.18): otorgarle a la desobediencia de la Constitución alguna eficacia (aun indirecta) significaría estimularla en la práctica. Cierto es que esta solución puede llevar a la impunidad de algún delito. Pero no lo es menos que el orden jurídico ha optado, en muchos casos, por la impunidad, cuando ella ha sido el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional (pp. 479-482).
En cuanto al régimen procesal penal, el actual Código del Proceso Penal en su art. 144 inc. 1º admite cualquier medio de prueba "salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la Constitución Vigente de la República o la ley".
Sin perjuicio de este análisis, sería posible concluir que los conceptos vertidos en la Sentencia de la SCJ respecto de las grabaciones sonoras podrían resultar válidos y extensibles para procesos en el ámbito civil. Veremos incluso que la propia SCJ no hace referencia

a ninguna excepción o atenuación por tratarse de un proceso penal, sino que maneja este análisis de su admisibilidad desde una óptica general.

A continuación, analizamos el caso planteado ante la SCJ:

Quien interpone el recurso de casación se había agraviado por la admisión de prueba que consideró ilícita: un video de una reunión en la oficina de un empresario, en el cual el recurrente – un agente policial - y su compañero – otro agente policial -, concertaban incriminar falsamente a un competidor del empresario, recibiendo en ese acto como adelanto del pago de sus servicios un fajo de dinero.

La SCJ consideró que no le asistía razón al recurrente por las siguientes razones:

En primer término, cabe señalar que la interpretación del agravio, a la luz de lo que surge del recurso y de lo expresado por la parte en diversas oportunidades procesales –fojas 312-317–, impone considerar si, efectivamente, estamos ante una prueba ilícita por haber sido obtenida de forma antijurídica, en violación del derecho a la intimidad del co-encausado, aspecto al que cabe considerar que se aludió al sostenerse que, al contrario de lo que afirmó la Sala, la grabación no fue introducida lícitamente al proceso, ya que se vulneró el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los coencausados M.M. y R.R..

Tal aspecto, medular y determinante de la eventual configuración de un supuesto de prueba ilícita, ha sido sostenido desde el inicio del proceso al afirmarse por M.M. -y R.R.- que estábamos ante una grabación clandestina o subrepticia y que, por tal calidad, era inadmisible.

No estamos ante un supuesto de prueba ilícita aun cuando se trata de una grabación no consentida.

En primer lugar, porque se comparte plenamente el criterio seguido por la jurisprudencia española sentencia del Tribunal Supremo español del 3 de mayo de 2006-, conforme al cual son admisibles "las grabaciones subrepticias, siempre que quien grabe y difunda sea uno de los interlocutores en la comunicación, por no entenderse vulnerado en tal caso el derecho al secreto de las comunicaciones" (Armenta Deu, Teresa, La prueba ilícita (un estudio comparado, Marcial Pons, 2ª ed., 2011, p. 91). Y ello exactamente es lo que aconteció en el caso, en el cual el empresario D.D. aparece preparando la cámara en su oficina para registrar la reunión con los policías M.M. y R.R.).

Como surge de autos, el video sería aportado más adelante por la que fuera abogada de D.D., Adriana Ramos, luego de que la relación con su ex cliente se deteriorara enormemente, aduciendo la Dra. Ramos que recibió la copia en forma anónima.

El hecho de que, incontestablemente, la grabación haya sido realizada por uno de los co-imputados, impide considerar que estemos ante una prueba ilícita, razón suficiente para desestimar el agravio.

En segundo lugar, adicionalmente, cabe considerar que aun cuando se soslayara lo an-

terior o no se compartiera, la grabación de la reunión de marras en forma subrepticia no configura un supuesto de prueba ilícita desde que registra la comunicación de dos funcionarios públicos en el ejercicio de su función, ejercicio desviado e ilícito claro está, pero ejercicio de función pública al fin de cuentas. En efecto, R.R. y M.M. concurrieron a la reunión en virtud de su cargo y función, acordando incriminar falsamente a un competidor de D.D., como de modo harto elocuente lo demuestra la transcripción no cuestionada del video de autos (fojas 100 y siguientes). En tal sentido, afirmando la ausencia de ilicitud de la prueba consistente en grabaciones subrepticias de funcionarios públicos ("cámara oculta"), se pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) en sentencia nro. 591/2011.

En tal fallo, el TCA señaló: "la resistida grabación no representa 'prima facie' una violación al derecho a la intimidad de los Sres. Contadores que asistieron a la reunión, en representación del Organismo demandado; y ello porque (...) asistieron en su calidad de funcionarios públicos -y por lo que surge de las expresiones de las partes, lo hicieron en observancia de las indicaciones impartidas por las autoridades del Ente recaudador-. Prueba de ello, es que la propia DGI admite 'haber acordado dicha reunión por su iniciativa', por lo cual resulta difícil admitir una oposición, que violentaría el derecho a la intimidad, ya que, de acuerdo a la opinión del Profesor Miguel Torres 'no existen obstáculos legales para que las labores de investigación, se extiendan a la captación de imágenes de personas, de manera vedada o subrepticia: el interés público que subyace en la investigación, justifica no las injerencias en la vida privada, ni a los atentados a la intimidad o dignidad pero sí un seguimiento de los pasos de determinadas personas' (Cf. Torres Morato, Miguel, ['La prueba ilícita penal']).

Resulta interesante el análisis que realiza la SCJ en tanto parte de la distinción de dos escenarios: por un lado, la grabación de una conversación que realiza uno de los partícipes de la misma y, por otro lado, la grabación de una conversación por un tercero ajeno al proceso de comunicación.

Así concluye la SCJ que la agregación de la grabación que contenga una conversación no es prueba ilícita aun cuando no sea consentida, por dos razones: a) el que grabó es partícipe de la misma y el que posteriormente la difundió y b) se registró la comunicación de dos funcionarios públicos en el ejercicio de su función pública, ejercicio desviado e ilícito.

La Sentencia de la SCJ en análisis se apoya en lo resuelto por la jurisprudencia extranjera, en este caso, la española, haciendo eco de la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 3 de mayo de 2006. Sin perjuicio de que se trata de una sentencia que fue dictada hace más de 10 años, mediante un relevamiento actual hemos constatado que la jurisprudencia española en materia penal mantiene la misma postura: no existe violación al derecho a la intimidad cuando uno de los interlocutores graba y difunde una conversación que mantuvo con otro.

En efecto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Española en Sentencia Nro. SAN 973/2018 del 09/04/2018 señala que:

Entiende el tribunal que en el caso de autos el tema es radicalmente distinto. No se trata de colocar micrófonos, con autorización judicial en un sitio en el que más tarde van a acudir los investigados; se trata de grabar las conversaciones que se producen entre un testigo (el agente encubierto) y alguno de los acusados en el periodo durante el que el agente estaba realizando su cometido dentro del grupo terrorista investigado. Es decir, se trata de que el tribunal conozca, de primera mano, cuales fueron exactamente el contenido de las conversaciones de alguno de los acusados que permitan deducir su participación en el delito de pertenencia a organización terrorista que estaba siendo investigado.

La citada forma de actuar ha sido considerada acorde a derecho en otros supuestos similares, así, en las sentencias del T.S. de 05/04/2017 y 02/02/2017. Esta última dice: "La doctrina jurisprudencial de esta Sala, así como emanada del Tribunal Constitucional (SSTS nº 208/2006, de 20 de febrero , 1564/1998, de 15 de diciembre, 1354/2005, de 16 de noviembre; STC nº 56/2003, de 24 de marzo), sobre la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones sólo opera cuando la injerencia es realizada por una persona ajena al proceso de comunicación, ya que lo que persigue la norma es garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma" y así lo declaró ya la STC nº 56/2003, de 24 de marzo: "la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado", y sigue diciendo: "Solo podrá vulnerarse el derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 cuando se graba la conversación de otro, pero no cuando se graba una conversación con otro". Conforme a la STC 114/1984, de 29 de noviembre, "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, no implica contravención de los dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje, pues sobre los comunicantes no pesa el deber del secreto.

Asimismo, la jurisprudencia española tampoco entiende que la grabación per se de una comunicación viole el derecho a la intimidad del interlocutor que está siendo grabado.

La STS de 26/06/2015 ha declarado que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta. La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 LO 1/1982: «utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga) (Sentencia Nro. SAN 973/2018

del 09/04/2018 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Española)

En igual sentido, la Sentencia STS Nro. 239/2010 de 24 de marzo de 2010 dictada por el Tribunal Supremo Español - Sala Segunda de lo Penal, declara que la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica:

No conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan solo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional solo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión... Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana". De ahí que concluya: "Conforme a dicha doctrina la grabación de las palabras de los acusados realizadas por el denunciante con el propósito de su posterior revelación, no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad, pues no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos (SSTS nº 386/2002, de 27 de febrero, 883/1994, de 11 de mayo, 977/1999, de 17 de junio).

V. REFLEXIONES FINALES.

La grabación de una conversación por parte de una persona que no es partícipe de la misma y que lo hace sin el consentimiento de los interlocutores, es una actividad teñida de ilicitud. Se violan derechos constitucionalmente protegidos y puede resultar una actividad delictiva (interceptación telefónica entre terceros).

Por otro lado, la admisibilidad de una grabación realizada por un sujeto partícipe de la conversación sin el consentimiento de su interlocutor y su posterior divulgación es una problemática que a la fecha no ha sido resuelta de forma expresa por nuestro ordenamiento jurídico.

Esto implica que tanto doctrina como jurisprudencia mantengan posturas disímiles al respecto y que finalmente el asunto se termine dilucidando en un proceso jurisdiccional concreto, lo que dependerá de diversos factores. En particular, será decisiva la oposición de la parte contra quien se quiere hacer valer la grabación y la valoración que realice el magistrado respecto de la posible afectación al derecho a la intimidad.

En nuestro país no hay norma que consagre un sistema de jurisprudencia obligatoria ni aun cuando las sentencias sean reiteradas. Por lo tanto, la jurisprudencia de la SCJ no tiene efectos ante otros tribunales ni genera precedentes para la propia Corte. No obstante, resulta de sumo interés tener presente lo resuelto recientemente en un proceso penal en relación a la admisibilidad de las grabaciones inconsultas y su difusión por quien participó de la conversación.

En efecto, en el año 2019 la SCJ ha considerado que la agregación de una grabación que contenga una conversación no es prueba ilícita aun cuando no sea consentida, siempre y cuando uno de los que haya grabado sea partícipe de la misma y el que posteriormente la difunda. En este supuesto, considera la SCJ que no se estaría violando el derecho a la intimidad o a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Cabe cuestionarse si lo resuelto por la SCJ en un proceso penal es válido y extensible a cualquier otro proceso que no verse sobre materia penal. En la sentencia a estudio, la SCJ no hace referencia a ninguna excepción o atenuación por tratarse de un proceso penal, sino que maneja este análisis de admisibilidad desde una óptica general. Asimismo, la SCJ hace eco de la jurisprudencia española en materia penal que ha entendido que no existe violación al derecho a la intimidad cuando uno de los interlocutores graba y difunde una conversación que mantuvo con otro.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ABAL OLIÚ, Alejandro (2015). Derecho Procesal, Tomo IV, 2° Edición, FCU, Montevideo.

ABAL OLÍU, Alejandro (2019). "Prueba a través de grabaciones sonoras", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/2018, FCU, Montevideo.

ALVAREZ PETRAGLIA, Federico (2013). "Escuchas telefónicas, derecho a la intimidad y Estado de Derecho", en Dos estudios sobre el Debido Proceso Legal, Carlos Alvarez Editor, Montevideo.

CABRERA, Rafael (2019). "Prueba ilícita", en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Montevideo.

COUTURE, Eduardo (1990). Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3° Edición, Depalma, Buenos Aires.

DEVIS ECHANDÍA, Herando (2002). Teoría general de la prueba judicial, Tomo1, 5° Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia.

GARDERES, Santiago y VALENTIN, Gabriel (2016). Código del Proceso Penal. Comentado, 2ª ed., La Ley Uruguay, Montevideo.

JULIANO GARBARIN, Lorena (2018). "Las nuevas tecnologías y su influencia en el Derecho Laboral" en Judicatura N° 64, Montevideo.

KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, F.; CASTILLO, J. (2000); "Principios de la prueba en el sistema procesal civil", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nro. 1/2000, FCU, Montevideo.

KLETT, Selva (2014). Proceso ordinario en el Código General del Proceso, t. II, FCU, Montevideo.

