





**LECCIONES  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
VOLUMEN I**



**LECCIONES DE  
DERECHO  
ADMINISTRATIVO  
VOLUMEN I**

*Cristina Vázquez*

*(Coordinadora)*

*Álvaro Richino - Marcelo Laborde -*

*Fermin Farinha - Diego Lamas*

*con la colaboración de Agustín Godoy*

La publicación de este libro fue realizada con el apoyo de la Comisión Sectorial de Enseñanza (CSE) de la Universidad de la República (Udelar)).

Cristina Vázquez, Álvaro Richino, Marcelo Laborde, Fermin Farinha, Diego Lamas, Agustín Godoy, 2020.

Comunicación y Publicaciones, CSE - Udelar  
José Enrique Rodó 1854 – Montevideo CP: 11200  
Tels.: (+598) 2408 0912 – (+598) 2408 2906  
Telefax: (+598) 2409 77 20

[www.cse.udelar.edu.uy](http://www.cse.udelar.edu.uy)

[comunicacion@cse.edu.uy](mailto:comunicacion@cse.edu.uy)

ISBN: 1234567891000



*A nuestros estudiantes,  
razón última de esta vocación*

## Los autores:

**Cristina Vázquez** es Profesora Titular (Grado 5) de Derecho Administrativo y Directora del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Udelar.

**Álvaro Richino** es Profesor Agregado (Grado 4) de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Udelar.

**Marcelo Laborde** es Profesor Adjunto (Grado 3), int., de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Udelar.

**Fermín Farinha, Diego Lamas y Agustín Godoy** son Aspirantes a Profesor Adscripto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Udelar (con Grado 1 como investigadores en el marco de esta obra).

La redacción de los Capítulos de este volumen corresponde a:

- **Cristina Vázquez, Capítulos III (Fuentes del Derecho Administrativo)**, con excepción de apartados Reglamento, a cargo de Álvaro Richino, y Otras fuentes, a cargo de Marcelo Laborde, y **IV (Teoría de la Organización)**, así como **apartado La vinculación del Derecho Administrativo con los modelos de desarrollo del capítulo I**, y **apartado sobre La llamada “fuga” del Derecho Administrativo del Capítulo VI**.
- **Álvaro Richino, Capítulo V (Organización pública estatal)**, y **apartado Reglamento, del Capítulo III**.
- **Marcelo Laborde, Capítulo I (Nociones introductorias)**, con excepción de La vinculación del Derecho Administrativo con los modelos de desarrollo, a cargo de Cristina Vázquez, **apartado Universalismo de derechos y servicio universal, del capítulo II**, **apartado Otras Fuentes, del Capítulo III**, y **Ejercicios de reflexión y aplicación (Anexo)**.
- **Fermin Farinha, Capítulo II (Funciones y Cometidos)**, con excepción de apartado Universalismo de derechos y servicio universal, a cargo de Marcelo Laborde.
- **Diego Lamas, Capítulo VI (Otras personas públicas y entidades instrumentales)**, con excepción de apartado sobre La llamada “fuga” del Derecho Administrativo, a cargo de Cristina Vázquez.

Con la colaboración de **Agustín Godoy**

# Presentación

Cuando formulamos nuestra propuesta para la publicación de este manual didáctico digital, lo hicimos a partir de la constatación de lo mucho que nuestros alumnos han cambiado, en gran medida como resultado de sus experiencias con la tecnología fuera del aula, lo que torna necesario incorporar dicha tecnología también y fundamentalmente en el proceso de aprendizaje.

Nuestros estudiantes se comunican con el mundo como ninguna otra generación lo ha hecho en el pasado, y se esmeran, dedican y apasionan con la tecnología, como a veces no los vemos dispuestos a hacerlo en una clase tradicional. El desafío es lograr que el currículo obligatorio pueda compatibilizarse con estas consideraciones y expectativas, y para ello debemos trabajar juntos, con el docente como orientador, facilitador y guía para el aprendizaje real, relevante y efectivo.

La elaboración del manual supuso profundizar en la caracterización y objetivos de los estudiantes usuarios, recopilar la información con base en bibliografía actualizada y elaborar contenidos para la formulación de su versión en software libre.

La necesidad de un material de estas características se revela como especialmente interesante para una asignatura como el Derecho Administrativo, que ha sido calificada de Derecho “*in fieri*” o en plena y permanente formación y transformación, en general no codificada, y con una bibliografía profusa y dispersa, que se integra con obras magníficas y ejemplares, así como libros sobre temas puntuales, a lo que se suman inúmeros trabajos en publicaciones periódicas nacionales y extranjeras. Como sabiamente señala el administrativista gallego Meilán Gil, el Derecho Administrativo se define por una relación muy estrecha con la vicisitud política, económica y social, por su “*movilidad esencial*”, resultando constatable “*su innata aspiración a ser un Derecho común cuando la inestabilidad de su materia le inclina a ser un Derecho episódico*”, con “*servidumbre respecto de la oportunidad y apego a la política*”. Estas características hacen entonces conveniente la generación de un material como el que proponemos, apto para su permanente y sencilla actualización.

A lo señalado, se suma que la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Udelar) se encuentra abocada a la implementación de un nuevo

Plan de Estudios que, para Derecho Administrativo, comenzó a aplicarse en 2019. Este nuevo Plan ha sido particularmente tomado en consideración a los efectos de la formulación del manual didáctico digital, tanto en relación con los contenidos respectivos como con el enfoque, estrategia, perspectiva y fundamentos de la reforma. Específicamente en la fundamentación de la misma, se anota la *“demanda generalizada para superar -sin excluirlo- el modelo de enseñanza dogmático-exegético”, constatándose la “necesidad de articular la teoría y la práctica”, sentido en el que se dirigen las “directivas curriculares de la ODG de la Udelar y las opiniones de estudiantes y egresados”.*

Si bien esta propuesta no postula una ruptura radical con aquel modelo, de manera decidida procura promover otras modalidades que, por otra parte, ya tienen un trayecto de considerable data, en aras de atender a la triple dimensión de la experiencia educativa: a) el aprendizaje a decir (verbal), b) el aprendizaje a hacer (procedimental u operativo) y c) el aprendizaje a ser (actitudinal).

El manual, a la vez que ofrece un contenido conceptual sustancial de la materia, promueve otras lecturas, así como la reflexión sobre lo aprendido y el ejercicio práctico con tales conocimientos, siendo un dispositivo cultural que coadyuve al aprendizaje en el aula y fuera de ella, a la vez que una herramienta para el propio docente. Es que resulta fundamental la necesidad de fortalecer las destrezas de razonar, argumentar jurídicamente, conocer, interpretar y aplicar los principios generales del derecho, así como articular conocimientos adquiridos, en contextos prácticos.

En efecto, se apunta a la valoración del rol del jurista como profesional que facilita la solución de problemas jurídicos. Para ello, no alcanza con el conocimiento de normas o principios ni con la incorporación memorística de posturas doctrinarias o criterios jurisprudenciales, resultando necesario fortalecer las señaladas aptitudes para razonar y argumentar crítica y jurídicamente, comprender y relacionar los fundamentos teóricos con la aplicación práctica, y utilizar la tecnología en la formación y en la búsqueda de información. La inclusión de referencias de jurisprudencia apunta precisamente en ese sentido.

Una línea de trabajo utilizada en todos los capítulos es la de incorporación de *“preguntas guía”*, como técnica recomendada por la perspectiva educativa de co-asociación entre docente y estudiantes. La referida técnica de *“preguntas guía”* tiene por finalidad marcar los énfasis necesarios a través del señalamiento de los puntos de especial interés para la comprensión de los fundamentos de la asignatura.

Se espera que, a partir del uso de los materiales incorporados, el estudiante sea capaz de partir de los aspectos teórico-prácticos proporcionados, logrando una adecuada comprensión y aplicación de los mismos a la realidad, que le permita luego insertarse en cualquiera de los roles de operador del Derecho Administrativo que puedan corresponderle: legislador, administrador, juez, o asesor de autoridades públicas o de personas en sus vinculaciones con el Estado, entre otros.

Confiamos en que la formulación de un manual didáctico que presenta los contenidos de la asignatura Derecho Administrativo, para su uso en la enseñanza y el aprendizaje en el nivel de grado, disponible para su descarga gratuita en la web, hará una sustancial diferencia en beneficio de los estudiantes, en primer lugar, pero también de docentes, de la propia institución educativa y del país en definitiva.

Agradecemos a la Comisión Sectorial de Enseñanza (CSE) de la Udelar, por su apoyo para la publicación.

Cristina Vázquez

# Capítulo I

## Nociones introductorias

### 1. Derecho, Estado, Administración y efectividad de los Derechos Humanos

#### 1.1. Introducción

Todo aquel que se aproxima por primera vez al **Derecho Administrativo** descubre sin mayor dificultad su natural vinculación con la noción de **Derecho**, con la de **Estado**, con la de **Administración pública**, entendida como organización que propiamente cumple la actividad administrativa, a la vez que aprecia la finalidad debida de su configuración, que no puede ser otra que contribuir desde lo jurídico a la **efectividad de los derechos humanos**.

Como **Derecho** veremos que se conforma de **principios** y **normas jurídicas** de distinto valor y fuerza que admiten posicionar a diversos **sujetos de derecho** (públicos estatales o no estatales, privados) en variadas **situaciones jurídicas** (derecho, interés legítimo o simple, poder, deber, obligación, sujeción, etc.).

Convoca al Estado como fenómeno organizativo al que le atribuye particular responsabilidad en la tramitación de los asuntos de relevancia pública de la comunidad, que cuando ejerce en ese marco función administrativa, identificamos como Administración pública.

**En definitiva, el Derecho Administrativo y la misma organización estatal no son un fin en sí mismo, sino instrumentos al servicio de las personas, para su mejor realización en sociedad.**

La configuración histórica del Derecho Administrativo en consonancia con tal finalidad tiene íntima conexión con la evolución que ha tenido la noción de Estado de Derecho, llegándose incluso a sostener por algunos autores que, sin Estado de Derecho, no puede hablarse propiamente de Derecho Administrativo (ROTONDO, 2014).

#### 1.2. Estado y Administración Pública

La doctrina publicista ha señalado que el término Estado es **polisémico**, admitiendo diversas significaciones. Esa diversidad se ve reflejada en nuestra Constitución.

En sentido **amplísimo** el vocablo **Estado** refiere a **la organización política de la comunidad, comprensiva de su territorio, población y del**

**poder étatico**, lo que Biscaretti Di Ruffia llama **Estado comunidad** y Duverger **Estado nación** (DELPIAZZO, 2015, Volumen 1).

Se trata de un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados (NARANJO, 2000).

Tal acepción obra recogida en el artículo 1º de nuestra Carta Magna, que introduce el texto constitucional previendo que la República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos en su territorio.

Un segundo sentido del vocablo **Estado** -que calificamos como **amplio**- alude al Estado como **conjunto de órganos y autoridades que forman la estructura de gobierno de un país**, lo que suele conocerse como **Estado aparato o Estado gobierno** (DELPIAZZO, 2015, Volumen 1).

Hablamos aquí de esa estructura organizativa a través de la cual se ejerce con habitualidad el poder étatico antes mencionado. Tal estructura es comprensiva de diversas personas jurídicas estatales (nacionales central o descentralizadas y departamentales).

Esta organización estatal se caracteriza por su considerable complejidad y extensión, actuando con diversas herramientas jurídicas en los distintos sectores de la vida de la comunidad, y dotado de un poder significativo (SANTAMARÍA PASTOR, 2000).

Si bien la Constitución uruguaya instituye un Estado unitario, veremos que también prevé la existencia de centros de gobierno a nivel departamental dotados de autonomía (artículos 262 y siguientes), así como la descentralización de ciertos servicios estatales (artículos 185 y siguientes).

El sentido más **estricto** del término **Estado** se identifica con **la persona jurídica pública mayor por contraposición a las entidades estatales personificadas menores (Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados)**. Se suele utilizar al respecto las expresiones **Estado Persona Pública Mayor o Estado Central** (DELPIAZZO, 2015, Volumen 1; CASSINELLI MUÑOZ, 2002).

Tanto el sentido amplio del vocablo Estado, como el estricto, están contemplados en el artículo 24 de la Constitución, donde se reconoce la responsabilidad civil estatal.

**Es así que como personas jurídicas o sujetos de Derecho estatales podemos identificar en nuestro ordenamiento constitucional, primero al Estado Central integrado por los tres sistemas orgánicos que conforman los Poderes de gobierno (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), así como por los organismos de contralor, de creación constitucional Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Todo ese entramado organizativo integra esa única Persona Pública Estatal Mayor. Luego, como entidades estatales menores con personería jurídica propia, están cada uno de los Gobiernos Departamentales, cada Ente Autónomo y cada Servicio Descentralizado.**

Uno puede preguntarse legítimamente cómo se articula la noción de Administración Pública con esa diversidad de sentidos del vocablo Estado. ¿Tienen acaso una personería jurídica distinguida las Administraciones públicas?

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos donde se reconoce personalidad jurídica a las Administraciones públicas, en el nuestro, como viene de explicarse, hay diversas organizaciones estatales personificadas, que bien pueden ejercer solamente función administrativa, o cumplir en su seno más de una función estatal, como sucede con el Estado Central (legislativa, jurisdiccional, administrativa) o los Gobiernos Departamentales (legislativa y administrativa).

**Cuando hablamos de Administración pública, en realidad no lo hacemos de modo desligado de lo anterior, sino que nos estamos refiriendo a las mismas organizaciones estatales, cuando ejercen función administrativa. Es una expresión clásica de nuestra doctrina administrativa la de que Administración es todo órgano público estatal actuando en función administrativa, y no únicamente los órganos administrativos (SAYAGUÉS LASO, 2002).**

### **1.3. Estado de Derecho y Administración**

#### **A. El Estado de Derecho y su caracterización**

La construcción política y jurídica del Estado de Derecho y su institucionalización en diversos países ha constituido un logro cultural superior de la humanidad.

Es que ese marco institucional es el que da adecuadas garantías para que los organismos estatales puedan cumplir sus cometidos, a través de las diversas funciones estatales, al servicio de las personas.

Dicho lo anterior, también debe tenerse presente que es un **“constructo” político y jurídico** que ha estado en permanente **evolución**, y es muy constatable que en la vida de las comunidades está expuesto a las veleidades propias de la condición humana, por lo que su cuidado institucional debe ser tarea continua.

Ciertamente que su acogimiento en el ordenamiento jurídico de un país es bien relevante, pero ello no basta si en la vida institucional *“no se hace carne”* en las prácticas políticas, administrativas, jurisdiccionales, e incluso en las que se dan en el ámbito social.

Su **precedente histórico**, que se manifestó particularmente con las monarquías absolutas en los siglos XVI a XVIII, es **el Estado Policía**.

En dicho Estado, su monarca y el cuerpo funcional que lo asistía, en general integrantes de la nobleza, no actuaban sometidos a Derecho, más allá de las referencias éticas y de ideas de servicio al bien común que pudieran estar presentes, así como de los límites sociales fácticos al ejercicio del poder.

Tal Estado dio lugar a una administración importante, que poseía potestades muy discrecionales, en el marco de la idea de que el fin de utilidad pública fijado autoritariamente (razón de Estado) bastaba para justificar los medios a utilizar (ROTONDO, 2014).

El nombre de Estado de Derecho (*“Rechtsstaat”*) y los primeros intentos de su definición fueron elaborados por la doctrina alemana en el siglo XIX.

Aun así, es posible encontrar referencias de sus ideas centrales, anteriormente, incluso en la antigua Grecia. Vale recordar que Platón, en su ancianidad y desilusionado por su fracaso con el tirano de Siracusa, pronosticaba el final del Estado en el que la ley depende del poder del señor, y veía prosperidad para los Estados en los que la ley es el señor sobre los señores y la autoridad está sometida a las leyes (citado por LARENZ, 1993).

Y existe un marco ideológico y político que precedió a la elaboración conceptual, con correlatos históricos en las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa de los siglos XVII y XVIII (REAL, 1974).

**Una idea base que se deduce del propio término Estado de Derecho es la de que las organizaciones estatales están sometidas a las reglas de Derecho, al igual que otros sujetos jurídicos. Es decir, el Estado como organización no queda por fuera del Derecho, sino también sujeto al mismo.**

Se trata de una idea matriz que no puede no ser recogida, pero que por sí sola conduce a una concepción estrictamente formal de Estado de Derecho, que podría hacer del mismo una *“cáscara vacía”*.

Experiencias históricas como la del régimen nazi en Alemania lo ponen de manifiesto, dado que podía llegar a sostenerse que el aparato estatal nazi se conformaba al Derecho instituido, aunque era un Derecho particularmente injusto, con lo que la concepción de Estado de Derecho perdía verdadera razón de ser.

**Sin renegar de aquella idea matriz, la concepción del Estado de Derecho exige mayor consistencia, que se manifiesta a través de diversos componentes sustanciales y formales.**

Nuestra Constitución no contiene una declaración explícita que refiera al Estado de Derecho, como sí sucede en otros países, como Alemania y España. Una pregunta válida que uno puede hacerse es la de si implícitamente lo recoge.

El primer componente sustancial que se ubica en el cerno del Estado de Derecho **es el de un amplio reconocimiento de los derechos humanos de quienes habitan el territorio del Estado Comunidad.**

La organización estatal debe estar instituida en consonancia con ello, como instrumento de acción al servicio de la efectividad de aquellos derechos.

El ordenamiento constitucional uruguayo efectivamente tiene un amplio reconocimiento de derechos humanos, incluidos todos aquellos derechos inherentes a la personalidad humana y derivados de la forma republicana de gobierno (artículo 72 de la Carta), a lo que debe agregarse el carácter vinculante del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Un segundo elemento caracterizador del Estado de Derecho se conecta con la idea primera manejada, y se traduce en **la exigencia de que el Estado, al actuar como organización, debe ajustarse en su proceder a todo el ordenamiento jurídico.**

En ello ha habido, desde el siglo XIX, una clara evolución tanto respecto de los órganos estatales comprendidos en esa exigencia, como del alcance normativo de la sujeción.

En el siglo XIX y en las primeras décadas del XX, el Estado de Derecho se manifestó sobre todo como **Estado de Leyes**. Se trataba de un Estado cuya actividad se produce toda ella según la ley y en el marco de la autorización conferida por ésta (LARENZ, 1993).

Las constituciones, salvo en algunos países como Estados Unidos de América, donde hubo tempranamente un control de constitucionalidad de las leyes, eran más bien programas políticos que incluían declaración de derechos, pero no se las percibía como complejo de reglas jurídicas que admitían aplicarse directamente.

La ley, como expresión de la “*voluntad general*”, era el acto jurídico con aptitud apropiada para vincular jurídicamente a las personas y, así también, para delimitar el actuar de las organizaciones estatales.

En ese marco, el actuar estatal sujeto a la ley era sobre todo el administrativo, por lo que dicho principio ligaba en particular a las autoridades administrativas. El Estado de Derecho en esta primera etapa evolutiva era visualizado en gran medida como la sujeción de la Administración pública a las leyes.

Así también, se fue configurando con variantes una jurisdicción administrativa que controlaba esa vinculación de la Administración a la ley.

Adentrado el siglo XX y en este siglo XXI se fue dando una significativa ampliación de la noción de Estado de Derecho.

**Se revalorizó la operatividad jurídica de las Constituciones y de los principios generales de derecho, a la vez que de las convenciones internacionales y de las reglas emergentes de los procesos de integración.**

Cobra actualidad la noción de **Estado de Derecho Constitucional**, donde la Constitución deja de ser un mero programa político dirigido al Poder Legislativo, para convertirse en la fuente de las fuentes, cargada de sustento moral a través de derechos humanos, principios, valores, fines o bienes, siendo operativa jurídicamente, previéndose además jueces con competencia como para invalidar normas infravalentes que la contradigan (VIGO, 2016).

Es claro que la “*ampliación*” del sentido de lo que es un Estado de Derecho ganó terreno no sólo en la comprensión de las diversas reglas de Derecho a las que el Estado debe sujetarse, sino en **los diversos órganos estatales** que efectivamente quedan **sujetos al ordenamiento jurídico**, en lo que fuera aplicable, cualquiera sea la función estatal que ejerzan (legislativa, jurisdiccional o administrativa), previéndose diversos **medios jurídicos** para garantizarlo.

El Estado no sólo debe estar sometido al Derecho, sino que esa vinculación tiene además una nota particular.

Los diversos poderes o centros de autoridad estatal son poderes a los cuales el Derecho les asigna una órbita de acción definitiva. Esto quiere decir que tales **centros de autoridad** no pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido, sino por el contrario, **sólo aquello que les fue cometido** (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Teoría de Gobierno).

Asimismo, los centros de autoridad estatal **tienen también limitado su fin**, o sea que la actividad estatal no puede desenvolverse sino para la consecución de determinados objetivos que están prescriptos en el Derecho (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Teoría de Gobierno).

La doctrina ha sintetizado esta vinculación especial de los centros de autoridad estatales en el reconocido **principio de especialidad**, que más adelante se tratará detenidamente.

**Aun cuando no surge declarado explícitamente en nuestra Constitución, es claro desde una interpretación contextual que todos los órganos del Estado, tanto los que cumplen función administrativa como aquellos que ejercen función legislativa o jurisdiccional, están sujetos a las reglas de Derecho del ordenamiento jurídico en su conjunto, en lo que fuere aplicable.**

Cabe señalar la referencia normativa que se hace a **la noción de regla de Derecho -en el artículo 23, literal a) del Decreto-ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984 (Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo)- en cuanto considera como tal a “todo principio de Derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”**, si bien dicha referencia, en principio, se aplica a los actos de los órganos estatales cuando ejercen funciones administrativas, y sin que sea totalmente comprensiva de las diversas fuentes de Derecho (no hace mención por ejemplo a las convenciones internacionales).

El artículo 190 de la Constitución, aunque referido en particular a las entidades estatales descentralizadas por servicios, recoge el **principio de especialidad** previendo que tales entidades estatales no pueden realizar negocios extraños al giro que preceptivamente les asignen las leyes, ni disponer de sus recursos para fines ajenos a sus actividades normales. Con todo, tal principio es aplicable al conjunto de las entidades estatales, lo que surge implícito del entramado constitucional, a la vez que corresponde considerarlo como deber derivado de la forma republicana de gobierno (artículo 72).

**Se destaca también como exigencia esencial de un Estado de Derecho la de la limitación y control del poder y la prevención del posible abuso del mismo por el que eventualmente gobierne (LARENZ, 1993).**

La primera aplicación del principio referido es la de **la separación de poderes**, que se encuentra en la doctrina de **Montesquieu**, ya incorporado en las constituciones liberales del siglo XIX y, con variaciones propias de la cultura jurídica del país, suele estar presente en las constituciones contemporáneas.

El clásico autor francés destacaba, para explicar el principio de separación de poderes, que **es una vieja (eterna) experiencia, que todo el que tiene poder está tentado de abusar de él hasta que tropieza con los**

**límites, por lo que, para que no se pueda abusar del poder es necesario que, según el orden de las cosas, uno de los poderes limite al otro** (LARENZ, 1993). Platón mismo, con sentido filosófico, a la vez que, con no poco escepticismo sobre la condición humana, señalaba que no hay ningún mortal de tal condición anímica que pueda ocupar la posición de mayor poder entre los hombres sin quedar afectado hasta su más profunda interioridad por la peor de todas las enfermedades: la estupidez. A la estupidez la concibe como toda falta de medida o de razonabilidad (citado por LARENZ, 1993).

En aplicación base de dicho principio se distinguen sustancialmente **tres funciones del Estado (legislativa, administrativa y jurisdiccional)**, con las cuales se coordina **un correspondiente centro de poder** (LARENZ, 1993).

Ha habido luego una evolución en las Constituciones, surgiendo centros de poder más específicos, en general con cometidos de control, distinguidos de los tres clásicos Poderes del Estado.

Larenz da un alcance particular al principio de limitación y control del poder, destacando que la cuestión no se restringe a determinar a quienes se confía una parcela del poder estatal, sino también, como **límite exterior, a quienes detentan un considerable poder económico, y podría decirse social, además**. Ello es así sobre todo cuando el abuso de tales poderes no estatales amenaza la libertad de los miembros de la comunidad o el equilibrio del conjunto de las fuerzas sociales. **Allí el poder correctivo del Estado se torna necesario, como una segunda dimensión de la condición de Estado de Derecho** (LARENZ, 1993).

La trasposición del principio político de la separación de poderes a la dogmática jurídica, como se mencionó, ha tenido su evolución histórica, y admite diversas concreciones a nivel comparado, pero lo que es cierto es que su **finalidad fundamental de generar racionalidad a través de estructuras diferenciadas, mantiene vigencia política y jurídica** en la actualidad (SCHMIDT ASSMANN, 2003, BIANCHI, 2019).

La Constitución uruguaya recoge a lo largo de su desarrollo el principio de limitación y control del poder.

Está incorporado el principio de separación de poderes, que surge, implícitamente pero muy claramente, de la arquitectura organizativa constitucional, siendo además un deber derivado de la forma republicana de gobierno.

**Además de los tres poderes estatales clásicos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Jurisdiccional), nuestra Constitución sumó tres organismos con funciones de control diversas, como son el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Electoral.**

También pueden advertirse en la Constitución algunas manifestaciones de la **segunda dimensión referida (la económica)**, como puede ser el caso del **artículo 50** (como límite externo de poderes económicos), donde se prevé que toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado.

Otro componente ineludible de un Estado de Derecho **es el de la amplia tutela jurídica, caracterizado por la previsión y efectiva presencia de diversos medios jurídicos para que las personas puedan hacer valer sus derechos.**

Esa tutela jurídica no está prevista sólo para las relaciones de las personas entre sí, **sino también frente al Estado.**

**Si en el Estado de Derecho todos los órganos estatales están vinculados al ordenamiento jurídico, deben estar previstas instancias jurisdiccionales independientes que resuelvan con carácter definitivo sobre lo que en el Estado es acorde a Derecho y lo que no (LARENZ, 1993).**

Nuestro ordenamiento constitucional tiene previsto que, en caso de que se contraríen o se entiendan contrariados derechos de las personas, cabe acudir a los correspondientes órganos jurisdiccionales para hacer valer la pretensión, consagrándose la independencia tanto del **Poder Judicial** (Sección XV), como del **Tribunal de lo Contencioso Administrativo** (Sección XVII). Éste último controla en particular la juridicidad de los actos administrativos, con atribuciones que le habilitan a anular aquellos antijurídicos.

Vinculado con ello, y por supuesto a la sujeción de todos los órganos estatales al ordenamiento jurídico, debe hacerse mención **al principio de responsabilidad estatal por sus actos y hechos, además de la de sus agentes.**

El artículo 24 de la Constitución consagra la responsabilidad patrimonial directa de todos los organismos estatales por los daños que provoquen a terceros en la ejecución de los servicios confiados a su gestión o dirección.

**El ordenamiento jurídico uruguayo recoge un concepto amplio de responsabilidad, que no se limita a la civil o patrimonial, sino que agrega la responsabilidad penal, así como la disciplinaria, y la política que alcanza a cierta categoría de funcionarios que se caracterizan por la jerarquía y trascendencia del cargo que ocupan, o bien por el carácter electivo de los mismos (RISSO, 2000).**

Aun cuando doctrina y textos normativos lo suele manejar como algo distinguido de la noción de Estado de Derecho, es pertinente plantearse si la previsión jurídica e implementación de **un régimen democrático** es otra nota caracterizadora de aquel.

En la cultura jurídica actual resulta difícil concebir que un Estado convencional sea propiamente de Derecho sin que prevea un régimen democrático.

**El Estado uruguayo está configurado jurídicamente como democrático. Adopta la forma republicana de gobierno y la Constitución prevé en su artículo 82 que la soberanía de la Nación es ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en el caso de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos, de conformidad con las reglas establecidas.**

Al decir de Justino Jiménez de Aréchaga, es un Estado cuyo régimen de gobierno reconoce que **la fuente de todo el poder político está en el pueblo** (citado por RISSO, 2000).

A ello debe sumarse como inescindible el amplio reconocimiento de libertades de opinión y participación política, así como una concepción plural de la sociedad (RISSO, 2000).

El régimen de gobierno establecido, si bien tiene una fuerte nota de representatividad, no lo es puramente, dado que están previstos institutos de participación directa como son la iniciativa popular y el referéndum (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1997).

Cassinelli Muñoz destaca el carácter democrático del ordenamiento jurídico uruguayo, lo que se advierte en **la correlación que existe en el mayor o menor valor y fuerza de un acto jurídico y la mayor o menor participación, más directa o indirecta, que en el procedimiento de su formación tiene el cuerpo electoral**. Cuanto más importante en la escala normativa es un acto, mayor importancia tiene la participación del Cuerpo Electoral. En los actos constitucionales la participación es necesaria, imprescindible. En los actos legislativos es una participación eventual para el

caso de que se recurran, siendo necesaria la de los órganos representativos del Cuerpo Electoral, que reproducen a escala la forma como está distribuida la opinión pública en el mismo (CASSINELLI MUÑOZ, 2002).

## **B. Evolución del Estado de Derecho en su relación con la sociedad**

Si se pone foco en **los diversos modos de interacción o vinculación entre Estado y Sociedad** que se han dado desde siglo XIX hasta el presente, es posible distinguir tipos de Estados de Derecho, a la vez que modos diversos de acción de la Administración en cada uno de ellos.

El primero es conocido como **Estado liberal de derecho o Estado liberal individualista o Estado “juez y gendarme”**, y en el mundo occidental tuvo acogimiento en el siglo XIX y primeras décadas del siglo XX.

**El Estado Liberal de Derecho implicó una clara distinción entre Estado y Sociedad. En su contexto, la vida económico-social de la Sociedad se desarrollaba según su propia dinámica, y en el marco de las libertades civiles reconocidas. Por otra parte, el Estado, y en particular su Administración, cumplían una función sustancialmente ordenadora en el seno social.**

El Estado y su Administración tenían **un ámbito acotado de intervención pública**, cumpliendo cometidos esenciales, como los de la ordenación general de la actividad privada, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad interior y el hacer justicia.

Se partía del supuesto de que, asegurando ese marco ordenador, la propia espontaneidad del funcionamiento social permitiría la satisfacción de las necesidades de los miembros de la comunidad.

Nuestra **Constitución de 1830**, más allá de las dificultades históricas de su aplicación en un Estado naciente, reflejaba jurídicamente un **Estado liberal de Derecho**.

**La progresiva constatación de que el funcionamiento espontáneo social no conducía por sí solo a la conformación de una sociedad con condiciones adecuadas de justicia y dignidad humana, fue promoviendo el viraje a un tipo de Estado y Administración distintos.**

Es así que, a lo largo del **siglo XX**, se fue consagrando el **Estado social**, el que ha admitido hasta el presente **variaciones en su abordaje**.

El término Estado social tiene también su origen en la cultura jurídica alemana (SANTAMARÍA PASTOR, 2000).

Está recogido explícitamente en el artículo 20 de la célebre Ley Fundamental de Bonn, así como también lo encontramos, por ejemplo, en la Constitución española (artículo 1º). Sin embargo, fue prefigurado jurídicamente con anterioridad, y en ese sentido hay dos Constituciones señeras, como fueron la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la alemana de Weimar de 1919 (VÁZQUEZ, Cristina, 2017).

Es bien dificultoso identificar el contenido “*social*” del Estado del mismo modo que con respecto al contenido del Estado de Derecho.

Se ha señalado que para definir al Estado social **no es pertinente** acudir a **argumentaciones lógico-deductivas** que extraen contenidos a partir de un concepto o una idea únicos, como sí puede serlo en la definición de Estado de Derecho. Así por ejemplo de la idea “*el poder se somete a Derecho*” puede obtenerse una explicación prácticamente completa de qué significa la cláusula del Estado de Derecho, a través de cadenas argumentativas no necesariamente lineales, pero sí primordialmente deductivas: los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, la ley se impone a la Administración, los órganos judiciales controlan el sometimiento de los órganos del Estado al Derecho que regula su actividad (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007).

**No sucede lo mismo con el principio del Estado Social, y cualquier interpretación que pretendiere valerse sólo del concepto de “*lo social*” está condenada al fracaso ya que su contenido sólo puede desglosarse en el contexto histórico del movimiento social, siendo necesario valerse de un elemento interpretativo de tipo “*histórico-empírico*” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007).**

Es que el Estado social supone una respuesta histórica a la denominada “*cuestión social*” y representó la asunción por el Estado moderno de reivindicaciones del “*movimiento social*”.

Ese Estado social que se fue configurando en diversos países en el siglo XX, tuvo como punto clave una situación social caracterizada por desigualdades económicas, sociales y culturales, con particular despliegue en los procesos de industrialización. No es que el fenómeno de la desigualdad y de condiciones inaceptables con la dignidad del hombre no existiere con anterioridad, sino que en esos procesos ello adquirió una nota particular.

Las declaraciones constitucionales de derechos y libertades del Estado liberal, que precedió al Estado social, establecían una igualdad meramente formal entre los ciudadanos, lo que no atendía adecuadamente a la grave cuestión social suscitada en las comunidades humanas (ESTEVE PARDO, 2013).

**El reflejo jurídico del pasaje de un Estado de tipo liberal hacia un Estado social fue el reconocimiento en las Constituciones, de derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como derechos de segunda generación.**

Es que el Estado social conecta muy particularmente con la justicia y, en particular, con la vertiente social de ésta. Según Abendroth, el momento decisivo de la idea de Estado social consiste precisamente en el abandono de la creencia en la justicia inmanente del orden económico y social existente y la colocación de dicho orden en manos de los órganos del Estado en los que se manifiesta la autodeterminación democrática del pueblo (citado por MENÉNDEZ, 2016).

**Pese a las tensiones que doctrina prestigiosa ha analizado entre la nota “de Derecho” y la “social”, es claro que el modo de realizar ese Estado social es siendo “de Derecho”; y no puede contraponerse libertad e igualdad, porque ambos conectan entre sí y son imprescindibles para hablar de justicia (MENÉNDEZ, 2016).**

**Bien se ha dicho que el Estado Social de Derecho es un Estado social que se realiza con arreglo a los procedimientos, las formas y con los límites del Estado de Derecho, así como un Estado de Derecho que está abierto para ser colmado y puesto al servicio de metas sociales (SCHMIDT ASSMANN, 2003).**

Muchos de los derechos de segunda generación tienen una particular textura jurídica, distinta de los derechos y libertades fundamentales de primera generación, sobre todo en cuanto a su exigibilidad y tutela, lo que ha sido fuente de gran discusión en la literatura jurídica. Se habla de derechos prestacionales, que operan en gran medida como mandatos a los poderes públicos para viabilizar su efectividad (ESTEVE PARDO, 2013; VÁZQUEZ, 2016).

El derecho de propiedad en el Estado social mantiene su reconocimiento, pero deja de ser absoluto, estableciéndose su delimitación conforme a la función social que debe cumplir.

La configuración de un Estado social no sólo requería un reconocimiento constitucional de derechos. El Estado como organización pública comenzó a tener un posicionamiento distinto al que había tenido en el Estado liberal.

**El Estado social deja de ser meramente un Estado juez y gendarme para irse configurando en uno con activa intervención en la vida económica y social, a través de diversos instrumentos, que procura conformarla con mayor justicia social.**

**La Administración, sin perjuicio de mantener su rol ordenador, pasa a tener un rol conformador del orden económico y social.**

Agustín Gordillo destaca que, por lo pronto, ello implicó una importante mutación en la estructura y actividad del Estado en su actuación en el campo económico: a) desde afuera del proceso económico, regulándolo a través de normas de Derecho Administrativo y b) desde adentro, a través de la acción de múltiples formas de empresa pública que de una u otra forma influyeron decisivamente en el proceso, asumiendo la producción de bienes y servicios (GORDILLO, 2013: II).

Pero también comenzó a tener una activa intervención a nivel social y cultural, regulando y prestando servicios sociales de interés público (seguridad social, enseñanza, salud, vivienda, difusión cultural, etc.).

Es decir, el Estado, además de definidor político y regulador, pasó a ser un prestador diverso, tanto en actividades económicas (servicios públicos, actividades industriales y comerciales de interés público), incluso en algunas con exclusividad, como de prestaciones sociales y culturales, aunque manteniendo de principio la iniciativa privada. Ello, por supuesto, tuvo matices diversos, según los países.

**El Estado social fue admitiendo diversas modalidades a lo largo del siglo XX y en este siglo XXI, en aquellos países que lo han previsto como modelo configurador.**

Hasta **los ochenta del siglo pasado** tuvo un **fuerte tinte interventor**, con un significativo rol regulador y con una densa presencia de **la Administración prestacional**.

Esa amplia actividad prestacional conllevó a una ampliación del aparato administrativo del Estado, creándose **Administraciones especializadas** en las prestaciones a su cargo.

Fue el Estado, a través de su aparato administrativo, el que acometió la realización del programa del Estado social sin protagonismo relevante de la sociedad en la realización de ese programa. Ésta asumía un papel más pasivo, fiando al Estado la dirección e impulso de sus reformas y modernización, la prestación de servicios básicos y la provisión de infraestructuras (ESTEVE PARDO, 2015).

Ese modelo comenzó a **recibir críticas** en cuanto a los costos económicos que implicaba un abordaje tan extendido de actividades por parte del aparato estatal, al fuerte crecimiento del aparato burocrático estatal y a los niveles de eficacia y eficiencia logrados de las prestaciones estatales. Comenzó a extenderse la idea de que era necesario **revalorizar la iniciativa privada** y promover su concurrencia en actividades que venían siendo prestadas por entidades estatales o vinculadas al Estado.

Lo que también fue sucediendo es que la sociedad se complejizó significativamente, en paralelo con un intensivo proceso de avances científicos y tecnológicos, que **sectores del ámbito privado** fueron capitalizando en gran medida, fortalecidos por **mecanismos de autorregulación y auto-organización** (ESTEVE PARDO, 2015).

**En los años noventa se dieron en diversos países procesos de liberalización y de privatización, sobre todo en actividades de carácter económico, en las que participaba el Estado de modo directo o indirecto.**

Las técnicas con las que se pasó a intervenir en los mercados pasaron a ser distintas y limitadas, en lo sustancial, dirigidas a asegurar la transparencia, la protección de los consumidores y la libre competencia (MUÑOZ MACHADO, 2011).

Dichos procesos no se dieron necesariamente de la misma forma y en la misma medida en los servicios sociales a cargo de entidades estatales o paraestatales, pero ciertamente existieron reformas que dieron lugar a la participación privada, y en algunos países se habilitó la prestación de servicios sociales por organizaciones de la sociedad civil.

Esta etapa no ha quedado tampoco exenta de críticas, tanto en sus objetivos como en la consecución de los resultados procurados. Incluso se sostuvo por no pocos autores que se puso en cuestión la misma nota de Estado social.

Ingresado el siglo XXI, no parece haber habido una línea de acción común generalizada en los diversos países.

En algunos hubo contramarchas a los procesos de los noventa, en tanto que en otros se mantuvieron, aunque con ajustes, procurando revalorizar el rol estatal, aunque **no de la misma forma que antes**.

Se ha acudido a **dos términos** que buscan reflejar **el modo de actuar prevalente de la organización estatal en la actualidad**. Si bien no se confunden, ambos están muy vinculados.

Por una parte, se ha definido el Estado actual como “*Estado regulador*”. Ante la asunción desde el ámbito privado de actividades económicas, incluso sociales, que antes realizaban organizaciones estatales o relacionadas con lo estatal, adquiere particular relevancia la labor reguladora del Estado, ya que aunque se de crédito a la lógica del mercado o de la sociedad civil, no se espera que ello por sí conduzca a la realización del bien común, por lo que se hace imprescindible una intervención estatal compensatoria: la regulación, que asegure la dirección de los procesos y la supervisión de su desarrollo y resultados (PAREJO ALFONSO, 2016).

El otro término al que se ha acudido para caracterizar el Estado actual es el de “*Estado garante*”.

Con ello se quiere referir a un Estado que pone foco en garantizar la satisfacción de las necesidades a través de la ejecución de los cometidos establecidos por el ordenamiento jurídico, sin asumir necesariamente por ello las tareas directamente, que podrán llevarse a cabo por sujetos privados, organizaciones de interés social, o por las propias personas (PAREJO ALFONSO, 2016).

El Estado estratégicamente desarrolla una actividad con otra longitud de onda. El punto focal es garantizar que sus cometidos se realicen adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, más allá de quien realice las actividades materiales. El Estado ha de garantizar sus fines, sin tener la disponibilidad de medios e instrumentos que tenía antes. Se trata de un modo distinto de realizar el Estado social y de cumplir con sus objetivos (ESTEVE PARDO, 2015).

Lo cierto es que las organizaciones estatales actuales **no suelen tener una modalidad pura**. Si bien han dado cabida al ámbito privado en la dación de bienes y prestación de servicios, asumiendo un rol regulador y de garantía, también mantienen prestaciones directas a la comunidad.

En ese sentido la Administración pública actual, y en particular la uruguaya, implica en realidad una mixtura de roles, manteniendo en mayor o menor medida un componente prestacional, a la vez que fortaleciendo su rol regulador y de garantía, para la consecución de los fines de interés público.

Ello no tiene por qué poner en cuestión al Estado social, aun cuando algunos autores sostienen que ha sido superado, y prefieren, por ejemplo, hablar de Estado Constitucional de Derecho (DELPIAZZO, 2015).

Entendiendo vigente el concepto de Estado social, es claro que un aspecto central del mismo es el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, a los que deben sumarse derechos más recientes de tercera y cuarta generación, que también reconducen a la dimensión social del ser humano.

También es clave tener presente que la cuestión social, dada su historicidad, no es inmutable, sino variable, generando nuevas necesidades y desafíos, y dando luz al reconocimiento o actualización de derechos.

A manera de ejemplo, la cuestión social en la segunda mitad del siglo XIX y los comienzos del siglo XX ponía foco, entre otros aspectos, en las condiciones laborales indignas de los trabajadores en las industrias. Tal indignidad en las condiciones laborales lamentablemente no es ajena a nuestro mundo actual, pero viene emergiendo ineludiblemente una nueva manifestación de la cuestión social, relacionada con las aplicaciones tecnológicas que sustituyen de modo extendido al trabajo humano.

**Para la efectividad de los derechos mencionados, tan central como su reconocimiento, debe haber un accionamiento decidido y proactivo del Estado.**

**Como vimos, ello no significa que el Estado deba accionar sólo a través de sus propios medios, ni que en la efectividad de aquellos derechos adolezca de un papel fundamental la iniciativa individual y social.**

El programa constitucional del Estado social suele marcar fundamentalmente objetivos o fines, íntimamente relacionados con los derechos referidos, y no impone, tanto, determinados medios (ESTEVE PARDO, 2013).

En ese sentido la definición política de los medios adecuados para el logro de esos objetivos no tiene por qué limitarse al accionar estatal, convocándose también de diferente forma a iniciativas privadas del ámbito social.

La Constitución uruguaya **configura jurídicamente un Estado social.**

Ello se refleja primero en el amplio reconocimiento constitucional de derechos económicos, sociales y culturales, además de las libertades fundamentales (CAJARVILLE, 2012).

Tales previsiones explícitas se ven complementadas por la regla de oro contenida en **el artículo 72** de la Constitución, que reconoce otros derechos, deberes y garantías no explicitados en el texto normativo, que

fueren inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno.

En la Constitución se establece **la organización fundamental del aparato estatal con un desarrollo bien considerable.**

Se atribuyen al Estado cometidos de definición política, regulación, promoción, apoyo, de prestación y de garantía, según corresponda, en diversas materias sociales como la infancia y juventud, la educación, el trabajo, la salud e higiene públicas, la atención a las situaciones de indigencia, la cultura, la seguridad social, la vivienda y la actividad sindical (CAJARVILLE, 2012).

En particular, el Estado debe impulsar políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general (artículo 50).

Además de la estructuración del Estado Central, con un Poder Ejecutivo conductor de políticas públicas, se prevé la posibilidad de que existan entes descentralizados por servicios que presten actividades industriales y comerciales, así como sociales, pudiendo también constituirse sociedades de economía mixta (artículo 185 a 201).

En materia de seguridad social la Constitución de 1967 dispuso la creación de un Ente Autónomo estatal necesario, el Banco de Previsión Social, con el objetivo de coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social, dentro del marco legal (artículo 195).

Existen normas constitucionales que regulan específicamente los servicios estatales de enseñanza, previéndose en principio la forma organizativa de Ente Autónomo (artículos 202 a 205).

La Constitución declara de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física, así como la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares (artículo 71).

A partir de la reforma constitucional de 2004 el servicio público de suministro de agua potable para consumo humano y el servicio público de saneamiento sólo pueden ser prestados por una persona jurídica estatal (artículo 47).

La Constitución organiza Gobiernos Departamentales con una diversidad de cometidos en materia departamental y local.

Sin perjuicio de lo expuesto, que refiere en particular a la organización del aparato estatal, la cláusula social implícita no se entiende en su más profundo significado, **si no se considera el amplio reconocimiento constitucional a la libre iniciativa privada para las diversas actividades humanas, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieran por razones de interés general (artículo 36).**

Se acoge con gran amplitud el derecho de asociación (artículo 39).

La actividad privada de enseñanza y la cultural están promovidas constitucionalmente a través de la exoneración impositiva (artículo 69).

La iniciativa privada admite ser estimulada para contribuir el acceso a la vivienda de las personas (artículo 45).

A través de la ley se mandata al Estado la promoción de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica (artículo 57).

Nuestra Carta Magna reconoce que hay **deberes inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno (artículo 72)**, que los padres tienen el deber de cuidar y educar a sus hijos (artículo 41), que todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud (artículo 44), que las personas deben cuidar el medio ambiente (artículo 47), que ellas deben de aplicar sus energía intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad (artículo 53).

Se prescribe la obligatoriedad de la enseñanza primaria, media, agraria o industrial (artículo 70).

Puede decirse que la nota social se aplica como “*aguijón jurídico*” al actuar del “*Estado aparato*”, pero es sin duda una nota aplicable al “*Estado comunidad*”.

**En definitiva, la nota social del Estado uruguayo es la sumatoria del amplio reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, de una organización estatal considerable, que está convocada proactivamente a contribuir a la configuración, en el seno de la comunidad, de un ambiente humano más justo y conforme a la dignidad de las personas, y de la ineludible contribución de la iniciativa y el impulso individual y social, en la efectividad de aquellos derechos.**

## **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cuáles son los tres significados posibles del término Estado, reflejados en los artículos 1º y 24 de nuestra Constitución?
2. ¿Qué características destacables tiene un Estado de Derecho?
3. ¿Qué diferencia al Estado de Leyes del Estado Constitucional de Derecho?
4. ¿Cuáles son las notas que identifican al Estado Liberal o “*Juez y Gendarme*” y a su Administración Ordenadora?
5. ¿Cómo caracterizaría al Estado Social de Derecho? ¿Ha tenido en el siglo XX y XXI una única modalidad de expresión?
6. ¿En qué ponen foco las nociones de Estado regulador y Estado garante?

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- BIANCHI, Alberto, 2019, La separación de poderes. Un estudio desde el Derecho comparado, Buenos Aires, Ed. Cathedra Jurídica.
- CAJARVILLE, Juan Pablo (2012), Sobre Derecho Administrativo, T I, 3ª edición, Montevideo, FCU.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio (2002), Derecho Público, Montevideo, FCU.
- DELPIAZZO, Carlos E. (2015), Derecho Administrativo General, V I, 2ª edición, Montevideo, Amalio Fernández.
- ESTEVE PARDO, José (2013), La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis, Madrid, Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, José (2015), La Administración Garante. Una aproximación, en Revista de Administración Pública, N°197, Madrid.
- GORDILLO, Agustín (2013), Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 11ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, Teoría de Gobierno, T I, Montevideo, Medina.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (1997), La Constitución nacional, T II, Montevideo, Cámara de Senadores.
- LARENZ, Karl (1993), Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica, Reimpresión de la 1ª edición al español (1985), Madrid, Civitas.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María (2016), La Administración al Servicio de la Justicia Social, Madrid, Iustel.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011), Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, Madrid, Iustel.
- NARANJO Mesa, Vladimiro (2000), Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Bogotá, Temis.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2016), Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada, Valencia, Tirant Lo Blanch.

REAL, Alberto Ramón (1974), Estado de Derecho y Humanismo Personalista, Montevideo, FCU.

RISSO FERRAND, Martín (2000), Derecho Constitucional, Tomo I, Montevideo, FCU.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007), La administración del Estado Social, Madrid, Marcial Pons.

ROTONDO, Felipe (2014), Manual de Derecho Administrativo, 8ª edición, Montevideo.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2000), Principios de Derecho Administrativo, 3ª edición, Volumen I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

SAYAGUÉS LASO, Enrique (2002), Tratado de Derecho Administrativo, 8ª edición, T I, Montevideo, FCU.

SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, 2003, La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, Madrid, Marcial Pons.

VÁZQUEZ, Cristina (2017), Protección de los derechos sociales en Uruguay a 100 años de la Constitución de Querétaro, en Revista de Derecho del Trabajo, año V, N° 15, abril/junio.

VÁZQUEZ, Cristina (2016), Respuesta administrativa a los derechos sociales, en Función social de la Administración, Tomo II, Bogotá, Colombia, págs. 1483 y ss.

VIGO, Rodolfo Luis (2016); Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y Diferencias; México DF; Editorial Porrúa.

## **2. Derecho Administrativo. Modelos de desarrollo. Políticas públicas. Gestión pública. Participación**

### **2.1. Derecho Administrativo**

#### **A. Un término polisémico y una vinculación sustantiva con los intereses generales**

Cuando hablamos de **Derecho Administrativo** puede estarse haciéndolo, al menos, en **dos sentidos** que, aunque íntimamente relacionados, son diferentes.

**El primer sentido de la expresión Derecho Administrativo refiere a un conjunto de principios y normas jurídicas que tienen un objeto de regulación determinado, y que constituye un subsistema de Derecho público, dentro del ordenamiento jurídico general. Nos referimos aquí al Derecho Administrativo como complejo de reglas de Derecho. El otro sentido de dicha expresión es el que remite a la ciencia jurídica que tiene por finalidad el estudio del subsistema jurídico del mismo nombre.**

En la clásica dicotomía Derecho público/Derecho privado resulta manifiesto que el Derecho Administrativo se ubica en el primero de ellos.

Como parte del **Derecho público** trata sobre **situaciones o actividades que afectan principal e inmediatamente a los intereses generales** (SAYAGUÉS LASO, 2002) o **al interés público** (CAJARVILLE, 2019).

Si bien las razones de tutela de tal tipo de interés están presentes en todas las opciones del ordenamiento jurídico, incluidas las de Derecho privado, son las notas de la principalidad y la inmediatez las que nos permiten tipificar el Derecho público (CAJARVILLE, 2019).

Tiene, por tanto, particular relevancia en el Derecho Administrativo **la noción de interés general o de interés público**, lo que amerita su consideración.

Las reglas del Derecho Administrativo tutelan ese tipo de intereses de modo principal e inmediato, y la Administración pública, sujeta a ese ordenamiento, debe servirlos con objetividad, como, por ejemplo, lo reconoce el artículo 2º del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991.

Nuestra Constitución utiliza el término interés general y en algunas disposiciones el de interés nacional, aunque disposiciones de menor valor y fuerza también acuden al de interés público.

Algunos autores nacionales hacen uso de estos conceptos, incluido el de bien común, sin que les merezcan en principio mayor distinción (CAJARVILLE, 2013; BRITO, 2004).

Cajarville señala que no parece ser necesario hacer la distinción para interpretar nuestra Constitución, y que cuando ella utiliza el concepto “*interés general*”, incluye las otras categorías.

Durán Martínez, en cambio, entiende pertinente diferenciar el interés general del interés público. Destaca que, a diferencia del interés privado que se relaciona con la dimensión individual del ser humano, el interés público lo hace con nuestra dimensión social en el aspecto que conlleva lo político, pero también, aún sin conllevar lo político, trasciende lo meramente privado al

ocupar un espacio que necesariamente es genéricamente compartido, por requerirlo el adecuado desarrollo de la personalidad.

Concluye que precisamente la unidad de la naturaleza humana se contempla con el interés general que incluye al interés privado y al interés público. Por tanto, es de interés general la adecuada satisfacción del interés privado y del interés público, lo que se logra con la creación de la situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana; en otras palabras, es de interés general la configuración del bien común (DURÁN MARTÍNEZ, 2010).

Ya se asimile o diferencie el interés general del interés público, lo cierto es que se trata de términos de gran amplitud, lo que no significa que sean vacíos de contenidos e inoperantes desde el punto de vista jurídico; todo lo contrario.

El interés general no es el mero interés individual de una o de algunas personas, por más legítimos que estos sean, pero claramente no es algo desligado de los intereses de las personas. Es más, la situación particular de una persona, como por ejemplo alguien privado de libertad de forma ilegítima o discriminado por el color de su piel, puede reflejar de la mejor manera el interés general en juego.

**En nuestro ordenamiento jurídico no es admisible concebir al interés general como algo con una trascendencia desligada de las personas de carne y hueso y sus derechos fundamentales. Tampoco cabe concebirlo como la mera sumatoria de los concretos intereses individuales que pueden ser contradictorios unos con otros.**

Cajarville, apreciando nuestra Constitución, entiende que un interés subjetivo adquiere el carácter de público o se incorpora al interés general o público, cuando es un interés que corresponde a la generalidad de los individuos alcanzados por un ordenamiento jurídico.

Entiende que ello comprende tanto a los derechos reconocidos constitucionalmente sin posibilidad de privación o limitación, como a los reconocidos a todos, por la propia Constitución o legalmente, con excepciones o limitaciones taxativas.

Luego agrega que ciertos derechos existen porque la comunidad existe, que en ese sentido puede decirse intereses de la comunidad o colectividad, que no son intereses de una entidad colectiva, transpersonal, sino intereses coincidentes de todos los individuos que forman parte de la colectividad, el interés que todos los individuos tienen de formar parte de la colectividad, dado su condición social.

Existiendo tal interés en vivir en el seno de la comunidad, entonces también existe el interés de todos y cada uno, en el mantenimiento de las condiciones que hagan posible esa convivencia, como las socio-económicas y las institucionales (CAJARVILLE, 2013).

Hablar de interés general o público implica referirse en principio al interés de todos, del conjunto de los habitantes en tanto miembros de la comunidad, y no de algunos o de una parte de la sociedad, ni siquiera de una mayoría que hace posible un gobierno determinado (RODRÍGUEZ ARANA, 2012).

Sin embargo, cabe la posibilidad, y es común, que refiera a intereses que impactan particularmente en una generalidad de personas, y no tan directamente en la situación del resto de los miembros de la comunidad.

La tutela de esos intereses generales, como veíamos, se da por el ordenamiento jurídico general, pero de modo especial por el Derecho Público, y por el Derecho Administrativo que lo integra.

Rodríguez Arana destaca con particular fineza que el interés general ha de estar definido en el ordenamiento jurídico, ya que no es una abstracción, una especulación o una filigrana intelectual. Agrega que, sobre la base de los valores del Estado social y democrático de Derecho, es algo concreto, materializado, puntualizado, encarnado en la realidad que, además, debe ser racional, objetivo, susceptible de motivación o argumentación a partir de los criterios de la lógica (RODRÍGUEZ ARANA, 2012).

**La fuente para determinar los intereses generales tutelados por el ordenamiento jurídico está en las valoraciones ínsitas en la Constitución, en particular en los valores del Estado democrático y social de derecho y en los derechos y deberes humanos (RODRÍGUEZ ARANA, 2012). Luego, el Legislador las proyecta y desarrolla, y también la Administración pública, quien sobre todo debe actuarlas.**

Sin duda el Estado es un protagonista calificado y eminente en la gestión del **interés general**, pero como lo ha destacado lúcidamente Brito, **no es el único**. Todos, cada persona y las comunidades intermedias, en cuanto obran conforme a su dimensión social, concurren al bien común, y lo hacen por participación, en ejercicio de derecho propio (BRITO, 2004).

## **B. El objeto del Derecho Administrativo**

La delimitación del objeto del Derecho Administrativo ha sido y es un verdadero **desafío**, sin perjuicio de lo cual, es **necesaria**, porque permite entender el alcance que tiene el subsistema jurídico, que tiene principios

propios, que permiten encontrar una solución adecuada para los casos administrativos.

También lo es para la propia ciencia jurídica del mismo nombre, para la cual es fundamental tener un objeto de estudio con la mayor delimitación posible.

Ese desafío obedece a que el Derecho Administrativo no es para nada ajeno a **los cambios en la realidad económica, social y política**.

Las variaciones que hemos visto ya en el modo de vincularse del Estado, en particular de su organización administrativa, con la sociedad, han implicado también ajustes o nuevas perspectivas del objeto del Derecho Administrativo.

A nivel comparado, desde el siglo XIX se ha venido poniendo foco en el objeto del Derecho Administrativo, con diversos abordajes, o bien en **el o los sujetos jurídicos regulados (Administración en sentido subjetivo)**, o en **la regulación de determinado tipo de actividad, la actividad o función administrativa (Administración en sentido objetivo)**.

Asociado con esto último, y a partir de una concepción estricta del principio de separación de poderes, inicialmente, en el siglo XIX, se tendió a considerar al Derecho Administrativo como aquel que tenía por objeto **el ejercicio de la función ejecutiva, es decir de la actividad de ejecución de la ley**. Se trataba de una actividad de mera ejecución llevada adelante por el Poder Ejecutivo (MUÑOZ MACHADO, 2015).

Esta tendencia perdió terreno ante la constatación de que la Administración pública llevaba adelante una labor que no se limitaba solamente a la ejecución de las leyes. Por otra parte, la actividad administrativa no quedaba circunscripta al Poder Ejecutivo, al estar o irse conformando diversos tipos de organismos administrativos que no lo integraban y realizaban tal actividad, además de la de ese mismo tenor, realizada de modo auxiliar por el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

En el mismo siglo XIX, autores como Léon Aucoc y Edouard Laferrière realizaron una distinción de la actividad cumplida por la Administración: los actos de poder público y los actos de gestión.

Tal distinción tenía como preocupación fundamental, muy de Francia, la de delimitar la actividad de la Administración sujeta a la jurisdicción contencioso- administrativa de aquella que quedaba bajo el control de los tribunales ordinarios de justicia.

**Los actos de poder públicos** eran aquellos que reflejaban ejercicio de mando o autoridad, y ellos **eran objeto del Derecho Administrativo**, y sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los de gestión eran aquellos en los que la Administración actuaba como “*gerente*” para cumplir con sus cometidos, sin diferenciarse mayormente de otros agentes de la vida social (MUÑOZ MACHADO, 2015).

Lo cierto es que, al extenderse la labor a cargo de la Administración pública, y diversificarse las técnicas de actuación, esa distinción tan simple perdió funcionalidad.

Otro de los abordajes clásicos fue el de la Escuela del Servicio Público (L. Duguit, G. Jeze, R. Bonnard y L. Rolland), que **pone a los servicios públicos en el objeto de regulación del Derecho Administrativo**, considerados, al decir de Duguit, como aquellas actividades cuya realización debe ser regulada, asegurada o controlada por los gobernantes, porque es indispensable para la realización de la interdependencia social, y que por ello no pueden ser aseguradas completamente sino mediante la intervención de la fuerza gobernante (MUÑOZ MACHADO, 2015).

En definitiva, el Derecho Administrativo era el conjunto de instituciones y técnicas orientadas a alcanzar los objetivos del servicio público.

Se daba **una tríada** perfecta: a) servicios públicos, b) regidos por el régimen del Derecho Administrativo y no por el Derecho privado y c) sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a la justicia ordinaria.

Esta concepción entró en crisis en Francia, al reconocerse a lo largo del siglo XX que podía haber servicios públicos prestados por la Administración o por privados y regidos por el Derecho privado, o incluso servicios gestionados por entidades públicas sin la calificación de servicio público (MUÑOZ MACHADO, 2015).

Maurice Hauriou, desde una perspectiva subjetivista, destacó que **el Derecho Administrativo** tiene por objeto de regulación **a la Administración dotada de prerrogativas de poder público**.

Si bien constituye una contribución la constatación de que la Administración suele tener prerrogativas de poder público conferidas por el Derecho en aras del interés público, también es cierta que su actuación no queda limitada a lo coactivo (MUÑOZ MACHADO, 2015).

Una perspectiva subjetivista contemporánea fue la sustentada por el reconocido profesor español Eduardo García de Enterría.

Este autor considera que el esfuerzo histórico por deslindar una abstracta función administrativa como objeto del Derecho Administrativo no ha sido exitoso, en particular por la movilidad de la propia materia administrativa, **dada su contingencia histórica** (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2004).

Por ende, resulta apropiado para delimitar el objeto del Derecho Administrativo poner el foco en ciertos sujetos, las Administraciones

Públicas, que en el Derecho positivo español tienen reconocida personería jurídica.

En ese marco, al **Derecho Administrativo** se lo concibe como el **Derecho propio y específico de las Administraciones públicas en cuanto personas jurídicas**. Lo considera de **naturaleza estatutaria**, en cuanto **se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas**, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2004).

Esta perspectiva sin duda simplifica la cuestión del objeto, al no entrar en la consideración sustancial o formal de la actividad o función administrativa, lo que ciertamente no ha sido fácil para la doctrina administrativista.

Al poner foco en los sujetos, las Administraciones públicas, queda inmediatamente comprendido en el objeto de regulación del Derecho Administrativo, lo atinente a la organización administrativa.

En ese sentido, si el foco está puesto en la actividad o función administrativa, la inclusión de lo organizativo dentro del objeto del Derecho Administrativo queda mucho más mediada por la consideración de que para cumplir esa actividad, debe estar prevista la organización de la entidad que la realice.

Sin embargo, esta posición también admite críticas.

La primera de ellas es que, a nivel comparado, **no necesariamente** se reconoce personería jurídica específica a todas las organizaciones administrativas. Nuestro país, como ha quedado expuesto, es un caso, ya que, por ejemplo, la gran organización administrativa que supone el sistema orgánico Poder Ejecutivo, integra la misma persona jurídica estatal (Estado Central o Persona Pública Mayor) junto con los otros dos Poderes y los órganos de contralor de creación constitucional.

A su vez, esta concepción subjetivista deja en principio fuera de la regulación del Derecho Administrativo a actividades que, aunque prestadas por organismos legislativos o jurisdiccionales, son **propiamente administrativas**, aun cuando sean auxiliares de la principal que ellos ejercen, y es **muy razonable** que se rijan por ese Derecho. Ello ha sido tan así, que otro destacado autor español, Santamaría Pastor, ha considerado que el Derecho Administrativo estaba pasando de ser un Derecho de las Administraciones públicas, a ser el Derecho común de la función administrativa realizada por todos los órganos del Estado (SANTAMARÍA PASTOR, 2000).

**En la doctrina nacional ha prevalecido una perspectiva que contempla en el objeto del Derecho Administrativo, tanto la organización de la Administración, como el ejercicio de la función administrativa.**

Así, Sayagués Laso define al Derecho Administrativo como la parte del Derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la Administración y el ejercicio de la función administrativa (SAYAGUÉS LASO, 2002).

Por su parte, Rotondo enseña que dicho Derecho es una rama autónoma del Derecho público (tal como también lo destaca Prat), que regula la organización y comportamiento de las personas públicas estatales en tanto ejercen función administrativa, disciplinando sus relaciones con el administrado (PRAT, 1977, ROTONDO, 2014).

El agregado sutil de esta definición es la referencia explícita **a las relaciones jurídico-administrativas** que la Administración traba con las personas, destinatarias finales de la acción administrativa.

En similar forma, Delpiazzo define al Derecho Administrativo como aquel que, perteneciendo al género del Derecho público, regula la organización de la Administración (**aspecto estático**) y la actividad administrativa (**aspecto dinámico**), tanto la concretada mediante actos jurídicos (**aspecto teórico**), como a través de operaciones materiales (**aspecto práctico**), que se realiza a través del ejercicio servicial de la función administrativa (**aspecto teleológico**) (DELPIAZZO, 2015).

El profesor ilustra en la misma definición **la estática y la dinámica de lo administrativo**, a la vez que **la diversidad** en que se manifiesta el actuar administrativo (actos jurídicos y operaciones materiales), destacando que siempre debe ser **servicial hacia las personas**.

En lo expuesto por los prestigiosos autores nacionales está el núcleo fundamental de regulación del Derecho Administrativo.

Sin perjuicio de ello, es pertinente atender a la existencia desde larga data de **sujetos no estatales** que realizan **actividades de relevante interés público**, regidas por normas de Derecho público. Es más, ello es objeto de consideración en la materia de Derecho Administrativo a nivel universitario.

Sayagués Laso lo advirtió en su Tratado de Derecho Administrativo, considerando que **el Derecho público**, además de tener por objeto todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de las diversas entidades estatales, **también comprendía la regulación de ciertas actividades de interés colectivo**, entre las que destaca a las cumplidas por **las Personas Públicas No Estatales** (SAYAGUÉS LASO, 2002).

Más recientemente, a nivel comparado, se habla de **una extensión necesaria del Derecho público**, como reacción a situaciones actuales,

donde, por ejemplo, sujetos privados cumplen servicios de particular interés público, que antes prestaba la Administración pública (incluyendo servicios de interés público, controles técnicos de seguridad, etc.)- (ESTEVE PARDO, 2013). Cabe tener en cuenta, asimismo, la actividad cumplida por entidades de Derecho privado de capital total o parcialmente estatal, a las que se ha llamado “*entidades instrumentales*”.

Una perspectiva particular en cuanto al objeto del Derecho Administrativo es desarrollada por Durán Martínez, quien, con un talante jusnaturalista, recuerda que los términos que uno puede utilizar admiten ser análogos, distinguiéndose el sentido que corresponde propiamente (**analogado principal**), de aquellos que justifican el uso del mismo término, porque se relacionan con ese analogado principal -**analogados secundarios**- (DURÁN MARTÍNEZ, 2017).

Respecto al Derecho Administrativo el profesor concluye que:

- a) como **analogado principal**, es **lo justo administrativo**,
- b) como regla (**analogado secundario**), es **el conjunto de reglas jurídicas destinadas a la determinación de lo justo administrativo**,
- c) como **sistema** (otro analogado secundario), es el **subsistema del Derecho** finalizado a la determinación de lo justo administrativo, **que incluye, por cierto, el conjunto de reglas jurídicas referidas precedentemente, pero no se agota en él**,
- d) como **ciencia** (otro analogado secundario), es la disciplina científica que estudia el conjunto de reglas jurídicas destinadas a la determinación de lo justo administrativo o el subsistema del Derecho finalizado a la determinación de lo justo administrativo (DURÁN MARTÍNEZ, 2017).

### C. Caracterización del Derecho Administrativo

Sin duda las definiciones ayudan en el esfuerzo por comprender sobre qué trata algo que uno quiere conocer, pero también contribuye el señalar sus características más destacables.

El Derecho Administrativo, como ha quedado dicho, ciertamente remite particularmente a la Administración pública y su actividad, pero **no como fin en sí mismo**, sino como **organización y accionar al servicio de las personas y su dignidad humana (centralidad de la persona humana)**.

Ilustra ese carácter de modo magistral la clásica expresión de González Navarro, que concibe al Derecho Administrativo como **el Derecho del poder para la libertad**. Regula el poder público no para

privilegio de quienes lo ejercen, sino para que efectivamente contribuya al **bien común, al desarrollo de las personas en libertad y justicia.**

En ese sentido, en el marco de un Estado de Derecho, constituye un ordenamiento jurídico que debe reflejar **un adecuado equilibrio entre autoridad y libertad.**

El accionar administrativo efectivo en servicio de los intereses generales requiere de la habilitación jurídica de la autoridad, para su ejercicio, pero siempre en un marco de adecuada garantía de las personas.

Ello se refleja en el otorgamiento a la Administración pública, por parte del ordenamiento jurídico, de ciertas potestades que exceden las de los particulares, tales como la potestad reglamentaria, la expropiatoria, la sancionatoria, la de ejecutar por sí decisiones administrativas, y otras. Se trata de **potestades de Derecho público o exorbitantes, aunque delimitadas jurídicamente.** (VÁZQUEZ, Cristina, 2016 y 2018).

Así también, se manifiesta en la previsión jurídica de **sujeciones exorbitantes** para la Administración pública, como puede ser la exigencia de realizar procedimientos competitivos para seleccionar un contratante, lo que un sujeto privado en principio no tiene por qué realizar, o la limitación por la que un organismo público sólo puede actuar en el marco de la competencia otorgada por reglas de Derecho (principio de especialidad), cuando los particulares estamos regidos por el principio de libertad (artículo 10 de la Constitución).

Esa lógica de equilibrio entre autoridad y libertad **mantiene plena vigencia**, pero también debe visualizarse al Derecho Administrativo como **oportuno habilitador de la Administración pública**, en su rol de **intermediación e intervención entre derechos de los sujetos, en la procura del bien común.**

Eberhard Schmidt-Assmann sostiene al respecto que el Derecho Administrativo no puede concebirse como un sistema que tiene la exclusiva finalidad de garantizar la protección del individuo frente al Estado. Agrega: si se pretendiera que toda acción administrativa estuviera presidida por el postulado de la presunción general de libertad, no podría entenderse en su entera dimensión, que el individuo también se halla vinculado a la comunidad y que el Estado tiene la obligación de proteger a todas las personas. Hay que apreciar debidamente la problemática que encierran las relaciones multilaterales, que suelen implicar una constelación de intereses heterogéneos y aun contrapuestos entre las personas ante la Administración pública, y a la que el Derecho Administrativo ha de dar una respuesta que lo procese y pondere (SCHMIDT-ASSMAN, 2003).

Balbín, por su parte, ha señalado que la idea de poder versus derechos debe adecuarse en el marco del Derecho Administrativo actual (Estado Social

y Democrático de Derecho) en los siguientes términos: derechos versus derechos (BALBÍN, 2015).

El autor destaca que el conflicto entre derechos con intermediación estatal debe completarse con otro concepto, esto es, la teoría de la justicia. El Derecho Administrativo exige que el Estado intermedie entre derechos, pero no sólo en términos de igualdad (postulado propio del Derecho privado), sino de conformidad con los postulados de la justicia igualitaria (BALBÍN, 2015).

Ciertamente, en la diversidad del oportuno accionar de la Administración pública (al regular, prestar, controlar, promover, etc.), puede constatarse ese **rol estatal intermediador entre derechos**, conformador de una mejor y más justa convivencia social, y ello es objeto central del Derecho Administrativo, pero también lo es, y por ello entendemos que mantiene plena vigencia, **cómo ese accionar se aborda y con qué garantías para las personas**.

**En el Estado Social y Democrático de Derecho, el ejercicio del poder público, aun con el fin debido de servir al bien común, y en particular a la conformación de una sociedad más justa e igualitaria, no puede realizarse en la no-libertad o en la violación de derechos fundamentales.**

Otra característica que tradicionalmente se señala respecto del Derecho Administrativo, y que mantiene pertinencia, es **la mutabilidad** que suele tener su normativa.

Esa mutabilidad se manifiesta particularmente en el **Derecho Administrativo Especial**, es decir, en la diversidad de normativa que regula de modo específico los múltiples sectores de actividad administrativa. Ello es natural dado que se trata de las disposiciones que se vinculan de modo más inmediato con las variaciones de la realidad objeto de la regulación.

**El Derecho Administrativo General**, comprensivo de los principios, normas, conceptos e institutos jurídicos aplicables a todos los sectores del Derecho Administrativo (MAURER, 2011), **tampoco está exento de cambios**; como hemos visto, se ha transformado ininterrumpidamente desde el siglo XIX.

Sin embargo, es claro que el Derecho Administrativo General **goza de mayor estabilidad** que el Derecho Administrativo Especial, y suele suceder que los cambios que ocurren en este último se hacen con base en conceptos, principios e instituciones que son el producto de la evolución **constante pero no brusca** de la teoría general del Derecho Administrativo (CAJARVILLE, 2012).

En realidad, debe decirse que, en el seno de la Ciencia del Derecho Administrativo, hay una verdadera y permanente interacción entre la parte general y especial, que contribuye a que los principios, técnicas y teorías generales se adapten a la constante evolución del Derecho (SCHMIDT ASSMANN, 2003).

Una nota esencial del Derecho Administrativo es **su autonomía**, lo que hoy en día no admite ser discutido seriamente.

Surgió como un **Derecho de excepción al Derecho Civil**, de manera que lo no regulado explícitamente por la normativa excepcional, se resolvía acudiendo al Derecho llamado común.

Sin embargo, luego evolucionó adquiriendo autonomía, al delimitarse, no sin dificultades, **un objeto de regulación**, y al conformarse **un complejo de reglas jurídicas (principios y normas) con razonable sistematicidad**, que habilita la resolución de los casos administrativos, aun cuando no exista una norma jurídica que los regule con directa explicitación.

Lo expuesto no significa que toda actividad de la Administración pública esté regida exclusivamente por el Derecho Administrativo. Así, por ejemplo, cuando un organismo estatal cumple actividades comerciales, la sustancia de los contratos que celebra con los clientes está regida en principio por el Derecho privado (por ejemplo los contratos de depósito o de préstamo que celebra el Banco de la República Oriental del Uruguay con sus clientes, o los de seguro que celebra el Banco de Seguros del Estado).

A diferencia de otras ramas jurídicas, como el Derecho Civil o Penal, el Derecho Administrativo **no está codificado**. Ello no implica que algunas de sus partes sí lo estén, y que se suela acudir a herramientas de ayuda para operar jurídicamente con la normativa positiva, como son las recopilaciones de normas o textos ordenados (DELPIAZZO, 2015).

También se ha señalado que es un Derecho **de cuño jurisprudencial**, por el papel destacado que ha tenido en su desarrollo la jurisprudencia. Ello ha sido muy manifiesto en Francia por la impronta que han tenido desde el siglo XIX la labor del Consejo de Estado, pero también es constatable en Uruguay a través de la actividad jurisdiccional del **Tribunal de lo Contencioso Administrativo** (DELPIAZZO, 2015).

Aunque resulte bastante obvio en este mundo intensamente globalizado, cabe anotar que el Derecho Administrativo no solo se conforma de reglas de Derecho interno, sino que **incluye otras de carácter internacional o trasnacional**.

Desde larga data Agustín Gordillo ha advertido **la dimensión internacional del Derecho Administrativo**, reflejada por ejemplo en la organización de los Organismos Internacionales (ONU, OEA, OIT, BID, etc.), en los acuerdos de integración, como es el caso del MECOSUR, o en el

dictado de tratados con elementos de Derecho Administrativo internacional, como puede ser la Convención Interamericana contra la Corrupción (GORDILLO, 2013).

Más recientemente se habla de la emergencia de un **Derecho Administrativo Global**, con principios y regulaciones que exceden las fronteras nacionales, y que admite aplicarse a las relaciones administrativas transnacionales en diversos ámbitos -medio ambiental, financiero, comercio mundial, migraciones, etc.- (DELPIAZZO, 2015).

Por último, y particularmente referido a la Ciencia Jurídica del Derecho Administrativo, es destacable el énfasis que ha puesto el prestigioso autor alemán Schmidt Assmann, en concebirla como ciencia de dirección, que aspira a dirigir los procesos sociales, y que no se limita a la construcción dogmática de reglas jurídicas, categorías, institutos o doctrinas, sino que además se preocupa en encontrar las condiciones y los presupuestos que hagan posible que el Derecho Administrativo sea eficaz y eficiente, de manera de no solo plantearle límites a la Administración Pública, sino vehiculizarla para que adopte decisiones correctas, que sean fruto de la interacción entre legalidad, optimización, aceptabilidad o consenso y viabilidad.

La Administración pública en la sistemática del Derecho Administrativo es “*objeto de dirección*”, en tanto la normativa le otorga la habilitación precisa y le establece las obligaciones necesarias para que atienda a sus funciones, pero también es “*sujeto de dirección*”, ya que lleva a cabo actividades propias para al dirección de los distintos sectores sociales en el marco de la legalidad (SCHMIDT ASSMANN, 2003).

## **D. Metodología académica y aplicativa del Derecho Administrativo**

Rodríguez de Santiago destaca que, en la ciencia, se utiliza la expresión **método** para referirse a **una forma rigurosa de proceder para llegar a un resultado que pueda presentarse como racional, y, por tanto, intersubjetivamente controlable**. En ese sentido, por alusión al método, **la metodología jurídica consiste en el discurso sobre las reglas de racionalidad con las que debe de trabajarse con el Derecho, para alcanzar resultados científicos** (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).

La metodología jurídica aplicada al Derecho Administrativo no puede decirse que es ajena a la utilizada en otras disciplinas jurídicas, pero sí que tiene particularidades que atienden a las características propias de su objeto: el Derecho Administrativo como ordenamiento jurídico.

Es bien pertinente la distinción que se hace entre **la metodología académica** y **la metodología aplicativa del Derecho Administrativo**.

La primera es la que cabe utilizar en aras del **conocimiento científico** de aquel objeto que, en principio, se presenta como un inmenso conjunto, casi caótico, de reglas jurídicas.

**El objeto de la metodología académica es la explicación de las reglas de racionalidad con las cuales se construye el sistema del Derecho Administrativo a partir del ordenamiento vigente, de manera de explicar su unidad axiomática y de evitar, en lo posible, las contradicciones valorativas (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).**

Refiere, por tanto, al modo racional de proceder al que acude el jurista académico en la construcción sistémica “ordenadora” de aquel conjunto de reglas jurídicas.

Es una metodología para el conocimiento científico que, aunque contribuye a nutrir de conocimientos jurídicos valiosos y útiles para la operación con el ordenamiento administrativo, no es directamente aplicable como proceder para tal operativa jurídica.

La metodología académica tiene diversas aristas, pero cabe destacar una de ellas, y es la de **las reglas de trabajo interdisciplinar** que vinculen al Derecho Administrativo con otras ciencias, como la historia, la ciencia política y de la administración, la económica y otras, con las que se da un tráfico conceptual intenso, dada la íntima conexión de aquella disciplina jurídica con la diversa realidad de la vida social (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).

**Particular interés tiene la metodología aplicativa del Derecho Administrativo, cuyo objeto, distinto del de la académica, es el de las reglas de racionalidad que deben de observarse, por una parte, por la Administración pública, para la adopción de decisiones regidas por el Derecho, y por otra, por los órganos jurisdiccionales con competencia para controlar la juridicidad del accionar administrativo.**

Ciertamente dicha metodología admite diferencias cuando se aplica a la adopción de decisiones por la Administración pública, que cuando se lo hace al control jurisdiccional de la actividad administrativa.

En el primer caso las reglas de racionalidad conducen a lo que **debe hacer la Administración al decidir (perspectiva positiva)**, en tanto que las que ponen foco en el **control jurisdiccional** de la Administración pública, consideran **lo que ella no puede hacer al adoptar decisiones** (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).

La metodología aplicativa trata, por una parte, sobre **la fijación de los hechos relevantes** para que la Administración decida sobre un asunto administrativo.

**A primera vista, se tiende a desconsiderar el aspecto de la metodología aplicativa, porque no aparece como algo “*propriadamente jurídico*”. Ello constituye un grave error, porque un operador jurídico que no logra comprender y determinar adecuadamente los hechos relevantes de un caso, seguramente dará una respuesta jurídica errónea o deficiente.**

Agustín Gordillo ha insistido en la significación que tiene la adecuada determinación de los hechos, considerando que el Derecho es una ciencia de casos singulares y concretos. Tal importancia atribuye a este aspecto que, en su Tratado, reitera una expresión, atribuida a Werner Goldschmidt: “*una vez bien estudiados los hechos y expuestos ordenadamente, está resuelto el 98% del problema*” (GORDILLO, 2013).

En el caso administrativo objeto de decisión, la Administración pública seguramente se encontrará con toda una diversidad de circunstancias de hecho (**hechos brutos**).

Debe proceder de manera de fijar **los hechos relevantes (hechos netos)** para resolver el caso administrativo, y en ese sentido las reglas jurídicas que en principio admitan aplicarse orientan esa fijación (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).

La determinación de los hechos exige que la Administración cumpla con un estándar de certidumbre razonable en cuanto a su existencia, conocido como estándar de **la probabilidad prevalente, por el que resulta al menos más probable que tales hechos existan, en comparación con cualquier otra hipótesis rival** (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).

**La actividad de la Administración pública en el marco del Derecho** no se explica correctamente como función de pura aplicación de normas de Derecho, aunque implique aplicarlas, **sino como actividad delimitada jurídicamente o dirigida por el ordenamiento jurídico.**

Es por ello que la metodología jurídico-administrativa **no queda limitada a la interpretación de la norma jurídica** que admita aplicarse al asunto administrativo a decidir, sino que la Administración tiene **un rol “constructivo”, mediante un proceso progresivo de acumulación de criterios que completan y concretan el contenido de la norma aplicable a dicho asunto** (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).

Para una mejor comprensión podemos imaginarnos una norma jurídica que habilita a actuar a una determinada Administración pública, sin precisar suficientemente el supuesto en que lo puede hacer (supuesto de hecho amplio), e incluso sin hacerlo con toda precisión en lo que debe hacer (consecuencias jurídicas).

Pues bien, la sola interpretación de la norma en cuestión no es suficiente para que la Administración pública la aplique y adopte una decisión

en un sentido, en el caso administrativo, sino que deberá complementarla con criterios adicionales, como pueden ser, los de oportunidad, eficacia, eficiencia, o incluso otros de particular juridicidad, como la conformidad con ciertos principios generales de derecho o con la Constitución.

La metodología aplicativa del Derecho Administrativo admite variaciones cuando la normativa direcciona la actividad de la Administración pública mediante programas condicionales, o bien cuando la hace mediante programas teleológicos o finales.

Hablamos de **una programación normativa condicionada**, cuando las normas directivas de esa actividad administrativa prevén materialmente con mayor o menor precisión o amplitud que se actuará en un sentido (consecuencias jurídicas), condicionado a la concreción de determinado supuesto de hecho, también explicitado con mayor o menor precisión o amplitud.

Por tanto, si se da el supuesto de hecho, la Administración deberá actuar según las consecuencias jurídicas previstas en la norma. Por ejemplo, si la norma legal prevé que ante una persona que tiene 60 años de edad y 30 años de servicios corresponde otorgar una jubilación de determinado nivel cuantitativo, pues entonces la Administración de Seguridad Social, habiendo constatado que una persona que solicitó una jubilación, cumplía con esos requisitos, debe decidir otorgarle esa prestación de seguridad social.

El modo de decidir en ese tipo de programación normativa, aunque no exclusivo, es el de **la subsunción**, el que constituye un proceso intelectual de acercamiento progresivo de los hechos a la norma, y de la norma a los hechos, hasta que, al decidir la Administración, se produce un acoplamiento del relato fáctico relevante (la persona trabajó durante 30 años y tiene 60 años de edad) a la norma óptimamente preparada o construida para el caso –la norma legal con los eventuales criterios adicionales incorporados por la Administración- (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).

La dirección normativa de la actividad administrativa admite también realizarse a través de **programas normativos teleológicos o finales**, mediante normas que orientan el ejercicio de la competencia administrativa hacia la consecución de **metas o fines**, dando a la Administración pública un **amplio margen conformador** (Administración conformadora), dentro del marco de la legalidad. Esas metas o fines admiten tensiones entre sí.