KLETT, Selva (2018). "Reglas generales de la prueba" en Curso sobre el Nuevo Código

del Proceso Penal - Ley No. 19.293-", Volumen 1, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de la República, FCU, Montevideo.
LANDONI, Angel (Director), GARDERES, Santiago, GONZALEZ, María Eugenia, GOMEZ, Fernando, VALENTIN, Gabriel (2003). Código General del Proceso, Vol. 2-A, B. De F., Buenos Aires.
LANDEIRA, Raquel (2006). "Tendencias jurisprudenciales en materia de prueba ilícita en los juicios penales", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/2006, FCU, Montevideo.
LELES DA SILVA, Mariella (2019). "El documento electrónico como medio de prueba", en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Montevideo.
MATTOS, Matías; TASENDE, Ignacio (2019). "Incorporación de la prueba electrónica al proceso. Admisibilidad, producción y valoración ¿una tarea artesanal en la era digital", en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Montevideo.
MINVIELLE, Bernadette (1985). "El derecho a la intimidad y la prueba en el Proceso Penal, con especial referencia a las interceptaciones telefónicas", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/1985, FCU, Montevideo.
MINVIELLE, Bernadette (1987). "La Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 2/1987, FCU, Montevideo.
MINVIELLE, Bernadette (1987). "La prueba ilícita en el derecho procesal penal", Opúsculos de Derecho Penal y Criminología N° 25, Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, Argentina.
MONTERO, Jorge R (año). Después de la exclusión de la prueba ilícita ¿qué?. Tesis inédita con la que obtuvo el grado de Doctor en Derecho y Ciencias sociales en la Universidad Nacional de Córdoba.
PEREIRA, Santiago (2013). Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090, Universidad de Montevideo, Montevideo.
PICARDO, Sebastián; TISCORNIA, Andrés (2019). "Prueba documental y tecnología. Régimen de admisibilidad, producción y valoración de la prueba", en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Montevideo.
RISSO FERRAND, Martin (2006). Derecho Constitucional, Tomo I, 2° Edición, ampliada y actualizada, FCU, Montevideo.
ROCHA, Carolina; BARREIRA, Sebastián (2019). "Admisibilidad y valoración de los documentos electrónicos como medios de prueba. Análisis de la jurisprudencia reciente", XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Montevideo.
Sentencia Nro. SAN 973/2018 del 09/04/2018, Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Recuperado de: http://www.poderjudicial.es/stfls/AUDIENCIA%20NACIONAL/JURISPRUDENCIA/AN%20Penal%209%20abril%202018.pdf
Sentencia STS Nro. 239/2010, de 24 de marzo de 2010 dictada por el Tribunal Supremo -

Sala Segunda, de lo Penal. Recuperado de: https://supremo.vlex.es/vid/-215145715.
TARIGO, Enrique (1987). "Medios de prueba no previstos expresamente por el Código de Procedimiento Civil", Curso de Derecho Procesal del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Tomo II, 2° Edición, FCU, Montevideo.
TARUFFO, Michele (2008). La prueba, Marcial Pons, Madrid.
VALENTIN, Gabriel (2008). "Divorcio causal. Un caso práctico de prueba ilícita", Revista Uruguaya de Derecho de Familia, Vol.17, Nro.20, Montevideo.
VALENTIN, Gabriel (2014). "El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba", Revista Derecho del Trabajo, Año II, N° 3, Montevideo.
VALENTIN, Gabriel (2014). La Reforma del Código General del Proceso, FCU, Montevideo.
VALENTIN, Gabriel (2017). "Las reglas para determinar la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso jurisdiccional", en VV.AA., Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, "La prueba en el proceso", La Ley Uruguay, Montevideo.
VESCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMON, Luis M., PEREIRA, Santiago (1998). Código General del Proceso, Tomo 4, Abaco, Buenos Aires.

Fecha de recepción: 25 de mayo 2020
Fecha de aceptación: 3 de junio 2020.

LA ESTACIÓN CENTRAL "GENERAL ARTIGAS" Y UN PROCESO INCIDENTAL INCONSTITUCIONAL.
Reflexiones procesales sobre la sentencia de la SCJ Nº 17/2020.

"GENERAL ARTIGAS" CENTRAL STATION AND AN INCONSTITUTIONAL INCIDENTAL PROCEEDING .
Procedural thoughts on the Supreme Court of Justice's judgment N° 17/2020.

A ESTAÇÃO CENTRAL "GENERAL ARTIGAS" E UM PROCESSO INCIDENTAL INCONSTITUCIONAL.
Reflexões processuais sobre o julgamento do Tribunal Supremo de Justiça Nº 17/2020.

*Sebastián Picardo González**

RESUMEN. El presente, es un trabajo analítico de la sentencia N°17/2020 de fecha 6 de febrero de 2020, a través de la cual, la Suprema Corte de Justicia (en adelante, SCJ) por mayoría debidamente integrada declaró inconstitucional al artículo 266 de la Ley 19.535 (Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al ejercicio del año 2016), en base a motivos de índole procesal. De acuerdo a la estructura de este trabajo, primero se describe en forma genérica el contenido de la norma y el tracto procesal establecido en la misma, y finalmente analizo cada uno de los argumentos fundantes de la decisión de la mayoría y de los Ministros discordes.

ABSTRACT. This is an analytical review of judgment No. 17/2020 dated February 6, 2020whereby the Supreme Court of Justice declared the unconstitutionality of Section 266 of Law 19,535 (Accountability and Bugetary Implementation Act applicable to the year 2016), on the grounds of procedural reasons. According to the structure of this paper, the provision's content and procedural features are first generically described , and the arguments of the majority decision and dissenting judges are finally analyzed.

RESUMO. Trabalho analítico do julgamento nº 17/2020, de 6 de fevereiro de 2020, por meio do qual o Supremo Tribunal de Justiça declarou inconstitucional o artigo 266 da Lei 19.535 (Lei de Prestação de Contas e Execução Orçamentária aplicável ao ano 2016), por razões processuais. De acordo com a estrutura deste trabalho, primeiro o conteúdo do artigo e sua estrutura processual se descrevem de maneira genérica e, finalmente, se

*Abogado, egresado de la Universidad de la República Oriental del Uruguay (UDELAR); Asociado en Guyer & Regules; Aspirante a Profesor adscripto de Derecho Procesal I y II en la UDELAR; Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture (AUDP); Miembro del Comité Ejecutivo de Very Young Arbitration Practioners Uruguay (URUVYAP). E-mail: spicardo@guyer.com.uy; spicardo@adinet.com.uy.

analisam os argumentos da decisão majoritária e da discórdia.

PALABRAS CLAVE. Rendición de cuentas; legitimación; inconstitucionalidad; debido proceso; igualdad.
KEYWORDS. Accountability; lack of legal standing; unconstitutionality; equality; due process.
PALAVRAS CHAVE. Prestação de contas; legitimação; inconstitucionalidade, devido processo; igualdade.

I. SINTESIS DEL CASO.

El caso que se comenta en este trabajo analítico, se enmarca en un proceso ordinario de conocimiento por resolución de contrato, en base a un presunto incumplimiento contractual que involucra a empresas particulares, sociedades anónimas del Estado y organismos públicos.

La demanda fue promovida por la empresa adjudicataria del proyecto "Plan Fénix" (en adelante; "la adjudicataria" o "la excepcionante", indistintamente) consistente en la ejecución de obras en la Estación Central "General Artigas" y su "Playa de Maniobras" (en adelante; "la Estación"), que fue concedida a su favor luego del correspondiente proceso licitatorio. Uno de los contratos cuyo incumplimiento se reclama, regulaba la concesión de la Estación.

Previo a la audiencia preliminar, compareció en el proceso el Poder Ejecutivo (en adelante; "PE") al amparo de lo dispuesto por el artículo 266 de la Ley N° 19.535* (en adelante; "La Ley") y solicitó la entrega en custodia de los bienes inmuebles correspondientes a la Estación.

El Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13° Turno, accedió al requerimiento del PE y dispuso la entrega de los bienes en su custodia. En virtud de ello, la empresa adjudicataria opuso excepción de inconstitucionalidad del artículo 266 de la Ley (Cf. Art. 258.2 de la Constitución de la República en adelante; "la Constitución"). En el mismo acto, también dedujo incidente de recusación, recurso de apelación y nulidad del acto de ejecución forzada.

Finalmente, previo el trámite procesal de estilo, la SCJ debidamente integrada y por mayoría, resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda de inconstitucionalidad, a través del dictado de la sentencia N°17/2020 de fecha 6 de febrero de 2020.

Textualmente, el dispositivo de la sentencia establece: "1) Acógese parcialmente la demanda de inconstitucionalidad promovida por vía de excepción y, en su mérito: declárase la inconstitucionalidad de los incisos segundo a sexto del artículo 266 de la ley 19.535 y su consecuente inaplicabilidad en esta causa (…); 2) Desestimase la demanda de inconstitucionalidad en lo demás; 3) Comuníquese al poder legislativo lo aquí resuelto, con copia de esta sentencia…" (el destacado me corresponde).

II. LA NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL.

En el presente apartado, expongo en forma breve y con una finalidad meramente descriptiva, las características generales del artículo 266 de la Ley, y la estructura procesal especial, que prevé para la tramitación de una pretensión específica, de un sujeto en particular; el PE.

(i) Consideraciones generales.

La norma cuya inconstitucionalidad finalmente fue declarada por la SCJ, establece:

I) "Facultase al Poder Ejecutivo a solicitar al órgano judicial que entienda en el proceso que se sigue por la concesión de la Estación Central "General Artigas" y en cualquier estado de la causa, la entrega en custodia del bien inmueble objeto del referido proceso, en función de su carácter patrimonial.

II) El Tribunal competente, previa petición fundada, dispondrá la entrega del mismo dentro del plazo de tres días. Si el bien no fuere entregado al peticionante en el referido plazo, a contar desde la intimación que se realice, podrá promoverse la ejecución forzada de la obligación, a cuyo efecto el Tribunal cometerá al Alguacil la diligencia de entrega, sin más trámite.

III) Las resoluciones que recaigan, no admitirán recurso alguno, salvo las que nieguen la entrega.

IV) En todo caso, la sentencia definitiva determinará las responsabilidades que puedan derivarse de este procedimiento, así como los daños y perjuicios que se ocasionen.

V) El presente artículo tendrá vigencia a partir de la promulgación de la presente ley" (el destacado me corresponde).

Desde la promulgación de la Ley –e incluso antes de la misma-, esta disposición ha sido objeto de múltiples y profundas críticas de toda índole*. Tan es así, que ello motivó a una minuciosa revisión previa en el ámbito legislativo y su redacción final es visiblemente diferente de aquella contenida en el artículo 268* del Proyecto original que fuera sometido a discusión parlamentaria.

Comparto plenamente los dichos del Dr. Edgardo Ettlin (ETLLIN, Noviembre 2017), en cuanto a que; "en líneas generales y en una aproximación estrictamente superficial, este texto del ahora "artículo 266" está mejor redactado técnicamente y es más preciso que la versión proyectada por el otro "artículo 268"; aparte, es más feliz".*

Sin embargo, la redacción actual también contiene vicios notorios y plantea algunas dificultades en la práctica procesal. Ya no se trata de una cuestión de redacción o de técnica legislativa, sino de su contenido.

Independientemente de las cuestiones procesales establecidas en la norma, se ha dicho en doctrina, que el artículo transcripto es inconstitucional -principalmente- por razones de orden formal. Los autores que analizaron la cuestión (previo al dictado de la sentencia

que se comenta), coincidieron en que la disposición legal escapa a cualquier concepto de; "materia presupuestal" y, en consecuencia, es contraria a lo dispuesto en los artículos 214 y 216 de la Constitución.

Este aspecto de carácter formal, no fue relevado en el proceso de inconstitucionalidad. Empero, es igualmente ilustrativo a fin de dimensionar las controversias que se han generado en torno a este artículo, desde la entrada en vigencia de Ley. No solo por su peculiar contenido procesal, sino también, por razones de ubicación en la sistemática de una la Ley presupuestal (cf. Art. 256 de la Constitución).

(ii) El tracto procesal del incidente creado por el artículo 266 de la Ley.

El artículo 266 de la Ley, crea un proceso incidental especial, para la tramitación de una pretensión específica de naturaleza cautelar, que únicamente puede promover el PE en base a una legitimación especial que le confiere la Ley.

El ejercicio del derecho de acción del PE en este caso, está limitado. Es decir, la pretensión podrá articularse sólo en aquellos procesos judiciales que se encuentren en curso -y hasta la conclusión de la causa-, cuyo objeto del proceso, tenga como común denominador; la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses vinculados a la concesión de la Estación.

La intervención del PE en estos procesos, será en calidad de "tercero excluyente". Esta figura, si bien está regulada en los artículos 49 y 334.3 del Código General del Proceso (en adelante; "CGP"), para este caso en particular, el legislador optó por otorgarle al trámite procesal, una estructura particular. Del mismo modo, también se previó un régimen impugnativo especial, entre otras características que son relevadas por la SCJ en su sentencia y que se verán infra.

En cuanto a la naturaleza de la pretensión y la finalidad de este proceso especial, suscribo las afirmaciones realizadas por el Dr. Edgardo Ettlin, en cuanto a que; "a diferencia del anterior "artículo 268" del Mensaje del Poder Ejecutivo, ya este artículo 266 de la Ley No. 19.535 no es autosatisfactivo y ahora su alcance pasó a ser netamente cautelar "lato sensu", porque lo que se peticiona como entrega es una custodia esencialmente temporal, aun cuando pueda no tener un tiempo determinado. En todo lo que no prevé especialmente, se impone en defecto el Código General del Proceso, especialmente las normas atendibles para las medidas cautelares" (ETLLIN, Noviembre 2017).

Agrega el autor, que: "En rigor de verdad, esta custodia participa del régimen del secuestro y de las medidas cautelares. El Poder Ejecutivo quedará como un secuestre de cosa inmueble (arts. 2285 a 2291 del Código Civil), con el deber de conservar la cosa y rendir cuentas cuando deba entregarla a quien resulte ser adjudicatario o al Juez…" (ETLLIN, Noviembre 2017).

En este escenario, y atento a que el artículo en cuestión no prevé la exigencia de requisitos especiales de procedencia y admisibilidad, "el fundamento de la pretensión" al que refiere

–en forma incipiente- la norma, deberá contener ineludiblemente alguna referencia a los requisitos de la medida cautelar "estricto sensu" establecidos en el artículo 312 del CGP. En virtud de su naturaleza cautelar, previo el control sumario de estos requisitos, el Tribunal "dispondrá la entrega del mismo dentro del plazo de tres días" al PE. Dicha sentencia es de naturaleza interlocutoria y debe ser dictada "in audita altera pars" (cf. Art. 315.1 del CGP). La sentencia que recaiga en el asunto, únicamente podrá ser recurrida por el PE, si la misma rechazara la requisitoria. En cambio, si la sentencia acoge la pretensión del PE, será irrecurrible.

Una vez firme la sentencia, si el inmueble no es entregado al PE en el plazo previsto por la Ley, el PE podrá solicitar su ejecución forzada y la resolución final del Juez será materializada por el Alguacil de la Sede.

Finalmente, particular atención merece el penúltimo inciso de la norma comentada, en tanto establece que: "En todo caso, la sentencia definitiva determinará las responsabilidades que puedan derivarse de este procedimiento, así como los daños y perjuicios que se ocasionen" (el destacado me corresponde).

Entiendo que, con la referencia a la "sentencia definitiva", la norma alude a la decisión que resuelve y pone fin al proceso principal*. Conforme acabo de señalar, la sentencia que resuelve el incidente creado por la norma, tiene naturaleza interlocutoria, no definitiva.

En este entendido, el contenido de la norma admite dos posibles interpretaciones:

a) La primera, es sostenida por el Dr. Edgardo Ettlin (ETLLIN, Noviembre 2017), quién entiende que lo establecido en la norma significa; "Que cuando se dicte la sentencia definitiva correspondiente en estos litigios relacionados con el Plan Fénix en que se decida quién de las partes quedará con (o en su caso deberá devolvérsele) la Estación Central, si el tribunal observare que el Poder Ejecutivo con petición de custodia o en su gestión hubiere ocasionado un trastorno innecesario, perjudicado o hubiere sido omiso o negligente en la conservación de dicho bien, deberá determinar una indemnización en favor del afectado quien corresponda, lo que es una consecuencia también del art. 24 de la Constitución" (el destacado me corresponde) (ETLLIN, Noviembre 2017).

Esta posición, es también adoptada por los Sres. Ministros que conforman la discordia conjunta de la sentencia que se comenta.

b) Entiendo que otra posible interpretación, podría ser que el significado de la disposición legal se traduce en que; en la sentencia que resuelve el proceso principal (en la especie; sobre el incumplimiento contractual alegado por la adjudicataria), también se resuelve sobre las posibles y eventuales responsabilidades, daños y perjuicios que pudieran derivarse del procedimiento incidental, atribuible a todos los sujetos del proceso incidental (interesados principales), no solo al PE.

Esta interpretación, según se verá a continuación, es adoptada por los Sres. Ministros que integran la mayoría, como uno de los fundamentos de la legitimación del excepcionante.

En cualquiera de las dos interpretaciones, el objeto del proceso en concreto, fijado oportunamente en la audiencia preliminar (cf. Art. 341 del CGP) celebrada en el proceso principal, resulta ampliado por imperio legal a raíz de un proceso incidental promovido por un tercero.
En principio, ello no es una anomalía y puede no ser un problema. Por su carácter flexible y dinámico, el objeto del proceso puede verse ampliado o restringido en función de las vicisitudes propias y las circunstancias del proceso. No obstante, su atipicidad se verifica en el origen de dicha ampliación; un proceso incidental.

III.- LOS MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD RESULTA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

No obstante, lo señalado en el apartado que antecede, pretendo realizar aquí, un análisis conciso de las cuestiones procesales que generan controversia, y que han motivado la adopción de diferentes posturas en los propios Ministros de la SCJ.
En particular, se analizan en este apartado; i) la legitimación activa de la empresa adjudicataria para oponer la excepción de inconstitucionalidad y; ii) cada uno de los principios y/o derechos de carácter procesal con raigambre constitucional, cuyo examen sobre su posible vulneración, integró el objeto del proceso de inconstitucionalidad, a excepción de aquellos que si bien fueron planteados por el excepcionante, su examen no formó parte de la decisión final de la mayoría, ni de la discordia planteada.
A.- Argumentos de los Ministros que integran la mayoría.
En el presente sub-apartado se verán los principales argumentos en que se fundaron los Sres. Ministros; Dres. Doris Morales, Sylvia De Camilli y Luis Tosi Boeri, quienes conformaron la mayoría para el dictado de la sentencia y en virtud de los cuales, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 266 de la Ley.
i) La legitimación activa de la Adjudicataria.
Conforme surge del artículo 258 de la Constitución, tiene legitimación activa para promover (por las vías anunciadas en dicho artículo) la inconstitucionalidad de una ley o la inaplicabilidad de alguna de sus disposiciones "todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo" (el destacado me corresponde).*
Con un criterio general y abarcativo de todos los requisitos enunciados, señalan los Sres. Ministros de la SCJ que integran la mayoría, que: "…en lo medular, la norma atacada se tacha de inconstitucional por violar el derecho al debido proceso, el cual comprende el derecho de las partes a recibir igual trato en juicio. Desde este punto de vista, basta que quien pretende la declaración de inconstitucionalidad tenga la calidad de parte del proceso en el cual recibiría un trato desigual, para tener interés en la impugnación de la regularidad constitucional de la norma, a los efectos de obtener así su inaplicabilidad en

su caso. Como es sabido, el derecho fundamental al debido proceso es un derecho que tiene cualquier sujeto de derecho por su calidad de parte en un proceso, con abstracción de si tiene razón o no en cuanto al fondo del proceso en el que participa" (el destacado me corresponde).

En otras palabras, siempre que la norma cuya inconstitucionalidad se pretenda, tenga un contenido esencialmente procesal y se impugne por violación a principios los que informan el proceso, (ej. "debido proceso"), la calidad de parte procesal es suficiente para acreditar el interés calificado que requiere la legitimación conforme a lo establecido en la Constitución.

Seguidamente, en términos más específicos, los Sres. Ministros integrantes de la mayoría, analizan cada uno de estos requisitos en particular, de acuerdo a la plataforma fáctica y jurídica del caso que fue sometido a su decisión.

Sobre el "interés directo"; expresaron los Sres. Ministros que: "En el caso, es claro que se verifica un supuesto de interés directo, por cuanto (la empresa ***) está comprendido en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma. Ciertamente, tal como surge de la norma y de estas actuaciones, la excepcionante es parte en el proceso previsto por el artículo 266 de la ley 19.535".

Sobre el "interés personal"; los Sres. Ministros señalaron que: "…es claro que el interés tiene la nota de "personal", ya que afecta a (***) y no a otro sujeto o sujetos. Es (***) quien debe acatar que se inserte en el proceso del que es parte actora un proceso incidental sui generis, en virtud del cual, sin su intervención, se resuelve nada más y nada menos que sobre la tenencia de un inmueble clave en este juicio y, además, sobre cuestiones que pueden determinar su responsabilidad -recuérdese que por el peculiar inciso quinto del aún más peculiar artículo 266, el Juez de la causa puede condenar a (***) por las resultancias de un proceso incidental en el que no se previó su participación".

Por último, explicaron los Sres. Ministros que el "interés legítimo" es aquel que "no es contrario a Derecho", y en la especie, se verifica por lo siguiente:

"(***) tiene la calidad de parte en un proceso en el cual la norma tachada de inconstitucional es incuestionablemente aplicable y ha sido aplicada (…) datos suficientes a juicio de la Corte para concluir indubitablemente en la legitimación activa de la excepcionante atento al tenor de su pretensión. Máxime cuando, como se lo ha señalado antes y surge del resumen de la demanda de inconstitucionalidad: (i) las normas constitucionales que se reputan violadas son, entre otras, las que aseguran a todo habitante el derecho al debido proceso, a recibir como parte en un juicio igual tratamiento que la contraria (…); y, (ii) las normas impugnadas habilitan a que, en un incidente promovido por un tercero en el que no participan las partes del proceso principal, se decida: (a) sobre un aspecto del objeto de ese proceso principal; y, (b) sobre una eventual condena derivada de lo decidido en ese proceso incidental, condena que afectaría a quien, repito, no ha sido parte del proceso

incidental que le da mérito" (el destacado me corresponde).
Aquí se vislumbra con claridad, cual es la postura que ha asumido la SCJ frente a las dos posibles interpretaciones del penúltimo inciso de la norma. Contrariamente a la primera posición –que fuera sostenida por el Ministro Edgardo Ettlin y los Ministros discordes-, entiéndase; "la responsabilidad del PE derivada de la negligente custodia de los bienes", la SCJ –en mayoría- entiende que la norma refiere a la eventual responsabilidad de cualquiera de los sujetos del proceso, que pudiera derivarse del proceso incidental.
ii) El debido proceso.
El debido proceso legal, está recogido en diversos artículos de nuestra Constitución (cf. Arts. 7, 12, 18, 19, y 23 de la Constitución). Ello, sin perjuicio de su consagración especial en múltiples disposiciones legales (de fuente interna, ej.: art. 11 del CGP, y Supranacional, ej.: art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos),
En algunos artículos, el constituyente previó una regulación específica y en otros, su consagración surge de forma más bien genérica, en el marco de los derechos esenciales recogidos en la Constitución. Las diferentes manifestaciones de este principio que no estén expresamente regulados, adquieren también el mismo rango y protección, en base al bloque de constitucionalidad (cf. Arts. 72 y 332 de la Constitución).
Señala Barrios de Angelis que el debido proceso; "…no se trata de un principio singular, que manifiesta la política del normador, respecto de una conexión particularizada, sino de algo diferente: la síntesis de todos los principios procesales, en el marco del principio constitucional de igualdad de las partes ante la jurisdicción…" (BARRIOS DE ANGELIS, 1989).
En este sentido, en el análisis de su posible infracción, la SCJ parte de la base del principio de igualdad procesal, como una de las principales manifestaciones del debido proceso.
Siguiendo las enseñanzas del Maestro Eduardo J. Couture, señalan los Sres. Ministros que: "…como lo enseñó Couture en términos que mantienen su absoluta vigencia, que la garantía del debido proceso, en cuanto se refiere a las actuaciones judiciales, consiste en una razonable oportunidad de hacerse escuchar, constituida por una notice [conocimiento del juicio] y una hearing [oportunidad para ser escuchado]; esta razonable oportunidad de hacerse escuchar significa, en definitiva, asegurar al demandado "su día ante el tribunal" (el destacado me corresponde).
Aplicado al caso concreto, la SCJ fundamentó su decisión en cuanto a la violación del debido proceso, en base a dos argumentos concretos: i) que la norma habilita la resolución en el incidente sobre una cuestión involucrada en el proceso principal y; ii) que la norma habilita la determinación de responsabilidades y la imposición de una eventual condena, derivada de un procedimiento que –dada su naturaleza cautelar- el sujeto -eventualmente- condenado por dicha sentencia, no pudo defenderse.
En cuanto al primer argumento, señaló la SCJ que: "En el proceso incidental innominado

del artículo 266 se resuelve sobre la tenencia de la Estación Central, aspecto involucrado en el objeto del proceso principal de conocimiento, desde que, por ejemplo, hay pretensión deducida fundada en el resarcimiento de los gastos derivados de la tenencia del icónico inmueble (de su custodia). (…). En ese proceso incidental innominado se resolverá sobre una cuestión que incide en el objeto del proceso principal y en la situación jurídica de (***) sin escucharla, sin darle la posibilidad de ser oída en juicio".

En cuanto a lo segundo, señaló la SCJ que: "La norma impugnada, entonces, habilita a que tanto (***) como sus contrarias, (***), sean condenados en la sentencia definitiva del proceso principal en función de lo que acontezca en un proceso incidental en el cual la ley les veda participar" (El destacado me corresponde).

Concluyen los Sres. Ministros, que: "Este solo aspecto también es suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la norma, por ser flagrantemente violatoria del derecho al debido proceso, al posibilitar que se resuelva sobre derechos de una parte sin que se la oiga en forma previa".

iii) El principio de igualdad.

La igualdad en el trato procesal de los litigantes es –como se dijo más arriba-, una de las tantas manifestaciones del debido proceso legal. Por ello, en lo medular, la SCJ se remite a las consideraciones ya realizadas en torno al tratamiento de dicho principio con carácter general.

No obstante, por su consagración especial en el artículo 8 de la Constitución y las particularidades que presenta el régimen recursivo establecido en la norma impugnada, el principio de igualdad procesal fue especialmente analizado en un apartado autónomo del "Considerando" de la sentencia.

Al respecto, vale recordar el texto del artículo 266 de la Ley, en cuyo inciso cuarto establece que: "Las resoluciones que recaigan, no admitirán recurso alguno, salvo las que nieguen la entrega" (el destacado me corresponde).

No hay aquí una única instancia prevista expresamente por la Ley (cf. 22.3 del CGP), sino una limitación al principio de "doble instancia" como garantía procesal, que se encuentra condicionada a lo que establezca el dispositivo de la sentencia de primera instancia. En otras palabras; si la sentencia es favorable al PE no será recurrible y si lo será, en caso contrario. El PE puede interponer cualquier recurso a excepción de la casación, por el contenido cautelar de la resolución judicial (cf. Art. 269.1 CGP).

La SCJ se limitó en cuanto a este punto a recoger y transcribir la posición de los Dres. Luis Torello y Jorge Marabotto (ex Ministros de la SCJ), quienes oportunamente y en múltiples sentencias, han expresado el carácter inconstitucional de normas cuyo contenido es análogo o similar al art. 266.4 de la Ley.