La modalidad propia de decisión de la Administración pública bajo ese tipo de programación normativa es **la ponderación**, que implica sustancialmente tres fases: a) identificación de los intereses en juego (principios o fines, mandatos de optimización), b) la atribución de peso o importancia a cada uno de los intereses en juego identificados, con base en las circunstancias del caso y c) decisión de prevalencia entre intereses

conforme a la regla de la ponderación (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016).

El Derecho Administrativo utiliza, además de los métodos comunes con otras disciplinas, como el deductivo y el inductivo, el método jurídico, el histórico y el comparativo (PRAT, 1977).

## **2.2. La vinculación del Derecho Administrativo con los modelos de desarrollo**

En el pasado, las teorías economicistas vinculaban el desarrollo con el crecimiento económico, tomando en cuenta aspectos como la acumulación de capital, la producción o la renta, el producto interno bruto, la balanza comercial o el consumo energético, entre otros.

Progresivamente han ido cobrando relevancia otras dimensiones, definiéndose el desarrollo como un proceso por el cual una sociedad avanza hacia mejores condiciones de vida de sus ciudadanos, en términos de desarrollo humano, económico, cultural o territorial, entre otros, con respeto de los derechos fundamentales. En ese abanico de factores, en la actualidad muestran especial destaque las cuestiones vinculadas a lo ecológico y lo ambiental, así como el problema del cambio climático (VÁZQUEZ, Cristina, 2017).

El desarrollo humano se revela en el número de opciones que se brindan al ser humano en su medio, para ser y hacer lo que desea.

Un modelo de desarrollo supone una línea de acción a seguir para promover ese desarrollo humano.

Para formular el Índice de Desarrollo Humano (IDH), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) considera los siguientes tres parámetros: una vida larga y saludable, la adquisición de conocimientos (educación) y el disfrute de un nivel de vida digno. Este Índice surge como una iniciativa del economista paquistaní Mahbub ul Haq, con intención de clasificar los países a partir de variables diversas de las meramente económicas que se utilizaban tradicionalmente.

Es así que cualquier modelo de desarrollo tomará en cuenta un amplio abanico de factores que deberán recibirse en las políticas públicas, tales como la disminución de la violencia, la discriminación y la exclusión, el incremento de la justicia, la participación ciudadana, la tolerancia, la equidad y la igualdad de oportunidades, o los ya aludidos aspectos ambientales.

El Derecho Administrativo, en cuanto Derecho finalizado al interés general con garantía de los derechos fundamentales, es instrumento y reflejo de las políticas públicas dirigidas al desarrollo humano.

### 2.3. La vinculación del Derecho Administrativo con las políticas públicas

La conducción política de las cuestiones colectivas es una responsabilidad conferida por el ordenamiento jurídico uruguayo a la organización estatal, con base en la legitimidad democrática que da la elección de las principales autoridades de dicha organización, por el Cuerpo Electoral.

En el ámbito nacional **el conductor político es el Poder Ejecutivo**, aunque es claro que dicha labor de conducción debe conformarse al ordenamiento jurídico vigente y, en particular, debe atender a los objetivos políticos previstos constitucional y legalmente.

Cajarville desataca que una de las ideas básicas de la Constitución de 1967 fue precisamente conferir al Poder Ejecutivo el papel y la responsabilidad de órgano central de conducción y orientación política (CAJARVILLE, 2012, Tomo I).

Así también, múltiples disposiciones legales han atribuido al Poder Ejecutivo la potestad de fijar, formular o establecer la política a aplicar en diversos sectores de la actividad nacional, así como controlar su ejecución (CAJARVILLE, 2012, Tomo I).

Ahora bien: **¿en qué consiste esa labor de formulación y conducción política?**

**Se califica a la actividad de formulación política como una actividad de dirección u orientación, de impulso y coordinación, mediante la cual se determinan los fines u objetivos a alcanzar, las metas a cumplir y en sus grandes lineamientos los medios a utilizar para lograrlos (CAJARVILLE, 2012).**

La gestión de los asuntos colectivos no concluye, ni mucho menos, con la fijación de políticas, pero sin ese impulso u orientación, pierde rumbo y se torna anárquica, en detrimento de su eficacia.

Más recientemente se ha venido utilizando el término **políticas públicas diferenciándolo**, aunque sin desligarlo, del concepto de **política**.

Al respecto, Lahera destaca que la política es un concepto más amplio, relativo al poder en la sociedad en general, en tanto que **las políticas públicas**, en cambio, corresponden a **soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos**.

Considera que una política pública corresponde a cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática, que admite incluir orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados (LAHERA, 2002).

Hoy en día la definición de políticas públicas no puede ser mera intuición política, lo que tampoco se desmerece, sino que requiere de un diagnóstico adecuado de la realidad sobre la que se procura incidir, para lo cual la disponibilidad y manejo de información es fundamental, así como una apoyatura técnica pertinente que permita delinear adecuadamente la política pública.

**La definición de políticas públicas, en definitiva, supone una labor que debe equilibrar visión política, conocimiento de la realidad y sustento técnico, oportuna participación social y adecuado enmarque jurídico.**

La formulación de políticas públicas por el Poder Ejecutivo puede darse por diversos medios.

Cabe que se formule a través de **directivas políticas** o se concrete en **actos jurídicos** con eficacia de tales, por lo que la imperatividad jurídica dependerá de la naturaleza de los actos en que las opciones políticas se contengan (CAJARVILLE, 2012, Tomo I).

Se señala que **la directiva política** admite manifestarse informalmente, por consensos o instrucciones, pero también formalmente mediante actos de directivas, en los que el Poder Ejecutivo señale una orientación más o menos concreta de la actividad implicada.

Tales actos de directiva propiamente no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, aunque deben ser tenidos en cuenta como orientación a aplicar, por lo que no está en juego la legalidad, sino en todo caso el mérito de la gestión de aquellos a quienes se dirige (CAJARVILLE, 2012, Tomo I).

Los destinatarios de esos actos de directiva, además del propio sistema orgánico Poder Ejecutivo, pueden ser entidades estatales descentralizadas, sujetas al control y coordinación del órgano Poder Ejecutivo, pero también personas privadas, respecto de las cuales el órgano orientador puede, por lo menos, adoptar medidas de estímulo o desestímulo, dentro de su competencia (CAJARVILLE, 2012, Tomo I).

Un instrumento destacable de formulación de políticas es el de **la planificación**. Constituye una técnica instrumental y operativa de previsión y coordinación de acciones futuras, con base en opciones políticas determinadas.

En ese sentido, el artículo 230 de la Constitución comete al Poder Ejecutivo la formulación de Planes y Programa de desarrollo, previendo la asistencia de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (CAJARVILLE, 2012, Tomo I).

La implementación de directivas políticas requiere del dictado de los actos jurídicos necesarios, que admiten tener diversa eficacia formal. Así podrá tratarse de actos unilaterales de carácter general, normativos o no, o

subjetivos, o bien actos bilaterales, como acuerdos, convenios o contratos (CAJARVILLE, 2012, Tomo I).

## 2.4. Derecho Administrativo y gestión pública

El abordaje integral de la organización y la actividad de la Administración pública claramente no queda limitado a lo jurídico.

Ese abordaje es **multidisciplinario** e involucra por lo pronto a disciplinas como la Ciencia política, la Sociología, la Administración, la Economía y la Ética, además del Derecho Administrativo.

Como se ha señalado, este último estudia las normas y principios jurídicos que rigen la gestión de la Administración pública, pero no su dimensión política, ni sus implicancias sociales, económicas o éticas.

También está fuera del objeto del Derecho Administrativo la interrogante de cómo debe estar organizada y cómo debe actuar la Administración pública para el mejor cumplimiento de sus fines. Como se ha expresado, **su abordaje es jurídico y apunta desde esa dimensión a cómo es y cómo actúa** (SAYAGUÉS LASO, 2002).

Lo expuesto no impide que haya, y deba necesariamente haber, una interrelación entre aquellas disciplinas que “*miran*” desde su diverso saber la gestión pública y el Derecho Administrativo.

De ahí la importancia de las reglas de trabajo interdisciplinar referidas precedentemente.

**Puede suceder que nuevos saberes sobre cómo mejor organizar a la Administración pública o cómo mejorar la eficacia y la eficiencia en su accionar, o sobre las implicancias éticas en el actuar administrativo, puedan impulsar reformas normativas, lo que será objeto del Derecho Administrativo.**

Así también, las mismas normas administrativas admiten contener conceptos jurídicos amplios que convocan a criterios de esas disciplinas, como por ejemplo el de buena administración, o incluso puede haber remisiones normativas a esos criterios.

Desde el siglo XIX la gestión pública ha tenido como referencia modelos, que se implementaron en diversos países, en mayor o menor medida.

El primero de ellos a mencionar es el **modelo burocrático o weberiano**, magistralmente sistematizado por el sociólogo alemán **Max Weber** (1864-1920).

Este modelo de gestión pública se fue implementando en las sociedades más desarrolladas desde el siglo XIX, procurando promover una gestión pública estable, continua, que realizare con objetividad el interés

público. Se procuraba distinguir la labor funcional de la burocracia de aquella más política, reduciendo de esa manera la politización, el clientelismo y la corrupción.

Se conformó a partir de un conjunto de reglas sobre el reclutamiento y la promoción de los funcionarios públicos con base en el mérito, la garantía de permanencia de los mismos y el pago de un salario fijo, reglas que frecuentemente tomaban la forma de leyes y regulaciones que fueron implementadas por autoridades más o menos independientes (RESTREPO, 2009).

**Los principios del modelo weberiano son los siguientes: a) cohesión de la organización administrativa sobre la base de normas y reglamentos, b) formalización de las comunicaciones, c) racionalización en la división del trabajo, d) despersonalización de las relaciones laborales, e) jerarquía basada en la autoridad, f) rutinas y procedimientos estandarizados en guías y manuales y g) selección del personal por competencia técnica y méritos (PARRES GARCÍA, 2009).**

Sin duda es un modelo que ha marcado a fuego la gestión pública moderna y mantiene vigencia en no poca aristas, pero también es cierto que en su implementación se fueron advirtiendo disfunciones que iban contra **la eficacia y eficiencia de la gestión pública.**

Esas disfunciones, entre otras, pueden sintetizarse así: a) un excesivo desarrollo de normas y procedimientos llevó a que la organización administrativa quedara centrada en su observancia estricta, perdiendo la gestión pública orientación en el logro de resultados, b) existencia de rigideces para adaptarse a los cambios en las necesidades de gestión pública en el seno social, c) conformación del llamado “*círculo vicioso burocrático*”, según el cual, cuantos más controles se establecen sobre los centros gestores con carácter previo, menos éstos desarrollan sus competencias de auto-dirección, auto-motivación y responsabilidad por la gestión que deben desarrollar, dando lugar a malos resultados y, como reacción a esta deficiente gestión, se incrementan los controles sobre los gestores, dando lugar a un círculo vicioso que se repite sucesivamente (PARRES GARCÍA, 2009).

En la década de los ochenta del siglo pasado, en el marco de las dificultades financieras del Estado para abordar los diversos cometidos a su cargo, y en sintonía con la idea de dar más cabida al mercado en la prestación de bienes y servicios, comienza a impulsarse un modelo alternativo de gestión público, conocido como **Nueva Gerencia Pública.**

Este modelo se apoya en una fuerte crítica al modelo burocrático y tiene como idea base la sustitución de las prácticas “*anticuadas*” del sector

público por los métodos actualizados del gerenciamiento en el ámbito privado (LORENZO DE MEMBIELA, 2009).

**Como lo sostuvo la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su informe sobre el sector público de 2005, el modelo de Nueva Gerencia Pública parte de la creencia de que la gerencia es una ciencia genérica que puede aplicarse indistintamente en el sector privado y en el público.**

El paradigma de la nueva gerencia pública no gusta de las reglas rígidas, los procedimientos formales y los sistemas uniformes que prevalecen en el servicio civil tradicional, y enfatiza en conferir a los administradores herramientas para actuar con iniciativa, tratando de llevar el sistema de recursos humanos a un esquema de trabajo gerencial, guiado por objetivos y cumpliendo unos requerimientos de base en materia de desempeño (RESTREPO, 2009).

Sus orientaciones principales han sido las siguientes: a) es un modelo que pondera los resultados obtenidos, b) atribuye responsabilidad a los gestores causando una desconcentración de poder, c) manifiesta su interés por lograr y funcionar con recursos humanos, organizaciones y condiciones contractuales flexibles, d) los objetivos a alcanzar y los recursos humanos deben establecerse con precisión y claridad para cuantificar su rendimiento a través de indicadores, e) el personal con cargos de responsabilidad está comprometido con el gobierno, f) las funciones gubernamentales estarían más sometidas a condicionantes del mercado, g) se aboca a la reducción del número de funciones gubernamentales a través de la privatización o mediante el auxilio de empresas privadas (LORENZO DE MEMBIELA, 2009).

Este modelo también ha sido expuesto a críticas y tuvo resultados dispares a nivel comparado.

Su ligazón intensa con los procesos de reforma estatal y privatización de fines del siglo XX hizo que el mayor acento estuviera en la reestructuración del aparato estatal y en las privatizaciones, y no tanto en la mejora y fortalecimiento de la gestión pública.

Se ha señalado también que el modelo no atendió adecuadamente a las especificidades de la gestión pública, desconceptualizó al ciudadano como sujeto de derechos al tratarlo como cliente, promovió descentralizaciones sin conferir adecuadamente recursos y competencia, y limitó la participación ciudadana para definir la calidad y cantidad de bienes públicos que se requieren de cada organismo estatal (RESTREPO, 2009).

**Un modelo más reciente es el de la gobernanza, que se entiende como el ejercicio de la autoridad para gerenciar los asuntos de un país, mediante la promoción de relaciones interactivas entre el Estado, el sector privado y la sociedad civil, y la institucionalización de conceptos como transparencia, rendición de cuentas, debido proceso, probidad y eficiencia (RESTREPO, 2009).**

Implica un cambio en la forma cómo los gobiernos hacen frente a las dinámicas dentro de la organización estatal central, entre los diversos niveles de gobiernos y en la relación con la sociedad, en un contexto social caracterizado por la complejidad.

Se señala que los resultados de dicho cambio se traducen en Administraciones públicas menos centralizadas, con menor jerarquización, más abiertas hacia las asociaciones y concebidas como interdependientes en relación con otros actores sociales relevantes (CLAD, 2010: 16).

Lo cierto es que no parece oportuno concebir los modelos de gestión pública como **absolutos**.

El desafío es ir logrando el más pertinente modo de organización y gestión pública, de manera de atender adecuadamente a las necesidades públicas de una comunidad.

Se ha destacado que un puente entre los medios y los fines de la gestión pública contemporánea puede ser muy bien comprendido con base en el conjunto de indicadores denominados “**las E de la Administración Pública**”: **economía de recursos**, **eficiencia** (hacer más con menos - optimización-), **eficacia** (producir determinados bienes o servicios de calidad), **equidad** (cuestión esencial en nuestra región), **ética** (como combate a la corrupción y conducta orientada por el interés público), capacidad **empresarial** (de los gestores públicos), **equilibrio** entre las acciones gubernamentales (o coordinación) y **empoderamiento** ciudadano (CLAD, 2010).

## **2.5. Derecho Administrativo y participación**

Sin perjuicio de reconocer la plena legitimidad jurídica y política de la conducción y gestión pública por parte de la organización estatal, **no se acompaña a estos tiempos** una perspectiva en la que las autoridades públicas tengan **una posición excluyente** en el tratamiento de las **problemáticas colectivas de la sociedad o en un sector de ella** (LAHERA, 2002).

Un dato innegable que sustenta tal aseveración es el grado de **complejidad** que han adquirido **las diversas problemáticas de la realidad**

**humana**, ante lo cual el abordaje exclusivo desde la estructura estatal se refleja como insuficiente, aun con el soporte político y técnico que pueda tener.

La reivindicación de la participación social se ha hecho y se hace desde diferentes ángulos ideológicos: desde el enfoque más liberal que jerarquiza el aporte de eficacia y transparencia que supone la implicación de actores no gubernamentales en la gestión de los asuntos colectivos, hasta los discursos transformadores que visualizan estas estructuras como vías para la participación social y la ampliación de ciudadanía (ROFMAN, 2007).

Esa reivindicación suele incluir una mirada crítica acerca de la eficacia de la democracia representativa para contemplar adecuadamente las necesidades involucradas, acudiéndose al concepto de democracia participativa.

Es cierto que las postulaciones sobre la necesaria participación social en la gestión pública **han merecido también críticas**, entre otros argumentos, porque se hace cuestión a la representatividad de las organizaciones que participan, o porque esos procesos participativos no siempre conducen a buen puerto en sus resultados tangibles.

**Una decantación razonable de argumentos y contrargumentos sobre la participación social, parece conducir a una efectiva habilitación.**

Esos procesos, en tanto tengan una adecuada y oportuna **“economía” participativa**, son una contribución y pueden ayudar a incrementar la legitimidad de la gestión pública.

Las modalidades participativas suelen ser de tipo procedimental u orgánico.

**El primer tipo de modalidad** puede implicar **la previsión de una instancia de participación de actores sociales involucrados**, en el proceso de elaboración de normas (reglamentos administrativos) o previo a la aprobación de políticas públicas o actos administrativos relevantes (aprobación tarifaria, autorización medioambiental, llamado para una contratación pública, etc.). Como ejemplos de ese tipo de instancias está la consulta pública, la audiencia pública o la iniciativa privada.

**La participación de tipo orgánico incorpora a actores sociales a órganos consultivos o incluso de decisión.** Cabe que se prevean comisiones de asesoramiento de una organización administrativa, con miembros que por ejemplo representen a ciertos sectores sociales, o incluso puede preverse que la misma integración del órgano jerarca de esa organización incluya ese tipo de representación social.

Un ejemplo del primer supuesto, entre muchos existentes, es la Ley N° 18.610, de 2 de octubre de 2009, que dispuso la creación del Consejo

Nacional de Agua, Ambiente y Territorio, en la órbita del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, integrado por representantes de Gobierno, usuarios y sociedad civil, teniendo cada uno de ellos igual representación (artículo 23).

Dos ejemplos del segundo, previstos en nuestra Constitución, son las integraciones con representantes de sectores sociales de los Directorios de los Entes Autónomos Banco de Previsión Social e Instituto Nacional de Colonización. En el primer caso el Directorio lo integran, además de los designados políticamente, tres miembros elegidos respectivamente por los afiliados pasivos, los trabajadores afiliados y las empresas contribuyentes. En el segundo se estableció que uno de los miembros del Directorio, aunque designado por el Poder Ejecutivo con la venia correspondiente del Senado, lo sea entre candidatos propuestos por organizaciones del mundo agropecuario (Literales M y G de las Disposiciones Transitorias y Especiales de la Constitución).

**Nuestra Constitución tiene previstas de modo general diversas vías que habilitan la iniciativa o participación de personas físicas y jurídicas, según corresponda.**

La participación de los ciudadanos en **las elecciones de autoridades públicas** constituye una vía para incidir en la gestión pública (artículo 77 de la Constitución).

La Carta Magna prevé la posibilidad de que ciudadanos interpongan **recurso de referéndum contra leyes aprobadas**, así como **el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo** (artículo 79). También está previsto a nivel departamental el **recurso de referéndum contra decretos de las Juntas Departamentales, la iniciativa popular a nivel departamental y local**, así como **la apelación por ciudadanos para ante la Cámara de Representantes, de decretos de las Juntas Departamentales y resoluciones del Intendente Municipal consideradas ilegítimas** (artículos 303, 304 y 305).

Así también, los ciudadanos tienen **iniciativa para reformar la Constitución**, a la vez que participan de **las instancias plebiscitarias** previstas en ocasión de su reforma (artículo 331).

Tanto la elección como los otros institutos referidos son para la Constitución modalidades de ejercicio directo de la soberanía por parte del cuerpo electoral, sin perjuicio del ejercicio indirecto por los Poderes representativos previstos. **Se instituye una forma de gobierno democrática, republicana y semi-representativa** (MARTINS, 2014).

Las modalidades de ejercicio directo implican para los miembros del Cuerpo Electoral **un derecho de participación “calificado”**, ya que tal

participación tiene virtualidad jurídica de incidir efectivamente, por ejemplo, en la elección de cierta autoridad pública con propuestas determinadas de políticas públicas, o en los efectos jurídicos de una ley sobre la que se interpuso el recurso de referéndum, o en la aprobación misma de un acto legislativo o de normas constitucionales.

El artículo 30 de la Constitución reconoce **el derecho de petición de todo habitante** para ante todas y cualesquiera autoridades de la República.

El artículo 317 prevé la posibilidad de interponer **recursos administrativos** contra actos administrativos por razones de legalidad o mérito, en tanto el 318 refiere a **peticiones que formulen los titulares de un interés legítimo** en la ejecución de un determinado acto administrativo.

En materia de recursos hídricos se previó constitucionalmente que los usuarios y la sociedad civil participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de tales recursos (artículo 47 de la Constitución).

El artículo 189 de la Constitución prevé que por ley con mayoría especial se pueda **declarar electiva** la designación de los miembros de los órganos directivos de Entes descentralizados por servicios, determinando en cada caso las personas o los cuerpos interesados en el servicio, que han de efectuar esa elección.

El artículo 203 prevé respecto de la Universidad de la República la participación en su gobierno de **los órdenes docente, estudiantil y de egresados**.

El artículo 206 de la Carta tiene prevista la creación legal del **Consejo de Economía Nacional**, con carácter consultivo y honorario, compuesto por representantes de los intereses económicos y profesionales del país. Fue reglamentado por la Ley N° N° 17.935 de 26 de diciembre de 2005, aunque nunca se ha constituido.

También cabe hacer mención del artículo 230 de la Constitución, que prevé en el ámbito de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto la formación de **Comisiones Sectoriales** en las que estén representados los trabajadores y las empresas públicas y privadas.

Como hemos visto, la Constitución dispone diferentes modalidades de participación con diverso alcance jurídico, tanto respecto de las personas que pueden ejercerlas, como de los efectos jurídicos que puede conllevar tal participación.

**En la polaridad que se ha planteado en término politológicos entre democracia representativa y democracia participativa, nuestra Constitución prevé normativamente una democracia con un componente representativo definido, a la vez que diversos mecanismos de ejercicio directo de la soberanía o de incidencia en el obrar de los Poderes representativos, que reflejan una democracia participada.**

Esa amplitud de recepción constitucional de diversas modalidades de participación habilita a la ley a instituir otras, e incluso podrán preverse a nivel reglamentario, en tanto amplíen la esfera de acción de las personas, aunque dentro del marco normativo de mayor valor y fuerza. Ello efectivamente ha sucedido en nuestro Derecho positivo en múltiples áreas.

Cierto es también que las modalidades que se prevean legal o reglamentariamente no pueden afectar **la sustancia de la competencia** conferida por la Constitución a los Poderes de Gobierno y a las demás entidades estatales.

Aun así, no puede soslayarse que la institución de oportunas y adecuadas formas de participación en el abordaje de los asuntos colectivos bien constituye hoy un **deber derivado de la forma republicana de gobierno (artículo 72 de la Constitución)**, es decir del gobierno de una República en la que lo público no queda sólo circunscripto a lo estatal y en la que se valora y atiende la contribución que pueda hacerse desde la sociedad.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cómo distingue al Derecho Administrativo como subsistema jurídico de la ciencia jurídica que se identifica con el mismo término?
2. ¿Cuál es el objeto del Derecho Administrativo para nuestra doctrina nacional?
3. ¿Qué significa que el Derecho Administrativo es una rama autónoma?
4. ¿Existe diferencia entre la metodología académica y la aplicativa del Derecho Administrativo?
5. ¿Qué le sugiere la expresión “*Administración participada*” a la luz de la lectura del capítulo?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

BALBÍN, Carlos (2015), Manual de Derecho Administrativo, 3ª edición, Buenos Aires, La Ley.

BRITO, Mariano R. (2004), Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo, en Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva, Montevideo, Universidad de Montevideo.

CAJARVILLE, Juan Pablo (2012), Sobre Derecho Administrativo, T I, 3ª edición, Montevideo, FCU.

CAJARVILLE, Juan Pablo (2013); Conceptos Constitucionales Definitivos de la Legitimación del Actor. Relaciones entre Derecho Subjetivo, Interés Legítimo e Interés General, en Revista de Derecho Público, No. 43, Montevideo, FCU.

CAJARVILLE, Juan Pablo (2019), Sobre Derecho Administrativo, T III, Montevideo, FCU.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo –CLAD– (2010), Gestión Pública Iberoamericana para el siglo XXI, Documento aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD Santo Domingo, República Dominicana, 8-9 de noviembre de 2010.

DELPIAZZO, Carlos E. (2015), Derecho Administrativo General, V I, 2ª edición, Montevideo, Amalio Fernández.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2010); Derechos prestacionales e Interés Público; Montevideo; cita on line: UY/DOC/41/2010; Thomson La Ley.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2017), Derecho Administrativo. Otra Forma de Verlo, Montevideo, La Ley Uruguay.

ESTEVE PARDO, José (2013), La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis, Madrid, Marcial Pons.

ESTEVE PARDO, José (2015), La Administración Garante. Una aproximación, en Revista de Administración Pública, N° 197, Mayo-Agosto, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004), Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 12ª Edición, Madrid, Thomson-Civitas.

GORDILLO, Agustín (2013), Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 11ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.

LAHERA PARADA, Eugenio (2002), Introducción a las Políticas Públicas, Chile, Fondo de Cultura Económica.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. (2009), Democracia, gobernanza y desarrollo sostenible en la nueva gerencia pública, en Revista Aragonesa de Administración Pública, N° 34, Diputación General de Aragón y Gobierno de Aragón.

MARTINS, Daniel Hugo (2014); Constitución de la República Oriental del Uruguay. Comentada, Anotada y Concordada, Tomos I y II, Montevideo, La Ley Uruguay.

MAURER, Hartmut (2011), Derecho Administrativo. Parte general, 17ª edición traducida al español, Madrid, Marcial Pons.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015); Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo 1, Madrid, Boletín Oficial del Estado (BOE).

PARRES GARCÍA, Alejandro (2009), Un nuevo modelo de control interno como palanca para la modernización de la Administración pública, en Hacienda Canaria, N° 26, Gobierno de Canarias.

PRAT, Julio A. (1977), Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo, ACALI

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (2009), Burocracia, gerencia pública y gobernanza, en Revista Diálogos de Saberes, N°30, Colombia, Universidad Libre.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2012), Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar, Madrid, Iustel.

ROTONDO, Felipe (2014), Manual de Derecho Administrativo, 8ª edición, Montevideo.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2000), Principios de Derecho Administrativo, 3ª edición, Volumen I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

SAYAGUÉS LASO, Enrique (2002), Tratado de Derecho Administrativo, 8ª edición, T I, Montevideo, FCU.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003), La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, edición en español, Madrid, Marcial Pons.

VÁZQUEZ, Cristina (2016 y 2018), La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la Administración, en Cuadernos de Mariñán, IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, Contratación, Ordenación del Territorio y Buena Administración, A Coruña, España, 2018, ps. 215 y ss.; y en Revista de Derecho y Tribunales N° 30, Montevideo, junio 2016, ps. 109 y ss.

VÁZQUEZ, Cristina (2017), ¿Cambio climático? “*E pur si muove*”, en coautoría con Sanin, María Eugenia, en Revista de Derecho y Tribunales N° 31, Montevideo, ps. 155 y ss.

# Capítulo II

## Funciones y cometidos del Estado

### 1. Introducción

Para el desarrollo de los dos grandes temas que son objeto del presente capítulo, partiremos de unas consideraciones generales que nos permitirán integrar las diferentes aristas que hacen a cada uno de ellos.

A tales efectos, tomaremos la reflexión que nos aporta Cajarville (CAJARVILLE, 2007) cuando observa que, en realidad, **el estudio de las funciones y los cometidos son “dos enfoques para categorizar una misma y única realidad: la actividad que le compete a las entidades estatales cumplida en ejercicio de poderes atribuidos por el Derecho y aplicada a la persecución de fines de interés general que se concretan en la realización de distintas tareas, giros, ramos o materias.”**

Como bien dice el autor, es necesario fijar una noción de contexto, para luego ingresar a la conceptualización de la distinción, **“por resultar una herramienta indispensable para el estudio específico y sistemático de los diversos regímenes jurídicos a los que está sometida la función administrativa”**.

La clasificación entre funciones y cometidos es útil -según Cajarville- porque permite distinguir regímenes jurídicos diferentes, adquiriendo mayor relevancia y valor cuando nos enfocamos en el análisis de la función administrativa y el marco jurídico a que está sometida.

**El abordaje de la presente temática es sustancial a la hora de aportar elementos para distinguir los diferentes regímenes jurídicos a que están sujetas las diferentes actividades que desarrolla la Administración. La clasificación entre funciones y cometidos refiere a dos enfoques que recaen sobre el análisis de la actividad que compete a las entidades estatales. Dicha clasificación adquiere mayor utilidad y relevancia cuando el análisis se enfoca en la función administrativa y el marco jurídico al que está sometida.**

## 2. Las funciones estatales

### 2.1. Nociones preliminares

Siguiendo la terminología utilizada por Sayagués Laso (SAYAGUÉS LASO, 2010), titulamos el presente apartado recordando que la distinción entre funciones y cometidos fue instituida por el insigne maestro como su **“punto de partida”** para la sistematización del Derecho Administrativo.

Como lo enuncia en la introducción al tomo I de su Tratado de Derecho Administrativo, las **“funciones son los distintos poderes jurídicos que el derecho objetivo asigna a los órganos públicos para que puedan actuar y cumplir con las tareas que les competen”** (SAYAGUÉS LASO, 2010). Dichos poderes jurídicos, según Sayagués, son una **aptitud para obrar** en determinado modo o manera (SAYAGUÉS LASO, 2010).

A partir de esta definición, el autor identifica a las funciones jurídicas del Estado con los **“poderes jurídicos”**, aunque luego –al momento de distinguirlas de los cometidos– define las funciones como las **distintas formas que asume la actividad estatal para la realización de los cometidos** (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Más allá de esta significación, como bien lo menciona el autor argentino Agustín Gordillo, citando a Genaro Carrió, el término **“poder”** contiene un sentido ambiguo y un uso híbrido; a veces esta palabra quiere decir **“potestad”**, atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.), y en otras –según el contexto– quiere decir **“fuerza”** (potencia, poderío, dominio, dominación, etc.) (GORDILLO, Introducción al Derecho, 2000).

Ese poder o atribución, puede clasificarse en relación a la función que se ejerce, recurriendo para ello a diferentes criterios (CASSINELLI MUÑOZ, 2009)

Las funciones jurídicas del Estado moderno, pueden agruparse en tres: **función legislativa, función jurisdiccional y función administrativa**. A ellas, puede sumarse la denominada **función constituyente**, en tanto se vincula al **“poder constituyente”** desde una perspectiva fundacional u originaria que se enlaza íntimamente con la creación y organización de las entidades estatales.

**Las funciones jurídicas son distintas entre sí y su división permite analizar el régimen jurídico aplicable a las diversas formas que puede asumir la actividad estatal para el cumplimiento de sus fines.**

Esta distinción, además, se encuentra íntimamente ligada al **principio de separación de poderes** postulado por MONTESQUIEU, bajo la

premisa de que el poder contenga al poder, aspecto que se logra dividiendo el poder y oponiendo a las partes que lo detentan para que se frenen recíprocamente.

Este **sistema de frenos y contrapesos** que, según Gordillo, es el germen de los conceptos de legislación, administración y justicia, se asienta sobre las máximas de que el que hace las leyes no debe ser el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar sobre su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute (GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, 2013).

Partiendo de este *“medio técnico de organización de las personas jurídicas estatales para evitar el abuso de poder”* (CASSINELLI MUÑOZ, 2009,) es necesario avanzar hacia la efectiva delimitación de las potestades de legislación, de administración, jurisdiccional y constituyente, para poder concretar cuál es el régimen jurídico propio de cada una, reconociendo desde el inicio la importancia que supone para nuestra asignatura el desarrollo de la función administrativa.

Con este objetivo, la clasificación y la terminología aplicable serán expresadas a partir de diferentes puntos de vista, analizando los criterios material, formal y orgánico, con vistas a concluir cuál es el que resulta más adecuado a nuestro Derecho.

Las funciones jurídicas del Estado moderno pueden clasificarse en tres categorías principales: **función legislativa, función jurisdiccional y función administrativa**. A ellas, puede sumarse la denominada **función constituyente**. Esta distinción se encuentra ligada al principio de la separación de poderes postulado por Montesquieu. Martins alude, además, a la función **electoral**.

Méndez distingue la función propiamente administrativa de la **función ejecutiva** (referida a las instancias de ejecución de los actos administrativos).

También se ha aludido a la **función de gobierno**, que atiende a los asuntos extraordinarios, distinguiéndola de la **función administrativa** que se ocupa de los asuntos corrientes del Estado.

Sayagués Laso define las funciones como los **distintos poderes jurídicos que el derecho objetivo asigna a los órganos públicos para que puedan actuar y cumplir con las tareas que les competen**, destacando que ese poder o aptitud de obrar se aprecia a la luz de las distintas formas que asume la actividad estatal para la realización de los cometidos.

## 2.2. Criterios de clasificación

Previo al análisis concreto de cada función, es interesante exponer algunos de los diferentes criterios que ha utilizado la doctrina para caracterizar a cada una de ellas, para luego ponderar su suficiencia a la luz de nuestro régimen jurídico.

**Criterio orgánico:** Con este criterio se define a cada función en atención al sistema orgánico del cual emana. Por lo tanto, la función legislativa es la ejercida por el conjunto de órganos que integran el Poder Legislativo; la función administrativa la ejercida por aquellos que conforman el Poder Ejecutivo, y la función jurisdiccional la que desarrollan los que forman parte del Poder Judicial. Éste sería el criterio que reviste mayor sencillez, pero que, por sí solo, menos logra explicar la sustancia de cada función, ya que, como indica Cassinelli Muñoz, siguiendo exclusivamente este criterio, por ejemplo la función que ejerce la Cámara de Senadores al designar un portero, caería dentro de la función legislativa (CASSINELLI MUÑOZ, 2009).

**Criterio formal:** Este criterio refiere al procedimiento que se sigue para la formulación de los actos, es decir, en el caso de la función legislativa, atiende al procedimiento de sanción de las leyes; en la función administrativa refiere a la emisión de los actos administrativos y, en la función jurisdiccional, alude a los procesos que se siguen para la generación de los actos procesales, en especial las sentencias. Es un punto de vista que resulta más adecuado para explicar casos como el antes mencionado de la designación de un funcionario del Poder Legislativo. En ocasiones, el criterio formal también ha sido utilizado apelando a **la forma de los actos jurídicos:** la función legislativa sería la que produce actos con forma de leyes, la jurisdiccional la que produce actos con estructura de sentencia, y la administrativa la que se manifiesta en actos con forma de actos administrativos. Para nuestro ordenamiento jurídico, este criterio no es de utilidad porque los diversos actos jurídicos no se distinguen particularmente por su forma o estructura.

**Criterio material:** Según Delpiazzo, en este criterio se conjugan dos visiones, aquella que atiende a los efectos que producen los actos que son producto de cada función y otra que refiere a su contenido (DELPIAZZO, 2011, pág. 46). En relación a los **efectos** *“lo propio de la función legislativa es crear actos de efectos generales y abstractos, lo específico de la función administrativa es producir efectos individuales y concretos, y lo característico de la función jurisdiccional es que sus pronunciamientos adquieren fuerza de verdad definitiva”* (DELPIAZZO, 2011).

En relación al **contenido**, la función legislativa tiene por objeto crear reglas de Derecho, la función administrativa tiene por objeto la realización de

los fines del Estado, y la función jurisdiccional se traduce en decidir las controversias jurídicas en el caso concreto.

Planteado tal escenario, la pregunta que deberíamos formularnos es: ***¿es posible contar con un criterio general que permita definir cada una de las funciones?***

La respuesta debe surgir a partir del estudio concreto de cada una de las funciones a la luz del marco jurídico vigente, sin que ello implique desechar por sí puntos de vista que pueden resultar de utilidad al ser analizados complementariamente

Como señala Gordillo, esto resultaría sencillo si las diferentes funciones estuvieran exclusivamente a cargo de los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales respectivamente, pero como no es así, recurriremos a desentrañar cada una de ellas, a partir de la verificación de cada uno de los criterios, tratando de alcanzar respuestas frente a cada una de las funciones.

### **2.3. Función constituyente**

Esta función es identificada por Sayagués con aplicación de los criterios formal y material. **Con criterio formal**, la función constituyente es aquella actividad estatal de **creación de normas constitucionales**, siguiendo para ello los **procedimientos previstos en la propia Carta**. En virtud de la eficacia jurídica de las normas constitucionales, es correcto analizarlas por fuera de la función legislativa.

**Con el criterio material**, que atiende a su **contenido**, la función constituyente es la que produce normas relativas a la **creación y organización de las entidades estatales**. También vienen a consideración las normas constitucionales integrantes de la **parte dogmática** de la Carta (derechos, deberes y garantías). Esta última perspectiva permitiría incluir en la función "*constituyente*" a la actividad de creación de entidades estatales, incluso más allá de la categoría formal del acto, sea la Constitución, la ley o el reglamento. (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Cajarville sostiene que la función constituyente sólo puede definirse con criterio orgánico-formal, según resulta del artículo 331 de la Constitución.

<p>La función constituyente puede definirse con un criterio orgánico-formal, como la actividad estatal cumplida por los órganos constituyentes y siguiendo alguno de los procedimientos previstos en el artículo 331 de la Constitución para su reforma.</p>
--

## 2.4. Función legislativa

Atendiendo al **criterio orgánico**, es la función que desarrolla el Poder Legislativo. Pero, como mencionamos antes, no existe una perfecta concordancia entre órganos y funciones.

Así, por ejemplo, tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial también desarrollan función administrativa de apoyo a su función predominante.

Es el caso de la actividad de designación a que refiere el artículo 107 de la Carta: *“Cada Cámara nombrará sus Secretarios y el personal de su dependencia, de conformidad con las disposiciones reglamentarias que deberá establecer contemplando las reglas de garantías previstas en los artículos 58 a 66, en lo que corresponda.”*

También es el caso de las actividades de control que ejerce el Poder Legislativo a través del otorgamiento de venias o pedidos de informe, entre otros. Así, el artículo 118 dispone: *“Todo Legislador puede pedir a los Ministros de Estado, a la Suprema Corte de Justicia, a la Corte Electoral, al Tribunal de lo Contencioso - Administrativo y al Tribunal de Cuentas, los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido. El pedido se hará por escrito y por intermedio del Presidente de la Cámara respectiva, el que lo transmitirá de inmediato al órgano que corresponda. Si éste no facilitare los informes dentro del plazo que fijará la ley, el Legislador podrá solicitarlos por intermedio de la Cámara a que pertenezca, estándose a lo que ésta resuelva. No podrá ser objeto de dicho pedido lo relacionado con la materia y competencia jurisdiccionales del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.”*

Atendiendo al **criterio formal**, la función legislativa sería la que se cumple siguiendo el procedimiento definido en la Constitución para la sanción de las leyes (artículo 133 de la Constitución, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 168, numeral 7° para los proyectos de ley declarados de urgente consideración, así como lo previsto en el artículo 214 de la Carta en relación a la Leyes de Presupuesto, Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal).

También ejercen función legislativa los Gobiernos Departamentales de conformidad con lo previsto en los artículos 273 y 275 de la Constitución, dictando Decretos con fuerza de ley en su jurisdicción (artículo 260).

Siguiendo este criterio, todo acto aprobado siguiendo el procedimiento previsto para la sanción de las leyes, es una ley y supone el ejercicio de la función legislativa (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Con aplicación del **criterio material**, la función legislativa se identifica con la generación de normas jurídicas generales, distinguiéndose así -en principio- de la función administrativa, que produciría actos con efectos particulares y concretos.

A la luz de este criterio, podría afirmarse que la actividad reglamentaria es ejercicio de función legislativa, atendiendo por ejemplo a la definición de reglamento contenida en el artículo 120 del Decreto N° 500/991:

*“Acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos.*

*Llámase Reglamento, a las normas generales y abstractas creadas por acto administrativo.”*

En cualquier caso, es claro que los reglamentos no constituyen, en nuestro Derecho, ejercicio de función legislativa, lo que demuestra la insuficiencia del criterio material para la definición de la misma.

En virtud de lo analizado, debemos concluir que, en nuestro Derecho, para definir a la función legislativa, es adecuado recurrir a un **criterio orgánico-formal, en tanto actividad cumplida por los órganos y mediante los procedimientos previstos por la Constitución para el dictado de las leyes** (artículos 133 a 146, 168, numeral 7° y 214) **y los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción** (artículos 273 y 281).

Conforme el **criterio orgánico-formal**, en nuestro régimen será función legislativa aquella **actividad cumplida por los órganos y mediante los procedimientos establecidos por la Constitución para el dictado de normas jurídicas con valor y fuerza de ley**. En nuestro derecho cumplen en forma preponderante función legislativa el Poder Legislativo y los Gobiernos Departamentales.

## 2.5. Función jurisdiccional

Gordillo define a la función jurisdiccional **-atendiendo a su contenido-** como la *“decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre pares”* (GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, Primeros Manuales, 2014). Para nosotros sería más adecuado utilizar la expresión de *“fuerza de verdad definitiva”* (*“cosa juzgada”*).

Con **criterio orgánico**, la función jurisdiccional sería aquella que desarrollan los órganos del Poder Judicial. Dicha delimitación no es del todo ajustada, atento a que, en nuestro Derecho, un organismo de creación constitucional, como es el caso del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cumple función jurisdiccional fuera del ámbito del Poder Judicial.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia, a pesar de ser un órgano jurisdiccional, también cumple materialmente función administrativa, como ser el nombramiento, sanción y destitución de sus funcionarios.

Según el **criterio formal**, la función jurisdiccional es aquella que se expresa mediante actos procesales, especialmente sentencias, ajustándose para ello a los procedimientos de los juicios, como por ejemplo los previstos en el Código General del Proceso.

Atendiendo a nuestro régimen, la función jurisdiccional puede definirse, recurriendo también al criterio **orgánico-formal**, como aquella cumplida por los órganos señalados en la Constitución (artículos 233 y siguientes, y 307 y siguientes), con ajuste al procedimiento establecido por ley para la tramitación de los juicios y dictado de sentencias (artículos 12 a 23 y 85, numeral 2). También hace a la función jurisdiccional no sólo la tramitación de los juicios y el dictado de sentencias, sino la actividad de hacer ejecutar lo juzgado (artículos 6º, inc. 1º, y 9º de la Ley Orgánica de los Tribunales N° 15.750 de 24 de junio de 1985).

Por otra parte, el **criterio material** –en tanto destaca de la función la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses– permite sostener que es contrario a la Constitución asignar a órganos administrativos la potestad de juzgar. Aquí dejaríamos afuera de la función jurisdiccional la denominada esfera voluntaria, donde no hablamos de partes sino de interesados y donde el juez no decide un conflicto ni dicta sentencia con efecto de cosa juzgada. juez no decide un conflicto ni dicta sentencia con efecto de cosa juzgada.

**La función jurisdiccional en nuestro régimen se define atendiendo al criterio orgánico-formal, como aquella actividad cumplida por los órganos señalados en la Constitución, con ajuste a los procedimientos establecidos por la ley para la tramitación de los juicios, dictado de sentencias y ejecución de lo juzgado. Con criterio material, es la actividad de solución de controversias con fuerza de verdad definitiva (valor de cosa juzgada).**

## 2.6. Función administrativa

Siendo ésta una noción fundamental para el Derecho administrativo, su definición no ha estado ajena a discrepancias, como bien lo explicita Sayagués (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Partiendo de un **criterio orgánico**, se ha sostenido que la función administrativa es la que desarrolla exclusivamente el Poder Ejecutivo o en la esfera departamental quien ejerce el cargo de Intendente. Ello no se ajusta propiamente a nuestro Derecho, que reconoce actividad administrativa

proveniente de entidades descentralizadas por servicios o de organismos de creación constitucional, y así también del Poder Legislativo y del Poder Judicial.

El **criterio formal**, que atiende al procedimiento que se sigue para adoptar el acto, no permite distinguir por sí solo a la función administrativa de la legislativa y de la jurisdiccional, en cuanto, aquélla, por su diversidad, no tiene tanta precisión en sus cauces de actuación, como la de las otras funciones. Así, por ejemplo, no estamos frente a la función legislativa cuando la Cámara de Senadores designa a un funcionario, en tanto no se sigue para ello el procedimiento de sanción de las leyes. Similar razonamiento nos permitirá distinguirla de la función jurisdiccional cuando advirtamos que no se ha observado un procedimiento en forma de proceso.

Si se recurre al **criterio material**, se identifica a la función administrativa con el dictado de actos subjetivos, oponiéndose a la legislación (norma abstracta y general). Esta perspectiva dejaría fuera de la actividad administrativa a la labor de aprobación de reglamentos por la Administración, ya que producen efectos generales y abstractos, pero tal conclusión no se ajusta a nuestro Derecho.

Entonces, **¿cómo llegamos a definir a la función administrativa?** Una opción es intentar hacerlo a partir de un **criterio residual o negativo**, admitiendo que estamos ante función administrativa cuando las atribuciones se ejercen sin seguir el procedimiento previsto para sancionar las leyes o aquél que se cumple para alcanzar una sentencia u otro acto jurisdiccional.

Delpiazzo observa que, para mantener la coherencia, también deberíamos analizar la cuestión a partir de la aplicación del **criterio orgánico – formal**. Al respecto, el autor destaca que, mientras la aplicación de este criterio tenía un resultado positivo en relación con la definición de las otras funciones, aquí solo puede tener un sentido negativo y residual, como antes se ha expresado (DELPIAZZO, 2011).

Considerando el escenario propuesto a la luz de nuestro marco jurídico, podemos concluir que **la función administrativa no está centrada en un solo órgano, sin perjuicio de que, como bien lo indica Sayagués, es el Poder Ejecutivo el que la concentra mayoritariamente.**

Desde el punto de vista de la actividad, la función administrativa se traduce en actos jurídicos y operaciones materiales que tienen un objeto específicamente definido, que se traduce en realizar las tareas que el Derecho objetivo pone a cargo de las entidades estatales. La función administrativa solo puede considerarse cumplida cuando en los hechos se ha cumplido el cometido asignado.

En cuanto a la delimitación de esta función, Sayagués nos propone utilizar una **combinación del criterio formal y el material**. Desde el punto

de vista del primero, es claro que tanto la función legislativa como la jurisdiccional tienen procedimientos definidos, según se ha adelantado. En el caso de la función administrativa, en cambio, nos encontramos con una gran amplitud y diversidad de procedimientos.

En definitiva, Sayagués la define como **“la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos, que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición, y operaciones materiales.”**

En esta definición de Sayagués, se recoge la clasificación de los actos jurídicos, formulada por León Duguit, en **“actos regla”, “actos condición” y “actos subjetivos”**. El acto regla –como lo es un reglamento- crea, modifica o extingue situaciones jurídicas generales, el acto subjetivo -como lo es un acto de sanción- crea, modifica o extingue situaciones jurídicas subjetivas, y el acto condición –como lo es la designación de un funcionario- coloca a una persona en una situación jurídica previamente definida por un acto regla. En el caso de la designación, el funcionario es colocado en una situación que surge del acto regla estatuto funcional.

Por su parte, Delpiazzo define a la función administrativa como el ejercicio de poderes jurídicos distintos a los de legislar y decir el Derecho, que son necesarios para la concreción práctica de la diversidad de cometidos estatales en servicio de la sociedad y de sus integrantes para el logro del bien común (DELPIAZZO, 2011).

La función administrativa no está localizada en un único órgano o sistema orgánico, aunque el Poder Ejecutivo es a quien se le ha atribuido en principio dicho ejercicio, sin perjuicio de la que cumplen en mayor o menor medida el resto de los órganos estatales y entidades menores descentralizadas, como los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales.

Siguiendo el criterio propuesto, la función administrativa puede definirse con criterio residual, en tanto es la actividad cumplida por cualquier órgano estatal que no pueda definirse como propia de alguna de las otras funciones, y que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica mediante actos jurídicos y operaciones materiales.

En definitiva, como conceptualiza Cajarville, la función administrativa es aquella actividad cumplida por cualquier órgano estatal, que no pueda definirse como propia de alguna de las otras funciones, ni con el criterio orgánico-formal de principio, ni en virtud de la eficacia formal de los actos producidos, atribuida expresamente por una norma especial. Entiende el autor que, aunque no es una definición con contenido positivo, permite que toda la actividad estatal quede comprendida en alguna de las diversas funciones, sin superposiciones (CAJARVILLE, 2007).

### **3. Distinción de las funciones estatales para atribuir competencia**

Cajarville (CAJARVILLE, 2007) señala que **las normas jurídicas positivas suelen utilizar la distinción de funciones estatales, no ya para someter diferentes tipos de actividad a distintos regímenes jurídicos, sino para atribuir competencia a uno o varios órganos.** Es el caso de los **artículos 83, 149 y 233 de la Constitución**, que describen por qué órganos serán ejercidos los poderes *“legislativo”, “ejecutivo” y “judicial”*. En realidad, dichos artículos **están aludiendo a las funciones o actividades y no a los “Poderes” entendidos como sistemas orgánicos**, porque son las funciones las que *“se ejercen”*, y no los *“Poderes”*.

Observa el autor que **no todos los criterios de distinción entre las funciones del Estado**, que han sido examinados, **son igualmente útiles para interpretar las normas que utilizan la distinción entre funciones como principio de distribución de competencia.**

A su juicio, **no son útiles el criterio orgánico ni el formal, así como tampoco la combinación de ambos:** el criterio orgánico-formal. Este último criterio mixto, como se anticipara, es reconocido por el autor como el apropiado según nuestro Derecho para establecer ex-post, después de que una actividad se ha cumplido, qué función se ha ejercido y, por ende, cuál es el régimen aplicable, pero no como principio de distribución de competencia.

Los artículos constitucionales antes citados, con criterio material, están afirmando que **cada una de esas funciones, si no pueden atribuirse a un órgano determinado** en virtud de las reglas del Derecho positivo, **corresponderá al “Poder” (en sentido orgánico) de principio que ellas identifican**, y su régimen jurídico respectivo dependerá del procedimiento que ese órgano deba emplear para cumplirla, salvo norma en contrario.

#### **REGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cuáles son las funciones estatales?

2. ¿Qué criterios se proponen para definir y clasificar las funciones estatales?
3. ¿Es posible contar con un criterio general que permita definir cada una de las funciones?
4. ¿Dónde radica la importancia de la delimitación propuesta?
5. ¿Cuál es el criterio al que debemos acudir en nuestro Derecho para definir cada una de las funciones del Estado?
6. ¿Cómo se define cada una de las funciones analizadas siguiendo el criterio respectivo?
7. ¿Cuáles son los elementos característicos de la función administrativa?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

CAJARVILLE, Juan P., 2007, Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, 1ra ed., Vol. I., Montevideo, FCU.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 2009, Derecho Público, Montevideo, FCU.

DELPIAZZO, Carlos, 2011, Derecho Administrativo General, Vol. I, Montevideo: AMF.

GORDILLO, Agustín, 2000, Introducción al Derecho, Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado el 6 de 11 de 2019, de [https://www.gordillo.com/pdf/int\\_der/int\\_der.pdf](https://www.gordillo.com/pdf/int_der/int_der.pdf)

GORDILLO, Agustín, 2013, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, 11 ed., Vol. Tomo 1, Buenos Aires: Agustín Gordillo y Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado el 6 de 11 de 2019, de [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/tomo1.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf)

GORDILLO, Agustín, 2014, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Vol. Tomo 9, Buenos Aires.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, Tratado de Derecho Administrativo, 9na ed., Vol. I, Montevideo, FCU.

## **4. Los cometidos estatales**

### **4.1. Nociones preliminares**

Si bien son palabras expresadas en el año 1953, es indudable que las reflexiones que nos proponía Sayagués Laso al iniciar su tomo I del Tratado de Derecho Administrativo resultan enteramente aplicables a la realidad actual, en cuanto señala que las cuestiones relativas al Derecho administrativo, presentan un panorama de gran extensión y evolución, adquiriendo por ende una importancia vital (SAYAGUÉS LASO, 2010).

En pleno siglo XXI, aquella visión que data del siglo pasado se enfrenta a una realidad vertiginosa, en que la creación y proliferación

normativa trasciende fronteras, referenciando literalmente aquello que Sayagués visualizaba como un *“desarrollo desbordante del derecho administrativo”*.

A la hora de analizar las nociones de funciones y cometidos, debemos procurar tener en claro que la realidad y su contexto en cada país inciden directamente en los mismos, sobre todo en lo que refiere **al estudio específico de las actividades y tareas que se desarrollan a través de la función administrativa**.

Trayendo a colación las enseñanzas de Cortiñas-Peláez, es necesario atesorar los elementos que, a los efectos del estudio del régimen jurídico aplicable, permitan deslindar claramente funciones de cometidos. Por ello, *“mientras las funciones constituyen una categoría abstracta y universal, válida para todos los países y para todas las épocas, los cometidos, por el contrario, constituyen una categoría concreta y particular, que puede variar según el «genio propio» de cada país y de cada circunstancia histórica, según el grado mayor o menor de intervencionismo estatal en la vida civil.* (CORTIÑAS-PELÁEZ, 1986).

Pero no es ocioso reiterar, como bien lo explicita Cajarville, que estamos aquí frente a una misma y única realidad, donde **las entidades estatales tienen asignados determinados fines de interés general a perseguir, que se concretan en la realización de distintas tareas, giros o materias, dotados para ello de los poderes jurídicos necesarios** (CAJARVILLE, 2007).

A diferencia de la conceptualización de las funciones, **cuando hablamos de cometidos estatales estamos frente a un contexto mutable, influenciado directamente por el concepto y extensión de los fines y la propia evolución de la concepción del Estado que se desarrolle en cada país**. Por lo tanto, como lo indica Delpiazzo, no es difícil advertir que no será igual la actividad puesta a cargo de la Administración en un Estado liberal, que la asumida por un Estado intervencionista (DELPIAZZO, Derecho Administrativo General, 2011)

Así, por ejemplo el Estado liberal o juez y gendarme *“imbuido del pensamiento individualista”* solo actuaba en el ámbito de los llamados cometidos primarios, seguridad en lo interno y lo externo, relaciones con otros Estados, recaudación de tributos, velando por las libertades económicas y la libre competencia. El Estado social, como bien lo releva Vázquez, asume además otros cometidos, como lo vinculado a la salud, la cultura, el transporte colectivo, etc. (VÁZQUEZ, 2000).

En una primera aproximación, Sayagués define a los cometidos estatales como *“las diversas actividades o tareas que realizan los órganos públicos conforme a las normas de derecho público”* (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Dicha conceptualización posee íntimamente un contenido material variable en su extensión, en tanto dependerá de cuál sea la opinión que predomine en cada país, en un momento dado, en relación a los fines que debe perseguir el Estado. Los cometidos son –según Rotondo– **las tareas que cumplen o deben cumplir los organismos públicos, acorde con el grado de intervención estatal** (ROTONDO, 2009).

Es importante destacar que el estudio de la presente temática refiere concretamente **al análisis del régimen jurídico que enmarca a las múltiples tareas y actividades que desarrolla la Administración** y, en particular, a los principios y normas que la orientan. **La ejecución concreta de un cometido opera a través de las funciones antes enumeradas, entendidas éstas como el medio que permite alcanzar el cumplimiento de las tareas o actividades delimitadas en atención a los fines.**

Existe pues una relación de medio a fin entre funciones, cometidos y fines últimos del Estado.

La vinculación entre funciones y cometidos tiene una conexión directa con aspectos tan relevantes como lo es la competencia de las entidades públicas y sus órganos, en particular en lo relativo a dos de sus elementos, poderes jurídicos y materia.

## 4.2. Clasificación y sistematización

En particular, en lo referente a la clasificación y sistematización de los cometidos estatales, la columna vertebral del análisis estará dada por la categorización realizada por Sayagués Laso, en tanto se erige como una herramienta indispensable para distinguir los diferentes regímenes jurídicos aplicables sobre todo a la actividad administrativa, a partir de una categorización según las tareas, giros o materias.

El criterio del régimen jurídico, propuesto por Sayagués Laso, supone un verdadero aporte que se distingue de los criterios utilizados con anterioridad por la doctrina comparada: **criterios orgánico, teleológico o de los fines** y aquellos que atendían al **modo de actuación o formalista** (DELPIAZZO, Derecho Administrativo General, 2011) (VÁZQUEZ, 2000).

El **criterio orgánico** agrupa los cometidos por materia en relación a la distribución ministerial imperante en algunos Estados europeos del siglo XIX, distinguiéndose así entre relaciones exteriores, defensa, justicia, hacienda y fomento.

El **criterio teleológico** toma en cuenta los fines estatales, ordenando los cometidos en actividades de conservación, de bienestar y progreso social.

El **criterio que toma en consideración el “modus operandi” de la actuación estatal** distingue entre cometidos de policía, en que la actuación

típica es la coacción; servicio público, en que lo característico es la prestación, y fomento, con actuación típica de persuasión, agregándose luego los relativos a la gestión económica, planificación y preservación. .

La importancia que Sayagués adjudicó a este tema no solo partía de la relevancia en sus expresiones, sino de la propuesta de avanzar en un desarrollo estructurado a partir de un estudio particularizado en un tomo específico de su obra, extremo que se vio truncado por su intempestiva y trágica desaparición física.

En lo sustancial, Sayagués clasificó los cometidos del Estado en:

- a) cometidos esenciales;
- b) servicios públicos;
- c) servicios sociales;
- d) actuación estatal en el campo de la actividad privada;
- e) regulación de la actividad privada y sus aspectos administrativos; y
- f) actividad de hacer justicia.

Cabe destacar que la noción de **“cometidos de la Administración”** implica una definición más acotada y restringida que la de **“cometidos estatales”**, ya que no todos los cometidos estatales requieren para su cumplimiento la actuación administrativa, como por ejemplo la actividad de hacer justicia, identificada como categoría de cometido por Sayagués.

### 4.3. Cometidos esenciales

Los cometidos esenciales -según Sayagués- son aquellos cometidos inherentes al Estado como tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo, como por ejemplo las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en lo interior o la actividad financiera.

Este tipo de actividades no podría ser objeto de una contratación con terceros o tercerización. La naturaleza intrínseca de dichos cometidos y las características especialísimas de dicha actividad los distinguen nítidamente.

Por tal razón, los cometidos esenciales están sujetos a un régimen jurídico particular, en que la Administración se ve dotada de poderes jurídicos más intensos, que permiten incluso limitar la libertad individual.

En una línea similar, Cassinelli Muñoz define a los cometidos esenciales del Estado, como *“aquellos que no pueden ser ejercidos en el estado actual de la evolución histórica, por particulares. Por ej. la defensa nacional, no se concibe en el estado actual de la evolución histórica que un Estado encomendase a una empresa privada que se ocupara de la defensa nacional”* (CASSINELLI MUÑOZ, 2009).

¿Cuáles son las **notas caracterizantes de los cometidos esenciales**? A tales efectos podríamos indicar:

- a) Desempeño exclusivo por el Estado.

- b) Poderes jurídicos más intensos como la potestad de exigir prestaciones personales o pecuniarias, o limitar la libertad individual (poderes de policía).
- c) Régimen sancionatorio más severo, en relación con la violación de las normas que regulan dichos cometidos o el incumplimiento de los deberes que imponen.
- d) Imposibilidad de prestación de los mismos por terceros, ni aún en calidad de concesionarios.
- e) Particular posición de los particulares frente a la Administración y particular naturaleza jurídica del vínculo, de que derivan el derecho al servicio y la responsabilidad del Estado. En relación con esta nota, Cortiñas-Peláez define a la posición del particular como de súbdito, compelido por acto de imperio en ejercicio directo de la soberanía, que no puede ser sino ejercida dentro de un estricto marco de Derecho público, excluyente de toda posibilidad de concesión a los particulares.

Como bien lo releva Vázquez, en el prefacio al Tomo III del Tratado, **Sayagués sustituye el concepto de seguridad en lo interior por el de policía, y señala que la actividad policial abarca no sólo la policía del orden, seguridad, tranquilidad y salubridad, sino también a policías especiales: del fuego, industrial, del trabajo, de la enseñanza, de la moralidad, de los espectáculos públicos, de tránsito, alimentación, etc.** (VÁZQUEZ, 2000). La exposición de Sayagués en dicho prefacio expande la enumeración de cometidos esenciales realizada en el Tomo I del Tratado, incluyendo actividades como la ejecución de obras públicas.

En la misma línea, Martins incluye la conducción de la economía como *“cometido esencial contemporáneo”*, sobre el entendido que el Estado no puede ser indiferente a los problemas que afectan la economía nacional e internacional, como lo son la inflación, la deflación, el desempleo, la distribución inadecuada de los recursos e injusta distribución de los ingresos individuales. Como bien destaca Vázquez, no sólo Martins ha hecho referencia al punto, sino que también Cajarville menciona la importancia de la conducción económica financiera al calificar al Poder Ejecutivo como conductor y orientador político.

En un evidente reconocimiento de un desborde o expansión de los cometidos esenciales, Martins plantea que la existencia misma del Estado depende de que éste asuma la conducción de la economía nacional, procurando combatir los problemas que ella acarrea, aplicando políticas monetarias, presupuestarias, fiscales, control de precios, planificación de inversiones, etc. Con dicho objetivo, el Estado se encuentra dotado de los

poderes jurídicos necesarios para satisfacer la ineludible necesidad interna de estabilizar la economía (VÁZQUEZ, 2000).

Corresponde advertir que no debe confundirse la noción de cometido esencial del Estado, perfilada por Sayagués, con la declaración de esencialidad establecida por el artículo 4º de la Ley N° 13.720 de 16 de agosto de 1968.

#### 4.4. Servicios Públicos

Señala Durán Martínez –citando a Parada y Meilán Gil- que la expresión “*servicio público*” tiene la característica de ser un término polémico y polisémico, multívoco y polisémico (DURÁN MARTÍNEZ, 2003).

El propio Sayagués Laso reafirma: “*No nos parece acertado extender de tal modo el concepto de servicio público, que prácticamente abarque todas las actividades estatales. En esa forma la expresión servicio público pierde todo sentido técnico propio, pues engloba actividades tan distintas con caracteres tan diferentes que no permiten una sistematización adecuada*” (SAYAGUÉS LASO, 2010).

En efecto, la expresión puede contener diferentes acepciones, que enfatizan por ejemplo el aspecto orgánico, concluyendo que es servicio público toda organización estatal que tiene por objeto desarrollar una tarea de utilidad o necesidad pública en forma regular y continua, bajo un régimen de Derecho público. También, atendiendo a la actividad, se ha señalado que servicio público será toda actividad desarrollada por entidades estatales o bajo su control, en régimen de Derecho público, con objeto de satisfacer una necesidad general, de forma regular y continúa.

Para no correr el riesgo de generar una simple “*etiqueta*” como lo indicaba Sayagués, no se debe partir de nociones tan amplias que nos impidan distinguir las diversas categorías de cometido estatal.

Siguiendo a Sayagués, se define como **servicio público**, a **aquellas “*actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público*”**.

La ejecución de los distintos servicios públicos, compete naturalmente a las entidades estatales, y éstas podrán cumplirlas directamente o a través de concesionarios.

**¿Recoge nuestro Derecho positivo esta noción de servicio público?**

Partiendo del análisis propuesto por Sayagués Laso, la alocución servicio público contenida en los artículos 86, 51 y 273, numeral 8º de la Constitución, admitiría tal acepción. Según el autor, el texto de los artículos mencionados recibiría una noción que se aleja de la postura extensiva, en

cuanto expresamente refieren a la potestad de otorgar concesiones para la ejecución de servicios públicos.

Cajarville, por su parte, manifiesta una posición contraria y realiza una valoración crítica de tal postura, planteando que se omitió considerar los artículos 65, 211, literal B), 24 y 249 de la Carta, los cuales, a su criterio, son incompatibles con la definición de servicio público propuesta por Sayagués (CAJARVILLE, 2008). No obstante, agrega que, mientras la definición postulada por Sayagués Laso *“se mantenga en el plano doctrinal, su desajuste con el concepto constitucional no será relevante a los efectos interpretativos”*.

Como viene de exponerse, la noción de servicio público no ha estado ajena a controversias en cuanto a su alcance, más allá de que corresponde resaltar el enorme aporte realizado sobre el particular por Sayagués Laso.

El ordenamiento ha utilizado la calificación en relación al servicio postal (artículo 2° de la Ley N° 19.009 de 30 de noviembre de 2012), como también en materia de regulación del suministro de agua potable (artículo 47 de la Carta y artículo 8°, literal K de la Ley N° 18.610 de 2 de octubre de 2009), observándose sin embargo imprecisiones terminológicas en otras disposiciones legales y reglamentarias, como es el caso del artículo 16 de la Ley Orgánica Policial N° 19.315 de 18 de febrero de 2015.

Cajarville ha precisado que, conforme a la definición propuesta por Sayagués, la calificación por ley de una actividad como servicio público implicaría su exclusión del ámbito de la actividad privada, salvo en régimen de concesión. No obstante, la limitación a la libertad de comercio, industria y trabajo debe imponerse por ley dictada por razones de interés general, y la restricción puede o no tener las características que se atribuyen doctrinariamente al concepto de servicio público (CAJARVILLE, 2008).

Constituyen ejemplos de actividades calificadas como servicio público en nuestro ordenamiento el **transporte colectivo de pasajeros en líneas regulares en automotor** (teniendo en cuenta la regulación del Decreto-ley de Caminos N° 10.382 de 13 de febrero de 1943), **el suministro de energía eléctrica a la población** (conforme a la Ley de Marco Regulatorio del Sector Eléctrico N° 16.832 de 17 de junio de 1997), **o el suministro de agua potable y saneamiento** (en el marco de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución). En este último caso, la reforma constitucional del año 2004, conocida como *“Reforma del Agua”* determinó que los servicios públicos de saneamiento y de abastecimiento de agua potable para el consumo humano deben ser prestados en forma exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

Los elementos esenciales de la noción de servicio público parten de las siguientes **notas caracterizantes**:

- a) La **calificación** de una actividad como servicio público debe surgir de **una norma constitucional o legal, siendo su prestación regulada predominantemente por normas de Derecho público**. En este punto, Sayagués precisa que no es imprescindible que el texto diga expresamente que la actividad se constituye como servicio público, bastando que se le confiera el régimen jurídico de tal, por ejemplo recogiendo la facultad de concesionar el servicio, elemento indicativo de que se trata de un cometido de titularidad estatal, con naturaleza de servicio público. La **creación orgánica** respectiva puede hacerse por acto legislativo departamental.
- b) **La titularidad de la actividad radica en el Estado, si bien puede ser desarrollada directamente por aquel o por particulares concesionarios o a través de otros esquemas admitidos por el Derecho público**. La satisfacción del interés colectivo que está en juego demanda **procedimientos y potestades públicos** como la expropiación, servidumbres administrativas, utilización de bienes públicos y especiales regímenes sancionatorios.
- c) Las características y la trascendencia de la actividad desarrollada bajo la calificación de servicio público implican que la prestación necesariamente deba cumplirse bajo **estándares de continuidad, permanencia, accesibilidad en condiciones de igualdad, regularidad y satisfacción de la necesidad colectiva**. Cada una de estas condiciones denominadas "*fundamentales*" por Sayagués requieren del amparo del Derecho público para su aseguramiento, constituyéndose en obligación para quienes dirigen el servicio (SAYAGUÉS LASO, 2010).
- d) Los particulares que exploten el servicio estarán sujetos a un **control indudablemente más severo** que el que sería aplicable a una actividad que no posea tal calidad.

La definición de servicios públicos como el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos bajo un régimen de Derecho público requiere analizar las **distintas formas de prestación**:

- a) **Directa**: cuando la ejecución está a cargo de la entidad estatal, con sus recursos humanos y materiales.
- b) **Por medio de concesión de servicios públicos**: cuando se confía la prestación a particulares, los cuales obrando a su riesgo, actúan por cuenta de la entidad estatal y bajo su contralor inmediato. Aquí la entidad estatal se desprende de la ejecución de la actividad, no de su titularidad.

- c) **Por medio de una sociedad de economía mixta.**
- d) **Por medio de Personas Públicas no Estatales.**

**Posición del administrado y naturaleza del vínculo**

El destinatario del servicio, cualquiera sea el prestador, adquiere la calidad de **“usuario”** y entre éste y el prestador se crea un vínculo cuya naturaleza jurídica es discutida. Algunos autores entienden que se trata de un **contrato de adhesión**. Otros sostienen que el servicio público ha sido organizado unilateralmente por la entidad que la tiene a cargo y los particulares tienen derecho a utilizarlo, conforme a las normas y reglamentos que rigen su funcionamiento. En consecuencia por el hecho de la utilización del servicio el usuario se encuentra colocado en una situación objetiva, **estatutaria** de la que derivan los derechos y obligaciones de las partes. Todavía están quienes entienden que **no puede darse una respuesta única**, dependiendo la solución de diferentes factores, sobre todo del Derecho positivo respectivo.

Sayagües se inclina por la segunda opción, señalando que es incompatible con la tesis contractual el derecho del particular de exigir la efectiva prestación del servicio en igualdad de condiciones, preexistiendo asimismo la posibilidad de que desde la Administración se modifique en cualquier momento la organización del servicio. Todo ello no puede asimilarse con un vínculo contractual, aunque estos extremos no impiden que por vía legal –en forma excepcional– pueda establecerse ante un servicio concreto, cuya prestación lo permita, un vínculo sujeto a régimen contractual.

Analizadas las notas caracterizantes de los servicios públicos, sus formas de prestación, así como cuál es la posición en la que se ubica el administrado frente a los mismos, es hora de dar paso a la clasificación del servicio público en atención a algunos criterios concretos:

- a) **Según la persona pública que lo tiene a su cargo**, pueden distinguirse servicios públicos **nacionales, departamentales y mixtos**. Como surge del propio término, nacionales son aquellos que corresponden al Estado y las demás personas jurídicas públicas con competencia nacional, reservándose la categoría de departamentales para los prestados por Gobiernos Departamentales y la de mixtos para los que interesan simultáneamente a más de un tipo de estas personas jurídicas.
- b) Son **obligatorios o facultativos** según su organización y funcionamiento sean impuestos por mandato constitucional o dependan de la voluntad legislativa.

## 4.5. Servicios Sociales

Sayagués Laso advierte que existe un conjunto de actividades destinadas a impulsar el desarrollo de la cultura, la protección de la salud pública, así como la atención de la previsión social, entre otros. Todos ellos, aún en su diversidad de fines, comparten caracteres comunes que justifican considerarlos como una categoría especial (SAYAGUÉS LASO, 2010), alejándose de la postura que sostenía un criterio expansivo de toda la actividad estatal bajo la noción de servicio público.

Sobre la base de la evolución histórica de los estados modernos, puede constatarse –dice el mencionado autor– la necesidad de que los poderes públicos, a través de los servicios administrativos, accionen para cumplir con estas actividades de visible contenido social, que si bien pueden presentar puntos de contacto con los servicios públicos, constituye una categoría especial que presenta rasgos distintivos.

Es menester mencionar que la categoría “*servicios sociales*” fue calificada por Cajarville como “*la más vaga y la más difusa – por no decir la más confusa de las categorías de cometidos elaborada por el ilustre Sayagués Laso*” (CAJARVILLE, 2008).

El deslinde de la noción estará vinculado directamente a su distinción de los servicios públicos, reconociendo que existen aspectos que, desde la óptica de la prestación, hacen más confusa la delimitación, como lo resalta el Cassinelli Muñoz con su tradicional agudeza (CASSINELLI MUÑOZ, 2009).

Como bien lo explicita Delpiazzo, haciendo referencia a la clasificación de Sayagués Laso, los servicios sociales poseen diferencias sustanciales que hacen de ellos una categoría particular, en tanto son aquellos “*desarrollados por entidades estatales o por particulares con fines eminentemente sociales*”. (DELPIAZZO, Derecho Administrativo Uruguayo, 2005).

Sayagués Laso identifica una serie de caracteres fundamentales tendientes a precisar el alcance de la noción. A tales efectos destaca que los servicios sociales están “*dirigidos a obtener en forma inmediata el mejoramiento en el nivel de vida de los individuos, especialmente aquellos que se encuentren en situaciones más desfavorables*”, sin perseguir un fin lucrativo, no estando excluida la actividad de los particulares, que participan por derecho propio dentro del marco que fija la ley (SAYAGUÉS Laso, 2010).

La ausencia de finalidad de lucro evidencia que las actividades que caben dentro de la categoría de servicios sociales requieren de un régimen especial de financiamiento. Por ejemplo, la actividad de enseñanza es prestada por el Estado de forma gratuita y cabe la asistencia directa o indirecta al financiamiento de los prestadores privados, a partir de

exoneraciones tributarias o del pago de subsidios (DELPIAZZO, Derecho Administrativo General, 2011).

Es importante recordar someramente que por **servicio público** entendemos – entre otras consideraciones - a aquellas actividades que la ley torna como estatales y solo son susceptibles de ser prestadas por particulares mediante concesión. En cambio cuando hablamos de **servicios sociales** nos referimos a las actividades de naturaleza privada que puede asumir el Estado en ayuda de los particulares pero sin desplazarlos.

La distinción conceptual entre servicios públicos y servicios sociales puede tornarse borrosa si se atiende solamente a la forma de prestación, en cuanto ambos requieren cumplir con los caracteres de continuidad, regularidad e igualdad, aunque en los servicios sociales, en algunos casos –a diferencia de los servicios públicos– las prestaciones pueden no ser cumplidas directamente por la Administración sino estar a cargo de particulares. A su vez, las prestaciones del servicio social pueden restringirse a ciertas categorías de personas.

Es importante reiterar que, en el caso de los servicios públicos, la prestación está a cargo del Estado directamente o por concesionarios, opción ésta que no resulta posible en el caso de los cometidos esenciales o en los servicios sociales. En estos últimos, si actúan los particulares, no lo hacen en virtud de concesión sino por derecho propio.

Mientras el destinatario de las prestaciones de servicio público recibe, como se adelantó, la denominación de “*usuario*”, el destinatario de las prestaciones de servicio social es denominado “**beneficiario**”.

La diferencia de naturaleza de la prestación hace –según Sayagués Laso– que el régimen jurídico sea distinto en muchos aspectos. Por ejemplo, la prestación que se ofrece al usuario es de carácter material, suministrada directa e inmediatamente a los individuos (“*uti singuli*”), constituida, por ejemplo, por la realización de un servicio o el uso de un medio técnico (suministro de energía eléctrica o de transporte colectivo en líneas regulares en automotor, entre otros). En cambio, las prestaciones que caracterizan a los servicios sociales pueden suponer la entrega de dinero (pensión, jubilación, subsidio, asignación familiar) o de objetos materiales (ropa, comida, etc.), el desarrollo de conocimientos (servicios de enseñanza), e incluso el propio cuidado de la salud (asistencia médica), mostrando una diversidad que incide directamente en el régimen jurídico aplicable.

Como se ha expuesto, la **participación de los particulares en la prestación del servicio público** requiere el otorgamiento de una **concesión que los habilite a ejercer una actividad de la que el Estado es titular. En el servicio social, en cambio, se otorga una autorización, que permite remover el obstáculo jurídico para ejercer el derecho preexistente de dichos particulares a desarrollar la actividad.**

Se consideran servicios sociales a actividades como la enseñanza, la seguridad social, la asistencia a la salud e higiene, la protección de la minoridad, las culturales, etc.

Los servicios sociales están dirigidos a elevar el nivel de la vida en general o de algunos sectores sociales; carecen de un ánimo de lucro; pueden ser prestados por particulares a los que se otorga la respectiva autorización, y se dirigen hacia los beneficiarios.

#### **4.6. Actuación estatal en el campo de la actividad privada**

Este sector del quehacer estatal, también conocido como actividad empresaria del Estado, se caracteriza porque éste desarrolla actividades que, en principio, son propias de los particulares, comprendidas en el ámbito de la libertad de trabajo, comercio e industria.

A nivel de doctrina comparada, esta forma de actuación aparece a veces bajo la denominación de *“cometidos privados de la Administración Pública”* o el rótulo de *“intervencionismo”* o *“cometidos privados de Poder Público”*.

**En principio, las actividades que integran esta categoría se encuentran en el ámbito de los particulares** y sujetas a su iniciativa; por tal motivo **la actuación estatal requiere norma legal habilitante.**

Es el caso de las actividades de generación de energía eléctrica, de importación, refinación y comercialización de combustibles, o la actividad bancaria, entre otras.

En algunos supuestos el Estado actúa en competencia con los particulares, como ocurre con la generación de energía aludida; en otros lo hace en régimen de **monopolio**, como ocurre con el seguro por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a cargo del Banco de Seguros del Estado.

En nuestro país la Constitución de la República, en su artículo 85, numeral 17, prevé la posibilidad de instituir monopolios en favor de privados por ley sancionada con mayoría de dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Cuando el monopolio sea en favor del Estado o Gobiernos Departamentales, se requiere mayoría absoluta.

Como bien lo releva Sayagués Laso, tratándose servicios públicos *“la situación es completamente distinta, pues como son cometidos propios de las entidades*

*estatales, éstas actuarán con **exclusividad**, salvo que autoricen a particulares mediante concesiones, creando así voluntariamente una situación de concurrencia”* (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Es así que la noción de **“exclusividad”** se convoca cuando el orden jurídico entrega la prestación del **servicio público** al Estado, sin posibilidad de participación de particulares, ni siquiera en régimen de concesión. La noción de monopolio, en cambio, es aplicable en el ámbito de la actividad empresaria del Estado.

Las actividades desarrolladas por el Estado en este sector poseen como característica la presencia de aspectos de regulación propia del Derecho privado, sin perjuicio del régimen de Derecho público, en tanto éste sigue siendo al decir de Sayagués Laso, el régimen de principio (SAYAGUÉS LASO, 2010). En definitiva, es el Derecho público el que habilita expresamente la participación estatal en este ámbito, regulando la competencia, organización y control de la entidad estatal.

La posición del administrado suele verse identificada en este espacio bajo la etiqueta de *“cliente”*, destacando así una relación voluntaria y regida en buena medida por el Derecho privado.

En cualquier caso, cuando una entidad estatal desarrolla este tipo de tareas no está prestando una actividad privada, sino una actividad pública (LORENZO DE VIEGA JAIME, 2000).

La justificación de la participación estatal en este sector a través del ejercicio de la función administrativa debe necesariamente estar signada por el interés general, encontrándose en principio reservada a los particulares.

La actuación estatal en el ámbito de la actividad privada requiere norma legal habilitante y comprende en general a los servicios industriales o comerciales del Estado, con monopolio o en concurrencia con los particulares, con componente de Derecho privado, no exclusivo ni excluyente del Derecho público, siendo este último el que regula la competencia, organización y control de la entidad estatal.

#### **4.7. Regulación de la actividad privada y sus aspectos administrativos**

La **regulación de la actividad privada**, en cuanto supone afectar derechos fundamentales de las personas, se cumple a través del ejercicio de la función legislativa, ya que dichos derechos no pueden limitarse sino por ley en sentido orgánico formal y por razones de interés general (artículos 7, 10, 36 y 72 de la Constitución).

En este apartado analizamos el cometido relacionado con los llamados por Sayagués **“aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada”** que -como su nombre lo indica- se cumple en ejercicio de función administrativa.

Este cometido refiere en particular a aquellas tareas concretas de estímulo, constatación, orientación y fiscalización que realiza la Administración respecto de la actividad privada.

La noción de complementariedad que envuelve a esta categoría parte de la valoración de que no es suficiente la regulación de la conducta de los particulares mediante la sola emisión de normas (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Con fines de constatación las entidades públicas crean registros en los que se inscriben actos realizados por los particulares, como por ejemplo el Registro de Estado Civil o los Registros de la Propiedad, entre otros (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Cuando el objetivo es estimular o favorecer la actividad privada, el Estado acuerda privilegios, subvenciones, exoneraciones, primas, etc. Cuando se pretende ordenar, controlar o fiscalizar, los procedimientos son diversos, pudiendo incluir el otorgamiento de autorizaciones, la realización de inspecciones, declaraciones, etc.

Frente a este conjunto de tareas concretas, el administrado se posiciona como *“un simple particular amparado por la libertad que le es connatural y protegido por el principio de especialidad”* (DELPÍAZZO, Derecho Administrativo Uruguayo, 2005).

## 4.8. Otras clasificaciones de cometidos

### A. Clasificación de Cagnoni

Cagnoni desarrolla su clasificación a partir de un principio rector que enmarca la relación del Estado con la sociedad. El eje se asienta en el **principio de subsidiariedad**, entendido como aquel que implica que la actuación del Estado debe estar dirigida a que se realicen las actividades debidas de conformidad con el interés general, en aquellas áreas donde la iniciativa del particular no existe o es insuficiente, deficiente o perjudicial.

Como bien lo reseña Vázquez, partiendo desde esta óptica y analizando las esferas de acción del Estado en relación a la persona humana, Cagnoni distingue los **cometidos necesarios** del Estado, que solo él debe cumplir, y los **cometidos subsidiarios**, que el Estado debe cumplir en ayuda de las actividades sociales (VÁZQUEZ, 2000)

Según Cagnoni son necesarios los cometidos **concernientes a la conservación del Estado** (en lo interno, el orden jurídico y el orden público; en lo externo la conservación de la soberanía) y las **tareas dirigidas**

## **a la orientación y coordinación de las actividades sectoriales, sociales e individuales.**

En relación a los **cometidos subsidiarios**, que no cabe concebir como secundarios, es evidente la íntima relación con el principio de subsidiariedad enunciado, del cual el autor identifica una doble mirada, una negativa y otra positiva. La negativa refiere a un postulado de mínima intervención, que supone no extraer del ámbito legítimo de los particulares actividades o tareas que le son propias; en cambio la positiva, atiende a que el Estado debe promover, alentar, ayudar, coordinar y si es necesario suplir cuando la iniciativa privada no pueda cumplir como es debido la actividad (DELPIAZZO, Derecho Administrativo Uruguayo, 2005).

En relación con el principio de subsidiariedad, Cajarville sostiene que es claro que la Constitución impone al Estado un papel total y absolutamente coherente con dicho principio, en relación con lo que imprecisamente se ha llamado materia social, no así en cuanto a las actividades comerciales e industriales, ya que la amplitud de su regulación es inconciliable con el principio de subsidiariedad, aún en su versión positiva (CAJARVILLE, 2007).

Para Cagnoni, si se atiende a la visión positiva, se pueden distinguir tres grandes modalidades en relación a esta acción subsidiaria o cometido subsidiario. En primer lugar, ubica al **fomento o estímulo** de las actividades cumplidas por los sectores sociales, ya sea porque la actividad tiene un grado de autonomía tal que le es ajena al Estado, como la relativa a los partidos políticos, y en respeto de dicha ajenidad, debe fomentarla. También debe estimular o promover –al tenor del artículo 57 de Carta- sindicatos gremiales.