En resumen, en cita al Dr. Jorge Marabotto, la SCJ expresó que: "Si bien se ha expresado que las '... apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un procedi-

miento', al privar a una de las partes del ejercicio de esa potestad de impugnar una sentencia definitiva, crea un privilegio en favor de una de ellas en perjuicio de la otra. Cuando, en realidad, para mantener un tratamiento igualitario o una tutela semejante, corresponde que ambas puedan recurrir o - en todo caso - no lo pueda hacer ninguna de ellas…".

La SCJ, también transcribió los dichos de Luis Torello en cuanto a que: "El principio que establece la Carta en el texto citado, se traduce, en materia procesal, en el principio de igualdad de las partes en el proceso, que es notoriamente transgredido por la Ley, al conceder la posibilidad de apelar a una sola de las partes, ya que siendo el recurso de apelación una garantía procesal, no se puede, sin violar el principio de igualdad ante la Ley, negar esa garantía a la otra parte…".

Las consideraciones precedentes, son para los Sres. Ministros integrantes de la mayoría, motivos suficientes para declarar la inconstitucionalidad de la norma. La SCJ entonces, no ingresó al análisis de los demás agravios deducidos por la excepcionante; i) la presunta violación de "la separación de poderes" y; II) la "prohibición del juicio por comisión". Estas cuestiones tampoco no fueron objeto de análisis en la discordia planteada en la sentencia y por tanto, no corresponde su análisis en este trabajo.

B.- Argumentos expuestos en la discordia.

En este sub-apartado, analizaré los principales argumentos en que se fundaron los Señores Ministros; Dres. Bernadette J. Minvielle y Eduardo J. Turell Araquistain, quienes extendieron discordia conjunta a la sentencia que se comenta. En concreto, se plantea en la discordia la falta de legitimación activa de la excepcionante, siendo ello –a juicio de los Sres. Ministros-, motivo suficiente para desestimar la inconstitucionalidad promovida por vía de excepción.

El fundamento de la discordia se concentra en dos argumentos concretos.

i) En primer lugar, a diferencia de lo sostenido por los Sres. Ministros que conforman la mayoría, se afirma en la discordia que el interés –calificado con las notas de; "directo, personal y legítimo"- que exige la Constitución, no se verifica en la calidad de parte procesal, sino en la relación sustantiva en el marco de la cual es aplicada la norma que se tacha de inconstitucional.

En este sentido, expresan los Ministros discordes que: "Entendemos que todo el planteo por parte de (***), y sus agravios derivan de los alegados derechos que posee sobre los referidos inmuebles".

En virtud de ello y en base a que la titularidad de los inmuebles cuya custodia le fue otorgada al PE, no pertenece a la parte actora, sino a terceros, entienden los Ministros discordes que: "…no se vislumbra fehacientemente el interés directo, personal y legítimo de (***) a los efectos de la desaplicación de la referida norma, en el entendido de que los padrones objeto de autos, fueron entregados en custodia al Poder Ejecutivo a los efectos de su conservación".

El argumento parte de una premisa lógica y razonable; la legitimación causal. Sin embargo, -y sin perjuicio de lo opinable del tema-, entiendo más acertada la decisión de la mayoría. En efecto, la cuestión de fondo relativa a la titularidad y tenencia de los bienes objeto del proceso, podrá tener o no incidencia en la resolución final del proceso incidental (y eventualmente también en el principal), pero cuando lo que se discute es la constitucionalidad de un proceso creado por una ley especial (como ocurre en el caso), el interés se traduce en la sola calidad de parte de ese proceso concreto.

Dicho de otra manera, el interés directo, personal y legítimo en esta hipótesis, subyace a cualquier sujeto "principal" del proceso, por el sólo hecho de ser parte del mismo y que los efectos de los actos procesales se le imputan en carácter de interesado principal.

ii) En segundo lugar, nuevamente se destaca la importancia de la redacción –poco precisa- del penúltimo inciso del artículo 266 de la Ley, que da lugar a las dos interpretaciones diferentes.

Los Ministros discordes, se afilian a la posición que –según vimos- sostiene el Ministro Edgardo Ettlin. Es decir; "la disposición legal alude a la responsabilidad del PE derivada de los daños o deterioros causados por su negligencia en la custodia de los bienes".

En este sentido, expresan los Sres. Ministros discordes que: "A diferencia de lo sostenido por los Sres. Ministros que conforman la mayoría (…), consideramos que dicho inciso debe interpretarse, en lo que refiere a "este procedimiento" (el incidental por el cual se otorga la custodia de los bienes al Poder Ejecutivo), en que la sentencia definitiva determinará las responsabilidades y perjuicios causados a raíz de una "indebida" custodia y no la responsabilidad del afectado por dicho procedimiento".

También en este punto –sin perjuicio de las diferentes opiniones existentes-, concuerdo con la posición de los Sres. Ministros que conforman la mayoría. Entiendo que, si la voluntad del legislador hubiera sido la determinación de la responsabilidad del PE por la custodia de los bienes, lo hubiera establecido expresamente. En este sentido, el legislador debió referir a las responsabilidades que puedan derivarse de la custodia del inmueble, no ya del procedimiento incidental como establece la norma.

A mayor abundamiento, la norma refiere a "las responsabilidades que puedan derivarse del procedimiento", lo que también da lugar a pensar que; hace alusión a una conducta intra-procesal atribuible a cualquiera de las partes involucradas en el proceso, no ya a la actitud del PE frente a su obligación de custodia. Máxime, cuando desde el punto de vista técnico, el término "procedimiento" no es sinónimo de "proceso" en el ámbito jurisdiccional.*

A modo de ejemplo, la no entrega del inmueble en el plazo establecido por la ley desde el dictado de la sentencia, -sin perjuicio de la ejecución forzada que debe ser solicitada por el PE-, podría generar responsabilidad. Lo mismo ocurre en la realización de cada acto procesal y su cumplimiento, cuando la parte involucrada no cumple con el "estándar de

buen litigante" establecido a texto expreso en el artículo 5 del CGP.

IV.- CONCLUSIONES.

La relevancia de la sentencia que se comenta y el análisis crítico que pretendo realizar en este trabajo, excede a sus implicancias en el caso concreto. La consagración de este tipo de normas en leyes presupuestales, es habitual y la lógica indica que seguirá ocurriendo (ETLLIN, Noviembre 2017).

No está en discusión la voluntad del legislador de tutelar y salvaguardar a través de este tipo disposiciones legales, la conservación de bienes que integran el patrimonio común de todos los habitantes de la República. Sin dudas la norma es loable en este sentido.

Sin embargo, de cara a la redacción de futuras normas con contenido similar, entiendo conveniente considerar en especial este precedente y buscar alternativas que no pongan en riesgo las garantías procesales de los justiciables.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

BARRIOS DE ANGELIS, D. (1989). El Proceso Civil. Montevideo.

COUTURE, E. (1989). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Montevideo.

ETTLIN, E. (Noviembre 2017). Novedades procedimentales con vocación de eternidad, en la rendición de cuentas y balance de gestión presupuestal correspondiente al ejercicio 2016. Blog personal del autor.

ETTLIN, E. (Julio 2017). Análisis del artículo 268 del Proyecto de Rendición de cuentas y balance de gestión presupuestal 2016. Blog personal del autor.

VALENTIN, G. (2013). Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo. Montevideo

Fecha de recepción: 19 de mayo 2020.
Fecha de aceptación: 22 junio 2020.

Conferencia Magistral

EL ROL DE LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO EN LA NUEVA AGENDA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS DESAFÍOS REGIONALES EN EL SIGLO XXI. HOMENAJE A HÉCTOR GROS ESPIELL*

THE ROLE OF OMBUDSMAN'S OFFICES IN THE NEW HUMAN RIGHTS ANGENDA AND REGIONAL CHALLENGES IN THE 21st CENTURY. A TRIBUTE TO HÉCTOR GROS ESPIELL

O ROL DAS DEFENSORIAS DO POVO NA NOVA AGENDA DOS DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS REGIONAIS NO SÉCULO XXI. HOMENAGEM AO Dr. HÉCTOR GROS ESPIELL

*Carlos Contenla***

I

Entre los días 2 y 4 de junio de 1983, en ocasión de conmemorarse el bicentenario del nacimiento del libertador Simón Bolívar, se realizó el primer coloquio hispanoamericano sobre la figura del Ombudsman. Se lo tituló El Ombudsman para América Latina. Fueron jornadas de intenso trabajo que tras varias disertaciones y posteriores debates concluyeron con la creación del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensor del Pueblo, hoy Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensorías del Pueblo (ILO).

*Conferencia Magistral dictada en el marco del Seminario Regional sobre el "Rol de las Defensorías del Pueblo en la nueva agenda de los Derechos Humanos y sus desafíos regionales en el siglo XXI", llevado a cabo en la Facultad de Derecho UDELAR el 6 de diciembre 2019 en el marco del X homenaje a su fallecimiento. El Seminario fue organizado por ILO y contó con el apoyo de la INDDHH y el auspicio de la Defensoría de las Vecinas y Vecinos de MVD; la Facultad de Derecho de la UDELAR. En el marco de dicho Seminario fue instalado el CAPÍTULO URUGUAYO del Instituto Latinoamericano del ILO, en Asamblea realizada en el Palacio Legislativo el mismo día 6 de diciembre de 2020.

---

*Conferencia Magistral dictada en el marco del Seminario Regional sobre el "Rol de las Defensorías del Pueblo en la nueva agenda de los Derechos Humanos y sus desafíos regionales en el siglo XXI", llevado a cabo en la Facultad de Derecho UDELAR el 6 de diciembre 2019 en el marco del X homenaje a su fallecimiento. El Seminario fue organizado por ILO y contó con el apoyo de la INDDHH y el auspicio de la Defensoría de las Vecinas y Vecinos de MVD; la Facultad de Derecho de la UDELAR. En el marco de dicho Seminario fue instalado el CAPÍTULO URUGUAYO del Instituto Latinoamericano del ILO, en Asamblea realizada en el Palacio Legislativo el mismo día 6 de diciembre de 2020.

**Presidente Emérito del Instituto Latinoamericano del Ombudsman. Defensor del Pueblo de Vicente Provincia de Buenos Aires 1999-2009. Ex profesor de la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado de la materia Defensorías del Pueblo en la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: crconstenla@gmail.com

**Presidente Emérito del Instituto Latinoamericano del Ombudsman. Defensor del Pueblo de Vicente Provincia de Buenos Aires 1999-2009. Ex profesor de la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado de la materia Defensorías del Pueblo en la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: crconstenla@gmail.com

Quienes habían programado y organizado aquél ya lejano encuentro, resolvieron que la conferencia referencial, introductoria al tema del Ombudsman, estuviera a cargo del Dr. Héctor Gros Espiell. Años más tarde el mismo Gros Espiell, que había sido el primer conferenciante de ILO, llegaría a ser su presidente.

Puede decirse de este modo, que la palabra de Gros Espiell fue institucionalmente la primera que planteó las razones, el sentido y la oportunidad para que hubiese un Ombudsman en Latinoamérica.

Es así entonces que el ILO, se honra estando presente hoy en Montevideo, para rendir homenaje, a diez años de su fallecimiento, a uno de sus fundadores, a uno de sus presidentes y a uno de los que primero laboró desde la tribuna de su saber, la construcción de las defensorías del pueblo de nuestra América.

No vengo a hacer la semblanza de Gros Espiell. Otros –quienes lo conocieron más- lo podrán hacer con mayor autoridad. Sólo estuve con él una mañana en su casa de Pocitos cuando, acompañado por mis apreciados amigos Álvaro Garcé, entonces Comisionado Parlamentario para el Sistema Penitenciario y Fernando Rodríguez, Defensor de los Vecinos de Montevideo, fui a ofrecerle en nombre de la Directiva de ILO, integrar su Consejo Honorario.

Tengo en mi poder, por la diligencia archivística de quien fue nuestro Secretario General por décadas, el ingeniero Isaac Hochman, el texto de la presentación de Gros Espiell y en torno a sus ideas y valoraciones sobre esta institución, desarrollaré mi exposición, porque creo que a diez años de su fallecimiento, es una demanda ética y de toda justicia trasmitir con la mayor fidelidad, qué pensaba el gran jurista uruguayo de esta institución cuando era aún nonata.

Los conceptos que escucharán son las palabras iniciales de una institución que después se desarrollaría en todo el continente. Por momentos tienen la certeza que alimenta el saber y en otros las vacilaciones que anima la duda, tan científico uno como la otra. Pero siempre señalando un hilo conductor que atado en los cimientos de la República, conducen al derecho y la libertad empleando dos conceptos que eran para él primordiales para la convivencia en sociedad.

A treinta y seis años de distancia puede resultar fácil señalar discrepancias crecidas al calor de la historia misma de la institución como de otras miradas sobre su naturaleza jurídica y la visión sociológica que atempera el rigor del derecho. Pero no hallé en el texto un solo anacronismo, ni una verdad a medias, ni una opinión que nos obligue a mirar hacia otro lado. Tómense entonces mis palabras como un sentido de homenaje, de valoración

jurídica y de reconocimiento hacia quien hizo ciencia con el derecho y, en su caso particular, una forma de vida.

II

Se pregunta Gros de forma liminar si es posible, útil y necesario pensar en la adopción de un Ombudsman, "en esta América difícil y conflictiva, desgarrada por hondos y seculares problemas políticos, económicos y sociales, con graves crisis institucionales, agónica en una palabra, en la acepción de agonía como concepto de lucha vital y de búsqueda angustiosa, que Unamuno rescató para nuestro idioma común".