Otra modalidad refiere a la integración de esfuerzos para **colaborar** cuando la actividad social se cumple en forma deficiente o insuficientemente. La tercera modalidad es la **suplencia o supletoria**, que opera cuando la actividad social no es asumida por el particular, falta su efectivo cumplimiento, o el cumplimiento es perjudicial para el interés general. Aquí el Estado debe tomarla a su cargo. Esta modalidad –al decir del autor– corresponde a las actividades de naturaleza económica y puede tomar la forma de servicios públicos; o la de servicios del dominio industrial, comercial y bancario con monopolio estatal. (CAGNONI, 2006)

## **B. Clasificación que recoge el Derecho positivo nacional**

En el año 1996, en la Ley de Presupuesto Nacional N° 16.736 de 5 de enero de 1996 (artículos 13 y 708) se incorporó al Derecho positivo uruguayo una clasificación de los cometidos del Estado a partir de un punto de vista diferente al postulado por Sayagués Laso.

La norma distingue las categorías de **cometidos sustantivos, cometidos no sustantivos y cometidos de apoyo.**

Vázquez se afilia a la postura de Brito, en cuanto a que esta clasificación no es contradictoria con la clásica (VÁZQUEZ, 2000, pág. 71) de Sayagués porque ambas tiene diferente propósito y razón de ser. También Cagnoni encuentra compatibilidad entre ambas clasificaciones, por cuanto es posible distinguir en todo cometido un aspecto principal y nuclear, de aquellos otros que son instrumentales del cometido principal y le prestan apoyo para su cumplimiento (CAGNONI, 2006).

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. Cometidos estatales: Concepto.
2. Cometidos estatales en la clasificación clásica ¿cuáles son?
3. ¿En dónde radica la importancia de la delimitación de los cometidos estatatales?
4. Identifique las notas caracterizantes de los cometidos esenciales.
5. ¿Qué tipo de cometido estatal se concreta a través de la labor de patrullaje por intermedio de móviles policiales?
6. Distinga servicios sociales de la categoría servicios públicos.
7. Dentro de las clasificaciones analizadas ¿qué cometido tiene asignado ANCAP?
8. ¿A qué refiere el principio de subsidiariedad?
9. ¿Cómo se concreta desde el ejercicio de la función administrativa la regulación de la actividad privada?
10. Dentro de qué cometido se ubica la actividad que desarrolla el servicio descentralizado Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE).

### **BIBLIOGRAFÍA:**

- CAGNONI, José A., 2006, El Derecho Constitucional Uruguayo. Montevideo, Uruguay.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., 2008, Apuntes sobre la noción de servicio público en la Constitución uruguaya, en D. A. (Coord.), Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, págs. 203 y sigs., Montevideo, FCU.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., 2007, Sobre Derecho Administrativo - Tomo I (1ra ed., Vol. I). Montevideo, FCU.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 2009, Derecho Público. Montevideo., FCU.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, 1986, Teoría general de los cometidos del poder público (Perspectiva mexicana de una doctrina de validez universal), en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político.

DELPIAZZO, Carlos, 2005, Derecho Administrativo Uruguayo. México, Porrúa.

DELPIAZZO, Carlos, 2011, Derecho Administrativo General (Vol. I). Montevideo: AMF.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 2001, Derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general desde la perspectiva de los derechos humanos A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional año 3, número 11.

LORENZO DE VIEGA JAIME, Susana, 2000, Nuevos modos de la gestión de las actividades económicas. En I. d. Administrativo, Introducción al estudio actualizado de los cometidos estatales en homenaje a la memoria de los Prof. Miguel Marienhoff y Enrique Sayagués Laso (pág. 123 a 137). FCU.

ROTONDO, Felipe, 2009, Manual de Derecho Administrativo (7ma Edición ed.). Montevideo.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, Tratado de Derecho Administrativo (9na ed., Vol. I). Montevideo, FCU.

VÁZQUEZ, Cristina, 2000, Cometidos Esenciales del Estado. En I. d.-F. UDELAR, Introducción al estudio actualizado de los Cometidos Estatales en homenaje a la memoria de los Prof. Miguel S. Marienhoff y Enrique Sayagués Laso (págs. 56-77). Montevideo: FCU.

VÁZQUEZ, Cristina, 1998, El usuario de servicios, en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VI, Montevideo, ps. 71 y ss.

## 5. Universalismo de derechos y servicio universal

### 5.1. Universalismo de derechos

La expresión “*universalismo de derechos*” tiene sustento en el reconocimiento de la **común dignidad que tenemos cada una de las personas humanas**, y en los **diversos derechos humanos vinculados** a esa dignidad.

El documento moderno que constituye un privilegiado reflejo de ello, aunque obviamente hay muchos otros, es la **Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 10 de diciembre de 1948.**

En ella se explicitan una diversidad de derechos vinculados, no con determinado grupo de personas que habitan en cierto lugar, sino con la totalidad de seres humanos, cualquiera sea su condición y ubicación.

A nivel nacional sabemos que nuestra Constitución tiene un amplio reconocimiento de derechos de las personas, con un cierre magistral en el **artículo 72**, en el que también se reconoce, además de los derechos y garantías explicitados en el texto constitucional, aquellos que son **inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno**.

Es interesante también el hecho de que nuestra Constitución incluye **previsiones explícitas de deberes** de las personas (por ejemplo el deber de cuidar la salud o el medio ambiente), a la vez que en el mismo artículo 72 reconoce que hay deberes implícitos inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno.

Ello refleja una consideración profunda de la dignidad de la persona humana, que se manifiesta en el goce de sus legítimos derechos, pero también en el cumplimiento de los legítimos deberes para con otros. La realidad de los "*alter egos*" no puede serle ajena a la persona humana. Al decir de Emmanuel Mounier, **somos seres concretos en comunidad**, que **tenemos la nota de la comunicabilidad, de la sociabilidad** (MOUNIER, 1972: pp. 19 y ss.).

Ya hemos visto el **talante servicial que debe tener el Estado** como organización, y ese deber se manifiesta particularmente cuando actúa como Administración pública, ejerciendo función administrativa.

Ello debe traducirse en un diverso accionar estatal que respete y contribuya a la **efectividad de los derechos humanos** de las personas.

La nota de universalidad de los derechos humanos desafía el proceder estatal, porque implica tener en cuenta a las múltiples personas comprendidas.

La contribución a la efectividad de los derechos humanos desde lo estatal se da, primero a través de un **proceder respetuoso de la dignidad humana**, luego a través de **prestaciones**, como puede ser la actividad de enseñanza realizada por la Universidad de la República o el patrullaje efectuado por la policía, pero también a través de diversos instrumentos (regulatorios, promocionales, etc.), el Estado puede incidir de modo mediato en aquella efectividad, en relaciones o interacciones que, por ejemplo, se traban entre sujetos privados. Así por ejemplo, la normativa que reguló el fumar cigarrillos en ciertas áreas públicas, contribuye mediatamente a la realización del derecho a la salud de quienes quedan expuestos al humo del tabaco.

Es bien cierto que en la efectividad de los derechos humanos **el Estado no es el único actor**, ni mucho menos. Contribuye a ello el propio impulso personal, así como admite hacerlo el diverso accionar que se da en el seno social por parte de personas, organizaciones sociales, empresas, sindicatos u otros.

## 5.2. Servicio universal

Si bien constituye una expresión que tiene sus años en los Estados Unidos de América (BIANCHI, 2001), empezó a expandirse en otros países sobre fines del siglo XX.

En ese proceso de expansión su utilización **se vinculó en principio con los procesos de liberalización y privatización que se fueron dando en la década del 90 del siglo pasado, en actividades de interés público**, muchas de las cuales venían siendo prestadas en exclusiva o de modo predominante por empresas estatales (telecomunicaciones, servicio postal, suministro eléctrico o de gas, etc.).

En aquellos países receptores de la noción de servicio público, la aparición del concepto de servicio universal ha estado vinculada con la revisión misma de aquella noción, en su concepción tradicional (servicio público como actividad de titularidad estatal). Aun así, la precisión y distinción de conceptos no ha sido un punto fuerte a nivel comparado (servicios públicos, servicios de interés económico general, servicios universales, obligaciones de servicio público).

La irrupción de privados en la realización de actividades de particular interés público, como los mencionados precedentemente, así como la posibilidad de la libre concurrencia, debía compatibilizarse con la accesibilidad de las diversas personas a esos servicios de interés público, cualquiera sea la situación económica, social o la ubicación geográfica.

Es así que se comenzó a utilizar el concepto de servicio universal como **comprensivo de ciertas prestaciones esenciales de actividades de interés público, respecto de las cuales debe garantizarse su accesibilidad a todas las personas de modo permanente, a un nivel de calidad razonable y determinado y a un precio asequible (accesibilidad, calidad y asequibilidad)**.

La clave está en la determinación de las prestaciones esenciales o básicas que comprenden un servicio universal determinado (RODRÍGUEZ ARANA, 2008), así como el modo en que se organiza y financia su realización.

Un ejemplo de ello en nuestro país es la definición de servicio postal universal contenida en el artículo 5° de la Ley N° 19.009, de 22 de noviembre de 2012, entendiéndolo como aquel servicio postal que el Estado debe asegurar a sus habitantes en todo el territorio nacional en forma permanente, con la calidad adecuada y a precios asequibles.

Más específicamente el artículo 9º establece que el servicio postal universal comprende la admisión, el procesamiento, el transporte y la distribución de envíos o productos postales básicos definidos en el Convenio Postal Universal de las Actas de la Unión Postal Universal internalizadas por ley .

La misma ley identifica el operador designado para prestar tal servicio, la Administración Nacional de Correos, prevé las obligaciones que tiene y las fuentes de financiamiento del servicio postal universal (artículo 10 a 16).

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cómo repercute en la actividad de la Administración pública la universalidad de derechos?
2. ¿Qué se entiende por servicio universal?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

BIANCHI, Alberto (2001), La regulación económica, Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Ábaco.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1986), La dignidad de la persona, Madrid, Civitas.

LABORDE, Marcelo (2012), No sólo de derechos vive el hombre. Los deberes de las personas en el Artículo 72 de nuestra Constitución, en Pasado y Presente del Derecho Administrativo Uruguayo, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UDELAR, Montevideo, FCU.

MARÍN CASTÁN, María Luisa (2018), Tras setenta años de vigencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en Revista de Derecho Público, N° 54, Montevideo, FCU.

MOUNIER, Emmanuel (1972), El Personalismo, 9ª Edición, Buenos Aires, Eudeba, 1972.

MUÑOZ MACHADO, Santiago y Esteve pardo, José –Directores- (2009), Derecho de la Regulación. Tomo I- Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Madrid, Iustel.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2008), Derecho Administrativo Español, Tomo I, La Coruña, Netbiblo.

# Capítulo III

## Fuentes del Derecho Administrativo<sup>1</sup>

### 1. Delimitación conceptual

#### 1.1. Etimología y especies

El vocablo “*fuerite*” proviene de las expresiones latinas “*fons*”, “*fontis*”, de modo que su recepción en el Derecho implica una metáfora asociada con el origen de donde brota o surge la norma.

Se ha hablado de fuente del Derecho para aludir (GARCÍA MAYNEZ, 1977):

- a) a los objetos en los que se encuentra expresado el Derecho: *documentos*, piezas arqueológicas, etc., en el sentido de **fuerite histórica** del mismo;
- b) a los elementos que determinan el contenido de la norma jurídica, fuerzas creadoras que la generan, constituyendo esta acepción la noción de fuente en **sentido material** (como podrían serlo el poder público, y la sociabilidad que se ha definido como el sentido del bien y del mal en la sociedad);
- c) a los procesos de creación o manifestación de las normas jurídicas, las formas que reviste el Derecho, requisitos extrínsecos que condicionan su validez, constituyendo su fuente en **sentido formal**.

En su trabajo sobre el tema, Brito (BRITO, 2004) se pronuncia por adoptar una noción de fuente que “*exorbita ... la propia de su consideración como origen del ordenamiento jurídico administrativo regulador del objeto que le es propio ...*”, afirmando que “*interesa aquí todo cuanto hace a la vertiente histórica de ese ordenamiento, con la operación de los factores múltiples que la integran (condiciones culturales, políticas, económicas y sociales, y tradiciones y costumbres), que -de alguna manera- están presentes en y para su configuración.*”

El autor fundamenta su opción afirmando que tal vez sea en ese ámbito de apreciación de las fuentes, que se comprenda y comparta lo que Meilán Gil define como la “*movilidad esencial*” del Derecho Administrativo y la

---

<sup>1</sup> La parte introductoria de este Capítulo así como la correspondiente a Principios Generales de Derecho es versión corregida de la autora, de: VÁZQUEZ, Cristina, 2015, Las fuentes del Derecho Administrativo con especial consideración de los Principios Generales de Derecho, en Jornadas en Homenaje al Profesor Dr. Mariano Brito, Universidad de Montevideo, Montevideo.

constatación de su “*drama íntimo*”, “*su innata aspiración a ser un Derecho común cuando la inestabilidad de su materia le inclina a ser un derecho episódico*”, su “*servidumbre respecto de la oportunidad y su apego a la política*”. (MEILÁN GIL, 1967).

Por nuestra parte creemos que las fuentes que interesan al Derecho Administrativo son las fuentes formales, así definidas por el ordenamiento, correspondiendo a otras disciplinas -como pueden ser la sociología, la arqueología o la paleografía, entre otras- el estudio de las fuentes históricas y materiales del Derecho.

## 1.2. Algunas fuentes con particular relevancia para el Derecho Administrativo

En otro orden de ideas, el Profesor Brito destaca -en opinión que compartimos- la **improcedencia de pretender, para el Derecho Administrativo, la exclusividad de cualquiera de las fuentes.**

Sin perjuicio de ello, creemos que **algunas de las fuentes revisten importancia particular** para esta rama del Derecho, dadas sus características de Derecho nuevo, en formación, en constante transformación y no codificado, por ello muy propenso a tener que ser interpretado o integrado.

Tal es el caso de las llamadas fuentes supletorias o fuentes subsidiarias aludidas en nuestro ordenamiento por normas como el artículo 332 de la Constitución, el artículo 16 del Código Civil o el artículo 233 del Decreto de Procedimiento Administrativo N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991.

El **artículo 332** citado dispone: “*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.*”

Por su parte el **artículo 16** mencionado establece: “*Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.*”

A su vez, el **artículo 233** del Decreto N° 500/991 preceptúa: “*Las normas del presente reglamento se integrarán recurriendo a los fundamentos de las reglas de derecho análogas, a los principios generales de derecho, a la jurisprudencia y a las doctrinas generalmente admitidas, atendidas las circunstancias del caso.*”

Vale destacar que, mientras los artículos 332 de la Carta y 16 del Código Civil recogen la “**analogía legis**”, esto es la analogía legal que remite a los fundamentos de “*leyes análogas*”, el artículo 233 del Decreto N° 500/991

manda acudir a la “*analogía juris*” que supone la aplicación de cualquier “*regla de derecho análoga*”, hallándose definida ésta por nuestro Derecho positivo en el **artículo 23, literal a) del Decreto-ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo** N° 15.524 de 9 de enero de 1984 como “*todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.*”

Por otra parte y sin perjuicio de lo ya expresado en el sentido de la improcedencia de afirmar la exclusividad de cualquiera de las fuentes para el Derecho Administrativo, cabe destacar la trascendencia que para el mismo puede tener el análisis de ciertas cuestiones vinculadas a algunas de las fuentes. Tal es el caso, por ejemplo, del estudio de las características especiales del **reglamento, fuente fundamental** del Derecho Administrativo, como señala Brito, citando a Garrido Falla, “*y aun ‘fuente de la Administración’ porque ‘representa el principio de la autonomía administrativa en cuanto poder jurídico (potestad reglamentaria)’*”

También es el caso de la **relación entre el reglamento y la ley** - considerando las diversas clasificaciones de reglamento-, o del problema de la **solución de antinomias** entre ley nacional y acto legislativo departamental, así como el estudio de los **Principios Generales de Derecho**.

## **2. La configuración del ordenamiento jurídico administrativo**

### **2.1. La pluralidad de las fuentes**

Bajo este título Brito señala que “*desde su riquísima gama de fuentes se ha de construir el Derecho Administrativo y alcanzarse la revelación de sus fundamentos, y, al cabo, un sistema unitario: el ordenamiento jurídico. Ello será cuando se conozcan y afiancen sus verdaderas piedras sillares.*”

Más adelante, el autor expresa que el ordenamiento jurídico administrativo “*puede constituir un verdadero sistema, que necesariamente implicará una organicidad de los conceptos, o sea su multiplicidad unificada por un único principio informador.*”

Y agrega: “*No serán ajenas a tal necesidad las notas que justifican la autonomía científica del Derecho Administrativo.*”

A continuación realiza lo que define como “*una somera reseña de las **cuestiones sustantivas desde las que se reclama la especificidad de las soluciones y las fuentes** respectivas, con sus proyecciones*”, aludiendo a:

- a) el régimen jurídico de la **organización y función administrativa**, con su diversidad y la consecuente problemática de la unidad en la acción;
- b) los privilegios y **prerrogativas** de la Administración, exorbitantes del Derecho común, en atención al supraordenado **bien común** (entre ellos el

privilegio de decisión previa, la decisión ejecutoria y la coacción administrativa);

c) como contrapartida, la configuración de situaciones de **‘privilegios en menos’** para la actuación de las administraciones públicas, con sujeción a reglas de constreñimiento de la actuación y correlativas garantías para el administrado;

d) las relaciones jurídico-administrativas Administración-administrado, *“con las multifacéticas perspectivas de la **relación autoridad-libertad**”*;

e) la **teoría general de las situaciones jurídicas del administrado**, activas y pasivas, además de las propias de las figuras jurídicas de colaboración y participación del administrado en el quehacer administrativo;

f) el **principio de juridicidad** con sus proyecciones, como la competencia a texto expreso, los principios del procedimiento administrativo, el tan trascendente de la inderogabilidad singular de los reglamentos, y las reglas de protección y garantía del administrado;

g) la **creciente juridización del procedimiento administrativo** consistente en la sumisión a reglas de Derecho preferentemente codificadas de procedimiento administrativo, con intervención de los interesados previo a la decisión;

h) la **teoría de la motivación**, los **vicios del fin** y las peculiaridades del **reglamento autónomo**;

i) el desarrollo de las teorías del **control**, la **responsabilidad** y la **tutela jurisdiccional efectiva**;

Los aspectos mencionados constituyen, en opinión de Brito, algunos de los *“ámbitos de peculiaridades del Derecho Administrativo, penetrando en el tema de las fuentes para reclamar, con frecuencia, y justificar la singularidad de las soluciones”*, imposibilitando la mera subsunción en la Teoría General del Derecho.

## 2.2. La relación e integración de las fuentes

En cuanto a la relación e integración de las fuentes, Brito alude al principio de jerarquía de las fuentes normativas, sosteniendo el **principio de jerarquía máxima de la Constitución** en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Al respecto, recuerda las expresiones de Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, 1986) sobre la cualidad de nuestra Constitución como norma dotada del **“máximo grado de democraticidad”** en su nacimiento, **resultado del ejercicio directo de la soberanía de la Nación a través de su órgano, el Cuerpo Electoral**, de manera que, desde 1942, no puede ser alterada en el más mínimo detalle sin previo plebiscito. Y aun, en el supuesto del literal a) del artículo 331, puede ser reformada contra la voluntad de todos los órganos gobernantes.

Se destaca que el Estado, como persona jurídica, se encuentra tan sujeto a la Constitución como cualquier otra persona jurídica, y que, al ser instrumento creado por la Nación a su servicio, no puede actuar en contra de ella sin convertirse en traidor de la Nación, *“como una forma en que quien ha sido creado por la Nación se rebela contra su creador.”*

Brito también recuerda la posición inicial de Cassinelli -compartida por Risso, Esteva y Cajarville- en cuanto a que el instituto de la declaración de inconstitucionalidad constituye una garantía del acto legislativo, al imposibilitar la desaplicación de éste sin previa declaración de su inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia.

Pero también recuerda el cambio de Cassinelli en esta posición cuando -en 1986 y fundándose en el principio de aplicación de la norma de mayor jerarquía salvo excepción expresa- afirma la posibilidad de que tanto los particulares como los órganos estatales dejen de aplicar una disposición legal que consideren inconstitucional, en la medida en que estén convencidos de que tendrán éxito en sede jurisdiccional.

Las **fuentes en sentido formal** son los procesos de creación o manifestación de las normas jurídicas, las formas que reviste el Derecho, requisitos extrínsecos que condicionan su validez.

**Algunas fuentes tienen especial relevancia para el Derecho Administrativo**, como es el caso, por ejemplo, del **reglamento** o de los **Principios Generales del Derecho** en cuya consideración tiene especial presencia la tradicional confrontación entre **la perspectiva jusnaturalista y la positivista**. También, ante un Derecho no codificado, y en permanente formación y transformación, cobran relevancia y singularidad las llamadas **fuentes supletorias**. A su respecto, por ejemplo, mientras los artículos 332 de la Carta y 16 del Código Civil recogen la **“analogía legis”**, esto es la analogía legal que remite a los fundamentos de *“leyes análogas”*, el artículo 233 del Decreto de Procedimiento Administrativo N° 500/991 manda acudir a la **“analogía juris”** que supone la aplicación de cualquier **“regla de derecho análoga”**, definida la regla de Derecho como *“todo principio de Derecho norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.”* (artículo 23, literal a) del Decreto-ley Orgánico del TCA N° 15.524)

### 3. Los Principios Generales de Derecho

En el tema de los Principios Generales de Derecho, como ocurre en muchos otros temas del Derecho generalmente abordados por la Teoría General,

tiene lugar la vieja y siempre actual **batalla entre positivistas y partidarios de la Escuela del Derecho Natural** o jusnaturalistas.

La trascendencia que la cuestión de los principios generales reviste para nuestra disciplina, según hemos ya señalado en este trabajo, ha hecho que los principales exponentes de la doctrina de Derecho Administrativo nacional y comparada se hayan ocupado de ella.

### 3.1. Algunas opiniones doctrinarias en Iberoamérica

En la obra de recopilación sobre el tema, titulada *“Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado”*, Martins (MARTINS, 2001) realiza una **excelente reseña** de la doctrina administrativista iberoamericana, en la que incluye a autores argentinos como Marienhoff y Cassagne; brasileños como Bandeira de Mello; a los españoles García de Enterría y Fernández, González Navarro y Santamaría Pastor; y al colombiano Vidal Perdomo.

Marienhoff (MARIENHOFF, cit. por Martins) encuentra los Principios Generales de Derecho en el conjunto formado por los preceptos básicos y esenciales del Derecho romano, del Derecho Natural, del Derecho de Gentes, de la moral y del ordenamiento jurídico general de un país, en tanto que *“jalones en la historia del progreso de la humanidad”*, preceptos básicos e inmutables que deben aceptarse como faros orientadores para la solución de las querellas entre los hombres. Con esta postura, es **difícil incluir a Marienhoff sea en las corrientes positivistas o jusnaturalistas, ya que apela tanto a normas positivas como del Derecho Natural.**

Cassagne (CASSAGNE, 1987), por su parte, alude a su carácter de soportes centrales de todo el sistema, orientadores e informadores, que operan como límite al ejercicio del poder de la Administración, y que tienen origen en los textos constitucionales y de Derecho Privado como el Código Civil, en el Derecho Penal sustantivo, en el Internacional y en las propias instituciones administrativas. Este primer abordaje **permitiría encuadrar a Cassagne como más próximo al pensamiento positivista**, pero en un **segundo trabajo** sobre los principios generales alude al auge de los mismos y al fenómeno de la *“huida del positivismo”* y de las técnicas que importan su deducción a partir del Derecho positivo. En particular menciona los reconocidos en tratados internacionales, cuya supremacía sobre las leyes consagra la Constitución argentina. (CASSAGNE, 1996).

En la doctrina brasileña, **Bandeira de Mello** (BANDEIRA DE MELLO, 1994) destaca que el Derecho Administrativo se delinea en función de **dos principios fundamentales**, que componen el régimen jurídico-administrativo: la supremacía del interés público sobre el privado y la indisponibilidad por la Administración de los intereses públicos, de los que

derivan los demás principios subordinados que rigen la actividad administrativa.

Los españoles **García de Enterría y Fernández** (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983) señalan el carácter de **soportes primarios estructurales** del sistema, que es propio de los principios generales; y cuando se preguntan dónde hallarlos, responden que no se llega a ellos por un simple proceso de deducción, y que se manifiestan **a través de la jurisprudencia y la doctrina**.

También desde la doctrina española, **González Navarro** (GONZÁLEZ NAVARRO, 1993) expresa que son principios porque son soportes primarios del ordenamiento, al que confieren solidez y dinamismo; que son generales porque trascienden a las normas concretas y a las apreciaciones subjetivas del intérprete, teniendo en cuenta la posición que la norma ocupa en el sistema; y que son de Derecho en tanto que fórmulas técnicas aptas para operar en el mundo jurídico, diferentes por ello de los principios morales o los del Derecho Natural. A la luz de estas afirmaciones, este autor no podría situarse como jusnaturalista en relación con los Principios Generales de Derecho, en cuanto **los distingue de los principios del Derecho Natural**.

Por su parte, **Santamaría Pastor** (SANTAMARÍA PASTOR, 1998), cuando se pregunta por la naturaleza jurídica de estos principios, los define como una **categoría heterogénea** (que engloba reglas de diversa naturaleza y función) y flexible. El autor señala que, de acuerdo con la posición más generalizada, tienen un origen inmediato en la doctrina y la jurisprudencia (siendo luego recogidos en las normas escritas) y un origen mediato en cuanto suelen ser abstraídos por inducción de soluciones contenidas en una pluralidad de reglas escritas. Pero, a su vez, señala la existencia de principios que superan este nivel y se presentan como imperativos universales comunes a toda la humanidad civilizada, provenientes de una tradición cultural determinada, siendo cuestión metajurídica sobre la que no se pronuncia, si esta tradición es reflejo o no de un ordenamiento suprahumano.

Cuando, por último, Santamaría Pastor analiza las funciones de los Principios Generales de Derecho, señala su **función directiva general del proceso de creación del Derecho**, condicionando su contenido; su función interpretativa, integradora y constructiva. Adicionalmente destaca su importancia en tiempos de *“inflación normativa galopante, en la que la premura de la elaboración y la urgencia política son generadoras de iguales imperfecciones”*, constituyéndose en los **únicos puntos de referencia sólidos del sistema**.

### 3.2. Doctrina uruguaya anterior a 1958

En Introducción a la obra de recopilación *“Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado”* ya mencionada, Martins recorre la presencia de estos principios en la historia jurídica y doctrinaria de la República y aun en los textos que precedieron a nuestra primera Carta fundamental.

Así, refiere a las opiniones doctrinarias previas a los trabajos sobre los principios generales, publicados por Barbé y Real en 1958, citando al efecto a **Jiménez de Aréchaga** (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Rev. D. Publ. y Priv.), Guillot, Cestau, Gallinal y Llambías de Azevedo.

El primero de dichos autores afirma que los principios fundamentales de la legislación positiva son los *“presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales, por abstracción deben inducirse y que tienen valor de tales en cuanto han informado efectivamente el sistema positivo del Derecho Nacional y han llegado a ser de este modo principios de Derecho positivo vigente”* Jiménez también señala que, en las reglas de nuestro ordenamiento para la interpretación de las normas jurídicas, recogidas en el Título Preliminar del Código Civil, no se invoca el Derecho Natural, Derecho éste que, a su juicio *“no existe, ni puede existir.”*

**Guillot** (GUILLOT, 1928), por su parte, señala la **filiación positivista** que pondría de manifiesto el codificador cuando, en el artículo 17 del Código Civil, determina que no debe desatenderse el tenor literal de la ley, a pretexto de consultar su espíritu, en los casos en que su sentido es claro. En este sentido, para el autor: *“Dura lex, sed lex ... el juez está instituido, no para juzgar a la ley, sino para juzgar según la ley ...; luego no pueden eludirse sus disposiciones a pretexto de que son contrarias a la equidad natural.”*

También **Cestau** (CESTAU, 1957) adhiere, según señala Martins, a la concepción positivista, cuando afirma que, *“entre nosotros la referencia a principios generales de derecho no importa recurrir a normas independientes de las legales.”* Al respecto, explica que el artículo 16 no refiere al Derecho Natural porque *“no le reclama al juez que falle según normas justas y además, porque el derecho natural es sólo un sistema valorativo ... Cuando el artículo 16 dice ‘principios generales’ alude a normas jurídicas independientes de toda nuestra legislación positiva. En otras palabras el Código Civil admite que nuestro derecho legislado está dotado de fuerza creadora, convirtiéndose en derecho subsidiario de sí mismo. Estos principios no están escritos en ninguna ley, y deben deducirse exclusivamente mediante la progresiva abstracción de las diferentes leyes que nos rigen.”*

**Llambías de Azevedo** (LLAMBÍAS DE ACEVEDO, 1957), en cambio, es ubicado por Martins entre quienes adhieren a una visión jusnaturalista. Este autor observa que una teoría de los principios

fundamentales de la justicia y del Derecho positivo tiene que basarse en un análisis de la **esencia de la persona humana y de la comunidad de personas** que abarque todos sus aspectos y de los valores que en ellos radican. *“De ahí habrá de derivarse una doctrina no sólo de los derechos sino también de los deberes fundamentales de la persona y de la comunidad; este sistema clásicamente ha sido denominado ‘Derecho Natural’”*.

**Gallinal** (GALLINAL, 1924) también es ubicado por Martins **entre los jusnaturalistas**, en cuanto -al comentar las normas procesales que estatuyen el derecho de defensa, la igualdad de las condiciones entre los litigantes, que la prueba incumbe al que alega, que nadie puede ser juez en su propia causa o que al impedido con justa causa no le corre término- indica que las mismas sancionan principios de Derecho Natural.

### 3.3. La doctrina uruguaya a partir de 1958

Los primeros trabajos sobre los Principios Generales de Derecho, a partir de 1958, son los de Barbé Pérez (BARBÉ PÉREZ, 1958) y Alberto Ramón Real (REAL, 1958).

El estudio de **Barbé Pérez** se circunscribe a la vigencia de estos principios en el Derecho positivo uruguayo, en especial en el Derecho Público y más específicamente en el Administrativo. Al respecto afirma:

- a) que están **reconocidos como fuente**, tanto en el Derecho privado (artículo 16 del Código Civil) como en el público (artículo 332 de la Constitución, entre otros);
- b) que lo están **como fuente supletoria**;
- c) que como tal fuente supletoria **en el Derecho privado ceden ante los fundamentos de leyes análogas**, lo que no ocurre en el Derecho público que no establece un orden como el que deriva del artículo 16 citado (también afirma que las normas análogas no son sino una especificación del principio);
- d) que **son además fuente directa y principal**, tanto los expresamente formulados como los no escritos que son inherentes a la personalidad humana o que derivan de la forma republicana de gobierno (**artículo 72 de la Carta**);
- e) que tienen su **fundamento directamente en la naturaleza de las cosas**: la forma de gobierno republicana, la persona humana, las exigencias de su convivencia en sociedad y la administración pública;
- f) que también se reconocen **otros que derivan de exigencias racionales, morales, del ordenamiento jurídico o de la lógica de las instituciones**;
- g) que **los textos deben estar de acuerdo con los principios** y éstos con la naturaleza de las cosas.

Real, por su parte, señala que nuestro texto constitucional -desde la incorporación del artículo 72 en 1918- adhiere a la idea de la naturaleza racional de los Principios Generales de Derecho, y a su fundamento derivado del jusnaturalismo humanista y de la forma republicana de gobierno. Ante esta solución, **“ningún escrúpulo positivista puede hacer vacilar”**. La Constitución positiviza las soluciones de la doctrina del Derecho Natural. En tal escenario, deviene **irrelevante la discusión** acerca de si esos principios fluyen de la generalización sistemática de los textos positivos o deben buscarse en las doctrinas del jusnaturalismo personalista.

En virtud de su recepción en la Carta, agrega Real, los Principios Generales de Derecho inherentes a la personalidad humana tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por ello **participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida**.

En cualquier caso, Real se cuida muy bien de aclarar que su análisis supone un estudio de Derecho positivo y que, por tanto, sus consideraciones no importan atribuir normatividad jurídica intrínseca a los valores éticos y metafísicos exaltados por el jusnaturalismo.

El artículo 72 es calificado por Real como una **solución “de originalidad muy singular”**, en cuanto se aparta de sus modelos en las Constituciones norteamericana y argentina, tomando la expresión *“inherentes a la personalidad humana”*, *“directamente del fondo común ideológico del jusnaturalismo clásico del siglo XVIII en que la idea de derechos inherentes a la personalidad humana es afirmada vigorosamente.”*

Más recientemente se ocuparon del tema Brito, Cajarville, Delpiazzo y Durán Martínez.

**Cajarville** (CAJARVILLE, 2012) explica que los derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana aludidos en el artículo 72 no han sido enumerados, y son los que **corresponden a todo ser humano por el hecho de serlo, idénticos para todos porque derivan de lo que todos los hombres tienen en común, “de aquello que los hace pertenecientes a la misma especie”**. A su vez, señala que los que derivan de la forma republicana de gobierno, también mencionados por el artículo 72, refieren a una **“forma de gobierno no-monárquica”**, compatible con diversas formas de gobierno. En cuanto al artículo 332, Cajarville observa que se trata de principios cuyo contenido refiere a derechos de los individuos o a facultades o deberes de las autoridades públicas, que sí han sido reconocidos o impuestos por la Carta. Los mismos se aplican supletoriamente por falta de reglamentación de los preceptos constitucionales (aun los del artículo 72).

Ante la pregunta de dónde deben buscarse los Principios Generales de Derecho, Cajarville afirma que ellos **“son el medio por el cual el ordenamiento jurídico formal del Estado uruguayo admite, incorpora y**

*atribuye eficacia jurídica formal a los valores, jerarquizaciones de valores y concepciones sociales sobre los fenómenos jurídicos, predominantes en la colectividad asentada en su territorio no incluidos en una regla de derecho escrita*". Su incorporación, desde el punto de vista orgánico-formal, puede ocurrir mediante su recepción expresa por el constituyente, o por el legislador o el administrador, en estos casos sin contrariar las normas de superior jerarquía. Pero **su incorporación directa**, en tanto que principios generales no recogidos previamente en una regla de derecho formal integrante del ordenamiento, **será reconocida en definitiva a través de la jurisprudencia**.

**Delpiazzo** (DELPIAZZO, 2009), por su parte, los define a partir de los vocablos involucrados en su denominación, como soportes primarios estructurales del sistema jurídico (por ello lo de principios), que trascienden los preceptos concretos (por ello generales) y se traducen en fórmulas técnicas del mundo jurídico (porque son de Derecho).

A su vez, recuerda las palabras de Hauriou cuando expresaba: *“Lo característico de los principios es **existir y valer sin texto***. En tal sentido, a juicio de Delpiazzo, su reconocimiento en el Derecho positivo tiene el valor de brindarles **certeza jurídica y precisión aplicativa**.

En cuanto a **Durán Martínez** (DURÁN MARTÍNEZ, 2009), creemos que su presentación del tema resulta ser la que más se distingue en el contexto de la doctrina uruguaya, en lo que refiere a los principios que derivan de la personalidad humana, específicamente cuando los mismos no están expresa o implícitamente recogidos en los textos constitucionales, cosa que -como hemos visto- está salvada en nuestra Carta.

En tal caso, Durán se pronuncia por la inadmisibilidad de la postura que condiciona la existencia y cumplimiento de esos principios a su recepción en el texto constitucional, atribuyéndoles valor y fuerza de Constitución en ese caso. Por el contrario, afirma la intangibilidad de la dignidad humana, compartiendo lo expresado por González Pérez respecto de que **dicha dignidad “emana de Dios” por haber hecho al hombre a imagen suya, lo que otorga a los principios que le son inherentes valor y fuerza suprapositivos**.

Por su parte, **Brito** se pregunta de dónde se extraen estos principios. Al respecto, recuerda que para algunos se encuentran enraizados en el Derecho Natural, en relación inmediata con el orden eterno, mientras para otros se trata de criterios axiológicos de justicia en relación con una conciencia nacional (BRITO, 2004).

Pero para Brito, resulta imprescindible descubrir qué cosa son los principios inherentes a la personalidad humana, más allá de que estén o no recogidos en declaraciones, constituciones y textos internacionales, a efectos

de su *“justificación racional, más allá o más acá también de concretas coyunturas o procesos históricos y de sus expresiones normativas, que pueden ser deficientes, como obra humana que son.”*

Esa justificación radica, para Brito, en que **el ser del hombre -en su dignidad y naturaleza racional, y en su virtualidad de perfección- constituye *“la base o fundamento de una teoría de los valores a que el ordenamiento jurídico debe apuntar”*.**

A su vez, una vez positivizados esos principios en el artículo 72 de la Carta, Brito entiende aplicable lo afirmado por Cassinelli, en su trabajo *“Defensa de la Constitución”*, en el sentido de que no existe un deber de obediencia al legislador cuando éste actúa en forma inconstitucional, sino un deber de obediencia al orden jurídico en general.

### **3.4. Nuestra opinión**

Examinadas las opiniones doctrinarias sobre los Principios Generales de Derecho Administrativo, que vienen de relevarse, pasaremos a compartir algunas reflexiones acerca de los mismos.

A tales efectos, partiremos de una breve aproximación al positivismo y al jusnaturalismo jurídico, o más bien a los positivismos y jusnaturalismos jurídicos, para luego, en ese marco tratar de determinar los alcances del artículo 72 de la Constitución de la República en relación con la cuestión de los Principios Generales de Derecho en nuestro ordenamiento.

#### **A. El positivismo jurídico**

Hans Kelsen (KELSEN, 1961), uno de los más conspicuos representantes del positivismo jurídico, ha dicho que *“el antagonismo entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, imperante en todo tiempo en la Filosofía del Derecho, es un caso especial del antagonismo más general, existente dentro de la filosofía, entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico.”*

El autor critica al jusnaturalismo jurídico, tanto en su concepción teológico-religiosa como en la que sostiene la existencia de reglas inmanentes a la naturaleza. Llega a calificar a la visión jusnaturalista en esta segunda vertiente, de *“superstición animista”*, en cuanto pretendería adjudicar voluntad creadora de Derecho a la naturaleza, ya que las normas tienen que ser creadas por una voluntad.

Por otro lado, objeta la vertiente teológico-religiosa del jusnaturalismo, afirmando que *“... el positivismo jurídico como una teoría científica del derecho no puede presuponer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho ...”*

A continuación formula **una aseveración que puede ser tomada como el paradigma de la visión positivista del Derecho: *“... el***

***positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Sólo puede sostener la validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes...***

No obstante, declara, y aquí creo ver el talón de Aquiles de su construcción teórica, “... una doctrina positiva del derecho reconoce el fundamento de validez de un orden jurídico positivo no en las múltiples normas de justicia, puesto que no puede dar preferencia a ninguna de ellas, sino en la ‘norma fundamental’ hipotética, esto es: presupuesta en el pensamiento jurídico. De acuerdo con ella debemos conducirnos y tratar a los hombres como corresponde a la primera constitución histórica, eficacia en general, sin tener en cuenta si el orden erigido con arreglo a esa constitución corresponde o no a alguna norma de justicia. En tanto que la cuestión versa sobre la validez del derecho positivo, no entra en consideración ninguna otra norma que esa norma fundamental, en particular, ninguna norma de justicia.”

Y todavía agrega: “Esta norma, la norma fundamental, no es una norma positiva, ‘puesta’ (gesetzt) por un acto de voluntad de una autoridad jurídica, sino una norma ‘presupuesta’ en el pensamiento jurídico. Su presuposición es condición -en el sentido de Kant: condición lógico-transcendental- bajo la cual un orden jurídico positivo es considerado válido.”

En cuanto refiere a esa norma fundamental como “norma presupuesta” y no “puesta”, me permito observar que su teoría termina siendo por lo menos tan cuestionable desde el punto del “positivismo empírico-científico” en el que pretende pararse, como aquellas otras concepciones que critica.

También desde una perspectiva positivista y analizando el positivismo como “*approach*” o modo de acercarse al estudio del Derecho, Bobbio (BOBBIO, 1963) afirma que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, lo que no implica afirmar que no existe otro Derecho que el Derecho positivo: “El jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo, dando a entender que el mismo carácter que lo distingue del derecho positivo, o sea el hecho de no ser vigente, es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica.”

## **B. El jusnaturalismo**

Por oposición a la visión positivista del Derecho, puede decirse que, más allá de matices entre corrientes o pensadores específicos, el enfoque jusnaturalista postula la existencia de un Derecho Natural que es (TERCEIRO MUIÑOS, El Derecho de Gentes o Natural en Santo Tomás):

- a) uno e idéntico en todos los tiempos y lugares,
- b) cognoscible con facilidad y certeza por todos los hombres,

- c) tan antiguo como la humanidad,
- d) no necesariamente contenido en las leyes escritas,
- e) indeleble e inalienable,
- f) formalmente inmutable en cuanto a su rectitud y valor jurídico,
- g) inderogable,
- h) que no admite dispensa,
- i) con igual fuerza obligatoria y normativa para todos los hombres en todos los tiempos y lugares.

**En la concepción jusnaturalista, los Principios Generales de Derecho serían aquellos que informan ese Derecho Natural.**

Los distintos autores listan principios encuadrables dentro de la categoría Principio General del Derecho, resultando observable que las nóminas son tan numerosas y diversas como los autores que las formulan, si bien entre ellas es posible hallar coincidencias importantes. La dificultad para convenir en una nómina compartida por toda o gran parte de la doctrina nos recuerda la dificultad para convenir en el concepto de “*acto de gobierno*”, que tuvo como uno de sus hitos la lista de actos de gobierno de Waline. En similar sentido, señala el colombiano Vidal Perdomo que: “*En todo caso va apareciendo como una especie de lista en derecho público, en la que figuran: el de igualdad ante las cargas públicas; el del debido proceso para ser juzgado; el de prohibición del enriquecimiento sin causa; la autoridad de la cosa juzgada.*” (VIDAL PERDOMO, 1994).

### **C. El artículo 72 de la Carta y los Principios Generales de Derecho**

El artículo 72 de la Constitución dispone: “*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.*”

Es así que la Constitución está reconociendo la existencia de derechos, deberes y garantías que, aun no incluidos a texto expreso en sus disposiciones, son “*inherentes a la personalidad humana*”.

Ya hemos visto que los que adhieren al pensamiento jusnaturalista opinan que, aquí, la Constitución alude a los principios que reúnen los caracteres antes enunciados, asequibles a todo hombre en todo momento y lugar por su racionalidad, existentes y vinculantes de cualquier forma más allá de este texto en particular. Su jerarquía es por ello supraconstitucional.

Para los positivistas, en cambio, esta norma positiviza los principios propios de la estimativa jusnaturalista y su fuerza vinculante dimana exclusivamente de su recepción en el texto constitucional, siendo su valor y fuerza la de la propia Constitución.

Por nuestra parte, hemos adelantado que observamos cómo se desmorona el edificio positivista kelseniano, cuando se lo despoja de su “*presupuesta norma hipotética fundamental*”.

También hemos adelantado la debilidad que ostenta la perspectiva jusnaturalista cuando se propone identificar los Principios Generales de Derecho, incurriendo sus cultores en múltiples y diversas nóminas de ellos.

¿Dónde hallar esos Principios Generales de Derecho “*inherentes a la personalidad humana*”?

En nuestro tiempo, y en el mundo occidental que integramos, parecen confluír los enfoques positivista y jusnaturalista, en lo que cabe bajo el paraguas del “*régimen jurídico de los derechos humanos*”. Múltiples normas nacionales e internacionales proceden a enumerarlos y órganos de diversa naturaleza también nacional e internacional se abocan a protegerlos.

Citando a Hegel y aludiendo a la consagración de estos derechos humanos o fundamentales en textos positivos, Habermas (HABERMAS, 1987) expresa: “*La revolución [la misma que positivizó estos derechos] recibió su primer estímulo de la filosofía.*” Por este proceso, “*la filosofía, es decir: los principios fundamentales del derecho natural racional, ellos eran los principios de las nuevas Constituciones.*”

Observa Eusebio Fernández García (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2003) que, en el camino, el Derecho Natural se ha secularizado, nutriéndose de la formación escolástica de los grandes pensadores que han constituido la filosofía moderna (Descartes, Leibniz, Bacon, Hobbes, Locke, Grocio y Pufendorf).

Cabe mencionar como hito en dicho camino, el **Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**, en que se expresa: “*Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.*”

Como observa Fernández García, la expresión “*principios simples e indiscutibles*” indudablemente hiende sus raíces en la ya mencionada idea jusnaturalista de la asequibilidad de esos principios por todo hombre, a través de la razón.

También es interesante la observación de Fernández García en cuanto a que este moderno “*Derecho Natural*” tiene un sesgo mucho más subjetivo que objetivo, poniendo en el primer plano los derechos subjetivos de las personas frente al deber de respetarlos y protegerlos, en especial por el propio Estado.

**Principios Generales de Derecho en garantía de Derechos fundamentales, consagrados en multiplicidad de textos positivos nacionales e internacionales, constituyen entonces, en nuestro tiempo y cultura, un punto de confluencia de los pensamientos positivista y jusnaturalista.**

Sin embargo, como observaba Brito, **el antagonismo entre positivismo y jusnaturalismo jurídico seguirá vivo en los ámbitos en que el Derecho positivo no recoja tales derechos y garantías.**

Colocada en la disyuntiva de tener que optar entre la “*metafísica de la norma hipotética fundamental*” y la de un Derecho Natural que es expresión y custodia de los principios inherentes a la personalidad humana, allí donde ellos no sean reconocidos, mi opción no puede ser otra que la de alinearme en estas últimas filas.

En aras de aventar el escollo planteado por la dificultad de convenir en una enumeración de dichos principios, que pueda ser compartida por la generalidad de los analistas, siempre he pensado que **existe al menos un imperativo respecto al que ningún hombre racional y de buena fe puede presentar desacuerdo, y es el muy kantiano imperativo categórico: “*Obra de modo que tu obrar pueda convertirse en máxima del obrar universal.*”** (KANT, 1785). En este sentido, entiendo que ningún Derecho positivo puede llamarse Derecho si sus reglas no son tales que constituyen expresión de dicho imperativo categórico.

En definitiva, acusada que sea de abandonar el terreno del puro Derecho para pisar el no jurídico de la moral, reflexiono con Lombera Pallares: “*Un austríaco, Hans Kelsen, elaboró la Teoría Pura del Derecho, que es indudablemente la exposición más brillante de las doctrinas del positivismo jurídico, y con sus argumentos pareció haber enterrado el cuerpo ya descompuesto del derecho natural. Otro austríaco, Adolfo Hitler, resucitó el cadáver y logró devolverle su juventud perdida. Los argumentos de Hitler no eran ni lógicos ni inteligentes, pero lograron convencer a los juristas del mundo occidental. El ‘fubrer’ demostró ampliamente que un régimen criminal y monstruoso podía ser perfectamente legítimo, y que era posible cometer las más viles acciones dentro del marco de la legalidad. Los juristas se preguntaron si el régimen nacionalsocialista era un régimen de derecho. Desconcertados por la respuesta afirmativa del positivismo, tuvieron que volver sus ojos hacia el casi olvidado derecho natural.*”

El artículo 72 de la Constitución es calificado por Real como una solución *“de originalidad muy singular”*, apartándose de sus modelos y tomando la expresión *“inherentes a la personalidad humana”*, *“directamente del fondo común ideológico del jusnaturalismo clásico del siglo XVIII”*.

Los jusnaturalistas opinan que, en dicho artículo, la Constitución alude a principios asequibles a todo hombre en todo momento y lugar, por su racionalidad, existentes y vinculantes de cualquier forma más allá de este texto en particular. Su jerarquía es por ello supraconstitucional. Los positivistas, en cambio, entienden que esta norma positiviza los principios propios de la estimativa jusnaturalista y su fuerza vinculante dimana exclusivamente de su recepción en el texto constitucional, siendo su valor y fuerza la de la propia Constitución.

¿Dónde hallar esos Principios Generales de Derecho *“inherentes a la personalidad humana”*? En nuestro tiempo, y en el mundo occidental que integramos, parecen confluír el enfoque positivista y el jusnaturalista, en lo que cabe bajo el paraguas del *“régimen jurídico de los derechos humanos”*.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cuál es el concepto de fuente en sentido formal?
2. ¿Cuál es la diferencia entre *“analogía legis”* y *“analogía juris”*?
3. ¿Cuáles son las principales diferencias entre la perspectiva jusnaturalista y la positivista en relación con los Principios Generales del Derecho?
4. ¿Cuáles son la singularidad y contenido del artículo 72 de la Constitución?
5. ¿Dónde hallar los Principios Generales de Derecho inherentes a la personalidad humana en nuestro tiempo?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

A.A.V.V – Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado, F.C.U., Montevideo, 2001 (incluye los trabajos de Barbé Pérez, Real, Martins, y Cajarville).

AAVV: Los Principios en el Derecho Administrativo Uruguayo, AMF, Montevideo, 2009 (incluye trabajos de Brito, Cajarville, Delpiazzo y Durán Martínez).

BANDEIRA DE MELLO, Celso A., 1994, Curso de Derecho Administrativo, 5ª ed., Malheiros.

BARBÉ PÉREZ, Héctor, 1958, Los principios generales de derecho como fuente de Derecho Administrativo en el Derecho positivo uruguayo, 1958, en Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga, Montevideo.

BOBBIO, Norberto, 1963, Il problema del positivismo giuridico, ed. Universitaria de Bs.As.

BRITO, Mariano, 2004, Fuentes de Derecho Administrativo, en Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva, Universidad de Montevideo, Montevideo.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., 2012, Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, en Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, 3ª edición, Montevideo.

CASSAGNE, Juan C., 1987, Los principios generales del Derecho en el derecho administrativo, disertación en ocasión de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, publicada en Anales.

CASSAGNE, Juan C. Juan C., 1996, en El Derecho Administrativo de hoy, Buenos Aires, cit. por MARTINS en Reseña actual ....

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1986, La defensa jurídica de la Constitución, en Defensa de la Constitución Nacional, A.A.V.V., Cuadernos, N° 2, 2ª serie, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo.

CESTAU, Saúl, 1957, Contribución al estudio del derecho civil uruguayo, T. 1, Montevideo.

DELPIAZZO, Carlos, 2015, Derecho Administrativo General, Volumen I, Editorial Amalio Fernández, 2ª edición, Montevideo.

DELPIAZZO, CARLOS, 2009, Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo, en Los principios en el Derecho Administrativo uruguayo, Montevideo.

DELPIAZZO, Carlos, 2008, Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo, en Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Netbiblo, La Coruña.

DELPIAZZO, Carlos, 2015, Fuentes del Derecho Administrativo, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y Libardo RODRIGUEZ (Directores) – Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano, Comares - INAP, Granada.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 2009, Los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y

el juez, en *Los principios en el Derecho Administrativo uruguayo*, Montevideo.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 2017, *Aplicación directa de principios y normas constitucionales*, en *Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado*, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E., 2003, *El jusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII*, Cap. VI, del T. I. de *Historia de los derechos fundamentales* (proyecto de investigación del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid).

GALLINAL, R., 1924, *Estudios sobre el CPC*, 2ª ed. corregida y aumentada, Montevideo.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, 1977, *Introducción al Estudio del Derecho*, 50ª ed., México, 2000.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, 1993, *Derecho Administrativo Español*, Pamplona, 1993.

GUILLOT, A., 1928, *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Montevideo.

HABERMAS, Jürgen, 1987, *Teoría y praxis. Estudio de la filosofía social*, Madrid.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, en *Revista de Derecho Público y Privado*, tomos IX (p. 229), X (ps. 159 y 271) y XI (p. 67).

KANT, I., 1785, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.

KELSEN, Hans, 1961, *La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 4, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA.

LOMBERRA PALLARES, E., *Derecho natural clásico y positivismo jurídico*, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, en

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/81/dtr/dtr8.pdf>

LLAMBÍAS DE AZEVEDO, J., 1957, *La justicia y el problema del principio de Derecho*, en *Estudios en memoria de Eduardo Couture*, Montevideo.

MARTINS, Daniel H., 2001, *Reseña de la actual doctrina administrativista iberoamericana*, en *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado* – BARBÉ PÉREZ, H., REAL, A.R. – CAJARVILLE, J.P., MARTINS, D.H., FCU, Montevideo.

MEILLÁN GIL, José L., 1967, *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, Madrid.

- PRAT, Julio A., 1977, Derecho Administrativo, Tomo I, ACALI, Montevideo.
- REAL, Alberto Ramón, 1965, Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, Montevideo.
- ROTONDO, Felipe, 2017, Manual de Derecho Administrativo, Ediciones Del Foro, 10ª edición, Montevideo.
- RUOCCO, Graciela, 2015, Principios Generales de Derecho Administrativo, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 11, La Ley Uruguay, Montevideo.
- SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo, 1998, Los Principios Generales del Derecho, ¿Nos preexisten o se siguen generando?, en Revista de Derecho Público N° 29, Ed. F.C.U., Montevideo.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., 1998, Principios de Derecho Administrativo, V. I, España.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, F.C.U, 7ª edición (reimpresión), Montevideo.
- TERCEIRO-MUÑOZ, R., El Derecho de Gentes o Natural en Santo Tomás de Aquino, Univ. Católica de Cuyo, A.S. MMVII.
- VÁZQUEZ, Cristina, 2015, Las fuentes del Derecho Administrativo con especial consideración de los Principios Generales de Derecho, en Jornadas en Homenaje al Profesor Dr. Mariano Brito, Montevideo, 2015.
- VÁZQUEZ, Cristina, 2018, Los Principios Generales de Derecho en la concepción posmoderna del Derecho, en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, 1994, Derecho Administrativo, Legis, Colombia.

#### 4. La Constitución

García de Enterría y Fernández (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983) explican muy bien el **surgimiento de la Constitución como tipo normativo, en Occidente a finales del siglo XVIII**, en las Cartas norteamericanas y las que sucedieron a la Revolución Francesa. Es la norma que define la estructura política superior del Estado, señalan, *“desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido”*.

El **principal supuesto** es su **origen en el pronunciamiento del Cuerpo Electoral**. García de Enterría y Fernández observan que es de esa forma que se expresa el **pacto social** y su postulado básico: la **autorganización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho**.

Allí radica la esencia de la idea de Constitución como norma fundamental, presente en nuestra Constitución rígida, solo reformable por procedimientos que incluyen el pronunciamiento del Cuerpo Electoral (**artículo 331**).

Su **contenido** es el que emerge del artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: *“Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”*.

Con igual claridad y precisión, los autores mencionados describen el **embate a estas ideas, en Europa**, lanzado tanto por derecha como por izquierda.

Desde la derecha, la noción de Constitución como fenómeno de autorganización, sufre el advenimiento de las **Monarquías restauradas** luego de la ruptura impuesta por los ejércitos de Napoleón, las cuales *“otorgan”* Cartas Constitucionales con poco en común con el concepto de Constitución antes expuesto. Bajo este enfoque resucita incluso, en algunos casos, la idea del pacto entre pueblo y Corona que coloca al monarca en el rol de co-poder constituyente.

Desde la izquierda, se intenta reducir la norma constitucional a la estructura de poder real, conforme a la cual la Constitución escrita es una mera hoja de papel. **Solo cuenta la Constitución real** y efectiva, las relaciones fácticas de poder, como se señala en el discurso berlinés de Ferdinand Lassalle, de 1862.

Como resultado de los fenómenos descriptos, García de Enterría y Fernández observan que **el sentido genuino de Constitución se pierde en la mayor parte de Europa continental, durante casi todo el siglo XIX**. La norma de mayor jerarquía es, en ese ámbito, **la Ley como expresión de la voluntad general**, conforme a la perspectiva de Rousseau.

Como bien destaca Durán Martínez, fue solo con el advenimiento del neoconstitucionalismo, que comenzó a admitirse en Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, que la Constitución es una **norma jurídica genuina y de máximo valor y fuerza**.

**En América, en cambio, el pueblo decide por sí mismo:** *“We, the people of the United States ... do ordain and establish this Constitution”* (Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos ordenamos y establecemos esta Constitución), reza la Carta norteamericana.

García de Enterría y Fernández señalan la esencialidad de la idea de Constitución como instrumento que expresa el principio de autodeterminación política comunitaria (presupuesto de su carácter originario

y no derivado), así como el principio de limitación del poder. E indican esta idea como **verdadera ética universal**, *“quizás el último residuo ético irreductible de una civilización más bien desmitificadora, si no nihilista”*.

La Constitución se presenta como un **sistema preceptivo emergente del pueblo soberano, que vincula a gobernantes y gobernados** respecto de la configuración de los poderes del Estado, los límites de su ejercicio, el ámbito de los derechos fundamentales y los objetivos y prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad.

Entre nosotros, ha dicho Sayagués que la Constitución puede definirse **en su sentido formal**, como conjunto de **normas sancionadas por el procedimiento** establecido expresamente a esos efectos, y **en su sentido material** como conjunto de **normas fundamentales relativas a la organización estatal y a los derechos y deberes individuales** (SAYAGUÉS, 2010).

El autor también observa la importancia de la Constitución como fuente del Derecho Administrativo, destacando el proceso de *“constitucionalización del Derecho Administrativo”*, en la medida en que diversas normas de esta rama del Derecho han sido incorporadas a la Carta a través de las sucesivas reformas constitucionales.

La Constitución tiene la cualidad de *“lex superior”*, *“norma normarum”* o norma de normas, en cuanto **define el sistema de fuentes formales**. En su recepción en el Derecho norteamericano, el artículo VI de la Constitución federal de 1787 proclama esa Carta como *“the supreme law of the land”* (el Derecho supremo de la tierra).

García de Enterría y Fernández destacan que es con el pronunciamiento del Tribunal Supremo norteamericano de 1795 que se marca la diferencia entre el sistema inglés y el americano, en cuanto en éste **la Constitución es cierta y fija** (vocación de permanencia), **contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho supremo de la tierra**, superior al Poder Legislativo. Este enfoque también se refleja en el famoso fallo de 1803, en el caso *“Marbury vs Madison”* (obra del Juez Marshall), que declara que la Constitución es *“superior a cualquier acto ordinario de la legislatura”*.

En relación con esa supremacía constitucional se ha desarrollado el ***“principio de interpretación conforme a la Constitución”***.

De acuerdo con el principio de interpretación conforme, al interpretar un precepto jurídico, **debe optarse por aquella interpretación**

que resulta compatible con la norma superior de la que dicho precepto constituye una aplicación.

En tal sentido, Kelsen ha dicho que *“interpretar es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior. En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer”*. (KELSEN, 1982).

De manera coincidente, expresa Vigo que *“en toda interpretación jurídica está presente, de manera más o menos directa, la totalidad del sistema jurídico, incluida su norma superior... (ya que) el Estado contemporáneo es fundamentalmente Estado de Derecho o Estado Constitucional, (y) la teoría de la interpretación jurídica aparece como una dimensión inescindible y principal de la teoría del Estado y del Derecho Constitucional”*. (VIGO, 1999).

También entre nosotros, Risso Ferrand ha dicho que este criterio interpretativo aceptado habitualmente en el Derecho comparado y por nuestra jurisprudencia, se vincula con el **principio de conservación de la norma**, que procura lograr la compatibilización dentro del ordenamiento jurídico.

Expresa Cajarville (CAJARVILLE, 2007) que el principio de interpretación conforme a la Constitución encuentra sus **fundamentos** en otros aceptados en los sistemas jurídicos de Constitución rígida, como el nuestro: **unidad del ordenamiento jurídico, supremacía que en él corresponde a la Constitución, eficacia inmediata y directa y carácter vinculante de ésta**. Y agrega: *“El fundamento del principio demuestra que su trascendencia no se limita meramente a preferir la interpretación constitucionalizante frente a la que conduzca a su ilegitimidad, en el procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes; rige en toda hipótesis de aplicación del derecho a un caso concreto, y en la interpretación de todas las normas del ordenamiento, cualquiera sea su jerarquía.”*

Lo contundente de su postura queda en evidencia cuando expresa que, si la interpretación de la norma inferior conforme a la superior no fuera posible, si la aplicación de las reglas interpretativas condujera a una única interpretación incompatible con esa norma superior, *“entonces el principio de prevalencia de las normas superiores sobre las inferiores conduce inexorablemente a resolver el caso aplicando la norma de mayor jerarquía.”*

Y todavía explicita que el “*principio de interpretación conforme*” se aplica también a los reglamentos. “*La inexistencia de control concentrado de legitimidad determina que cualquier órgano administrativo o judicial deba descartar el reglamento ilegítimo para aplicar la norma superior, conforme al principio de jerarquía de las normas.*”

Para concluir, cabe aludir a la apelación formulada por Durán Martínez con referencia al llamado “***bloque de constitucionalidad o bloque de derechos humanos***”. El autor ha entendido por bloque de constitucionalidad “*el conjunto de reglas de derecho incluidas en la Constitución y los derechos humanos reconocidos o no por la Carta, contenidos o no en las Convenciones internacionales.*” Con este enfoque, **la interpretación normativa debería hacerse incluso más allá de la aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución, procurando una “interpretación desde el bloque de constitucionalidad o conforme al bloque de constitucionalidad, en especial conforme a la cúspide del bloque, conformado por los derechos humanos.”** (DURÁN MARTÍNEZ, 2015).

En cualquier caso, como hemos adelantado en el apartado anterior sobre Principios Generales de Derecho, el artículo 72 de nuestra Constitución tiene la virtud de recoger todos aquellos derechos, deberes y garantías que son inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno.

**La Constitución** define la estructura política superior del Estado desde unos determinados **supuestos** y con un determinado **contenido**.

Los **supuestos** son su **origen en el pronunciamiento del Cuerpo Electoral (artículo 331 de la Constitución)**, expresando el **pacto social** con un postulado de **autorganización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho**. Su **contenido** fundamental refiere a la **garantía de los derechos**.

En **sentido formal**, la Constitución es el conjunto de normas sancionadas por el **procedimiento** establecido expresamente a esos efectos. En **sentido material** es el conjunto de normas fundamentales relativas a la **organización estatal** y a los **derechos y deberes individuales**.

La Constitución tiene la cualidad de **norma de normas** porque **define el sistema de fuentes formales**.

En Uruguay se ha dado un **proceso de “constitucionalización del Derecho Administrativo”**, con el ingreso de normas de esta disciplina en el texto constitucional.

El **“principio de interpretación conforme a la Constitución”** implica que **debe optarse por aquella interpretación que resulta compatible con la norma superior de la que dicho precepto constituye una aplicación**. Sus fundamentos son: **unidad del ordenamiento jurídico, supremacía que en él corresponde a la Constitución, eficacia inmediata y directa y carácter vinculante de ésta**.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cuáles son el supuesto y el contenido de la Constitución como tipo normativo?
2. ¿Qué fenómenos incidieron en Europa para demorar la consideración de la Constitución como norma superior?
3. ¿Cuáles son los precedentes más destacables en el constitucionalismo norteamericano?
4. ¿Cómo define a la Constitución en sentido formal y en sentido material?
5. ¿En qué consiste el proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo?
6. ¿Cuáles son los fundamentos y contenido del principio de interpretación conforme a la Constitución?

7. ¿Cuál es el contenido del criterio de interpretación desde el bloque de constitucionalidad?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

CAGNONI, José A. 2005, 2006 y 2007, La superioridad de la Constitución sobre la Ley; de la Ley sobre el Decreto: el Decreto 166 de 6 de junio de 2005 sobre la reestructura de la Dirección General Impositiva, en Revista de Derecho Público, N° 28, 29 y 30, F.C.U, Montevideo.

CAJARVILLE, Juan P., 2007, Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 2010, La defensa de la Constitución, en Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi, La Ley Uruguay, Montevideo.

DELPIAZZO, Carlos, 2006, Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo, en V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 2018, Control de constitucionalidad y de convencionalidad en los contenciosos de derecho público en Uruguay, en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 2012, Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo, La Ley, Uruguay, Montevideo.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 2012, La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho administrativo. Especial referencia al caso GELMAN Vs. URUGUAY, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Neoconstitucionalismo y derecho administrativo. LA LEY Uruguay. Buenos Aires.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 2015, Estado constitucional de Derecho y servicios públicos, en A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 15 – N° 60, abril/junho, Belo Horizonte, p. 1-308.

ESTEVA, Eduardo, 2010, La interpretación constitucional en Uruguay, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 1, La Ley Uruguay, Montevideo.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, 1983, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas, Madrid.

GUARIGLIA, Carlos E., 2011, La Constitución como fuente del Derecho Administrativo. Una visión desde el neoconstitucionalismo, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, F.C.U, Montevideo.

KELSEN, Hans, 1982, Teoría pura del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales 20, UNAM, México.

RISSO FERRAND, Martín, 1994, Aplicación de la Constitución frente a leyes inconstitucionales, en Revista de Derecho Público, N° 5, F.C.U, Montevideo.

RISSO FERRAND, Martín, 2004, La interpretación del ordenamiento jurídico desde la Constitución, en Revista de la Universidad Católica N° 6.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, FCU, Montevideo.

VIGO, Rodolfo Luis, 1999, Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

## 5. La Ley

### 5.1. Etimología

Los autores no concuerdan acerca de la etimología de la palabra ley. Cicerón opina que deriva del verbo “*legere*”, que significa leer, expresión que viene de la costumbre romana de grabar las leyes en tablas y exponerlas al pueblo para su lectura y conocimiento. Para San Agustín proviene de “*deligere*”, que significa elegir, ya que la ley indica el camino que debemos elegir en nuestra vida. Santo Tomás, por su parte, expresa que la expresión viene de “*ligare*”, ligar, obligar, siendo propio de la ley, ligar la voluntad.

### 5.2. Diferentes acepciones de la expresión “*Ley*”

El término “*ley*” suele usarse en diferentes sentidos, entre los que cabe mencionar:

- a) Como “*toda norma jurídica*”.
- b) Como “*norma escrita*”, sin distinción de jerarquía.
- c) Como norma escrita superior, que prevalece ante las demás por ser la “*expresión de la voluntad general*”.
- d) Con un criterio orgánico, como “*todo acto emanado del Poder Legislativo*”.
- e) Con el criterio de la Escuela de Viena, como “*norma que es ejecución inmediata de la Constitución*”.
- f) Con un criterio material que atiende a los efectos, como “*norma general y abstracta*”.
- g) Con un criterio material que atiende al contenido, como “*acto creador de reglas de derecho que regulan la condición de los particulares*”.
- h) Con un criterio formal, como “*todo acto formulado en la forma prescripta por la Constitución para la producción de las leyes*”.

Las acepciones mencionadas en los literales a) a c) pueden usarse con utilidad en determinados contextos más filosóficos, políticos y aun literarios, careciendo, sin embargo, de la precisión técnico-jurídica que deberemos dar a la expresión, en este manual.

El criterio orgánico no nos proporciona esa precisión técnico-jurídica, por cuanto en nuestro ordenamiento no existe una correlación exacta entre los Poderes y las funciones jurídicas del Estado. En efecto, cada uno de los Poderes desarrolla una de las funciones jurídicas de manera principal, preferente o predominante, pero también puede cumplir las otras de manera secundaria, complementaria o auxiliar. Así, el Poder Legislativo desarrolla la función legislativa como función principal, pero en su ámbito también se cumple la función administrativa, y en algún caso como en el juicio político, de acuerdo con cierta doctrina desarrolla función jurisdiccional. En este sentido, como se ha adelantado, Jiménez de Aréchaga hacía referencia a que cada Poder de gobierno recibe de la Constitución el ejercicio predominante de una de las funciones jurídicas del Estado. Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, Derecho Público, 1999), por su parte, marca un matiz con Jiménez de Aréchaga, precisando que cada Poder ejerce, en principio, una de las funciones jurídicas del Estado. No se trata, a su juicio, tanto de una cuestión de predominancia en el sentido de cantidad, sino de una regla de principio que admite excepciones.

El criterio de la Escuela de Viena no resulta aplicable a la luz de nuestro ordenamiento, donde pueden encontrarse ejemplos de actos que se dictan en ejecución inmediata de la Constitución, sin ser leyes. Tal es el caso de las ordenanzas de contabilidad que dicta el Tribunal de Cuentas, por ejemplo, a que alude el artículo 211, literal F de la Carta. Aguirre Ramírez (AGUIRRE RAMÍREZ, 1997) agrega que este criterio colide con el artículo 332 de nuestra Constitución, en virtud del cual las autoridades públicas deben aplicar directamente las disposiciones de la Carta que les “*atribuyen facultades e imponen deberes*”, sin poder invocar la falta de reglamentación, que sería de rango legal.

Puede discutirse, asimismo, el criterio material que atiende a los efectos, por cuanto existen leyes que no son generales y abstractas, como el siempre mencionado caso de las leyes que otorgan pensiones graciables; y a la inversa, actos como los reglamentos, que no son leyes, tienen esos efectos generales y abstractos. A pesar de no aceptar este criterio con carácter de principio, Aguirre Ramírez (AGUIRRE RAMÍREZ, 1997) señala que los casos en que la ley tiene efectos subjetivos o constituyentes, requieren de un texto constitucional expreso habilitante. En nuestra Constitución encontramos una habilitación para legislar con efectos subjetivos en el artículo 85, numeral 13, y un ejemplo de habilitación para legislar con efectos

constituyentes en el artículo 189. Salvo ese texto, la ley tiene que ser un acto regla. El autor basa esta afirmación en el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 8° y en el inciso segundo del artículo 10 de la Constitución.

También plantea problemas el criterio material del contenido, ya que las leyes suelen tener otros contenidos además de la regulación de la condición de los particulares.

**El criterio formal resulta ser el que mejor resiste la prueba de nuestro Derecho positivo, si atendemos a lo dispuesto por la Constitución de la República en sus artículos 133 y siguientes.**

### 5.3. Conceptos de Ley y de acto legislativo

#### A. Definición de ley

Tomando el criterio formal, como el más adecuado a nuestro ordenamiento, podemos dar por buena la definición de ley adoptada por Aguirre Ramírez (AGUIRRE RAMÍREZ, 1997): ***“todo acto jurídico sancionado por los órganos del Poder Legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo, en la forma prescrita por la Constitución.”*** Con matices de redacción, es ésta también la noción de ley, aceptada por Sayagués (SAYAGUÉS LASO, 2010).

#### B. Definición de acto legislativo

Sayagués utiliza la expresión *“acto legislativo”* como sinónimo de acto regla o ley en sentido material. Con este alcance, quedan comprendidas todas las disposiciones de efectos generales y abstractos, sean de jerarquía constitucional, legal, o reglamentaria (por ejemplo, decretos del Poder Ejecutivo, acordadas de la Suprema Corte de Justicia, ordenanzas del Tribunal de Cuentas y de la Universidad de la República).

En opinión que nos parece más acertada, Aguirre Ramírez adopta el alcance que Cassinelli da a la expresión ***“acto legislativo”***: **acto con valor y fuerza de ley**, quedando incluidos las leyes y los decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción.

### 5.4. Caracteres de la Ley

#### A. Valor y fuerza

El **valor y fuerza** de una norma jurídica, como señala Cassinelli, aparece estrechamente vinculado a su **eficacia formal**. El autor explica que la eficacia formal de un acto jurídico se traduce en una **fuerza activa o de innovación derogatoria**, y en una **fuerza pasiva o de resistencia**. La fuerza activa o de innovación derogatoria es la potencialidad que el acto

jurídico tiene para innovar en el orden jurídico preexistente, venciendo toda resistencia que le oponga cualquier otra manifestación de voluntad estatal, que contraste con ella, de grado semejante o inferior. La fuerza pasiva o de resistencia es la capacidad de resistencia del acto jurídico, en el sentido de que no puede ser derogado, abrogado o desaplicado, salvo por un acto de fuerza igual o superior.

En su obra Derecho Público, Cassinelli define la **fuerza** de un acto jurídico como la posibilidad que tiene ese acto de derogar, de modificar lo que dispone otro de la misma o de otra naturaleza. El **valor** de un acto jurídico, por su parte, refiere al régimen especial a que ese acto se encuentra sometido, en cuanto a cómo puede desaplicarse (CASSINELLI MUÑOZ, 1999).

En sentido similar, Aguirre Ramírez (AGUIRRE RAMÍREZ, 1997) expresa que **la fuerza de una norma jurídica es su aptitud para derogar y está determinada por el grado normativo que resulta del principio de jerarquía de las normas que conforman un ordenamiento jurídico. El valor está determinado por el régimen jurídico a que queda sometida esa norma jurídica una vez dictada y abarca la posibilidad de su derogación por otros actos y su resistencia a ser desaplicado en razón de su ilegitimidad.**

En nuestro ordenamiento, la Constitución es la norma superior, la que se posiciona en el vértice de la pirámide normativa, una Constitución rígida en cuanto su modificación requiere procedimientos diferentes y más exigentes que los requeridos para formular una ley. Estos procedimientos, previstos en el artículo 331, como se ha anticipado, incluyen instancias plebiscitarias de votación afirmativa por el Cuerpo Electoral.

En consecuencia, la Constitución tiene mayor fuerza que la ley como consecuencia de su mayor grado normativo, es decir que puede derogar a la ley mientras que no puede ser derogada por ella. Como es sabido, **la norma posterior deroga a la anterior del mismo grado, y la de mayor jerarquía a la inferior.** Puede verse la recepción de estos principios en el **artículo 329** de la Carta.

Además, la ley tiene menor valor que la Constitución en cuanto no puede resistir a esa derogación ni a ser desaplicada por inconstitucionalidad. Esta posibilidad está reglada en nuestra Carta en los artículos 256 y siguientes.

A su vez, la ley tiene mayor fuerza y valor que el acto administrativo; puede derogarlo y el mismo puede ser desaplicado por contrariarla. En principio, **la actividad de la Administración es actividad subordinada a la ley.** A vía de ejemplo, el Poder Ejecutivo debe ejecutar y hacer ejecutar la ley y expedir los reglamentos para su ejecución (**artículo 168, numeral**

cuarto). El acto administrativo puede, incluso, ser desaplicado con efectos generales y absolutos (“*erga omnes*”) cuando la declaración de su nulidad se haga en interés de la regla de derecho o de la buena administración (artículo 311, inciso segundo de la Carta).

Es interesante la observación que hace Aguirre Ramírez respecto del valor de la ley en relación con el acto jurisdiccional. La ley tendría menos valor que el acto jurisdiccional porque éste, una vez que adquiere la autoridad de cosa juzgada, no puede ser derogado ni desaplicado por ilegitimidad.

## B. Poder innovativo

Señalan García de Enterría y Fernández (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983), que la ley es la **fuerza de mayor poder innovativo**, la fuente por excelencia de sustitución, de ruptura del Derecho antiguo por un Derecho nuevo.

La ley ha de moverse en el marco de la Constitución en cuanto a sus contenidos orgánicos, competenciales y procedimentales, y en cuanto a sus principios materiales o sustantivos, pero dentro de ese marco el legislador puede actuar con **amplia libertad de configuración de contenidos normativos**. En palabras de Rousseau: “*Mediante el pacto social hemos dado la existencia y la vida al cuerpo político; se trata ahora de darle el movimiento y la voluntad mediante la legislación*”.

**La libertad, la democracia y el pluralismo definen un sistema esencialmente abierto, que suponen el libre acceso de todos al proceso político y a los instrumentos de cambio político.** Es así que la Constitución se limita a determinar un marco abstracto en cuyo seno podrán existir leyes de contenido diverso. En un mismo marco constitucional pueden surgir normas inferiores diferentes y hasta contradictorias, lo que demuestra que la legislación es mucho más que la ejecución inmediata de la Constitución. Sólo puede considerarse tal en el sentido de que la norma superior dispone la forma de producción de la inferior, esto es, en el sentido de una conexión de producción.

La Administración, en cambio, es en esencia no innovativa, vinculada por la regla de Derecho.

## C. Generalidad

Como señala Bobbio (BOBBIO, 1999), **toda norma jurídica está formada por dos elementos constitutivos**, indefectibles: **el sujeto** al que ella se dirige o destinatario, **y su objeto**, o sea la acción prescripta, el comportamiento que establece. **Tanto el sujeto-destinatario como la acción-objeto pueden presentarse en la norma jurídica en forma universal o en forma individual.** De este modo, se obtienen cuatro

**tipos de norma jurídica:** 1. norma con destinatario universal, 2. norma con destinatario individual, 3. norma con acción universal, 4. norma con acción individual.

El autor propone evitar el empleo promiscuo de los términos “*general*” y “*abstracto*”, y denominar “*general*” a la norma que es universal respecto del destinatario, reservando la denominación de “*abstracta*” para la norma que es universal respecto de la acción. Así sería norma general la que se dirige a una clase de personas y sería abstracta la que regula una acción-tipo (o una clase de acciones).

A la “*norma general*” se contraponen la “*norma particular*”, que tiene un destinatario particular. A la “*norma abstracta*” se contraponen la “*norma concreta*”, que regula una acción particular. Señala Bobbio que la generalidad de la norma es el mejor medio para realizar el fin de la igualdad, al que de todo ordenamiento jurídico debe tender; la abstracción de la norma es un medio para la realización del fin de certeza o seguridad.

En el mismo sentido, según el sujeto al que van dirigidas, las normas pueden ser:

- a) particulares, cuando refieren a un individuo singular,
- b) generales, cuando alcanzan contemporáneamente a todos los individuos que forman parte de una clase de personas.

Según el objeto o comportamiento que regulan, pueden ser:

- a) abstractas, cuando no se agotan en una sola ejecución, sino que se repiten en el tiempo y valen para todos aquellos comportamientos que encuadran en la acción tipo,
- b) concretas, cuando prescriben una acción particular, que una vez cumplida extingue la eficacia de la norma.

Combinando las cuatro posibilidades: generalidad, abstracción, particularidad y concreción, se constata que las normas jurídicas pueden ser de cuatro tipos: generales y abstractas, generales y concretas, particulares y abstractas, o particulares y concretas. **Tal es, precisamente, el criterio de clasificación adoptado por el artículo 120 del Decreto N° 500/991**, que da lugar a las definiciones de reglamento, resolución, disposición general y reglamento singular.

Es habitual encontrar en doctrina, la referencia a la ley como el acto típico dotado de generalidad.

Como expresa Aguirre Ramírez, han integrado la doctrina de la generalidad de la ley, figuras tan relevantes como Aristóteles, Ulpiano, Rousseau, Duguit, Esmein, Jeze, Barthélemy, Planiol, y entre nosotros Jiménez de Aréchaga.

Aguirre (AGUIRRE RAMÍREZ, 1997) observa que esta doctrina, más que explicar cómo es la ley, dice cómo cree que debería ser: una regla general

e impersonal de Derecho. El autor concluye, en opinión que no puede sino compartirse, en particular a la luz de nuestro Derecho positivo, que **la generalidad no es una nota de la esencia de la ley, aunque lo es de muchas leyes, como las que regulan la conducta de las personas** (artículo 10 de la Constitución). Esta generalidad es, además, **consecuencia de la aplicación del principio de igualdad ante la ley** (artículo 8° de la Constitución), **y del principio de separación de poderes**, según el cual la ley que estatuye para casos individuales es inconstitucional a menos que una disposición constitucional la habilite expresamente.

El autor menciona diversas disposiciones de nuestra Constitución que otorgan tales habilitaciones: las referidas a leyes presupuestales que autorizan para gastar hasta cierto monto, en cierto ejercicio y con cierto objeto, y las de rendición de cuentas (artículos 214 y 216); las que autorizan a emitir deuda pública (artículo 85, numeral 6); las que aprueban tratados (artículo 85, numeral 7); las que permiten aumentar los efectivos militares (artículo 85, numeral 8); las que permiten el ingreso de tropas extranjeras o la salida de fuerzas nacionales (artículo 85, numeral 13); las de amnistía (artículo 85, numeral 14); las que habilitan aduanas y puertos (artículo 85, numeral 9); las que conceden monopolios (artículo 85, numeral 17); las que declaran la necesidad o utilidad pública de una expropiación (artículo 32); las que establecen recursos para pagar indemnizaciones (artículo 232); las que fijan el sueldo del Presidente y Vicepresidente de la República (artículo 154).

## 5.5. Ley e igualdad

Con respecto a la relación entre ley e igualdad, Aguirre Ramírez explica que pueden distinguirse **cuatro dimensiones de la igualdad**:

a) la igualdad **en la ley**, según la cual los iguales en circunstancias iguales deben recibir de la ley un tratamiento igual;

b) la igualdad **por la ley**, que ve a la ley como instrumento para suprimir o atenuar las desigualdades que deben corregirse para asegurar un nivel de vida digno;

c) la igualdad **ante la ley**, que supone la aplicación estricta de la ley, de manera que donde el legislador no distingue no puede hacerlo el intérprete; y

d) la igualdad **de partes**, consistente en la ausencia de prerrogativas sin ley que las establezca. Estas cuatro dimensiones podrían considerarse comprendidas en el artículo 8° de nuestra Constitución.

## 5.6. Reserva de Ley

Aguirre Ramírez define la reserva de ley como el **“conjunto de materias cuya regulación, la Constitución comete exclusivamente a la ley y que,**

**por consiguiente, no pueden ser regidas por actos jurídicos de rango inferior.”** Y agrega que no debe confundirse la “*reserva de ley*” con la “*reserva del Parlamento*”. Ésta tiene que ver con las funciones de control sobre el Poder Ejecutivo, que el Parlamento ejerce mediante el instituto de la censura a los Ministros, los llamados a sala, los pedidos de informes y la designación de comisiones investigadoras.

El autor precisa que para conocer cuáles son las materias reservadas a la ley, es necesario analizar el texto constitucional, y recuerda que, a partir de dicho texto, Justino Jiménez de Aréchaga delimita ese ámbito, identificando tres núcleos básicos: **poderes de libertad, de bolsa y de Institución:** “[L]os poderes de libertad han sido siempre confiados al Parlamento, no solo atendiendo al hecho de que el Parlamento actúa normalmente por vía de actos-regla, sino por haberse considerado tradicionalmente que el Parlamento, por su composición es el órgano de gobierno que representa para los ciudadanos una más efectiva protección de derechos (...) [L]a regulación de la libertad no puede hacerse por vía de actos-regla emanados del poder administrador ni de ningún otro centro de autoridad, sino por vía de actos-regla emanados del órgano parlamentario.” (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Teoría de Gobierno, Tomo II).

## **A. Poderes de libertad**

Solo la ley puede regular y limitar las libertades individuales (artículos 7° y 10 de la Constitución). En esta materia no cabría la actuación ni siquiera del Decreto legislativo departamental con fuerza de ley en su jurisdicción.

## **B. Poderes de bolsa**

Solo la ley puede regular lo relativo a la obtención y aplicación de los recursos del Estado. Solo la ley puede crear tributos, modificarlos y suprimirlos (artículos 85, numeral 4 y 87), autorizar la deuda pública y establecer condiciones generales de su emisión (artículo 85, numeral 6), aprobar el presupuesto nacional y sus rendiciones anuales (artículos 214 y ss.), autorizar otros gastos (artículo 86). En el caso de la potestad tributaria, debemos tener en cuenta que parte de ella ha sido atribuida a los Gobiernos Departamentales.