Advierte que este instituto se ha difundido y adoptado en "países de muy diversos grados de cultura, tradición jurídica y ubicación geográfica", dejando entrever la duda que plantea su recepción en nuestro continente. Se debe tener presente que a ese momento, no existía ningún ombudsman en América Latina. Pero hace aquí su primera acogida al afirmar que "Cada día se comprende mejor que su establecimiento responde excepcionalmente bien a muchas de las circunstancias que caracterizan hoy las consecuencias del creciente desbordamiento de la actividad administrativa, de las crisis de los sistemas tradicionales de control jurisdiccional y de la necesidad de una mejor, más simple, menos formal, más rápida y más eficaz defensa de los derechos de los individuos frente al poder público". Hoy podríamos discutir algunos aspectos de esta definición, pero en el tiempo en el que es dicha es impecable. Más aún, diríamos hoy que le faltan cosas, pero que no le sobra nada.

Gros Espiell se da tempranamente cuenta que la misión del ombudsman supera a una época, a un sistema o a un modelo, de alguna manera escapa a la versión dogmática del ombudsman clásico, al emparentarlo con otras épocas, con otros sistemas o con otros modelos. Así alude a la Prokuratura rusa, establecida por el zar Pedro el Grande, eliminada por la Revolución de 1917 y luego restablecida por Lenin. La comparación se la echarán en cara algunos ponentes posteriores con argumentos políticos, pero sin poder rebatirlo con razones jurídicas.

Otra contribución importante para dar a luz al Ombudsman en América Latina fue señalar que sus raíces eran ajenas a la tradición jurídica de los sistemas presidencialistas, pero que esto a la postre no sería un impedimento definitivo. La situación económica y social había cambiado porque se había llegado a la convicción de "que el verdadero desarrollo sólo es posible si se realiza aceptando los contralores jurídicos y si se armoniza con la protección y garantía de los derechos humanos". Es aquí donde Gros Espiell emparienta al Ombudsman con los derechos humanos con una mirada claramente transgresora al modelo tradicional del Ombudsman europeo. Rápidamente vuelve sin embargo a la idea clásica: "A mi juicio, todo análisis de la institución del Ombudsman debe comenzar por situarla dentro del conjunto de regímenes; sistemas o procedimientos destinados a asegurar el control jurídico del Poder Público en general y de la Administración en particular. Estos sistemas

o procedimientos, por diferentes vías o mediante distintas fórmulas tienen como objetivo esencial el de hacer realidad la existencia de un Estado de Derecho en el que la seguridad jurídica sirva de fundamento a la libertad en un orden integral de justicia". El Ombudsman, sería entonces el "control de la Administración y la protección de individuo".

La condición no jurisdiccional de esta institución no significa para Gros la eliminación de los recursos tradicionales. "No se trata de plantear una opción, sino de resolver un problema de armonización y coordinación en función del objetivo esencial: fortalecer y hacer más eficaz el sistema institucional para que el Estado de Derecho sea una realidad veraz y viva". "La verdad es que la institución se ha desarrollado con gran empuje en los últimos tiempos como consecuencia de la ineficiencia del sistema tradicional de garantías jurisdiccionales, frente a la acción progresivamente creciente en intensidad y en amplitud de la Administración".

No escapó a su observación la crisis del sistema político representativo, en este caso relacionada a las responsabilidades de control que incumben a los cuerpos legislativos. Aquí avanza con otra caracterización de esta figura: "el Ombudsman es un órgano vinculado al Poder Legislativo, sin atribuciones estrictas de control político, garante del correcto uso del Poder Administrativo, que asegura el buen proceder de la Administración y la defensa de los derechos lesionados por la actividad administrativa. El Ombudsman no integra el Parlamento, no está sometido a las instrucciones de éste, es apolítico, imparcial y objetivo, tanto por el régimen de su designación, que en general obliga a un acuerdo interpartidario, como por lo relativo a la duración de su mandato y a la independencia de sus funciones. Por lo demás, su autonomía de acción está en general reforzada por la discrecionalidad de que goza en la organización de su despacho, en la elección de sus colaboradores y en la dirección y desempeño de sus actividades. Sus poderes no son de revisión ni de anulación. Han sido calificados como el poder de persuasión y de la influencia respecto de la autoridad administrativa, el poder de adoptar iniciativas para plantear la corrección de actos irregulares o lesivos de estas autoridades y el poder de dar a conocer sus críticas y sugerencias".

Gros Espiell se adelantó a un debate que iba a concluir recién en los primeros años del siglo XXI. Sostenía que el Ombudsman no sólo debía de preocuparse para proteger los derechos civiles y políticos de las personas sino también de sus derechos económicos, sociales y culturales porque entendía que sólo así se podría pasar de una democracia formal a una democracia integral, cierta y estable. Allí debe estar el Ombudsman, para garantizar un hacer positivo del Estado; "una actitud del poder que brinde los medios materiales para que, por ejemplo, el derecho al trabajo, a la salud, al bienestar social, a la vivienda y a la seguridad se realicen efectivamente". Y agrega: "esta vigilancia del hacer de la Administración no puede ser obra de los sistemas tradicionales de control jurídico pensados exclusivamente para hacer frente a las violaciones de los derechos políticos y civiles".

Gros Espiell aprovechó aquella asamblea fundacional del ILO para hacer una dura condena contra la Doctrina de la Seguridad Nacional que había dado sustento ideológico a las aberrantes dictaduras que sufría Latinoamérica, entre ellas su propio país. Sostuvo que no poner límites éticos ni jurídicos al poder va contra la esencia de la república que ha de defenderse de sus enemigos con medios democráticos, dentro del derecho, con las armas de la ley. Invoca para ello el pensamiento del gran filósofo del derecho Gustav Radbruch perseguido por el nazismo quien, al regresar a su cátedra de Heideldberg dijo que ninguna idea de seguridad ni menos del Derecho carece de sentido si no se integra con los valores de la Justicia.

Asocia la lenta recuperación de las instituciones democráticas que se venía operando en América Latina como propicia para el establecimiento de esta institución y afirma que el Ombudsman puede ayudar a restaurar la idea de la Democracia y la fe en el Derecho.

Las palabras finales de aquella primera conferencia fueron: "Estimo que si este coloquio, apoyándose científicamente en el prestigio intelectual de las ilustres figuras que en él participan impulsa la idea de estudiar la cuestión del Ombudsman en América Latina y las modalidades jurídicas y prácticas que puede aportar la incorporación a la causa de la Democracia, del Derecho y de la Libertad cumplirá con un gran objetivo. La cuestión no es fácil, las dificultades jurídicas son muchas, los obstáculos políticos pueden ser muy grandes, pero nada de esto obsta a que iniciemos los estudios de fondo, partiendo de la aceptación inicial de la idea de que la creación de una institución del tipo del Ombudsman en América Latina es, en principio deseable y que su establecimiento es útil y puede llegar a ser necesario. Esta es, en definitiva, la conclusión de mi ponencia y la propuesta que me honro en hacer".

Esta apretada síntesis refleja lo que a mi entender son las ideas centrales con las que Gros Espiell lanzaba coadyuvando al propósito de crear las defensorías del pueblo en América Latina. Dos años después se establecería, la primera en Guatemala, y más tarde se sumarían todos los países de la región con excepción de Brasil y Chile. El pensamiento político no crece como las capas geológicas por acumulación, sino dialécticamente y en espiral. Hoy no podríamos entender el sentido de esta institución sin tener en cuenta las variables históricas en torno a las cuales fue creciendo y desarrollando. Seguramente ahora diríamos algunas otras cosas pero el núcleo a partir del cual existe hoy esta institución en Latinoamérica fue éste.

Aquella lección propedéutica de Gros Espiell asoma dudas, explora posibilidades, invita a la discusión, pero con la mirada del pensamiento en acción. Gros Espiell no hace afirmaciones dogmáticas, cerradas, abstractas y definitivas; desafía a la realidad confrontándola con la experiencia, pero sin renunciar a innovación. Aplica lo que el gran jurista alemán Georg Jellinek afirmaba: "No es la mejor doctrina de Derecho Púbico aquella que ofrece la mayor perfección lógica, sino la que explica la realidad política de manera

más natural". Las defensorías del pueblo, el Ombudsman como se le decía entonces, se planteaba como un desafío a la rigidez institucional de los estereotipos. Era una mirada hacia el porvenir sin prejuicios ni limitaciones. Según nos enseñó José Ortega y Gasset. "El horizonte es una línea biológica, un órgano viviente de nuestro ser; mientras gozamos de plenitud, el horizonte emigra, se dilata, ondula elástico casi al compás de nuestra respiración. En cambio cuando el horizonte se fija, es que se ha anquilosado y que nosotros ingresamos en la vejez". Concluyo que es ésta la gran enseñanza que nos deja el gran jurista que hoy homenajeamos.

Antes y después de su intervención en el ILO, Gros Espiell hizo muchas y muy importantes cosas. Pero permítasenos hoy, a quienes hemos desempeñado o desempeñan hoy tan significativa responsabilidad, poner como tributo a su memoria en ésta que fue su casa, un sentido mensaje de homenaje y gratitud por haber ayudado a nacer y crecer a esta noble institución.

Agradezco a la Presidenta de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, Mariana Blengio, a la Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Cristina Mangarelli, a la Defensora de Vecinas y Vecinos de Montevideo María Elena Laurnaga y a nuestra Vicepresidenta I Ana Agostino haberme permitido estar hoy aquí y ser la voz de quien tuvo un papel determinante en la vida del ILO, en el desarrollo y fortalecimientos de las defensorías del pueblo y fundamentalmente así, en la promoción y protección de los derechos humanos.

Montevideo 6 de diciembre de 2019

Conferencia Magistral

LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO. HOMENAJE AL Dr HÉCTOR GROS ESPIELL*

NEW PARADIGMS IN OMBUDSMAN'S OFFICES A. TRIBUTE TO HÉCTOR GROS ESPIELL

OS NOVOS PARADIGMAS DAS DEFENSORIAS DO POVO. HOMENAGEM AO Dr. HÉCTOR GROS ESPIELL

Raúl Lamberto **

En este Seminario en homenaje a Héctor Gros Espiell, quien fuera uno de los cofundadores y presidente del ILO, intentaremos hacer un breve recorrido por el devenir de la institución del Defensor del Pueblo para concentrarnos especialmente en los nuevos aradigmas que marcarán su futuro.

Fueron los hombres de la ilustración (Rousseau, Montesquieu) los que llevarían a sostener la reducción del espacio de lo político como esfera de decisión del ejecutivo. A partir de los revolucionarios franceses de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, se pueden investigar las condiciones históricas de la organización de la supremacía del poder legislativo y la desestimación del ejecutivo. La voluntad general es la obra del legislador, el despotismo se asimilaba al poder la particularidad. Uno de los grandes juristas franceses del siglo XX diría "legislar es un placer de una calidad más exquisita que mandar".

Pierre Rosanvallon, en el libro "El buen gobierno", analiza la democracia-gobierno. Al término de la Primera Guerra Mundial, el fortalecimiento del ejecutivo se había producido en toda Europa bajo la presión de las necesidades; pero terminada la Segunda Guerra Mundial el espectro del nazismo y del fascismo, llevó a rechazar todo lo que pudiera emparentarse con una forma de personalización del poder. Se produjo entonces en Europa (aún con críticas y matices) un retorno al parlamentarismo .

El presidencialismo norteamericano, no parecía un sistema universalizable y se explicaba por las condiciones inaugurales de su independencia; sin embargo se constituiría en la

*Conferencia Magistral dictada en el marco del Seminario Regional sobre el "Rol de las Defensorías del Pueblo en la nueva agenda de los Derechos Humanos y sus desafíos regionales en el siglo XXI", llevado a cabo en la Facultad de Derecho UDELAR el 6 de diciembre 2019 en el marco del X homenaje a su fallecimiento. El Seminario fue organizado por ILO y contó con el apoyo de la INDDHH y el auspicio de la Defensoría de las Vecinas y Vecinos de MVD; la Facultad de Derecho de la UDELAR. En el marco de dicho Seminario fue instalado el CAPÍTULO URUGUAYO del Instituto Latinoamericano del ILO, en Asamblea realizada en el Palacio Legislativo el mismo día 6 de diciembre de 2020.

** Defensor del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, Argentina. Correo electrónico: raullamberto@yahoo.com.ar

gran alternativa democrática al parlamentarismo y fue el sistema adoptado por todos los países del hemisferio.

La Defensoría del Pueblo surge en el marco de la evolución de los sistemas políticos democráticos, especialmente en su vertiente parlamentaria, aunque luego alcanza también a la vertiente presidencialista. Esta idea de la preeminencia del cuerpo legislativo constituye la primera identificación de las Defensorías del Pueblo desarrolladas en la segunda mitad del siglo XX. Originalmente aparece bajo la monarquía en Suecia en 1809 mediante la figura del "Canciller de Justicia" o "justitieombudsman", cuya finalidad era supervisar la actuación de los funcionarios de la administración del reino ; en Inglaterra apareció bajo el nombre de "Comisario Parlamentario para la Administración" en 1967, con las particularidades británicas y en Francia como el "Mediateur de la République" .

En la Península Ibérica cobra importancia la figura del "Diputado del Común" de Canarias, heredera de una tradición de defensa de las libertades públicas de los Procuradores del Común y de los Personeros de los siglos XVI a XVII, y que aparece como el vínculo con la figura del Defensor del Pueblo ibérico que conocemos desde el siglo XX.