## **C. Poderes de Institución**

Jiménez de Aréchaga señala como de principio, que solo la ley puede alterar la organización de la Administración, lo que normalmente se hace en la ley de presupuesto. En este sentido, y considerando que no existe en nuestro ordenamiento la potestad de delegar atribuciones legislativas, es de dudosa juridicidad la solución recogida en muchas leyes de presupuesto, que facultan al Ejecutivo para realizar reformulación de estructuras organizativas.

Sayagués (SAYAGUÉS LASO, 2010) agrega a la reserva de ley, lo relativo a la organización de los tribunales y tramitación de los juicios (artículos 13, 18, 21, 85 numeral 2, 233, 241 y 244); la creación y estructuración de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (artículos 185 a 187, 189, 191, 192, 199, y 202 a 205); y la complementación de la organización de los Gobiernos Departamentales (fundamentalmente artículo 273).

A su vez, Aguirre menciona la **materia excluida de la ley por constituir reserva de la Constitución**, que está integrada por lo regulado en la Carta sin que ésta prevea su ampliación, restricción ni modificación en cualquier sentido. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con las disposiciones sobre reforma constitucional (artículo 331).

## 5.7. Distintos tipos de Ley

Seguiremos para la clasificación de las leyes, los criterios adoptados por Aguirre Ramírez.

### A. Clasificaciones formales

Dentro de las clasificaciones que toman en consideración aspectos formales, Aguirre menciona el criterio del procedimiento, el de las mayorías exigidas y el de la titularidad de la iniciativa.

**a) En razón del procedimiento**, las leyes pueden ser **comunes**, cuya discusión y sanción sigue el procedimiento establecido en los artículos 133 a 146 de la Constitución; **de urgencia**, cuyo trámite es abreviado (numeral 7 del artículo 168 básicamente); **presupuestales y de rendición de cuentas** (artículos 214 y ss. fundamentalmente); y **leyes sin discusión**, que autorizan pensiones gratificables (artículo 111).

**b) Por las mayorías exigidas**, las leyes pueden no requerir mayorías especiales, o requerir mayoría absoluta, de tres quintos o de dos tercios de componentes de cada Cámara.

**c) Por la titularidad de la iniciativa**, pueden tenerla en las Cámaras o en el Poder Ejecutivo (artículo 133). En algunas materias la iniciativa es privativa del Poder Ejecutivo o puede corresponder a otros órganos, como el Tribunal de Cuentas en el caso del proyecto de ley de contabilidad y administración financiera (artículo 213). Señala Aguirre que la iniciativa privativa del Poder Ejecutivo se da, salvo en el caso del artículo 174 de la Carta, por la necesidad de centralizar la política económica y contener el gasto público.

## B. Clasificaciones materiales

Las clasificaciones materiales toman en cuenta el contenido de la ley. Esas clasificaciones son la que distingue entre leyes orgánicas, ordinarias y especiales; la que diferencia leyes generales y particulares; y la que lo hace entre leyes dispositivas e interpretativas.

**a) Leyes orgánicas, especiales y ordinarias:** Las primeras crean un nuevo organismos y establecen su estructura y funcionamiento. Aguirre llama leyes especiales a las que tienen particular importancia como las que recogen el Estatuto del funcionario, las presupuestales o los Códigos. Finalmente las leyes ordinarias son las demás que no se distinguen por una regulación constitucional particular.

Esta distinción por contenido no determina diferencias de procedimiento.

Aguirre aclara que no corresponde hablar de leyes ordinarias por oposición a las constitucionales, ya que éstas no son leyes en sentido formal.

**b) Leyes generales y particulares:** Esta clasificación considera si la ley tiene o no la nota de generalidad que ya analizamos.

**c) Leyes dispositivas e interpretativas:** Las primeras son las más numerosas y contienen un imperativo o un mandato. Las segundas pueden interpretar la Constitución aunque no de manera auténtica (artículo 85, numeral 20), o pueden interpretar una ley anterior. En este caso la interpretación es auténtica y tiene efecto desde la fecha de la ley interpretada, pero debe cuidarse que tras una ley llamada interpretativa no se esconda una norma retroactiva.

## C. Clasificaciones por el ámbito temporal de validez

Atendiendo a este aspecto, las leyes pueden ser de vigencia determinada o indeterminada, y retroactivas o no.

**a) Leyes de vigencia determinada e indeterminada:** El principio general es que la ley rige hasta que es derogada a menos que exista disposición en contrario, por lo que la mayoría de las leyes son de vigencia indeterminada.

**b) Leyes retroactivas y no retroactivas:** Las leyes retroactivas, señala Aguirre Ramírez, son aquellas cuyo contenido dispositivo se aplica en el presente a las consecuencias jurídicas de hechos y actos pasados, modificándolas.

Sobre el tema de la irretroactividad de la ley nos extenderemos más adelante; sin embargo adelantamos nuestra opinión en el sentido de que la retroactividad colide con el principio de seguridad jurídica. Al respecto

expresa Aguirre que la seguridad jurídica es uno de los valores básicos del Derecho, y que el principio de irretroactividad tiene el carácter de una regla interpretativa para ser considerada en los casos de duda sobre la validez temporal de una norma.

#### **D. Desde el punto de vista de su relación con la voluntad de los particulares**

Con este criterio, las leyes pueden ser taxativas o de orden público, o dispositivas. Las **de orden público** obligan a los particulares con prescindencia de su voluntad (criterio del artículo 11 del Código Civil) y determinan que los actos que no se ajustan a ellas son nulos (criterio del artículo 8° del Código Civil). Las **dispositivas** ceden, en su aplicación, ante la autonomía de la voluntad, y pueden ser convocadas como reglas **interpretativas** de la voluntad de las partes en un negocio jurídico o para suplir esa voluntad a falta de regulación expresa por los particulares (**supletivas**).

#### **E. Por su valor**

Aguirre Ramírez opina que, si bien en general, todas las leyes tienen igual valor, cabe señalar que las leyes que imponen tributos y las de iniciativa privativa del Poder Ejecutivo, no son susceptibles de referéndum, lo que permitiría atribuirles un mayor valor.

#### **F. Por su legitimidad**

Este criterio distingue entre leyes ajustadas a la Constitución y las que no lo son.

#### **G. Leyes constitucionales**

Las leyes constitucionales no son verdaderas leyes. En efecto, ellas se encuentran previstas en el artículo 331, literal D de la Constitución, como uno de los mecanismos para su reforma. Es así que, a la luz de nuestro Derecho positivo, no puede hablarse de leyes constitucionales con el sentido que se da a la expresión en los países de Constitución flexible, en los que las normas constitucionales y las legislativas se elaboran por el mismo procedimiento, reservándose la denominación de ley constitucional para la ley que tiene materia constitucional e integra la llamada Constitución material.

## H. Leyes de Presupuesto y de Rendición de Cuentas

El Presupuesto Nacional y su Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal se aprueban por ley formal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 214 y siguientes de la Constitución.

El artículo 214 dispone que el Presupuesto Nacional se proyectará y aprobará con una determinada estructura, según la cual los gastos corrientes, inversiones, escalafones y sueldos se distribuirán en cada inciso **por programa**.

Un inciso corresponde a un sector con unidad de dirección y de responsabilidad (cada Ministerio, el Poder Legislativo, la Presidencia, cada Ente Autónomo, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, etc.). Para cada inciso existe un responsable por el manejo de las asignaciones correspondientes. El programa es un conjunto de actividades previstas para obtener un resultado, que integra el plan de conjunto del gobierno.

Que el presupuesto sea por programa implica que deben indicarse las metas y objetivos a cumplir.

Señala Korzeniak que el propio presupuesto es, básicamente, un programa en que se prevén los ingresos y egresos del Estado para un plazo de cinco años, por lo que se habla de “*plan quinquenal*”. (KORZENIAK, 2008).

**Los ingresos o recursos** se integran, entre otros, con tributos y precios cuyo producido debe estimarse, según lo dispuesto en el literal C) del artículo 214.

Los **egresos** son, fundamentalmente, los gastos, inversiones y sueldos.

Las Rendiciones de Cuentas y Balances de Ejecución Presupuestal son anuales y a través de ellas el Poder Ejecutivo debería informar al Parlamento sobre cómo ha cumplido en el año que se rinde, con las metas y objetivos fijados en el plan quinquenal. En ellas pueden incluirse, además, modificaciones que se estimen indispensables, de gastos, inversiones, sueldos, recursos, etc.

**El inciso segundo del artículo 216** prohíbe incluir en los presupuestos y leyes de Rendición de Cuentas, disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato de Gobierno, o aquellas que no refieran exclusivamente a su interpretación o ejecución.

A pesar de esta prohibición es habitual la inclusión en estas leyes, de disposiciones que por su contenido incumplen la limitación mencionada.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre este punto ha sido tolerante, distinguiendo entre el presupuesto “*como acto técnico*” y “*la ley que lo aprueba*”. En este sentido, las disposiciones cuya vigencia excede la del mandato de Gobierno, o aquellas que no refieren exclusivamente a su

interpretación o ejecución no podrían incluirse en el presupuesto – acto técnico, lo que no obstaría a su inclusión en la ley que aprueba dicho presupuesto.

**El procedimiento** para la aprobación de las Leyes de **Presupuesto Nacional** y de Rendición de Cuentas es, en cuanto a las etapas, el de cualquier ley, con las particularidades de que tienen iniciativa privativa del Poder Ejecutivo y de que los plazos son muy breves:

a) Elaboración del proyecto de ley por el Poder Ejecutivo, con asesoramiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto

b) Presentación al Poder Legislativo dentro de los primeros seis meses del comienzo del mandato

c) Remisión a una de las Cámaras

d) Estudio por la Comisión respectiva

e) Pronunciamiento de la Cámara dentro de los 45 días de recibido; si no se pronuncia se considera rechazado

f) Remisión a la segunda Cámara, con igual plazo y efecto del no pronunciamiento

g) Si existen modificaciones de la segunda Cámara vuelve a la primera, que tiene 15 días para pronunciarse.

h) Si no se pronuncia o las rechaza, pasa a la Asamblea General, que tiene 15 días para decidir

i) Si la Asamblea no se pronuncia el proyecto se tiene por rechazado.

Tratándose de la Ley de Presupuesto, dentro de los 20 días de entrado el proyecto al Parlamento, el Poder Ejecutivo puede enviar mensajes complementarios o sustitutivos. Esta posibilidad no existe en el caso de las Rendiciones de Cuentas.

Los **presupuestos de los Gobiernos Departamentales** son también quinquenales y sus rendiciones de cuentas, anuales.

Su procedimiento es el siguiente:

a) Elaboración del proyecto por el Intendente con informe del Tribunal de Cuentas

b) Aprobación de la Junta Departamental

El **presupuesto de los organismos llamados del artículo 220** de la Constitución –Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas y Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no industriales y comerciales- se proyecta por cada uno de ellos y se envía al Poder Ejecutivo que, con o sin observaciones, los remite al Legislativo, siguiendo posteriormente el procedimiento mencionado.

El **presupuesto de los organismos llamados del artículo 221** – entes industriales y comerciales- es anual y tiene el siguiente procedimiento:

a) Elaboración por el ente

b) Elevación al Poder Ejecutivo y al Tribunal de Cuentas

c) Si es observado por el Ejecutivo o el Tribunal, vuelve al ente y si éste lo mantiene, va al Legislativo que dirime la diferencia en Asamblea General. De no existir observaciones es aprobado por el Ejecutivo.

El **artículo 215** y por remisión a éste en lo departamental el artículo 222, limitan las potestades del Legislativo en relación con los presupuestos, estableciendo que no puede aumentar gastos y sólo se pronunciará sobre montos globales por inciso, programas, objetivos de los mismos, escalafones y número de funcionarios y recursos.

## 5.8. El principio de irretroactividad de la ley

En algunos países, el principio de irretroactividad de la ley se encuentra recogido en la Constitución, con carácter general o para cuestiones determinadas. Así, por ejemplo, en el artículo 150 de la Constitución de Brasil se prohíbe cobrar tributos *“en base a hechos imponibles ocurridos antes del inicio de la vigencia de la ley que los hubiera establecido o ampliado”*. En Estados Unidos se prohíbe que la ley afecte las obligaciones de los contratos ya celebrados.

En nuestro ordenamiento positivo, este principio ha sido consagrado de manera expresa en el artículo 7° del Código Civil: *“Las leyes no tienen efecto retroactivo.”* En cualquier caso, la seguridad jurídica, que constituye su fundamento, es un **derecho protegido por el ordenamiento (artículo 7° de la Constitución)**, además de un **principio general del Derecho, de los que recoge el artículo 72 de la Carta**.

En el mismo sentido, señalaba Nicolliello (NICOLIELLO, 1989), en exposición realizada sobre los Criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad que, tradicionalmente, la Corporación ha entendido que el principio de la irretroactividad de las leyes no es de naturaleza constitucional, desde que no lo prevé expresamente la Carta, sino legal, aunque si ataca derechos adquiridos (por ejemplo la cosa juzgada judicial, la seguridad de los contratos, etc.), estaría comprendido en la protección general a que refieren los artículos 72 y 332 de la Constitución. Este criterio se ha mantenido hasta el presente (sentencia N° 1211/018 de 6 de agosto de 2018).

Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, 1999), en cambio, destaca **que no hay, en nuestro ordenamiento, una prohibición general a todas las retroactividades**, siendo prácticamente el único caso de retroactividad prohibida, el de las sanciones. El autor opina que, en ese marco, el legislador puede disponer soluciones retroactivas para corregir una injusticia; en tal caso, *“en el conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, puede inclinarse por la justicia.”*

Esta afirmación es exacta en cuanto a que el principio no se ha recogido de manera expresa y específica en el nivel constitucional, pero no puede olvidarse lo ya expresado en el sentido de la recepción de su fundamento, la seguridad jurídica, en los artículos constitucionales mencionados. A ello se agrega la referencia específica en el artículo 7° del Código Civil. Si bien es cierto que esa norma tiene jerarquía normativa de ley, su inclusión en el Título Preliminar del Código Civil tiene que ver con que recoge un criterio de interpretación legal. Al mismo tiempo, nos preocupa la afirmación de Cassinelli, por la brecha que abre a una posible afectación de la seguridad jurídica, ya que la apreciación de “*lo justo*”, por la suma abstracción que es propia del concepto de justicia, puede resultar más difícil de determinar aun, que la ya compleja cuestión de la seguridad jurídica protegida por el principio de irretroactividad de la ley.

La realidad es que el problema de la irretroactividad no ha sido resuelto por la Ciencia del Derecho con unidad absoluta de criterio, a pesar de que la aplicación del principio parece sencilla, en el sentido de que la nueva ley rige desde que entra en vigencia, para el futuro. En consecuencia, tal como disponen la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, **la ley no se aplica a hechos producidos o que han comenzado a producirse con anterioridad a su entrada en vigencia.**

Suele agregarse que, en lo que refiere a la **ley interpretativa**, ella no es una ley con efecto retroactivo, sino que aclara la voluntad del legislador expresada en una ley anterior.

Para hacer el estudio de los **problemas que plantea la irretroactividad de la ley**, se analizan tres clases de hechos jurídicos:

- a) los pasados, cuyas consecuencias jurídicas ocurrieron durante la vigencia de la ley anterior;
- b) los futuros, que ocurren luego de la entrada en vigencia de la ley nueva; y
- c) los pasados que producen consecuencias jurídicas que ocurren durante la vigencia de la ley nueva. Son estos últimos los que pueden plantear mayores dificultades en la aplicación normativa.

Un ejemplo característico es el de un ordenamiento jurídico en que se sanciona una ley que define un nuevo estatuto funcional. Quienes ingresaron a la Administración con anterioridad, lo hicieron con un estatuto jurídico diverso. ¿Puede sostenerse, invocando el principio de irretroactividad, que la ley nueva no alcanza a las personas que ingresaron antes de su vigencia? Una interpretación tal del principio de irretroactividad tornaría prácticamente imposible la aplicación inmediata de las leyes nuevas.

Más allá del criterio general, según el cual la nueva ley rige desde su entrada en vigencia, para el futuro, interesa analizar las diferentes doctrinas formuladas en torno a la aplicación del principio:

a) La **doctrina clásica** distingue entre **derechos adquiridos y meras expectativas**. La nueva ley no puede afectar, en su aplicación, a los derechos adquiridos, pero sí a las meras expectativas.

En su primera formulación, la doctrina afirma que el derecho adquirido es el que ha ingresado en nuestro patrimonio. Se le critica que es incompleta al referir solo a los derechos patrimoniales, y excluir a los personales, públicos y políticos, no susceptibles de entrar a formar parte del patrimonio.

Para salvar tal objeción, se ha señalado que el derecho adquirido es aquel que forma parte de nuestro patrimonio o nuestro estado, y no puede sernos afectado ni siquiera por el que nos lo confirió. La simple expectativa, en cambio, es la esperanza de adquisición de un derecho; surge de la apreciación que hacemos, de que determinado hecho genera siempre determinado derecho.

En sentido similar, se ha expresado que un derecho adquirido es el que entra en nuestro dominio, formando parte de nuestro patrimonio o nuestro estado, que no puede ser vulnerado sin dar lugar a una reclamación.

Se critica este criterio señalando que traduce los resultados de la distinción, pero no proporciona un medio para hacerla.

Intentando superar esta crítica, se ha dicho que los derechos adquiridos son aquellos a los que el Poder Público debe protección, en tanto que las meras expectativas son meros “*gérmenes de derechos*”, que necesitan para desarrollarse, de acontecimientos ulteriores.

A pesar de las críticas que se han formulado, se trata de un enfoque asumido con frecuencia por la jurisprudencia.

b) La relativización de la teoría clásica, considera como derecho adquirido la **facultad ejercida**, y como mera expectativa la **facultad a ejercerse** en el futuro.

En la medida en que todo derecho supone también un conjunto de facultades a ejercerse, este criterio podría llevar a sostener la inexistencia de derechos adquiridos. Se ha observado, entonces, otro límite de acción a la nueva ley: el respeto a la **autonomía de la voluntad**. La nueva ley debe respetar toda facultad a ejercerse, resultante de un acuerdo de voluntades.

c) Se ha criticado el concepto de derecho adquirido, señalando que todo derecho lo es, y se plantea la distinción entre **derecho e interés**. La nueva ley no podría aplicarse en detrimento de derechos, pero sí en cuanto solamente afectara intereses.

Analizando esta doctrina indicaba Francisco del Campo (DEL CAMPO, 1974), en su Introducción al estudio del Derecho, que no parece ser más que una forma diferente de exponer la doctrina clásica.

d) En la doctrina alemana se ha dicho que una ley es retroactiva cuando modifica un **derecho generado en virtud de un hecho pasado**. Por ejemplo, no sería retroactiva una ley que estableciera que, a partir de su vigencia, no puede transferirse la propiedad a título de donación. Sí lo sería, si afectara el derecho de propiedad de quienes, con anterioridad a ella, la hubieran recibido a ese título.

También se ha postulado la teoría del hecho cumplido, según la cual no se pueden regular hechos ya realizados bajo el imperio de la ley antigua. Así, la nueva ley no puede regular los hechos pasados ni las consecuencias de ellos ya verificadas, pero sí sus efectos futuros.

e) La **teoría de las situaciones jurídicas** establece que no se pueden atacar las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, ni los elementos ya existentes que forman el antecedente de una situación jurídica. Define como situación jurídica la posición que ocupa un individuo frente a una norma jurídica o una institución jurídica determinada.

En materia penal, se establece que las leyes penales que configuran nuevos delitos o establecen penas más severas, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Cuando, en cambio, se suprimen delitos existentes o se disminuyen las penas, la nueva ley se aplica a los hechos anteriores a su vigencia, determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso, y sólo la modificación de la pena en el segundo, en cuanto no se hallare ésta fijada por sentencia ejecutoriada (artículo 15 del Código Penal).

## 5.9. La derogación de la ley

**La cuestión de la derogación de la ley** tiene que ver con la consideración del ordenamiento jurídico como sistema.

Como lo señala Norberto Bobbio (BOBBIO, 1999) en su Teoría General del Derecho, **el ordenamiento jurídico puede considerarse una unidad, en cuanto en su base, “se presuponga una norma fundamental a la cual se pueden remontar, directa o indirectamente, todas sus normas.”**

El autor se plantea si esa unidad es además un sistema, esto es, una totalidad ordenada, en el sentido de que sus elementos constitutivos están en relación con el todo y en coherencia entre sí.

En tanto que sistema, **en el ordenamiento jurídico no pueden coexistir normas incompatibles**. Si llegara a darse esta situación, **una de las dos normas o ambas deberían eliminarse**.

Decir que las normas deben ser compatibles no significa, sin embargo, que se ensamblen constituyendo un sistema deductivo perfecto. Expresa Bobbio que **es inexacto hablar de coherencia del ordenamiento en su conjunto; se puede hablar de exigencia de coherencia sólo entre las partes individuales del mismo**. En un sistema deductivo, en cambio, una contradicción hace caer todo el sistema.

**La situación de normas incompatibles se denomina antinomia. El Derecho en tanto que sistema –totalidad ordenada- no tolera antinomias.**

Para que exista una antinomia debe darse que se encuentren dos normas, cuando una obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Esas normas deben pertenecer al mismo ordenamiento y deben tener el mismo ámbito de validez temporal, espacial, personal y material.

Bobbio menciona tres reglas fundamentales para resolver las antinomias:

- a) el criterio cronológico
- b) el criterio jerárquico
- c) el criterio de la especialidad

El **criterio cronológico** o de la “*lex posterior*” indica que entre dos normas incompatibles prevalece la posterior: “*lex posterior derogat priori*”. Tiene que ver con dos normas sucesivas.

Por un lado, dice Bobbio, es regla general de Derecho que la voluntad posterior abroga la precedente y que de dos actos de voluntad de la misma persona, es válido el último en el tiempo. Por otro lado, se presume que el legislador no busca hacer cosas inútiles, como sería el dictar una norma posterior que no se aplicaría.

El **criterio jerárquico** o de la “*lex superior*” es el que supone que de dos normas incompatibles prevalece la jerárquicamente superior: “*lex superior derogat inferiori*”. Tiene que ver con dos normas que se encuentran en diferente nivel.

La razón de ser de este criterio es que la inferioridad de una norma en la pirámide normativa consiste en su menor fuerza, manifestada en su incapacidad de establecer una disposición contraria a la de una norma superior.

El tercer criterio o de la “*lex specialis*” determina que entre dos normas incompatibles, una general y otra especial o excepcional, prevalece la segunda: “*lex specialis derogat generali*”.

La razón de ser de este criterio radica en que la ley especial sustrae de una norma una parte de la materia para someterla a una regulación diversa. Esa sustracción es aplicación de una exigencia de justicia, de tratamiento igual

a las personas que pertenecen a la misma categoría, y de tratamiento diferente a las que pertenecen a categorías distintas.

**En un conflicto en que no pueda aplicarse ninguno de los tres criterios, abriría un margen de discrecionalidad al intérprete**, que podría utilizar las diferentes técnicas de hermenéutica adoptadas tras una larga tradición de los juristas, como la de prevalencia de la norma más favorable, por ejemplo.

Señala Bobbio que la coherencia no es condición de validez de las normas de un mismo nivel y contemporáneas. Dos normas incompatibles, del mismo nivel y contemporáneas, como ocurriría con dos disposiciones contradictorias de una misma ley, son válidas en el sentido de que continúan existiendo en el sistema, aunque no pueden ser contemporáneamente eficaces. Un juez se encontrará con la necesidad de hecho de aplicar una y desechar la otra, sin perjuicio de que otro juez, o él mismo en otra oportunidad, pueda aplicar la desechada y desechar la aplicada.

El **artículo 9º del Código Civil** expresa que *“Las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes; y no valdrá alegar, contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario.”*

Por su parte, el **artículo 10** dispone que *“La derogación de las leyes puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación tácita, deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley. La derogación de una ley puede ser total o parcial.”*

Obviamente, el legislador no necesariamente tiene que usar la expresión *“Derógase”*. En ocasiones se utilizan expresiones como *“Queda sin efecto”* o *“Sustitúyese”*. También suele incluirse en las leyes, expresiones que disponen la derogación de *“todas las disposiciones que se opongan”* a la ley nueva. La doctrina suele señalar al respecto, que se trata de una expresión redundante, ya que ello ocurre aunque no se explicita, por aplicación de los principios de derogación antes examinados.

## **5.10. El control de la constitucionalidad de la ley<sup>2</sup>**

### **A. Origen del control de constitucionalidad**

Fernández Segado (FERNÁNDEZ SEGADO, 1992) menciona como antecedente remoto de la jurisdicción constitucional en Europa, la doctrina de Edward Coke en Inglaterra, bajo el reinado de Jacobo I.

---

<sup>2</sup> Versión corregida por la autora, de VÁZQUEZ, Cristina, 2015, Vías para promover la declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos, en Revista La Ley, N° 12, Montevideo.

Sin perjuicio de que el tema haya vuelto a ser considerado en diversas oportunidades en Estados Unidos, no es hasta la famosa sentencia del Juez Marshall, de 1803, en el caso *Marbury versus Madison*, que puede hablarse de la verdadera afirmación del instituto. Este fallo, que sienta las bases de la doctrina del “*judicial review*”, parte del principio de supremacía constitucional recogido en el artículo 6° de la Constitución norteamericana.

Marbury había sido designado Juez en Columbia por el Presidente Adams, pero esa designación, que no había llegado a concretarse antes de la asunción del Presidente Jefferson, fue dejada sin efecto por una decisión del Ministro Madison, fundada en normas legales. El accionamiento de Marbury se basó en normas constitucionales, planteando, entonces la antinomia entre Constitución y ley.

En su fallo sobre la cuestión, Marshall señala que la Constitución es superior a todo acto ordinario de la legislatura, y que es de la esencia del Poder Judicial resolver el conflicto normativo entre Constitución y ley, para fallar el asunto sometido a su jurisdicción. El fundamento normativo de esta sentencia es que la Constitución norteamericana expresa que ella, las leyes que en su virtud se promulgan, y los Tratados hechos bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán “la ley suprema” del país.

Como señala Martín Risso (RISSO FERRAND, 2000) en el tomo I de su obra *Derecho Constitucional*, en América se consideraba opresor al Parlamento inglés, seguido por el monarca y su gobierno, depositándose la confianza, en cambio, en el papel liberador de los jueces y en la Constitución como garantía frente a los actos del Congreso. Por el contrario, en Europa, el papel liberador había sido de las Asambleas en contra del monarca secundado por sus jueces, y la norma de mayor prestigio era la ley como expresión de la voluntad general.

Estas diferencias explican, como señala el autor, por qué es en América donde se consolida el control jurisdiccional de los actos legislativos, mientras en Europa el fenómeno llega recién a finales del siglo XIX.

En sentido similar, Korzeniak (KORZENIAK, 2008) observa que los jueces norteamericanos elaboraron su sistema de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, basado en el principio de la supremacía constitucional sobre la ley, a partir de lo que los separaba del régimen inglés y no basados en lo que de él heredaban.

## **B. ¿Garantía de la Constitución o de la Ley?**

En el análisis del control de constitucionalidad de la ley, la mayoría de los autores destacan la importancia de este mecanismo como instrumento de garantía para hacer efectiva la supremacía del texto constitucional.

Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, 2009), por su parte, al examinar el Derecho uruguayo en la materia, marca la circunstancia de que este control solo se hace valer respecto de los actos legislativos. Los demás actos jurídicos no están sujetos a tal procedimiento. Así, si se dicta un reglamento violatorio de la Constitución, los jueces que se encuentren ante un caso por él regulado, no necesitarán solicitar de la Suprema Corte de Justicia su declaración previa de inconstitucionalidad, sino que ellos directamente podrán desaplicar el reglamento inconstitucional.

De ello concluye que el procedimiento funciona en garantía de que la ley no sea desaplicada según la opinión de cualquier juez sobre su inconstitucionalidad. Y agrega que, de no existir dicho control, los jueces optarían por la norma jurídica de mayor jerarquía entre las que se contradicen, aplicando la Constitución y desaplicando la ley. El ordenamiento considera que es suficientemente grave que se deje de aplicar un acto legislativo, como para que se reserve la competencia respectiva al órgano supremo del Poder Judicial, siguiendo un procedimiento especial.

### **C. Diferentes sistemas de control de constitucionalidad**

Korzeniak (KORZENIAK, 2008) señala que el control constitucional, en sentido amplio, puede abarcar el control de actos jurídicos o hechos, tanto de entidades públicas como privadas. Con este sentido puede considerarse desde violaciones constitucionales de carácter eminentemente fáctico, como los golpes de Estado o las revoluciones, hasta actos de los particulares, como un contrato con estipulaciones contrarias a la Carta. Cercana a tal amplitud controladora se hallarían ordenamientos como el mexicano, en el que, por la vía del Amparo, se incluye el control de actos de autoridad legislativos, administrativos o jurisdiccionales, con una cierta indiferenciación terminológica entre actos contrarios a la ley y actos contrarios a la Constitución, derivada de entender que, en cualquier caso, el principio de legalidad está consagrado en la Carta.

En un sentido más estricto, que es el que tomamos, se analiza el control constitucional como control de constitucionalidad de las leyes.

En cuanto a la posibilidad de proponer sistemas básicos de este control de constitucionalidad de las leyes, Korzeniak señala que existe “*una variedad casi inexplorable de regímenes positivos*”, al punto de que es posible afirmar que no hay dos países que solucionen del mismo modo la cuestión. Sin perjuicio de ello, la doctrina ha considerado como paradigmáticos en el tema, al modelo francés, al norteamericano y al austríaco. Aunque propio de un sistema de Constitución flexible y, por ende, muy diferente de sistemas como el nuestro, también haremos una breve referencia al modelo inglés.

### a) El modelo francés

La Constitución francesa de 1958 prevé un Consejo Constitucional con potestades de control de la constitucionalidad de la ley, previo a su promulgación. En puridad, no se trata de un control de leyes, sino de proyectos de ley (control “*a priori*”), por cuanto, en el momento en que dicho control se ejerce, el procedimiento de aprobación del acto legislativo no ha sido completado aun.

Una vez que la ley entra en vigor, los jueces no tienen facultades para declarar su inconstitucionalidad. Los fundamentos que se han invocado para justificar la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley en vigor, son el del respeto de la separación de poderes, el de la soberanía parlamentaria y el de la soberanía de la ley como expresión de la voluntad general.

Al respecto, Korzeniak (KORZENIAK, 2008) menciona también, aunque sin compartirla, la opinión de Burdeau, quien señala el carácter de “*directivas*”, que tendrían las normas constitucionales. Mientras que las leyes serían reglas jurídicas, las disposiciones de la Constitución serían, más bien, pautas. Si los jueces pudieran descartar la aplicación de las leyes por considerarlas contrarias a esas pautas, estarían reencarnando a los Constituyentes, y trascendiendo con ello la tarea jurisdiccional. Korzeniak agrega que no es ajena a esta visión, la perspectiva francesa de que el Poder Judicial “*no es realmente un poder de Gobierno*”.

El control de constitucionalidad se produce, en Francia, a solicitud de órganos estatales, y no puede ser planteado por particulares. A pesar de ello, puede hacerse una valoración positiva del sistema. Por otra parte, el mismo se complementa con la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado por acto legislativo, que supone, en definitiva, un verdadero control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

### b) El modelo norteamericano

El sistema norteamericano puede caracterizarse como “*difuso*” o “*disperso*”, por oposición a “*concentrado*”, en cuanto la competencia para desaplicar la ley inconstitucional se encuentra asignada a todos los jueces.

La ley considerada inconstitucional no puede impugnarse directamente; sólo puede plantearse en vía incidental, es decir en el curso de un proceso.

La declaración de inconstitucionalidad se hace por sentencia. Como tal, obliga para el caso concreto. No opera, entonces, una derogación del acto legislativo declarado inconstitucional. Sin embargo, no debe olvidarse que esa sentencia tiene la característica del principio del “*common law*”, de la jurisprudencia obligatoria, de la sentencia como fuente de Derecho, que

obliga -siempre que el fallo haya sido dictado por un tribunal de última instancia- para casos futuros en que la misma cuestión jurídica se ventile en tribunales inferiores. Así, los fallos de la Corte Suprema federal obligan a todos los tribunales inferiores, lo que no obsta a que ella misma pueda variar su anterior interpretación: “*overruling*”.

### c) El modelo austriaco

Este sistema, propuesto por Kelsen, prevé una Corte Constitucional, órgano independiente de los tres Poderes, introducido ya en la Constitución de Austria de 1920, que tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes por razones de juridicidad, con efecto derogatorio. Una vez producida la declaración de inconstitucionalidad, el Poder Ejecutivo debe publicar la derogación.

La jurisdicción constitucional se presenta como un legislador negativo que abrogará la ley no creada conforme a la Carta.

Korzeniak observa que se ven reflejadas en esta solución, las reservas lógicas de Kelsen en relación con el estereotipo del principio de separación de poderes, que olvida que la actividad de la Administración y la Justicia están en realidad subordinadas a la legislación, lo que no tiene por qué suponer, necesariamente, la subordinación de unos poderes a otros. A juicio de Kelsen hay buenas razones para confiar el control de legalidad de la actividad de los órganos creadores de Derecho a otros órganos.

Por otra parte, como señala Rizzo (RISSO FERRAND, 2000), para Kelsen la expresión inconstitucional no es una verdadera ley.

Este modelo es el más generalizado en Europa occidental (Tribunal Constitucional de la Constitución de España, Tribunal Constitucional de Portugal, Corte Constitucional de Italia, Tribunal Federal Constitucional de Alemania).

### d) El modelo inglés

Procede recordar que la Constitución inglesa es flexible, dispersa y parcialmente consuetudinaria, a diferencia de la norteamericana que es rígida, codificada y escrita. Sus disposiciones, entonces, pueden modificarse por ley, distinguiéndose de la ley sólo por su contenido, y sin que pueda considerarse aplicable el principio de supremacía constitucional tal como surge de la experiencia norteamericana. En consecuencia, una ley que se apartara de la Constitución no sería más que una modificación de la misma.

**En síntesis**, en relación con la cuestión del control de constitucionalidad de las leyes, el Derecho comparado muestra, según enseña Korzeniak, las siguientes alternativas:

a) **Sistemas de control “a priori” (como el francés) y de control “a posteriori”** (como en casi todos los ordenamientos modernos) del dictado de la ley. El primero se basa fundamentalmente en los principios de separación de poderes y ley como expresión de la voluntad general, y el segundo en el principio de supremacía de la norma constitucional.

b) **Sistemas en que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos “erga omnes” y otros en que tiene efectos para el caso concreto.** Un ejemplo del primer caso, lo constituye el sistema de Alemania de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, en que el pronunciamiento tiene efectos aún mayores que la derogación de la ley, en cuanto dichos efectos se retrotraen a la fecha de su entrada en vigencia (“*ex tunc*”).

En Italia, el pronunciamiento tiene efectos generales, pero con eficacia únicamente hacia el futuro.

c) **Según el órgano facultado para ejercer el control,** se distinguen los sistemas que confieren esa facultad a un órgano político, como ocurre en Francia; los que la asignan a órganos del Poder Judicial, sea al órgano máximo, como veremos ocurre en nuestro país, sea de manera difusa como en el caso norteamericano; y los que la entregan a un órgano especial, ajeno a los tres Poderes de Gobierno, como el austríaco.

d) **Sistemas globales y sistemas especializados.** En los primeros, un mismo mecanismo comprende la defensa de la Constitución frente a todos los demás actos jurídicos (caso del Amparo mexicano); en los segundos, la inconstitucionalidad de la ley se ha especializado.

e) **Según que pueda plantearse la oposición de la ley a la Constitución, por vicios de forma o procedimiento, de contenido o de ambos.** Algunos autores afirman que, en última instancia, todas las inconstitucionalidades son de contenido porque, si no se cumple el procedimiento para dictar una ley, se está incumpliendo una norma del contenido de la Carta. Sin embargo, este distingo tiene que ver con el contenido de la ley que se sujeta a control, y no con el de la Constitución.

f) **Según quiénes puedan promover la cuestión de inconstitucionalidad,** están los sistemas en que tienen dicha legitimación activa, órganos políticos del Estado, aquellos en que pueden hacerlo los particulares, y los que reconocen legitimación a ambos.

En los sistemas en que los particulares pueden plantear la inconstitucionalidad, se distinguen los que exigen la titularidad de un derecho subjetivo lesionado; los que consideran suficiente la invocación de un interés, que puede ser calificado como directo, personal y legítimo, como ocurre en nuestro país; y los que consagran la “*acción popular*”, en que cualquier persona

puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sin tener que acreditar la titularidad de un derecho o un interés lesionados.

**g) Sistemas de procedimiento incidental y sistemas de procedimiento principal.** En algunos países, la vía para plantear la inconstitucionalidad es directa, principal o de acción, permitiendo al interesado solicitar la declaración de inconstitucionalidad sin que exista un procedimiento pendiente en que se pretenda la aplicación de la ley. En otros, la vía es incidental, de excepción o indirecta, planteándose cuando la ley se pretende aplicar en un procedimiento pendiente.

Señala Korzeniak que la vía de acción parece más compatible, desde el punto de vista lógico, con los sistemas que admiten la “*acción popular*”, y con aquellos que otorgan efecto “*erga omnes*” a la sentencia.

**h) En cuanto a la naturaleza del acto que declara la inconstitucionalidad,** parece que cuando la declaración es formulada por un Tribunal especial y tiene efectos generales, la misma participa de la naturaleza de la actividad legislativa; cuando, en cambio, es formulada por un órgano judicial ordinario y tiene efectos concretos, se aproxima a la actividad jurisdiccional.

## **D. Principios rectores en la materia**

Risso señala que la labor del juez en esta materia, deberá desarrollarse respetando los siguientes principios rectores que se encuentran en la base del instituto:

- a) de supremacía de la Constitución;
- b) de debido proceso;
- c) de equilibrio en la relación de los poderes;
- d) de interpretación conforme a la Constitución;
- e) de conservación de la norma, que pretende compatibilizar la supremacía de la Carta con la voluntad del legislador, en lo posible;
- f) de presunción de constitucionalidad;
- g) de duda razonable, como necesaria para declarar la inconstitucionalidad; y
- h) de opción, en lo posible, por la interpretación de la ley que la hace compatible con la norma constitucional.

## **E. El régimen uruguayo (artículos 256 a 261)**

### **a) Normas que pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad**

En el marco de estas disposiciones pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, las leyes en sentido orgánico formal (artículo 256) y los Decretos legislativos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción,

esto es, sancionados por la Junta Departamental y promulgados por el Intendente (artículo 260).

Los autores son contestes en que quedan alcanzadas las leyes interpretativas y que, en cambio, no lo están las llamadas leyes constitucionales que no son verdaderas leyes. En este sentido, si se aprobara en un plebiscito una ley constitucional que no se hubiera procesado cumpliendo los requisitos exigidos por la Constitución, el órgano que podría invalidar esa ley, sería la Corte Electoral, por lo dispuesto en el artículo 322, literal C de la Carta. En efecto, las leyes constitucionales se encuentran previstas en el artículo 331, literal D, como uno de los mecanismos para la reforma de la Constitución.

La inconstitucionalidad supone una contradicción entre el acto legislativo y la Constitución en sentido formal.

### **b) Inconstitucionalidad por vicios de forma y de contenido**

La inconstitucionalidad puede declararse por razones de forma o de contenido.

El vicio formal o de forma se da cuando, al dictar el acto legislativo, se viola alguna exigencia del procedimiento previsto en la Carta. La inconstitucionalidad afecta aquella parte del acto legislativo que no cumplió con la exigencia en cuestión.

Señala Korzeniak que, en la práctica, el control de cumplimiento de estas exigencias es realizado por la Presidencia de cada Cámara con el asesoramiento de secretarios avezados, durante el desarrollo de las sesiones parlamentarias.

El vicio material o de contenido consiste en soluciones del acto legislativo, contradictorias con las recogidas en disposiciones expresas o principios de la Carta. La Suprema Corte de Justicia ha entendido que, si una disposición legal admite más de una interpretación, debe optarse por la compatible con la Constitución.

### **c) Órgano competente para declarar la inconstitucionalidad**

La competencia es exclusiva y originaria de la Suprema Corte de Justicia (artículo 257). Se trata, entonces de un sistema concentrado.

### **d) Vías para plantear la inconstitucionalidad**

#### **i. Vía de acción**

Esta vía procede cuando no existe un procedimiento judicial pendiente y se plantea directamente ante la Suprema Corte de Justicia (artículos 258, inciso primero de la Constitución y 508 y ss. del Código General del Proceso (CGP)).

El planteamiento debe presentarse por escrito, indicando con precisión y claridad todos los preceptos considerados inconstitucionales y las disposiciones o principios considerados violentados.

Risso señala que, en el texto de la Constitución, nada obsta a que, sustanciándose un proceso, el interesado accione directamente ante la Suprema Corte en vía principal y no incidental. Esta solución habría sido, sin embargo, limitada por el artículo 510 del CGP, que restringe, de manera que resultaría contraria a la Carta, la vía de acción a los casos en que no existiere proceso jurisdiccional pendiente.

### **ii. Vía de excepción**

En este supuesto, el que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, por un acto legislativo que se estuviere considerando en un procedimiento judicial, puede plantear su inconstitucionalidad.

El planteamiento no se hace aquí ante la Suprema Corte de Justicia, sino por vía de excepción ante el Juez de la causa pendiente, el cual suspenderá el procedimiento y elevará la cuestión a la Suprema Corte para que resuelva el tema de la inconstitucionalidad (artículo 258, inciso final). Una vez pronunciado el fallo de la Corte sobre dicho tema, se vuelven las actuaciones al Juez que entendía en el procedimiento, para que siga su curso con consideración de tal fallo.

### **iii. Vía de oficio**

También en esta hipótesis se supone un procedimiento judicial pendiente, y es el propio Juez o Tribunal del procedimiento que, antes de resolver, advierte la inconstitucionalidad del acto legislativo que sería aplicable. Es en tales circunstancias, que puede solicitar de oficio a la Suprema Corte de Justicia el pronunciamiento sobre el tema. El procedimiento es análogo al establecido para la vía de excepción.

Procede puntualizar que la vía de oficio no abre una instancia de consulta a la Suprema Corte de Justicia, ante dudas de los jueces, por lo que la Corte ha rechazado los envíos meramente consultivos.

### **e) Legitimación para plantear la inconstitucionalidad**

El artículo 258 expresa que la declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad podrá ser solicitada por el que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo.

El interés es directo cuando la lesión es directa o frontal, no oblicua o eventual; y es personal cuando es propio de la persona, no de una corporación o grupo.

Risso llama la atención sobre que no se haya hecho referencia a la titularidad de derecho subjetivo, máxime cuando el constituyente tiene clara

la distinción entre las diversas situaciones jurídicas subjetivas. En efecto, el artículo 309 alude al derecho subjetivo, los artículos 258, 309 y 316 al interés legítimo, y el artículo 30 al interés simple.

El interés legítimo supone una situación jurídica diferente a la de titularidad de derecho subjetivo. Cuando existe un derecho subjetivo, la satisfacción de la pretensión está impuesta por una regla de Derecho, es jurídicamente necesaria, y el ordenamiento jurídico proporciona los medios para obtenerla. En cambio, cuando existe un interés legítimo, la pretensión está basada en reglas de Derecho pero su satisfacción no es jurídicamente necesaria, siendo legítimo el comportamiento satisfactorio, pero también otros que no lo son. En el caso de interés legítimo, la satisfacción depende del ejercicio de una potestad discrecional (VÁZQUEZ, 2011).

El derecho subjetivo y el interés legítimo se correlacionan, entonces, con los conceptos de deber y de poder en materia de satisfacción de pretensiones, recibiendo el derecho subjetivo una protección mayor de parte del ordenamiento.

Señala Risso que existen circunstancias en que la posición del beneficiario de la norma que reconoce derechos fundamentales es de titularidad de un derecho subjetivo aun frente al Estado legislador. Es así en materia de los derechos que la Carta reconoce como preexistentes y que no pueden limitarse por acto jurídico alguno: vida, honor, libertad, etc. También lo es en los casos en que la Carta veda la posibilidad de que la ley limite o prive el goce de un derecho, por ejemplo cuando prohíbe la pena de muerte (artículo 26), o cuando consagra el derecho a obtener la declaración judicial de inconstitucionalidad del acto legislativo (artículos 256 y ss.).

De esto, concluye:

i. En los casos en que la ley que se reputa inconstitucional, lesiona un interés legítimo, el artículo 258 prevé la vía para obtener la declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad respectiva.

ii. En los casos en que la ley lesiona a un sujeto en su derecho subjetivo (por ejemplo una ley que establezca como sanción a un delito, la pena de muerte), el artículo 258 impide que pueda utilizarse la vía mencionada.

Parecería que este análisis evidencia una contradicción, la de que la situación jurídica más fuerte, la del derecho subjetivo, no contaría con la vía de acción que sí se habría previsto para la situación de interés legítimo.

Risso ve en este caso una laguna de la Constitución, que debería llenarse recurriendo a la analogía, la que conduciría a aplicar el procedimiento y vías previstos en los artículos que regulan la declaración de inconstitucionalidad ya analizados.

Cassinelli ha entendido, en cambio, en opinión que nos parece compatible, que la ley que lesiona un derecho subjetivo no requerirá del procedimiento previsto para la declaración de inconstitucionalidad. En ese supuesto regirá el principio general según el cual cualquier Juez puede desaplicar la ley y tutelar el ejercicio del derecho limitado de manera ilegítima.

#### **f) Legitimación del Poder Ejecutivo**

Cassinelli, al igual que la Suprema Corte (sentencia 23 de 1991), han sostenido la legitimación del Poder Ejecutivo para pedir la declaración de inconstitucionalidad de la ley, más allá de la participación de dicho Poder en el procedimiento de formación de la misma. En igual sentido se expresa Véscovi (VÉSCOVI, 1968).

En sentido diverso se pronuncia Jorge Luis Elizalde, expresando que no se concibe cómo el Estado podría, en esa hipótesis, solicitar su propio emplazamiento ni se ve a quién podría oponerse el fallo. En sentido similar, se expresa Cagnoni al referir a una ley expresamente promulgada por el Poder Ejecutivo (CAGNONI, 1992).

#### **g) Efectos del fallo**

El fallo tiene efectos únicamente para el caso concreto (artículo 259 de la Constitución), y debe ser comunicado al Poder Legislativo o al Gobierno Departamental según corresponda (artículo 522 del CGP).

Como consecuencia de esto, la Suprema Corte de Justicia, en opinión que no es compartida, entre otros, por Korzeniak, ha sostenido el efecto “*ex nunc*” (hacia el futuro) de la sentencia. El efecto sólo se retrotrae a la fecha de la demanda.

Cassinelli señala que el fundamento del efecto concreto de la sentencia se encuentra en el principio de separación de poderes y en la garantía del debido proceso. Esta garantía supone el derecho a defenderse, argumentar y producir prueba antes de la sentencia. Si el fallo tuviera efectos generales, sólo habría podido ejercer esos derechos, el primero que tuvo ocasión de que se le planteara la contradicción entre la ley y la Constitución, y los siguientes se habrían visto privados de su día ante el tribunal.

#### **h) Algunas consideraciones en relación con el artículo 329 de la Carta**

Se ha discutido si una nueva Constitución que introduce soluciones contradictorias con leyes anteriores a su vigencia, opera una derogación de tales leyes, o plantea la necesidad de solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las mismas.

El artículo 329 de la Carta declara *“en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución”*.

Parte de la doctrina entiende necesaria una declaración de inconstitucionalidad, basándose en el carácter originario y exclusivo de la competencia de la Suprema Corte en la materia, que no distingue entre actos legislativos anteriores o posteriores a la Constitución.

Jiménez de Aréchaga, por su parte, entiende que si la contradicción es evidente, puede hacerse valer la derogación. En los casos dudosos, en cambio, sería necesaria la declaración de inconstitucionalidad.

A su vez, Korzeniak desarrolla sobre el punto, un análisis combinado según el cual, es indispensable que sea la Suprema Corte de Justicia la que se pronuncie sobre si la ley es contradictoria con la Constitución. Si así lo entendiera, la ley anterior debería considerarse derogada.

En definitiva, la doctrina nacional mayoritaria, encabezada por Cassinelli, y la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y de la Suprema Corte de Justicia desde 1993, sostienen que la nueva Constitución opera la derogación de los actos legislativos anteriores que se le oponen contradictoriamente. El fundamento de esta posición se encuentra en una interpretación a contrario del artículo 329 citado y en el principio de supremacía constitucional. La norma posterior y superior deroga a la anterior y de inferior jerarquía (CASSINELLI, 1957).

**Con criterio formal, Ley** es el acto jurídico sancionado por los órganos del Poder Legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo, en la forma prescrita por la Constitución

**Acto legislativo** es el acto con valor y fuerza de ley, incluyendo las **leyes** y los **decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción**.

La eficacia formal de un acto jurídico se traduce en una **fuerza activa o de innovación derogatoria**, y en una **fuerza pasiva o de resistencia**. La fuerza activa o de innovación derogatoria es la potencialidad que el acto jurídico tiene para innovar en el orden jurídico preexistente. La fuerza pasiva o de resistencia es la capacidad de resistencia del acto jurídico, en el sentido de que no puede ser derogado, abrogado o desaplicado, salvo por un acto de fuerza igual o superior.

En palabras de Cassinelli, la **fuerza** de un acto jurídico es la posibilidad que tiene ese acto de derogar, de modificar lo que dispone otro de la misma o de otra naturaleza. A su vez, el **valor** de un acto jurídico refiere al régimen especial a que ese acto se encuentra sometido, en cuanto a cómo puede desapplicarse.

Los caracteres de la Ley son: su **poder innovativo** y su **generalidad**, en aras de la igualdad, sin perjuicio de la existencia de leyes con alcance particular.

La relación entre ley e igualdad se manifiesta en **cuatro dimensiones** de ésta: **igualdad en la ley, igualdad por la ley, igualdad ante la ley e igualdad de partes**.

La **reserva de ley** es el conjunto de materias cuya regulación, la Constitución comete exclusivamente a la ley y que, por consiguiente, no pueden ser regidas por actos jurídicos de rango inferior: **poderes de bolsa, libertad e institución**.

La **reserva de Constitución** es la materia excluida de la ley por estar regulada en la Carta, sin que ésta prevea su ampliación, restricción o modificación.

La **irretroactividad de la Ley**, recibida en el artículo 7° del Código Civil, implica que ella no se aplica a hechos producidos o que han comenzado a producirse con anterioridad a su entrada en vigencia. Su fundamento radica en la **seguridad jurídica**, derecho protegido por el ordenamiento (artículo 7° de la Constitución), además de principio general del Derecho, de los que recoge el artículo 72 de la Carta.

La situación de normas incompatibles se denomina **antinomía**. Para resolver antinomias, las reglas fundamentales son las que siguen **el criterio cronológico, el jerárquico y el de especialidad**.

## **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cuál es el criterio que mejor define a la Ley?
2. ¿Cuál es el concepto de acto legislativo?
3. ¿Cuál es el concepto de valor de ley y el de fuerza de ley?
4. ¿Cuáles son los caracteres de la ley como acto jurídico?
5. ¿Cuáles son las dimensiones de la igualdad?
6. ¿Qué es la reserva de ley y la de Constitución?
7. ¿Qué es una antinomia?
8. Describa nuestro sistema de control de constitucionalidad.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo, 1997, Derecho Legislativo. Teoría General de la Ley, FCU, Montevideo.
- BOBBIO, Norberto, 1999, Teoría General del Derecho, Santa Fe de Bogotá, Temis.
- CAGNONI, José A., 1992, El proceso de inconstitucionalidad y el Poder Ejecutivo, en Rev. de D. Público, año 1992, N° 2.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1999, Derecho Público. Montevideo, FCU.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1957, Oposición superviniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. 55.
- DEL CAMPO, Francisco, 1974, Introducción al estudio del Derecho, Montevideo, FCU.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, 1992, El sistema constitucional español, Madrid, 1992, p. 1037; del mismo autor - Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review, en Observatório da Jurisdição Constitucional. Año 6, no. 2, jul/diz. 2013. ISSN 1982-4564.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R, 1983, Curso de derecho administrativo Vol. 1, Madrid, Civitas.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1992, Justino, La Constitución Nacional, Tomo I, Ed. Cámara de Senadores, Montevideo.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Teoría de Gobierno, T. II, Montevideo.
- KORZENIAK, José, 2008, Primer Curso de Derecho Público. Montevideo, FCU.

NICOLIELLO, Nelson, 1989, Los criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político.

RISSO FERRAND, 2000, Martín, Derecho Constitucional, FCU, Tomo I, Montevideo, 2000.

SAYAGUÉS LASO, 2010, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, Montevideo, 2010.

VÁZQUEZ, Cristina, 2011, Posición jurídica del particular frente a la Administración, en Revista de la Facultad de Derecho N° 30, en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 2015, Vías para promover la declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos, en Revista La Ley, N° 12, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 2011, Nociones de Derecho Parlamentario, en Revista de Derecho Público, N° 40, F.C.U, Montevideo, 2011.

VÉSCOVI, Eduardo, 1968, El proceso de inconstitucionalidad de la ley, Cuadernos N° 18, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo.

## **6. Los Decretos-Leyes**

### **6.1. Concepto**

Sayagués Laso (SAYAGUÉS LASO, 2010), en opinión coincidente con la de Real (REAL, 1946), define a los Decretos-leyes como los *“distintos actos emanados del Poder Ejecutivo o quien lo sustituya, que tienen la eficacia normativa de las leyes.”*

En ordenamientos jurídicos de diferentes países puede observarse a órganos ejecutivos con competencia para dictar normas con fuerza de ley. En algunos casos, la Constitución prevé que el Parlamento delegue en el Poder Ejecutivo el ejercicio de función legislativa; en otros, permite que el Ejecutivo ejerza dicha función, en situaciones especiales de urgencia o excepcional gravedad; y todavía están los países en que no existiendo previsión constitucional al respecto, la delegación legislativa o el dictado de decretos-legislativos de necesidad o urgencia son admitidos. A estos casos cabe agregar el ejercicio de función legislativa por gobiernos *“de facto”*.

### **6.2. Tipos**

La doctrina suele distinguir entre decretos-leyes regulares y decretos-leyes *“de facto”*. A su vez, entre los regulares se diferencian los delegados y los de necesidad.

## A. Decretos-leyes delegados

Serían decretos-leyes delegados, aquellos actos dictados por el Poder Ejecutivo o quien lo sustituya, en ejercicio de atribuciones delegadas del Parlamento, con eficacia normativa de leyes.

Se ha señalado que es ventajoso que la delegación legislativa esté prevista por el ordenamiento jurídico. Para quienes así piensan, su previsión permite regular y limitar la extensión de las atribuciones delegadas, evitando los desbordes institucionales.

La delegación puede ser general o restringida a determinados temas o materias, y puede acotarse en el tiempo. Pueden fijarse criterios de orientación para su empleo, y puede exigirse la aprobación parlamentaria de lo actuado en su ejercicio. A su vez, la actividad del Ejecutivo puede ser objeto de contralor jurisdiccional en cuanto a si el ejercicio de las atribuciones delegadas se cumplió dentro de los límites establecidos.

Con referencia a la posibilidad de delegación legislativa en los casos de silencio de la Constitución, la doctrina nacional –Sayagués, Real y Jiménez de Aréchaga, entre otros- es conteste en sostener que ningún órgano puede delegar sus atribuciones sin texto expreso habilitante. Ello es consecuencia de que las atribuciones orgánicas son potestades que deben ser ejercidas. Para que su ejercicio pueda transferirse a terceros debe existir una norma habilitante, de por lo menos igual jerarquía a la de la norma atributiva de la competencia orgánica.

Un ejemplo de delegación legislativa, lo constituye el artículo 76 de la Constitución argentina:

*“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.”*

*La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”*

También constituye un ejemplo el artículo 68 de la Constitución brasileña:

*“Las leyes delegadas serán elaboradas por el Presidente de la República, que deberá solicitar la delegación al Congreso Nacional.”*

A continuación, la norma especifica los temas que no podrán ser objeto de delegación, como: *“los actos de competencia exclusiva del Congreso Nacional, los de competencia privativa de la Cámara de Diputados o del Senado Federal, la materia reservada a la ley ...”*

También se especifica que: *“La delegación al Presidente de la República tendrá la forma de resolución del Congreso Nacional, que especificará su contenido y los términos de su ejercicio.”*

## **B. Decretos-leyes de necesidad o urgencia**

Los decretos-leyes de necesidad o urgencia pueden definirse como aquellos actos dictados por el Poder Ejecutivo o quien lo sustituya, en casos graves y urgentes, con eficacia normativa de leyes. Por lo general se prevé que deben someterse de inmediato a consideración parlamentaria.

En este caso, no es necesaria la delegación del Poder Legislativo. El Ejecutivo actúa directamente, quedando sujeto al contralor parlamentario posterior.

En Argentina, por ejemplo, el artículo 99 de la Constitución dispone:

*“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.*

*Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.*

*El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.”*

Los autores han discrepado en cuanto a la posibilidad jurídica de dictar este tipo de decretos-leyes ante el silencio de la Constitución. Se ha sostenido que el Poder Ejecutivo podría dictar ese tipo de actos, puesto que la necesidad es fuente de Derecho, en especial cuando está en juego el interés público.

Sayagués es partidario de la tesis negativa, expresando al respecto que la distribución constitucional de competencias no puede alterarse por voluntad de los que precisamente deben asegurarla.

Si el Ejecutivo invade la competencia legislativa, los actos respectivos son jurídicamente irregulares. No obstante, en algunos países se ha eximido de responsabilidad al Ejecutivo mediante el otorgamiento de *“bills of indemnity”*, por considerar justificada su intervención ante circunstancias de especial gravedad o urgencia.

## C. Análisis particular de las medidas prontas de seguridad

Se trata de una situación en que el Poder Ejecutivo actúa dotado de atribuciones extraordinarias, como también ocurre con la suspensión de la seguridad individual a que refiere el artículo 31 de la Carta.

La adopción de medidas prontas de seguridad se encuentra regulada en la Constitución en el numeral 17 del artículo 168:

*“Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:*

*Tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior, dando cuenta, dentro de las veinticuatro horas a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estándose a lo que estas últimas resuelvan.*

*En cuanto a las personas las medidas prontas de seguridad sólo autorizan a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él. También esta medida, como las otras, deberá someterse, dentro de las veinticuatro horas de adoptada, a la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la comisión Permanente, estándose a su resolución.*

*El arresto no podrá efectuarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes.”*

Aunque diverso, el instituto nos recuerda lo que veníamos analizando en materia de decreto-ley de necesidad o urgencia, por su supuesto de aplicación: esa situación de caso grave e imprevisto de ataque exterior o conmoción interior. Es, claramente, una situación de emergencia o excepción, que justifica la expansión de las facultades del Ejecutivo y la correlativa limitación de algunos derechos individuales.

Korzeniak pone como ejemplos de conmoción interior, el caso de conmoción social provocada por una huelga de significativas amplitud, duración y afectación de servicios, actividades guerrilleras, conmoción económica, fenómenos climáticos catastróficos, o desastres de salud, todos ellos que deben tener, además, gravedad e imprevisibilidad. (KORZENIAK, 2008)

Luego de tomar las medidas, el Ejecutivo informa al Parlamento, de lo ejecutado y sus motivos. Éste puede: a) no adoptar decisión, en cuyo caso las medidas siguen vigentes hasta que el Parlamento o el propio Poder Ejecutivo decida dejarlas sin efecto; b) manifestar acuerdo con las medidas, lo que las deja vigentes como en el caso anterior; y c) proceder a levantarlas.

La diferencia entre la adopción de estas medidas y el dictado de un decreto-ley de necesidad es perceptible si se atiende a que, como su nombre lo indica, se trata de medidas concretas, y no del establecimiento de una situación excepcional, como señala Korzeniak.

## D. Decretos-leyes “*de facto*”

Como consecuencia de movimientos revolucionarios o golpes de Estado, han existido en todos los países, gobernantes “*de facto*” que concentraron la función legislativa y la administrativa.

Constantineau publica en 1901, en Canadá, su Tratado sobre la **doctrina de facto**, basado en la jurisprudencia de Inglaterra, Estados Unidos y Canadá.

La doctrina de facto sostiene que existe un principio de Derecho que justifica el reconocimiento de gobiernos establecidos por personas que han tomado la autoridad soberana del Estado, afirmándose por la fuerza o las armas.

Para que ese principio sea aplicable, debe darse una apariencia de legitimidad: “*color of law*”, y una apariencia de autoridad: “*color of right or authority*”.

También Jeze ha referido a la existencia de un principio de Derecho público al respecto, basado en el asentimiento casi general, la pasividad, la investidura admisible, y el ejercicio pacífico y público de las funciones por el gobernante “*de facto*”.

**Con respecto a la validez y vigencia** de los actos de esos gobernantes “*de facto*”, se ha señalado que la necesidad de reconocerles tal validez responde a una clara necesidad social, de asegurar la estabilidad de normas jurídicas que, por imperio de las circunstancias, han sido acatadas.

En este sentido, se pregunta Constantineau, qué Estado puede jactarse de no haber tenido su soberanía usurpada por un conquistador o un revolucionario. Si los actos realizados por ellos y sus funcionarios subordinados tuvieran que ser subsecuentemente declarados nulos, “*habría una confusión sin fin y la restauración del poder legítimo sería peor que la usurpación.*”

Por razones similares, Sayagués opina que las normas “*de facto*” subsisten plenamente después del restablecimiento de la normalidad institucional. Es también la opinión de Real.

Otros autores, en cambio, opinan que caducan automáticamente.

También se ha entendido que, aun admitiendo su vigencia, es aconsejable una ratificación expresa que elimine toda controversia al respecto.

En nuestro país, el procedimiento de la ratificación legislativa fue utilizado en el siglo XIX, en tanto que en relación a los actos dictados por los gobiernos “*de facto*” de 1933 y 1942 se empleó el de la ratificación constitucional. A partir del golpe de Estado de 1933, en que se disolvió el Parlamento, y hasta la sanción de la nueva Constitución, se instaló una Asamblea Deliberante que, sin perjuicio de algunos actos legislativos dictados

por el Poder Ejecutivo, desempeñó el grueso de la función legislativa. En el golpe de 1942 se disolvieron las Cámaras y se creó un Consejo de Estado, inicialmente con cometidos de asesoramiento y legislación. Sin embargo, pronto el Poder Ejecutivo declaró que retendría el ejercicio de la función legislativa, con consulta previa del Consejo de Estado.

En los textos constitucionales de 1934 y 1942 se incluyó una disposición transitoria por la que quedaban “*ratificadas y en vigor todas las disposiciones legislativas y administrativas*” dictadas durante la interrupción del orden constitucional “*hasta la instalación de la nueva Legislatura y que no hubieren sido derogadas.*”

Hay que tener en cuenta que, en todo caso, la ratificación subsana el vicio de origen, pero no los vicios intrínsecos.

Sayagués marca una diferencia entre gobernantes “*de facto*” y usurpadores, en cuanto éstos ocupan el poder por la fuerza, de manera precaria. El usurpador puede devenir gobernante “*de facto*” si adquiere estabilidad, esto es “*investidura plausible*”.

**En cuanto al alcance** de la validez de los decretos-leyes “*de facto*”, parte de la doctrina estima que sólo podría encarar cuestiones urgentes o de real necesidad, ejerciendo la función legislativa con respeto del ordenamiento anterior, y a la espera de la vuelta a la normalidad institucional.

En los hechos, las hipótesis pueden suponer sólo el cambio de autoridades, la modificación parcial del sistema institucional (como ocurrió en nuestro país en 1933 y 1942), y aun la modificación sustancial del régimen anterior (como en los casos de la revolución francesa de 1789 o la rusa de 1917). En el primer caso, la actividad legislativa debería ceñirse a la norma constitucional en lo posible; en el caso de modificación institucional parcial, debería respetar el ordenamiento constitucional anterior en la parte no afectada por dicha modificación. Señala Sayagués que, cuando la modificación es sustancial, no hay límite jurídico a la potestad normativa de las nuevas autoridades, sino únicamente factores políticos o sociales que pueden acotarla.

En general el decreto-ley “*de facto*” **se distingue del acto administrativo** por su designación oficial. Normalmente también se distingue por el órgano que lo dicta (criterio orgánico), por la forma en que se dicta (criterio formal), y por su contenido que es el propio de las leyes (criterio material).

Se encuentra sujeto a **contralor jurisdiccional** similar al de las leyes, cuando el ordenamiento lo permite.

## E. Actos jurídicos del gobierno “*de facto*” de 1973 a 1985. Ley de Convalidación

Hemos optado por utilizar la expresión **gobierno “*de facto*”** porque la misma **se enmarca en la construcción doctrinaria** que viene de exponerse. A su vez, dicha expresión **cobra sentido por oposición a gobierno “*de Derecho*”**, que es el que se somete a las reglas de Derecho. También es la expresión que **se utiliza en la Exposición de Motivos** que acompañó a la Ley de Convalidación que se analiza en este apartado. Ello es sin perjuicio de tener presente que, en el lenguaje común de los uruguayos, el periodo a que aludimos a continuación es más bien mencionado con el vocablo “*dictadura*”, vocablo éste que, en la Ciencia Política, designa al sistema de gobierno en el que la totalidad de todos los poderes del Estado se encuentra concentrada en un único centro de poder.

Con fecha **27 de junio de 1973**, el presidente electo de la República dicta el **Decreto N° 464/973**, disolviendo las Cámaras y creando el Consejo de Estado, órgano que desempeñaría las funciones de Asamblea General, control del Poder Ejecutivo y elaboración de un proyecto de reforma constitucional. Obviamente esta norma violaba la Constitución de la República, y la sustitución de autoridades legítimas por otras de hecho, constituía lo que técnicamente se llama “*golpe de Estado*”.

El 12 de junio de 1976, dicho presidente es depuesto, y se dictan los llamados actos institucionales que crean órganos no previstos en la Carta.

Concluido el gobierno “*de facto*”, se dicta la llamada **Ley de Convalidación N° 15.738 de 13 de marzo de 1985**.

Resulta de la Exposición de Motivos de esta ley, que la misma tuvo iniciativa en los “*legisladores de todos los partidos representados en el Parlamento, en uso de la facultad conferida por el artículo 133 de la Constitución de la República.*”

Dicha Exposición de Motivos explica que es propósito de la Ley convalidar los actos legislativos dictados por el Consejo de Estado, entre el 19 de diciembre de 1973 y el 14 de febrero de 1985, “*declarándolos con valor y fuerza de ley*”.

A su respecto, se señala que dichos **actos del “*gobierno militar ‘de facto’*”** que acababa de fenecer, “*son radicalmente nullos, por emanar de un órgano inexistente para la Constitución de la República y por haber sido dictados sin seguir procedimientos que ésta prescribe para la sanción de las leyes, en cuyo mérito están afectados de un vicio de incompetencia absoluta, así como del señalado vicio de forma.*”

La Exposición es una **verdadera joya jurídica** en cuanto a su precisión en el señalamiento de los vicios de incompetencia y procedimiento

que afectan a esos actos que convalida, y también por lo escogido de su texto y citas que efectúa.

Como surge de la Exposición de Motivos, la ley contempla **cuatro situaciones**: la de normas que convalida, la de las que exceptúa de convalidación, declarando su nulidad absoluta, la de las que deroga, y la de aquellas cuya vigencia suspende.

#### a) Normas que se convalidan

El **artículo 1º** de la Ley N° 15.738 **declara** *“con valor y fuerza de ley los actos legislativos dictados por el Consejo de Estado, desde el 19 de diciembre de 1973 hasta el 14 de febrero de 1985, los que se identificarán como “Decretos-leyes, con su numeración y fechas originales.”*

Como viene de exponerse, se trata de actos nulos por vicios en su presupuesto de Derecho (violación de la norma constitucional atributiva de competencia para legislar), y en su presupuesto de procedimiento. **La incompetencia es absoluta** porque el órgano actuante no existe para la Constitución.

Hasta aquí, **la afirmación de la nulidad radical de esos actos se aleja de los postulados propios de la doctrina de facto** que, como adelantamos, postula la validez de los decretos-leyes “*de facto*”.

**A continuación, sin embargo, se hace caudal de los mismos fundamentos** que dan base a dicha doctrina: *“Al amparo de su aplicación constante durante años, se han constituido infinidad de relaciones jurídicas, con la consiguiente generación de derechos y obligaciones que no es prudente considerar en adelante sin respaldo legal, pues ello lesionaría muy respetables intereses y ocasionaría una situación general de inseguridad jurídica.”*

Pero queda claro que **los legisladores no recogen la doctrina de facto, a pesar de aceptar sus fundamentos**, cuando la Exposición de Motivos expresa que: *“En consideración a las razones expuestas, dichos actos legislativos no pueden regir después de restablecido el imperio de la Constitución, sin una sanción expresa del Poder Legislativo, por lo que debe necesariamente procederse a atribuirles el vigor de que carecen desde el punto de vista estrictamente jurídico”*.

Se explica que la solución propuesta tiene su apoyo en la tradición nacional, tal como es documentada por Real.

Finalmente, como fundamento de la convalidación, se citan las **certeras y conmovedoras palabras** del Representante, historiador y constitucionalista Francisco Bauzá: *“A fin de evitar esta negación del sistema republicano, a efecto de dificultar esta reacción al gobierno despótico, es que pedimos vigor de ley para los actos de la dictadura. Desde que no podemos rechazarlos, porque eso sería lastimar derechos adquiridos; desde que no podemos admitirlos sin sanción legal porque eso*

*importaría crear un poder nuevo y superior a la Constitución; debemos legalizarlos, para que todos comprendan que el último acto de toda empresa política, es la sumisión lisa y llana al Código Fundamental; la sumisión al gobierno impersonal de la ley'. (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, T. 33, pág. 204)."* Y se señala que la convalidación se hace exclusivamente por la necesidad jurídica expuesta, sin que signifique una coincidencia con el mérito o acierto intrínseco de las soluciones contenidas en los actos convalidados.

#### **b) Normas que se exceptúan de la convalidación, por lo que se declaran absolutamente nulas**

El artículo 2° de la ley exceptúa de la convalidación genérica, a algunos actos legislativos dictados:

i) *con evidente espíritu represivo*, como la de incautación y confiscación de bienes de procesados por la justicia militar;

ii) *contrarios a los principios democráticos-republicanos*, como puede considerarse la que exigía la declaración jurada de fe democrática;

iii) *con el propósito de crear privilegios o beneficios exorbitantes para ciertas categorías de funcionarios representativos del régimen fenecido y de sus colaboradores, en clara violación del principio constitucional de igualdad*; como la que establecía beneficios jubilatorios para asimilados del Ministerio de Defensa Nacional;

iv) *sobre materias de tal trascendencia que solo pueden ser reguladas por un Parlamento representativo del Cuerpo Electoral*, como es el caso de la Compilación del Código Civil.

#### **c) Normas que se derogan**

El artículo 4° de la Ley de Convalidación deroga "*las llamadas "Leyes" 14.153 (Administración de PLUNA por la Fuerza Aérea), 14.413 y 14.851 (Condecoración "Protector de los Pueblos Libres General José Artigas"), 14.955 y 15.066 (Condecoración "Orden Militar al Mérito Tenientes de Artigas"), 15.068 (Condecoración "Orden al Mérito Naval Comandante Pedro Campbell"), 15.529 (Condecoración "Orden de la República Oriental del Uruguay")."*

#### **d) Normas cuya vigencia se suspende**

Por su parte, el artículo 5° suspende la vigencia de las llamadas "*Leyes Fundamentales*" N° 2 y 4 por un término de sesenta días.

#### **e) El artículo 3° de la Ley de Convalidación**

Finalmente, el artículo 3° de la ley dispone que los tres Poderes, los tres órganos de contralor, así como los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales, procederán a revocar de oficio, en la órbita de su competencia, los actos administrativos ilegítimos

dictados en aplicación de los actos legislativos nulos, precisando en cada caso, los efectos de la revocación.

#### **f) Análisis de los fundamentos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 1 de 3 de febrero de 1988**

Ante una demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Convalidación, basada en que la ley no puede anular actos legislativos sino únicamente derogarlos, y que tampoco puede afectar el principio de seguridad jurídica y los derechos adquiridos, la Suprema Corte sostuvo que:

i) Los actos objeto de anulación por la Ley de Convalidación no son jurídicamente, auténticas leyes.

ii) El pronunciamiento del Poder Legislativo, constitucionalmente habilitado para ello, confiere vigencia retroactiva a dichos actos.

iii) Como lo expusiera Couture, tratándose de la validez de los actos jurídicos, se han distinguido tres grados de ineficacia: una máxima, la inexistencia; en segundo grado, capaz de producir determinados efectos en condiciones muy especiales, la nulidad absoluta; y en un tercer grado, con mayores posibilidades de producir efectos jurídicos, la nulidad relativa. *“El acto inexistente no puede ser convalidado ni necesita ser invalidado”*; es un simple hecho. Sería el caso de los actos anulados por la Ley N° 17.738. Aun para el caso en que los alcanzara el siguiente grado de ineficacia jurídica, la nulidad absoluta, el Parlamento se hallaba capacitado para invalidarlos, declarando tal nulidad con efecto retroactivo.

iv) La seguridad jurídica no es un valor superior al de la legalidad objetiva, y no hay derechos adquiridos al margen de la Constitución.

v) La forma democrática republicana del gobierno de la Nación y el ejercicio de la soberanía a cargo exclusivo del Cuerpo Electoral y los Poderes Representativos (artículo 82 de la Carta) rechazan la doctrina de facto formulada por Constantineau.

Los **Decretos-leyes** son actos emanados del Poder Ejecutivo o quien lo sustituye, que tienen la eficacia normativa de las leyes.

La doctrina distingue entre decretos-leyes **regulares** y **decretos-leyes “de facto”**. A su vez, **entre los regulares se diferencian los delegados y los de necesidad**.

**El ordenamiento uruguayo no prevé la existencia de Decretos-leyes regulares.**

Los **Decretos-leyes “de facto”** suelen ser el resultado de movimientos revolucionarios o golpes de Estado. Albert Constantineau, en su Tratado sobre la **doctrina de facto** (basado en la jurisprudencia de Inglaterra, Estados Unidos y Canadá), explica que dicha doctrina sostiene que existe un principio de Derecho que justifica el reconocimiento de gobiernos establecidos por personas que han tomado la autoridad soberana del Estado, afirmándose por la fuerza o las armas. Para que ese principio sea aplicable, debe darse una apariencia de legitimidad: *“color of law”*; y una apariencia de autoridad: *“color of right or authority”*.

**Los actos dictados por el gobierno “de facto” entre 1973 y 1985 fueron regulados por la Ley de Convalidación N° 15.738** que contempla cuatro situaciones: la de normas que **convalida**, la de las que **exceptúa de convalidación (declarando su nulidad absoluta)**, la de las que **deroga**, y la de **aquellas cuya vigencia suspende**.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. Concepto de Decreto-ley
2. Tipos de Decreto-ley
3. Soluciones de la Ley de Convalidación

### **BIBLIOGRAFÍA:**

- CONSTANTINEAU, Albert, 1945, Tratado de la doctrina de facto, Depalma, Buenos Aires
- KORZENIAK, José, 2008, Primer Curso de Derecho Público. Montevideo, FCU.
- REAL, Alberto R., 1946, Los Decretos-leyes, Montevideo: FDCCS.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, Tratado de Derecho Administrativo, T I, Montevideo, FCU.

## 7. El Decreto Legislativo Departamental<sup>3</sup>

### 7.1. Su jerarquía

El problema de la jerarquía de las normas -señala García Maynez (GARCÍA MAYNEZ, Introducción al estudio del Derecho, 1985)- fue planteado por vez primera en la Edad Media, siendo luego relegado al olvido hasta que vuelve a ser considerado en los tiempos modernos, por la Escuela de Viena.

Conforme al principio de la jerarquía de las fuentes formales, el ordenamiento jurídico presenta una estructura jerárquica, concretándose desde la norma fundamental hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales.

De ello deriva la supremacía de una determinada categoría de normas frente a otra, de modo tal que la superior derogue a la inferior que se le oponga, y la posterior haga lo propio con la anterior de su misma categoría normativa.

En la cúspide de esta pirámide se encuentra la Constitución y por debajo de ella, en el escalón inmediatamente inferior, aparece la ley.

Cabe preguntarse, **qué rango normativo corresponde, en nuestro Derecho positivo, a los decretos de la Junta Departamental.**

La Carta consagra un régimen de descentralización legislativa en favor de los Gobiernos Departamentales. Así, el **artículo 273** establece que *“la Junta Departamental ejercerá las funciones legislativa y de contralor en el Gobierno Departamental. Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del Departamento”*.

En este sentido, Prat (PRAT, Derecho Administrativo, T. V., Vol. 2, 1984) ha dicho que, *“en el ejercicio de la función legislativa los Gobiernos Departamentales cumplen una **actividad normativa de idéntica naturaleza que la que se cumple a nivel nacional**”*.

El **artículo 260** de la Constitución de la República, al referir a los decretos de los Gobiernos Departamentales *“que tengan”* fuerza de ley en su jurisdicción pone de manifiesto que **la Junta Departamental puede dictar dos tipos de “decreto”: aquellos que tienen fuerza de ley en su jurisdicción y aquellos que no la tienen.**

Sayagués Laso (SAYAGUÉS LASO, Tratado de Derecho Administrativo, T. I., 2010) ha señalado que *“las normas generales en materia municipal dictadas por las Juntas Departamentales, formalmente no son leyes sino decretos*

---

<sup>3</sup> Versión corregida por la autora, de: VÁZQUEZ, Cristina, 1990, Algunas reflexiones acerca de los criterios aplicables a la solución de antinomias entre la ley nacional y el acto legislativo departamental, en Anuario de Derecho Administrativo, T. III, Montevideo.

(artículo 273, inciso primero de la Constitución), pero constituyen actos legislativos municipales, pues aquéllas ejercen función legislativa en el orden municipal (artículo citado, parte inicial y 260)". Este enfoque **parece vincular la fuerza de la ley al carácter de generalidad** de la norma: serían actos legislativos municipales las normas generales en materia municipal, dictadas por las Juntas Departamentales.

En sentido similar se expresa Justino Jiménez de Aréchaga (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, La Constitución de 1952, Vol. III), estimando que los decretos de la Junta Departamental que tienen fuerza de ley en su jurisdicción son aquellos que participan del carácter de generalidad propio de la ley.

Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, La apelación para ante la Asamblea General, 1957) entiende, por el contrario, que **el artículo 260 "no exige la 'generalidad' de ley sino la 'fuerza' de ley y ello debe entenderse referido al grado del acto en la jerarquía de las normas"**. El otorgamiento de una concesión de servicio público departamental o local que se lleva a cabo por decreto legislativo de la Junta promulgado por el Intendente caería en el ámbito del artículo 260 aunque no es un acto regla. "Los reglamentos que puede dictar la Junta Departamental en ejercicio de las potestades de reglamentación interna de sus sesiones y disciplina de sus integrantes, o como jerarca administrativo de sus dependencias" no tendrían, en cambio, la misma jerarquía normativa.

Este autor admite que los decretos de la Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción **son actos legislativos en sentido formal, que ocupan el grado normativo supremo dentro del orden departamental** (CASSINELLI MUÑOZ, Oposición superveniente, 1957). Para él, **la clasificación de los actos jurídicos en sentido formal debe ser referida a su eficacia formal, mejor que al procedimiento de su formación**, "el cual es por lo general, la condición de su particular eficacia formal".

Utiliza la expresión eficacia formal para aludir a la "manera de ser de los efectos jurídicos del acto, en cuanto perteneciente a una categoría, su amplitud y modo de hacerlos cesar". Dicha eficacia formal está **determinada por el orden jurídico**. Así, "la eficacia formal de un acto legislativo está integrada por su efecto potencialmente genérico, su carácter vinculante de la Administración y sus formas especiales de ser derogado o desaplicado". Y especifica que en los Estados "de descentralización legislativa formal regional (como Uruguay desde 1919)", los actos legislativos regionales pueden ser así clasificados si seguimos el criterio de su eficacia formal, "mientras que si nos atuviéramos al procedimiento de su formación deberíamos hacer con ellos una categoría aparte (como hace Sayagués)".

Observa Cassinelli, sin embargo, que Sayagués ya insinúa este criterio de la eficacia formal cuando refiere a la atribución a los entes locales o

municipales de “*funciones legislativas*” “*en el aspecto formal*” o cuando emplea la expresión “*eficacia normativa*”.

También los autores españoles García de Enterría y Fernández (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983) independizan la noción de “**fuerza de ley**” del carácter de generalidad del contenido normativo. Para estos autores se trata de un **concepto formal caracterizado por el sujeto del que emana y por la fuerza específica que de ello deriva. “La ley es la norma escrita superior entre todas, que prevalece frente a cualquier otra fuente normativa y no puede ser resistida por ninguna, en cuanto expresión de la de la voluntad popular”**. Su cualidad específica de norma superior irresistible, su “*fuerza de ley*” le viene del hecho de que es una **autodisposición de la comunidad sobre sí misma**. Por ello, en todos los sistemas constitucionales positivos, los órganos legislativos son aquellos a través de los cuales se actúa el principio de representación política.

Encontramos en Cassinelli un desarrollo similar al de los mencionados autores españoles, cuando señala que “*el acto legislativo tiene un prestigio superior al de los actos administrativos y al de los demás actos jurídicos vigentes en Uruguay. Prestigio democrático que resulta de ser emanado en primera instancia del órgano más representativo de la opinión pública, de un órgano que es una especie de calco, reducido a escala, del Cuerpo Electoral... De allí que en la Constitución vigente, el sólo hecho de que exista un acto legislativo aprobado por el Poder Legislativo o por la Junta Departamental correspondiente... representa una presunción vehemente de que es la voluntad de la Nación*”. (CASSINELLI MUÑOZ, 1986, La defensa jurídica de la Constitución).

Pensamos que asimilar la noción de “*fuerza de ley*” a la noción de “*generalidad*” de la norma es hacer una interpretación que desatiende el sentido natural y obvio de la expresión, No se advierte cuál sería la razón para introducir esta noción si la intención hubiera sido aludir a los decretos de la Junta Departamental con contenido general. La opción lingüística del constituyente resulta en esta interpretación sumamente complicada, como si éste, para designar a los decretos del Poder Ejecutivo hubiera decidido expresar: actos administrativos del Poder Ejecutivo con fuerza de ley.

Nos parece que cuando el constituyente refiere a la “*fuerza de ley*” de esos actos quiere decir lo que dice, que **se trata de actos con una fuerza o eficacia normativa específica, que es la propia de la ley, fuerza que dimana -como destacan Cassinelli y García de Enterría y Fernández- de que constituye expresión de la voluntad general**. Esta concepción no es en absoluto nueva, resultando directamente tributaria del pensamiento de Rousseau.

No carece de importancia el que esta expresión haya sido empleada precisamente en el capítulo de la Carta destinado a regular el control de constitucionalidad de los actos legislativos.

El artículo 260 establece que *“los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán también ser declarados inconstitucionales, con sujeción a lo establecido en los artículos anteriores”*.