Tras largas dictaduras que avasallaron los derechos humanos y ciudadanos, la creación de la Defensoría del Pueblo en España en 1978 y la del Provedor de Justicia en Portugal en 1975 marcan un punto de inflexión: además del control de la administración pública, estas nuevas instituciones asumen una clara función de protección de los derechos fundamentales, bajo un organismo de raigambre legislativa. El organismo creado dentro de la esfera legislativa fortalecía a ese poder frente a ejecutivos que se habían caracterizado por sus extralimitaciones; Latinoamérica, con su pasado de dictaduras, adoptó precisamente éste modelo de Defensoría del Pueblo.

La década de 1980 fue la de la caída de las dictaduras latinoamericanas y la del inicio de una era democrática en la que fueron discutidas nuevas instituciones e ideas tendientes a fortalecer el sistema democrático. En ese momento fundacional para nuestras democracias, Héctor Gros Espiell fue pionero al exponer las razones, el sentido y la oportunidad para que hubiese un ombudsman en Latinoamérica. Quizás uno de los mayores méritos de Gros Espiell haya sido advertir que por sus características cultural y socialmente complejas, Latinoamérica debía dotarse de una institución del ombudsman distinta y superadora de los modelos ya existentes.

En septiembre de 2017, el politólogo francés Alain Rouquié -experto en historia latinoamericana y argentina- visitó la provincia de Santa Fe y solicitó especialmente conocer la Defensoría del Pueblo, le interesaba conocer en profundidad los resortes de la institución en su variante latinoamericana. Rouquié se mostró particularmente interesado por la misión de protección de derechos que tiene la Defensoría del Pueblo, tal como se la concibe en Latinoamérica. Fue harto elogioso con el organismo, del cual subrayó su "tarea, fortaleza y credibilidad".

Durante el encuentro, Rouquié expresó que en el paradigma de los sistemas políticos presidencialistas -el estadounidense- existe una voluntad transgresora por parte del poder ejecutivo, pero que es claramente limitada por el Capitolio. La existencia de un poder legislativo fuerte es lo que pone un coto a las ambiciones de un ejecutivo poderoso creado bajo el modelo de "un rey que muere cada cuatro años". Sin embargo, en su emulación del presidencialismo estadounidense, los países de Latinoamérica sobredimensionaron aún más la fortaleza del ejecutivo ante un poder legislativo débil.

La Defensoría del Pueblo en su variante latinoamericana, tal como señala Carlos Constenla, dejó de ser un organismo de control de la administración para convertirse en un organismo de protección de derechos.

Nuestras sociedades se han tornado cada vez más complejas y desafían a las instituciones tradicionales. Asumir el "paradigma de la complejidad" resulta indispensable para que instituciones como las Defensorías del Pueblo puedan ofrecer respuestas a las sociedades actuales y a sus reclamos en permanente evolución.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales irrumpen en la agenda defensorial y exigen un nuevo compromiso en la evaluación y el monitoreo de implementación de políticas públicas por parte del Estado. Las Defensorías del Pueblo no pueden ya desentenderse del derecho al trabajo, que se impone como un reclamo cada vez más potente. Tampoco del derecho a un ambiente sano y sostenible. Asimismo, las Defensorías del Pueblo tienen el deber de replantearse una mayor cercanía con la ciudadanía y la ampliación de su alcance territorial, en atención principalmente a las necesidades de los sectores más vulnerables. Como dijimos, las Defensorías de órganos de control deben convertirse en organismo de protección de derechos.

Las modernas Defensorías no pueden resignar las funciones de control y de defensa del ciudadano frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración Pública que impliquen un ejercicio ilegítimo, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente de sus funciones, o configuren una desviación de poder. Sin embargo, la realidad actual origina nuevos desafíos. Un primer objetivo es extender la visibilidad de las Defensorías, su alcance territorial y la incorporación de tecnología que permita una comunicación fluida y una capacidad de respuesta a la ciudadanía acorde a las dinámicas actuales.

Mayor alcance territorial para reducir las desigualdades

La sociedad multiplica sus reclamos pero no siempre puede expresarlos dónde y cómo debiera para encontrar respuestas. En otras palabras, las Defensorías del Pueblo hoy tienen el desafío de ir en busca de esos reclamos y ampliar el alcance territorial. En tal sentido, la creación de oficinas móviles implementada por la Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe, puede ser considerada como una experiencia importante en tanto constituye

una buena práctica tendiente a la reducción de las desigualdades.
Para comprender el verdadero significado y la importancia de este proyecto, hay que destacar que la Defensoría del Pueblo de Santa Fe es un organismo con competencia en todo el territorio de la provincia, la que se caracteriza por su extensión territorial de más de 720 kilómetros de longitud de norte a sur y de 380 kilómetros en su eje este–oeste, con 55 municipios y 308 comunas.
El programa de oficinas móviles tuvo por objetivo principal convertir a la Defensoría en un organismo de proximidad, presente en el territorio para atender la demanda de toda la población, principalmente la más vulnerable.
El proyecto se implementó en el mes de junio del 2018, y para su puesta en marcha se dispuso de dos vehículos tipo utilitario, adaptados en su interior para la atención de los ciudadanos con el equipamiento informático y conectividad necesaria para brindar la atención en territorio.
El programa Oficina Móvil atendió a 3575 casos entre junio de 2018 y noviembre de 2019, se realizaron 151 visitas a localidades del interior provincial y 55 visitas a barrios de las ciudades de Santa Fe y Rosario. Más del 60 por ciento de los reclamos fue resuelto con la atención, requiriendo los restantes un trámite posterior en las delegaciones o en las sedes.
Considerando las actividades desplegadas, la cantidad de reclamos atendidos, la recepción y apertura de las localidades visitadas, se puede concluir que el dispositivo de las oficinas Oficinas Móviles es una herramienta novedosa y adecuada para dar respuesta una necesidad de mayor alcance territorial. Joseph Stiglitz (premio Nobel de economía) sostiene que las sociedades demasiado desiguales son menos eficaces y sus economías no son estables ni sostenibles, las desigualdades económicas llevan indefectiblemente a las desigualdades políticas. Martin Luther King expresaba que las injusticias del pasado no eran inevitables, pero sabía también que no bastaba con soñar. Las Defensoría del Pueblo no deben soñar sino trabajar. En el informe sobre políticas sociales en la ciudad de Rosario, uno de los temas abordados fue el de la pobreza, que socava los valores de la democracia y pone en entredicho su eficacia.

Las políticas públicas con enfoque de derechos constituyen obligaciones de la institucionalidad pública del Estado de garantizar progresivamente mayores niveles de igualdad a todas las personas, sin discriminación de ningún tipo.
El derecho a la ciudad ha sido definido como el derecho de toda persona a vivir dignamente en un espacio público colectivo, con un gobierno elegido democráticamente, que tenga como centro de sus políticas públicas a las personas y el respeto a sus derechos humanos.
El derecho a la ciudad implica el reconocimiento de la ciudad como un bien colectivo,

como derecho humano colectivo, resultado de una lucha sistemática de los movimientos sociales que reúne múltiples dimensiones de la vida común en un espacio potencial de igualdad. Es un derecho que exige instrumentos de gestión participativos para tornarlo efectivo. Se trata de un derecho a consagrar como tal, y se trata en última instancia, de hacer visibles y vivibles las ciudades invisibles a las que se refería Italo Calvino

En los últimos decenios, el mundo ha experimentado un crecimiento urbano sin precedentes: la mitad de la humanidad, esto es unos 3.500 millones de personas, vive actualmente en ciudades y esta cifra seguirá aumentado. El futuro será, sin dudas, urbano para la mayoría de las personas. Por lo tanto, las soluciones a algunos de los principales problemas a los que se enfrentan (pobreza, cambio climático, educación, trabajo, salud pública, etc.) deben encontrarse en el marco de la ciudad.

La rápida urbanización conlleva enormes dificultades vinculadas a la integración y a la calidad de vida de las personas, tales como: creciente número de habitantes de barrios marginales; incremento de la contaminación atmosférica; insuficiencia de servicios públicos básicos e infraestructura de viviendas; crecimiento urbano incontrolado y no planificado; aumento de las vulnerabilidades en las condiciones de vida y de los desastres. El número absoluto de residentes en zonas urbanas, que viven en barrios marginales sigue aumentando, en parte debido a la aceleración de la urbanización, el crecimiento demográfico y la falta de políticas apropiadas en materia de tierras y viviendas.

En la reunión de Hábitat III (Quito 2016), las Defensorías del Pueblo de Latinoamérica asumieron ante ONU el compromiso de monitorear, en sus respectivos países, el avance de medidas y dispositivos adoptados en el nivel nacional y subnacional, destinados a cumplir con los objetivos de la Nueva Agenda Urbana , que se se complementa con la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015) .

Esta función de monitoreo constituye un aspecto relevante e innovador dentro del amplio espectro de las funciones de las Defensorías .

El vínculo entre la Defensoría del Pueblo y la Academia

La Defensoría celebró un convenio con la Universidad Nacional de Rosario cuyo objeto fue reunir un grupo de investigadores especializados, bajo la coordinación de dos académicos de amplia trayectoria.

En el año 2017 el estudio y análisis se circunscribió territorialmente a la ciudad de Rosario. Se investigó sobre las políticas públicas de los poderes ejecutivos nacional provincial y local, en torno a pobreza, vejez, discapacidad, violencia de género, servicios y vivienda.

En el año 2018, la estrategia de trabajo asumió tres nuevos desafíos: 1- aumentar la escala y evaluar todo el territorio de la provincia; 2- centrar la evaluación en los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y no principalmente en las políticas sociales y 3- evaluar al los tres poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo.

El objetivo del Equipo fue evaluar el estado de avance de los derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social, a una vivienda adecuada y servicios públicos básicos y a una vida libre de violencia en la Provincia de Santa Fe, considerando en particular a las personas con discapacidad, a los adultos mayores, a la población en condición de pobreza y atravesada por las desigualdades de género .
En el trabajo se consideró especialmente el análisis del contexto financiero y el compromiso presupuestario en torno a cada uno de los derechos monitoreados, en base a las fuentes de financiamiento y a la evaluación del gasto público en la materia. El libro de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein de la editorial Siglo XXI, titulado "El costo de los derechos" es una buena introducción a un tema ignorado y que se decidió evaluar especialmente en la investigación de la Defensoría y la UNR.
Además se analizó la información pública oficial y se construyó una matriz de vacancia en el acceso a la información que intenta resignificar los vacíos y orientar al Estado en la producción de información pública en materia de derechos humanos.
Se produjo un Informe final de evaluación basado en los hallazgos sobre el progreso de los cinco derechos económicos, sociales y culturales seleccionados en la Provincia de Santa Fe, y se formularon recomendaciones para la acción pública. Se identificaron avances progresivos en los cinco derechos humanos evaluados. Se ponderaron avances y se señalar caminos posibles de mejoramiento progresivo.

El mundo ha cambiado: la libre circulación de mercancías, la globalización, la revolución informática, la eliminación de fronteras del comercio ha causado transformaciones radicales.
Las normas laborales sólo pueden ser admitidas en la medida en que no obstaculicen la realización de este objetivo. El Acuerdo de Marrakech, instituye la Organización Mundial del Comercio (OMC) con lo cual la competición global se postula bajo la premisa de que cada país debía explotar su ventaja comparativa. Indicadores económicos cuantificables (tasa de empleo, volumen de ingresos, demanda efectiva, incremento de la producción y el comercio) son tratados como fines en sí mismos. Los seres humanos han desaparecido de la lista de objetivos asignados a la economía y al comercio. Así se instala la competencia por el menor coste social, laboral o medioambiental.
Esta inversión de medios y fines solo lleva a la catástrofe, porque, un ordenamiento jurídico que sitúa las cosas por encima de los hombres no puede ser viable.
Pensar el futuro del trabajo es fundamental para un desarrollo sostenible que ponga fin a la pobreza y "no deje a nadie atrás". Ese futuro del trabajo debe plantearse en torno a dos ejes centrales:
1) debe estar centrado en las personas,
2) debe proponerse alcanzar la justicia social.

Al establecer estos dos ejes, lo que se pretende es poner los derechos de los trabajadores y las necesidades, las aspiraciones y los derechos de todas las personas en el núcleo de las políticas económicas, sociales y ambientales.
Es necesario mejorar la calidad de vida de los trabajadores, ampliar las opciones disponibles, cerrar la brecha de género, revertir los estragos causados por las desigualdades a nivel mundial.
Las Defensorías del Pueblo tienen mucho que decir respecto de la orientación, la formación y la sensibilización respecto de la violencia y acoso en el mundo del trabajo.
El enfoque novedoso debe estar en el reconocimiento de las personas y no en la distribución de bienes, el centro debe ser el trabajo en sí, en lo que la OIT llama un trabajo realmente humano.
La Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe, por su trayectoria en el abordaje de la violencia laboral, integró la Delegación Oficial Argentina en la 108° Conferencia de la OIT en junio de 2019, donde se aprobó el Convenio sobre Violencia y Acoso Laboral y se establecieron las bases sobre el futuro del trabajo.