Entendernos con Cassinelli, que el instituto de la declaración de inconstitucionalidad no representa dentro del ordenamiento jurídico uruguayo una **garantía de la Constitución**, sino al revés, una garantía del acto legislativo, en cuanto su desaplicación requiere un previo procedimiento ante el órgano máximo del Poder Judicial. No rige en nuestro país el sistema de desaplicación difusa de los actos contrarios a la Constitución porque – como se expresara- existe respecto del acto legislativo, en razón de su origen, una *“presunción vehemente”* de que es voluntad de la Nación. (CASSINELLI MUÑOZ, 1986, La defensa jurídica de la Constitución).

Resulta, entonces, que **el constituyente ha protegido con igual intensidad y fundamento, al acto legislativo nacional y al departamental, sometiéndolo al mismo régimen de desaplicación: la previa declaración de su inconstitucionalidad**. Se ha inclinado, así, hacia el valor político del respeto de las mayorías legislativas más que al valor político del respeto de los intereses personales: *“demokratisch”* antes que *“rechtssaatlich”*. (CASSINELLI MUÑOZ, Oposición superveniente, 1957).

El análisis que antecede nos lleva a reconocer en el decreto de la Junta Departamental con fuerza de la ley en su jurisdicción, el **mismo rango normativo de la ley nacional**. En igual sentido, Prat, cuando analiza el principio de la jerarquía de las fuentes formales sostiene que en el escalón inmediato inferior a la Constitución, al lado de la ley, debemos ubicar los decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción. (PRAT, 1977, Derecho Administrativo, T.II).

## **7.2. Antinomias entre Ley y Decreto Legislativo Departamental**

La afirmación que viene de realizarse, en el sentido de que la ley y el decreto legislativo departamental con fuerza de ley en su jurisdicción tienen el mismo rango normativo, nos lleva a tener que definir criterios para resolver las antinomias que entre ambos tipos de acto jurídico suelen plantearse.

Quien ha de aplicar una norma abstracta a una situación particular se verá enfrentado a una antinomia auténtica cuando surja una absoluta incompatibilidad entre la norma que prohíbe y la que faculta, o lo que es lo

mismo, cuando, en virtud de tal incompatibilidad, la aplicación simultánea de esos preceptos resulte imposible.

Como bien señala García Maynez, aplicando la doctrina kelseniana de los cuatro ámbitos de validez, puede decirse que *“dos normas de derecho de un mismo sistema se oponen contradictoriamente si, y sólo si, teniendo ámbitos iguales de validez material, espacial y temporal, una permite y la otra prohíbe a los mismos sujetos, la misma conducta”*. (GARCÍA MAYNEZ, Filosofía del Derecho, 1983)

La pertenencia de un precepto de derecho a un sistema normativo depende de la posibilidad de referirlo directa o indirectamente a otro u otros de superior jerarquía y, en última instancia, a una norma suprema llamada Constitución o ley fundamental. (GARCÍA MAYNEZ, Introducción al estudio del Derecho, 1985).

La Suprema Corte de Justicia, en diversas ocasiones, ha debido pronunciarse respecto de antinomias entre ley y decreto legislativo departamental con fuerza de ley en su jurisdicción. Un ejemplo de tales antinomias se dio en el caso del conflicto antinómico planteado entre el artículo 1º del Decreto-ley N° 14.264 de 9 de setiembre de 1974 y el artículo 128 del Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N° 22.243 de 31 de mayo de 1985, que dio lugar a la sentencia de la Corte N° 402/987 de 17 de setiembre de 1987. Por un lado, la ley declaraba que los bienes pertenecientes al dominio privado o fiscal del Estado, cualquiera sea el órgano titular del derecho de propiedad, y de los Entes comprendidos en la disposición del artículo 220 de la Constitución, están fuera de toda imposición nacional o municipal; y por otro, el decreto legislativo departamental excluía las exoneraciones de tributos municipales, establecidas por disposiciones nacionales.

El Gobierno Departamental de Montevideo intentó, en el caso, dos cursos de acción sucesivos: en primer lugar dispuso la derogación de la ley nacional por el decreto de la Junta Departamental y, posteriormente, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley nacional.

Ambas normas son susceptibles de ser referidas directamente a una norma de jerarquía superior a ambas (la Constitución de la República). De dichos preceptos -que tienen ámbitos coincidentes de validez material, espacial y temporal -el segundo permite (lo jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido) a los titulares de bienes del dominio privado o fiscal del Estado, pagar cualquier tributo nacional o municipal, y el primero prohíbe a los mismos sujetos, la misma conducta.

Trátase, además -y ello torna la cuestión esencialmente interesante- de un **conflicto entres normas que pertenecen a diferentes órdenes parciales, de un sistema jurídico complejo, lo que no excluye su carácter intrasistemático.**

En la lógica jurídica encontramos los cuatro principios siguientes, que constituyen aplicaciones en el ámbito del Derecho, de los homónimos principios supremos de la lógica pura (GARCÍA MAYNEZ, Principios supremos de la ontología formal del Derecho y de la ontología jurídica, 1957):

a) **Principio de contradicción.** Las normas de derecho que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambas válidas.

b) **Principio del tercero excluido.** Cuando dos normas de derecho se oponen contradictoriamente, no pueden ambas carecer de validez. Ello es consecuencia de que para que haya antinomia es necesario -como se adelantara- que un precepto prohíba lo que el otro permite.

c) **Principio de identidad.** La norma que prohíbe lo que no está jurídicamente permitido o permite lo que no está jurídicamente prohibido es necesariamente válida.

d) **Principio de razón suficiente.** Toda norma de derecho para ser válida requiere de un fundamento suficiente de validez.

Aplicados estos principios a la solución de la antinomia entre ley y decreto legislativo departamental mencionada, sabremos que las normas en contradicción no pueden ser ambas válidas ni pueden ambas carecer de validez, pero la lógica del derecho no nos dirá cuál de ellas tiene fundamento suficiente para resultar siendo la dotada de validez.

El decreto de la Junta Departamental de Montevideo parece haber partido del igual rango normativo de las dos disposiciones, y haber aplicado, desde el principio de jerarquía, el consecuente principio de que "*lex posterior derogat priori*".

En efecto, la aplicación del principio de jerarquía a la solución de la antinomia entre ley nacional y decreto legislativo departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, conduciría como surge de lo expresado -una vez afirmado el mismo rango normativo de la ley nacional y del acto legislativo departamental- a sostener la derogación de aquélla, por el acto legislativo departamental posterior, en el ámbito de jurisdicción de éste.

### **7.3. Aplicación de los principios de competencia y primacía**

Sin embargo, como se anticipó, en un segundo momento el Gobierno Departamental optó por solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley nacional.

**El sistema uruguayo de descentralización territorial determina una distribución de competencias entre los órganos centrales y los departamentales que, en parte lleva a cabo la propia Constitución y en parte queda librada a la ley ordinaria.**

Definida como la aptitud de obrar de las personas jurídicas o de sus órganos, la competencia se delimita, como ya hemos visto, en función del territorio, la materia y los poderes jurídicos.

Nos interesa, aquí, aludir a la atribución de poderes jurídicos de legislación a las Juntas Departamentales, por la Constitución de la República (**artículo 273**). **Es como consecuencia de esta atribución de potestad legislativa que se plantea la cuestión de la pluralidad de ordenamientos jurídicos y su sistema de relaciones.**

**Las complejas relaciones internormativas que de ella resultan no pueden explicarse exclusivamente -en nuestra opinión- por el principio de jerarquía, debiendo acudir al principio de competencia,** ya que muchos de los actos legislativos departamentales surgen en esferas competenciales reservadas por la Constitución a los respectivos órganos legislativos departamentales. Dentro de tales ámbitos de reserva, las leyes nacionales no están supraordenadas, sino que, por el contrario, se encuentran excluidas.

Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia en el Considerando V de la sentencia N° 402/987, cuando refirió a la tributación exclusivamente municipal reservada por el artículo 297 de la Constitución, que *"no puede ser regulada por ley, ni para extender ni para limitar o establecer exoneraciones impositivas en esa materia"*.

La antinomia se planteaba, en el caso a consideración de la Corte, entre normas pertenecientes a diferentes ordenamientos parciales de un mismo ordenamiento total, y la Suprema Corte de Justicia -como corresponde a la competencia que le ha sido atribuida por el artículo 257 de la Constitución de la República- dirimió la cuestión sometida a su consideración, en el sentido de la inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 14.264.

**Cada uno de esos ordenamientos parciales debe desenvolverse en la esfera competencial que le señala el ordenamiento total.** Expresado más claramente: el orden total constituido por la Constitución de la República delimita el ámbito de competencia de los órganos centrales y de los departamentales. De este modo, en la Constitución como *"norma normarum"* se encuentra la *"competencia de las competencias"* de que habla la doctrina alemana.

Como puede advertirse, este enfoque no resulta ser más que una aplicación, en el estudio de la descentralización legislativa en nuestro país, de la doctrina kelseniana de los tres órdenes, en la explicación técnica del Estado federal.

**Una ley nacional que invada el ámbito de competencia departamental, no sólo no podrá pretender superioridad alguna, sino que resultará radicalmente contraria a la Carta y lesiva de la**

**autonomía del Departamento. Obviamente, tampoco, y por las mismas razones, el acto legislativo departamental podrá exorbitar su competencia para penetrar en la de los órganos legislativos nacionales.**

Como bien lo expresan García de Enterría y Fernández, al estudiar los ordenamientos autonómicos españoles, esta delimitación competencial no supone, sin embargo, una separación absoluta y completa, en cuanto ambos ordenamientos parciales son igualmente dependientes del ordenamiento total, resultando, además, "*coextensos*" en relación con los sujetos y el territorio en que rigen (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983)..

**La aplicación del expuesto criterio permite resolver de una manera técnicamente satisfactoria la antinomia sometida a consideración de la Suprema Corte de Justicia en la especie, pero nos deja por resolver, todavía, aquellas antinomias que se plantea cuando la Constitución no ha hecho reserva ni a la ley nacional ni al acto legislativo departamental.**

**Dentro de esta hipótesis cabría distinguir dos situaciones:**

a) aquella en que existiendo regulación por ley nacional, se dicta sobre la misma materia, un acto legislativo departamental que se le opone contradictoriamente, y

b) la inversa: hallándose el tema regulado por acto legislativo departamental, se dicta una ley nacional que se le opone contradictoriamente.

Trataremos de aplicar, a la solución de este problema, algunas ideas que García de Enterría y Fernández extraen del Derecho federal comparado y analizan con referencia al régimen de autonomías que surge a partir de la Constitución española de 1978. No se trata, en modo alguno, de olvidar las diferencias existentes entre el Estado federal y un Estado unitario con descentralización territorial como es el nuestro, sino de emplear una serie de conceptos e instrumentos teóricos elaborados para el análisis del fenómeno federal, en cuanto puedan resultar de utilidad para la comprensión de la cuestión que nos ocupa.

Se alude, por ejemplo, a la "**preclusión**" ("*preemption*" en el Derecho norteamericano, "*sperwirkung*" en los federalismos germánicos), para designar el efecto que se produce cuando la norma estatal sitúa una regulación como propia del Estado en su integridad; desde ese momento esa regulación queda cerrada, precluida a la competencia normativa autonómica.

El efecto de preclusión determina que las normas autonómicas existentes en las materias que pasan a ser de competencia del Estado pierdan su eficacia. A este efecto reflejo de aquel se lo llama

**“desplazamiento” de la norma autonómica anterior por la norma estatal posterior.**

El empleo de estas nociones es técnicamente superior a la utilización del concepto de derogación, cuya aplicación en el caso resulta por lo menos dudosa, tratándose de normas pertenecientes a diferentes subsistemas de un sistema normativo global.

En las relaciones entre el Derecho comunitario europeo y los Derechos nacionales, ante efectos similares, se utilizan los conceptos de **"primacía" o "prevalencia" del Derecho comunitario sobre la ley nacional anterior o posterior** (criterio acogido en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia Europea, Simmenthal de 1978).

La aplicación de las expuestas nociones a la solución del problema antinómico propuesto como hipótesis a) y b) conduce a afirmar que, en ambos casos, la regulación quedaría *"precluida"* a la competencia departamental. En el segundo caso, el acto legislativo departamental perdería su eficacia por efecto de su *"desplazamiento"* por la ley nacional. De dicha situación resultaría la *"primacía"* o *"prevalencia"* del acto legislativo nacional sobre el departamental.

Cláusulas de primacía se encuentran contenidas en diferentes Constituciones que consagran sistemas de tipo federal o de descentralización territorial. Así, la Constitución norteamericana dispone en su artículo IV, apartado 2: *"esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que sean hechas en conformidad con la misma... serán el supremo Derecho de la tierra, y los jueces de todos los Estados quedarán vinculados a él aun cuando las Constituciones y las leyes de los Estados establezcan cualquier cosa contraria al mismo"*.

Otro ejemplo lo constituye el artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos: *"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados"*.

Una cláusula de prevalencia aparece, también en el artículo 149.3 de la Constitución española: *las normas del Estado "prevalecerán en caso de conflicto sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas"*.

Estas cláusulas de prevalencia permiten resolver la antinomia planteada entre preceptos pertenecientes a diferentes órdenes parciales de un mismo orden global, a favor del precepto federal o nacional en su caso, pero presuponen que cada uno de esos preceptos está actuando en su ámbito propio y legítimo de competencia. La interpretación contraria implicaría

consagrar una vía privilegiada para que los órganos legislativos centrales pudiesen revisar permanentemente la Constitución y el sistema de autonomías por ella creado.

Ello surge con claridad del texto constitucional español y también del norteamericano, en este último la primacía se reconoce a las leyes de los Estados Unidos que se hubieren dictado en conformidad con la Constitución.

En el mismo sentido se expresó la Corte Suprema argentina, en fallo dictado en 1938 (Caso Banco de la Provincia de Buenos Aires v. Nación Argentina), que vale la pena recordar en lo fundamental, en cuanto resume lo principal de las ideas que hemos expuesto: *"No todas las leyes de la Nación, por el mero hecho de ser tales, tendrán supremacía sobre las de las provincias; la tendrán, si han sido dictadas en consecuencia de la Constitución, es decir, en consecuencia o en virtud de los poderes que, de modo expreso o por conveniente implicancia ha otorgado aquélla al Congreso. Una ley nacional puede no ser constitucional frente a una ley de provincia que sí es lo es; en este supuesto tiene primacía la segunda. La supremacía final, en tal caso, es como siempre la de la Constitución, porque ambos órdenes de gobierno, el nacional y el provincial, actúan dentro del marco de poderes que les está señalado por dicha ley fundamental"*.

El fundamento específico de la cláusula de prevalencia radicaría -al decir de Fleiner- en la necesidad funcional de asegurar, dentro de la pluralidad de ordenamientos parciales del Estado, la integración del sistema en un orden final único.

**En nuestro país, la Constitución no contiene una cláusula de primacía o prevalencia como las citadas. Sin embargo, dicha primacía o prevalencia surge inequívocamente, de modo general, del contexto de la Sección XVI, y, en particular, de aquellas disposiciones como el inciso tercero del artículo 273, que cometen a la ley nacional complementar la determinación de las atribuciones de las Juntas Departamentales. En la medida en que la distribución de competencias entre los órganos centrales y departamentales se lleva a cabo en parte por la ley ordinaria, ésta ostentará primacía en aquellos temas no reservados por la Carta al acto legislativo departamental, que el legislador nacional opte por regular.**

En síntesis: la aplicación del principio de competencia que venimos de explicar, a la solución de la antinomia sometida a consideración de la Suprema Corte de Justicia conduce a la solución acogida por la Corte, en el sentido de que la ley nacional exorbitó su ámbito de competencia invadiendo la esfera de competencia reservada al Gobierno Departamental por la Constitución de la República, en el artículo 297.

El principio de primacía de la ley nacional resulta enervado en el caso, por la inconstitucionalidad señalada en dicha norma.

En cuanto la solución de toda antinomia entre ley nacional y acto legislativo departamental trae como consecuencia **la desaplicación de un acto legislativo requerirá siempre el acogimiento previo por la Suprema Corte de Justicia, de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad.** (CASSINELLI MUÑOZ, 1957, Oposición superveniente).

Cuando el constituyente refiere a la **“fuerza de ley”** de los decretos de la Junta Departamental alude a una **particular fuerza o eficacia normativa que es la propia de la ley y que deriva del hecho de que son una autodisposición de la comunidad sobre sí misma.** Esta afirmación resulta conforme a una recta interpretación de la expresión constitucional y se ve respaldada por la circunstancia de que **se ha protegido con igual intensidad y fundamento al acto departamental y al nacional, sometiéndolos al mismo régimen de desaplicación: control de constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia.**

**Ambos preceptos ostentan el mismo rango normativo.**

Las complejas relaciones resultantes del régimen de descentralización legislativa, en nuestro país, no pueden explicarse únicamente por la aplicación del principio de jerarquía, **debiendo acudir al principio de competencia,** según el cual, la antinomia debe resolverse en favor de la norma que ha sido dictada dentro de la esfera competencial señalada por la Constitución.

Aquellas antinomias que se plantean **cuando la Constitución no ha hecho reserva ni a la ley nacional ni al acto legislativo departamental,** se resolverán por **aplicación del principio de primacía de la norma nacional,** siempre que cada uno de los preceptos en conflicto se encuentre actuando en su ámbito propio y legítimo de competencia.

La definición de toda antinomia entre ley nacional y acto legislativo departamental -en cuanto se resuelve en la desaplicación de un acto legislativo- **requerirá siempre la previa declaración de inconstitucionalidad del mismo por la Suprema Corte de Justicia.**

## **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Qué rango normativo corresponde a los decretos legislativos departamentales?
2. ¿Qué los caracteriza?
3. ¿Cómo se resuelve una antinomia entre una ley nacional y un decreto legislativo departamental?

## **BIBLIOGRAFÍA:**

BALARINI, Pablo, 1992, Un decreto de la Junta Departamental ¿puede limitar el ejercicio de derechos individuales?, Revista de Derecho Público, N° 2, FCU, Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1957, Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?, en RDJA T 55, Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1957, La apelación para ante la Asamblea General según el artículo 303 de la Constitución, en RDJA, T. 55, Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1986, La defensa jurídica de la Constitución, en Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 2. Defensa de la Constitución Nacional, Homenaje a Justino Jiménez de Aréchaga, Aníbal Luis Barbagelata y Alberto Ramón Real, Montevideo.

FLEINER, F., cit. por García de Enterría y Fernández. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., 1983, Curso de Derecho Administrativo, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., 1983, Curso de Derecho Administrativo, T. I, Madrid, CIVITAS.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, 1983, Filosofía del Derecho, México, Porrúa.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, 1985, Introducción al estudio del Derecho, México.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, 1957, Principios supremos de la ontología formal del Derecho y de la ontología jurídica, en RDJA, T. 55, Montevideo.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, La Constitución de 1952, V. III, Montevideo.

PRAT, Julio A., 1984, Derecho Administrativo, T. V., Vol. 2, Montevideo, ACALI.

PRAT, Julio A., 1977, Derecho Administrativo, T. II, ACALI.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, Tratado de Derecho Administrativo, T. I., FCU, Montevideo.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, La Constitución de 1952, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 1990, Algunas reflexiones acerca de los criterios aplicables a la solución de antinomias entre la ley nacional y el acto legislativo departamental, en Anuario de Derecho Administrativo, T. III, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 1999, Limitaciones administrativas al derecho de propiedad privada, en Revista de Derecho Público, N° 16, Montevideo, ps. 49 y ss.

## 8. El Tratado<sup>4</sup>

### 8.1. Definición de Tratado

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en el Derecho Internacional contemporáneo el tratado se define como un **acuerdo** entre dos o más Estados o entre Estados y organizaciones internacionales, y aun entre organizaciones internacionales. Un tratado es, entonces, un acuerdo **entre dos o más sujetos de Derecho Internacional**. En tal sentido, se ha señalado que un acuerdo entre un Estado y una entidad que no es sujeto de Derecho Internacional no constituye un tratado (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1971).

Se observa, a su vez, que puede haber acuerdos entre Estados u otros sujetos de Derecho Internacional que no constituyen tratados internacionales. Puede ejemplificarse este supuesto, con la compra que realiza un gobierno a otro, de un inmueble que se destinará a embajada, cuando la transacción se somete al Derecho interno de una de las partes.

Para salvar este aspecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados agrega como elemento de la definición de tratado, que el acuerdo sea **regido por el Derecho Internacional**. La regulación por el Derecho Internacional puede provenir de la voluntad de las partes, y aun estar determinada por la naturaleza y el objeto mismo del acuerdo, que hacen imposible su sometimiento al Derecho interno.

En algunas oportunidades se ha mencionado la necesidad de aludir, en la definición de tratado, a la **producción de efectos jurídicos**, excluyendo así, acuerdos que no los producen, como las declaraciones de principios. Sin embargo, como se ha observado, en algunas situaciones, los términos de un acuerdo de esas características, interpretados en su contexto, pueden llegar a producir efectos jurídicos.

---

<sup>4</sup> Para el tratamiento de este tema seguimos en general la obra de Eduardo Jiménez de Aréchaga que se cita en la bibliografía, así como el análisis respectivo de Aguirre Ramírez, sin perjuicio de otros aportes que se identifican.

Quedan fuera de la noción de tratado, las declaraciones de los Estados que tienen más bien la naturaleza de declaraciones de política, sin efectos jurídicos.

En síntesis puede definirse al tratado, como un **acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinado a producir efectos jurídicos -esto es crear, modificar o suprimir una relación jurídica- regido por el Derecho Internacional.** (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1959).

## 8.2. Clasificaciones

### A. Tratados en sentido estricto y acuerdos en forma simplificada

Los tratados **en sentido estricto** son los celebrados por escrito, en un instrumento único, sujetos a ratificación. Los acuerdos en forma simplificada pueden ser verbales o escritos y se suscriben en un documento o en varios, no quedando, con frecuencia, sujetos a ratificación.

Quedan comprendidos en la **noción amplia de tratado**, además de los tratados en sentido estricto, las convenciones, acuerdos, canje de notas, protocolos, declaraciones, pactos, y otros instrumentos que crean derechos y obligaciones por medio del acuerdo de voluntades entre sujetos de Derecho internacional.

### B. Tratados bilaterales y multilaterales

En otras épocas, cuando se daban situaciones en que debían regularse asuntos atinentes a más de dos Estados, se celebraban varios tratados bilaterales y simultáneos. En el siglo XIX comienza la práctica de resolver estas situaciones por la vía de la celebración de tratados multilaterales. Dentro de estos tratados multilaterales se encuentran los **generales** que refieren a normas generales de Derecho internacional o asuntos de interés general para toda la comunidad internacional, como por ejemplo la Convención sobre Genocidio, y los **plurilaterales** en que intervienen más de dos partes, pero tienen interés restringido a cierto número de Estados, como los de tipo regional.

Los tratados multilaterales pueden ser **cerrados, abiertos a la adhesión** libre de Estados que no han participado en su redacción, y **mixtos**, en los que la adhesión de otros Estados se supedita a un pronunciamiento favorable de la mayoría de los Estados contrayentes.

## C. Tratado-ley y tratado-contrato

El tratado-ley contiene normas jurídicas de alcance general, con una vigencia indefinida. El tratado-contrato origina normas jurídicas particulares, que se agotan en su aplicación a un caso concreto. Un ejemplo de este último tipo de tratado es aquel que dirime una cuestión de fijación de fronteras.

### 8.3. Formación del Tratado

El principio es que la formación de un tratado no plantea la exigencia de requisitos "*ad solemnitatem*".

Se ha dicho, incluso, que no es ni siquiera necesaria la forma escrita.

Se sostiene, sin embargo, que siempre se requiere la exigencia de un documento escrito auténtico "*ad probationem*".

Como regla general los tratados se celebran siguiendo la forma escrita. Eduardo Jiménez de Aréchaga señala las siguientes instancias en su formación: negociación, adopción del texto, autenticación, ratificación, entrada en vigor, adhesión si correspondiere, registro y publicación, depósito.

#### a) Negociación

Las cláusulas de los tratados se negocian. Cuando se trata de tratados multilaterales, esa negociación suele hacerse en conferencias internacionales u órganos internacionales preexistentes, como la Asamblea General de las Naciones Unidas.

#### b) Adopción del texto

La adopción del texto requiere un quórum que, en los bilaterales y en los multilaterales con un número reducido de Estados, suele ser la unanimidad.

#### c) Autenticación

La autenticación o establecimiento en forma auténtica del texto acordado, suele concretarse con la firma de los representantes autorizados por las partes. También puede utilizarse como medio de autenticación, su incorporación en la resolución de un órgano internacional, firmada por el presidente y secretario de dicho órgano.

La firma de un tratado crea el derecho del Estado firmante a ser parte del mismo y el deber de abstenerse de actos que afecten sustancialmente el valor del instrumento. En este sentido, el tratado firmado es más que un mero proyecto, existiendo a su respecto una obligación de buena fe.

#### d) Ratificación

La ratificación es el acto por el cual la voluntad expresada es confirmada por la autoridad competente, con el propósito de darle fuerza obligatoria. En los Estados democráticos-representativos, lo es el Poder Ejecutivo, requiriéndose muchas veces la intervención del órgano legislativo.

La solución depende, en cada caso, de la Constitución respectiva. En nuestro país, se exige la aprobación parlamentaria (artículo 85, numeral 7°).

Es bueno tener claro, como señala Aguirre Ramírez (AGUIRRE RAMÍREZ, 1997), que la ratificación no constituye una mera confirmación de un tratado ya vigente, sino que es la expresión inicial de la voluntad del Estado, ya que nada de lo anteriormente actuado es válido sin ella.

#### **e) Canje o depósito de ratificaciones y entrada en vigor**

Los tratados sujetos a ratificación entran en vigor en la fecha estipulada para ello en el propio tratado. En caso de ausencia de previsión al respecto, entran en vigor con el canje de ratificaciones, en el caso de un acuerdo bilateral, o con el depósito del número preestablecido de ellas.

#### **f) Adhesión**

La adhesión o acesión es la declaración formal mediante un instrumento escrito de que el tratado es obligatorio para él. Ella es posible si el tratado la permite, en las condiciones y plazos previstos.

#### **g) Registro y publicación**

El presidente Wilson, cuenta Jiménez de Aréchaga, conceptuaba los pactos secretos entre Estados como una de las causas de la guerra. Es así, que se entiende fundamental la publicidad de los tratados.

En esta línea, el Pacto de la Sociedad de las Naciones establece como diligencia indispensable, su registro y publicación. Inicialmente se interpretaba que el tratado era válido desde el canje o depósito de ratificaciones, aunque no pudiera ser invocado ante los órganos de la Sociedad, hasta su registro. Dicha interpretación se recogió como regla en el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. En la práctica, sin embargo, se trata de una obligación imperfecta, carente de sanción efectiva.

En nuestro país, un decreto de 15 de febrero de 1952 establece las reglas referidas a la publicación del texto de los tratados en que participe la República.

#### **h) Depósito del tratado**

El Estado o la organización internacional depositario del tratado es designado en el texto del mismo. Como tal debe custodiar el texto auténtico y los documentos conexos, recibir en depósito las ratificaciones, acusar recibo de las mismas, comunicarlos, traducirlos, extender copias certificadas, recibir las reservas, etc. Se entiende por **reserva**, la declaración unilateral de un Estado al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherir a un tratado, con el objeto de excluir o modificar los efectos de ciertas disposiciones en su aplicación a ese Estado.

## 8.4. El Derecho positivo nacional en materia de formación del Tratado

El numeral 7° del artículo 85 de la Constitución comete al Poder Legislativo “*aprobar o reprobado por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.*” La aprobación del Poder Legislativo supone el dictado de una ley formal, ya que la Constitución exige la mayoría indicada. Esa ley incluye en su procedimiento, como toda ley formal, la promulgación del Poder Ejecutivo. Y, como en el procedimiento de cualquier ley, el Poder Ejecutivo podría ejercer su poder de veto.

Explica Aguirre Ramírez (AGUIRRE RAMÍREZ, 1997) que, a su juicio, si la Asamblea General levanta el veto, obliga a promulgar la ley por el artículo 145 de la Carta, pero no obliga al Poder Ejecutivo a ratificar el tratado. De no hacerlo, no se generaría responsabilidad del Estado, porque la aprobación del tratado no es más que un acto habilitante para ratificar. Para Justino Jiménez de Aréchaga, en cambio, una vez conferida la aprobación parlamentaria, el Estado quedaría obligado en el orden internacional.

Como señala Korzeniak (KORZENIAK, 2001), el Poder Ejecutivo negocia (acuerda el texto del proyecto) y firma (autentica) los tratados: “*concluir y suscribir tratado*”, dice el artículo 168 en su numeral 20. También los ratifica (confirma formalmente la voluntad estatal) una vez aprobados por el Legislativo y promulgados por él mismo, siendo la ratificación un acto posterior y distinto de la promulgación. Luego se produce el canje o depósito de las ratificaciones.

Aguirre Ramírez observa que, en los hechos, ese rol del Ejecutivo en la negociación y firma de los tratados convierte a la ley que los aprueba, en una ley de iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo.

La ratificación es firmada por el Presidente y el Canciller de la República, y se comunica al otro Estado parte o al organismo en que se depositan las ratificaciones.

Se entiende que no puede hacerse una aprobación parcial del tratado, atendiendo al texto constitucional y a que el contenido del tratado ya fue comprometido internacionalmente. Los tratados serían, como señala Aguirre Ramírez, similares en este aspecto, a los contratos de adhesión.

Normalmente el texto aprobatorio tiene un solo artículo, por lo que, señala Aguirre Ramírez, en la práctica parlamentaria no se da la discusión particular del texto, sino sólo la general. Korzeniak opina que nada obsta a que se incluyan otros artículos, como el que propondría la modificación de alguna disposición a los otros Estados firmantes.

El texto aprobatorio suele expresar: *“Apruébase el Tratado ... entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de ... , suscrito el día ...”*

Como se indicara, además de a los tratados en sentido estricto, el numeral 7° del artículo 85 refiere a las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras. Este agregado se incorporó al texto en 1934. Puede entenderse, con una interpretación evolutiva de la Carta, que la expresión de potencias extranjeras abarca también a los organismos internacionales.

Con relación a los **convenios que celebren los Directorios de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados con organismos internacionales, instituciones o gobiernos extranjeros (inciso final del artículo 185)**, se ha discutido si requieren la aprobación legislativa.

Quienes, como Aguirre Ramírez, opinan que sí, fundan esa opinión en la remisión al numeral 7° del artículo 85, del que resultaría concretamente el poder jurídico de aprobar por ley los tratados, convenciones y contratos celebrados por el gobierno de la República. Explica que la referencia se haga exclusivamente al Poder Ejecutivo, porque la misma viene de la Constitución de 1830, cuando todo el llamado Poder Administrador era centralizado.

Las posiciones contrarias se basan, en cambio, con una interpretación más piedeletrista, en que este numeral 7° refiere sólo a los acuerdos del Poder Ejecutivo, y a que los aludidos en el artículo 185 son acuerdos frecuentemente operativos a los que el constituyente pretendió dotar de un procedimiento más ágil de formación. Korzeniak adhiere a esta segunda interpretación, y afirma que la expresión que remite al numeral 7° del artículo 85 contempla el caso en que, bajo una apariencia de convenio de Ente Autónomo o Servicio Descentralizado, pudiera esconderse un acuerdo de los que requieren la intervención parlamentaria.

En otro orden de ideas, cabe recordar que dicho artículo 185 de la Constitución faculta al Ejecutivo para señalar los casos de convenios entre los Entes Descentralizados y los organismos internacionales, instituciones o gobiernos extranjeros, que requieren su autorización.

Respecto de los **acuerdos con organismos internacionales** como el BID o el FMI, Aguirre Ramírez realiza una interpretación contextual de la Constitución, que lo lleva a concluir que requieren la aprobación parlamentaria. Al efecto, considera el artículo 301, en cuanto exige dicha intervención para que los Gobiernos Departamentales puedan concertar préstamos o empréstitos con organismos internacionales, y el artículo 185, numeral 7° ya mencionado.

Sin embargo, la práctica es contraria a la necesidad de aprobación parlamentaria en estos casos, sobre todo a partir del segundo inciso del artículo 145 de la Ley N° 15.851, que la excluyó expresamente. Aguirre

Ramírez considera inconstitucional esta disposición. Recuerda el autor que el precepto legal se incluyó como consecuencia de un acuerdo político durante la primera presidencia del Dr. Sanguinetti, para evitar la discusión parlamentaria de un acuerdo “*stand by*” con el Fondo Monetario Internacional.

En sentido estricto, no quedarían comprendidos en la necesidad de aprobación legislativa, los **acuerdos con organismos autónomos o descentralizados de otras naciones**, que no forman parte del Estado central.

Korzeniak recomienda que en los casos de duda acerca de la necesidad de intervención del Parlamento, se opte por una interpretación afirmativa.

Cabe recordar las disposiciones contenidas en los **artículos 6º, 46 y 50** de la Carta, en relación con el tema de los tratados.

El artículo 6º establece que “*En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje y otros medios pacíficos.*” Además, en 1967 se agregó otro inciso que dispone que la República procurará la integración social y económico de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo referente a la defensa común de sus productos y materias primas, y propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

En el artículo 46 se comete al Estado combatir por medio de la ley y las convenciones internacionales, los vicios sociales.

Finalmente, el artículo 50 dispone que el Estado orientará el comercio exterior protegiendo las actividades productivas con destino a la exportación o que reemplacen bienes de importación.

## **8.5. Derecho internacional público y Derecho interno**

Con referencia a las relaciones entre Derecho internacional público y Derecho interno se han sostenido dos posiciones, la dualista y la monista.

**La tesis dualista**, acuñada por Triepel (TRIEPPEL, 1899) y Anzilotti (ANZILOTTI), compartida entre nosotros en sus fundamentos por Aguirre Ramírez (AGUIRRE RAMÍREZ, 1997), sostiene que ambos sectores del Derecho tienen diferente fundamento y diferentes sujetos.

El Derecho interno se funda en la voluntad de un solo Estado; el internacional lo hace en la voluntad común de los Estados.

También tienen distintos sujetos: para el derecho interno lo son los individuos, en relación de subordinación con el que crea el ordenamiento jurídico con base en el mandato; para el internacional, los sujetos son los Estados vinculados por relaciones de coordinación con base en el contrato.

Para Triepel y Anzilotti, el Derecho internacional no puede alcanzar a los individuos, que son ajenos a sus regulaciones.

**La tesis monista**, defendida entre otros por Kelsen (KELSEN, 1982), sostiene en cambio, que el Derecho internacional obliga y faculta a los Estados de manera inmediata, y lo hace de manera mediata por intermedio del orden jurídico estatal, con los individuos. Existe una unidad del sistema jurídico que comprende al orden jurídico nacional y al internacional.

La tesis dualista tiene el inconveniente de que lleva a la posibilidad de incumplimiento de los tratados. Para salvar este efecto, Trieppl formula la **doctrina de la transformación**, según la cual el Derecho internacional puede aplicarse a los individuos cuando el Estado, obligado a la transformación de las normas internacionales en internas, convierte la obligación internacional en interna a través de la ley.

La doctrina de la transformación no se ve confirmada por la experiencia de muchos ordenamientos en el Derecho comparado, en que los tribunales judiciales aplican directamente las normas internacionales. Por otra parte, observa Aguirre Ramírez, no explica por qué el Parlamento estaría obligado a sancionar una ley de contenido igual al del tratado antes de que éste hubiere sido transformado en norma interna. Por otra parte, destaca el autor, el texto de la ley y el del tratado tienen diferente contenido dispositivo y efectos diversos.

En la doctrina contemporánea puede observarse cierta tendencia a desechar la tesis dualista, bien sosteniendo la incorporación automática del derecho internacional al derecho interno, o una posición más moderada, de coordinación de ambos Derechos bajo un orden jurídico común.

## **8.6. Sobre la Ley aprobatoria del tratado**

### **Para Eduardo Jiménez de Aréchaga:**

- a) Cuando se aprueba el tratado todavía no existe norma de Derecho internacional.
- b) Si la ley reprodujera el tratado, éste entraría en vigor en la esfera interna, a los diez días de su publicación. Sin embargo, lo hace luego del canje o depósito de ratificaciones.
- c) El Poder Ejecutivo, como se adelantó, puede no ratificar el texto aprobado por el Legislativo.
- d) La denuncia, suspensión prórroga y extinción de un tratado por causas y principios de Derecho internacional son decididas libremente por el Ejecutivo, cosa que no puede hacer respecto de las leyes.

### **Para Aguirre Ramírez:**

- a) **Sólo adquiere valor y fuerza de ley, en virtud de la aprobación parlamentaria, la disposición única que recoge dicha aprobación.**
- b) La ley aprueba un proyecto de tratado, y no completa la eficacia jurídica de ningún acto.

c) En el plano político, la ley aprueba el proceder del Poder Ejecutivo.

d) En sentido técnico-jurídico, la aprobación es un acto de autorización por la cual el Legislativo remueve el obstáculo jurídico para que el Ejecutivo ejerza su facultad de ratificar, completando el proceso de formación del tratado.

A su juicio, la Constitución reconoce que el Estado puede vincularse y obligarse con otros Estados por medio de tratados, aceptando que existen dos clases de normas que son fuente de obligaciones para los individuos: la ley y el tratado. El tratado nace, produce sus efectos y se extingue, entonces, con arreglo al Derecho internacional.

Para él, **la fuente de validez de las obligaciones asumidas por el tratado emana del propio Derecho internacional, y se basa en dos hechos:**

a) la coexistencia pacífica, el respeto mutuo y el recíproco reconocimiento entre los Estados resultaría inexplicable sin esa primacía, que obliga a dichos Estados a circunscribir la aplicación de su Derecho interno a su territorio respectivo;

b) la igualdad jurídica de los sistemas internos y el respeto recíproco a la competencia de cada uno sería imposible sin la supremacía del Derecho consuetudinario internacional, aceptadas por todos los Estados, que se imponen sobre los ordenamientos nacionales.

**Korzeniak** entiende, en opinión que compartimos, que la *“aprobación de un tratado por el Parlamento convierte sus normas en normas con validez interna, en el mismo grado jerárquico que una ley, ya que es por ley que el Parlamento los aprueba.”* (KORZENIAK, 2001). La aprobación convierte las disposiciones del tratado en normas con validez interna, **con el mismo grado jerárquico de la ley.**

La gran mayoría de los tribunales nacionales, en caso de oposición clara entre ley y tratado, si la ley es posterior aplican la ley, considerando derogado el tratado. Eduardo Jiménez de Aréchaga señala que ello no quiere decir que el tratado pierda vigencia, ya que debe accederse si el otro Estado reclama una reparación patrimonial por violación del tratado.

Para Aguirre Ramírez, la ley que se opone al tratado es ilegítima, no por ser contraria al tratado, sino por ser contraria a la Constitución que respalda la obligatoriedad de todo tratado en vigor, regularmente celebrado por el país.

El tratado tiene, para él, el valor y fuerza que le da el Derecho internacional. Si es contrario a la Constitución vigente es inválido:

- a) para el Derecho interno, porque modifica la Constitución; y
- b) para el internacional porque las reglas sobre competencia para celebrar tratados se delegan a la Constitución de cada Estado, la que establece

los órganos que han de participar en ello (limitación formal), y qué no podrán contratar (limitación sustancial).

## 8.7. Condiciones de validez de los tratados

**La capacidad** para celebrar tratados es, según señala Aguirre Ramírez, inherente a la calidad de Estado, o resulta de las cartas constitutivas respectivas para los organismos internacionales. Dicha capacidad se ejerce por delegación del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional de cada país, por los órganos competentes.

**El consentimiento** puede verse viciado por error, violencia o dolo. No se admite, en cambio, la lesión, como vicio del consentimiento.

**El objeto** debe ser posible y lícito. Aguirre Ramírez cita como ejemplo, la nulidad que derivaría de incluir en un tratado, cláusulas de cesión de un territorio ajeno.

## 8.8. Efectos de los Tratados

### a) Entre las partes

Las partes quedan obligadas por las disposiciones del tratado y deben ejecutarlo de buena fe: "*Pacta sunt servanda*", e integralmente.

### b) Respecto a terceros Estados

El tratado no crea obligaciones ni derechos para terceros Estados, sin su consentimiento, según resulta del artículo 34 de la Convención de Viena: "*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*".

Sin embargo, la posición no es tan terminante en lo que tiene que ver con la creación de derechos en favor de terceros Estados. Así, diversos artículos de la Carta de las Naciones Unidas y de otros documentos internacionales contienen estipulaciones para otros, transformándose dicho mecanismo en un procedimiento eficaz para dar alcance general a reglas que sólo cuentan con el acuerdo de un número limitado de Estados.

Una disposición propuesta por la Comisión de Derecho Internacional, aprobada en Viena, establece que se requiere el asentimiento del Estado beneficiario, pero se presume que el mismo existe mientras no haya indicación en contrario.

## 8.9. Extinción de los Tratados

Cuando son multilaterales, lo que se extingue, en general, son las obligaciones que los tratados imponen a uno de los Estados partes, las que siguen en vigor para los otros. Cuando son bilaterales, la extinción de los tratados supone la cesación de sus efectos.

La extinción puede deberse a causas intrínsecas (previstas en el propio tratado) o extrínsecas. Ejemplo de las primeras son el cumplimiento del plazo

o la condición resolutoria y la ejecución del tratado o su denuncia. Ejemplo de las segundas son la imposibilidad física de ejecutarlos, la fuerza mayor y el mutuo disenso.

La cláusula “*rebus sic stantibus*” pone fin a un tratado de vigencia indefinida, cuando se producen cambios fundamentales en las circunstancias que determinaron su conclusión.

El tratado es un **acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinado a producir efectos jurídicos -esto es crear, modificar o suprimir una relación jurídica- regido por el Derecho Internacional.**

Su formación tiene las siguientes **instancias**: negociación, adopción del texto, autenticación, ratificación, entrada en vigor, adhesión si correspondiere, registro y publicación, depósito.

**La tesis dualista** de las relaciones entre Derecho interno e internacional sostiene que ambos sectores del Derecho tienen **diferente fundamento y diferentes sujetos**. El Derecho interno se funda en la voluntad de un solo Estado; el internacional lo hace en la voluntad común de los Estados. Los sujetos del Derecho interno son los individuos, en relación de subordinación con el que crea el ordenamiento jurídico; para el internacional, los sujetos son los Estados vinculados por relaciones de coordinación con base en el contrato.

**La tesis monista** sostiene, en cambio, que el Derecho internacional obliga y faculta a los Estados de manera inmediata, y lo hace de manera mediata con los individuos, por intermedio del orden jurídico estatal, existiendo una unidad del sistema jurídico que comprende al orden jurídico nacional y al internacional.

Para **Justino Jiménez de Aréchaga, la ley que aprueba el tratado tiene doble significación**: a) para el Derecho internacional, por ella el Estado se obliga a cumplir con el tratado; y b) para el Derecho interno, se trata de una regla jurídica nacional con igual contenido normativo que dicho tratado.

Para **Eduardo Jiménez de Aréchaga**, si la ley reprodujera el tratado, éste entraría en vigor en la esfera interna, a los diez días de su publicación; sin embargo, lo hace luego del canje o depósito de ratificaciones.

Para **Aguirre Ramírez**, sólo **adquiere valor y fuerza de ley, en virtud de la aprobación parlamentaria, la disposición única que recoge dicha aprobación.**

Para **Korzeniak** la aprobación de un tratado por el Parlamento convierte sus **normas en normas con validez interna, en el mismo grado jerárquico que una ley.**

El **efecto del tratado entre las partes** es que quedan obligadas por sus disposiciones, debiendo ejecutarlo de buena fe. **Respecto de terceros Estados, el tratado no crea obligaciones ni derechos, sin su consentimiento**, según resulta del artículo 34 de la Convención de Viena.

## **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cómo se define el Tratado?
2. ¿Cuáles son las etapas en la formación del tratado?
3. Explique brevemente las tesis monista y dualista de la relación entre Derecho Interno y Derecho internacional
4. ¿Qué naturaleza jurídica tiene la ley aprobatoria del tratado?
5. ¿Cuáles son los efectos del tratado entre las partes y frente a terceros Estados?

## **BIBLIOGRAFÍA:**

AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo, 1997, Derecho Legislativo. Teoría General de la Ley, FCU, Montevideo.

ANZILOTTI, Dionisio, Corso di Diritto Internazionale, T. I, citado por Aguirre Ramírez, ob. cit.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, PAOLILLO, Felipe, ARBUET VIGNALI, Heber, 1971, Los tratados como fuente del Derecho Internacional, servicio de Documentación Jurídica, Ficha N° 66, FCU, Montevideo.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, 1959, Curso de Derecho Internacional Público, Montevideo.

KELSEN, Hans, 1982, Teoría pura del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales 20, UNAM, México.

MATA, Carlos, 2000, La Jerarquía de los Tratados en Nuestro Derecho: Una Relectura, Anuario de Derecho Administrativo, T. VIII, FCU, Montevideo.

MARTINS, Daniel Hugo, 1998, Los tratados internacionales como fuente del Derecho Administrativo, en Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

ROTONDO, Felipe, 2010, Fuentes del Derecho Administrativo: los Tratados, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 1, La Ley Uruguay, Montevideo.

TRIEPPEL, Hans, 1899, Volkerrecht und Landersrecht, 1989, citada por Aguirre Ramírez, ob. cit.

## 9. El Derecho de la Integración<sup>5</sup>

### 9.1. El sujeto de Derecho cuya voluntad expresan los órganos creados en el marco del Tratado de Asunción

El tema de la jerarquía normativa de las disposiciones que integran el llamado Derecho de la Integración formulado en el MERCOSUR, nos lleva a la cuestión de cuál es el sujeto de Derecho cuya voluntad expresan los órganos creados en el marco del Tratado de Asunción.

#### A. Análisis de la cuestión antes de Ouro Preto

En el ámbito del Derecho Internacional, Barberis (cit. por ARBUET, 1992) afirma que **sujeto es todo aquél cuya conducta está prevista directa y efectivamente en el Derecho Internacional con el contenido de un derecho o una obligación**. Por su parte, Jiménez de Aréchaga (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Los sujetos del Derecho Internacional) distingue la **personalidad jurídica del Estado -sujeto básico y primario del Derecho Internacional**, creador de los demás sujetos del Derecho de Gentes, que tiene la suma de derechos y deberes que reconoce el Derecho Internacional- de la **personalidad de las organizaciones internacionales intergubernamentales, sujetos creados por los Estados, derivados o secundarios**, que sólo pueden hacer aquello para lo que están autorizados por sus documentos constitucionales.

Agrega este autor: *"cabría sustentar que todo organismo internacional de carácter institucional formado por acuerdos entre Estados es sujeto de Derecho Internacional, aun cuando sea un sujeto de una capacidad muy limitada. En efecto, todo organismo internacional, cualquiera sea el carácter de sus cometidos o la naturaleza de su función, tiene por lo menos un derecho y un deber, que le son conferidos directamente por el ordenamiento internacional, por el tratado que les sirve de base: el derecho y el deber de ejercer su propia competencia. Si tienen ese derecho y ese deber conferidos por el ordenamiento internacional es que son sujetos de derecho internacional, por cuanto ello evidencia la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. No en otra cosa existe la personería jurídica"*.

Arbuet (ARBUET, 1992) -analizando la evolución de la práctica y la doctrina en el tema- señala que, **después de mediados del siglo XX, se ha profundizado la tendencia iniciada a fines del siglo anterior,**

---

<sup>5</sup> Versión corregida por la autora, de: VÁZQUEZ, Cristina, 1995, Análisis de algunos aspectos de la integración en el MERCOSUR, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, en Estudios multidisciplinarios sobre el MERCOSUR, Ed. Facultad de Derecho, Montevideo.

**reconociendo personería jurídica internacional a las organizaciones internacionales intergubernamentales.** El autor concluye su estudio afirmando que en el actual momento histórico, considera a dichas organizaciones, sujetos del Derecho Internacional Público.

Con referencia al Tratado de Asunción, Abreu (ABREU, 1991) se preguntaba si la estructura por él creada constituía un organismo internacional. A los efectos del análisis, verificaba la existencia en dicha estructura, de los **elementos indicados por Bastid como caracterizantes de las organizaciones internacionales:** a) acción concertada entre Estados soberanos, b) destinada a prolongarse en el tiempo, c) con un objetivo de interés común, d) que lleva implícita la existencia de órganos dotados de poderes propios y autónomos, e) con cierto grado de personalidad jurídica.

Así, comprobaba que se cumplían los tres primeros de los requisitos mencionados.

En cuanto a la existencia de órganos dotados de poderes propios y autónomos, y de cierto grado de personalidad jurídica, señalaba: *"se le ha otorgado a sus órganos la facultad de tomar decisiones autónomas a los efectos de cumplir con los fines del Tratado (el establecimiento de un Mercado Común)".* Y luego añadía: *"si existen órganos dotados de ciertas competencias de administración, ejecución o decisión en la esfera internacional, dentro de un tratado internacional, hay una presunción muy clara de que estamos frente a un tratado constitutivo de un organismo internacional"..... "la atribución de competencias hecha por los Estados Partes a la organización internacional (a través del Tratado Constitutivo), la convierte en titular de derechos y obligaciones y por ello en un sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica internacional".*

Sin perjuicio de lo expresado, observaba el autor, que el Tratado de Asunción **no generaba una estructura permanente sino transitoria**, que no estaba dotada del *"jus tractatum"*, del *"jus legationem"*, de la capacidad de formular reclamaciones internacionales, etc. También planteaba un aspecto terminológico, cual era la permanente referencia del Tratado a los Estados Partes, cuando sería más acorde con la intención de configurar una organización internacional, que se utilizara la expresión *"Estados Miembros"*.

Concluía señalando que si bien no habría sido intención de los Estados signatarios del Tratado de Asunción, la creación de un organismo internacional, asistíamos a lo que podíamos llamar su *"concepción"*, ya que la organización por él creada rebasaba los límites específicos de los acuerdos de cooperación tipo, sin llegar a enmarcarse adecuadamente en la figura del organismo internacional. Sugería, definirlo, entonces, como un organismo internacional en *"statu nascendi"*, cuya madurez se alcanzaría o no en virtud de su posterior evolución.

Reconociendo lo opinable de la cuestión, coincidíamos con Abreu, en el sentido de que probablemente no estaba en la intención de los Estados

signatarios, el otorgamiento de la calidad de sujeto de Derecho, a la estructura provisoria creada por el Tratado.

Considerando que -tal como afirma la teoría pura del Derecho- el sujeto de Derecho es el titular de derechos y de obligaciones, y que -como señalaba Jiménez de Aréchaga- la organización tiene por lo menos un derecho y un deber: el de ejercer su competencia, podía llegar a concluirse que la organización creada por el Tratado de Asunción, configuraba, siquiera en forma muy limitada o restringida, un sujeto de Derecho.

Sin embargo, algunos de los aspectos señalados en la caracterización general de dicha estructura orgánica, nos inclinaban a colocarnos en una posición más próxima a la de Abreu, en el sentido de que estábamos ante un sujeto de Derecho en proceso de gestación.

**Este sujeto, que Abreu consideraba en "*statu nascendi*" cuando escribió su trabajo en 1991, prosiguió desde entonces su maduración, superando incluso alguna de las observaciones que el autor formulaba.** Tal la que tiene que ver con el sistema de solución de controversias establecido en el Anexo III, en cuanto no preveía ningún órgano tercero respecto a las Partes, que dirimiera los diferendos que pudieran surgir entre ellas. Dicha objeción fue superada por la previsión de tribunales arbitrales, primero en el Protocolo de Brasilia y, luego, en el Protocolo de Olivos (derogatorio del anterior). En efecto, el 1° de enero de 2004, con la entrada en vigor del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, celebrado el 18 de febrero de 2002, quedó derogado el Protocolo de Brasilia. El Protocolo de Olivos crea el Tribunal Permanente de Revisión, órgano jurisdiccional conformado por árbitros permanentes, cada uno de la nacionalidad de los miembros del MERCOSUR.

El proceso de integración ha continuado a través de los años, creándose nuevos órganos, como el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos, el Instituto Social del MERCOSUR, el Parlamento del MERCOSUR (PARLASUR), la Secretaría del MERCOSUR y el Tribunal Permanente de Revisión.

En el tiempo en que Abreu realizaba su análisis, entonces, no cabía sino responder que los órganos del MERCOSUR todavía expresaban la voluntad de los Estados signatarios, cuyos representantes los integran. Solo podía verse como una primera manifestación en un sentido diferente, la obligatoriedad consagrada respecto de la jurisdicción y pronunciamientos del Tribunal Arbitral.

## **B. Después de Ouro Preto**

Hoy nos encontramos con las disposiciones contenidas en el **Capítulo II del Protocolo de Ouro Preto, de 17 de diciembre de 1994**, la primera

de las cuales establece que **el MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional** (artículo 34). Resulta, entonces que, a partir de la vigencia de este Protocolo, debemos considerar completado el proceso de gestación de la personalidad jurídica del MERCOSUR.

Como expresaba Aréchaga, este nuevo sujeto del Derecho Internacional será titular del derecho y del deber de ejercer la competencia que le ha sido atribuida.

Los artículos 35 y 36 establecen, además, que podrá, en el uso de sus atribuciones, practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial, contratar, adquirir o enajenar bienes muebles o inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias, y que celebrará acuerdos de sede.

## 9.2. El Derecho del MERCOSUR

### A. ¿Derecho de la Integración o Derecho Comunitario?

El Derecho de la Integración ha sido definido por Zelada Castedo (ZELADA CASTEDO, cit. por Ruiz Diaz Labrano), como el *"conjunto de normas jurídicas que regulan un proceso de integración entre dos o más países"*.

Como observa el Profesor Eugenio Xavier de Mello (XAVIER DE MELLO, 1993), procede distinguir el Derecho de la Integración, del Derecho Comunitario, aunque en la mayor parte de la bibliografía sobre el tema ambas denominaciones se utilizan como sinónimas.

En efecto: el primero refiere a normas que regulan el proceso de la integración, en tanto que las normas del segundo emanan de los órganos de la comunidad económica ya conformada.

Los autores suelen distinguir las siguientes **modalidades que puede adoptar la integración económica**: la zona de libre tránsito o libre comercio, la unión aduanera, el mercado común, y la comunidad económica.

Parte de la doctrina las caracteriza como etapas en la integración económica, porque cada una de ellas, en el orden en que han sido mencionadas, implica un avance en este proceso, respecto de la anterior.

En este sentido, Mazz (MAZZ, Addy, 1977) toma -para conceptualizar a la *"zona de libre tránsito o libre comercio"*- la definición dada por el G.A.T.T.: *"un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas con respecto a lo esencial de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio"*.

Expresa la autora que las demás formas de integración suponen siempre algo más, un plus sobre la zona de libre comercio.

En la *"unión aduanera"* se adiciona la adopción de un arancel común para los productos de extrazona.

El “*mercado común*” agrega la libre circulación de los factores de producción: el trabajo y el capital. Sus pilares son las llamadas libertades fundamentales: libre circulación de mercaderías, de personas, de capitales y libre prestación de servicios.

La “*comunidad económica*” implica, además, una armonización de las políticas fiscales y monetarias en los países que la integran. En un sentido más amplio se habla de la coordinación de política macroeconómica.

Como expresa Abreu, el artículo 1° del Tratado de Asunción señala un compromiso definitivo de las partes de constituir un Mercado Común, sin perjuicio de que existan otras disposiciones o referencias dentro del Tratado, que puedan alentar la posibilidad de llegar a etapas más ambiciosas. De acuerdo con ello, no sería correcto utilizar la expresión “*Derecho Comunitario*”, para referir al Derecho del MERCOSUR, y resultaría más preciso emplear la locución “*Derecho de la Integración*”.

## B. Caracterización

En la definición que adoptáramos de Derecho de la Integración, aparece señalada la “*singularidad*” de cada fenómeno integrador, que elige -de acuerdo con sus características particulares- los instrumentos técnicos y jurídicos más idóneos para el logro de los objetivos propuestos.

Ha sido marcada como **nota del Derecho de la Integración**, su “**autonomía**” respecto del Derecho Internacional y del Derecho Interno de los Estados.

Si bien el Derecho de la Integración tiene su génesis en el Derecho Internacional Público, en su desarrollo se ha independizado de aquél.

Como acertadamente observa Arbuet (ARBUET, El problema de los sujetos de Derecho Internacional), “... *para beneficio de la claridad conceptual y la posibilidad de comunicación inteligible, la expresión **Derecho Internacional Público** debe reservarse al conjunto de normas jurídicas que concreta su proceso de aparición a mediados del siglo XVII, para regular las relaciones entre los llamados Estados nacionales, los que aun hoy siguen existiendo, mantienen y defienden sus más importantes características, entre ellas el atributo de la soberanía, y siguen denominando a las reglas que regulan la mayoría de sus relaciones Derecho Internacional Público.*”

También podría calificarse al Derecho de la Integración, como un Derecho “**novísimo**”, ya que comienza a desarrollarse hace pocas décadas, en relación con el surgimiento de los recientes procesos de integración. Trátase, por las mismas razones, de un Derecho **en plena formación y en continua transformación**, en cuanto debe adaptarse a la evolución de los fenómenos integradores que regula.

**Otros caracteres mencionados por la doctrina son propios del Derecho Comunitario, pero no del Derecho de la Integración.** Tal lo

que ocurre con los rasgos siguientes, enumerados por Ekmekdjian (EKMEKDJIAN, 1994), que lo distinguen de otras ramas del Derecho:

a) **Aplicabilidad inmediata o automática.**

Sus normas resultan inmediata y automáticamente aplicables en el ámbito interno de los Estados miembros, sin necesidad de una norma de Derecho Interno que las adopte.

b) **Aplicabilidad directa.**

Las normas comunitarias que sean directamente operativas o "*self executing*" **tienen aptitud para generar derechos y obligaciones para los particulares de los Estados miembros, a los que se reconoce legitimación para exigir ante sus jueces nacionales**, la aplicación de dichas normas comunitarias.

c) **Aplicabilidad por los tribunales nacionales.**

Como consecuencia de las características antes mencionadas, **los tribunales de los Estados miembros de la Comunidad son órganos jurisdiccionales que aplican el Derecho Comunitario**. Todo juez nacional de los Estados miembros es al mismo tiempo juez comunitario.

En consecuencia, tiene lugar una distribución de funciones entre el juez nacional y el juez comunitario, actuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad, como tribunal de alzada de todos los jueces nacionales, ejerciendo el control de constitucionalidad y unificando la jurisprudencia interpretativa de las normas comunitarias.

d) **Supremacía.**

Las normas comunitarias tienen supremacía respecto de las de Derecho Interno de los Estados miembros.

En aplicación del principio de supremacía, prioridad, prevalencia o primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno de los Estados miembros, se producen los efectos denominados: "*preclusión*" ("*preemption*" en el Derecho norteamericano, "*sperrwirkung*" en los federalismos germánicos), y "*desplazamiento*".

La "*preclusión*" designa el efecto que se produce cuando se sitúa una regulación como propia de los órganos comunitarios; desde ese momento esa regulación queda cerrada, precluida a la competencia normativa de los Estados miembros.

El efecto de preclusión determina que las normas de los Estados miembros existentes en las materias que pasan a ser de competencia de los órganos comunitarios pierdan su eficacia. A este efecto reflejo de aquél se lo llama "*desplazamiento*" de la norma estatal anterior por la norma comunitaria posterior.

Como es fácil apreciar, el **Derecho del MERCOSUR** presenta los **caracteres anotados como propios del Derecho de la Integración, no los propios del Derecho Comunitario.**

### **C. Las fuentes jurídicas del MERCOSUR**

Cabe distinguir un **Derecho Primario u Originario de la Integración**, y un **Derecho Secundario o Derivado de la Integración**: expresión del **poder constituyente**, el primero; y de los **poderes constituidos**, el segundo.

En el **Derecho Originario del MERCOSUR** entrarían:

- a) el Tratado de Asunción con sus Anexos,
- b) el Protocolo de Olivos antes mencionado, y
- c) el Protocolo de Ouro Preto, de 17 de diciembre de 1994.

Integrarán también el Derecho Originario, los complementos y modificaciones que se realicen. A ellos refiere, como fuente jurídica, el artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto, en sus numerales I y II.

El **Derecho Derivado** -al que en forma muy genérica refieren los artículos 10 y 16 del Tratado, y al que se alude con mayor precisión en el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común, en el Protocolo de Olivos y en el Protocolo de Ouro Preto- se integraría del modo siguiente:

a) **Directivas** emanadas de las Cumbres de Jefes de Estado. Estas reuniones han sido consagradas por la costumbre, y tienen una referencia normativa en el artículo 11 del Tratado, que prevé la presencia de los Presidentes de los Estados Partes, por lo menos una vez al año, en las reuniones del Consejo.

b) **Decisiones del Consejo** como **órgano superior** del Mercado Común, al que corresponde su **conducción política**. Estas decisiones tienen por finalidad, asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercado Común (artículo 10 del Tratado y artículos 3, 9 y 41 del Protocolo de Ouro Preto).

c) **Resoluciones del Grupo Mercado Común** (artículos 15 y 41 del Protocolo de Ouro Preto y artículo 10 del Reglamento Interno).

d) **Directivas o propuestas de la Comisión de Comercio** (artículos 20 y 41 del Protocolo de Ouro Preto).

e) **Recomendaciones** emanadas del Grupo Mercado Común, relativas a las modalidades que considere más adecuadas para concretar la instrumentación y ejecución del Tratado (artículo 4, literal a) del Reglamento Interno); recomendaciones de los Subgrupos de trabajo, Comisiones o Reuniones especializadas (artículo 21 del Reglamento Interno); recomendaciones de la Comisión Parlamentaria Conjunta (artículo 26 del Protocolo de Ouro Preto y artículo XV de su Reglamento); recomendaciones

del Foro Consultivo Económico-Social (artículo 29 del Protocolo de Ouro Preto).

f) **Actas** que reflejan las conclusiones emanadas de reuniones de los diferentes órganos del Tratado: Grupo, Reuniones de Ministros, Subgrupos de trabajo, Comisiones, Reuniones especializadas (artículos 9, 16 y 23 del Reglamento Interno).

g) **Derecho judicial** que emane de la jurisprudencia del Tribunal Arbitral.

h) **Acuerdos sectoriales** suscritos por los empresarios de los distintos sectores comerciales, industriales y de servicios o por las cámaras que los nuclean, con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes (artículo 5, literal d) del Tratado).

Corresponde señalar que aun no se ha perfilado una distinción entre actos de alcance general y actos de alcance particular, habiéndose dictado, tanto decisiones como resoluciones, con uno u otro alcance.

En cuanto al **Derecho Derivado no escrito**, no parece que pueda hablarse aun, de la existencia de Principios Generales de Derecho de la Integración o de Derecho Consuetudinario de la Integración, en el marco del Tratado de Asunción. Se ha señalado como área en la que la costumbre ha tenido influencia, la relativa al procedimiento para la toma de decisiones.

Con relación a la **jerarquía normativa de las diferentes manifestaciones del Derecho de la Integración** que vienen de mencionarse, podría decirse que la misma ha sido perfilada por el artículo 34 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias: *"Derecho aplicable 1. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia. 2. La presente disposición no restringe la facultad de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc o la del Tribunal Permanente de Revisión cuando actúe en instancia directa y única, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 (refiere al acceso directo al Tribunal) de decidir la controversia ex aequo et bono, si las partes así lo acordaren. "*

**Del orden en que se enumeran las diferentes fuentes normativas, puede inferirse** la mayor jerarquía del Derecho Originario, así como la de las decisiones respecto de las resoluciones.

Son también convocados, los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia, en solución que no compartimos por entender que el Derecho de la Integración consagra principios propios y

diferentes de los del Derecho Internacional. En todo caso, las normas y principios de este Derecho podrían ser considerados como fuente supletoria o subsidiaria, a falta de reglas y principios propios del Derecho de la Integración.

Vale destacar la previsión del numeral 2 del artículo mencionado, en cuanto estatuye, asimismo, la facultad del Tribunal, de decidir una controversia "*ex aequo et bono*", si las partes así lo convinieren.

### **9.3. Internalización de las normas del MERCOSUR**

El artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto establece que una vez aprobada la norma emanada de un órgano del MERCOSUR, los Estados Partes "*adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional*". A su vez, el artículo 42 dispone que, cuando sea necesario, las normas "*deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.*"

**Estas disposiciones no resultan compatibles con una solución de supranacionalidad, en cuanto requieren el dictado de actos de internalización o incorporación de las normas del MERCOSUR, al Derecho interno.**

### **9.4. Aspectos constitucionales de una solución de supranacionalidad**

Los autores que se ocupan del tema entienden necesaria la adopción de una solución de supranacionalidad, que permita profundizar el desarrollo de un Derecho de la Integración en el marco del Tratado de Asunción.

Esta necesidad se enfrenta con la interrogante de si las Constituciones de los Estados, en particular aludiremos a los Estados Partes fundadores, permiten la adopción de dicha solución de supranacionalidad o requieren una reforma en tal sentido.

La Constitución de la República Argentina de 1994, prevé en su artículo 75, numeral 24, que corresponde al Congreso: "*Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*"

La Constitución brasileña de 1988 prevé en su artículo 4º, que "*la República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, teniendo en vista la formación de una comunidad Latinoamericana de Naciones.*" También esta Constitución establece como competencia del Congreso, la resolución definitiva sobre tratados, acuerdos u otros internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional (artículo 49).

La Constitución de la República del Paraguay de 1992 dispone en su artículo 145 que dicha República, *“en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.”*

La Constitución de la República Oriental del Uruguay prevé la integración, en el segundo inciso del artículo 6º: *“La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”*. El artículo 85, numeral 7º comete al Poder Legislativo, la aprobación por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, de los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.

**Del repaso de las normas constitucionales de los cuatro Estados Partes fundadores, resulta que las de Argentina y Paraguay habilitan expresamente soluciones de supranacionalidad; las de Brasil y Uruguay, en cambio, sólo contienen normas que habilitan la integración.** Estas normas, sin embargo, no prevén la posibilidad de inserción en un sistema de integración que implique una solución de carácter supranacional.

En consecuencia, parece ineludible la procedencia de reformas constitucionales que faculten la adopción de soluciones de supranacionalidad en el marco de la integración.

En lo que refiere concretamente a nuestro país, el **artículo 82 de la Carta** establece que la Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana, y agrega que *“su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución, todo conforme a las reglas expresadas en la misma”*.

Vale decir que no existe otra forma de ejercicio de la soberanía, que las expresamente facultadas por la Constitución de la República. Ella se ejerce directa o indirectamente. En los casos de ejercicio indirecto, el mismo se restringe a los Poderes representativos establecidos por la Carta, en un todo de conformidad con las reglas que ella expresa.

**Corresponde examinar en qué medida, entre estas reglas, está prevista la potestad para transferir o delegar atribuciones.**

La Constitución sólo atribuye potestad delegatoria al Poder Ejecutivo en su forma de actuación Consejo de Ministros (artículo 168, numeral 24); a

los Ministros (artículo 181, numeral 9), y a los Intendentes (artículos 262, 278 y 280).

Como acertadamente expresa Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, 1988): *"Las atribuciones constitucionales de los demás órganos son indelegables, incluso en aquellos casos en que la ley está autorizada por la Constitución para ampliar la competencia de un órgano dándole atribuciones no previstas en el texto constitucional. La ley podría, en estos casos, conferir al órgano la atribución de delegar sus atribuciones, pero sólo podría ser ejercida respecto de las atribuciones de origen legal (o reglamentario si cupiera en el caso la determinación por reglamento de atribuciones nuevas), nunca frente a las atribuciones de origen constitucional directo"*.

Esta conclusión del autor se funda en que la delegación de una atribución constitucional implica admitir un modo de ejercicio de dicha atribución, distinto del que la Constitución previó, y ello sólo sería constitucionalmente legítimo si la propia Constitución previera la posibilidad de la delegación.

Los órganos de competencia constitucionalmente cerrada, no facultados por la Carta para delegar sus atribuciones -como la Asamblea General, la Cámara de Representantes, la Cámara de Senadores, la Comisión Permanente, la Presidencia de la República, el Consejo de Ministros como órgano autónomo, la Convención Nacional Constituyente y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (su competencia puede ampliarse por ley, sólo en el sentido de atribuirle conocimiento del contencioso de reparación)- no pueden, pues, delegar atribuciones. Ello, porque la Constitución no les dio esa facultad y porque su competencia no puede ser ampliada por ley.

En lo que refiere a la posibilidad de *"transferir"* atribuciones -cuyas consecuencias desde el punto de vista jurídico serían mucho más severas en cuanto implicaría que los órganos se desprendieran de dichas atribuciones- corresponde considerar lo que con acierto expresa Cajarville (CAJARVILLE PELUFFO, 2010): *"En Derecho público, la competencia supone una norma que la atribuya; por principio, esa norma debe ser de superior jerarquía que aquéllas que dicta el tributario; no se concibe que ningún órgano se confiera a sí mismo competencia; las normas que la regulan son de orden público, inderogables e inalterables por el órgano competente, para quien su ejercicio constituye una obligación"*.

De lo expuesto resulta con claridad, la necesidad para nuestro país, de una reforma constitucional que habilite la transferencia o delegación de potestades en órganos supranacionales.

Correa Freitas ha afirmado, en cambio, en su Introducción al Derecho Constitucional, que el artículo 6° de la Carta, si bien se trata de una norma programática, permite la existencia de un Derecho Comunitario, y *"habilita a los órganos públicos internos del Estado para que comprometan al Uruguay como miembro de un organismo supranacional"*. (CORREA FREITAS, 1988).

Es sujeto de Derecho Internacional todo aquél cuya conducta está prevista directa y efectivamente en dicho Derecho con el contenido de un derecho o una obligación. Cabe distinguir la personalidad jurídica del Estado -sujeto básico y primario del Derecho Internacional, creador de los demás sujetos del Derecho de Gentes-, de la personalidad de las organizaciones internacionales intergubernamentales, sujetos creados por los Estados, derivados o secundarios, que sólo pueden hacer aquello para lo que están autorizados por sus documentos constitucionales.

Los elementos caracterizantes de las organizaciones internacionales son: a) acción concertada entre Estados soberanos, b) destinada a prolongarse en el tiempo, c) con un objetivo de interés común, d) que lleva implícita la existencia de órganos dotados de poderes propios y autónomos, e) con cierto grado de personalidad jurídica.

El Tratado de Asunción preveía la creación de un sujeto en formación, que no se enmarcaba adecuadamente en la figura del organismo internacional. Este sujeto en "*statu nascendi*" prosiguió su maduración, con el Protocolo de Ouro Preto que establece la personalidad jurídica de Derecho Internacional del MERCOSUR, y con la institucionalización de su sistema de solución de controversias (en los sucesivos Protocolo de Brasilia y Protocolo de Olivos).

El Derecho de la Integración ha sido definido como el "*conjunto de normas jurídicas que regulan un proceso de integración entre dos o más países*". En cambio, el Derecho Comunitario emana de los órganos de una comunidad de naciones ya conformada.

El Derecho de la Integración se caracteriza por su singularidad, autonomía respecto del Derecho Interno y el Derecho Internacional, y su cualidad de estar en plena formación y en continua transformación.

El Derecho Comunitario tiene, además, las características de aplicabilidad inmediata o automática, aplicabilidad directa, aplicabilidad por los tribunales nacionales y supremacía respecto del Derecho Interno.

En el Derecho de la Integración es distinguible el Derecho Originario (expresión del poder constituyente) y el Derivado (expresión de los poderes constituidos).

La jerarquía normativa de las diferentes manifestaciones del Derecho de la Integración en el MERCOSUR puede inferirse del orden de enumeración que realiza el artículo 34 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias.

La forma en que el artículo 82 de la Constitución de la República define el ejercicio de la soberanía plantea una dificultad para una solución de supranacionalidad.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cómo define al sujeto de Derecho Internacional y cuáles son sus especies?
2. ¿Cuál es la diferencia entre Derecho de la Integración y Derecho Comunitario?
3. ¿Cuál es la naturaleza del MERCOSUR antes y después de los Protocolos de Ouro Preto y Olivos?
4. ¿Qué fuentes integran el Derecho originario y el Derecho derivado del MERCOSUR?
5. ¿Cuál es la jerarquía normativa del Derecho del MERCOSUR?
6. ¿Puede hablarse de supranacionalidad en el MERCOSUR?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

ABREU, Sergio, 1991, MERCOSUR e integración, Montevideo.

ARBUET, Heber, 1992, El problema de los sujetos del Derecho Internacional, en Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho N° 7, Montevideo.

ARBUET, Heber, 1991, El concepto de soberanía y el ingreso al MERCOSUR, Revista Jurídica del CED, N° especial, Montevideo.

BARBAGELATA, Aníbal, 1974, Teoría del Estado, Montevideo.

CAJARVILLE, Juan P., 1988, La delegación de atribuciones. en Dos estudios de Derecho Administrativo, Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1973, La delegación de atribuciones, en Estudios de Derecho Constitucional, Montevideo.

CORREA FREITAS, Ruben, 1988, Introducción al Derecho Constitucional, Montevideo.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, 1988, Instituciones de Derecho Internacional Público, España.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, 1994, Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR, Buenos Aires.

GÓMES CHIARELLI, Carlos y ROTA CHIARELLI, Matteo, 1992, Integracao: Direito e deber, Mercosul e Mercado Comum Europeu, San Pablo.

GONZÁLEZ NAVARRO, 1990, Fundamentos de la Europa comunitaria, en Revista de Derecho Administrativo, año 2, Buenos Aires

GROS Espiell, Héctor, 1991, MERCOSUR, El Tratado de Asunción, ediciones del IEEM, Montevideo.

GROS Espiell, Héctor, 1991, El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea, Revista Jurídica del CED, N° especial, Montevideo.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, Los sujetos del Derecho Internacional, en Curso de Derecho Internacional Público, Tomo II, FCU, Montevideo.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, LISSITZYN y otros, 1975, Curso de Derecho Internacional Público, Montevideo.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, La Constitución Nacional.

MAGARIÑOS, Gustavo, 1991, Uruguay en el MERCOSUR, Montevideo.

MAZZ, Addy, 1977, Gravámenes al comercio exterior, Montevideo.

MOLINA DEL POZO, Carlos, 1988, Derecho Administrativo y Derecho Comunitario, Las fuentes, España.

PRAT, Julio A., 1977, Derecho Administrativo, T. II. Las fuentes, la organización administrativa, Montevideo.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto y SILVA ALONSO, Ramón, 1993, El MERCOSUR, Marco jurídico institucional, análisis y perspectivas de sus normas derivadas, Asunción.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo.

Seminario de Integración y MERCOSUR, 1993, (publicación de la ONSC), Montevideo.

Seminario Internacional La dimensión jurídica de la integración, 1992, ALADI, Montevideo.

SCHWEITZER, Michael y HUMMER, Waldemar, 1987, Derecho europeo, Buenos Aires.

VÁZQUEZ, Cristina, 1995, Análisis de algunos aspectos de la integración en el MERCOSUR, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, en Estudios multidisciplinarios sobre el MERCOSUR, Ed. Facultad de Derecho, Montevideo.

VIEIRA, Manuel, 1967, La integración latinoamericana, en Alcances y aplicaciones de la nueva Constitución uruguaya, Montevideo.

XAVIER DE MELLO, e. 1993, La integración económica y el derecho, Montevideo. Colegio de Abogados.

## 10. Los Reglamentos

### 10.1. Definición

Los reglamentos son una especie del género **acto administrativo**, en el sentido amplio de esta expresión. Así surge del artículo 120 del Decreto del Poder Ejecutivo N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991.

El citado artículo, tras definir en su primer inciso al acto administrativo, en sentido amplio, como “*toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos*”, establece en el segundo: “**Llámase reglamento, a las normas generales y abstractas creadas por acto administrativo**”. En esta disposición se pone de manifiesto la distinción entre acto creador y norma creada (VÁZQUEZ, 1998).

Efectivamente; aunque en ocasiones se utiliza la expresión “*acto administrativo*” para hacer referencia solo a los actos de efectos subjetivos (a los que el mismo artículo 120 denomina resoluciones, caracterizadas por sus efectos particulares y concretos), los reglamentos también lo son.

Se trata de normas “*creadas*” por acto administrativo, es decir, se originan en una **manifestación unilateral de voluntad** de un órgano estatal actuando en función administrativa. El órgano que emite el reglamento actúa en ejercicio de la competencia que le ha sido asignada por una norma de Derecho objetivo (Constitución, Ley). Es en este sentido que los reglamentos son una clase de actos administrativos, al igual que las resoluciones.

**Por razones históricas, vinculadas con la configuración original de la función administrativa como “*ejecución*” de las leyes, cuando se empleaba la expresión acto administrativo, sin otra aclaración, se solía aludir comúnmente a los actos de efectos particulares y concretos, denominados “*resoluciones*”. Es claro, empero, en particular a la luz de nuestro Derecho positivo, que los reglamentos también son actos administrativos.**

### 10.2. Efectos

Los reglamentos son normas con “***efectos generales y abstractos***”.

Tienen **efectos generales** porque sus disposiciones no se dirigen a personas determinadas, sino a categorías más o menos amplias (por ejemplo: todos los habitantes de la república; todos los funcionarios pertenecientes a una categoría; todos los que practican una cierta profesión u oficio; todas las personas residentes en determinada área; etc).

Las personas a las que se dirigen no están individualizadas, o no son fácilmente individualizables mediante una simple operación material de ejecución. Habitualmente, para aplicar los efectos emanados del reglamento a

una persona determinada, será necesaria una resolución posterior que proceda a su individualización.

Los **efectos abstractos** refieren a las características de la hipótesis o supuesto normativo. El supuesto previsto en el reglamento no se agota en un único acto de ejecución, sino que, por su propia configuración, es susceptible de verificación posterior en un número -en principio- indeterminado de oportunidades.

**Puede decirse, en un sentido figurado, que los efectos de los reglamentos y de las resoluciones, tal como se definen en el artículo 120 del Decreto N° 500/991, se enfrentan como en un espejo. A los efectos generales y abstractos de los reglamentos se oponen los efectos particulares (hacia personas determinadas) y concretos (se agotan en un único acto de ejecución) que son propios de las resoluciones.**

### 10.3. Eficacia formal de los reglamentos

Según se ha expresado antes, la “*eficacia formal*” de una norma (también conocida como valor y fuerza normativa) alude a su posición en el ordenamiento jurídico, que supone su aptitud para modificar o suprimir situaciones preexistentes, así como su resistencia ante normas de inferior eficacia formal (o de menor valor y fuerza). Se la ha definido como “*la manera de ser de los efectos jurídicos del acto, en cuanto perteneciente a una categoría, su amplitud y modo de hacerlos cesar*” (CASSINELLI, 1957).

Ya hemos visto que los reglamentos son normas creadas por acto administrativo. Sin embargo, **su eficacia formal es superior a la de las resoluciones.**

Ello se debe a que, al mismo tiempo, son considerados **regla de Derecho** (o **acto regla**). Integran el elenco de las reglas de Derecho cuya vulneración por una resolución (acto de efectos particulares y concretos) puede habilitar el ejercicio de una acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 23 literal a, del Decreto-Ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984 - Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo-).

Como se analiza más adelante, esta superior eficacia formal respecto a las resoluciones se encuentra también en el fundamento del **principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.**

De manera inversa, la eficacia formal de los reglamentos, pese a sus efectos generales y abstractos, cede ante la eficacia formal que corresponde a la Constitución, a las Leyes, y a los principios generales del Derecho de nivel constitucional y legal. Por eso la emisión de los reglamentos, como toda la

actividad administrativa, se encuentra sujeta al respeto de las normas superiores del Ordenamiento y es, por lo tanto, una actividad sub-legal (en sentido amplio, o sea, sujeta a las normas de rango constitucional y legal).

#### **10.4. Fundamento de la potestad reglamentaria**

La potestad reglamentaria se ejerce por determinados órganos como una de las potestades jurídicas que integran su esfera de competencia. Obviamente, encontraremos muchas veces normas que otorgan expresamente esa potestad y regulan o limitan su ejercicio. En cambio, en numerosas oportunidades no encontraremos disposiciones que prevean el ejercicio de la potestad reglamentaria que, sin embargo, se entiende otorgada en forma implícita o natural.

En la formulación primigenia de la separación de poderes, la función administrativa resulta ser la que corresponde al Poder Ejecutivo, en tanto encargado de hacer cumplir las leyes (emanadas del Poder Ejecutivo) y las sentencias (del Poder Judicial). Aún hay vestigios de esta idea en el propio nombre de aquél poder del Estado, y en el artículo 274 de la Constitución, cuando alude a la función ejecutiva que corresponde a los Intendentes en los Gobiernos Departamentales.

**Prontamente se advirtió que la tarea de los órganos de gobierno no podía limitarse únicamente a la ejecución de las leyes mediante actos administrativos de efectos subjetivos.** Los Parlamentos conformados en Europa y América en el siglo XIX como resultado de la afirmación del constitucionalismo y de las primeras épocas del Estado de Derecho solo sesionaban durante ciertos períodos al año, y sancionaban leyes en materias específicas, normalmente de contenido presupuestal y de fomento de la actividad privada. El carácter general de la legislación impuso la necesidad de que los gobiernos interpretasen muchas de sus disposiciones, dando lugar a la emisión de normas inferiores y subordinadas a la Ley, pero sin la fuerza normativa de ésta.

Las teorías sobre los **fundamentos de la potestad reglamentaria** resultan así ser explicaciones y justificaciones a posteriori de un fenómeno político y normativo inicialmente espontáneo. Esas teorías pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) La potestad reglamentaria tiene su **fundamento en normas constitucionales y legales que la asignan expresamente.** Como veremos, hay normas que prevén esta potestad en ciertos órganos, pero esta concepción es insuficiente para explicar la emisión de reglamentos de organización interna, cuya existencia se admite aún en defecto de previsiones expresas.

b) La potestad reglamentaria **se fundamenta a su vez en la existencia de potestades para actuar discrecionalmente**. Esta idea tiene un núcleo de verdad, en tanto la necesidad de emitir reglamentos para poder cumplir disposiciones legales presupone la interpretación de las mismas en un determinado sentido, e inevitablemente con ciertos márgenes de apreciación.

c) Algunos autores europeos explican la aparición de los reglamentos como **consecuencia de un proceso histórico político desarrollado en el siglo XIX: una especie de “pacto” entre el principio democrático (expresado en la soberanía popular o nacional, y en las Leyes aprobadas por una asamblea representativa) y el principio monárquico (como resabio o vestigio de poder aún en manos de los monarcas, y expresado en la potestad reglamentaria)**. Es una idea eurocéntrica; desconoce que una evolución similar se produjo en las repúblicas hispanoamericanas, sin necesidad de ese presunto “pacto”. Se trata de una mistificación o pseudoexplicación.

d) La potestad reglamentaria es **inherente a la función administrativa**. En tanto las funciones legislativa y jurisdiccional se encuentran comúnmente mejor definidas, y por lo mismo existe bastante certeza, según los distintos Ordenamientos, sobre lo que se entiende por acto legislativo y por acto jurisdiccional, la función administrativa se manifiesta en distintas clases de actos jurídicos (que, entre nosotros, se enuncian en el artículo 120 del Decreto N° 500/991), y se expresa tanto en actos de efectos subjetivos, como de efectos generales. Asimismo, la potestad reglamentaria, sin perjuicio de la existencia de normas que regulen su ejercicio, se encuentra distribuida en el conjunto de las Administraciones públicas, ya sea para hacer posible la ejecución de normas constitucionales o legales, o para regular aspectos de organización interna.