La cuestión ambiental plantea grandes desafíos que deben ser asumidos con la mayor seriedad y atención por las Defensorías del Pueblo.
Se debe trabajar para apuntalar el concepto de desarrollo sostenible, definido como "la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades".
Los problemas ambientales son reales y requieren acciones concretas y urgentes
El Cambio Climático es el mal de nuestro tiempo, sus consecuencias pueden ser desbastadoras si no se reducen las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI). En 2016 el aumento global de temperatura fue de 1.1 grados centígrados .
Debe fomentarse el uso de energías más eficientes, de baja o nula emisión de GEI; promover proyectos de prosumidores y generación de energías alternativas con incentivos desde el estado; difundir y concienciar sobre la problemática.
La deforestación es un drama mundial que nos toca muy de cerca en América Latina. Cada año desaparecen 10 millones de hectáreas de bosques primarios, de seguir a este ritmo, en menos de 300 años se acabaran los árboles del planeta. La FIO se pronunció expresamente sobre la catástrofe de la Amazonia.
Debe fomentarse la reforestación y la disminución en el consumo de maderas.
Los humedales del mundo están desapareciendo a un ritmo tres veces mayor que los bosques. Los humedales son vitales para la supervivencia humana.
Es importante también atender las cuestiones vinculadas a la Agricultura Familiar, Soberanía y Seguridad Alimentaria, como así, al tratamiento de residuos.
En palabras del ex Secretario General de la ONU, Ban Ki moon "El cambio climático es

la causa más importante de nuestro tiempo".

Las Defensorías del Pueblo enfrentan un cambio de paradigma producto de los cambios sociales y de la ampliación de derechos que las sociedades modernas exigen. Es por esos motivos que, tratándose de la institución más joven de la democracia, se espera de ella una mayor versatilidad al momento de adaptarse a los cambios para ofrecer respuesta sin perder su identidad.

Como conclusión general y a modo de sugerencia, es importante destacar algunos puntos a tener en cuenta como tendencias en los nuevos paradigmas de las Defensorías del Pueblo:

- Los Estados y las Defensorías del Pueblo como organismos protectores de derechos enfrentan realidades sociales y culturales cada vez más complejas y deben prepararse para ofrecer respuestas en ese sentido.
- Es necesario avanzar en la institucionalización del Enfoque de Derechos en el Estado.
- Ningún Estado, en ningunos de sus tres niveles, parte desde cero.
- Las Defensorías del Pueblo NO implementan políticas públicas. Su función está justamente ligada a la evaluación y el monitoreo de las políticas públicas.
- Deben generarse vínculos estratégicos entre distintos organismos para poder evaluar y monitorear políticas sociales. En este sentido, la alianza estratégica de las Defensoría del Pueblo con la Academia aparece como una experiencia a tener en cuenta.
- El compromiso presupuestario es una condición para el cumplimiento de los derechos y tanto las fuentes de financiamiento como la evolución del gasto público deben estar comprendidos en la evaluación de las políticas sociales.
- El derecho a la información es también un presupuesto necesario para el seguimiento y evaluación de la implementación de políticas sociales.
- Es función esencial de las Defensorías del Pueblo, velar por los derechos de las personas, priorizando la protección de los más vulnerables, en pos de la justicia social, basada en el concepto de trabajo centrado en la persona y no en la variable económica asociada y con lineamientos de protección de la naturaleza como proveedora principal de los bienes.
- Es importante trabajar para remover los obstáculos que dificultan a distintos sectores de la población el acceso a las Defensorías, para lo cual las oficinas móviles resultan una herramienta a tener en cuenta.
- Defender a las Defensorías. La institución del Ombudsman se encuentra bajo amenaza en distintas partes del mundo y en nuestra región. Recientemente la FIO se pronunció sobre la preocupante situación en Ecuador, Guatemala, Chile y Bolivia. En los próximos días se llevará adelante en Cartagena de Indias, Colombia, el Foro "Defender

a los Defensores: 71 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", con el objetivo de generar un espacio de reflexión y análisis en torno al rol que cumplen los defensores de derechos humanos en la sociedad y cómo se debe dar un esfuerzo interinstitucional por conocerlos y garantizarles las condiciones adecuadas para el ejercicio de su labor.

La Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe, en virtud de leyes sancionadas por la legislatura provincial, tiene en pleno funcionamiento la Defensoría de niñas, niños y adolescentes; es autoridad de aplicación de la ley de salud mental; tiene sancionada la norma y está en proceso de implementación la Defensoría de la tercera edad y el Observatorio de políticas en materia de discapacidad. Es decir que tenemos la responsabilidad institucional de abordar los temas que constituyen los objetivos y metas de la agenda 2030. Nuestra tarea es ardua y requiere una gran responsabilidad. En ese camino estamos transitando la línea de desarrollo propuesta por Héctor Gros Espiell, que marca el futuro de las Defensorías del Pueblo de nuestra querida Latinoamérica.

Montevideo, 6 de diciembre 2019

Conferencia magistral

SOBRE LA LEY 19875 DE PRORROGA DE ELECCIONES DEPARTAMENTALES.*

ABOUT LAW 19,875 ON LOCAL GOVERNMENT ELECTION POSTPONEMENT

SOBRE A LEI 19.875 DE PRORROGAÇÃO DE ELEIÇÕES DEPARTAMENTAIS

*Jaime Ruben Sapolinski***

El 8 de abril de 2020, se promulgó la Ley 19875, que prorrogó la fecha de celebración de las elecciones departamentales, cometiéndole a la Corte Electoral la fijación de la fecha, no más allá del 4 de octubre de 2020. El tenor de La ley, sobre todo antes de su sanción, permitió sostener un cúmulo de matices diversos, en buena medida consecuencia del desconcierto a que nos veíamos sometidos.
La ley, cuya redacción fue acordada por representantes de casi todos los partidos con representación parlamentaria (tenemos entendido que en las tratativas no hubo representación del Partido Ecologista Radical Independiente), consta de 4 artículos.
El artículo 1º consiste, prácticamente, en una exposición de motivos, una explicación del por qué se sanciona una ley que nos resulta, a todos los que creemos en la necesidad de la aplicación de los preceptos constitucionales, un bocado difícil de digerir.

Esencialmente, declara que, en virtud de la emergencia sanitaria nacional, no están dadas las garantías para la celebración de las elecciones previstas, por mandato constitucional, para el 10 de mayo de 2020, tal como resultaba de lo dispuesto por el artículo 77 numeral 9º de la Constitución de la República. El artículo hace una referencia a la salud pública, a la implementación de las medidas tendentes a su preservación y menciona el Decreto 93/2020 por el que el Poder Ejecutivo, declaró el estado de emergencia y dispuso medidas tendientes a la contención de la pandemia, como la suspensión de los espectáculos públicos, el cierre preventivo y provisorio de los centros turísticos termales públicos y privados, la cuarentena obligatoria por 14 días, de las personas que se encontraran en situación de riesgo y se arrogó la posibilidad de disponer el cierre de lugares de acceso público e imponer medidas necesarias para evitar aglomeraciones.
Se ha dicho que el artículo 1º de la ley que comentamos ha pretendido conferirle jerarquía

---

* Conferencia magistral dictada por el autor en la jornada académica de 21 de mayo de 2020, "La Constitución en tiempos de pandemia", organizada por el Instituto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Texto corregido para su publicación como conferencia por el autor.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad CLAEH. Correo electrónico: sapolins@adinet.com.uy

legal al Decreto 93/2020, interpretación que no tenemos el honor de compartir. Parécenos claro que la referencia al Decreto, que pudo haberse obviado, tiene por principal propósito situar el marco en que se sanciona la ley, y que las potestades que refiere dicho Decreto no son otras que las previstas en la antigua ley de salud pública Nº 9202, de 12 de enero de 1934, en particular en sus artículos 2º, 4º y 9º.

De todos modos, la referencia expresada puede ser vista como un espaldarazo a las medidas mencionadas en el Decreto, que contribuiría a defender su legalidad para el hipotético caso de que la misma se controvirtiera.

Sobre la falta de garantías para llevar adelante el proceso electoral en la fecha indicada, había habido un pronunciamiento oficioso de los integrantes de la Corte Electoral y resultaba, además, un hecho notorio. La ley invoca, además, con buen criterio, la necesidad de protección de los derechos fundamentales consagrados en las secciones 2ª y de los derechos políticos declarados en la sección 3ª, de la Constitución de la República. Como acotación por nuestra parte, cabe recordar que el Estado tiene por cometido esencial, proteger los derechos aludidos. Como surge del artículo 7º de la Carta, los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de sus derechos fundamentales y si esa protección no se alcanza con un mínimo grado de satisfacción el Estado deviene en fallido.

El artículo 2º de la ley faculta a la Corte Electoral a prorrogar, por única vez la fecha de las elecciones, no más allá del 4 de octubre de 2020. Se estableció un plazo para la fijación de la fecha y se impuso adoptar la decisión por la mayoría prevista por el artículo 327 de la Constitución, previsto originalmente para la anulación de un acto electoral es decir por, al menos seis integrantes, de los que, por lo menos tres deben contarse entre los cinco miembros conocidos como "neutrales" (designados por dos tercios de integrantes de la Asamblea General). Como es notorio, la fecha fijada por la Corte Electoral, fue el 27 de setiembre.

Finalmente, el artículo dispone que el padrón electoral a emplearse será el que se iría a utilizar en las elecciones que se postergan lo que se justifica por las dificultades que podría tener un armado de emergencia del padrón electoral y porque se trata de remedar la elección no cumplida. Yo diría que es un remedo y un remiendo, pero, posiblemente inevitable.

El artículo comentado hace referencia al artículo 322 literal A de la Constitución que le atribuye a la Corte Electoral la competencia para conocer de todo lo relacionado con los actos y procedimientos electorales.

Precisamente, esa competencia atribuida, ha permitido sostener que la suspensión podía haber sido establecida, simplemente, por resolución de la Corte Electoral, que esta disposición de la ley es superflua y hasta que invade las competencias de la Corte, posición que tiene un sustento razonable. Cabría sostener que una decisión de la Corte que hubiera

reconocido los hechos en su cruda realidad no habría dejado de ser un acto lícito.
Claro que, si afinamos el punto de mira, el mencionado literal A del artículo 322, a pesar de su amplitud, no dice que la Corte Electoral pueda cambiar la fecha de las elecciones pautada en la Constitución, no al menos en condiciones normales.
Podría considerarse que la consagración de la prórroga por parte del legislador, confiriéndole a la Corte la posibilidad de fijarla dentro de determinados límites, aunque innecesaria, no es estéril; porque la ley, máxime teniendo en cuenta el apoyo obtenido en su sanción, demuestra el consenso general alcanzado por los diversos representantes de la nación, en el ámbito legislativo y en sus diversas manifestaciones. Recordemos, fue votada por unanimidad en la Cámara de Senadores y por 92 votos en 93 en la Cámara de Representantes.
La exigencia del quórum previsto por el artículo 327 para la anulación de las elecciones, apunta a mi juicio a demostrar, también, el amplio consenso existente en torno a una situación que se advirtió como irresistible, esta vez en el ámbito de la propia Corte Electoral. Señalemos que, aunque pueda haber alguna analogía entre esta situación y la de anulación de las elecciones, es muy remota. Este caso no es una situación de anulación de elecciones que, obviamente, consiste en una situación crítica en la que la Corte, en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, declara la nulidad de un acto electoral por circunstancias invalidantes como podría ser una situación de violencia o fraude.

La referencia legal no abarca, no tendría sentido que lo hiciera, la obligación de celebrar por segunda vez, en forma parcial si fuera posible, la elección anulada total o parcialmente, el segundo domingo posterior a la fecha de pronunciamiento de la nulidad.

El artículo 3º dispone que los Intendentes, miembros de las Juntas Departamentales y de los Municipios continuarán en el desempeño, hasta la asunción de las nuevas autoridades electas, lo que condice con lo dispuesto por el artículo 268, inciso final de la Constitución, en cuanto dispone: "Si en la fecha en que deba asumir sus funciones no estuviese proclamado el Intendente electo o fuese anulada la elección departamental quedará prorrogado el período del Intendente cesante, hasta que se efectúe la transmisión del mando".

El artículo 4º, de la ley, de modo concordante, y en la procura de mantener en la medida de lo posible, los mecanismos institucionales, dispone que los electos iniciarán su gestión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 262 de la Constitución, es decir el 15 de febrero siguiente a la elección y cesarán "cuando asuman las autoridades electas en el próximo período electoral de conformidad con lo establecido en el Artículo 77 numeral 9°", o sea el segundo domingo del mes de mayo del año siguiente al de las próximas elecciones nacionales. Es, si se quiere, el criterio seguido por el constituyente para el caso de elecciones parlamentarias, en mitad de un período de gobierno, en el remoto caso de que se produjera la disolución de las Cámaras, luego de la censura ministerial, de acuerdo

con el artículo 148, inciso final que dice: "Las Cámaras elegidas extraordinariamente, completarán el término de duración normal de las cesantes".