Esta última, no obstante su amplitud, es la explicación más admitida entre nosotros (SAYAGUÉS LASO, 1974; PRAT, 1980; CAJARVILLE PELUFFO, 2007). Por lo tanto, puede concluirse en que la potestad reglamentaria es inherente -como dijimos- a la función administrativa (y por lo mismo, en defecto de normas expresas, corresponde al ejercicio de **potestades implícitas**), y se encuentra **distribuida en toda la Administración pública**, siendo ejercida en principio por todos los órganos que se encuentran en posición de centro o “*jerarca máximo*” en los sistemas orgánicos.

## 10.5. Clases de reglamentos

Existen diferentes tipologías aplicadas a los reglamentos.

Como sucede en general con las clasificaciones doctrinales, sucede frecuentemente que se haga referencia a diversas clasificaciones desde distintos puntos de vista, frecuentemente no excluyentes. Veremos algunas clasificaciones que suelen exponer los autores especializados, y luego nos detendremos en las categorías más relevantes para nuestro Derecho.

**a) Desde el punto de vista orgánico:**

- nacionales,
- de entidades descentralizadas,
- departamentales, y
- municipales.

Las dos primeras categorías corresponden a reglamentos de ámbito territorial nacional; la tercera y la cuarta se dan en el funcionamiento de los órganos de los Gobiernos Departamentales, y por eso tienen competencia espacial acotada. La importancia de esta clasificación se relaciona más con la materia regulada (que es la de la respectiva persona jurídica estatal), que con el ámbito geográfico.

**En esta conceptualización, los reglamentos nacionales son los que emanan de órganos del Estado, y los de entidades descentralizadas, los que provienen de órganos de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados. También, por eso, ambas clases tienen en principio alcance nacional. Los reglamentos departamentales son los que emanan del Intendente -o de algún órgano subordinado con competencia expresa-, y los municipales los que dictan los Municipios para su circunscripción.**

**b) De acuerdo a su vinculación con la ley:**

- subordinados,
- autónomos,
- delegados, y
- de necesidad.

Los dos últimos no existen en nuestro Derecho. Las dos primeras categorías sí son muy relevantes, y las examinaremos a continuación.

Los reglamentos delegados serían los que dictarían los órganos ejecutivos, de acuerdo con autorizaciones emanadas del Parlamento. En los hechos esta categoría, cuando lo que se delega es la potestad de actuar en materias de regulación legal, se confunde con los llamados “*decretos-leyes delegados*”. Los reglamentos de necesidad son aquellos que el gobierno o sus agentes pueden emitir ante situaciones de necesidad o urgencia, eventualmente sujetos a controles posteriores (PRAT, 1980). Ninguna de estas categorías ha sido recibida en nuestro Derecho.

c) Según su materia o contenido:

- de ejecución,
- de organización, y
- de policía.

Los de ejecución se emiten para complementar las leyes y hacer posible su cumplimiento. Los de organización regulan la estructura y el funcionamiento interno de las Administraciones públicas (y por eso la potestad para emitirlos se concibe como una potestad implícita e inherente a los órganos que están en la cúspide de los sistemas orgánicos). Los reglamentos de policía son los que emite el Poder Ejecutivo, para la regulación y mantenimiento del orden público. Analizaremos los reglamentos de ejecución y de policía en el siguiente apartado.

## 10.6. En particular: reglamentos subordinados, reglamentos de ejecución, reglamentos autónomos y reglamentos de policía

Como se expresó anteriormente, la doctrina distingue, considerando la vinculación del reglamento con la ley, entre reglamentos **subordinados**, por un lado, y por otro los reglamentos **autónomos**.

Sayagués Laso define a los reglamentos **subordinados** como “*aquellos que, dictados corrientemente para complementar la ley o asegurar su ejecución, están por lo mismo directamente subordinados a ella. La actividad reglamentaria en estos casos está fuertemente limitada y encauzada por la norma legal*” (1974: 128). Por otro lado, en referencia a la primacía (o superior eficacia formal) de la ley, el mismo autor expresa: “*Esta adecuación de la norma reglamentaria a la ley es aún más estricta en los reglamentos de ejecución, cuyo objeto es complementar aquélla para hacer posible su cumplimiento y asegurarlo. De ahí que no sólo deba respetar la letra de la ley, sino también su espíritu*”, sin perjuicio de que, aun estando subordinado estrictamente a la ley, “*tiene un campo de acción relativamente amplio y en cierta medida puede desarrollar el texto legal*” (1974).

Como puede advertirse, el autor define al reglamento subordinado y al reglamento **de ejecución** de la misma manera, ya que ambas categorías coinciden en su materia y su finalidad (explicar y desarrollar la ley, sin excederla, para hacer posible su cumplimiento). Son reglamentos “*secundum legem*”, en el sentido de que deben estar de acuerdo con una ley necesariamente preexistente, de la que derivan. En realidad, corresponden a distintas categorizaciones, lo que explica su identidad en los hechos.

**Así se explica que los autores proporcionen los mismos ejemplos de atribución de potestad reglamentaria subordinada y de ejecución, en los artículos 168 numeral 4° (para el Poder Ejecutivo) y 275 numeral 2° (para los Intendentes).**

Los reglamentos subordinados reciben esa denominación precisamente por oposición a los reglamentos **autónomos**. Estos últimos son, como expresa Sayagués Laso, “*los que la administración puede dictar en ejercicio de poderes propios que la constitución le atribuye, con prescindencia de si existe o no ley al respecto*” (1974).

La finalidad de los reglamentos autónomos es diversa a la de los reglamentos subordinados: no es hacer posible la ejecución de una ley, sino regular determinados ámbitos materiales por expresa disposición constitucional. Las razones de ello son variadas.

Las situaciones en las que la Constitución asigna directamente la potestad reglamentaria en forma autónoma son las siguientes: artículo 63 (estatutos de los funcionarios de los entes autónomos industriales y comerciales), artículo 105 (reglamentos de funcionamiento de las Cámaras legislativas), artículo 107 (estatutos de los funcionarios de las mismas Cámaras), artículo 166 (reglamentos internos del Consejo de Ministros), artículo 168 numeral 1º (reglamentos de policía), artículo 174 inciso segundo (redistribución de las competencias ministeriales), artículo 204 inciso segundo (estatutos de los funcionarios de los Entes Autónomos de enseñanza), artículo 211 literal F (ordenanzas de contabilidad del Tribunal de Cuentas), y artículo 221 (presupuestos de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales).

El carácter “*autónomo*” de estos reglamentos radica en su “*autonomía*” respecto a la ley; no se relaciona con la naturaleza jurídica del órgano competente para su emisión. Como vemos en los ejemplos transcritos, mediando norma constitucional habilitante, hay tanto reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo, como de las Cámaras legislativas, de los Entes Autónomos de enseñanza, y de órganos de contralor con autonomía funcional (como el Tribunal de Cuentas).

Los reglamentos **de policía** son los que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus poderes de policía, regulando la conducta de los particulares (SAYAGUÉS LASO, 1974).

Los reglamentos **de organización** son los que regulan la estructura y funcionamiento interno de las Administraciones públicas, ya sea de los sistemas orgánicos considerados como unidad funcional, o bien de la actuación de sus órganos (sobre todo, en este caso, en relación a los pluripersonales: quórum, formalidades, etc.). La especificidad en su finalidad justifica que se los aborde como una categoría separada, si bien tanto Sayagués Laso (1974) como Prat (1980) entienden que son reglamentos de ejecución, ya que complementan y desarrollan las leyes de creación de la administración de que se trate (normalmente aludidas, cuando se trata de los entes descentralizados, como leyes orgánicas o cartas orgánicas).

La opinión de esos autores ratifica la idea de que la potestad reglamentaria es de principio e inherente a la función administrativa, sin perjuicio de admitirse que la potestad de dictar reglamentos de ejecución por parte de órganos de gobierno se encuentra expresamente prevista en la Constitución. Véase “*supra*”. Sin embargo, Cassinelli Muñoz entiende que los reglamentos emanados de órganos de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados son autónomos (2009).

### 10.7. Extensión y límites de la potestad reglamentaria.

Existe actividad reglamentaria en toda la extensión de las Administraciones estatales. Donde hay ejercicio de función administrativa, hay, normalmente, reglamentaciones.

Que se trate de una potestad inherente a esa función no significa que todos los órganos puedan emitir reglamentos. Dado su carácter de regla de Derecho, encontramos la potestad reglamentaria en las siguientes situaciones:

a) en los órganos ejecutivos para los que expresamente se prevé la potestad de emitir reglamentos de ejecución (Poder Ejecutivo e Intendentes);

b) en los órganos a los que se ha atribuido constitucionalmente la potestad reglamentaria autónoma;

c) en los órganos en posición de centro o jerarca máximo de un sistema orgánico, en lo que refiere a la emisión de reglamentos de organización y funcionamiento de sus dependencias y servicios; y

d) en órganos subordinados dentro de un sistema orgánico, a los que expresamente se les haya atribuido la potestad reglamentaria.

En principio, existe un amplísimo campo de **materia compartida entre ley y reglamento**. A falta de ley, casi cualquier tema podría ser regulado mediante leyes o reglamentos en forma indistinta, salvo en las situaciones en las que, por expresa disposición constitucional, existe reserva de regulación legal, o materias de exclusiva regulación reglamentaria.

Existen áreas, desde el punto de vista material o temático, en las que no puede ejercerse la potestad reglamentaria. Es claramente la situación de las materias de **reserva de la ley** (derechos fundamentales, creación y organización básica de las entidades estatales, establecimiento de tributos, autorización de los gastos públicos mediante normas presupuestales, organización de los tribunales y normas procesales, delimitación de las materias departamental y municipal). En estos campos no puede haber innovaciones mediante normas reglamentarias. Por ejemplo, mediante reglamentos no pueden establecerse limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos o asignados por normas legales, solo

regular procedimientos para su oportuno ejercicio (por vía de reglamentos de ejecución).

**Cajarville Peluffo (2007) confirma que el sistema constitucional de reserva de la ley, comprendiendo temas determinados expresamente previstos, implica necesariamente la existencia de una potestad administrativa reglamentaria de principio.**

En principio, fuera de esos ámbitos de reserva legal, cualquier materia podría regularse indistintamente por ley o por reglamento. Así sucede, por ejemplo, con los procedimientos administrativos de carácter general o común, o con los procedimientos disciplinarios, que a nivel nacional se hallan en el Decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991. Sin embargo, hay procedimientos especiales de carácter nacional que están regulados por leyes, como el procedimiento expropiatorio (en la Ley N° 3.958, del año 1912, y sus modificaciones) o los procedimientos de contratación (en disposiciones de fuente legal recogidas en el Texto Ordenado de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado - TOCAF).

Sin embargo, en nuestro Ordenamiento jurídico puede, empero, hablarse de ámbitos de **reserva reglamentaria**. Se trata de aquellas materias en las que la Constitución veda la posibilidad de regulación legal, en su totalidad, o sobre aspectos específicos más o menos amplios.

Por lo pronto digamos que no existe identificación absoluta entre las materias que de acuerdo a la Constitución deben regularse mediante reglamentos autónomos, y lo que se ha dado llamar **“reserva de reglamento”** (o reserva reglamentaria). Las materias de reserva reglamentaria coinciden mayormente con aquellas que se disciplinan mediante reglamentos autónomos (véase *“supra”*), pero no constituyen conceptos sinónimos.

En primer lugar, hay disposiciones que expresamente excluyen la regulación legal. Es el caso del segundo inciso del artículo 204 de la Constitución. **La ley puede establecer “reglas fundamentales” en materia de estatutos de funcionarios de Entes Autónomos de enseñanza; es decir, no puede regular aspectos de detalle como la definición de los escalafones, procedimientos de ingreso y ascenso, etc.**, lo que corresponde al ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma. Véanse los artículos 48 a 55 de la Ley N° 12.549, de 16 de octubre de 1958 (Ley Orgánica de la Universidad de la República), los artículos 69 de la Ley N° 18.467, de 12 de diciembre de 2008 (Ley General de Educación), y el artículo 27 de la Ley N° 19.043, de 28 de diciembre de 2012 (de creación de la Universidad Tecnológica – UTEC).

En otros casos, se trata de reglamentos autónomos emitidos en el ámbito de la competencia atribuida en exclusiva a ciertos órganos. Son las situaciones previstas en los artículos 63, 105, 107, 166 y 221 de la Constitución (véase “*supra*”).

Fuera de los casos mencionados, la existencia de potestad reglamentaria autónoma no excluye que una misma materia pueda ser regulada por ley. Es lo que sucede en los supuestos del segundo inciso del artículo 174, y en el literal F) del artículo 211 Constitución.

En el primer caso, **el Poder Ejecutivo, actuando en Consejo de Ministros, puede redistribuir (mediante decreto) las competencias asignadas a los Ministerios por ley (según la previsión del primer inciso del mismo artículo)**. El decreto que se emita (por su naturaleza, reglamento autónomo) no puede asignar nuevas competencias, sino distribuir de otra manera, entre los Ministerios existentes, las que fueron previamente establecidas por la ley. Es el **único caso en que nuestro Derecho admite la existencia de reglamentos “*contra legem*.”** Una ley posterior puede definir asimismo otra forma de distribución de esas competencias, regulando el mismo ámbito material que fue objeto de un decreto anterior.

Del mismo modo, una ley puede regular cuestiones previstas en una ordenanza de contabilidad. Así sucedió cuando se sancionó la Ley de Contabilidad y Administración Financiera referida en el artículo 213 de la Constitución (originalmente en los artículos 450 a 592 de la Ley N° 15.903, de 10 de noviembre de 1987; hoy, con numerosas modificaciones, incluida en el TOCAF).

## 10.8. Relación entre reglamentos

No todos los reglamentos tienen la misma eficacia formal. Es decir, algunos reglamentos pueden tener mayor valor y fuerza que otros. Obviamente cuando se trata de reglamentos que provienen del mismo órgano, se aplican los principios generales: la norma reglamentaria posterior deroga o modifica a la anterior.

Pero puede suceder que, dentro de un mismo sistema orgánico, haya más de un órgano, en distintos niveles del sistema, que tengan atribuida la potestad reglamentaria. En ese caso, en caso de contradicción hay que tomar en consideración la competencia de cada uno de ellos, y la relación entre los mismos (o sea, si uno es superior jerárquicamente al otro).

Si sus competencias son distintas, la contradicción que pudiera existir entre los contenidos de los reglamentos que emiten se resuelve atendiendo a cuál de esos órganos fuera competente en el punto en cuestión (desestimando el contenido del reglamento dictado fuera de la correspondiente competencia orgánica).

Pudiera darse la circunstancia de que ambos órganos, superior e inferior, tuvieron competencia total o parcialmente coincidente (en un supuesto de desconcentración no privativa). En ese caso prevalecerá, en caso de conflicto, el reglamento emitido por el órgano superior.

## 10.9. Inderogabilidad singular de los reglamentos

Como expresamos antes, tanto los reglamentos como los actos de efectos subjetivos (resoluciones) son clases de actos administrativos. Sin embargo, **los reglamentos son regla de Derecho. Tienen una eficacia formal distinta y superior a las resoluciones**, que pueden ser anuladas por el Tribunal de lo Contencioso por razones de ilegitimidad, cuando vulneren normas reglamentarias.

Pero, ¿qué sucede cuando el mismo órgano que tiene competencia material para dictar el reglamento, emite una resolución que contraviene (fuera, se entiende, de excepciones previstas) las normas reglamentarias preexistentes? ¿Y si eso lo hiciera un órgano jerárquicamente superior al que emitió el reglamento?

La solución generalmente admitida por la doctrina comparada (y por soluciones en el Derecho positivo extranjero) se traduce en la prevalencia de las normas generales por sobre las disposiciones de efectos particulares y concretos, en base al respeto del principio de juridicidad (o de legalidad, en el sentido amplio de esta expresión). **La Administración está sometida a todo el Ordenamiento, y por lo tanto también a sus propios reglamentos.** En tanto esos reglamentos no prevean, por hipótesis, la posibilidad de su dispensa, la llamada derogación singular sería en rigor una infracción al reglamento mismo. El reglamento puede ser derogado, en tanto ese poder derogatorio también forma parte de la potestad reglamentaria, *“pero el mismo no puede interpretarse, sin ofensa definitiva e insalvable al principio de legalidad, en el sentido de poder desconocer u olvidarse del Reglamento en los casos concretos”* (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2008; DURÁN MARTÍNEZ, 1989).

En tal sentido se ha dicho que la Administración no puede borrar con el codo lo que ha escrito con la mano.

## 10.10. Impugnación de los reglamentos

En tanto actos administrativos, están sujetos al régimen general de impugnación de los mismos, previsto en el artículo 317 de la Constitución, y en la Ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987.

Es importante precisar que los reglamentos pueden ser impugnados directamente, o indirectamente al recurrir los actos dictados en aplicación de los reglamentos, aun cuando se hubiere omitido recurrir -o contender mediante la acción de nulidad- a propósito del acto de carácter general

(artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cómo se define al reglamento y que diferencias sustanciales existen con las resoluciones, siendo que ambos son actos administrativos?
2. ¿Dónde se encuentra el fundamento de la potestad reglamentaria?
3. ¿Qué clases de reglamentos existen?
4. ¿Cuáles son los límites a la potestad reglamentaria?
5. ¿Qué particularidades presenta el reglamento autónomo?
6. ¿Qué determina la inderogabilidad singular de los reglamentos?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, 1989, Límites de la potestad reglamentaria, en *Actividad reglamentaria de la Administración* (pp. 45-53), Montevideo, FCU.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, 2007, *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, FCU, Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 2009, *Derecho Público*, Montevideo, FCU.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1957, Oposición superviniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 55 (p. 100, nota 13).

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 1989, Desaplicación del reglamento ilegal, en *Actividad reglamentaria de la Administración*, (pp. 71-76), Montevideo, FCU.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 1998, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Civitas.

PRAT, Julio A., 1980, *Derecho Administrativo*, Tomo 2.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 1974, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I.

VÁZQUEZ, Cristina, 1998, El acto administrativo y las normas por él creadas, en *Procedimiento administrativo común y disciplinario*, Montevideo.

## 11. Otras Fuentes

### 11.1. Contratos de la Administración

Para el cumplimiento de los cometidos que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Administración pública no solo actúa con sus propios medios, sino que también acude a la contratación con otros sujetos de derecho, como puede ser un contrato por el que le encomienda a una empresa la realización de una obra pública o le concede la prestación de un servicio público.

El contrato celebrado por una Administración pública **es un acuerdo de voluntades (plurilateral), generador de derechos y obligaciones**, cuyo contenido variará según la especie contractual de que se trate (DELPIAZZO, 2015).

Se ha discutido si cabe incluirlos o no como fuente de Derecho, dado que el contrato en principio no produce efectos generales, sino entre las partes contratantes.

**Lo cierto es que nuestro ordenamiento positivo ha laudado positivamente esa discusión al incluir dentro de las reglas de Derecho que rigen a la Administración pública, a las disposiciones contenidas en los contratos que hubiera celebrado (artículo 23 –literal a- del Decreto-Ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, orgánico del TCA).**

### 11.2. Convenios colectivos de la Administración

Los convenios colectivos son uno de los instrumentos jurídicos destacables a través de los cuales se reflejan acuerdos alcanzados en la negociación colectiva sobre condiciones de empleo entre empleadores y trabajadores (derecho de negociación colectiva, explicitado en el artículo 3° de la Ley N° 18.508, de 26 de junio de 2009).

Se suele asociarlos a la negociación colectiva sobre las relaciones laborales en el sector privado, pero es claro que existen convenios colectivos en el sector público y ello tiene reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

Américo Plá Rodríguez ha definido al convenio colectivo como un acuerdo celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores, o una entidad gremial de empleadores con un grupo o sindicato de trabajadores para fijar las condiciones a que deben ajustarse los contratos individuales de trabajo.

**En el sector público los convenios colectivos son fruto del acuerdo entre, por una parte, uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen, y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de funcionarios públicos.**

A diferencia de un contrato que celebra una Administración pública con un sujeto de derecho determinado, que en principio produce efectos jurídicos entre los celebrantes, lo acordado en un convenio colectivo extiende su aplicación **a las vinculaciones jurídicas particulares entre la o las Administraciones públicas implicadas y sus funcionarios**, más allá de que éstos estén o no afiliados sindicalmente, e incluso lo hace respecto de las vinculaciones jurídicas que se originen en el futuro, durante el tiempo de vigencia del convenio.

Ello es lo que hace al convenio colectivo una fuente de Derecho peculiar, lo que queda reflejado en la clásica expresión de Francesco Carnelutti, de que el convenio colectivo **es un híbrido** que tiene **cuerpo de contrato** (se concreta a través de un acuerdo) y **alma de ley** (sus reglas son aplicables a una generalidad de sujetos comprendidos).

El marco jurídico que soporta a los convenios colectivos como fuente de derecho tiene raíces en la misma Constitución (Derecho General del Trabajo), en diversos Convenios internacionales del trabajo (98, 135, 151 y 154), y también en normas legales e infra legales, entre las que se destacan la Ley N°18.566, de 11 de setiembre de 2009, y específicamente para el sector público, la Ley N°18.508, de 26 de junio de 2009.

Esta última ley en su artículo 4° explicita los ámbitos relacionados con la función pública que podrían ser objeto de acuerdo mediante convenio colectivo:

- a) Las condiciones de trabajo, salud e higiene laboral.
- b) El diseño y planificación de la capacitación y formación profesional de los empleados en la función pública.
- c) La estructura de la carrera funcional.
- d) El sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalización.
- e) Las relaciones entre empleadores y funcionarios.
- f) Las relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de funcionarios públicos correspondientes y todo aquello que las partes acuerden en la agenda de la negociación.

Guarda particular interés como **interactúan** los convenios colectivos con otras fuentes de derecho administrativo, dada **la naturaleza estatutaria** que, en principio, tiene **la regulación de la función pública**.

Nuestra Constitución (artículos 59, 62, 63 y 204) no prevé un único régimen estatutario de la función pública, sino múltiples regímenes para diversos colectivos de funcionarios públicos, aprobados por actos jurídicos también diversos, según corresponda (ley, decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, decreto del Poder Ejecutivo, reglamentos aprobados por los Consejos Directivos de los Entes autónomos de enseñanza). Sin perjuicio de ello, los artículos 64 y 204 habilitan al legislador nacional, aunque de modo condicionado, a dictar normas sobre la función pública aplicables también a Gobiernos Departamentales y Entes Autónomos.

Son bien ilustrativas las alternativas de relacionamiento entre fuentes normativas que prevé Carlos Delpiazzo, cuando existen convenios colectivos que refieren a los funcionarios públicos:

- a) **relación de suplementariedad**, en la que el Estado fija un tratamiento mínimo que es inderogable "*in peius*" por el convenio colectivo;
- b) **relación de complementariedad**, en la que el Estado se limita a establecer las bases o principios de la regulación y remite o reenvía a la negociación colectiva en su concreción o desarrollo;
- c) **relación de supletoriedad**, en la que la norma estatal proporciona una regulación del supuesto de hecho que sólo se aplicará si no existe previsión diferente en cualquier sentido en el convenio colectivo;
- d) **relación de limitación**, cuando la norma estatal es insuperable "*in meius*" por la norma convencional (Delpiazzo, 2015: 200).

El abordaje de los conflictos normativos que pueden darse entre disposiciones contenidas en convenios colectivos y en actos jurídicos de otra naturaleza puede ser una tarea que ofrezca dificultades.

Implica atender a **las competencias** previstas **constitucionalmente** para regular el **trabajo como hecho social** (artículos 53 a 57 de la Constitución), y más en particular para **estatuir la función pública** (artículos 58 y ss.), a la vez que contemplar el justo espacio que el Derecho reconoce a la negociación colectiva en el sector público, y a los convenios colectivos que de ella resulten.

Así también, convoca a una razonable ponderación entre principios jurídicos que admiten estar en juego, como el principio protector o de tutela del trabajador y el recogido en el artículo 59, como rector de la función pública, de prevalencia del interés de la función.

### 11.3. Prescripciones administrativas de orden interno

Se entiende por prescripciones administrativas de orden interno **las directivas, órdenes o instrucciones de servicio** que la Administración pública emita en el marco de su organización interna.

Las **directivas** son actos en virtud de los cuales el jerarca de una Administración pública fija un criterio en orden a la realización de las tareas a cargo de sus subordinados, no produciendo el deber de actuar conforme a su contenido, sino de tenerlo en cuenta y generar eventual responsabilidad en caso de apartamiento (DELPIAZZO, 2015).

Las **órdenes** son la expresión típica del ejercicio de jerarquía en el seno de la organización interna de una Administración pública (potestad de mando), tratándose de actos por los cuales un jerarca prescribe comportamientos debidos a sus subordinados. Su implicancia es claramente distinta a la de las directivas.

Las **instrucciones de servicio** son también actos jerárquicos indicativos de la manera en que deben actuar los subordinados (DELPIAZZO, 2015: 204).

Su consideración como fuente de Derecho tiene particular soporte en las disposiciones contenidas en los artículos **140 y 141 del Decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991.**

El valor y fuerza de la prescripción interna que se emita será el propio de los actos emanados del nivel jerárquico del órgano que los ha dictado, por lo que deberá conformarse con aquellas reglas de derecho aplicables de mayor jerarquía (CAJARVILLE, 1997).

**El artículo 140 referido dispone que tales prescripciones internas no obligan a los administrados, pero éstos sí pueden invocar en su favor las disposiciones que contengan, cuando ellas establezcan para los órganos administrativos o los funcionarios obligaciones en relación a dichos administrados.**

Como corolario de ello, se prevé que el acto administrativo que la Administración pública dictare contrariando alguna de esas prescripciones que benefician a algún administrado, **estará viciado jurídicamente (artículo 141).**

### 11.4. Analogía

La **analogía** es reconocida por nuestro ordenamiento jurídico como **fuentesupletoria de derecho**, constituyendo **un medio de integración del Derecho.**

**Consiste en atribuir a una situación no contemplada en la normativa, las consecuencias jurídicas previstas en una norma que regula un supuesto de hecho, en el que admiten quedar comprendidas situaciones semejantes a aquella.**

El **artículo 332** de la **Constitución** prevé que ante la falta de reglamentación de los preceptos de la Constitución que reconocen derechos a los individuos, o atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, cabe acudir a los fundamentos de leyes análogas.

El mismo **artículo 16** del título preliminar del **Código Civil** prevé también que los fundamentos de las leyes análogas son un medio de integración al que cabe acudir.

Las reglas de Derecho análogas están también previstas como fuente de integración en la reglamentación del procedimiento administrativo contenida en el **Decreto N° 500/991 (artículo 233)**.

Es de destacar que esta última disposición consagra no solo la “*analogía legis*”, sino también la “*analogía juris*”, al referir a las “*reglas de Derecho análogas*” y no solo a las “*leyes análogas*”.

## **11.5. Doctrina**

Se suele hablar de doctrina para referirse a **las opiniones** sostenidas en las obras de juristas de reconocido prestigio, lo que obviamente incluye aquellas sustentadas por administrativistas (Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española).

Esa primera aproximación al concepto de doctrina sin duda es valedera, pero requiere complementación para que no se interprete como mero cúmulo de opiniones aisladas.

Esas opiniones son fruto del cultivo de la Ciencia Jurídica, y en lo que respecta a la materia que tratamos, del esfuerzo de los juristas en el análisis metódico del Derecho Administrativo como complejo normativo.

**En ese marco, la doctrina administrativista integra sustancialmente a las elaboraciones de los juristas (principios, conceptos, sistematizaciones, tesis) al desarrollar la ciencia jurídica del Derecho Administrativo.**

No hay duda alguna que la doctrina suele ser **fuente material del Derecho**, en tanto contribuye a la determinación de contenidos de normas jurídicas de diferente valor y fuerza (constitucionales, legales, reglamentarias, etc.).

Así, a nivel constitucional se han incorporado conceptos propios de la doctrina administrativista comparada, como puede ser el de la desviación de poder, que obra recogido en nuestra Constitución actual, en el artículo 309. Este concepto, por ejemplo, fue un constructo doctrinal y jurisprudencial, previo a su incorporación a nuestra Constitución de 1952 -artículo 307- (CAJARVILLE, 2012).

También la doctrina administrativa cumple una **función aclaratoria del derecho** que es esencial para la operación jurídica del agente administrativo, del magistrado, pero también de los profesionales del Derecho que actúan a nivel privado en la defensa o asesoramiento en asuntos jurídicos administrativos, e incluso ayuda a la comprensión jurídica de otras personas interesadas.

Mayor será la influencia de una doctrina determinada cuando mayor sea su poder de convicción.

Al respecto, Juan Pablo Cajarville ha analizado la particular influencia que a nivel nacional ha tenido la doctrina administrativista de Sayagués Laso, tanto en elaboraciones normativas ulteriores, como en la aplicación del Derecho a nivel administrativo y jurisdiccional (CAJARVILLE, 2012).

Sin perjuicio de destacar el aporte de la doctrina en la operación con el Derecho Administrativo, es fundamental acudir a ella con **un razonable sentido crítico**, aun cuando sea prestigiosa.

Se advierten ciertos riesgos que se manifiestan en la doctrina administrativista, que pueden alterar su recta funcionalidad, cuando se la aplica acriticamente por falta de formación o experiencia en la materia, o bien por el encandilamiento ante el prestigio del autor, o se la utiliza indebidamente para hacer prevalecer intereses políticos o ideológicos, o intereses económicos de envergadura, o incluso cuando se acude a doctrina comparada sin atender adecuadamente al marco jurídico que la sustenta (CAJARVILLE, 2012.; PÉREZ HUALDE, 2010).

**La doctrina no es fuente formal directa de derecho, aunque nuestro ordenamiento jurídico acude a ella como fuente supletoria o subsidiaria de Derecho.**

Ello queda reflejado en el artículo 332 de la Constitución, por el que cabe acudir como medio de integración a las doctrinas “*generalmente admitidas*”, al igual que a los principios generales de derecho y a los fundamentos de las leyes análogas.

El mismo artículo 16 del título preliminar del Código Civil acude a las doctrinas “*más recibidas*” como otro medio de integración del derecho.

También las doctrinas “*generalmente admitidas*” obran previstas como fuente supletoria en el artículo 233 del Decreto N°500/991.

## 11.6. Jurisprudencia

La **jurisprudencia** puede definirse como el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los magistrados (DELPIAZZO, 2015).

Es tradicional **la distinta perspectiva de la jurisprudencia** que han tenido **los sistemas jurídicos anglosajones**, de **aquellos herederos del sistema continental europeo**, como es el nuestro.

En los primeros el Derecho se consolida en torno a precedentes judiciales, de modo que se atribuye una fuerza vinculante al criterio con que el mismo u otro Tribunal han resuelto previamente casos semejantes al que es objeto de deliberación. Esta regla, conocida como “*stare decisis*”, ha determinado que, en buena medida, el Derecho de estos países haya sido creado judicialmente. El principio opera vertical y horizontalmente. Por un lado, exige que los Tribunales inferiores resuelvan siempre según el criterio adoptado por los de rango superior, mientras que horizontalmente vincula a los propios Tribunales en el sentido de sus decisiones anteriores (APARISI, 1992). Ello no impide que no haya evolución judicial, cuando se determinan notas de distinción del caso considerado respecto del precedente, o se realizan justificaciones de racionalidad u otra causal admisible.

Los sistemas jurídicos continentales, en particular luego de la revolución francesa, pusieron foco en la primacía de la ley, con lo que la jurisprudencia perdió terreno como fuente de derecho. Conforme al principio de separación de poderes, la creación de la norma estaba cometida esencialmente al legislador, en tanto que los jueces estaban limitados a aplicar el derecho (APARISI, 1992).

Si bien los dos tipos de sistemas mantienen sus notas distintivas, también es cierto que tienen aproximaciones.

En los sistemas jurídicos anglosajones la consideración del precedente como fuente de Derecho no implica rebajar la ley con respecto de las decisiones judiciales de los jueces. Ello se manifiesta particularmente en los asuntos de Derecho público, donde los jueces no son libres de hacer caso omiso a la ley (RIVERO ORTEGA, 2002).

En los sistemas jurídicos continentales ya no se concibe desde larga data a la función jurisdiccional como aplicación mecanicista de la ley, en el sentido de la clásica expresión de Montesquieu de que el juez es la boca que dice las palabras de la ley.

Es cierto que ha habido y hay toda una discusión académica acerca de si la labor judicial sigue siendo sustancialmente de aplicación o si tiene una nota creativa que supera la aplicación, pero ello excede a este Manual.

Resulta interesante, con todo, cómo la concepción de estricta aplicación de la ley tuvo una clara flexibilización en la construcción y desarrollo del Derecho Administrativo francés (sistema jurídico continental), en el que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido un protagonismo decisivo.

**En nuestro ordenamiento jurídico cabe referir al precepto contenido en el artículo 12 del Código Civil, donde se dispone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que se pronunciaren.**

Ello conlleva a que la jurisprudencia **no se considere como fuente formal directa de Derecho Administrativo** (DELPIAZZO, 2015; ROTONDO, 2014).

Sí ha sido prevista normativamente como **fuentesupletoria** en la reglamentación del procedimiento administrativo (artículo 223 del Decreto N° 500/991).

No obstante, es indiscutible la necesaria consideración atenta de la jurisprudencia relevante por parte de los operadores jurídicos, a la hora de actuar el derecho en los casos administrativos.

**Si hay una jurisprudencia consolidada respecto de casos análogos al que se está considerando, ello no puede desmerecerse a la hora de dar una solución jurídica adecuada. También es cierto que el talante del operador jurídico ante los precedentes jurisprudenciales, aunque cuidadoso y ponderado, no puede ser nunca acrítico.**

### **11.7. La costumbre. El precedente administrativo**

La **costumbre** como fuente de Derecho refiere a **comportamientos constantes e uniformes que se dan en el seno social, con la convicción de que son jurídicamente obligatorios**. Este último elemento (*“opinio iuris necessitatis”*) es lo que la distingue de los meros usos sociales.

En nuestro Derecho administrativo se la considera **una fuente subsidiaria**, a la que cabe acudir cuando una regla de Derecho se remite a ella (artículo 9° del Código Civil).

**El precedente administrativo refiere al criterio con que la Administración pública ha resuelto determinado o determinados asuntos, en relación con otro u otros asuntos administrativos análogos, que están pendientes de resolución.**

La pregunta que se ha venido haciendo la doctrina administrativista nacional y extranjera es si el precedente administrativo es fuente de Derecho, es decir si la Administración pública está jurídicamente obligada a decidir los asuntos que tiene por resolver, conforme al criterio de resolución ya adoptado en otro u otros asuntos análogos.

La **primera de las respuestas doctrinarias** postula que **el precedente administrativo no es fuente de Derecho**, ya que carece de carácter normativo. No integra el elenco de las reglas de Derecho, que define el artículo 23, literal a) del Decreto-ley Orgánico del TCA N° 15.524 (“*todo principio de Derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual*”).

Tal afirmación, sin embargo, se matiza con que ello no significa que la Administración pública pueda injustificadamente variar su posición al resolver asuntos administrativos análogos.

Es así que se sostiene que, **si bien no tiene valor normativo estricto, el precedente reiterado puede tener un cierto valor vinculante para la propia Administración**, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria. Implicaría actuar contra el principio de igualdad, el de buena fe o el de protección de la confianza del tercero (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2004).

Felipe Rotondo ha sustentado una posición similar a nivel nacional al afirmar que el precedente, por sí, no es fuente de Derecho, pero **un cambio inmotivado de criterio por parte de la Administración puede ser reflejo de un proceder con desviación de poder**, y por tanto antijurídico, en particular cuando dicho cambio se realiza para un asunto concreto y no en forma general para el futuro (ROTONDO, 2014).

**Lo que puede concluirse de esta primera respuesta doctrinal es que en sí el precedente administrativo no es fuente normativa, aunque los cambios injustificados del proceder administrativo pueden implicar la violación de reglas de Derecho, como son los principios de derecho mencionados.**

Esta perspectiva puede vincularse con la llamada “*Teoría del acto propio*” (DIEZ PICAZO, 1963). Conforme a esta teoría, la Administración no debe apartarse de manera injustificada de conductas y decisiones propias, frustrando la confianza legítima generada con ellas en los

administrados. Hacerlo vulnera principios generales de Derecho como la igualdad, la seguridad y la buena fe.

Durán Martínez, por su parte, entiende que el precedente administrativo es fuente del Derecho Administrativo (DURÁN MARTÍNEZ, 2010). Sus fundamentos son los siguientes:

- a) El acto administrativo no sólo vincula a la Administración con relación al sujeto por él alcanzado, sino que también la condiciona en sus futuras acciones.
- b) Si la Administración adopta en determinado momento una postura administrativa, ello no es indiferente. Es ese precedente el que pone en el tapete principios como el de buena fe, el de igualdad, el de confianza legítima, o el de expectativa plausible, o de certidumbre jurídica, o de equidad, o justicia natural, y sobre todo el de seguridad jurídica, o todos ellos.
- c) Para que haya precedente jurídico basta una actuación, no es necesaria la reiteración.
- d) Siendo fuente de Derecho, contrariar el precedente es ilegítimo.
- e) La obligatoriedad para la Administración opera ante actuaciones iguales; si no son iguales no hay precedente.
- f) Si el precedente es ilegítimo no debe seguirse, lo que no niega su carácter de fuente.
- g) Es esencial la motivación de una decisión administrativa cuando se sostenga que la nueva actuación es distinta a la o las anteriores, o que cambiaron las circunstancias, o que el precedente es contrario a Derecho.

## 11.8. Autorregulación, “*soft law*” y Derecho Administrativo

Es constatable que, dentro de la misma sociedad, se dan diversas modalidades de autorregulación, es decir se generan **instancias** en que **sujetos y organizaciones privadas ordenan su actividad, dotándose voluntariamente de normas y controles adecuados para la consecución de sus fines** (DARNACULLETA, 2009).

La autorregulación no solo es visible a nivel nacional en diversos sectores de la vida económica y social, sino que claramente es parte del fenómeno de **la globalización**.

**Se destacan en la autorregulación los instrumentos normativos, a través de los cuales se elaboran y aprueban normas por los propios**

**destinatarios. Se trata de una elaboración normativa que se da en el ámbito privado, a extramuros de los poderes públicos (ESTEVE PARDO, 2013).**

Ejemplo de ello son las múltiples normas técnicas emitidas por organismos de normalización sobre calidad o seguridad de productos, instalaciones o servicios (normas técnicas UNIT, ISO, IEEE, etc.), los códigos de conducta o éticos, los códigos de buenas prácticas, los estándares o los protocolos de actuación emitidos por diversas organizaciones.

**Por sí no tienen obligatoriedad jurídica general**, es decir **no son fuente formal directa de Derecho**, aunque el grado de influencia que suelen implicar puede llevar a que logren una vinculación “*de facto*”, a tal punto que aquellos agentes privados comprendidos que no las contemplan, pueden quedar expuestos por la vía de los hechos a perder espacios de participación en su sector de actividad (imagínense una empresa que fabrica equipamientos eléctricos sofisticados para comercializar en el mundo y no atiende en su producción a cierta norma técnica internacional de seguridad o calidad relevante para ese tipo de producto).

Así también, las normas técnicas por sí pueden ser una referencia para calibrar el proceder debido de personas o entidades en litigios judiciales de cierta complejidad.

Es tal el grado de desarrollo que ha tenido la autorregulación normativa a nivel mundial que **los poderes públicos han dictado normas dando un marco jurídico de reconocimiento y enmarque a organismos privados de normalización**, como en el caso del Decreto N° 89/010 que instituyó el Sistema Uruguayo de Normalización, Acreditación, Metrología y Evaluación de la Conformidad –SUNAMEC-, previendo al Instituto Uruguayo de Normas Técnicas, UNIT, –entidad privada- como Organismo Nacional de Normalización, responsable de la emisión y actualización de las Normas Técnicas del Sistema.

En otras ocasiones, ello se concreta **mediante el dictado de un acto jurídico estatal que impone mandato de autorregulación a determinados sujetos**, como en el caso ejemplificado por Esteve Pardo, de la norma legal española que, regulando el Mercado de Valores, mandató a los operadores que participan en el mismo, a que adopten un código de conducta, con aprobación de la autoridad reguladora (ESTEVE PARDO, 2013).

**Sobre todo, muchas veces se hacen propias esas normas a través de actos legislativos o reglamentarios (remisiones), con lo que pasan a producir efectos jurídicos generales, en principio con similar valor y fuerza que la normativa remisora.** Así, en nuestro ordenamiento existen múltiples actos jurídicos que se remiten a normas técnicas, dándoles

obligatoriedad jurídica. A manera de ejemplo, el Reglamento Bromatológico Nacional (RBN), con las modificaciones que le realizó el Decreto del Poder Ejecutivo N°375/011, de 3 de noviembre de 2011, al regular las condiciones de potabilidad del agua, hace una remisión a la norma técnica UNIT 833.2008 (reimpresión corregida julio 2010), que prevé los parámetros biológicos, físicos, químicos y de aceptabilidad que el agua debe cumplir para considerarse potable (Numeral 25.1.3).

Estos procederes de los poderes públicos encartan en la expresión **autorregulación regulada**.

Por último, cabe también mencionar el fenómeno del llamado **“soft law”**, comprensivo de regulaciones o recomendaciones resultantes de consensos internacionales que, más allá de no ser estrictamente vinculantes, van incorporándose en la práctica aplicaciones de las diversas actuaciones nacionales e internacionales. Puede ponerse como ejemplo el caso de los Acuerdos de Basilea sobre regulación y supervisión bancaria.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Son fuente de Derecho Administrativo los contratos que celebre la Administración pública con otros sujetos?
2. ¿Qué alcance jurídico tiene un convenio colectivo celebrado en el sector público, a diferencia de un mero contrato celebrado por la Administración pública con un sujeto determinado?
3. ¿Son la doctrina y la jurisprudencia fuente directa de Derecho Administrativo en el Uruguay? ¿Si no lo fueren, qué son y que importancia tienen?
4. ¿Es el precedente administrativo fuente de Derecho Administrativo?
5. ¿Cuáles son las distintas formas en que se manifiesta la autorregulación regulada?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

APARISI MIRALLES, Ángela, 1992, Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho, en Anuario de Filosofía del Derecho, N° IX, España.

CAJARVILLE, Juan Pablo, 1997, Procedimiento Administrativo en el Decreto 500/991, 2ª edición, Montevideo, Editorial Idea.

CAJARVILLE, Juan Pablo, 2012, Sobre Derecho Administrativo, T I, 3ª edición, Montevideo, FCU.

COVIELLO, Pedro, 2010, El contrato administrativo como regla de derecho, ¿Lex inter partes o ius variandi?, en Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones RAP.

DARNACULLETA, M. Mercé, 2009, Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica, en Derecho de la Regulación (Directores: Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo), T. I, Madrid, Iustel.

DELPIAZZO, Carlos E., 2015, Derecho Administrativo General, V I, 2ª edición, Montevideo, Amalio Fernández.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 2010, El precedente administrativo, en Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones RAP.

DIEZ PICAZO, 1963, La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ed. Bosch, Barcelona.

ESTEVE PARDO, José, 2013, Lecciones de Derecho Administrativo, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, 2004, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 12ª Edición, Madrid, Thomson-Civitas.

GORDILLO, Agustín, 2013, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 11ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, 2010, La doctrina como fuente de derecho administrativo, en Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones RAP.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, 2002, Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en Derecho Público: Reconsideración de las sentencias como fuente de Derecho, en Revista de Administración Pública, N°152, Madrid.

ROTONDO, Felipe, 2014, Manual de Derecho Administrativo, 8ª edición, Montevideo.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, 2000, Principios de Derecho Administrativo, 3ª edición, Volumen I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2002, Tratado de Derecho Administrativo, 8ª edición, T I, Montevideo, FCU.

VÁZQUEZ, Cristina, 1997, Trabajo de los funcionarios públicos: relación funcional y Derecho General del Trabajo, en Revista de Derecho Público, N°10, Montevideo, FCU.

# Capítulo IV

## Teoría de la organización

### 1. Introducción. Personificación jurídica. Características de las personas públicas

#### 1.1. Introducción

Como bien señala Cajarville, el concepto de “*persona jurídica*”, además de las nociones de “*cargo*” y “*órgano*” como medios instrumentales de actuación de dicha persona jurídica, son utilizados en todas las ramas del Derecho, resultando propios en definitiva de la Teoría General del Derecho, a la que, en relación a los mismos, la doctrina del Derecho Administrativo ha realizado valioso aporte (CAJARVILLE, 2007).

Las **personas jurídicas** constituyen **centros de imputación de situaciones jurídicas**<sup>6</sup> (KELSEN, 1982), que incluyen derechos, potestades, obligaciones, deberes y sujeciones (VÁZQUEZ, 2011).

Para actuar en el mundo del Derecho (emitir actos jurídicos, celebrar contratos), dichas personas jurídicas (tanto las físicas o individuales, como las colectivas), **necesitan una voluntad**.

Tratándose de las **personas físicas**, la voluntad es, en principio, un **atributo natural**. Cuando ella falta, como ocurre en el caso de los incapaces, el Derecho provee representantes al sujeto, a través de los institutos de la patria potestad, la tutela o la curatela.

Para las **personas colectivas**, es difícil explicar cómo la voluntad de uno o más seres humanos vale como suya, cómo esas voluntades se imputan o atribuyen al querer de la persona colectiva, produciendo efectos jurídicos para la colectividad personificada y no para las personas físicas que la comprometen.

**Las personas jurídicas se han clasificado con diversos criterios** (fundaciones y asociaciones, atendiendo a si el elemento predominante se encuentra en sus bienes o en el componente humano); nacionales y extranjeras, territoriales y no territoriales, entre otros).

Pero el criterio que reviste mayor trascendencia para nuestra asignatura es el que las clasifica en **personas públicas y privadas**. Más allá de lo mucho que se ha discutido cuáles son las cualidades que caracterizan a las **personas públicas**, se ha señalado que lo típico de éstas es (PRAT, 1977):

---

<sup>6</sup> Aceptar esta realidad jurídica y normativa en absoluto implica desconocer u olvidar la esencia de la dignidad humana, razón última del Derecho.

- a) Su **creación** siempre implica un **acto de autoridad pública** (Constitución o Ley).
- b) **Los particulares carecen de libertad de adhesión** a las mismas y, en su caso, de desafiliación de ellas.
- c) **El fin que persiguen es un fin de interés general** y, por ello, son dotadas por el ordenamiento de **potestades de poder público** (como la potestad expropiatoria o la sancionatoria, entre otras, **que componen equilibrio con sujeciones especiales** a las que se encuentran sometidas, como es el caso de tener que observar determinadas formas y formalidades en garantía del aludido interés general) (VÁZQUEZ, 2016 y 2018).
- d) En particular y como expresión del aludido equilibrio necesario entre potestades y sujeciones, se encuentran sujetas a **controles más intensos**.

A efectos de explicar el fenómeno de imputación de la voluntad humana a la persona jurídica colectiva, la doctrina ha utilizado, básicamente, tres teorías, la del mandato, la de la representación y la del órgano.

## 1.2. La teoría del mandato

El mandato es un **contrato por el que una persona otorga a otra, facultades para actuar en su nombre**, de modo que los actos cumplidos por el mandatario se consideran realizados por el mandante.

La teoría del mandato explica que los seres humanos que expresan la voluntad de la persona colectiva son mandatarios de ella. Esta manera de ver las cosas tiene el inconveniente de que no logra explicar cómo esa persona colectiva ha podido producir y expresar su voluntad para otorgar el mandato. Es, entonces, una explicación que traslada el problema.

## 1.3. La teoría de la representación

La teoría de la representación surge para superar las críticas a la teoría del mandato y explica que **los seres humanos que expresan la voluntad de la persona colectiva son sus representantes legales**, es decir, el Derecho les ha conferido su representación, tal como lo hace con los padres, tutores o curadores. Esta teoría no explica de qué modo se crea y expresa la voluntad que da al Estado tal o cual representante. Es decir que, al igual que la teoría del mandato, solo traslada el problema sin hallarle solución.

## 2. La teoría del Órgano

Las bases de la teoría del órgano fueron sentadas por el jurista alemán **Otto Von Gierke**, en el último cuarto del siglo XIX. La diferencia fundamental de la teoría del órgano con las teorías del mandato y la

representación radica en que el órgano nace con la propia constitución de la persona colectiva. **Mientras en el mandato o la representación hay un vínculo entre dos sujetos -mandante y mandatario, representante y representado- el órgano forma parte e integra la estructura de la persona jurídica.**

La Teoría del órgano explica que, al actuar el órgano, lo hace la propia persona jurídica, porque el Derecho reconoce como expresión de voluntad de dicha persona jurídica, la manifestación que realiza determinada voluntad humana en cuanto se expresa según una forma establecida y en ejercicio de cierta competencia.

## **2.1. Relación de la teoría del órgano con el organicismo**

Como señala Méndez (MÉNDEZ, 1971) -autor cuyo aporte a la Teoría de la organización no es posible soslayar, más allá de cuanto pueda reprocharse a su quehacer político en tanto que Presidente durante el gobierno “*de facto*”, entre el 1° de setiembre de 1976 y el 1° de setiembre de 1981- la relación de la teoría del órgano con el organicismo, movimiento doctrinario de asimilación o identificación de los fenómenos sociales con los de la naturaleza humana, es meramente incidental. **El uso de una terminología similar se explica por la existencia de una fuente común.**

La teoría del órgano no realiza una asimilación; tan solo utiliza una analogía, respetando la naturaleza específica de cada fenómeno.

La palabra “*órgano*” llegó al Derecho desde las ciencias naturales, a la inversa de lo que ocurrió con el vocablo “*ley*”, que fue a las ciencias naturales desde el Derecho. Etimológicamente, “*órgano*” proviene del griego -“*organon*” (ὄργανον)- y significa instrumento, objeto que sirve al hombre.

## **2.2. Naturaleza de la teoría del órgano**

Como también señala Méndez, **la teoría del órgano es jurídica por su origen**, por generarse en un sistema de pensamiento jurídico, **y técnica por su naturaleza**, al pretender explicar la existencia natural del Estado, la mecánica de su acción.

Desde un punto de vista jurídico, explica el **desdoblamiento del hombre en sujeto de dos potestades**: sus obligaciones y derechos propios, y los poderes jurídicos del órgano del que es titular. En su proyección al mundo exterior (relaciones externas), el titular actúa por la colectividad (sólo en este sentido puede hablarse de un fenómeno de representación jurídica). **En la vida interna del órgano hay una relación técnica**, de tal manera que **entre el Estado y el órgano no hay relación de derecho sino de identidad.**

Desde un punto de vista técnico, explica la **estructura** (fragmentación en **unidades**, por **división de trabajo** y **especialización**), ordenamiento de esas unidades en **sistemas**, y **acción** en sus relaciones internas y externas. También explica y regula la actividad humana al servicio del grupo, de acuerdo a reglas y principios específicos.

Para actuar en el mundo del Derecho (emitir actos jurídicos, celebrar contratos), **las personas jurídicas** (tanto las físicas o individuales, como las colectivas), centros de imputación de situaciones jurídicas, **necesitan una voluntad**.

A efectos de explicar este fenómeno, **la doctrina ha utilizado, básicamente, tres teorías**, la del mandato, la de la representación y la del órgano.

**Mientras en el mandato o la representación hay un vínculo entre dos sujetos -mandante y mandatario, representante y representado- el órgano forma parte e integra la estructura de la persona jurídica.**

## 2.3. Concepto de órgano

### A. La concepción subjetiva

Esta concepción **considera órgano al individuo o individuos que actúan por el grupo**. A vía de ejemplo, el Rey, el Presidente o los Ministros serían órganos.

Es una idea que olvida que el ser humano no está, todo él, en el órgano, quedando fuera una parte importante de su individualidad. Esta concepción **confunde al sujeto, titular del órgano, con la unidad técnica a la que sirve**. Confunde la voluntad del titular con el poder jurídico de que está investido en cuanto titular. Por otra parte, resulta inaplicable a los órganos pluripersonales, en los que existe una voluntad orgánica que no es la mera suma de las voluntades de los integrantes.

### B. La concepción objetiva

Esta concepción **identifica al órgano con la porción o unidad estatal a la que el hombre sirve**. Se elimina al hombre como integrante de la figura. Se utilizó para esta idea el concepto de **“uffici”**, que designa al empleo u oficio. El oficio es un complejo ideal de atribuciones y los poderes correspondientes.

## C. La concepción técnica

### i. Definición de Méndez

La concepción técnica propiciada por Méndez, se construye a través de los **tres elementos que identifica como constitutivos del órgano**:

- a) el **formal** (porción del Estado, continente y forma del órgano);
- b) el **sustantivo** (contenido del órgano, sus funciones); y
- c) el **específico** (el **cargo**, mediante el cual se entrega al órgano la energía humana).

Existe **interdependencia entre estos tres elementos** constitutivos del órgano. Por ejemplo, la función legislativa y la jurisdiccional suelen asignarse a órganos pluripersonales, en virtud de la naturaleza de estas actividades.

**Los tres elementos integran la unidad estática, en su sentido material.** Antes de la provisión del cargo, estamos ante un órgano estático; **el órgano dinámico requiere la presencia del hombre en el cargo**, expresa Méndez.

**El titular del órgano ("traeger")** lleva al mismo, parte de su voluntad psicológica. Su personalidad, más allá de ese aporte, queda fuera del órgano. El sujeto jurídico (titular de derechos y obligaciones) se transforma en instrumento de un elemento técnico (el órgano), en el momento de la **toma de posesión** del cargo. El hombre da al órgano la fuerza vital que lo mueve, que crea su dinámica.

A partir de este análisis, Méndez define al órgano, primariamente, como la porción estatal técnica, nominada (ya que debe tener un nombre).

**Desde el punto de vista funcional**, lo define como una **porción funcional nominada y definida**. Las funciones deben ser definidas en su naturaleza y condiciones de ejercicio.

Considerando sus elementos constitutivos, Méndez finalmente define al órgano, como la **porción técnica nominada del Estado a la que se atribuyen funciones definidas y los correspondientes cargos**.

Para complementar el enfoque de Méndez, resulta muy útil la **definición de cargo** formulada por Cajarville: *"delimitación jurídica del lugar, la ubicación, el sitio o la posición en que luego, por el doble procedimiento de la 'designación' y la 'toma de posesión', una persona física se integrará en la estructura, de variable complejidad y composición, mediante la cual actuará en la realidad la persona jurídica en cuestión, delimitación que se realiza para atribuir a esa entidad jurídica el conjunto de potestades, deberes y sujeciones, abstractamente unificados por las normas jurídicas, que deberá ejercer o cumplir o a que quedará sometida esa persona que luego lo 'ocupe' como su 'titular'"* (CAJARVILLE, 2007).

Agrega Méndez que, en el elemento sustantivo **-funciones-** figuran poderes de querer y hacer, esto es **potestades**. Estas potestades configuran la

**voluntad técnica**, lo que el órgano puede y debe querer y realizar. Para ejercer la voluntad técnica se necesita la **voluntad humana, natural, psicológica**.

El individuo no es un elemento técnico del órgano sino el instrumento que asegura su actividad.

## ii. Definición de Sayagués

Con mayor sencillez, aunque de manera igualmente precisa, Sayagués y otros autores han definido al órgano como el **instrumento de actuación de las colectividades personificadas, a través del cual éstas expresan su voluntad** (SAYAGUÉS LASO, 2010).

Debe tenerse clara y presente la **distinción entre la persona jurídica (sujeto de derecho), el órgano (instrumento de expresión de la voluntad de esa persona), y las personas físicas que son los titulares del órgano**. A vía de ejemplo, debe distinguirse la persona pública Gobierno Departamental, de su órgano Intendencia, y del titular de ese órgano, el Intendente.

## 2.4. Elementos del órgano

### A. Para Sayagués

Sayagués, seguido por buena parte de la doctrina nacional, distingue como elementos del órgano, la competencia, la forma y la voluntad humana.

La **voluntad humana** es proporcionada, como su nombre lo indica, por los titulares del órgano, ya que, como observa Korzeniak (KORZENIAK, 2001), *“es biológicamente claro que solo el ser humano dispone de una voluntad real que, por el funcionamiento de su propia psiquis, le permite elaborar decisiones.”*

**La forma tiene que ver con la estructura del órgano**, cómo éste se presenta exteriormente, y **la competencia es la aptitud de obrar del órgano, la atribución de poderes jurídicos en una determinada materia, para ser ejercidos en un determinado territorio**.

Sayagués hace, además, un análisis de la **competencia orgánica**, señalando como **sus elementos determinantes**, el territorio, la materia y los poderes jurídicos.

El **territorio** es el ámbito espacial de actuación del órgano; es su límite físico, de manera que el órgano podrá tener competencia nacional o departamental, por ejemplo, según como este elemento la determine.

La **materia orgánica** refiere a las actividades o tareas que competen al órgano. Son sus cometidos.

Los **poderes jurídicos**, como tercer elemento de la competencia, son el conjunto de potestades que corresponden a las funciones jurídicas (poderes de legislación, administración y jurisdicción).

La competencia en razón de la materia constituye la **“especialidad”**. Al margen de todo texto legal, la jurisprudencia francesa elaboró el principio de la especialidad de las personas jurídicas, según el cual éstas sólo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación. Algunos autores señalan que esta cualidad diferencia a la competencia, de la capacidad, ya que la capacidad supone que la persona física, por el solo hecho de ser capaz, está habilitada a hacer todo cuanto estime conveniente, en tanto la ley no se lo prohíba. La capacidad, se ha dicho, es general, en tanto que la competencia es especial.

Para Méndez, se trata de una observación errónea. En la medida en que la capacidad proviene del ordenamiento jurídico objetivo, la noción de capacidad general es insostenible. La capacidad y la competencia no tienen para Méndez diferencia de naturaleza. La capacidad es cualidad que permite ser sujeto de derechos y obligaciones, y la competencia es cantidad de tales derechos y obligaciones que entran en la esfera de acción de los órganos.

Méndez cita para la explicación del principio, a Spota, quien señala que las personas jurídicas gozan de una capacidad de derecho amplia, comprendiendo todos los actos y hechos convenientes para la consecución de sus fines. No escapan al ámbito de su acción, los actos que implican **poderes implícitos para los fines propuestos**.

En nuestra Constitución, el principio de especialidad está recogido para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, en el **artículo 190**: *“no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente les asignen las leyes, ni disponer de sus recursos para fines ajenos a sus actividades normales.”* Pero se entiende aplicable a todas las personas públicas, como principio general del Derecho, consagrado por el artículo 72, cuya violación importa la nulidad de lo actuado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 309, cuando se trata de actos administrativos.

La noción de especialidad debe distinguirse de la de **“especialización”**. Como señala Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, 1999), mientras ésta juega a favor del Ente pues implica que la ley debe respetar esa especialización (**artículo 204** de la Constitución), aquella juega en contra de esa libertad ya que el Ente no puede salirse de ella. El ámbito de la especialización se encuentra incluido en un **círculo más reducido dentro del círculo de la especialidad** del Ente, quedando fuera de él, una zona de especialidad en la que pueden actuar indistintamente la Ley o las decisiones del Ente.

Se han analizado diferentes **fundamentos para la especialidad**. Para los partidarios de la teoría de la ficción, que entienden que la persona jurídica

es una ficción, ella no puede tener más cometidos que los que la ficción del Derecho le atribuye. Para otra parte de la doctrina, el fundamento es de tipo político o de buena administración y se basa en la división del trabajo. Se han dado también fundamentos de tipo jurídico, como el de la limitación natural de la competencia, etc.

La competencia en razón de la materia constituye la “**especialidad**” de las personas jurídicas, según la cual éstas sólo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación. En nuestra Constitución, el principio de especialidad está recogido para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, en el **artículo 190**, pero se entiende aplicable a todas las personas públicas, como principio general del Derecho, consagrado por el artículo 72.

La noción de especialidad debe distinguirse de la de “**especialización**”. Mientras ésta juega a favor del Ente pues implica que la ley debe respetar esa especialización (**artículo 204** de la Constitución), aquella juega en contra de esa libertad ya que el Ente no puede salirse de ella.

## **B. Para Méndez**

### **i. El Concepto absoluto de órgano**

El concepto de órgano que se describe a continuación, es el concepto absoluto de órgano, para Méndez, y responde a una noción ideal que tiene por objeto al órgano aislado.

Como se anticipó, el autor también distingue tres elementos en el órgano: el formal (su forma), el sustantivo (relativo a las funciones, la materia y la competencia), y el específico (el cargo). Como puede advertirse, **el elemento “formal” y el “sustantivo” aludidos por Méndez se relacionan, respectivamente, con el elemento “forma” y el elemento “competencia” de que habla Sayagués.**

Méndez señala que el **elemento formal** es el continente, la parte externa del órgano. La forma orgánica se determina generalmente en función del número de cargos componentes. En tal sentido, Méndez clasifica a los órganos, desde el punto de vista formal, en **simples y compuestos**, según tengan uno o varios cargos. En atención al número de sus integrantes, los órganos pueden ser **unipersonales o pluripersonales**. El órgano simple es aquel que tiene un solo cargo y, por tanto, un solo titular. Representa la unidad técnica por excelencia. Como su nombre lo indica, el unipersonal es el que está integrado por un solo titular, y el pluripersonal o colegiado el que se integra con varios.

Méndez entiende que el órgano formalmente considerado debe tener un **nombre** propio. La falta del nombre diluye la unidad en el sistema y cambia su naturaleza. **La porción técnica innominada del Estado se llama cargo**, en su construcción teórica. Algunos nombres han sido tomados de manera universal para determinadas actividades y posición institucional; tal es el caso de los Juzgados y Tribunales o Cortes, por ejemplo. En este sentido, el nombre responde a tradiciones y nociones técnicas y jurídicas.

El segundo elemento de que habla Méndez, **el específico (cargo)**, determina la posición del titular en el órgano. Es el nexo entre la unidad técnica y la persona. El cargo de Presidente de la República se corresponde con el órgano Presidencia de la República, por ejemplo. Lo que puede quedar vacante es el cargo, no el órgano. Señala Méndez que en el texto constitucional suele encontrarse la expresión “*cargo*”, utilizada como sinónimo de “*empleo*”.

El órgano tiene nombre propio; el cargo, en cambio, no tiene un nombre distintivo dentro del género o especie. Existen denominaciones que, a medida que sube el grado, abarcan un menor número de cargos; por ejemplo, es normal que existan menos cargos de Director, que de auxiliar. A medida que aumenta el grado aumentan también las potestades y el quantum funcional.

Normalmente, los cargos directivos son creados por el mismo acto de creación del órgano al que pertenecen. Los demás cargos pueden crearse por actos diferentes. Cuando se crea un órgano simple, el cargo queda creado en principio, aunque no se haga una referencia expresa a él. La designación en el cargo inviste al titular con la calidad de funcionario. La competencia como tal es atribuida al órgano.

El tercer elemento de que habla Méndez, **elemento sustantivo, relativo a las funciones, la materia y la competencia**, es señalado por el autor, como el fundamental.

El Estado se divide en unidades, desde el nivel de los Poderes hasta el de los órganos y cargos, en consideración a la necesidad de diferenciación para el cumplimiento del complejo de funciones que lo integra. En el nivel superior, **la separación de Poderes tiene el fundamento político de asegurar la independencia de cada uno en un sistema de equilibrio**. La diferenciación en los demás niveles tiene un fundamento técnico: el principio de especialización. El órgano es, dice Méndez, un **fenómeno de fragmentación estatal** con fundamento en ese principio de especialización.

La noción de competencia es definida en el ámbito del Derecho procesal, antes que en el del Derecho administrativo. El Derecho procesal la define como la medida dentro de la cual la jurisdicción se ejercita. La

competencia es, entonces, un límite o medida para el ejercicio de una función, y se desarrolla en una materia determinada.

Para Méndez **la función** es un concepto puramente formal. Etimológicamente el vocablo proviene de “*functio*”, de “*fungi*”, “*functus*”, con el significado de ejercer algún cargo, ocuparse de algo. Sería una expresión llegada al lenguaje de las ciencias naturales y al jurídico, desde el lenguaje común. Así como la función respiratoria se traduce por una acción fisiológica específica, caracterizada por su proceso y fin, la función jurídica se determina por su objeto y se caracteriza por su procedimiento y efectos. Por ejemplo, la función legislativa se cumple con un determinado procedimiento y da por resultado un acto de características determinadas. El autor expresa que la función o funciones es la actividad genérica del órgano.

**La materia** es, señala Méndez citando a Bielsa, el “*contenido esencial de la función*”. Por ejemplo, en la función legislativa, nos encontramos con la materia relativa a los derechos individuales y sociales, que sólo pueden ser limitados por leyes fundadas en razones de interés general. La materia es, expresa el autor, la actividad específica.

Méndez analiza también, en el concepto de función, las nociones de facultad y poder o potestad. La **facultad** supone la remoción de un obstáculo jurídico para actuar dentro de la capacidad o la competencia. El **poder o potestad** implica la incorporación de un derecho, que las aumenta. Las facultades o potestades son medios jurídicos, señala el autor.

Todos los órganos del Estado están dotados de **potestades públicas**, variando su grado de intensidad. **La función legislativa y la función jurisdiccional llevan en sí el poder público.**

En relación con la función administrativa, Méndez analiza la potestad reglamentaria, la potestad imperativa o de mando, la potestad correctiva y disciplinaria y la potestad ejecutiva.

En ejercicio de **potestad reglamentaria**, el Poder Ejecutivo tiene atribuida la función de conservar el orden y tranquilidad en lo interior (**artículo 168, numeral 1º** de la Carta). Se trata de una tarea privativa, que no es de ejecución de ley, que constituye ejercicio del llamado poder de policía. Estos reglamentos de policía son entonces reglamentos autónomos de la Ley. El Poder Ejecutivo tiene asignada, asimismo, la potestad reglamentaria común, de ejecución de Ley (**artículo 168, numeral 4º** de la Constitución). También es ésta una potestad privativa. En tercer término, la potestad reglamentaria se entrega al jerarca, para dictar **reglamentos de carácter interno**, que alcanzan a los administrados en relación con la actividad orgánica y a los agentes del órgano. Mientras que estos reglamentos internos sólo obligan a los subordinados al jerarca y a las personas vinculadas al servicio, el reglamento ejecutivo tiene carácter obligatorio general.

Por la **potestad imperativa o de mando**, se permite dar órdenes y obligar a su cumplimiento compulsivo. En un Estado de Derecho, esta potestad está sujeta a control. En el orden jurídico general sólo se asigna al Poder Judicial y al Poder de Policía. En el orden interno constituyen atributo de la jerarquía. Su desborde determina la responsabilidad del Estado.

La **potestad correctiva y disciplinaria** conforman el llamado Derecho punitivo de la Administración. La primera se aplica al orden externo en tanto que la segunda lo hace al orden interno de la Administración. Observa Méndez que la corrección está en el ámbito del poder de policía, en tanto que la potestad disciplinaria es ejercida por el jerarca.

Con referencia a la **potestad ejecutiva**, señala Méndez que los actos o medidas jurisdiccionales que importan ejercicio de poder público en general y específicamente de poder de policía, son de ejecución directa. Los demás la admiten siempre que no se comprometan con ello, bienes jurídicos tutelados por normas constitucionales o legales.

Los órganos suelen tener asignado un **contenido funcional**, funciones principales, complementarias, auxiliares, dominantes y secundarias. Méndez las describe del modo siguiente: Las funciones principales son las que forman el núcleo de su competencia, dándole sentido institucional. Dentro de éstas se distinguen las dominantes que forman la parte esencial del servicio, y las secundarias que revisten una importancia menor. Las complementarias son desarrollo de las anteriores. Las auxiliares tienen un papel pasivo respecto de las principales y complementarias, estando a su servicio para mantener la organización y contribuir a asegurar su regularidad y eficacia.

**En síntesis** señala Méndez que *“el elemento sustantivo del órgano está integrado por la función o funciones, actividad genérica; la materia, actividad específica; las facultades o potestades, medios jurídicos; y la competencia, límite o medida en que la función se ejercita para cada materia y en uso de sus facultades y potestades.”*

## ii. El concepto relativo de órgano

Como se anticipó, el examinado hasta aquí, es el **concepto absoluto de órgano**, para Méndez, y responde a una noción ideal que tiene por objeto al órgano aislado.

Pero los órganos integran sistemas que, a su vez, se relacionan entre sí. Ello nos lleva al **concepto relativo** de órgano, que lo considera desde el punto de vista relativo de su posición en el sistema.

**El Estado, órgano de los órganos** según Méndez, **emana de una voluntad soberana** en que los individuos actúan ejerciendo potestades colectivas. El ejercicio de estas potestades transforma al **pueblo** en el *“organum magnum”*, el más grande órgano pluripersonal. En este sentido, el Estado actúa en calidad de órgano de la voluntad popular soberana.

El pueblo es, entonces, como expresión política, un órgano primario y fundamental, de carácter pluripersonal.

Cassinelli, por su parte, señala que el Cuerpo Electoral es un órgano de la Nación. En sentido similar, Justino Jiménez de Aréchaga (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, La Constitución Nacional, Tomo II, 2002) señala que es un órgano representativo de la Nación, más inmediatamente representativo que los que integran los otros Poderes del gobierno. Expresa el autor que “*Nación es raíz del poder, sede de la soberanía*”, en tanto que “*Cuerpo Electoral es simple mecanismo para el ejercicio de cierto modo particular de la soberanía, en casos determinados por la Constitución.*”

El **Estado** es un órgano de la voluntad popular traducida constitucionalmente.

A su vez, dentro del Estado pueden separarse **otros grupos orgánicos**. Al más alto nivel institucional, el Estado actúa a través del sistema orgánico “*acentralizado*”, de equilibrio de los Poderes. Esos Poderes también se desempeñan separadamente, como sistemas orgánicos. Junto a esos sistemas orgánicos “*Poderes*” aparecen sistemas que Méndez describe como “***poderes embrionarios***”, como el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Electoral. A ellos se agregan los sistemas “*descentralizados*” por servicios y por territorio.

El órgano es definido por Méndez como la **porción técnica nominada del Estado a la que se atribuyen funciones definidas y los correspondientes cargos**. Sayagués lo define como el **instrumento de actuación de las colectividades personificadas, a través del cual éstas expresan su voluntad**.

La **concepción subjetiva** considera órgano al **individuo o individuos que actúan por el grupo**. La **concepción objetiva** identifica al órgano con la **porción o unidad estatal** a la que el hombre sirve.

La **concepción técnica** se construye a través de los **tres elementos que Méndez identifica como constitutivos del órgano en su unidad estática**: el **formal** (porción del Estado, continente y forma del órgano); el **sustantivo** (contenido del órgano, sus funciones); y el **específico** (el cargo, mediante el cual se entrega al órgano la energía humana). El **órgano dinámico** requiere la presencia del **ser humano en el cargo**.

Para Sayagués el órgano se compone de tres elementos: **competencia, forma y voluntad humana**. A su vez, los elementos determinantes de la competencia son el **territorio** (ámbito espacial de actuación), la **materia** (cometidos) y los **poderes jurídicos** (funciones).

## 2.5. Tipos de órgano

La doctrina ha empleado **diversos criterios** para clasificar a los órganos en categorías o tipos (PRAT, 1977, SAYAGUÉS LASO, 2010):

a) Atendiendo al número de personas físicas que integran el órgano, el mismo será **“unipersonal”** (como el órgano Ministerio), si lo integra solo una, y **“pluripersonal o colegiado”** (como los Directorios o Consejos Directivos de los entes descentralizados por servicios) si está integrado por varias de ellas. A su vez, Cajarville denomina **“simple”** al órgano formado por un solo cargo y **“compuesto”** al integrado por más de un cargo (CAJARVILLE, 2007).

b) Por otra parte, si el órgano se integra con otros órganos, será un órgano **“complejo”**. Se ha mencionado al Poder Ejecutivo como ejemplo de este tipo, en cuanto estaría integrado por otros órganos como **la Presidencia o los Ministerios**. En opinión que compartimos, Cajarville observa, sin embargo, que dichos órganos **no integran el Poder Ejecutivo porque no llevan a él sus propias competencias cuando acuden a formarlo**. (CAJARVILLE, 2007).

c) También se distingue el órgano **“potenciado”**, que es aquel en el que sus integrantes lo son por ser titulares de otros órganos. Es el caso del Congreso de Intendentes, previsto en el último inciso del artículo 262 de la Constitución: *“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.**”*

En todo caso, siempre es **distinguible la voluntad psicológica de las personas que integran el órgano, de la voluntad orgánica**. Esta distinción es fácil de ver en los órganos colegiados, en los que es necesario el **“procedimiento colegial”** (GIANNINI, 1970), para llegar a conformar la voluntad orgánica a través de las fases de la convocatoria, la instalación, la deliberación, la votación y la decisión.

d) Considerando la **extensión material de la competencia**, los órganos pueden ser de competencia general, como podría considerarse el Poder Ejecutivo, o de competencia especial, como por ejemplo la Dirección Nacional de Arquitectura del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

e) Los órganos también pueden clasificarse, **según su fuente de creación**, en órganos **de origen constitucional** (como el Banco Central del

Uruguay) y **de origen legal** (como las Unidades Reguladoras de Servicios de Energía y Agua – URSEA, o de Comunicaciones – URSEC).

f) **Según su competencia en razón de territorio**, podrían distinguirse órganos **nacionales** (como los Ministerios), **departamentales** (como las Intendencias) y **locales** (como las Juntas Locales). También se distinguen los órganos **nacionales** de los **binacionales** e incluso **multinacionales**.

g) **En atención a sus funciones**, son distinguibles órganos **administrativos** (como las Intendencias), **legislativos** (como las Juntas Departamentales) y **jurisdiccionales** (como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo), sin olvidar que se atiende a su función predominante o preferente, en lenguaje de Jiménez de Aréchaga. También con este criterio puede hablarse de **órganos de administración activa** (que deciden) y **órganos consultivos o asesores** (como la Oficina de Planeamiento y Presupuesto), **órganos de control** (como el Tribunal de Cuentas) y **órganos de representación** (como la Presidencia), sin olvidar que **muchas veces un órgano reúne varias de estas cualidades**. Así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, típico órgano de administración activa, es también un órgano de control cuando ejerce las potestades de control de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados que le asigna el artículo 197 de la Constitución. A su vez, según que su actividad de control se agote o no en el ámbito de la persona jurídica, se distinguen **órganos de control interno** (como la Contaduría General de la Nación) y **de control externo** (como el Tribunal de Cuentas).

h) Otra clasificación es la que distingue **órganos ordinarios y extraordinarios** y, vinculada con ella, aparece la clasificación en **órganos permanentes y transitorios**, como los **misionales** que se crean para cumplir una misión, terminada la cual se extinguen.

i) También se distinguen **órganos de existencia necesaria** y **órganos de existencia contingente**, que pueden existir o no según se cumplan o no los requisitos para ello, como las juntas locales.

### 3. La Teoría de los sistemas orgánicos

#### 3.1. Concepto de sistema orgánico

Según viene de explicarse, el Estado actúa mediante un **complejo orgánico**. En ese complejo orgánico, cada componente tiene asignadas **funciones y relaciones**. Los órganos no actúan aislados, sino integrando sistemas orgánicos.

Méndez define al **sistema orgánico**, como una “*serie de órganos enlazados en virtud de un orden que pone los componentes al servicio del todo en consideración a tareas específicas.*” (MÉNDEZ, Sistemas orgánicos, 1973).

### 3.2. Tipos de sistema orgánico

Para Méndez, todos los órganos del Estado están ordenados en sistemas, y **cada uno de los sistemas orgánicos se caracteriza por elementos específicos**. Además del sistema centralizado y el descentralizado, analiza el sistema acentralizado, que permite **ordenar técnicamente** los Poderes. En los tres hay dos ideas o **elementos determinantes: el centro y la relación**.

En el **sistema centralizado** hay “*un centro único y permanente*”; en el **descentralizado**, “*un centro primario y otro secundario, ambos permanentes*”; y en el **acentalizado**, “*centros variables, de carácter transitorio, en consideración a la materia o a la oportunidad*”.

La “*centralización*”, la “*descentralización*” y la “*acentalización*” son **técnicas internas o formas de organización para el ejercicio de los poderes jurídicos sin destruir la unidad etática**.

#### A. La centralización

Señala Méndez que es posible distinguir **dos concepciones** de la centralización. Una de ellas (en particular la doctrina francesa) parte de analizar soluciones institucionales propias del Estado unitario, en tanto que la otra (doctrina alemana) tiene una noción más amplia ligada al régimen federal. **Para la doctrina francesa**, por ejemplo, la centralización **se circunscribe a la actividad administrativa**. Ésta existe en los tres Poderes; es principal y de carácter externo en el Ejecutivo, y auxiliar, de carácter interno en los otros dos. En cambio, **para la doctrina alemana, la centralización comprende las actividades legislativa, jurisdiccional y gubernativa, incluida la administrativa; y desde el punto de vista institucional abarca a los tres Poderes**. Si bien esta doctrina alemana estudia la jerarquía con referencia a la actividad de los tres Poderes, la analiza fundamentalmente respecto de la función administrativa, introduciendo para la legislativa y jurisdiccional, otras nociones como la de preeminencia.

En cualquier caso, la centralización es descripta por Méndez como un sistema orgánico **simple**, con relaciones puramente **internas**, de naturaleza **técnica**. Su **centro único** tiene **primacía jerárquica**: poderes de mando y jurídicos que le permiten regular la actividad de las unidades componentes.

El órgano central o centro lo es en virtud de ser el núcleo generador de energía del sistema, su fuente de sinergia, dice Méndez. El órgano central es quien centraliza todas las potestades.

Ese centro único se ubica en la cúspide del sistema, como **jerarca máximo**. Los demás órganos están subordinados o jerarquizados a él, existiendo entre ellos una **prelación jerárquica en orden descendente**, según la cual son subordinados del que los precede y jefes de los de grado inferior.

El sistema admite, sin embargo, órganos centrales secundarios en número variable.

La relación propia del sistema centralizado es la **jerarquía**.

Explica Méndez que este concepto tiene origen sacro, refiriendo inicialmente al *“gobierno de las cosas sagradas”*. Posteriormente pasa a designar *“el orden que tienen en el gobierno de la iglesia, las personas sacras, según su grado”*. De allí se extrae la idea de primacía jerárquica, emergente del *“primado”* del Apóstol Pedro. De ese contexto, las nociones pasan al Derecho público italiano y al francés, relacionándose con la centralización.

**Méndez define a la jerarquía como "relación técnica de carácter interno y naturaleza administrativa regulada jurídicamente para asegurar la unidad estructural y funcional mediante subordinación".**

Entre las **potestades del jerarca** los autores mencionan: el **poder de mando** que se traduce en el dictado de órdenes y la vigilancia de su cumplimiento así como de la regularidad de la actuación de los subordinados; la **avocación** que permite decidir un asunto sometido a consideración del inferior, sea a petición de parte, de oficio o ante planteo de un órgano de contralor; la **resolución del recurso jerárquico**; el **dictado de reglamentos** de organización o funcionales y de **instrucciones de servicio**; la **designación, destitución y ascenso** de los funcionarios; la **potestad disciplinaria**; la **solución de conflictos entre órganos subordinados**; el **dictado de resoluciones** sobre asuntos concernientes al sistema y la disposición de las **operaciones materiales** necesarias.

En la relación jerárquica Méndez distingue, a su vez, **tres elementos básicos**:

- específico, técnico: poder de mando
- técnico-jurídico: concentración funcional
- jurídico: potestades jerárquicas

**El poder de mando** impone cohesión y unidad al sistema, mediante **órdenes**.

**La concentración funcional** se origina en que el jerarca es titular del ejercicio de la competencia del sistema. En tal carácter distribuye funciones o actividades y corrige a los subordinados. Esta idea determina en el pensamiento de Méndez, que **la actividad de los subordinados, incluida la jurídica, se reputa como del jerarca**, esto es, como propia del sistema. Excepcionalmente el subordinado expresará una voluntad propia, como

ocurre en la desconcentración, que el autor llama “*deconcentración*”. Méndez se inclina a usar el galicismo “*deconcentración*”, en lugar de “*desconcentración*”, por una necesidad de adoptar un vocabulario propio para designar el fenómeno que describe.

Aun en caso de desconcentración, señala, técnicamente la voluntad del subordinado es voluntad del sistema.

Finalmente, **se caracteriza al sistema centralizado**, del modo siguiente:

a) La competencia del sistema se atribuye a sus componentes, radicando su goce en el sistema y su ejercicio en el jerarca.

b) La actividad de los órganos se reputa ejercicio de la competencia por el jerarca.

c) Existe una sola personalidad jurídica que es la del sistema, atribuida al jerarca.

d) Las relaciones orgánicas son internas y técnicas, sin perjuicio de sus proyecciones jurídicas, desenvolviéndose en la actividad administrativa necesariamente.

**El ejemplo típico de sistema centralizado es el sistema orgánico Poder Ejecutivo, cuyo órgano jerarca se denomina también Poder Ejecutivo**, cuyo funcionamiento se describe “*infra*” en el apartado temático respectivo.

Méndez, por otra parte, analiza la **centralización derivada o centralización en la centralización**. Es éste un fenómeno funcional dentro de la centralización, en que un órgano jerarquizado, sin perder su grado en la línea, sin perder sustancialmente la subordinación, **recibe potestades propias de la jerarquía, que lo sustraen al poder de mando**. Se diferencia de la decoconcentración porque en ésta, el poder propio de decidir está atribuido para funciones o actos que el órgano ejerce con prescindencia de los inferiores. La línea de subordinación se mantiene a través de la zona no decoconcentrada.

En la centralización derivada, los inferiores pasan a depender directamente del jerarca derivado, que en lugar de limitarse a transmitir órdenes de su jerarca, da las suyas.

Desde un punto de vista técnico aparece como una decoconcentración más amplia. Un ejemplo de centralización derivada de fuente constitucional es el de los órganos Ministerios, siendo la norma básica **el numeral 6 del artículo 181 de la Carta**.

## **B. La descentralización**

Sayagués (SAYAGUÉS LASO, 2010) señala que la descentralización **abarca todas las etapas del proceso mediante el cual se retiran poderes de**

**administración de la autoridad central, para distribuirlos en múltiples órganos que adquieren así capacidad de autodeterminación más o menos amplia.**

Por su parte, Méndez (MÉNDEZ, Sistemas orgánicos, 1973) destaca que, a diferencia de la centralización que es un sistema simple, cuyas unidades componentes, unidas por el vínculo jerárquico, están sometidas a un régimen administrativo único, **la descentralización es un sistema compuesto**, con relaciones de carácter **interno, de naturaleza técnica y jurídica, que se traban entre dos sistemas simples (primario y secundario)**, disponiendo de un orden administrativo múltiple. En la descentralización la competencia de la articulación resulta del ejercicio armónico de las competencias particulares de cada sistema simple componente.

**Existen relaciones entre el centro primario y el secundario y cada uno de ellos tiene su ordenamiento propio, centralizado.** Este centro secundario admite, a su vez, **centralización de segundo o ulterior grado.** Así se describiría el sistema descentralizado compuesto por el Poder Ejecutivo y los entes descentralizados.

El elemento específico de la descentralización, llamado normalmente **control**, se fragmenta, señala Méndez, en diversas manifestaciones, en función de sus distintas variantes. En efecto, la descentralización **se configura gradualmente** desde una articulación mínima hasta la máxima o autonomía. En la mínima se da la **tutela administrativa**; en la autonomía, la **coordinación autonómica.**

Cabe destacar, entonces, que **en la concepción clásica expuesta por Sayagués, las relaciones entre el centralizado y el descentralizado son externas, en tanto que para Méndez la descentralización como sistema supone una relación interna entre otros dos.** En este enfoque, los sistemas central y primario tienen un **jerarca común** pero una **competencia material diferente**: el sistema primario es la fracción del central a la que se da competencia descentralizada.

Más allá de las diferencias entre ambas perspectivas, los autores coinciden en que existe centralización administrativa en el interior de la descentralización; Sayagués alude a la centralización en el interior de las distintas administraciones públicas (Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, etc.), y Méndez a la centralización en el orden propio o particular de cada sistema simple.

### **C. La acentralización**

La acentralización es una articulación **compleja** que admite la posibilidad de comprender más de dos sistemas y abarcar las funciones **jurídicas, técnicas y políticas.**

Tiene **centros variables y transitorios con relaciones de orden externo para cada uno** de ellos y **relaciones internas en la acción del sistema**. Existe una situación de **equivalencia institucional**, y según la materia, oportunidad o soluciones del Derecho positivo, la iniciativa o decisión se desplaza hacia uno de los órganos componentes, colocándolo en posición de **primacía institucional o jurídica y, a veces, política**.

El elemento técnico de la acentralización es, entonces, la **primacía**. Más allá, se observan **relaciones de dirección y supremacía**.

Un ejemplo lo proporcionarían el Poder Ejecutivo y el Legislativo, en que la primacía institucional oscilaría entre ambos dependiendo de la etapa en el procedimiento de formulación de las leyes (iniciativa, discusión, sanción y promulgación).

Méndez define al **sistema orgánico**, como una *“serie de órganos enlazados en virtud de un orden que pone los componentes al servicio del todo en consideración a tareas específicas.”*

Todos los órganos del Estado están ordenados en sistemas (centralizado, descentralizado y acentralizado), y **cada uno de los sistemas orgánicos se caracteriza por elementos específicos**. En los tres hay dos ideas o elementos determinantes: **el centro y la relación**.

En el sistema **centralizado** hay un centro único y permanente y el vínculo es la **jerarquía**; en el **descentralizado**, un centro primario y otro secundario, ambos permanentes, y la relación es el **control**; y en el **acentralizado**, centros variables, de carácter transitorio, en consideración a la materia o a la oportunidad, y el vínculo es la **primacía**.

A diferencia de la centralización que es un sistema simple, cuyas unidades componentes, unidas por el vínculo jerárquico, están sometidas a un régimen administrativo único, la descentralización es un sistema **compuesto**, con relaciones de carácter **interno, de naturaleza técnica y jurídica, que se traban entre dos sistemas simples (primario y secundario)**, disponiendo de un orden administrativo múltiple. En la descentralización la competencia de la articulación resulta del ejercicio armónico de las competencias particulares de cada sistema simple componente.

## D. Modalidades de la centralización

La centralización suele presentar alteraciones que son puramente funcionales ya que no afectan la estructura del sistema centralizado, denominadas "*modalidades de la centralización*". Ellas son: la autonomía técnica, la imputación funcional, la delegación de atribuciones, la desconcentración no privativa y la desconcentración privativa.

**Para Méndez, las modalidades de la centralización se clasifican en tres grupos:** autonomía técnica o natural, delegación de atribuciones (que también llama atípica, técnica o jerárquica para distinguirla de una típica delegación jurídica), y desconcentración. Como vemos, las **diferencias** con la categorización anterior radican, fundamentalmente, en **tres aspectos:** llama "*desconcentración*" a lo que la doctrina clásica llama desconcentración; omite la distinción entre "*desconcentración privativa y no privativa*" porque, como se explicará, no considera a la segunda como una real desconcentración, sino como mera imputación funcional; y, como también se verá, considera a dicha imputación funcional como una simple regulación de las condiciones de actuación orgánica (MÉNDEZ, Sistemas orgánicos, 1973).

Antes de ingresar en el análisis de cada una de las modalidades de la centralización, parece interesante repasar, siquiera brevemente, los **diferentes sectores de la competencia correspondiente al jerarca:**

**a) Funciones internas, particulares del jerarca,** que no puede trasladar a los demás, al menos directamente. Entre ellas están las reglamentaciones internas del órgano: reglamentos de administración o jerárquicos.

**b) Funciones privativas o exclusivas,** cuyo ejercicio compete directamente al jerarca. Son las asignadas al jerarca con el propósito de que sólo él pueda ejercerlas. La **imposibilidad de trasladar** estas atribuciones es **absoluta**. No son susceptibles de delegación en sentido jurídico propio, ni de delegación técnica o atípica, o de imputación jerárquica. Es el caso de la competencia exclusiva del Consejo de Ministros, aludida en el artículo 160 de la Constitución, en la segunda oportunidad que la norma utiliza la expresión "*privativa*".

**c) Funciones generales y comunes del sistema,** cuya "**concentración funcional**" radica en el jerarca. Estas funciones se encuentran en todos los órganos inferiores, íntegramente cuando la subordinación es total, y parcialmente para la porción jerarquizada, en los casos de desconcentración o delegación atípica. La imputación de estas funciones se limita a imponer el ejercicio de funciones que están naturalmente distribuidas en el conjunto orgánico sin diferenciaciones.

**d) Funciones propias o naturales del jerarca**, aquellas sin las cuales dejaría de ser tal. Se encuentran fuera de la concentración funcional. Primariamente, Méndez incluye entre ellas, la potestad reglamentaria, las de nombrar, promover, trasladar, destituir, aplicar sanciones graves, adoptar decisiones definitivas, ciertas iniciativas o impulsos de acción del inferior y, en general, actos que comprometan jurídicamente la voluntad del sistema. Estas atribuciones **no pueden ser imputadas** a los inferiores. Sin embargo, a diferencia de las privativas, **se rigen por el principio relativo que tolera su entrega a los inferiores mediante una disposición expresa habilitante**, como ocurre en la delegación de atribuciones.

### **i. La autonomía técnica**

En ocasiones, los subordinados gozan de cierta “*discrecionalidad natural*” para obrar, dice Méndez. Esa discrecionalidad puede provenir de principios jurídicos fundamentales como en el caso de la libertad de Cátedra, o de la naturaleza de la función. Esta segunda hipótesis encuadra en el concepto de autonomía técnica o natural, impuesta por la especialización.

La autonomía técnica se ve en los casos de **ejercicio de servicios profesionales y en los de asesoramiento**. En el primero, el subordinado tiene un derecho de examen que atenúa su deber de obediencia, en cuanto actúa de acuerdo con los principios de su ciencia o arte, en ejercicio de una discrecionalidad que el jerarca debe respetar. En el caso de asesoramiento, la discrecionalidad es aun mayor porque el propio ejercicio de la función de asesorar supone la emisión de un dictamen que expresa la voluntad del asesor. Si bien el jerarca puede seguir o no ese pronunciamiento, el mismo queda fuera de su poder de mando. El ordenamiento puede prever que el dictamen sea preceptivo o no (que sea obligatorio pedirlo o no), y que sea vinculante o no (que obligue al asesorado o no).

**La autonomía técnica no compromete la jerarquía. El jerarca ordena el trabajo (tiene la iniciativa), lo reglamenta (fija su objeto y oportunidad), adopta la decisión final, y mantiene el ejercicio de la potestad disciplinaria.**

La autonomía técnica se ve, entonces, en órganos consultivos y de asesoramiento, y en órganos activos de carácter eminentemente técnico. Sin esa “*discrecionalidad natural*” sería imposible el desempeño de la tarea.

### **ii. La imputación funcional**

La imputación funcional implica la asignación de **tareas materiales o técnicas, correspondientes al sistema**, a un órgano subordinado. Puede comprender el dictado de **actos administrativos de carácter auxiliar, preparatorios o de ejecución, no principales o decisorios**.

Méndez señala que, si bien la competencia se atribuye al sistema, el jerarca es titular de su ejercicio, como se adelantó y, en principio, tiene facultad de imputarla o atribuirla a los inferiores. Tiene lugar así, la imputación funcional, en que el superior asigna al inferior una tarea determinada, sin que se produzca traslación funcional o alteración cuantitativa de la competencia del sistema.

Se trata, para dicho autor, de una simple regulación de las condiciones de actuación orgánica. La concentración funcional depositada en el jerarca le permite ejercerla directamente o atribuirla a los subordinados.

Sin embargo, existen **atribuciones que el jerarca no puede trasladar**:

a) Atribuciones privativas o exclusivas. La imposibilidad de trasladar estas atribuciones es absoluta.

b) Atribuciones que son atributo natural de la jerarquía, propias o naturales del jerarca. La imposibilidad cede ante norma habilitante, como ocurre en la delegación de atribuciones.

Cajarville señala que esta imputación funcional o distribución de tareas puede realizarse por actos normativos generales y abstractos o por actos particulares, y aun por simples instrucciones de servicio que pueden incluso no emanar del jerarca. (CAJARVILLE, 2007).

### iii. La delegación de atribuciones

La delegación de atribuciones encuentra fundamento en consideraciones de carácter práctico, buscando **descongestionar** al órgano jerarca. Ha sido definida por Cajarville como *"el acto por el cual el órgano delegante -debidamente autorizado para ello por una norma expresa- inviste al delegado de la potestad (poder-deber) de expresar la voluntad orgánica, en un determinado sector de competencia"* (CAJARVILLE, 2007).

En la delegación, ni la competencia ni su ejercicio sufren alteración alguna. El **delegado o delegatario** actúa a nombre del **delegante**, de modo que los actos de aquel se imputan a éste. Como consecuencia, contra el acto del delegatario solo corresponden los **recursos administrativos que el ordenamiento prevé para impugnar las decisiones del delegante**.

El delegante es un órgano del Estado (persona pública mayor o ente descentralizado).

Entiende Cajarville que puede incluso delegarse fuera del sistema centralizado, por ejemplo en un Ente Autónomo, en un Servicio Descentralizado, en un órgano o en un funcionario. En virtud de la delegación, el delegatario ejerce **función pública** (sin no tiene ya la calidad de funcionario, la adquiere por la delegación).

**La delegación puede dar origen a responsabilidad**, tanto sea política, como penal, patrimonial o disciplinaria.

La delegación requiere **potestad delegatoria** (competencia para delegar), contenida en una norma objetiva de igual jerarquía que la atributiva de competencia. La Constitución de la República atribuye potestad delegatoria al **Poder Ejecutivo**, actuando en **Consejo** de Ministros (artículo 168, numeral 24, y artículo 160 que estatuye esta potestad delegatoria como una competencia privativa del Consejo), a los **Ministros** (artículo 181, numeral 9º) y a los **Intendentes** (artículo 278 que los faculta a delegar en comisiones especiales; artículo 280 que les permite hacerlo en directores de departamento; y artículo 262, inciso cuarto que prevé la delegación del Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental en autoridades locales).

La competencia para ser delegatario ha sido denominada **vocación delegatoria**. El acto a través del cual se delega, **acto delegatorio**, es denominado por la Constitución **“resolución fundada”** (cuando es del Poder Ejecutivo y los Ministros).

Debe distinguirse ese acto o **resolución delegatoria**, acto administrativo por el que se delega la atribución, de la **resolución delegada**, acto administrativo que se dicta por delegación de atribuciones.

#### **iv. La desconcentración**

La doctrina mayoritaria distingue dos tipos de desconcentración.

**La desconcentración no privativa**, llamada también **impropia** como observa Cajarville, implica la atribución a un subordinado, de la potestad de dictar actos administrativos principales, o sea de decidir una determinada cuestión por actos imputables al sistema a que ese órgano pertenece, **sin privar al jerarca de dicha potestad. En la desconcentración no privativa, entonces, el jerarca puede avocar** (pasar a conocer y decidir una cuestión sometida a consideración del subordinado).

**La desconcentración privativa**, también llamada **propia**, se caracteriza, en palabras de Prat, por *“un tenue descenso de poderes de administración muy limitado, en favor de un órgano subordinado que los ejercerá a título de competencia propia, privativa, en una determinada materia, por cierto muy restringida”*. **El Jerarca no puede avocar en la materia desconcentrada privativamente. Fuera de la materia desconcentrada, la jerarquía es total**; en esa materia, en cambio, se ven limitados los poderes del jerarca (PRAT, 1977).

En relación con la desconcentración no privativa, Méndez señala que se trata de un caso en que la norma objetiva limita la posibilidad de imputación funcional por parte del jerarca. En puridad, como se ha adelantado, no es para él un caso de desconcentración.

Admite calificar a la desconcentración como una “*centralización imperfecta*”. Otros autores señalan que se trata de una “*descentralización burocrática*”. Entre nosotros, Sayagués ha observado que se trata de un paso hacia la descentralización (SAYAGUÉS, 2010).

De cualquier modo, la desconcentración es un **fenómeno funcional**, en tanto que la descentralización es un **fenómeno estructural**. Ella puede existir tanto en la administración centralizada como en la descentralizada.

Méndez define a la desconcentración como “*una atribución de potestades o poderes propios de decisión a un órgano subordinado, con carácter parcial y en materia administrativa, mediante una regla objetiva de Derecho.*” Las potestades desconcentradas tienen un régimen especial dentro del general. El carácter privativo de su ejercicio por el subordinado las coloca fuera de la concentración funcional y, por ende, de la imputación funcional. Méndez señala que el acto de desconcentración es una imputación funcional directa y especial hecha al subordinado por la norma objetiva.

Entre las características de la desconcentración, Méndez señala que:

a) A pesar de encontrarse fuera de la concentración funcional, las potestades desconcentradas integran la competencia del sistema y **quedan sometidas a jerarquía**. El conocimiento inicial del subordinado no excluye la actuación del jerarca en instancia ulterior, para controlar la acción del inferior, mediante recurso administrativo, por ejemplo.

b) La desconcentración abarca **parcialmente** la competencia. Si la abarcara de manera total, el poder de mando quedaría virtualmente neutralizado. La desconcentración supone el **mantenimiento de la concentración funcional**, tratándose de una **figura derivada** y secundaria que no tiene existencia sin la principal y primitiva.

c) La desconcentración atribuye **poderes propios** de decisión. El acto creador de la desconcentración tiene precisamente esa finalidad. El poder propio de decisión se atribuye, en principio, a órganos que por su posición dentro del orden jerárquico están en condiciones de formular **actos jurídicos definitivos**.

Están excluidos como objeto directo de desconcentración, las operaciones y actos materiales y técnicos, actos administrativos internos de carácter auxiliar y preparatorio y, en general, los ejecutivos.

d) Se resuelve por una **regla objetiva preeminente sobre el orden jerárquico**. Normalmente la fuente será la Constitución o la ley. Méndez **no comparte la opinión de quienes entienden que puede haber desconcentración de fuente reglamentaria**.

Con respecto a la **posibilidad jurídica de esta desconcentración de fuente reglamentaria**, Cajarville alerta sobre la necesidad de observarla con atención, para evitar incurrir en ilegalidad (CAJARVILLE, 2007).

En el artículo 181, numeral 8° de la Constitución, se dispone que los Ministerios ejercerán las demás atribuciones que les cometan las leyes y *“las disposiciones adoptadas por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros”*. De esto se infiere que la distribución de atribuciones entre dependencias del Poder Ejecutivo puede surgir de normas reglamentarias.

En cualquier caso, al igual que Sayagués (SAYAGUÉS, 2010), Cajarville destaca que **las normas de competencia son de orden público, inderogables e inalterables por el titular de la misma**, para quien su ejercicio constituye una obligación. Se trata de *“poderes-deberes”*. Es por ello que, por ejemplo, el Poder Ejecutivo no puede desprenderse de una competencia que le ha dado la Constitución o la ley, transfiriéndola privativamente a un subordinado. Podría desconcentrar competencia en un órgano subordinado de una determinada dependencia, quitándosela al superior de la misma, pero no privándosela a sí mismo, porque supondría renunciar a sus poderes. Agrega Cajarville que la desconcentración reglamentaria debe ser respetada por el jerarca que la dispuso, por su condición de acto regla que se impone a la propia Administración.

e) La desconcentración, continúa Méndez, es **objetiva, permanente, y atributiva de ejercicio de competencia**.

El acto que configura la desconcentración es atributivo de competencia, entregando al desconcentrado el ejercicio de funciones. Atenúa cuantitativamente la concentración funcional y la intensidad del poder de mando, aunque no altera la competencia del sistema.

f) La desconcentración es **de derecho estricto**, esto es, requiere un texto expreso que la traduzca.

La centralización suele presentar alteraciones que son puramente funcionales ya que no afectan la estructura del sistema centralizado, denominadas "**modalidades de la centralización**". Ellas son:

a) La **autonomía técnica**, que se ve en órganos consultivos y de asesoramiento, y en órganos activos de carácter eminentemente técnico.

b) La **imputación funcional**, que implica la asignación de tareas materiales o técnicas, correspondientes al sistema, a un órgano subordinado (puede comprender el dictado de actos administrativos de carácter auxiliar, preparatorios o de ejecución, no principales o decisivos).

c) La **delegación de atribuciones**, definida por Cajarville como "*el acto por el cual el órgano delegante -debidamente autorizado para ello por una norma expresa- inviste al delegado de la potestad (poder-deber) de expresar la voluntad orgánica, en un determinado sector de competencia*".

d) La **desconcentración no privativa**, llamada también impropia, que implica la atribución a un subordinado, de la potestad de decidir por actos imputables al sistema a que ese órgano pertenece, sin privar al jerarca de dicha potestad.

La **desconcentración privativa**, también llamada propia, que se caracteriza, en palabras de Prat, por "*un tenue descenso de poderes de administración muy limitado, en favor de un órgano subordinado que los ejercerá a título de competencia propia, privativa, en una determinada materia, por cierto muy restringida*". Fuera de la materia desconcentrada la jerarquía es total; en esa materia, en cambio, se ven limitados los poderes del jerarca, el que **no puede avocar** (conocer y decidir en el asunto).

### 3.3. En especial sobre la Jerarquía

#### A. Importancia de la noción

La jerarquía es una de las nociones capitales del Derecho administrativo y la Ciencia de la Administración, constituyendo el elemento técnico de la centralización. Es, al decir de Méndez (MÉNDEZ, La jerarquía, 1973), su fuerza centrípeta, su elemento de cohesión.

A continuación se desarrolla esta noción en la perspectiva de dicho autor.

#### B. Concepciones de la jerarquía

**Concepción objetiva:** Serie de órganos que ejercen el Poder Ejecutivo armónicamente subordinados y coordinados para hacer compatible la unidad con la variedad del mismo.

**Concepción subjetiva:** Pone el enfoque, ya no en los órganos sino en los agentes, definiéndola como un orden de relaciones personales.

**Concepción técnica:** Relación o conjunto de nexos técnicos regulados por el derecho en sus aspectos fundamentales. Este es el enfoque a que adhiere Méndez, quien termina definiéndola como *“una relación técnica de carácter interno y naturaleza administrativa regulada jurídicamente para asegurar la unidad estructural y funcional mediante subordinación.”*

#### C. Caracteres de la relación jerárquica

**a. Relación técnica:** Es una **relación técnica**, aunque regulada por el Derecho en la determinación de sus elementos y en aspectos importantes de la dinámica orgánica.

Habiendo una sola entidad, que es el sistema orgánico, no hay sujetos diferentes, por lo que la relación entre los elementos componentes del sistema no pueden ser relaciones jurídicas, sino técnicas.

Señala Méndez que impulsa los esfuerzos internos del sistema, lo que podría considerarse su vida *“vegetativa”*. La vida de relación se manifiesta por medio del jerarca u órganos que tengan la representación hacia el exterior.

**b. Relación interna:** Es una **relación interna**, en el sentido de que refiere a la vida *“íntima”* del sistema jeraquizado, vinculando a **órganos internos**, esto es, órganos que no tienen aptitud jurídica o técnica para comprometer válidamente el sistema que integran, ya por obra de actos de administración activa ya en ejercicio de representación.

**c. Relación de naturaleza administrativa:** Es una relación que se manifiesta sólo en la actividad administrativa. La **subordinación**, elemento

esencial de la jerarquía es un instrumento que sólo puede usar el Estado, en ejercicio de la función administrativa.

En el ejercicio de la **función jurisdiccional** puede darse el fenómeno de la revisión en proceso que, sin embargo, no debe tomarse como una manifestación de jerarquía. Este fenómeno se funda en la existencia de **primacía jurídica**, relación que caracteriza el orden orgánico jurisdiccional. A su vez, en el ejercicio de la **función legislativa**, puede haber situaciones de iniciativa de una de las Cámaras, que también constituyen manifestación de **primacías** dentro de un orden de **equivalencia o igualdad institucional**.

**d. Unidad estructural y funcional:** Es objetivo de la jerarquía, el logro de la unidad estructural y funcional del sistema.

La **supremacía, preeminencia absoluta por materia u organización**, es una fuerza impulsiva como la dirección, que encauzan la acción del sistema, por medidas generalmente de estímulo o previsión, sin interferir directamente en la actividad o presionar aun indirectamente la voluntad de las entidades afectadas.

**Las primacías**, dejando de lado la jerárquica, traducen **preeminencias relativas**. Hallándose generalmente en situación de **equivalencia institucional**, actúan en régimen de **competencias compartidas o concurrentes**.

Como ejemplo, el Juez de alzada está en situación de primacía jurídica frente al juez “*a quo*”.

Por su parte, la **tutela administrativa** supone una voluntad dominante que puede llegar a enervar o paralizar la acción del sujeto bajo tutela.

La **subordinación** no se incluye como una relación distinta y autónoma, porque es un elemento de la jerarquía, que Méndez considera esencial.

### **Contenido de la relación jerárquica**

La relación jerárquica se integra con tres elementos:

- a) elemento **técnico-jurídico**: la **concentración funcional**
  - b) elemento **técnico**: el **poder de mando**
  - c) elemento **jurídico**: las **potestades** o poderes jurídicos
- Veamos el análisis de dichos tres elementos.

**a) En lo que tiene que ver con el elemento técnico-jurídico (la concentración funcional)**, cada órgano tiene una **competencia**, porción funcional, aptitud de querer y obrar, que se le otorga por acto formal (Constitución o ley en lo nacional y decreto legislativo departamental en su ámbito), por razones de especialización y división de trabajo.

Más precisamente, todo órgano tiene:

i) funciones **principales** (dominantes y secundarias) – forman el núcleo de la competencia; suelen dar nombre al órgano. Las **dominantes** forman la parte esencial y las **secundarias** tienen una menor importancia sin ser un mero complemento.

ii) funciones **complementarias** – constituyen desarrollo de las principales

iii) funciones **auxiliares** – están al servicio de las principales y complementarias

**La competencia corresponde al sistema y la titularidad de su ejercicio al jerarca.** Los demás órganos del sistema tienen una titularidad potencial y parcial. Por esta razón, la **imputación funcional** se presenta como un **acto de concreción** de la competencia entregada al sistema.

**La concentración funcional** supone el ejercicio de la competencia total por parte del jerarca. Es una manifestación de la competencia. *“La concentración funcional es – dice Méndez - la aptitud técnica y jurídica de un órgano para realizar por sí o hacer realizar por otros subordinados cualquier acto u operación comprendidos en la competencia del sistema respectivo.”*

Señala el autor que **en la acentralización** la titularidad, el goce y el ejercicio de la competencia están atribuidos desde el principio, en el acto de creación orgánica, tanto para el sistema como para sus unidades integrantes. **En la descentralización** se crea el descentralizado con su competencia y el orden de relaciones con el central preexistente. Cada sistema componente tiene imputados el goce y ejercicio de sus competencias propias (el control del central es ejercicio de su competencia propia). **En la centralización**, en cambio, la competencia se instituye en dos etapas: en la primera se da el goce al sistema y el ejercicio al jerarca; en la segunda, con los reglamentos jerárquicos y la imputación funcional, el jerarca atribuye el ejercicio a los subordinados.

No toda la competencia atribuida al sistema o a ciertos órganos, integra la concentración funcional. Están fuera de ella, las actividades del orden interno del jerarca, las naturales del jerarca y las privativas o exclusivas del jerarca.

**b) Respecto del elemento técnico (el poder de mando):** El **poder público**, atributo de la soberanía, comprende potestades públicas entre las que figura la imperativa o de mando, que permite dar órdenes y obligar a cumplirlas. El ejercicio de este poder público, expresión de **autoridad**, corresponde al plano de las **relaciones externas**, entre el Estado y los componentes de la sociedad.

El **poder de mando de la jerarquía**, en cambio, corresponde al plano de las **relaciones internas**; es el **poder que habilita al jerarca para ordenar**, imponiendo el ejercicio de una actividad, o la ejecución de un acto

o hecho según su voluntad. Supone una situación de preeminencia (aspecto institucional), primacía o supremacía, una relación de subordinación (aspecto técnico) y potestades (aspecto técnico-jurídico).

**Los mandatos del jerarca se dirigen directamente a los órganos o cargos e indirectamente a los titulares.** Los titulares los reciben de manera mediata y se encuentran en una relación técnica que absorbe su personalidad. En esta relación hay dos sujetos técnicos.

**La autoridad se aplica a los individuos, y tienen esa calidad los funcionarios.** En la relación de autoridad hay dos sujetos de derecho.

En sentido técnico, el subordinado no puede desobedecer; desobedece el funcionario.

El poder de mando no tiene siempre la misma **intensidad**. Ella puede ser mayor en virtud de la actividad o función, como ocurre con los servicios militares. También puede variar con el grado que ocupan los órganos, siendo mayor cuando el grado se acerca al jerarca. Por otra parte, los órganos activos suelen tener una jerarquización mayor que los pasivos.

Si bien la **discrecionalidad** parece, en principio, incompatible con la jerarquía, existen situaciones en que ella aparece, como ocurre cuando el subordinado produce un dictamen o consulta, acto administrativo secundario, de carácter interno, preparatorio, mero acto administrativo, que tiene que emanar de una voluntad libre, no sujeta ontológicamente al poder de mando. Es el caso de autonomía técnica. En ella existe una discrecionalidad sustantiva, en cuanto al fondo, aunque puede haber determinación en los aspectos del cuándo y el cuanto del pronunciamiento. La autonomía técnica no debilita sino que robustece la jerarquía, porque pone a disposición del jerarca, elementos para decidir según su entender.

**El poder de mando comprende** la potestad de ordenar, la vigilancia de los subordinados y la potestad disciplinaria.

Por su parte, **la subordinación, técnicamente** representa el acatamiento de la voluntad del superior. El subordinado actúa por el jerarca en una identidad que elimina la personalidad del inferior. Su absorción por el superior es el fenómeno característico de la subordinación.

Por otro lado, el **derecho de examen** del funcionario puede llevarlo a desobedecer. En ese momento la cuestión se traslada del terreno técnico al jurídico. El titular, instrumento del órgano cede paso a una voluntad humana distinta a la técnica. Se dan así **dos situaciones paralelas: la técnica del titular del órgano subordinado, y la jurídica, estatutaria, del funcionario.**

El jerarca sólo puede querer lo que las normas establecen y el inferior lo que le ordena el superior.

**Las órdenes o mandatos** son definidas por Méndez como **imperativos de conducta limitados a ciertos inferiores y para actos u operaciones determinados**.

La orden debe cumplirse de manera inmediata, y es de buena administración que refiera a actos u operaciones concretas. Debe trasmitirse siguiendo las líneas y de grado en grado.

Mientras la imputación funcional delimita la porción de competencia cuyo ejercicio corresponde al subordinado, la orden obliga a ejercer esa competencia. La primera abarca funciones, la segunda energía jerárquica. El poder emitir órdenes es inherente a la jerarquía.

A su vez, **las líneas jerárquicas** pueden definirse como los **cauces** de la energía jerárquica, los **conductores** de la energía funcional. Esas líneas parten del vértice de la pirámide jerárquica, donde se ubica el órgano jerarca, y por ellas fluye esa energía.

Cada línea tiene funciones propias.

Con un **punto de vista material**, las líneas se clasifican en:

i) **principales** o primarias – que son las que tienen su punto de partida en el jerarca

ii) **derivadas**, las que a su vez se subdividen en secundarias, terciarias, y así sucesivamente, según partan de una primaria, secundaria, etc, tomando como referencia para el nombre, a la derivante. Las derivadas conducen energía parcial de la que tiene la derivante. Cuando unen dos o más, las derivadas se llaman comunes.

Con un **punto de vista ontológico**, las líneas se clasifican en:

i) **activas** – que canalizan función activa, administración en sentido positivo

ii) **pasivas** – que canalizan funciones propias de servicios de asesoramiento, consultivos, inspectivos y de representación. Completan a las primeras, corriendo paralelamente a ellas, sin contacto directo con los administrados y órganos de otros sistemas. Quedan fuera de la línea, conociéndose como **“staff”**. En estas actividades la jerarquía no se ve excluida, sólo atenuada por la **autonomía técnica**.

La consideración de las líneas de la pirámide jerárquica permite conformar organogramas u organigramas (que grafican la estructura de los sistemas), funcionaogramas (cartas funcionales), y fluxogramas (que reflejan el ritmo funcional).

Dentro de la línea, **el grado** representa un centro técnico que, según su posición, puede tener potestades y deberes jerárquicos. El grado más alto es el más próximo al jerarca y los sucesivos toman números descendentes hasta la base de la pirámide jerárquica. El valor del grado puede relativizarse

en función de comisiones o destinos que se asignen a los funcionarios respectivos.

**d) En cuanto a las potestades (vigilancia y potestad disciplinaria):**

**La vigilancia** también es llamada control. Por ella se aprecia la actividad de los subordinados y se toman medidas para ajustarla. En el ejercicio de potestad disciplinaria, en cambio, se aprecia la conducta de los titulares y, juzgándolos como funcionarios, pueden aplicárseles sanciones.

El jerarca realiza control al conocer, al recibir consultas de los inferiores, al ser instado por los servicios de vigilancia o por denuncia de los interesados, al avocarse y al entender en los recursos administrativos.

**La potestad disciplinaria** fundamenta el derecho de punición jerárquica, que es una especie de la punición administrativa.

### **3.4. La jerarquía según la forma del órgano**

No existe relación jerárquica en el orden interno de un órgano pluripersonal.

La Presidencia de un órgano pluripersonal no tiene jerarquía sobre los demás cargos, pero puede asumir jerarquía en representación, frente a los que ocupan grados inferiores en la línea.

**La jerarquía** es definida por Méndez como *“una relación técnica de carácter interno y naturaleza administrativa regulada jurídicamente para asegurar la unidad estructural y funcional mediante subordinación.”* Ella comprende:

**a) Funciones internas, particulares del jerarca**, que no puede trasladar a los demás directamente (como dictado de reglamentos internos, de administración o jerárquicos).

**b) Funciones privativas o exclusivas**, asignadas al jerarca con el propósito de que sólo él pueda ejercerlas. No son susceptibles de delegación o de imputación jerárquica.

**c) Funciones generales y comunes del sistema**, cuya **“concentración funcional”** radica en el jerarca, aunque se encuentran distribuidas en los órganos inferiores.

**d) Funciones propias o naturales del jerarca**, aquellas sin las cuales dejaría de ser tal. Se encuentran fuera de la concentración funcional (potestad reglamentaria, de nombrar, promover, trasladar, destituir, aplicar sanciones graves, adoptar decisiones definitivas, ciertas iniciativas o impulsos de acción del inferior y, en general, actos que comprometan jurídicamente la voluntad del sistema). Estas atribuciones **no pueden ser imputadas** a los inferiores. Sin embargo, a diferencia de las privativas, **se rigen por el principio relativo que tolera su entrega a los inferiores mediando una disposición expresa habilitante**, como ocurre en la delegación de atribuciones.

### 3.5. Aplicación de la Teoría de la Organización a la relación entre los poderes

Como se expuso, Méndez señala que el pueblo, como expresión política, puede verse como el “*organum magnum*”, órgano primario y fundamental, el más grande órgano pluripersonal.

De una voluntad soberana en que los integrantes de ese órgano pluripersonal actúan ejerciendo potestades colectivas, emana el **Estado, órgano de los órganos**. El Estado aparece como un órgano de la voluntad popular traducida constitucionalmente.

A su vez, dentro del Estado se crean los diferentes grupos o sistemas orgánicos.

La **centralización** constituye la parte básica en la organización estatal. Salvo el Poder Legislativo, los demás órganos estatales tienen organización centralizada. El Poder Judicial la tiene para sus funciones de apoyo. Por otra parte, la jerarquía tiene relevancia con referencia a la actividad de los tres Poderes, ya que internamente aparece en todos ellos, aunque de diversas formas, y aunque para la función legislativa corresponda considerar otras nociones complementarias, como las de primacía, preeminencia, coordinación, etc.

A medida que se asciende en el plano institucional, la cohesión del sistema jerárquico se atenúa.

Aparece, en primer lugar la **descentralización**, en la que se rompe el vínculo jerárquico y aparece el control.

Cuando llegamos al nivel superior de la estructura estatal observamos relaciones entre Poderes, que se desenvuelven dentro de lo que Méndez llama **sistema acentralizado**.

En efecto, al más alto nivel institucional, el Estado actúa a través del sistema orgánico acentralizado, de equilibrio de los Poderes, los que, a su vez, también se desempeñan separadamente, como sistemas orgánicos. Junto a esos sistemas orgánicos “*Poderes*” aparecen los sistemas llamados “*Poderes embrionarios*”: Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Corte Electoral. A ellos se agregan los Entes Descentralizados por servicios (Entes Autónomos y Servicios Descentralizados) y por territorio (Gobiernos Departamentales).

**El principio de separación de poderes** o de división de poderes, sistematizado por primera vez por Montesquieu es, como expresa Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, 1999), un “*medio técnico de organización de las personas jurídicas estatales destinado a prevenir el abuso del poder público*”. Este autor identifica tres reglas inherentes al principio:

a) A cada Poder del gobierno corresponde en principio una de las funciones del Estado. Para que un órgano ajeno al Poder que tiene esa función en principio, pueda ejercerla, se requiere un texto constitucional expreso, salvo en lo que refiere a la función administrativa en la medida en que sea necesaria para el cumplimiento de las otras funciones.

b) Los actos expedidos por cada uno de los Poderes de gobierno no pueden ser extinguidos por los otros; a lo sumo pueden ser desaplicados para un caso concreto.

c) Los actos expedidos por un Poder de gobierno no pueden ser modificados ni dejados de aplicar por órganos ajenos al que los expidió, salvo por razones de ilegitimidad. Esta regla tiene el efecto de que abundan los controles sobre las personas y no sobre los actos.

Korzeniak (KORZENIAK, 2001), por su parte, señala que el principio de división de poderes tiene cuatro componentes:

a) El funcional, según el cual el poder del Estado se manifiesta en la función legislativa, la administrativa y la jurisdiccional.

b) El orgánico, que refiere a que las tres funciones deben desempeñarse por centros de autoridad diferentes.

c) El de teoría política, que indica que los tres poderes son representativos del pueblo.

d) El teleológico, que reconoce en la separación de poderes una finalidad, la de defender las libertades de todos los habitantes.

En nuestra Constitución, estos componentes del principio de separación de poderes aparecen recogidos en el artículo 82<sup>7</sup> y demás disposiciones que regulan la actividad del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

Kelsen (KELSEN, 1982) realiza dos objeciones, desde el punto de vista teórico, a la formulación del principio de separación de poderes. En primer lugar, considera falso el supuesto de que el poder del Estado es divisible en porciones que pueden entregarse a autoridades diferentes. En segundo término observa que la legislación tiene un rango superior al de la administración y la jurisdicción, desde que los productos jurídicos de éstas se encuentran subordinados al de aquella.

Jiménez de Aréchaga hace una presentación del principio de separación de poderes que, en alguna forma, supera la primera de las críticas de Kelsen. En efecto, el autor explica que el poder del Estado es único e indivisible; la separación se da, en realidad, entre los poderes del gobierno y

---

<sup>7</sup> “Artículo 82.- La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.”

no en el poder del Estado. Un Poder de gobierno es, expresa, “*un órgano o sistema de órganos creado por la Constitución, coordinado y no subordinado a otros órganos, que tiene el ejercicio predominante de una de las funciones del Estado, y cuyas decisiones no pueden ser revocadas por ningún otro órgano o Poder por razones de conveniencia u oportunidad.*”

Estos Poderes no reciben delegación de la soberanía como postulaba la Constitución de 1830. Simplemente ejercen la soberanía de la Nación.

**La acentralización, como fue definida, explica la relación entre los Poderes.** Es, como se ha expresado, una articulación compleja que admite la posibilidad de comprender más de dos sistemas y abarcar las funciones jurídicas, técnicas y políticas. En el sistema acentralizado conformado por los Poderes, encontramos centros variables y transitorios con relaciones de orden externo para cada uno de ellos y relaciones internas en la acción del sistema. Así, como se ha expresado, las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el procedimiento para la formulación de las leyes constituyen un sistema acentralizado. En algunos casos la iniciativa sólo corresponde al Poder Ejecutivo que tiene, entonces, primacía institucional transitoria al efecto. El centro de gravedad del sistema se traslada al legislativo para la sanción y vuelve al Ejecutivo para la promulgación.

De este modo, uno de los Poderes ejerce competencia de primacía institucional transitoria, sin afectar la equivalencia institucional. Precisamente, el sistema se llama acentralizado, porque no hay un centro fijo y permanente. El centro es variable y transitorio, según las necesidades de impulso o iniciativa para dar acción al sistema. En los casos de equivalencia institucional los órganos mantienen, en algunos casos relaciones de colaboración, sin preeminencia, y en otros relaciones de equilibrio. Un ejemplo de colaboración es el de los Ministros dentro del sistema Poder Ejecutivo, en caso de competencias concurrentes; y un ejemplo de equilibrio se da entre los Poderes, en el sistema orgánico acentralizado que conforman.

Vemos, entonces, que en la acentralización se da una situación de **equivalencia institucional** y que, según la materia, oportunidad o soluciones del Derecho positivo, la iniciativa o decisión se desplaza hacia uno de los órganos componentes, colocándolo en posición de primacía institucional o jurídica y, a veces, política.

El elemento técnico de la acentralización es, en efecto, la **primacía**.

Más allá, pueden observarse **relaciones de dirección y supremacía**. En este sentido, Jiménez de Aréchaga refiere a la preponderancia política del Ejecutivo, que puede apreciarse en los ordenamientos modernos. En sentido similar, Méndez señala que dos fenómenos de los Estados modernos -la multiplicidad de sistemas orgánicos descentralizados y con ella cierta

relativización de la fórmula del equilibrio entre los Poderes- han conducido a robustecer las funciones de dirección. Ese fenómeno encuentra sus vías en la coordinación y en el aumento de la influencia del Poder Ejecutivo a través de las funciones de dirección.

La **coordinación**, concepto que aparece en la definición de Poder de gobierno, de Aréchaga, es definida por Méndez como una “*relación externa de competencias en la que la voluntad de un órgano es presupuesto, como “hecho”, de la expresión de voluntad de otro.*” Expresa la idea de un ordenamiento funcional, con vigilancia o ánimo de dirección.

En la coordinación, entiende Méndez que existe una primacía jurídica atenuada, en tanto no se sustituye directamente la voluntad de otro órgano, sino que es el propio órgano que emitió esa voluntad, el que la revisa como consecuencia de dicha coordinación.

Méndez considera como ejemplo de **funciones directivas**, las asignadas por la Constitución al Poder Ejecutivo, en el artículo 197. Esa dirección es parte de la función directiva general atribuida en consideración a la supremacía institucional.

Entiende el autor que, más allá del principio de equilibrio de Poderes, y sin perjuicio de la igualdad institucional de éstos, **debe haber un centro de gravedad que dé sentido al esfuerzo del todo. Ese centro se coloca en el Poder Ejecutivo**, por su composición y la naturaleza de sus funciones.

La **supremacía institucional** -expresa Méndez- puede definirse como una posición de **preeminencia institucional absoluta por oposición a la primacía institucional que es una posición de preeminencia institucional relativa**. Ésta puede derivar de la propia calidad del órgano, de la materia, y de la oportunidad de ejercitar la competencia.

Respecto del Poder Legislativo, **la supremacía institucional del Poder Ejecutivo se manifiesta**, por ejemplo, en la iniciativa de leyes con carácter de urgente consideración, que tendrán que ser consideradas en términos perentorios, pudiendo llegarse incluso a obtener una “*ley tácita*” cuando no hay pronunciamiento parlamentario en condiciones hábiles. Esta iniciativa constituye para Méndez una típica función directiva, novedosa respecto de la clásica relación consagrada por la separación de poderes. Agrega que la consagración de esta especie de funciones de dirección no compromete el juego normal de competencias, permitiendo en algún caso, como ocurre en el mecanismo del artículo 197 de la Carta, el desplazamiento de la decisión final a un tercer órgano.

La supremacía, preeminencia absoluta por materia u organización, es una fuerza impulsiva como la dirección, que encauza la acción del sistema, por medidas generalmente de estímulo o previsión, sin interferir directamente

en la actividad o presionar aun indirectamente la voluntad de las entidades afectadas.

Mientras la supremacía institucional (preeminencia absoluta) sólo puede entablar relaciones en sentido vertical descendente, la primacía institucional (preeminencia relativa) se proyecta verticalmente en sentido ascendente, descendente, y aun horizontalmente, según la calidad institucional del órgano.

Hallándose generalmente en situación de equivalencia institucional, los órganos actúan en régimen de competencias compartidas o concurrentes.

**Competencia compartida** es, como su nombre lo indica, la que comparten dos o más órganos. Un ejemplo de competencia compartida es la que tienen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en el sistema acentralizado, en la iniciativa de proyectos de ley, excluidas las materias en las que esa competencia es privativa de uno de ellos.

La competencia común es además **concurrente**, cuando dos o más órganos deben intervenir necesariamente para la formulación de cierto acto.

Las posiciones de supremacía y primacía institucional no son excluyentes.

Por otro lado, tenemos la **primacía jurídica**, que se da cuando un órgano tiene potestad suficiente para rever un acto jurídico definitivo tomado por otro, en ejercicio de competencia propia. Es el caso de la revisión del acto jurisdiccional por el juez de alzada. Méndez afirma que no la hay en el caso del recurso administrativo jerárquico, porque técnicamente el jerarca revé un acto propio. Pensamos que no es así, ya que, en nuestra opinión, en la desconcentración privativa la competencia desconcentrada es propia del subordinado.

El pueblo, como expresión política, puede verse como el “*organum magnus*”, órgano primario y fundamental, el más grande órgano pluripersonal. De una voluntad soberana en que los integrantes de ese órgano pluripersonal actúan ejerciendo potestades colectivas, emana el **Estado, órgano de los órganos.**

**Al más alto nivel institucional, el Estado actúa a través del sistema orgánico acentralizado, de equilibrio de los Poderes**, los que, a su vez, también se desempeñan separadamente, como sistemas orgánicos. **Junto a esos sistemas orgánicos “Poderes” aparecen los sistemas llamados “Poderes embrionarios”:** Tribunal de Cuentas, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Corte Electoral. A ellos se agregan los **Entes Descentralizados** por servicios (Entes Autónomos y Servicios Descentralizados) y por territorio (Gobiernos Departamentales).

**El principio de separación de poderes** o de división de poderes, sistematizado por primera vez por Montesquieu es, como expresa Cassinelli, un “*medio técnico de organización de las personas jurídicas estatales destinado a prevenir el abuso del poder público*”.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cuál es el principal elemento diferenciador de la teoría del órgano respecto de las teorías del mandato y la representación?
2. Explique las concepciones subjetiva, objetiva y técnica de órgano.
3. Exponga el concepto y los elementos del órgano para Méndez y Sayagués.
4. Proporcione los conceptos de especialidad y especialización.
5. Exponga el concepto y tipos de sistema orgánico.
6. ¿Cuáles son las modalidades de la centralización?
7. Explique brevemente la relación entre los Poderes de gobierno.
8. Exponga el concepto y las potestades propias de la jerarquía.

### **BIBLIOGRAFÍA:**

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, 2007, Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 1999, Derecho Público, FCU, Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 2010, La Delegación de atribuciones, en Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi, La Ley Uruguay.

FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, 1977, Introducción al estudio de la organización administrativa. Bases para una teoría del órgano, RUEA, T. 2, Montevideo.

GIANNINI, Massimo S., 1970, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, 2002, *La Constitución Nacional*, Tomo II, Publicaciones del Senado, Montevideo.

KELSEN, Hans, 1982, *Teoría pura del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales 20, UNAM, México.

KORZENIAK, José, 2001, *Primer Curso de Derecho Público*. FCU, Montevideo.

MÉNDEZ, Aparicio, 1971, *La teoría del órgano*, Amalio M. Fernández, Montevideo.

MÉNDEZ, Aparicio, 1973, *Sistemas orgánicos*, Amalio M. Fernández, Montevideo.

MÉNDEZ, Aparicio, 1973, *La jerarquía*, Amalio M. Fernández, Montevideo.

MÉNDEZ, Aparicio, 1971, *La Centralización. Concepto y elementos*, en *Revista de Administración Pública*, N° 65, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111205.pdf>.

MÉNDEZ, Aparicio, 1979, *La Descentralización. Concepto y caracteres*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Publicación homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. Dirección General de Extensión Universitaria, Montevideo.

PRAT, Julio A., 1977, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Acali, Montevideo.

ROTONDO, Felipe, 1979, *Aspectos de la teoría del órgano*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad de la República, Montevideo.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, F.C.U., 7ª edición (reimpresión), Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 2011, *Posición jurídica del particular frente a la Administración*, en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 30, en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, Montevideo, ps. 309 y ss.

VÁZQUEZ, Cristina, 2018, *La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la Administración*, en *Cuadernos de Mariñán*, IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, Contratación, Ordenación del Territorio y Buena Administración, A Coruña, España, 2018, ps. 215 y ss.; 2016, en *Revista de Derecho y Tribunales* N° 30, Montevideo, junio 2016, ps. 109 y ss.

VÁZQUEZ, Cristina, 2011, *Nociones de Derecho Parlamentario*, en *Revista de Derecho Público* N° 40, Montevideo, ps. 79 y ss.

VÁZQUEZ, Cristina, 2010, Técnica legislativa: teoría, métodos y aspectos político-institucionales, trabajo de asistencia a Oscar Sarlo y Gerardo Caetano, Montevideo.

# Capítulo V

## Organización administrativa estatal

### uruguaya

#### 1. Personalidad jurídica pública. Generalidades

La personalidad jurídica (cualidad para ser titular de situaciones jurídicas y ser parte de relaciones con otros sujetos) es inherente a las personas humanas o naturales. Es ésta una afirmación inconcusa y de principio en los sistemas pertenecientes al ámbito jurídico occidental. En nuestro país se desprende del principio de igualdad ante la ley (artículo 8° de la Constitución, y primer inciso del artículo 21 del Código Civil). También se atribuye personalidad jurídica a grupos de personas, relacionadas por un interés o intereses en común. Se trata, en ese caso, de la personalidad colectiva o moral.

Antiguamente la personalidad colectiva era considerada una ficción. Prueba de ello se encuentra en la redacción del segundo inciso del artículo 21 del Código Civil (“*Se consideran personas jurídicas...*”). En la actualidad predomina la idea de que la personalidad colectiva existe (se reconoce) en un grupo de personas con intereses comunes, que por lo mismo tienen aptitud para ser centro de imputación de relaciones jurídicas, sin perjuicio de tener que gestionar ese reconocimiento ante las autoridades competentes a fines de registro, admisión del nombre, etc. (RECASENS SICHES, 1985).

En cuanto nos interesa ahora, **las personas jurídicas pueden ser públicas, o privadas**. Son personas jurídicas públicas las que son creadas por acto estatal (Constitución o Ley) para cumplir fines (cometidos) de interés público, con un régimen de funcionamiento mayoritariamente de Derecho Público. Las personas privadas, por el contrario, se crean por acto de voluntad de particulares (tanto personas físicas como colectivas), para la realización de fines privados.

A su vez, **las personas jurídicas públicas pueden ser estatales o no estatales**.

Las personas jurídicas estatales son las que se incluyen en el concepto amplio de Estado, y están previstas en la Constitución de la República. Ellas son: el Estado (en el sentido restringido del término suele aludírsele como “*Persona Pública Mayor*”), los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados, y los Gobiernos Departamentales. Existen además en nuestro Derecho las **Personas Públicas No Estatales**, que se crean por ley,

con cometidos públicos, y regímenes jurídicos propios, definidos en cada caso por la propia ley.

Si bien se rigen en su organización y funcionamiento por normas que son mayormente de Derecho Público (Constitución, leyes -referidas como “*leyes orgánicas*” o “*cartas orgánicas*”-, y decretos reglamentarios de las leyes que les son aplicables), el régimen jurídico de las personas jurídicas estatales no es uniforme. Algunas normas se les aplican en conjunto (por ejemplo, las incluidas en el Texto Ordenado de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado -TOCAF-, las disposiciones sobre transparencia y ética pública, o las que establecen el plazo de caducidad de los créditos contra el Estado), pero muchas otras (aprobación de los presupuestos, estatutos de los funcionarios, etc.) rigen solo para cierta categoría, o incluso sectores de esas categorías. Estos puntos se examinan en detalle más adelante.

## **2. – Las personas jurídicas estatales**

En nuestro Ordenamiento jurídico no hay una norma que establezca taxativamente cuáles son las personas jurídicas públicas estatales. No obstante, ello puede inferirse de los textos de la Constitución (donde, por ejemplo, el artículo 24 define un elenco de personas jurídicas estatales susceptibles de asumir responsabilidad patrimonial).

**Existen, por lo tanto, cuatro categorías de personas estatales:**

- a) el Estado (la Persona Pública Mayor),**
- b) los Entes Autónomos,**
- c) los Servicios Descentralizados, y**
- d) los Gobiernos Departamentales.**

### **2.1. – El Estado**

Es la persona jurídica estatal original. Surge con la propia existencia del Estado nacional, tras la entrada en vigencia de la Convención Preliminar de Paz el 4 de octubre de 1828, y el decreto del Gobernador Sustituto Joaquín Suárez del 13 de diciembre de ese mismo año. De acuerdo con las previsiones de la Constitución de 1830, era la única persona estatal, ya que no se preveía la existencia de administraciones descentralizadas, ni aún a nivel departamental. A fines del siglo XIX se crean en forma extraconstitucional algunas entidades públicas distintas al Estado (como el Banco de la República en 1896, o el Banco de Seguros del Estado en 1911), y se reconoce la personalidad jurídica de los Municipios existentes en cada Departamento (en el artículo 21 del Código Civil de 1869), hasta que, en la Constitución de

1918, aparecen tanto la descentralización funcional al consagrarse la existencia de Consejos Autónomos (en su artículo 100), como la autonomía departamental (artículo 130).

Esta “*persona jurídica pública mayor*” (como en forma figurada se la suele denominar, por oposición a las demás, que teóricamente son desprendimientos del Estado) está compuesta por seis sistemas orgánicos dotados de autonomía funcional. Ellos son los tres Poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que son los Poderes representativos a que alude el artículo 82 de la Constitución, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Electoral. Teóricamente habría un séptimo sistema orgánico integrado a la persona Estado, el Consejo de Economía Nacional, pero no obstante su inclusión en los textos constitucionales desde 1934, y su creación en diciembre de 2005 (Ley N° 17.935, del día 26 de ese mes), no tiene funcionamiento efectivo.

**El Poder Ejecutivo es el “*poder administrador*” de principio, sin perjuicio de que la función administrativa también sea ejercida en diversa medida por los otros Poderes del Estado y sistemas orgánicos integrados en la persona Estado, y por las demás personas jurídicas estatales.**

En teoría (y en ocasiones en la práctica) las entidades funcionalmente descentralizadas, es decir, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, se crean (se descentralizan) a partir de desprendimientos de la Administración Central. En la realidad institucional es el caso, entre otros, del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay -INAU-, cuyo origen está el Consejo del Niño, dependencia del Ministerio de Educación y Cultura hasta 1987, y de la Administración de los Servicios de Salud del Estado -ASSE-, desprendido del Ministerio de Salud Pública en el año 2007). En otras situaciones, la entidad descentralizada se ha creado tras la asunción, por parte del Estado y mediante ley, de nuevos cometidos estatales. Así sucedió, por ejemplo, con la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland -ANCAP-, o con el Instituto Nacional de Colonización.

Es la persona jurídica Estado, a través del Poder Ejecutivo, la que define las políticas públicas sectoriales, que luego ejecutarán las dependencias de ese mismo Poder, o las entidades funcionalmente descentralizadas. De allí se evidencia la primacía institucional del Poder Ejecutivo (es decir, del Estado) sobre los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, y las potestades de control que aquél tiene sobre la gestión de los segundos, principalmente a través de los procedimientos establecidos en los artículos

197 y 198 de la Constitución. (CAJARVILLE PELUFFO, 2007; VÁZQUEZ, 1997).

## **2.2. – Los Entes Autónomos**

En tanto categoría jurídica surgen (al igual que los Servicios Descentralizados) con el texto de la Constitución de 1934, aún cuando las organizaciones descentralizadas en forma autónoma habían hecho ya su aparición (constitucional) en la reforma de 1918, con los Consejos autónomos previstos en su artículo 100. Como se mencionó supra, algunos Entes Autónomos fueron creados ya en su momento al margen de las previsiones de la Constitución de 1830. Serán tratados con detalle más adelante.

## **2.3. – Los Servicios Descentralizados**

Esta categoría de personas estatales surge también con la Constitución de 1934. Constituyen un segundo nivel de descentralización, de carácter no autonómico. Al igual que la categoría anterior, los examinaremos luego.

## **2.4. – Los Gobiernos Departamentales**

Los Departamentos, en tanto circunscripción político- administrativa, existen aún desde antes de la conformación del Estado Nacional (al menos parcialmente, con los creados al sur del río Negro en 1816), y al formarse éste, se identifican, en conjunto, con el propio territorio de la República (Constitución de 1830: *“El Estado Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los ciudadanos comprendidos en los nueve departamentos actuales de su territorio”*.)

Sin embargo, y no obstante la asignación creciente de competencias desde la década de 1860, y la atribución de personalidad jurídica en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil de 1878, debió esperarse hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1918 para que pudiera admitirse su calidad de persona jurídica estatal dotada de autonomía.

Serán objeto de tratamiento en otra parte de este Manual.

# **3. El Poder Ejecutivo**

## **3.1. Síntesis histórica**

La **Constitución de 1830** era nítidamente presidencialista. El Poder Ejecutivo era ejercido por el Presidente de la República, quien actuaba asistido por Ministros, en calidad de Secretarios de Estado. Era electo por la Asamblea General, y duraba cuatro años en funciones. A diferencia de regímenes posteriores a partir de 1934, ni el Presidente ni los Ministros estaban sujetos a la posibilidad de censura por parte de la Asamblea General.

El texto constitucional no contemplaba la existencia de otras personas jurídicas de naturaleza estatal distintas al propio Estado. El Presidente de la República era, según su artículo 79, el *“jefe superior de la Administración general de la República”*. El gobierno y administración de los Departamentos se encomendaba a Jefes Políticos designados por el Presidente de la República.

La **Constitución de 1918** dio lugar a una experiencia muy peculiar, como consecuencia de los acuerdos políticos realizados en la Convención Nacional Constituyente electa en 1916, entre los impulsores del gobierno colegiado (básicamente, los partidarios de José Batlle y Ordóñez) y los sectores anticolegialistas. El Poder Ejecutivo tenía un carácter bicéfalo: un Presidente de la República electo directamente para un mandato de cuatro años por la ciudadanía, y que designaba a los Ministros de Relaciones Exteriores, Guerra y Marina, e Interior, y un Consejo Nacional de Administración, de nueve miembros electos para un mandato de seis años, por tercios (tres por vez) cada dos años, correspondiendo dos a candidatos de la lista más votada del lema mayoritario, y uno a la lista más votada del partido que le siguiese en número de votos. Al Consejo le correspondían todos los cometidos de administración no atribuidos expresamente al Poder Ejecutivo o a otro Poder, así como a los Consejos autónomos previstos en el artículo 100 (constitucionalización de la descentralización funcional).

Esta curiosa forma de organización del Poder Ejecutivo se mantuvo por catorce años, hasta el golpe de Estado encabezado por el Presidente Gabriel Terra el 31 de marzo de 1933, quien disolvió el Consejo Nacional de Administración y las cámaras legislativas, abriendo la puerta a la sanción de la Constitución de 1934 (vigente desde el 19 de junio de ese año).

En la **Constitución de 1934** el Poder Ejecutivo pasó a estar constituido por el Presidente de la República, de elección directa cada cuatro años, actuando en forma necesaria con el Ministro o Ministros correspondientes según el tema (en acuerdo simple, o plural), o en Consejo de Ministros (el Presidente y todos los Ministros), forma de actuación en la que las decisiones se adoptan por mayoría. De alguna manera, la Constitución de 1934 tenía cierta contingencia, en la medida en que preceptuaba la coparticipación necesaria en el gabinete ministerial del segundo partido en votos en las elecciones precedentes, recogiendo la situación de hecho ocasionada por el acuerdo entre colorados terristas y nacionalistas herreristas.

Menos de ocho años después, en febrero de 1942, el Presidente Baldomir, tras otro golpe de Estado, propició la reforma constitucional conocida como **Constitución de 1943**. Formalmente se mantuvo la organización del Poder Ejecutivo establecida en la Constitución de 1934, pero eliminando la obligatoria coparticipación partidaria.

Seguramente la reforma constitucional más llamativa, en relación a la estructura y funcionamiento del Poder Ejecutivo, fue la que dio origen a la **Constitución de 1952**, impulsada en principio por sectores batllistas del Partido Colorado. El Poder Ejecutivo fue confiado a un órgano colegiado, el Consejo Nacional de Gobierno, integrado por nueve miembros de elección popular directa cada cuatro años, de los que seis correspondían al lema partidario más votado (y de ellos al menos cinco a la lista más votada de ese lema), y tres al lema que le siguiese en número de votos, distribuyéndose entre sus listas en forma proporcional. La presidencia del Consejo se alternaba anualmente entre los cuatro primeros Consejeros Nacionales de la mayoría, en el orden de la lista respectiva. Se suprimió el Consejo de Ministros, por lo cual el Consejo Nacional de Gobierno actuaba en acuerdo simple o plural con el Ministro o Ministros respectivos.

El sistema de colegiado integral recibió -al igual que el Consejo Nacional de Administración de la Constitución de 1918- críticas por su falta de ejecutividad, al reproducir, en pequeño, la dinámica deliberativa propia de las Cámaras legislativas. En 1966 se presentaron tres proyectos de reforma constitucional, de los que una (la denominada "*reforma naranja*" por el color de la papeleta) obtuvo los votos necesarios, en los plebiscitos que se realizaron conjuntamente con las elecciones nacionales. Ese texto es el de la **Constitución de 1967**, hoy vigente, con varias enmiendas en temas específicos. La organización del Poder Ejecutivo se asemeja -con algunas notables diferencias- a la de las Constituciones de 1934 y 1943, ya que está a cargo de un Presidente de la República, electo directamente por la ciudadanía para un mandato de cinco años, quien debe actuar en acuerdo con el Ministro o Ministros respectivos, o en Consejo de Ministros, en los temas que planteen el Presidente o un Ministro en temas de su cartera. Se mantiene la posibilidad de censura a los Ministros o al Consejo de Ministros en pleno, pero ésta no alcanza al Presidente de la República.

Tras el gobierno de facto que operó entre 1973 y 1985, se restableció la vigencia de la Constitución, que recibió enmiendas parciales en 1989, 1996 y 2004. La más trascendente, en cuanto nos atañe, en la de 1996 (o 1997, por el año de su promulgación), donde, entre otras cuestiones, se estableció que el Presidente de la República sería electo por mayoría absoluta (mitad más uno) de los votos emitidos en la elección nacional a realizar cada cinco años el último domingo del mes de octubre, y en caso de no obtenerse esa mayoría especial, en una segunda vuelta presidencial (*ballotage*), a realizar el último domingo del mes de noviembre siguiente, entre los dos candidatos más votados (CORREA FREITAS, 1997).

Es importante señalar que, entre 1934 y 1996, los Presidentes (y los Consejeros Nacionales de Gobierno en la Constitución de 1952) eran electos

por doble voto simultáneo (en lenguaje corriente, la *“ley de lemas”*), según el cual todos los votos que recibía un lema, en un régimen de pluralidad de candidatos por partido, terminaban acumulándose en beneficio del candidato más votado de ese lema. En la reforma de 1997 se estableció que cada partido o lema debería presentar solo un candidato a la Presidencia de la República, el que surge de elecciones internas (o primarias) realizadas el mismo día para todos los partidos, en voto no obligatorio, y bajo organización y supervisión (como en las elecciones nacionales) de la Corte Electoral.

### **3.2. Características de nuestro sistema de gobierno**

Es posible (como sucede con los regímenes parlamentarios, en los que el Gobierno debe contar necesariamente con el apoyo de una mayoría parlamentaria) distinguir entre Jefatura del Estado, por una parte, y Jefatura del Gobierno por otra, entendida ésta como el órgano del que parten los lineamientos político-administrativos de la gestión pública.

Como se expresó, bajo la Constitución de 1830 nuestro sistema de gobierno era claramente presidencialista, siguiendo el modelo de la Constitución de Estados Unidos de 1787, con Ministros Secretarios de Estado responsables por su gestión, pero no sujetos a censura parlamentaria. También fue el esquema delineado por la Constitución de 1918, que, al menos en este punto, no innovó salvo en detalles.

En el texto constitucional de 1934 (mantenido en el de 1943) se introdujo el instituto de la censura, que podía alcanzar no solo a los Ministros sino también al propio Presidente. En la reforma de 1952 se estableció que la censura solo podría alcanzar a los Ministros, lo que se mantiene tras 1967 en el texto actual, pero haciendo extensiva la posibilidad de censura también al Consejo de Ministros (artículo 149). Con la censura (instituto que, en la realidad del devenir político, nunca fue aplicado), se introdujeron en nuestro régimen constitucional elementos propios de los sistemas parlamentarios, ya que, de producirse, determina el cese del gobernante o gobernantes alcanzados por la misma (o, según el juego de mayorías establecidas, en su caso, el mantenimiento de los Ministros, la disolución de las Cámaras y la celebración de elecciones legislativas anticipadas).

Suele decirse que nuestro sistema de gobierno es semipresencial (o de presidencialismo atenuado): predomina el esquema presidencialista (el Presidente es quien designa y cesa a los Ministros), pero coexiste con el instituto de la censura ministerial, que en teoría puede llegar a determinar -cuando recae sobre el Consejo de Ministros en pleno- la renovación íntegra del gabinete (la que, sin embargo, y a diferencia de los regímenes de 1934 y 1943, no alcanza actualmente al Presidente) (CAGNONI, 1986). Opinión contraria tiene Cassinelli (CASSINELLI MUÑOZ, 1967), para quien la Jefatura del Gobierno radica en el Consejo de Ministros, y por lo mismo nuestro sistema sería de parlamentarismo racionalizado.

### 3.3. Estructura del Poder Ejecutivo

Con el nombre de “*Poder Ejecutivo*” se conoce tanto al sistema orgánico con rango de Poder del Estado, como el órgano que constituye el centro (o jerarca máximo) de ese sistema. En tanto sistema orgánico, es lo que se conoce también como “*Administración central*” (y aún como “*Administración nacional*”, si bien esta expresión puede inducir a equívocos, dado que los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados también son Administraciones de carácter nacional -incluso en algunas de sus denominaciones oficiales-).

Es, como dijimos, el “*Poder administrador*” por principio. En tanto sistema orgánico, está compuesto por los Ministerios, con sus respectivas dependencias.

Parte de la doctrina entiende que las dependencias de la Presidencia de la República no integran el sistema orgánico Poder Ejecutivo, en tanto no sería el órgano Presidencia, sino el titular del cargo de Presidente quien participa del funcionamiento de este Poder, manifestando su voluntad en el acuerdo o en el Consejo de Ministros. La Presidencia de la República sería la Jefatura del Estado, pero no la jefatura del gobierno (CASSINELLI MUÑOZ, 1967). El punto tiene consecuencias prácticas: por ejemplo, en esta hipótesis la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Oficina Nacional del Servicio Civil no serían parte del sistema Poder Ejecutivo. Sin embargo otro importante sector de la doctrina considera que existen razones para incluir a la Presidencia de la República, y a sus dependencias, dentro del Poder Ejecutivo (DURÁN MARTÍNEZ, 1985).

### 3.4. Formas de actuación del órgano Poder Ejecutivo

La voluntad orgánica del Poder Ejecutivo, expresada a través de decretos y resoluciones, puede emitirse de tres formas.

**Las formas de actuación del Poder Ejecutivo son:**

- a) El Presidente de la República actuando con un Ministro, en temas de la cartera de este (acuerdo simple o singular);**
- b) El Presidente de la República actuando con dos o más Ministros, en temas comunes a esas Secretarías de Estado (acuerdo plural; general si es con todos los Ministros); y**
- c) El Consejo de Ministros, integrado por el Presidente de la República y todos los Ministros (o quienes hagan sus veces), en temas planteados por el Presidente, o por un Ministro en temas de su cartera.**

El “*acuerdo*” supone unanimidad de opiniones: el Presidente y los Ministros actuantes están de acuerdo (de ahí la denominación con que se conoce a esta forma de actuación, en realidad sin un nombre técnico propio) en la decisión que adoptan.

En cambio, en el Consejo de Ministros las decisiones se adoptan por mayoría (artículo 162 de la Constitución). En caso de empate en votos, la posición del Presidente define el punto; es decir, en el empate el Presidente tiene voto “*calificado y decisorio*”, aún cuando el empate se produjese por efecto de su propio voto (artículo 161).

Existe un aspecto conceptual que debe aclararse. Quienes participan en estas formas de actuación del Poder Ejecutivo son los titulares del órgano Presidencia de la República, y los titulares de los órganos Ministerios (o quienes hagan sus veces, es decir, los suplan). Hay cierta disparidad de opiniones en la doctrina, pero puede afirmarse que los titulares de esos órganos, por el hecho de serlo, participan por acesión en el funcionamiento del órgano Poder Ejecutivo, ya sea en acuerdo, ya sea en Consejo de Ministros. En esta tesitura, el Poder Ejecutivo, en sus diversas formas de actuación, sería un órgano potenciado (ROTONDO, 2014; MÉNDEZ, 1971)

Adviértase que el Presidente podría quedar en minoría en la votación realizada en el Consejo, en cuyo caso la decisión del Poder Ejecutivo se adoptará y será válida aún con su desacuerdo. Esta circunstancia, y la primacía de las decisiones del Consejo de Ministros en relación a las tomadas en acuerdo (artículo 165) han llevado a destacados autores, como Cassinelli Muñoz, a sostener que la Jefatura del Gobierno corresponde al Consejo de Ministros. Esta posibilidad existe, ciertamente; pero debe tenerse presente que el Presidente de la República puede cesar a los Ministros y designar a

otras personas en esos cargos, sin mayores dificultades, puesto que el apoyo parlamentario exigido por el artículo 174 de la Constitución se presume, en tanto no se verifique la censura o desaprobación ministerial, que deberá ser expresa.

Debe tenerse presente, asimismo que estas tres formas que puede asumir la actuación orgánica del Poder Ejecutivo no son equivalentes entre sí. El ejercicio de las competencias del órgano se distribuye entre esas modalidades de ejercicio competencial, como veremos, en forma diferencial y condicionada.

### 3.5. Competencias del Poder Ejecutivo

La competencia del Poder Ejecutivo, en principio, resulta de artículo 168 de la Constitución, cuyo acápite hace referencia tanto al acuerdo como al Consejo de Ministros. Obviamente, se siguen las reglas generales sobre la atribución de la competencia orgánica: serán las leyes las que especificarán el alcance de las competencias que en términos genéricos asigna la Constitución.

Pueden sistematizarse las **competencias del Poder Ejecutivo**, agrupándolas de la siguiente manera:

a) **De gobierno.** Corresponde al Poder Ejecutivo establecer los lineamientos generales de la acción político-administrativa. Esos lineamientos resultan de la elaboración del proyecto de Presupuesto Quinquenal, de la designación de los directores no electivos de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (artículo 187 de la Constitución), y del contenido de buena parte de los decretos y resoluciones que emite.

b) **De administración.** Constituye la mayor parte de la actividad jurídica del Poder Ejecutivo, básicamente a través del cumplimiento de las Leyes y de las sentencias pronunciadas por los órganos jurisdiccionales.

c) **De colegislación.** El Poder Ejecutivo no sanciona leyes (no existe en nuestro sistema la figura de la legislación delegada), pero posee iniciativa legislativa en general, y en forma privativa en materia presupuestal (proyectos de ley del Presupuesto Nacional y de las eventuales modificaciones anuales). Asimismo posee la potestad de observar total o parcialmente las leyes sancionadas por el Parlamento (artículos 137 a 140 de la Constitución; es lo que vulgarmente se conoce como “*veto*”), impidiendo, según los casos, que proyectos aprobados por las Cámaras se conviertan en Ley, o determinando cambios en sus contenidos.

d) **De control.** El Poder Ejecutivo ejerce el control de la legalidad y del mérito en la gestión de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados (artículo 197 de la Constitución), y sobre el comportamiento personal de los Directores (artículo 198), procurando la

coordinación entre las Administraciones nacionales, central y descentralizadas. En el procedimiento previsto en el artículo 197, el Poder Ejecutivo puede realizar observaciones, y en caso de no atenderse las mismas, puede incluso sustituir el acto o actos que han sido previamente observados.

### **3.6. Distribución de las competencias según las formas de actuación**

Las competencias del Poder Ejecutivo se distribuyen en forma variable entre las tres formas de actuación que hemos señalado (véase letra C “*supra*”).

a) La forma común de actuación es el “**acuerdo**”. Todos los asuntos de competencia del Poder Ejecutivo pueden ser resueltos en acuerdo, excepto en los supuestos de competencia privativa o exclusiva del Consejo de Ministros.

b) **Competencia privativa del Consejo de Ministros.** En el artículo 160 de la Constitución se mencionan dos hipótesis de actuación en competencia privativa. En rigor, solo la primera situación lo sería (pues la segunda mención, como veremos, alude a competencia originaria y exclusiva).

Sería propiamente competencia privativa (según Barbagelata 1985, es “*excluyente y eventual*”) aquella que es planteada para su decisión en Consejo de Ministros por el Presidente de la República en cualquier tema de competencia del Poder Ejecutivo, o por los Ministros en temas de su respectiva cartera. Es eventual, porque puede asimismo ser resuelta en acuerdo, y excluyente, porque una vez que se actúa en el Consejo, no puede revisarse actuando en acuerdo (artículo 165 de la Constitución).

c) **Competencia originaria y exclusiva del Consejo de Ministros.** Aunque en la parte final del artículo 160 de la Constitución se la llama también privativa, los cuatro supuestos que allí se mencionan -“*los casos previstos en los incisos 7º (declaratoria de urgencia), 16, 19 y 24 del artículo 168*”- son en realidad de competencia *originaria y exclusiva*, pues el Poder Ejecutivo solo puede ejercerla actuando en Consejo de Ministros.

No son los únicos casos, pues también hay competencia exclusiva y originaria o “*necesaria*” (BARBAGELATA 1985) en otros supuestos previstos en la Constitución: redistribución de las competencias ministeriales por razón de materia (segundo inciso del artículo 174), aprobación del reglamento interno del propio Consejo (artículo 167), designación de los Directores no electivos de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados (artículo 187) y de las sociedades de economía mixta (artículo 188), y reemplazo en forma interina de los Directores de Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados mientras se tramita la venia del Senado para su destitución (artículos 197 y 198 -por aplicación de los incisos segundo y tercero de éste-).

### 3.7. Primacía del Consejo de Ministros

Los decretos y resoluciones adoptados en acuerdo pueden ser revisados o revocados por el Consejo de Ministros, como lo prevé el artículo 165; pero la propia previsión expresa en el texto constitucional implica que, “*a contrario sensu*”, la inversa no puede darse.

Esto tiene importantes consecuencias. Así, todos los asuntos de competencia del Poder Ejecutivo pueden, ya sea por vía de la competencia excluyente y eventual, o bien de la competencia exclusiva y originaria o necesaria, ser resueltos por el Consejo de Ministros. Por el contrario, no todos los temas pueden ser resueltos en acuerdo: es el caso, precisamente, de los que pertenecen a la competencia exclusiva y originaria o necesaria del Consejo de Ministros.

De ello resulta que no todas las formas de actuación del Poder Ejecutivo son jurídicamente equivalentes: las decisiones adoptadas en el Consejo de Ministros se imponen por sobre las tomadas en acuerdo. El Consejo de Ministros tiene primacía orgánica en el funcionamiento del Poder Ejecutivo, por sobre la forma del acuerdo; es, en expresión de Barbagelata (1985) el órgano preeminente en el ejercicio del Poder Ejecutivo.

De allí que parte de la doctrina (en posición no unánime; véase letra C “*supra*”) sostenga que al Consejo de Ministros le corresponda, en nuestro sistema institucional, la Jefatura del Gobierno (PRAT 1980, CASSINELLI MUÑOZ 1985).

### 3.8. Los Ministerios

Los Ministerios o Secretarías de Estado son las reparticiones en que se estructura el sistema orgánico Poder Ejecutivo. Su número, denominación y competencias son, en principio, establecidas por la Ley, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo, actuando en Consejo de Ministros, pueda redistribuir las competencias mediante decreto (primer y segundo inciso del artículo 174 de la Constitución).

Sus titulares son los Ministros, quienes además participan del funcionamiento del Poder Ejecutivo (véase letra F “*supra*”). En cada Ministerio hay un Subsecretario designado a propuesta del Ministro respectivo, y que cesa con este (artículo 183 de la Constitución).

Los Ministros son designados y cesados por el Presidente de la República (incisos tercero y quinto del artículo 174 de la Constitución). El texto constitucional exige que sean designados de entre ciudadanos que, por contar con apoyo parlamentario, aseguren su permanencia en el cargo. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los sistemas parlamentarios europeos, no se exige preceptivamente la emisión de un voto

de investidura. La reforma de 1997 introdujo el texto del actual inciso cuarto del artículo 174, asignando al Presidente de la República la facultad de requerir de la Asamblea General un voto de confianza expreso al conjunto de los Ministros; pero ello no es preceptivo. En los hechos, hasta el momento (diciembre de 2019) nunca se ha hecho uso de esa facultad. El sistema funciona como antes de 1997; la confianza parlamentaria se presume, en tanto los Ministros sean designados por el Presidente, y no se proceda a la censura de acuerdo con los artículos 148 y 149 de la Constitución.

Por lo expresado, opinamos que nuestro sistema de gobierno es semipresidencial (o, como también se le ha llamado, de “*presidencialismo parlamentarizado*”).

Los Ministros son políticamente responsables de su gestión, por lo que están sujetos a la ya mencionada posibilidad de desaprobación (“*censura*”) por parte de la Asamblea General, que puede ser individual, plural, colectiva, o de la totalidad de los Ministros (incisos primero a cuarto del artículo 148 de la Constitución). Véase letra B “*supra*”.

Además de participar necesariamente en el funcionamiento del Poder Ejecutivo, los Ministros ejercen sobre sus respectivas dependencias algunas potestades connaturales a la jerarquía, que se hallan enunciadas en el artículo 181 de la Constitución. De allí que Méndez (1973 ) sostenga que, más que una mera competencia desconcentrada dentro del sistema orgánico Poder Ejecutivo, en los Ministerios se produce un fenómeno que denomina *centralización derivada*. Ello se manifiesta, por ejemplo, en la existencia de potestad reglamentaria, o la posibilidad de delegar atribuciones.

### **3.9. Otras dependencias de la Presidencia de la República**

#### **A. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto**

Con la reforma constitucional de 1967 se crea la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), como dependencia directa de la Presidencia de la República (artículo 230).

De acuerdo con el texto constitucional, está dirigida por una Comisión integrada por los Ministros vinculados al desarrollo, y por un Director. En la práctica el Director constituye la figura principal en la gestión de la OPP. Lo designa el Presidente de la República, debe reunir las condiciones necesarias para ser Ministro, y ser una persona de reconocida competencia en la materia. Sin embargo, no es propiamente un Ministro, por cuya razón no integra formalmente el Poder Ejecutivo. Por lo mismo, está exento de la posibilidad de censura que pende sobre los Ministros Secretarios de Estado.

La OPP debe asistir al Poder Ejecutivo en la formulación de planes y programas de desarrollo. Es la finalidad original de su creación en el texto de la Constitución de 1967, la cual trasunta en muchas de sus disposiciones (por ejemplo, en la introducción de la técnica del “*presupuesto por programas*”, y en las hipótesis de expropiación de los artículos 231 y 232) las concepciones desarrollistas en la definición y ejecución de políticas públicas, y especialmente en la gestión económica, en boga precisamente en la década de 1960.

La reforma de 1997 le otorgó asimismo un importante rol en la planificación de las políticas de descentralización, en armonía con el tercer inciso del artículo 50 de la Constitución, y, por caso, con las modificaciones en los artículos 297 y 298 de la Carta (cuyo texto, en lo pertinente, se debe a la misma reforma). A tal fin, es trascendente su participación en la Comisión Sectorial que integran delegados del Congreso de Intendentes y de los Ministerios que se consideren competentes, a efectos de proponer planes de descentralización, a ejecutar, previa aprobación del Poder Ejecutivo.

## **B. La Oficina Nacional del Servicio Civil**

El primer inciso del artículo 60 de la Constitución, también introducido en la reforma de 1967, prevé la creación, por Ley, del Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, para asegurar una administración eficiente. En base a esta previsión se creó en diciembre de 1967 la Oficina Nacional del Servicio Civil, como dependencia de la Presidencia de la República, con una posición análoga a la otorgada a la OPP en la Constitución. Tras su supresión en 1977 durante el gobierno “*de facto*”, se procedió tras el cese de éste a una nueva creación mediante la Ley N° 15.757, de 15 de julio de 1985. A su frente se colocó a un Director (cargo de particular confianza, designado por el Poder Ejecutivo) y, asimismo, se restableció la Comisión Nacional del Servicio Civil, integrada por cinco miembros, con cometidos de asesoramiento y propuesta, definidos en la misma ley. Cuatro de sus miembros son designados libremente por el Poder Ejecutivo, mientras que el quinto también es designado por éste, pero a propuesta de las organizaciones gremiales más representativas.

## **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cuántas clases de personas jurídicas estatales pueden distinguirse en nuestro Derecho?
2. ¿Cuáles son las formas de actuación (de expresión de la voluntad) del Poder Ejecutivo?
3. ¿Quiénes integran el Consejo de Ministros?
4. ¿Qué naturaleza jurídica tienen los decretos del Poder Ejecutivo?
5. ¿Por qué se dice que el Consejo de Ministros tiene primacía en la actuación del Poder Ejecutivo?
6. ¿La Oficina de Planeamiento y Presupuesto es un Ministerio?

## **BIBLIOGRAFÍA:**

BARBAGELATA, Aníbal Luis, 1985, La competencia del Consejo de Ministros en la Constitución uruguaya de 1967, en Temas de Derecho Constitucional, No. 1, FCU, Montevideo.

CAGNONI, José Aníbal, 1986, El tipo de gobierno en la Constitución nacional, en Defensa de la Constitución nacional. Homenaje a Justino Jiménez de Aréchaga, Aníbal Luis Barbagelata, Alberto Ramón Real, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Época, No. 2.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, 2007, Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, Montevideo.

CORREA FREITAS, Ruben y VÁZQUEZ, Cristina 1997, La Reforma Constitucional de 1997, FCU, Montevideo.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, 1985, La Presidencia de la República: naturaleza, posición institucional, situación de su personal y resolución de recursos administrativos, en Revista de Derecho Constitucional y Político, No. 7, junio-julio 1985.

MÉNDEZ, Aparicio, 1971, Teoría del órgano, Amalio M. Fernández, Montevideo.

MÉNDEZ, Aparicio, 1973, Sistemas orgánicos, Amalio M. Fernández, Tomo I, Montevideo.

PRAT, Julio A., Derecho Administrativo, Acali, Tomo 5 Volumen 2, Montevideo.

RECASÉNS SICHES, Luis, 1985, Introducción al estudio del Derecho, Porrúa, México.

ROTONDO TORNARÍA, Felipe, 2014, Manual de Derecho Administrativo, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina 1997, Capítulo VIII en La Reforma Constitucional de 1997, FCU, Montevideo.

## 4. La descentralización funcional. Entes Autónomos y Servicios Descentralizados

### 4.1. Síntesis histórica

Las estructuras estatales se conforman de determinadas maneras para hacer frente a los requerimientos de la Sociedad a la que deben servir, cumpliendo de la mejor forma (eficacia y eficiencia) los cometidos públicos que se les encomiendan. Tras un turbulento siglo XIX, nuestro país pasó de unos 100.000 habitantes en 1830, a algo más de 1.100.000 en 1910. La nueva realidad demográfica y los acelerados cambios tecnológicos de la segunda mitad de ese siglo determinaron que la Constitución de 1830 no fuese apta para dar respuestas a los nuevos requerimientos sociales y políticos que surgieron en el país en las últimas décadas del siglo XIX, en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho.

Entre otros aspectos, emerge a partir de 1890 el fenómeno de la intervención estatal en la economía, con la creación -claramente por fuera de la Constitución- de instituciones como el Banco de la República, el Banco de Seguros del Estado, el Banco Hipotecario del Uruguay y la Administración Nacional de Puertos, entre otros. Cuando los principales partidos políticos del país concuerdan, en la Convención Nacional Constituyente, en la reforma constitucional que cristaliza en la **Constitución de 1918**, se establece en su artículo 100 la existencia de otras entidades de naturaleza estatal, con autonomía funcional.

Este artículo dispuso en su inciso primero: *“Los diversos servicios que constituyen el dominio industrial del Estado, la instrucción superior, secundaria y primaria, la asistencia y la higiene públicas serán administrados por Consejos Autónomos.”* Los miembros de estos Consejos eran designados por el Consejo Nacional de Administración, salvo que sus leyes los declarasen electivos.