Lo peculiar de la situación presente, determinó que se vertieran diversas opiniones, sobre las virtudes del medio utilizado, o sea de la ley que estamos refiriendo y sobre la adecuación para brindarle solución al problema que se estaba planteando y partiendo de la convicción generalizada de la imposibilidad de la realización de elecciones. Ha habido una gama de opiniones, algunas vertidas en la prensa, otras en encuentro telemáticos, de muy destacados colegas que aportaron perspectivas plausibles, aunque diversas que intentaré resumir:

Se sostuvo que:

a. El sistema constitucional es una unidad inescindible y que cabría la posibilidad de una ley interpretativa, en el marco del artículo 85 numeral 20º de la Carta, que reconociera la primacía del derecho a la salud. (Posición del Dr. Martín Risso)

b. Que la forma de salvar la inconstitucionalidad sería la aprobación de una reforma constitucional, sustanciada mediante el procedimiento del artículo 331 literal D de la Constitución, denominado de las leyes constitucionales, a plebiscitarse en la misma oportunidad de la elección. (Posición a la que adhirieron los Dres. Correa Freitas, Esteva y el Catedrático de Sistemas Electorales, Prof. Bottinelli. También fue la posición del Representante Nacional, Dr. Pasquet)

c. Que se trata de una situación de conmoción interior que justificaría la aplicación de las medidas prontas de seguridad previstas en el artículo 168 numeral 17 de la Constitución. (Posición que manejó el Dr. Gutiérrez, en un artículo publicado en la prensa salteña)

d. Que correspondía a la Corte Electoral resolver el punto, en virtud de que dispone de competencia bastante a ese respecto (Sostenido por el Dr. Sarlo en un encuentro telemático organizado por la Revista de Derecho Público)

e. En cuanto a las opiniones que también se vertieron sobre dejar de considerar obligatoria la elección, por una única vez corresponde mencionar:

i. La obligatoriedad está consagrada por la Constitución, junto al carácter secreto, en el artículo 77 numeral 2º. Cierto es que, durante un tramo importante de la historia, no fue sancionada la omisión, lo que significaba una forma de diluir el mandato constitucional.

ii. La falta de obligatoriedad puede tener relevancia en el resultado electoral porque dejarían de votar quienes se vieran imposibilitados o no estuvieran suficientemente motivados. Sería un pronunciamiento, en definitiva, de los entusiastas, militantes y movilizados, en que se estaría admitiendo y propiciando el desinterés y la abulia en torno al destino colectivo.

iii. Sobre las sugerencias de que se plebiscitara la aprobación en la misma hoja de vo-

tación, eso está expresamente prohibido por el literal E del artículo 331 de la Constitución y podría violentar la voluntad del elector amen de excluir de la elección a los electores no ciudadanos del artículo 78 de la Carta.

En cuanto a la idea de una ley interpretativa, se han formulado objeciones afirmando que debe evitarse aplicar una postura que admita que por la vía de una "ley interpretativa" puede dejar de aplicarse las normas constitucionales. A este respecto, cabe señalar que la actividad interpretativa es constante, cualquier solución legal entraña una interpretación de la Constitución. Entiendo que, en todo caso, lo que cabe interpretar es la totalidad del sistema, que se integra, pero no se agota, con el artículo 44. Por otra parte, la denominación como "ley interpretativa", no es una fórmula mágica que transforme en constitucional lo que es inconstitucional.

Nosotros, manejamos la siguiente perspectiva, coincidiendo en cierta medida con los razonamientos expresados por los Dres. Ochs y Gutiérrez. Me permitiré citar algunas reflexiones que acogió el Semanario Búsqueda y alguna inédita que, también, manejamos oportunamente.

"Las normas se dictan para su aplicación a la realidad. A veces corren tras esta y otras, procuran modificarla, pero, en cualquier caso, la realidad no puede ser desconocida como dato esencial.

No se me escapa el riesgo que entraña sostener la relevancia de los hechos enfrentados a la consagración normativa. Una perspectiva desbordada, puede derivar en el desprecio por la norma, en las distintas expresiones de "realpolitik", en aquello de que "lo político está por encima de lo jurídico" y otras lindezas semejantes. Sin embargo, nadie puede concebir que la situación de hoy, tenga relación con ese tipo de designio subterráneo.

Reflexionando sobre el punto, nos encontramos con las consideraciones que realiza Reinaldo Vanossi ("Teoría Constitucional T. I, Buenos Aires, pág. 228), cuando postula, inspirado en la obra de Fritz Schreier, la existencia de una "norma de habilitación", que posibilita incluir en el derecho positivo, como válido, una disposición que, por contrariar la norma superior antecedente, sería en origen, nula.

Sostiene Vanossi: "¿Cómo puede darse la habilitación a ese nivel? Pues, sencillamente, por la falta de un recurso, por la imposibilidad de impugnación, por la carencia de un medio que quite validez a la norma de significación inferior que contradice a la superior. ... En definitiva, la habilitación equivale a la no impugnación, a la imposibilidad de impugnación".

Sobre la base de un razonamiento de esta índole, hemos asumido tradicionalmente como válidas las reformas constitucionales de 1934 y de 1942, derivadas y empleadas como medio de reinstitucionalización, tras sendos golpes de estado. Además, cabe señalar que nuestro sistema constitucional, en principio rígido, cede parcialmente esa rigidez cuando consagra que la eventual declaración de inconstitucionalidad sólo refiere al caso concreto

y que sus efectos se limitan a los procedimientos objeto de pronunciamiento (art. 259), además de que ese pronunciamiento sólo procede cuando es posible argüir por parte del interesado, la existencia de un interés directo, personal y legítimo (art. 258).

Hay un concepto que merece ser considerado, el de "fuerza mayor" que, habitualmente, se aplica en el derecho contractual como justificativo ante la imposibilidad de cumplimiento. Henri Capitant (Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, 1973), lo define como el "acontecimiento que no ha podido ser previsto ni impedido y que libera al deudor por imposibilidad de cumplir su obligación". Manuel Ossorio (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1991) asimila el concepto al de "caso fortuito", aunque señala que algunos autores reservan esta última expresión a cuando la situación se vincula, mayoritariamente, a hechos de la naturaleza como, "por ejemplo, el desbordamiento de un río, los terremotos, las tempestades, las pestes, los incendios".

Y bien, en definitiva, el reconocimiento por el legislador de una situación de crisis imprevisible, sin antecedentes inmediatos, con el único propósito del amparo de la salud de nuestra población, que postergue en forma mínima el acto electoral, habilitando a que la Corte Electoral actúe en condiciones normales y evitando el riesgo de que alguien se contagie durante la espera, o la capacitación, o que evite, alternativamente, una abstención generalizada, no contradice la esencia de nuestro sistema democrático. Más bien, lo contrario"

"El reconocimiento, por el legislador, de la situación fáctica, pero expresando simultáneamente, la voluntad de realizar las elecciones en el menor tiempo posible, con el peso institucional y emblemático que supone la aprobación de una ley, constituye un acto valioso desde el punto de vista de la legitimación política.

¿Cuál es la razón para que el legislador tome intervención en el tema y se pronuncie en este caso especialísimo? Porque, el Parlamento es la expresión representativa en que se ubican las distintas corrientes que componen la opinión pública. No hay otro órgano en que se reflejen de modo más fiel, teniendo en cuenta el principio de representación proporcional integral que constituye una de las bases de nuestro sufragio. Es una expresión de consenso que legitima, al menos políticamente, a la solución de emergencia propiciada.

La mera participación en las elecciones por parte de la ciudadanía, conformaría una situación convalidante.

El empleo de reforma del artículo 331 literal D de la Constitución, que se ha sugerido como medio de convalidación reclama el voto aprobatorio "de la mayoría absoluta de los votos emitidos".

Creo que se hizo bien en desestimar esta posibilidad, a la que le reconozco que está excelentemente inspirada por magníficos exponentes de nuestra doctrina contemporánea, por las siguientes razones.

La posición me recuerda a la hoy derogada remisión de ciertos delitos por ulterior casamiento del ofensor con la ofendida. El delito estaba cometido, y no había forma de eliminar el hecho histórico. Análogamente el plebiscito habría servido para redimir una suerte de pecado. Empero, en el caso que nos ocupa no hay violación de la Constitución, ni pecado a redimir.

Un problema insoluble sería, que no hubiera consentimiento de la ciudadanía en un eventual plebiscito, o aún que éste se expresara muy débilmente.

El artículo 331 literal D no dice expresamente que debe dársele a la ciudadanía la opción de votar por "No" – como sucede, en cambio, en el mecanismo de Convención Nacional Constituyente - o si, para que lo expresado tenga sentido, como el plebiscito coincidiría con la elección, hay que cotejar los votos por "Sí" con los votos emitidos, de modo de que el que no votase en forma aprobatoria, sería considerado un votante por "No". Korzeniak, en su Primer curso de Derecho Público, asume que debe dársele al ciudadano la posibilidad de votar por "No" y que es a esa disyuntiva a la que se refiere el constituyente (José Korzeniak, "1er Curso de Derecho Público. FCU 2001, pág. 112). Coincido con esta posición que fue, por otra parte, la seguida en el plebiscito de 1951, en el de agosto de 1994 y en el de 1996, en que se celebraron plebiscitos al amparo del artículo 331 literal D. Si la norma prevé una aprobación por mayoría absoluta de votos emitidos, implícitamente, se está imponiendo la necesidad de que se manifieste la opinión contraria. La previsión de un sufragio, supone la posibilidad de que haya, por lo menos, dos opciones (y que una gane y la otra pierda). Otra posibilidad no parece lógica. Si se pretende el pronunciamiento de la mayoría absoluta hay que usar un mecanismo, un ámbito, que habilite a que se conforme esa mayoría y se pronuncie superando a la minoría que sostiene una opinión contraria; tiene que haber un universo de votantes en el que esa mayoría se produzca

Si el plebiscito fuera negativo, y esto no sería un imposible dado que la crisis puede generar reacciones neuróticas, antisistema, se sometería a la República a una situación insoluble. ¿Se equivoca Gerardo Caetano cuando afirma en El País de Madrid, el 26 de marzo, que "también el Uruguay viene procesando en su sociedad (como claramente lo indican las mediciones del Latinobarómetro y otras) un giro hacia visiones más críticas sobre el funcionamiento de la democracia y sobre los partidos políticos"?

Debe recordarse la suerte que corrió la "mini reforma", aprobada por el Poder Legislativo por más de 2/3 de integrantes de cada Cámara, pero que, al ser plebiscitada el 28 de agosto de 1994, terminó cosechando únicamente el 28,5% de los votos de los ciudadanos. El "sí" obtuvo 559.321 votos y el "no" 1.240.059.-

En cuanto a una eventual tacha de inconstitucionalidad de la ley. Es evidente que la decisión, justificada sin casi opiniones en contra, consagra una solución contraria a la disposición constitucional.

Nuestra Constitución es rígida, sí, pero con importantes salvedades que derivan de los artículos 258 y 259 de la Constitución. No prospera un accionamiento de inconstitucionalidad si el planteo no se formula por quien no "se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo", circunstancia que es calificada por la Suprema Corte de Justicia, como resulta de su constante jurisprudencia. La Suprema Corte de Justicia rechaza los planteos de inconstitucionalidad cuando no son lesivos de ese interés y una hipótesis de ausencia de lesividad es que la ley que se impugna ya ha cumplido todos los efectos. En el caso, la elección no se habría hecho en el tiempo debido, y aparece un intento de restablecer la normalidad que no va en contra del sistema democrático ni de la soberanía nacional, sino que los reafirma.

Además, la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos generales, sino que se refiere "exclusivamente" para el caso concreto, entre las partes.

En otras palabras, entiendo que no es imaginable que la SCJ declare la inconstitucionalidad de una ley que tuviera el contenido de volver a la normalidad, superados en medida suficiente los efectos de la pandemia.

SUMARIO

DOCTRINA

La relación médico paciente en tiempos de pandemia
Diego Andrade Sosa y Valeria Escobar Suhr. 11

¿Por qué hablar de eutanasia?
Mariana Blengio Valdés 33

Estatuto jurídico del tercero en el proceso contencioso administrativo de anulación
Maximiliano Cal Laggiard 49

La situación jurídica de deber en el artículo 44 de la Constitución uruguaya
Andrea Canabal Mermot 72

Estudio comparado del contencioso administrativo
Ruben Correa Freitas 86

Recursos administrativos, peticiones y procedimientos en tiempos de COVID-19: primeros comentarios a la Ley Nº 19.879
Rodrigo Díaz Inverso 110

El Fraude a la ley fiscal en el derecho tributario uruguayo
Jorge W. Ibiñete 123

La protección del medioambiente en la Constitución de la República
Gonzalo F. Iglesias Rossini 139

Análisis del texto de la Constitución a la luz del POSDCORB
Mariel Lorenzo Pena. 158

El derecho a la traducción y la interpretación en el sistema jurídico uruguayo
María Emilia Miller Genta 177

Las prohibiciones para los legisladores contenidas en el artículo 124 de la Constitución y la imposibilidad de aplicar la sanción por la violación de la norma jurídica referida. Posibles soluciones
Pablo Rodríguez Almada 187

Debilitamiento del régimen político democrático y de los partidos políticos
Mariela Rubano Lapasta 204

Elecciones en tiempo de pandemia en el Uruguay: entre la ralidad y la letra de la Constitución
Jean-Paul Tealdi 216

Admisibilidad de las grabaciones sin el consentimiento de quien participa y su divulgación
Camila Umpiérrez Blengio 228

JURISPRUDENCIA

La Estación Central "General Artigas" y un proceso incidental inconstitucional. Reflexiones procesales sobre la sentencia de la SCJ Nº 17/2020.
Sebastián Picardo González. 245

CONFERENCIAS MAGISTRALES

El rol de las Defensorías del Pueblo en la nueva agenda de Derechos Humanos y sus desafíos regionales en el siglo XXI. Homenaje a Héctor Gros Espiell.
Carlos Contenla. 257

Los nuevos paradigmas de las Defensorías del Pueblo Homenaje al Dr. Héctor Gros Espiell
Raúl Lamberto 263

Sobre la Ley 19.875 de prórroga de elecciones departamentales
Jaime Ruben Sapolinski 272

ISSN 0797-4302 00055
9 770797 430205 5905

FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA
25 de Mayo 583 - 2916 11 52
MONTEVIDEO - URUGUAY
www.fcu.edu.uy