**El cambio introducido por la Constitución de 1918 es radical, pues se impone la organización autonómica en las áreas de actividad estatal que determina. Esta Constitución, en diversas disposiciones, consagró la existencia de entidades descentralizadas, de naturaleza estatal (parte del Estado, en el sentido amplio del término). Surgen así en nuestro Derecho (y se han mantenido, con cambios estructurales según las sucesivas reformas constitucionales):**

- a) la descentralización funcional (o institucional, o por servicios), organizada en Administraciones regidas por un Consejo Autónomo, y**
- b) la descentralización territorial, de carácter autonómico, estableciendo en cada Departamento una Asamblea Representativa y Concejos autónomos (cuyas características se examinan más adelante).**

Tras el golpe de Estado del Presidente Gabriel Terra del 31 de marzo de 1933, se instaura la **Constitución de 1934**. Partiendo de la experiencia (y de las controversias) del período anterior, se pasa de un único artículo (el 100), a toda una Sección de la Constitución, la XII, titulada “*De los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados*”, de trece artículos.

Surgen así las dos categorías existentes al día de hoy, ya que las reformas constitucionales subsiguientes, si bien introducen diversas modificaciones al régimen de la descentralización funcional (de los trece artículos de los textos de 1934 y 1943 se pasa a veintitrés en 1952 y veintiuno en la reforma de 1967), han continuado organizando a las Administraciones descentralizadas como Entes Autónomos o Servicios Descentralizados.

## **4.2. Naturaleza jurídica**

Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados (en ocasiones aludidos genéricamente como “*entes descentralizados*”) son personas jurídicas de naturaleza estatal. Esta afirmación es indiscutible, por diversos argumentos. Los más trascendentes son los siguientes:

- a) ambas categorías se encuentran mencionadas en el artículo 24 de la Constitución (junto al Estado y a los Gobiernos Departamentales), en tanto pueden ser responsabilizadas patrimonialmente por daños emergentes de sus actividades;

- b) sus funcionarios están sujetos a diversos regímenes estatutarios previstos en la Constitución (artículos 63, 64, 204 para los Entes Autónomos, y 59 literal E) para los Servicios Descentralizados);

c) la sanción de sus presupuestos está prevista en diversas disposiciones constitucionales (artículos 220 y 221);

d) están sujetos a controles por parte del Poder Ejecutivo, ya sea por sus actos o gestión (artículo 197), como por el comportamiento de los directores (artículo 198).

e) su gestión financiera es controlada por el Tribunal de Cuentas (artículos 191, 192, 193, 211 y 212 de la Constitución), y les resulta aplicable el Texto Ordenado de la Contabilidad y la Administración Financiera del Estado (TOCAF).

**Los entes descentralizados son Administraciones estatales funcionalmente descentralizadas, esto es, los cometidos constitucional o legalmente asignados se cumplen mediante el ejercicio de la función administrativa.**

**Son personas jurídicas descentralizadas en relación al Estado nacional (que ejerce diversos controles sobre las mismas).**

Formalmente, se estructuran en dos categorías: Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. De ahí que se hable:

a) de una descentralización funcional no autonómica (en un primer grado, que es la de los Servicios Descentralizados), y

b) de una descentralización funcional autonómica (o de segundo grado, que es la de los Entes Autónomos).

Sin embargo, los Entes Autónomos de enseñanza (cuyo régimen básico específico se halla en los artículos 202 a 205 de la Constitución) están sujetos a menos controles que los demás Entes Autónomos, por lo que puede considerárseles una categoría diferente a los demás Entes Autónomos (CAJARVILLE PELUFFO 2007).

La calificación como “*autónomos*” de algunos entes descentralizados (los Entes Autónomos, en cualquiera de las modalidades mencionadas), resulta relevante al momento de interpretar la amplitud de sus competencias para cumplir con sus cometidos.

**Los Entes Autónomos, por definición, tienen todos los poderes de administración necesarios para cumplir sus cometidos (SAYAGUÉS LASO, 1974, II), sin perjuicio, obviamente, de las consecuencias del ejercicio de los controles a su respecto. Mientras el Servicio Descentralizado administra, el Ente Autónomo regula además, con sujeción a las Leyes, la materia que se le ha asignado y, para ello, cuenta con el ejercicio de todos los poderes de administración en la materia. En cambio los Servicios Descentralizados tienen únicamente las potestades de administración que les confieren las leyes, y están sometidos a controles más intensos, que fijará el legislador atendiendo al marco normativo establecido en la Constitución. Esos controles más intensos sobre los Servicios Descentralizados corresponden, en nuestro Derecho positivo, al concepto de tutela administrativa, la que se revela en un control adicional de juridicidad que ejerce el Poder Ejecutivo sobre los actos administrativos de los Servicios Descentralizados.**

### 4.3. Creación

Según el primer inciso del artículo 185 de la Constitución, *“Los diversos servicios del dominio industrial y comercial del Estado serán administrados por Directorios o Directores Generales y tendrán el grado de descentralización que fijen la presente Constitución y las Leyes que se dictaren con la conformidad de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara.”*

De ello se desprende que, salvo en el caso de los Entes Autónomos creados o mencionados en la Constitución y los Entes Autónomos de enseñanza que pudieran crearse en los ámbitos referidos en el primer inciso del artículo 205 (que solo pueden organizarse con esa forma autonómica), es el legislador el que determina cuál es el grado de descentralización (es decir, si estamos ante un Ente Autónomo o un Servicio Descentralizado), con las limitaciones que le impone el artículo 186.

Hay tres Entes Autónomos previstos en la Constitución (llamados por ello Entes Autónomos necesarios). Ellos son la Universidad de la República (mencionada en el artículo 203), el Banco de Previsión Social y el Banco Central (creados respectivamente en los artículos 195 y 196, introducidos en el texto constitucional en la reforma de 1967).

Fuera de estos casos, tanto los Entes Autónomos como los Servicios Descentralizados deben ser creados por Ley, de acuerdo a la interpretación

lógico-sistemática resultante de contrastar el primer inciso del artículo 185 con el artículo 189 de la Constitución.

**Fuera de los que tienen reconocimiento constitucional, la creación de Entes Autónomos, así como su disolución, deben efectuarse mediante leyes sancionadas por los votos de los dos tercios de los integrantes de ambas Cámaras legislativas (artículo 189). En cambio, para los Servicios Descentralizados, rige la regla establecida en el artículo 185: pueden ser creados mediante leyes sancionadas por mayoría absoluta de votos de cada Cámara. Se entiende, por paralelismo de las formas, que también se exigen esas mayorías absolutas para proceder a su disolución.**

#### **4.4. Actividades que no pueden desarrollarse mediante Entes Autónomos**

Del mismo modo que la Constitución establece que ciertas actividades deben organizarse y cumplirse necesariamente a través de Entes Autónomos (los cometidos asignados al Banco de Previsión Social, al Banco Central, y los servicios de enseñanza aludidos en el primer inciso del artículo 202), hay actividades cuyo ejercicio no puede realizarse mediante estas formas institucionales.

De acuerdo al artículo 189 de la Constitución: *“Los servicios que a continuación se expresa: 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.”* Es decir, la Ley puede establecer que esas actividades pueden asignarse como cometidos a Servicios Descentralizados, u organizarse como servicios centralizados dependientes del Poder Ejecutivo (Administración Central).

Algunas de las actividades que allí se mencionan han sido asignadas a Servicios Descentralizados, como es el caso de la Administración Nacional de Puertos (ANP), la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL) -a cuyo cargo siguen estando los servicios telegráficos-, la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE) y la Administración Nacional de Correos. La Dirección Nacional de Aduanas, por su parte, es un órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas.

## 4.5. El principio de especialidad y la reserva de especialización

El cumplimiento de los cometidos asignados a los entes descentralizados se rige por el **principio de especialidad**, o "*principio general de especialidad*" (CAJARVILLE PELUFFO, 2007, I), establecido en el artículo 190 de la Constitución: "*Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente les asignen las leyes, ni disponer de sus recursos para fines ajenos a sus actividades normales.*"

La referencia al giro asignado por las leyes implica que no pueden realizar actividades que no se vinculen con la materia o las materias normativamente asignadas para su cumplimiento. Sayagués Laso (1974) señala que el término "*giro*" alude a los distintos cometidos que el ente tiene a su cargo, sin referirse a actos determinados; todos los actos comprendidos en el giro del ente, entran en su competencia.

Este principio es, en realidad, una aplicación del principio de juridicidad (o de legalidad, en el sentido amplio de la expresión), enfocado sobre el ejercicio de los cometidos institucionales del ente de que se trate. Por una parte establece límites infranqueables de interpretación estricta en relación a los cometidos propios del ente (por ejemplo, un ente de enseñanza superior debe realizar cometidos de transmisión de conocimientos, investigación y extensión cultural, pero no puede asumir, como actividad principal, una explotación comercial o industrial), pero por otro lado admite interpretaciones razonablemente amplias, por caso, cuando en el ente se cumpliesen, en forma secundaria, otras actividades de carácter meramente accesorio o instrumental respecto a sus cometidos específicos (SAYAGUÉS LASO, 1974, I).

Vinculado con el principio de especialidad, pero con una significación diferente, la doctrina nacional ha asentado el concepto de **reserva de especialización**. Es una consecuencia del sentido político-organizativo de la "*autonomía*". Si la Constitución admite, y en algunas situaciones, impone, la existencia de organizaciones autónomas (Entes Autónomos), es porque se entiende inconveniente que las materias específicas que se les asignan estén sujetas a decisiones del Estado nacional. Su regulación corresponde al Ente, y el Estado solo puede establecer mediante ley el marco de ejercicio de las competencias autonómicas. Encontramos una manifestación del concepto de reserva de especialización en el segundo inciso del artículo 204 de la Constitución: Los Consejos Directivos de los Entes Autónomos de enseñanza establecerán el Estatuto de sus Funcionarios atendiendo a las bases constitucionales en la materia "*y las reglas fundamentales que establezca la ley, respetando la especialización del ente*". Las definiciones especiales en la materia

(escalafones, requisitos para el ingreso o los ascensos, criterios para el desarrollo de la carrera funcional, etc.) se encuentran bajo el concepto protector de la reserva de especialización, que opera como un límite para el legislador (CASSINELLI MUÑOZ, 2009).

## 4.6. Integración de los órganos de dirección

### A. Número de integrantes y denominación

De la interpretación armónica de los tres primeros incisos del artículo 185 debe inferirse que los órganos de dirección de los **Entes Autónomos** son siempre de **integración pluripersonal**. En cambio, los órganos de dirección de los **Servicios Descentralizados** pueden ser **pluripersonales o unipersonales**.

Los órganos pluripersonales (Directorios) pueden ser, a su vez:

a) **Honorarios, o rentados** (tercer inciso del artículo 185). Los rentados (es decir, cuando los cargos que integran el órgano Directorio son remunerados) deben tener tres o cinco miembros, según lo establezca la ley en cada caso. No hay previsiones en cuanto al número de integrantes que pudieran tener los Directorios honorarios.

b) **Designados por el Poder Ejecutivo** (incisos primero y segundo del artículo 187), **o por otro procedimiento establecido legalmente** (tercer inciso del mismo artículo), **o de carácter electivo** (segunda oración del artículo 189, sin perjuicio de las disposiciones especiales referidas a la Universidad de la República y el Banco de Previsión Social).

La Constitución prevé, empero, en el tercer inciso del artículo 185, una singularidad para la dirección de los Servicios Descentralizados. Mediante ley sancionada por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara puede determinarse que los **Servicios Descentralizados** estén dirigidos por **un Director General designado por el Poder Ejecutivo**. Es el caso, en la actualidad, de la Fiscalía General de la Nación, que es un Servicio Descentralizado a cuyo frente se halla el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, en calidad de Director General.

### B. Procedimientos de designación o elección de los integrantes de los Directorios

En el caso de los **órganos electivos de los Entes Autónomos que no sean de enseñanza** (mención aparte del Banco de Previsión Social, al que aludiremos luego), será la ley respectiva, sancionada **por dos tercios de votos del total de integrantes de cada Cámara**, la que establezca las personas o cuerpos interesados que participarán en la elección (segundo inciso del artículo 189 de la Constitución).

Sin embargo, cuando se trate de los **Consejos Directivos de los Entes Autónomos de enseñanza** (o “*servicios docentes*”), se establece que serán **designados o electos** en la forma que establezca la ley sancionada **por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara** (primer inciso del artículo 203). Este es el caso, en la actualidad, de las previsiones de la Ley N° 18.437, de 12 de diciembre de 2008 (Ley General de Educación) que, en sus artículos 58 y 65, prevé la elección de representantes de los docentes en el Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación Pública, y en los cuatro Consejos de Educación desconcentrados que dependen de aquél.

El carácter electivo de los integrantes de los Directorios o de los Consejos Directivos puede ser suprimido por Ley, salvo cuando se trate de la Universidad de la República y del Banco de Previsión Social, a cuyo respecto existen expresas disposiciones constitucionales. Para la Universidad, se trata del segundo inciso del artículo 203, que consagra el cogobierno universitario y la elección de las autoridades (Consejo Directivo Central, y Consejos de sus Facultades, e Institutos o Servicios asimilados a aquéllas) a partir de los tres órdenes de docentes, egresados y estudiantes (véase la Ley N° 12.549, de 16 de octubre de 1958 - Ley Orgánica de la Universidad-). Rige al respecto la Ley Orgánica y los artículos 29 a 43 de la Ley N° 15.739, de 28 de marzo de 1985 (con modificaciones posteriores). En cuanto al Banco de Previsión Social, el carácter parcialmente electivo de su Directorio resulta de la Disposición Especial -evidentemente, de carácter no Transitorio- M) de la Constitución, recogida luego en el artículo 7° de la Ley N° 15.800, de 17 de enero de 1986, y desarrollada por la Ley N° 16.241, de 9 de enero de 1992.

Fuera de las situaciones en que se establezca el carácter electivo (total o parcial) de los integrantes de los Directorios, estos son **designados por el Poder Ejecutivo**, ya sea por el procedimiento que regulan los dos primeros incisos del artículo 187, o por otro sistema de designación que establezca la ley sancionada por tres quintos del total de componentes de cada cámara, según la previsión del inciso tercero del mismo artículo.

El procedimiento establecido en los dos primeros incisos del artículo 187 es el que se aplica de principio para las designaciones (con la excepción del Directorio del Instituto Nacional de Colonización, para el que rige la Disposición Transitoria y Especial G) de la Constitución).

Las designaciones son efectuadas por el Poder Ejecutivo actuando en Consejo de Ministros, previa anuencia de la Cámara de Senadores. Esta anuencia es un acto de autorización, de naturaleza administrativa, en el que el Senado actúa ejerciendo un control político. Esa anuencia debe ser otorgada por el Senado “*por un número de votos equivalente a tres quintos de los componentes elegidos conforma al artículo 94, inciso primero*”, es decir, sus treinta miembros, sin

contar la integración del Vicepresidente de la República. Las propuestas de designación deben motivarse en las condiciones personales, funcionales y técnicas de la persona que se desea designar (y no, principalmente, en la adhesión del candidato a un partido o sector político, como resultaba del régimen de la Constitución de 1952).

Si en sesenta días de recibida la solicitud no se otorgase la venia, el Poder Ejecutivo podrá efectuar una nueva propuesta, o reiterar la anterior, y en este caso deberá obtener la conformidad de la mayoría simple de los integrantes del Senado.

#### **4.7. Cese y sustitución de los Directores**

El artículo 192 refiere a los ceses y sustituciones definitivas o temporales.

En el caso de los directores o integrantes de Consejos Directivos electivos, el mandato de los mismos surge de las normas legales que regulan las elecciones y la duración en sus cargos, y normalmente contienen previsiones para las situaciones de sustituciones definitivas o suplencias.

Los directores pueden ser reelectos o designados para un nuevo Directorio, siempre que su gestión no haya merecido observaciones del Tribunal de Cuentas, por mayoría absoluta (por lo menos por cuatro votos conformes) de sus integrantes.

De todos modos, al cesar deberán rendir siempre cuentas de su gestión al Poder Ejecutivo, previo dictamen del Tribunal de Cuentas (artículo 193).

Sin desmedro de cuanto se acaba de mencionar, en el artículo 175 (con un texto que proviene de la reforma constitucional parcial de 1997) se estableció que, cuando el Poder Ejecutivo declarase que el Consejo de Ministros carece de respaldo parlamentario, podrá sustituir total o parcialmente a los miembros no electivos de los Directorios de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, o a los Directores Generales de éstos, excepto en el primer año del período de gobierno, o dentro de los doce meses anteriores a la asunción de un nuevo gobierno. Esta previsión obedece a la lógica política de eventuales gobiernos de coalición: si la coalición se disuelve, los socios minoritarios del partido que está en el gobierno pierden, por esta vía, sus representaciones en los Directorios o Directores Generales, a los que previsiblemente accedieron mediante un acuerdo político ya extinto.

#### **4.8. Prohibiciones e inhibiciones aplicables a los integrantes de los Directorios o Directores Generales**

Hay disposiciones de carácter especial que establecen prohibiciones e inhibiciones (llamadas en ocasiones incompatibilidades) para los integrantes de estos cargos. Veámoslas.

a) Deben abstenerse de formar parte de comisiones o clubes políticos, de suscribir manifiestos de partido, autorizar el uso de su nombre y, en general, ejecutar cualquier otro acto público o privado de carácter político, salvo el voto. Se excluye de esta prohibición *“la concurrencia de los Directores de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados a los organismos de los Partidos que tengas como cometido específico el estudio de problemas de gobierno, legislación y administración”*. Esta prohibición está contenida en el numeral 4º del artículo 77 de la Constitución. Su vulneración constituye delito electoral, bajo competencia de la Corte Electoral, y puede acarrear pena de destitución e inhabilitación de dos a diez años para ocupar cualquier empleo público.

b) Los directores no pueden ser nombrados para cargos ni aún honorarios, que directa o indirectamente dependan del Instituto (el ente) que integran. Esta prohibición establecida en el artículo 200 de la Constitución tiene una excepción -como tal, de interpretación estricta-: los Consejeros o Directores de los servicios de enseñanza pueden ser reelectos como catedráticos o profesores y designados para desempeñar el cargo de Decano o funciones docentes honorarias. El mismo texto establece que esta inhabilitación dura hasta un año después de haber cesado en las funciones, cualquiera sea la causa del cese, y se extiende a todo otro cometido profesional o no -vinculado con el ente, se entiende-, aunque no tenga carácter permanente ni remuneración fija.

c) En el artículo 201 se establece una importante inhabilitación, pues afecta a uno de los derechos políticos reconocidos en el acápite del artículo 77 de la Constitución. Los miembros de los Directorios o Directores Generales, para poder ser candidatos a cargos electivos, deberán cesar por lo menos doce meses antes de la fecha de la elección. La sola presentación de la renuncia por esta causa determinará el cese inmediato del director renunciante.

#### **4.9. Controles específicos sobre los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados**

Ambas categorías de entes son, como dijimos, personas jurídicas de naturaleza estatal. Están, por lo mismo, sujetas a determinadas instancias y procedimientos de control que alcanzan a todas las entidades estatales.

Así, sus actividades son susceptibles de generar responsabilidad (artículo 24 de la Constitución). Sus actos están sujetos a revisión mediante los recursos administrativos que en cada caso correspondan, con la salvedad que se expresará respecto a la tutela administrativa sobre los Servicios Descentralizados (artículo 317 de la Constitución, y leyes que lo desarrollan), y están sujetos en general a las apreciaciones de juridicidad que puedan efectuar los órganos del Poder Judicial, y en especial el Tribunal de lo

Contencioso Administrativo para juzgar la conformidad a Derecho de sus actos administrativos. Su gestión financiera es controlada por el Tribunal de Cuentas de la República, y deben regir sus procedimientos por el TOCAF.

Pero corresponde destacar aquí especialmente, por las regulaciones específicas y consecuencias que comportan, por una parte los **controles de naturaleza política, y sobre la gestión**, que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, y por otra los controles sobre la juridicidad de los actos de los Servicios Descentralizados que reciben el nombre de **tutela administrativa**.

## A. Control del Poder Ejecutivo

No es casual que, al referirnos a los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, los englobemos genéricamente en lo que denominamos **descentralización funcional, o institucional, o por servicios**. Estas Administraciones estatales, de carácter nacional, son un desprendimiento (ideal, y en ocasiones verdaderamente real) de la Administración Central nacional a cargo del Poder Ejecutivo.

Las Leyes (como se ha expresado, a veces la propia Constitución) establecen los cometidos a cargo de estas instituciones. Debe quedar claro (esta es una noción fundamental) que no son los órganos de dirección de estos entes los que definen los lineamientos políticos y los objetivos de sus respectivas gestiones. **Los lineamientos políticos, y los objetivos a alcanzar mediante la gestión de los cometidos de los entes descentralizados, son definidos por el Poder Ejecutivo**. Es al Poder Ejecutivo (presidido por el titular del cargo electivo Presidente de la República, quien designa a los Ministros de Estado), al que compete determinar las políticas públicas, y establecer en cada sector de actividad las orientaciones y metas a alcanzar, las que, en el marco de sus respectivas competencias, son desarrolladas mediante la gestión de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados (CAJARVILLE, 2007, I).

Esas orientaciones que, en ocasiones, toman forma de dirección, de impulso o de coordinación, resultan de la **primacía política y jurídica del Poder Ejecutivo** sobre el conjunto de las Administraciones nacionales, aunque por razones técnico-jurídicas y de conveniencia algunas de éstas (los entes descentralizados) se organicen en personas jurídicas formalmente distintas de la persona jurídica Estado, pero actuando bajo la **coordinación** de éste. En atención a esa **primacía**, el Poder Ejecutivo debe **coordinar** el funcionamiento de la descentralización por servicios, ejerciendo para ello potestades administrativas de **control** (VÁZQUEZ, 1997).

El control del Poder Ejecutivo sobre los entes descentralizados, cuyo objeto es la apreciación de la gestión o de los actos de sus órganos de

dirección, o el comportamiento personal de los miembros de los Directorios o Directores Generales, se realiza a través de los procedimientos establecidos en los artículos 197 y 198 de la Constitución.

a) El **artículo 197** regula el ejercicio de control del Poder Ejecutivo **sobre la gestión o los actos** de los Directorios o Directores generales, cuando los considere **inconvenientes** (apreciación del mérito) **o ilegales**. Es un control de oficio, que solo puede iniciarse cuando el Poder Ejecutivo toma conocimiento de un acto o un conjunto de actos que conforman la gestión. Al respecto, el Decreto N° 155/000, de 24 de mayo de 2000, establece el deber de los Directorios o Directores Generales de remitir dos testimonios de sus actas, y en general de las resoluciones que adopten, a la Presidencia de la República y al Ministerio con el cual se vinculan por razón de materia. Es por esta vía que, al menos formalmente, el Poder Ejecutivo toma conocimiento de lo actuado.

El Poder Ejecutivo **puede observar el acto o la gestión**, e incluso disponer la **suspensión de los actos** del ente, que fueron objeto de observación. En caso de que el Directorio o Director General no atienda las observaciones recibidas, el Poder Ejecutivo podrá disponer los **correctivos, rectificaciones o remociones** que considere del caso, previa **anuencia de la Cámara de Senadores**. Si éste no se pronuncia en 60 días, se entenderá conferida tácitamente la autorización. El texto, modificado en la reforma constitucional de 1967, contiene algunas imprecisiones conceptuales, resultantes del mantenimiento parcial del texto constitucional anterior.

Los **correctivos** y las **rectificaciones** refieren a la posibilidad de adoptar medidas que incidan sobre la gestión del ente descentralizado, **incluyendo la posibilidad de sustituir la voluntad del Directorio o Director General, mediante la revocación o modificación del acto o actos observados**. La posibilidad de disponer **remociones** por parte del Poder Ejecutivo, se vincula en cambio con la **potestad de destituir** (previa la mencionada intervención del Senado) a los Directores o Director General, a los que puede reemplazar interinamente por miembros de Directorios o Directores Generales de otros entes, mientras se tramita la venia de destitución (artículo 197 in fine, con remisión a los incisos segundo y tercero del artículo 198). Las destituciones resultantes de este procedimiento no son impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

b) En cambio el **artículo 198** establece un **control sobre el comportamiento personal** de los miembros de los Directorios o los Directores Generales, que pueden ser destituidos cuando, en el ejercicio de sus cargos, procedan con **ineptitud, omisión, delito o actos que afecten su buen nombre o afecten el prestigio de la institución a que pertenezcan**. Se trata en realidad de **cinco causales**, que pueden motivar el

procedimiento de destitución previsto en los ya aludidos incisos segundo y tercero de esta disposición, siempre contando con la anuencia de la Cámara de Senadores, que se entenderá otorgada cuando transcurran 60 días sin pronunciamiento expreso. Como en el caso anterior, la Cámara de Senadores actúa por vía de ejercicio de controles, en lo que se ha denominado **“control de la descentralización”**, porque se controla al sistema descentralizado (integrado por el Poder Ejecutivo y el ente descentralizado).

## **B. Control parlamentario**

Dado que corresponde al Poder Ejecutivo definir las políticas públicas sectoriales que instrumentan y ejecutan los entes descentralizados, éstos están sujetos a control del Poder Legislativo, a través de los instrumentos de control sobre los Ministerios que se relacionan por razón de materia con cada uno de aquéllos. Resultan de aplicación los artículos 119, 120 y 121 de la Constitución. Cada Cámara puede llamar a Sala a los Ministros para pedir y recibir informes de éstos con fines legislativos, de inspección o de fiscalización, los que pueden abarcar también la gestión de los entes descentralizados. Por eso los Ministros pueden concurrir a Sala con un representante del respectivo Consejo o Directorio (segundo inciso del artículo 119). Las comisiones parlamentarias a que refiere el artículo 120, y las declaraciones a que alude el 121, pueden asimismo tener como objeto la actuación de los entes descentralizados.

## **C. La tutela administrativa sobre los Servicios Descentralizados**

En Derecho comparado (por ejemplo, en el Derecho francés), tutela es sinónimo de control sobre la descentralización funcional. En nuestro Derecho, en cambio, se denomina **tutela administrativa** a un **control adicional de juridicidad que posee el Poder Ejecutivo sobre los Servicios Descentralizados**, que se manifiesta mediante el conocimiento y decisión del recurso administrativo de anulación. Los actos administrativos emanados de órganos de Servicios Descentralizados, además del régimen recursivo general, admiten el recurso de anulación, solo cuando el acto vulnerara una regla de Derecho. Ese recurso, que debe interponerse en forma conjunta y subsidiaria con el recurso de revocación, o los de revocación y jerárquico (según corresponda) debe ser resuelto por el Poder Ejecutivo (tercer inciso del artículo 317 de la Constitución, e incisos tercero y cuarto de la Ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987), y eventualmente supondrá la anulación en vía administrativa del acto cuestionado.

#### 4.10. Peculiaridades del régimen jurídico de los Entes Autónomos de enseñanza

La Sección XI de la Constitución, titulada “*De los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados*”, se estructura en dos Capítulos. El I contiene el régimen general de estas entidades descentralizadas, en tanto el Capítulo II refiere a los Entes Autónomos de enseñanza y sus peculiaridades. Las diferencias entre ambos tipos de Entes Autónomos han llevado a algunos autores a sostener que se trata en realidad, bajo una misma denominación genérica, de dos clases distintas de entes descentralizados (que se sumaría a una tercera, la de los Servicios Descentralizados).

Ese régimen especial de los Entes de enseñanza puede resumirse en estos caracteres:

**a) Los servicios de enseñanza pública mencionados en el primer inciso del artículo 202 de la Constitución** (Enseñanza Pública Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística) solo pueden ser regidos por Consejos Directivos Autónomos, es decir, **solo pueden organizarse en Entes Autónomos**. En la actualidad hay tres: la Universidad de la República (UDELAR), la Universidad Tecnológica (UTEC) y la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP).

**b) Los demás servicios de enseñanza del Estado pueden organizarse en Entes Autónomos** (a cargo de Consejos Directivos Autónomos) **cuando lo establezca una Ley** sancionada por dos tercios de votos del total de cada Cámara. Es decir, fuera de esta posibilidad, pueden recibir cualquier otra forma organizativa (como sucede, por ejemplo, con los institutos de formación policial o militar, que son dependencias del Ministerio del Interior y del Ministerio de Defensa Nacional).

**c) Los Consejos Directivos Autónomos serán designados o electos** en la forma que establezca la Ley sancionada por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara.

La Constitución incluye una previsión específica para la Universidad de la República en el segundo inciso del artículo 203, a la que ya se ha aludido. Los tres órdenes universitarios eligen a los integrantes de la Asamblea General del Claustro de la Universidad, y a los miembros de los Consejos de cada Facultad e Instituto o Servicio asimilado, y a las Asambleas del Claustro de éstos. El Consejo Directivo Central lo integran el Rector (electo por la Asamblea General del Claustro), un delegado por cada Consejo de Facultad e Instituto o Servicio asimilado, y nueve miembros designados por la Asamblea General del Claustro (artículos 8° a 15 de la Ley N° 12.549).

**d) El artículo 205 de la Constitución hace aplicables, por remisión, determinadas disposiciones incluidas en el Capítulo I de la**

Sección XI (artículos 189, 190, 191, 192, 193, 194, 198 -incisos 1 y 2-, 200 y 201). Entre las disposiciones aplicables por remisión no se encuentra el artículo 197, por lo que **el Poder Ejecutivo no puede ejercer las potestades de control sobre la gestión o los actos de los Entes de enseñanza, ni aún por razones de legalidad.** En expresión de Cajarville Peluffo (2007, I), los Entes de enseñanza están sujetos a mínimos controles del Poder Ejecutivo, establecidos taxativamente en la Constitución, nunca sustitutivos de su voluntad. Éste es el fundamento principal de que un importante sector doctrinal exprese que, en realidad, los Entes Autónomos de enseñanza configuran una categoría diferente a los Entes Autónomos que encuentran su régimen constitucional básico en el Capítulo I de la Sección XI, pese a que se utiliza la misma denominación institucional genérica.

Las remisiones aludidas no son plenas; se efectúan con la salvedad “*en lo pertinente*”. Esto ha provocado algunas dificultades de interpretación, que se producen especialmente en cuanto a la aplicabilidad, a los integrantes de los Consejos Directivos Autónomos no designados por el Poder Ejecutivo (o sea, electos por determinados Cuerpos u órdenes predeterminados), de los controles resultantes del artículo 198, y de la inhabilitación establecida en el artículo 201, ya examinados. Pérez Pérez (1990: 283-298) analiza en detalle la cuestión (transcribiendo distintas posturas doctrinales), pronunciándose por la no aplicabilidad de los dos primeros incisos del artículo 198 a los miembros de Consejos Directivos no designados por el Poder Ejecutivo.

**e) Coordinación de la enseñanza.** En el cuarto inciso del artículo 202 se establece que la ley dispondrá la organización de la enseñanza. La disposición no es sobreabundante. En relación al funcionamiento de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados que no sean de enseñanza, esa coordinación está asignada al Poder Ejecutivo, por medio de las potestades de control referidas en el artículo 197. Como vimos, sin embargo, ese artículo no es aplicable a los Entes Autónomos de enseñanza. Será el legislador el que debe establecer las instancias y los procedimientos necesarios para la coordinación de los servicios de enseñanza entre sí, y en relación a las políticas educativas y de enseñanza que pudieran aplicarse.

Por la misma razón, el tercer inciso del mismo artículo establece que los entes de enseñanza pública deben ser oídos, con fines de asesoramiento, cuando se trate de la sanción de las leyes relativas a sus servicios.

#### **4.11. Regímenes presupuestales de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados**

Los presupuestos son actos jurídicos estatales, cuya contenido prevé el origen de los recursos de las entidades estatales, sus destinos, y la autorización para

efectuar gastos con cargo a los recursos previstos y obtenidos. Se trata de programas financieros aplicables a las entidades estatales, destinados a ser utilizados durante un período determinado de tiempo (DELPIAZZO, 2017).

Nuestra Constitución establece dos regímenes presupuestales, según que los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados tengan cometidos de naturaleza industrial o comercial, o sean de otras clases (por ejemplo, los que se asignan a los Entes de enseñanza, al INAU, a la JUTEP o a la Fiscalía General de la Nación). Seguiremos el orden del texto constitucional en la exposición y explicación.

## **A. Presupuestos de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no industriales ni comerciales**

El artículo 220 de la Constitución expresa que *“el Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral, el Tribunal de Cuentas, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, con excepción de los comprendidos en el artículo siguiente, proyectarán sus respectivos presupuestos y los presentarán al Poder Ejecutivo, incorporándolos éste al proyecto de presupuesto. [Refiere al presupuesto quinquenal nacional.] El Poder Ejecutivo podrá modificar los proyectos originarios y someterá éstos y la modificaciones al Poder Legislativo.”*

En cuanto nos interesa ahora, los presupuestos de cada uno de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no industriales ni comerciales **se sancionan mediante una Ley nacional**, y tienen una **vigencia de cinco años de duración**.

Cada Ente Autónomo o Servicio Descentralizado no industrial o comercial debe proyectar sus presupuestos y remitirlos al Poder Ejecutivo para su inclusión en el proyecto de presupuesto nacional. El supuesto básico es que, al no realizar actividades de naturaleza económica, sus ingresos, o la mayor parte de ellos, resultan de partidas presupuestales integradas con recursos del Estado nacional. Por eso, esta clase de presupuestos integran formalmente la Ley de Presupuesto nacional (sancionada de acuerdo a los artículos 214 y 215 de la Constitución), y se aprueban dentro de esa misma ley. Siguen, por lo demás, el régimen jurídico del presupuesto nacional, y pueden ser objeto de modificaciones presupuestales parciales (último inciso del artículo 214).

El Poder Ejecutivo puede (atendiendo a los ingresos razonablemente previstos, o a pautas de carácter político) *“modificar los proyectos originarios”* (proponer redacciones sustitutivas), y someter el originario -proveniente del ente-, y el alternativo, a la consideración del Poder Legislativo.

## **B. Presupuestos de los Entes industriales o comerciales del Estado**

Aunque en el artículo 221 se menciona solo el sustantivo “*Ente*”, es claro que allí se alude no solo a los Entes Autónomos, sino también a los Servicios Descentralizados con cometidos industriales o comerciales.

Estos presupuestos no se aprueban mediante ley, sino mediante **decreto del Poder Ejecutivo** (acto administrativo de efectos generales y abstractos, con carácter de **reglamento autónomo**), y su duración es **anual**.

Son proyectados por cada ente y elevados al Poder Ejecutivo y al Tribunal de Cuentas, el que emite un dictamen de acuerdo con la competencia que le asigna el literal A) del artículo 211 de la Constitución. A su vez el Poder Ejecutivo, previo dictamen de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, podrá observar el proyecto confeccionado por el ente. Si éste aceptara las observaciones, lo comunicará a ambos órganos y el presupuesto quedará aprobado con las observaciones recibidas.

Si el ente no aceptara las observaciones, remitirá los proyectos a la Asamblea General, la que resolverá por dos tercios de sus componentes en el término de cuarenta días, optando por el proyecto original o por las observaciones recibidas. Esa decisión de la Asamblea General tiene naturaleza de acto administrativo (no legislativo), y con la decisión expresa se entenderá aprobado el presupuesto.

Si la Asamblea General no se pronunciara en el término señalado, se tendrá por aprobado el presupuesto, con las observaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo.

### **4.12. Los Estatutos de los Funcionarios de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados**

Los funcionarios presupuestados y contratados en régimen de función pública de los entes descentralizados están sujetos a distintos Estatutos del Funcionario en sentido formal (conforme a un régimen constitucional de estatutos múltiples). Existen tres regímenes básicos, de acuerdo a la Constitución. Ellos son:

- a) los de los Servicios Descentralizados;
- b) los de los Entes Autónomos industriales y comerciales; y
- c) los de los Entes Autónomos de enseñanza.

**Los Servicios Descentralizados** se rigen, en general, por el Estatuto del Funcionario de fuente legal (a veces conocido como Estatuto Legal Central) aplicable a los funcionarios del Estado nacional, y por normas especiales, también establecidas por Ley, aplicables a cada uno atendiendo a

las peculiaridades de sus cometidos. Así resulta del encabezamiento y del literal E) del artículo 59 de la Constitución.

**Los Entes Autónomos comerciales e industriales** proyectan sus Estatutos (artículo 63 de la Constitución), que luego son sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo. Éste emite a los efectos un decreto (con naturaleza de reglamento autónomo).

La Ley, por dos tercios de votos de componentes de cada Cámara, podrá establecer normas especiales que por su generalidad o naturaleza sean aplicables a todos los Entes Autónomos o solo a algunos de ellos, según los casos (artículo 64).

**Los Entes Autónomos de enseñanza** aprueban por sí mismos los Estatutos de sus Funcionarios, de conformidad con las bases contenidas en los artículos 58 a 61 de la Constitución, y las reglas fundamentales que establezca la ley, respetando la especialización del Ente. Esto último significa que pueden establecerse mediante ley algunos deberes y derechos de carácter general (por ejemplo, los contenidos en el artículo 3° (libertad de opinión) y 48 a 55 de la Ley N° 12.549 (Orgánica de la Universidad de la República), y los artículos 11, 69 y 70 de la Ley N° 18.437 (Ley General de Educación).

Estos estatutos se aprueban mediante normas de naturaleza reglamentaria, que en estos ámbitos reciben el nombre de Ordenanzas.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cuántas clases de entidades funcionalmente descentralizadas pueden señalarse en nuestro Derecho?
2. ¿Cómo pueden estructurarse (número de miembros, denominación) los órganos de dirección de los Servicios Descentralizados?
3. ¿Cuáles son las consecuencias de la aplicación del principio de especialidad?
4. ¿Hay actividades estatales que necesariamente deban organizarse como Entes Autónomos?
5. ¿Qué es la tutela administrativa en nuestro Derecho?
6. ¿El Poder Ejecutivo puede, en alguna circunstancia, dejar sin efecto los actos de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, 2007, Sobre Derecho Administrativo, Tomo I y II, F.C.U. Montevideo.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, 2009, Derecho Público, F.C.U., Montevideo.

DELPIAZZO, Carlos E., 2017, Derecho Administrativo General, Volumen 2, F.C.U., Montevideo.

ROTONDO TORNARÍA, Felipe, 2014, Manual de Derecho Administrativo, Montevideo.

PÉREZ PÉREZ, Alberto, 1990, Los Entes Autónomos de Enseñanza en la Constitución Nacional, Universidad de la República, Departamento de Publicaciones, Montevideo.

PRAT, Julio A., 1980, Derecho Administrativo, Tomo V, Volumen 1, Acali, Montevideo.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 1974, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 1997, Capítulo VIII de La Reforma Constitucional de 1997, FCU, Montevideo.

## **5. Descentralización territorial. Gobiernos Departamentales. Municipios**

### **5.1. Concepto de descentralización territorial.**

La descentralización es una forma, o técnica, de organización estatal, que implica la atribución a un órgano, o a un sistema orgánico, de competencias propias, sujetas a potestades de control (pero nunca a subordinación jerárquica) ejercidas por otro órgano, con fines de coordinación.

En nuestro Derecho se plasman dos clases de descentralización: la funcional, o por servicios, o institucional (corporizada en los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados), y la territorial (a cargo de personas jurídicas denominadas Gobiernos Departamentales). A diferencia de la descentralización funcional, en que la asignación de competencias a los entes descentralizados se hace en base a la especialidad por materia, en la descentralización territorial la asignación de las competencias se efectúa en consideración a una referencia geográfica, el territorio. En los entes descentralizados, la satisfacción del interés público se verifica en el cumplimiento de los cometidos especialmente asignados; en los Gobiernos Departamentales, se trata del interés público departamental, a través de actividades cuya relevancia se advierte en términos de localización geográfica y vínculos de vecindad o cercanía.

La descentralización territorial en nuestro país presenta características propias y diferentes a la descentralización funcional, y ha llevado a que algunos autores hayan descartado que se trate propiamente de descentralización. Para Cajarville Peluffo (2010) este término es conceptualmente impropio para referirse a los Gobiernos Departamentales, pues *“no es posible identificar cuál sería a su respecto el sistema central”*. En contraste con la descentralización funcional, *“la habitualmente designada ‘descentralización territorial’, por adopción inadecuada a nuestro régimen de una denominación propia de*

*otros derechos, es un fenómeno de otra índole que no puede subsumirse en la ahora considerada.”* Los Gobiernos Departamentales serían, en esta óptica, personas jurídicas estatales dotadas de autonomía en los planos político, legislativo y administrativo, pero ajenas a la idea de descentralización.

No obstante, la mayor parte de la doctrina nacional entiende adecuado y aplicable el concepto de descentralización (SAYAGUÉS LASO, 1974, I; PRAT, 1982; ROTONDO, 2014), sin perjuicio de reconocer sus diferencias con la descentralización funcional, fundamentalmente porque **la descentralización, en los Gobiernos Departamentales, alcanza no solo al ejercicio de la función administrativa, sino también a la legislativa** (artículos 260 y 273 de la Constitución). Y si bien no hay controles directos del Poder Ejecutivo sobre los Gobiernos Departamentales, análogos a los de los artículos 197 y 198 sobre los entes descentralizados, existen instancias de control a cargo de otros órganos del Estado nacional, también con fines de coordinación.

Hay, además, otra diferencia fundamental: los Gobiernos Departamentales no solo administran, pues **son auténticos “gobiernos”** que definen políticas sectoriales en sus ámbitos de competencia. Ello explica no solo su denominación, sino también que los titulares de sus órganos sean de carácter electivo, en base a los lemas o partidos políticos reconocidos (tercer inciso del numeral 9º del artículo 77 de la Constitución).

**Sea cual fuere la postura que se entienda correcta, no hay duda (y surgirá de este análisis) que los Gobiernos Departamentales son personas jurídicas de naturaleza estatal, que ejercen competencias en forma autónoma en el marco del Estado uruguayo mediante el desarrollo de función administrativa y legislativa.**

**Gozan de autonomía política y jurídica. Por lo mismo, desarrollan su propio ordenamiento jurídico departamental (VÁZQUEZ, 1990), poseyendo incluso autonomía tributaria (dentro de los márgenes establecidos en la Constitución). Pueden además defender el ejercicio de esas competencias autonómicas ante la Suprema Corte de Justicia mediante la acción por lesión de la autonomía departamental (artículo 283 de la Constitución).**

## **5.2. Síntesis Histórica**

### **A. Los Cabildos**

Los aborígenes que habitaban nuestro país nunca superaron las formas de organización social familiar o tribal. Las primeras expresiones de administración local y autogobierno en el territorio de nuestro país se inician en el período colonial español, con una institución transplantada desde España, los Cabildos. Estos eran integrados por un número variable de regidores o cabildantes (entre seis a doce, según la importancia de la localidad), que actuaban a la vez como Corporación, y a través de las diferentes responsabilidades asignadas a cada uno de sus integrantes.

Los Cabildos fueron, en general, ámbitos de expresión de los sectores más influyentes, en lo económico y social, de las sociedades coloniales. A ello contribuían los criterios de selección de sus integrantes, normalmente por cooptación de los regidores salientes. Sin embargo, los Cabildos existentes en nuestro territorio al sur del río Negro constituyeron brevemente, durante el período artiguista, una auténtica institución democrática. La primera división departamental del territorio, de fecha 27 de enero de 1816, se efectuó precisamente para definir la extensión territorial de la población que intervenía en la elección de los integrantes de los Cabildos (MARTINS, 1999).

La institución capitular subsistió durante el período de gobierno luso-brasileño, hasta 1828. Sin embargo, en el territorio libre de la Provincia Oriental, la Sala de Representantes abolió los Cabildos desde enero de 1827, siguiendo las tendencias unitarias y centralistas predominantes entonces en las Provincias Unidas del Río de la Plata.

### **B. Los Departamentos en la Constitución de 1830. Evolución hasta 1919**

Esas concepciones unitarias se manifestaron claramente en la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado, que en setiembre de 1829 aprobó el texto de la Constitución jurada el 18 de julio de 1830. Nuestra primera Carta Magna estableció un Estado unitario, subdividido en Departamentos, como circunscripciones político-administrativas en las que actuaban órganos del Estado nacional. Los órganos departamentales eran el Jefe Político, designado por el Presidente de la República, en calidad de representante del gobierno y titular de la fuerza pública, y la Junta Económico-Administrativa como órgano deliberante. Incluso estas Juntas, a pesar de cierto carácter representativo (con las limitaciones al ejercicio el voto resultantes del régimen de 1830), tenían competencias muy reducidas,

principalmente de iniciativa ante las autoridades nacionales, en lo que Sayagués Laso calificó como un principio de desconcentración muy limitado.

Sucesivas leyes, emitidas sobre todo a partir de 1853, fueron asignando el producido de nuevos impuestos con destinos específicos, y por esa vía definiendo nuevas competencias de los órganos departamentales (por ejemplo, en materia de alumbrado público). En 1869 se reconoció la personalidad jurídica de los Municipios (artículo 21 del Código Civil), y en 1878 su calidad de sujeto procesal (artículo 133 del Código de Procedimiento Civil).

Las demandas de mayores competencias y participación ciudadana dieron lugar a la sanción en 1891 del “*Reglamento Orgánico de la Junta Económico-Administrativa de Montevideo*”, y luego a la Ley de Juntas Económico Administrativas de 10 de julio de 1903, que recogió muchas soluciones establecidas en aquél. Esta ley, exorbitando claramente el texto constitucional (CAGNONI, 1979), convirtió a las Juntas Económico Administrativas en el verdadero órgano de administración activa en los Departamentos, estableciendo un régimen de descentralización administrativa no autónoma (PRAT, 1982).

Esta situación fue revertida con la Ley de Intendencias de 18 de diciembre de 1908, que creó una nueva figura, tampoco prevista en la Constitución de 1830: los Intendentes. De alguna manera, se restablecía, aunque por fuera del texto constitucional, el esquema previo a 1903, ya que los Intendentes (ahora titulares de la administración departamental) eran designados por el Poder Ejecutivo, retornando las Juntas Económico Administrativas a su papel de órgano deliberante.

### **C. Constitución de 1918**

En 1916 comienza el proceso que da lugar, finalmente, a la Constitución de 1918. En ella se habla del gobierno y de la administración local. El texto constitucional previó la existencia en cada Departamento de un órgano deliberante, la Asamblea Representativa (de entre 30 a 90 miembros electos, a determinar legalmente), y uno o más Concejos de Administración autónomos, de entre tres y siete miembros, cuya circunscripción sería delimitada por Ley, con un mandato de tres años de duración. Estas previsiones, que hubieran posibilitado que en cada Departamento surgiesen varios órganos locales, se truncaron al año siguiente con la sanción de la Ley N° 7.072, de 23 de diciembre de 1919, que finalmente estableció un solo Concejo de Administración por Departamento. A partir de entonces lo departamental de identificó con lo municipal, y viceversa. La ley hizo coincidir lo “*local*” (o municipal) con lo “*departamental*”, en un esquema básico que, sin perjuicio de los cambios orgánicos impuestos por las sucesivas

reformas constitucionales (de denominación, de competencias, de integración) se mantuvo hasta el año 2010: un órgano pluripersonal con potestades legislativas, y un órgano ejecutivo a cargo de una Administración propiamente departamental.

## **D. La Constitución de 1934: Intendencias y Juntas Departamentales**

El régimen departamental surgido de la Constitución de 1918 y la Ley Orgánica de 1919 fue el que gozó de mayor autonomía en toda la historia institucional de nuestro país. Se habían establecido amplias competencias, por ejemplo en materia impositiva, haciendo posibles situaciones de descoordinación. La Constitución de 1934 revirtió en buena medida el proceso descentralizador, estableciendo en cada Departamento un Intendente Municipal como órgano ejecutivo y administrativo, y una Junta Departamental (de once miembros en Montevideo, y nueve en los demás Departamentos), con competencias más limitadas. La duración del mandato pasó a ser de cuatro años, coincidiendo con la duración de los mandatos de gobierno y legislativo a nivel nacional. Las Juntas Departamentales podían crear y fijar tasas y tarifas, pero en materia impositiva debía requerirse la aprobación del Poder Legislativo.

El marco constitucional fue desarrollado luego en la **Ley N° 9.515, de 28 de octubre de 1935**. Esta ley, conocida durante décadas como "*Ley Orgánica Municipal*", y que era, y sigue siendo, la **Ley Orgánica de los Gobiernos Departamentales**, constituye aún -con diversas modificaciones en temas específicos- la que regula la competencia y el funcionamiento de las Juntas Departamentales y las Intendencias.

La **Constitución de 1943** no introdujo cambios de importancia, salvo el incremento en la cantidad de integrantes de las Juntas Departamentales, que pasaron a 31 en Montevideo y 15 en los demás Departamentos.

En la Constitución de 1934 aparecen las Juntas Locales como órganos con una limitada competencia desconcentrada en localidades que no fuesen capital departamental. Se previó que la ley podría ampliar las competencias de determinadas Juntas Locales, en localidades de al menos 10.000 habitantes o interés para el desarrollo del turismo.

## **E. La Constitución de 1952**

Al igual que a nivel nacional, el órgano ejecutivo departamental pasó a tener integración colegiada. Se denominó Concejo Departamental, y se integraron con siete miembros en Montevideo, y cinco en los demás Departamentos. La

mayoría (cuatro en siete, o tres en cinco) correspondía al lema más votado, y los demás al segundo lema en cantidad de votos.

A su vez, las Juntas Departamentales pasan a tener 65 miembros en Montevideo, y 31 en los demás Departamentos. Volvieron a tener potestades impositivas, respecto a fuentes de recursos determinadas en la Constitución.

Respecto a los órganos locales, se denominaron Concejos Locales, y se previó que los concejos Locales con facultades de gestión ampliada, aludidos como Autónomos, podrían también ser electivos si así lo establecía una ley en cada caso. Fue la situación, desde 1960, del Concejo Local Autónomo y electivo de Río Branco (Cerro Largo).

## **F. La Constitución de 1967 y la reforma parcial de 1997**

Nuevamente, siguiendo la estructura del Poder Ejecutivo a nivel nacional, se retornó a un órgano ejecutivo unipersonal en lo departamental: el Intendente Municipal. Todas las Juntas Departamentales pasaron a tener 31 miembros. Se mantuvo el sistema de órganos locales preexistente, pero recuperaron el nombre de Juntas Locales, en sus tres modalidades: comunes (o desconcentradas), con facultades de gestión ampliada (a las que las correspondientes leyes de creación denominaron uniformemente Juntas Locales Autónomas), y las Juntas Locales Autónomas y electivas (de las que, aparte de la de Río Branco, solo se crearon dos más en 1994, en San Carlos y Bella Unión).

En el año 1996 se sometieron a plebiscito una serie de reformas a la Constitución, referidas a modificaciones en el régimen electoral a nivel nacional (principalmente la introducción de la segunda vuelta o balotaje para la elección del Presidente de la República), y en cuanto al régimen de elección y funcionamiento de los órganos de los Gobiernos Departamentales. En el conjunto de modificaciones constitucionales merece destacarse, por la trascendencia posterior, la previsión sobre la electividad de todas las autoridades locales, en caso de que así se estableciese por Ley.

Es el régimen actual, que analizaremos a continuación.

## **5.3. Los órganos de los Gobiernos Departamentales**

### **A. Órganos departamentales**

Nos referiremos aquí a los órganos con competencias sobre todo el territorio departamental. Ellos son la Intendencia y las Juntas Departamentales. Son, también, órganos de existencia necesaria, y de creación constitucional. Tanto en uno como en otro caso, sus mandatos tienen una duración de cinco años. En la reforma de 1997 se estableció la separación temporal entre las elecciones nacionales y departamentales y, desde el año 2000, éstas se realizan

el segundo domingo del mes de mayo del año siguiente al de aquéllas (tercer inciso del numeral 9° del artículo 77 de la Constitución).

**En cada persona jurídica Gobierno Departamental hay dos sistemas orgánicos (Intendencia, y Junta Departamental), ejerciendo competencias propias y vinculados entre sí por relaciones intersistémicas.**

### **i. La Intendencia**

Ella ejerce la función ejecutiva y administrativa en el Departamento respectivo (artículo 274 de la Constitución). En la Constitución se alude indistintamente al Intendente o al Intendente Municipal, aunque esta denominación parece inadecuada tras la creación en el año 2009 de los Municipios. En diversas leyes posteriores al año 2010 es referido también como Intendente Departamental.

Es electo a mayoría simple, junto a cuatro suplentes respectivos (artículo 268). Corresponde el cargo al titular de la lista más votada del lema más votado. Según la interpretación efectuada por la Corte Electoral a la Disposición Transitoria y Especial Z), puede haber hasta tres candidatos por lema o partido, sin perjuicio de que la Ley -que a diciembre de 2019 no se ha dictado- establezca una candidatura única (artículo 271).

Pueden ser reelectos una sola vez, debiendo para ello renunciar al menos con tres meses de anticipación a la fecha de la elección (artículo 266).

De acuerdo con el artículo 277 de la Constitución, los actos jurídicos que allí se mencionan, pare tener validez, deben ser refrendados por el Secretario (normalmente denominado “*Secretario General*”).

El Intendente puede delegar atribuciones en comisiones especiales con cometidos específicos (artículo 278) y en los directores generales de departamento (artículo 280), así como, con acuerdo de la Junta Departamental, en autoridades locales (inciso cuarto del artículo 262). La función de los directores generales, aunque no es definida por la Constitución ni por la Ley Orgánica, es encabezar las reparticiones de la Administración departamental, en analogía imperfecta con el papel de los Ministros a nivel nacional.

### **ii. Junta Departamental**

Están integradas por 31 miembros, a los que la Ley Orgánica de los gobiernos Departamentales denomina ediles. Esos cargos se distribuyen proporcionalmente entre las candidaturas de los distintos lemas partidarios (artículo 272), pero en caso de que el partido que obtuvo el cargo de Intendente (esto es, el ganador de las elecciones departamentales) hubiese

obtenido solo una mayoría relativa, igualmente se le asignarán la mayoría de los cargos (o sea, dieciséis), manteniéndose para el resto el criterio de la representación proporcional.

Las Juntas Departamentales tienen competencias de naturaleza legislativa y administrativa de apoyo.

Constituyen el órgano legislativo de los Gobiernos Departamentales. Sancionan normas generales con fuerza de ley en su jurisdicción, sujetas al control de constitucionalidad que ejerce la Suprema Corte de Justicia (artículos 273 acápite, y artículo 260 de la Constitución). En tal carácter son titulares de la potestad tributaria (pueden crear tributos de conformidad a las previsiones de los artículos 297 y 298 numeral 1 de la Constitución) y, para alguna doctrina (en contra VÁZQUEZ, 1999), establecer limitaciones y condiciones al ejercicio de los derechos fundamentales cuando se les han asignado directa o indirectamente competencias para ello por la Constitución o por las leyes (conforme al tercer inciso del artículo 273). Son especialmente relevantes en tal sentido las competencias en materia de ordenamiento territorial, determinando los usos preferentes o exclusivos del suelo y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, expidiendo las autorizaciones para edificar -permiso de construcción-, de acuerdo con las normativas establecidas (numeral 35 del artículo 19 de la Ley N° 9.515, y disposiciones concordantes de la Ley N° 18.308, de 18 de junio de 2008 - Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible-).

En el plano administrativo, ejercen control sobre las Intendencias (artículos 284 a 286 de la Constitución), debiendo además autorizar o aprobar determinados actos del Intendente (por ejemplo, en materia de endeudamiento -artículo 301 de la Constitución- o de administración de bienes, como en los casos de los numerales 10 y 11 del Artículo 35, del numeral 1° del artículo 36, y del numeral 2° del artículo 37 de la Ley N° 9.515).

## **B. Autoridades locales. Los Municipios**

Las autoridades locales son, actualmente, los Municipios (designación que, con propiedad, corresponde al órgano que constituye esa autoridad local). Analizaremos las características de estos órganos.

### **i. Aspectos generales**

En la reforma constitucional de 1997 se introdujo la expresión “*autoridades locales*”; y se remitió a la Ley establecer su integración y competencias. De acuerdo con la Disposición Transitoria y Especial Y), y en consonancia con los artículos 273 (numerales 5° y 9°), 275 (numeral 8°) y 288 de la Constitución, esas autoridades locales serían, en tanto no se dictaran las leyes

previstas en el tercer inciso del artículo 262 y en el artículo 287, las Juntas Locales, en sus distintas modalidades.

Las leyes sancionadas de conformidad con las citadas previsiones constitucionales fueron, primeramente, la N° 18.567, de 13 de setiembre de 2009 (conocida como “*Ley de Descentralización Política y Participación Ciudadana*”), y la N° 19.272, de 18 de setiembre de 2014, que la sustituyó y se encuentra vigente actualmente, con modificaciones posteriores. Con la vigencia de la primera de estas leyes se inició un proceso de transformación para establecer autoridades locales de carácter electivo, denominadas **Municipios**, y de generación de instrumentos de participación cívica y social en el plano local. Esos Municipios son, en términos del artículo 1° de esta ley, “*un tercer nivel de Gobierno y de Administración*” (tras el nacional y el departamental).

Atendiendo a lo dispuesto en la aludida Disposición Transitoria y Especial Y), en la actualidad (diciembre de 2019) hay 112 Municipios en los diecinueve Departamentos, creados en función de los procedimientos previstos en los artículos 1°, 2°, 5° (inciso tercero) y 24 de la Ley N° 19.272 (y antes, en las disposiciones análogas de la Ley N° 18.567).

## **ii. Peculiaridades del régimen municipal uruguayo**

Una de las peculiaridades del novedoso régimen municipal es que los Municipios, en la mayoría de los Departamentos, no abarcan la totalidad del territorio; o, lo que, en otra óptica, es lo mismo, no todo el territorio nacional se encuentra municipalizado. Sólo tres Departamentos (Canelones, Maldonado y Montevideo) tienen Municipios que comprenden todo el territorio departamental (con treinta, nueve, y ocho municipios, respectivamente). En el resto de los Departamentos, el número de Municipios y su extensión territorial es variable: nueve Municipios en los Departamentos de Cerro Largo y Colonia, y sólo uno en Flores, el de Ismael Cortinas, con 1 km<sup>2</sup> de superficie. Véase <<https://www.municipios.gub.uy/municipios>>.

Por otra parte, en algunos Departamentos se han creado Municipios en la capital departamental. Así sucede en las ciudades de Canelones y Maldonado (el caso de Montevideo es peculiar, pues no existe propiamente un Municipio de la ciudad de Montevideo, sino que cada uno de los ocho Municipios abarca total o parcialmente zonas urbanas de la ciudad). En los demás Departamentos se han creado solo para localidades que no son la capital departamental (siguiendo en los hechos, curiosamente, el criterio que establecía para las Juntas Locales el antiguo texto del artículo 287 de la Constitución, íntegramente suprimido en la reforma de 1997).

Eso explica que, en las localidades en las que no se crearon Municipios, las competencias que hubieran correspondido a estos sean ejercidas directamente por los Intendentes (artículo 8° de la Ley N° 19.272).

### **iii. Caracteres orgánicos**

Por lo ya expresado, los órganos denominados Municipio son contingentes (su creación no es preceptiva), y de origen legal. Todos los Municipios tienen cinco miembros, electos de acuerdo con el sistema de representación integral por los ciudadanos de la respectiva circunscripción, según los candidatos presentados por los lemas partidarios reconocidos. Uno de los cargos corresponde al Alcalde, y los otros cuatro a los Concejales (artículos 9° a 10 de la Ley N° 19.272).

Los Alcaldes presiden el Municipio, y son, de sus cinco miembros, los únicos que perciben remuneración. Dirigen la actividad administrativa del Municipio y, en caso de empate en sus votaciones, el voto del Alcalde tiene carácter decisorio (es su criterio el que prevalece; según la Ley, en esos casos tienen “*doble voto*”). El Municipio no puede ordenar gastos sin la voluntad conforme del Alcalde (artículo 12, numeral 3 de la Ley N° 19.272), y tiene además algunas competencias propias y distintas a las del órgano Municipio propiamente dicho (artículo 14 numeral 6) de la misma ley).

Los Concejales tienen carácter honorario, y sin perjuicio de ser integrantes del Municipio, la Ley N° 19.272 les atribuye algunas potestades propias (artículo 15 de la ley).

### **iv. Posición institucional de los Municipios**

Ni la Constitución ni las leyes sucesivamente sancionadas han establecido con claridad la posición orgánico-institucional de las autoridades locales llamadas Municipios. Ella debe inferirse de disposiciones legales, y en tal sentido es decisiva la configuración del régimen de impugnación de sus actos mediante los recursos administrativos.

En la actualidad rige en esa materia el artículo 17 de la Ley N° 19.272, en la redacción dada por el artículo 682 de la Ley N° 19.355, de 19 de diciembre de 2015: “*Los actos administrativos generales y los particulares de los Municipios admitirán los recursos de reposición y conjunta y subsidiariamente el de apelación para ante el Intendente de conformidad con el artículo 317 de la Constitución de la República.*”

Puesto que todos los actos de los Municipios pueden ser impugnados en alzada ante el Intendente, sin limitación alguna, debe concluirse que éste ejerce sobre aquellas potestades de naturaleza jerárquica.

**Los Municipios son órganos desconcentrados, dentro del sistema orgánico de la respectiva Intendencia. La conclusión es indubitable, y en nada afecta a la posición orgánico-institucional de los Municipios el hecho de que los titulares de los cargos de Alcalde y Concejales sean electivos.**

## **5.4. Cometidos de los Gobiernos Departamentales**

### **A. Materia departamental y materia municipal**

Desde la Ley Orgánica de 1919, y hasta la sanción y entrada en vigencia de la Ley N° 18.567, existió identidad entre “*lo departamental*” y “*lo municipal*”. En cada Departamento hubo, de jure, y en la consideración general social, un solo Municipio, cuyos órganos eran la Intendencia Municipal y la Junta Departamental respectivas). Cagnoni (1979) explicó que la existencia de **municipios departamentales** condujo evolutivamente a perfilar comunidades departamentales con elementos de particularismos que no pueden desconocerse. Por esa razón, el ejercicio de las competencias de los órganos departamentales se resumía en la referencia a lo municipal. Por su parte los órganos locales, cualquiera fuera su denominación antes de 1997, se concebían como meros órganos auxiliares en las localidades que no eran capital departamental, con alguna rara excepción en las Juntas Locales Autónomas y electivas.

La reforma constitucional de 1997 incluyó en el texto del actual tercer inciso del artículo 262 una referencia a las materias departamental y municipal, de modo que, definiéndolas, se delimitasen los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y municipales. La sanción de la Ley N° 18.567 estableció criterios de distinción entre ambas materias y, por lo tanto, entre los cometidos de los órganos departamentales y los de los Municipios. Los Gobiernos Departamentales, a través de los órganos que los integran, actúan entonces en las actividades definidas como correspondientes a las materias departamental y municipal.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que, en algunos casos, de acuerdo a distintas asignaciones de competencias, existan ciertas materias compartidas entre las Administraciones nacionales -Poder Ejecutivo y entes descentralizados- y los Gobiernos Departamentales (por ejemplo, la prevención higiénica y sanitaria, y sobre el turismo, entre otros).

### **B. Cometidos de los órganos de los Gobiernos Departamentales**

A efectos prácticos utilizaremos la ya clásica clasificación de los cometidos estatales efectuada por Sayagués Laso (2010).

**a) Cometidos esenciales.** Algunos cometidos esenciales están excluidos de las competencias de los Gobiernos Departamentales. En primer lugar, por su carácter de persona jurídica estatal de Derecho interno, se encuentran excluidas las relaciones exteriores (sin perjuicio de que puedan integrar organismos y redes internacionales de cooperación). Tampoco tienen a su cargo la seguridad pública, por expresa exclusión constitucional (primer inciso del artículo 262 de la Constitución).

Fuera de estos casos, tienen a su cargo la definición de las **políticas públicas en materia departamental y municipal** -normalmente definidas en los respectivos Presupuestos Departamentales por programa-, la **actividad financiera** (obtención, administración y uso de recursos económicos, destacándose la existencia de potestad tributaria propia para creación y determinación de algunos tributos), las **obras públicas departamentales**, y en general, las potestades de **policía administrativa especial en diversas materias** (bromatología, tránsito en vías departamentales y vecinales, edificación, espectáculos públicos).

Mención aparte merece la actividad de ordenamiento territorial, la que, de acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 18.308 de 18 de junio de 2008, es cometido esencial del Estado (debiendo entenderse esta expresión en su sentido amplio). Los Gobiernos Departamentales juegan un importante papel en el cumplimiento de este cometido, mediante la elaboración y la aprobación de los instrumentos de ordenamiento territorial de nivel departamental (artículos 8°, y 13 a 29 de aquella ley).

**b) Servicios públicos.** Son servicios públicos departamentales el transporte colectivo de pasajeros por líneas regulares, en tanto éstas no excedan los límites departamentales (pudiendo otorgar concesiones o permisos a particulares), la recolección de residuos, la limpieza de calles y paseos públicos, el alumbrado público, la disposición de cuerpos en los cementerios públicos; y, en Montevideo, los servicios de saneamiento (artículo 35, numeral 20, literal B) de la Ley N° 9.515, y artículo 2° literal B) de la Ley N° 11.907, de 19 de diciembre de 1952, Decreto-ley de Caminos N° 10.382 de 13 de febrero de 1943).

**c) Servicios sociales.** Los Gobiernos Departamentales tienen a su cargo diversos servicios culturales (museos, teatros, organización de espectáculos públicos, zoológicos, y en general actividades de extensión cultural), y deben velar por la instrucción pública (numeral 9° del artículo 275 de la Constitución), proponiendo a las autoridades competentes los medios necesarios para su mejoramiento.

**d) Actividades económicas.** En general los Gobiernos Departamentales no tienen a su cargo la realización de actividades económicas, sino por excepciones establecidas por Ley, ya sea como medio para la obtención de recursos, como para la promoción del turismo. Es el caso de los Casinos de propiedad departamental en Montevideo.

**e) Regulación de la actividad privada.** No debe confundirse con el ejercicio de potestades de policía en materias específicas, las que en todo caso se ejercen atendiendo a la regulación legislativa y administrativa existente. Los Gobiernos Departamentales regulan diversas actividades que desarrollan los particulares, cuando está involucrado en alguna medida el interés público departamental. En ocasiones ello requiere previamente una Ley nacional, o un Decreto Legislativo Departamental cuando la competencia les ha sido asignada por la Constitución o por las Leyes con carácter general. Es lo que sucede por ejemplo con los servicios de taxi u otros de transporte de personas en forma individual (como es el caso de los que se brindan mediante aplicaciones informáticas). En otros casos, partiendo de aquella normativa de rango legal, deben emitir reglamentos inspirados por necesidades de orden público.

En el cumplimiento de los cometidos deberá tenerse presente, además, si se trata de competencias de los Intendentes en materia departamental -y municipal según el artículo 8° de la Ley N° 19.272- o si esos cometidos se cumplen a través de las competencias de los Municipios. Debe destacarse que las competencias municipales no son uniformes, sino que dependen, en muy buena medida, de definiciones que, conforme a la Ley N° 19.272, deben adoptar las Juntas Departamentales. Los artículos 6° y 7° de esa ley suministran los criterios para distinguir las materias departamental y municipal. Sin embargo, esta última disposición contiene salvedades, pues a los Municipios corresponden los servicios de necrópolis, y la recolección y disposición de residuos domiciliarios, a menos que existan disposiciones departamentales que los excluyan.

## **5.5. El Estatuto del funcionario y el personal departamental y municipal**

**a) El Estatuto del funcionario.** La Constitución, en su artículo 63, asigna a los Gobiernos Departamentales competencia para sancionar sus propios Estatutos del funcionario, ajustándose a las normas establecidas en los artículos precedentes (58 a 61, en lo pertinente) y, en su defecto, regirán para ellos las disposiciones que la ley establezca para los funcionarios públicos. Aunque no hay referencia normativa expresa, debe inferirse que los Estatutos deben establecerse mediante Decretos de las Juntas Departamentales, con valor y fuerza de ley en el Departamento.

La función pública departamental sigue los mismos principios que la nacional: en principio, **las tareas de carácter permanente y continuo deben ejercerse a través de funcionarios presupuestados**, que gozan de las garantías de la **inamovilidad** -esto es existencia de causales taxativas para la destitución (ineptitud, omisión o delito), comprobadas en procedimiento disciplinario y venia legislativa (artículos 273 numeral 7°, y 275 numeral 5°)-. La Ley puede además establecer normas especiales que, por su generalidad o naturaleza, sean aplicables a los funcionarios de todos los Gobiernos Departamentales o de algunos de ellos (artículo 64 de la Constitución). Es el caso de los artículos 8°, 9°, 11, 12 y 13 de la Ley N° 16.127, de 7 de agosto de 1990, en materia de ascensos y calificaciones.

Asimismo de acuerdo con el segundo inciso del citado artículo 62 puede, por decreto departamental, establecerse la amovilidad de los funcionarios, y calificar a ciertos cargos como políticos y de particular confianza (éstos, siempre amovibles, de acuerdo con el artículo 60 de la Constitución, y la remisión genérica ya apuntada).

Pueden asimismo contar con funcionarios contratados y zafrales, atendiendo a la mayor o menor contingencia de algunas actividades (por ejemplo, según los requerimientos para la atención de la temporada turística o de determinados eventos culturales)

**b) Los funcionarios de los Municipios.** Quienes se desempeñan en los Municipios son, en realidad, funcionarios del Gobierno Departamental. El artículo 20 de la Ley N° 19.272 preceptúa que el Gobierno Departamental proveerá los recursos humanos necesarios a los Municipios, sin perjuicio de que éstos deban administrar eficaz y eficientemente esos recursos humanos y puedan ejercer la potestad disciplinaria sobre los mismos, en el marco de las disposiciones vigentes establecidas (numerales 2° y 4° del artículo 12 de la misma ley). Por lo tanto, los Municipios no pueden establecer por sí reglas atinentes a la función pública en su ámbito específico, sin perjuicio de supervisar sus oficinas dependientes y ejercer la potestad disciplinaria en cuanto corresponda, y que puedan promover su capacitación y adiestramiento para mejor cumplimiento de sus cometidos (artículo aludido, numerales 2°, 3° y 6°).

## **5.6. Régimen presupuestal y financiero**

### **A. El presupuesto departamental**

La estructura y la sanción de los Presupuestos Departamentales son análogos a los del Presupuesto Nacional, con algunas diferencias. Se hallan regulados en los artículos 222 a 227 y 229, de la Constitución, con las remisiones que el primero de los mencionados efectúa a otras disposiciones constitucionales.

Son presupuestos por programa, y su duración es de cinco años. Al igual que en los Presupuestos Nacionales, pueden efectuarse modificaciones en forma anual, en la misma ocasión en que los Intendentes presenten a las Juntas Departamentales las Rendiciones de Cuentas y los Balances de Ejecución Presupuestal, las que, de aprobarse, regirán para el ejercicio anual siguiente.

El procedimiento para la sanción del Presupuesto Departamental requiere la iniciativa privativa del Intendente, que se ejercerá dentro de los primeros seis meses de su mandato (artículo 223). Dado lo establecido tras la reforma constitucional de 1997, en el tercer inciso del numeral 9º del artículo 77 de la Constitución, y en el primer inciso del artículo 262, los mandatos departamentales se inician cada cinco años, a los sesenta días de las elecciones correspondientes (y, por lo tanto, en fechas variables en los primeros días del mes de julio). Por lo mismo, el plazo para presentar el proyecto de Presupuesto puede extenderse hasta los primeros días del mes de enero del siguiente año.

De acuerdo con el artículo 225, las Juntas Departamentales solo pueden modificar los proyectos para aumentar los recursos o disminuir los gastos, y no pueden prestar aprobación a ningún proyecto que signifique déficit. El Tribunal de Cuentas debe dictaminar preceptivamente sobre errores en el cálculo de los recursos, omisión de obligaciones presupuestales o violación de disposiciones constitucionales o legales. En caso de que la Junta Departamental no acepte las observaciones del Tribunal, la decisión corresponde a la Asamblea General, la que actuando en ejercicio de función administrativa, debe resolver las discrepancias en el término de cuarenta días, y, si no se pronunciase expresamente, el Presupuesto se tendrá por sancionado tal como lo aprobó la Junta Departamental, que es el órgano competente de principio.

## **B. Potestad tributaria departamental**

Los Gobiernos Departamentales son titulares de la potestad tributaria, pudiendo establecer impuestos, tasas y contribuciones especiales por obras públicas departamentales. Esa potestad tributaria es ejercida por la Junta Departamental mediante decretos, a iniciativa privativa del Intendente (numeral 3º del artículo 273 de la Constitución), y recae sobre fuentes de recursos que se enuncian, en principio, en el artículo 297.

Las Juntas Departamentales pueden crear impuestos en los siguientes casos:

- Sobre la propiedad inmueble urbana y suburbana, o Contribución Inmobiliaria (numeral 1º);
- A los baldíos, y a la edificación inapropiada (numeral 2º);

- A los espectáculos públicos (numeral 6°);
- A los vehículos de transporte, o Patente de Rodados (numeral 6°);
- A la propaganda y avisos de todas clases o publicidad (numeral 7°);
- A los juegos de carreras de caballos y demás competencias con apuestas mutuas (numeral 9°).

Además son recursos de los Gobiernos Departamentales los ingresos por la Contribución Inmobiliaria sobre la propiedad rural, aunque su establecimiento corresponde al Poder Legislativo (segundo inciso del numeral 1°), a fin de uniformizar en todo el país la carga fiscal sobre la tierra productiva.

Pueden asimismo crear tasas (o tarifas y precios, aunque en estos casos no estamos ante tributos) por utilización, aprovechamiento o beneficios obtenidos por servicios prestados por el Gobierno Departamental (numeral 5°), y contribuciones especiales por mejoras -ventajas económicas de los particulares- resultantes de la ejecución de obras públicas departamentales.

Sin perjuicio de las fuentes de recursos expresamente establecidas en la Constitución, es posible crear impuestos sobre otras fuentes no previstas en el artículo 297, en caso de que la Ley así lo disponga (numeral 3°). También es posible, sin incurrir en superposición, extender la esfera de aplicación de los tributos departamentales y ampliar las fuentes sobre los que éstos pueden recaer (numeral 1° del artículo 298).

### **C. Recursos no tributarios**

Además de los ingresos por tarifas o precios como contraprestaciones por servicios departamentales a que ya nos hemos referido, normalmente existen recursos de naturaleza no tributaria. Es el caso de los beneficios de los juegos de azar que la Ley autorice (numeral 8° del artículo 297), las rentas de los bienes de propiedad de los Gobiernos Departamentales y el producto de las ventas de éstos (numeral 11), el producido de multas (numeral 10), las donaciones, herencias y legados que se le hicieren y aceptaren (numeral 12), y la cuota parte del porcentaje que, sobre el monto total de recursos del Presupuesto Nacional, fije la Ley que lo sancione (numeral 13 del artículo 297, y literal C del artículo 214 de la Constitución). Sobre este último aspecto, debe mencionarse que, hasta la reforma de 1997, esas transferencias desde el Presupuesto Nacional solo podían tener como destino la realización de obras públicas departamentales. La supresión de ese destino específico abrió la posibilidad de que tuvieran otros destinos, como la cancelación de adeudos por tarifas públicas o aportes de seguridad social, lo que se verifica mediante detracciones directas de esos recursos hacia las entidades acreedoras. Véanse los artículos 673 a 675 de la Ley N° 19.355, de 19 de diciembre de 2015 (sin

perjuicio de las sucesivas modificaciones que introduzca cada nueva Ley de Presupuesto Nacional Quinquenal).

También deben incluirse entre las transferencias desde el Presupuesto Nacional los montos resultantes de los tributos nacionales recaudados fuera de Montevideo, y destinados al desarrollo del interior del país y a la ejecución de las políticas de descentralización (numeral 2º del artículo 298 de la Constitución). Estos recursos se aplican en base a los lineamientos que apruebe la Comisión Sectorial de Descentralización mencionada en el artículo 230 de la Constitución. Véase el artículo 678 de la Ley Nº 19.355.

#### **D. Emisión de títulos de deuda pública, préstamos o empréstitos**

En rigor, la obtención de recursos mediante el endeudamiento por toma de préstamos o empréstitos debería incluirse en el apartado anterior, pues se trata de asimismo de recursos no tributarios. Tienen empero un tratamiento específico en el artículo 301 de la Constitución.

Según la previsión contenida en su segundo inciso, los Gobiernos Departamentales pueden contratar préstamos con instituciones nacionales (por ejemplo, bancos radicados en plaza), a iniciativa del Intendente, con la autorización de la Junta Departamental por mayoría absoluta de votos del total de sus componentes y dictamen (“*previo informe*”) del Tribunal de Cuentas. En caso de que el préstamo tenga un plazo de amortización (devolución o “*repago*”) que exceda el período de gobierno del Intendente, la autorización de la Junta Departamental deberá efectuarse por dos tercios de votos del total de componentes del órgano.

El primer inciso del artículo 301 tiene un contenido más complejo, pues regula tanto el procedimiento para la emisión de títulos de Deuda Pública Departamental (que se colocan en el mercado de valores), como la concertación de préstamos o empréstitos con organismos internacionales o instituciones o gobiernos extranjeros. La Junta Departamental prestará su consentimiento, previo dictamen del Tribunal de Cuentas, y con la anuencia (autorización) de la Asamblea General adoptada por mayoría absoluta del total de sus componentes. Si la Asamblea General no se pronuncia en el término de sesenta días, “*se entenderá acordada dicha anuencia*” (valor positivo del silencio). La disposición, curiosamente, no hace referencia al tipo de mayoría (simple o especial) por el que deberá pronunciarse la Junta Departamental. Parece lógico, en tal caso, aplicar los criterios establecidos en el segundo inciso (mayoría absoluta, o dos tercios) según el plazo de amortización pactado.

## **E. Régimen financiero de los Municipios**

Los Municipios carecen de potestad para sancionar sus propios presupuestos, así como de generar recursos propios. De acuerdo con el artículo 19 de la Ley N° 19.272 (cuyo numeral 1° recibió nueva redacción por el artículo 683 de la Ley N° 19.355), su gestión se financiará:

a) con las asignaciones que se les efectúen en el Presupuesto Departamental en los programas correspondientes a los Municipios (y respecto a las cuales tienen calidad de ordenadores de gastos);

b) con los recursos provenientes del Presupuesto Nacional, asignados al Fondo de Incentivo para la Gestión de los Municipios (artículo 676 de la Ley N° 19.355); y

c) con donaciones o legados.

Los Municipios, como se expresó, son ordenadores de gastos hasta el límite de su asignación presupuestal. El Tribunal de Cuentas ha interpretado, en base al tenor del texto legal, que son ordenadores especiales, no contemplados en el Texto Ordenado de la Contabilidad y la Administración Financiera del Estado (TOCAF). Debe señalarse que, para que se forme la voluntad del órgano Municipio en esta materia, la mayoría del órgano debe estar necesariamente integrada por el Alcalde (numeral 3° del artículo 12 de la Ley N° 19.272).

## **5.7. Impugnación de los actos de los Gobiernos Departamentales**

Los actos jurídicos, tanto administrativos como legislativos, emanados de los órganos de los Gobiernos Departamentales, pueden ser objeto de impugnación por quienes se entiendan perjudicados por sus efectos. Podemos distinguir así los siguientes institutos y procedimientos de impugnación:

A) Recursos administrativos;

B) Planteos de inconstitucionalidad de los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción;

C) El recurso de apelación contemplado en el artículo 300 de la Constitución;

D) El recurso de apelación contemplado en el artículo 303 de la Constitución;

E) Referéndum departamental.

## **A. Recursos administrativos**

De conformidad con el cuarto inciso del artículo 317 de la Constitución, los recursos contra los actos administrativos de los Gobiernos Departamentales

reciben los nombres de reposición y apelación, y deben interponerse “*en la forma que determine la ley*”.

Las normas específicas en tal sentido son los incisos quinto y sexto del artículo 4º de la Ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987. En los hechos los recursos mencionados tienen el mismo régimen, y se interponen en forma análoga, a los recursos de revocación y jerárquico ante actos de órganos de la Administración Central o de los entes descentralizados: recurso de reposición ante el órgano que emitió el acto, y en caso de que éste estuviese sometido a jerarquía, recurso de apelación en forma conjunta y subsidiaria ante el jerarca máximo (Intendente o Junta Departamental). Como ya se ha expresado, es la solución prevista además para los Municipios en el artículo 17 de la Ley N° 19.272.

## **B. Planteo de inconstitucionalidad de los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción**

Los decretos que sancionan las Juntas Departamentales son actos legislativos, con “*fuerza de ley en su jurisdicción*” (artículo 260 de la Constitución); es decir, en el territorio del respectivo Departamento, y en las materias departamental y municipal. Pueden ser declarados inconstitucionales en caso de que contravengan formal o materialmente a la Constitución.

La impugnación se concreta en un procedimiento jurisdiccional, con sujeción y con los efectos previstos en los artículos 256 a 261 de la Constitución y los artículos 508 a 523 del Código General del Proceso.

## **C. El recurso de apelación contemplado en el artículo 300 de la Constitución**

En esta disposición constitucional se regula la presentación de un recurso, cuya legitimación corresponde en exclusiva al Poder Ejecutivo. Éste podrá, por razones de interés general, apelar ante la Cámara de Representantes, los decretos de los Gobiernos Departamentales que crean o modifican impuestos, lo que deberá efectuar dentro de los quince días de la publicación de aquéllos en el Diario Oficial. La finalidad, no explicitada en la disposición, es la búsqueda de la armonización entre la política impositiva nacional y las departamentales.

La Cámara de Representantes tiene sesenta días, desde que reciba los antecedentes del caso, para resolver. Si no decide expresamente en ese término, el recurso se considerará desestimado.

El término de sesenta días podrá interrumpirse, por una sola vez, en caso de que dentro de los quince días siguientes al conocimiento de la impugnación, la Cámara solicite antecedentes complementarios.

La presentación de la apelación tiene efectos suspensivos sobre el acto objeto de la impugnación.

#### **D. El recurso de apelación contemplado en el artículo 303 de la Constitución**

El objeto de esta impugnación recae sobre decretos de la Junta Departamental, o resoluciones del Intendente, contrarios a la Constitución y a las Leyes, pero no susceptibles de ser impugnadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (por ejemplo, por carecerse de la legitimación necesaria para acudir ante ese Tribunal). Deberán ser impugnados ante la Cámara de Representantes dentro de los quince días de su promulgación. El recurso puede ser interpuesto por: a) un tercio del total de miembros de la Junta Departamental respectiva, o b) mil ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico departamental.

La Ley N° 18.045, de 28 de octubre de 2006, reguló los requisitos de admisibilidad de este recurso.

La interposición del recurso tiene efecto suspensivo, excepto en caso de que hubiera sido interpuesto por al menos mil ciudadanos inscriptos en el Departamento y tuviese por objeto un decreto de la Junta Departamental que hubiese aumentado las rentas departamentales.

El trámite subsiguiente es similar al del recurso previsto en el artículo 300, verificándose su denegatoria ficta en caso de que la Cámara de Representantes no se pronuncie dentro de los sesenta días de recibido.

#### **E. Referéndum departamental**

El artículo 304 de la Constitución establece que la ley, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, reglamentará el referéndum como recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales.

La Corte Electoral (actualmente en posición dividida) y la doctrina opinan que la regulación del referéndum se halla en los artículos 74 a 77 de la Ley N° 9.515. Entiendo, en cambio, que ha habido una derogación parcial de esas disposiciones, por oposición superviniente al texto constitucional, pues en la redacción original de la ley se preveía igualmente el recurso de referéndum contra resoluciones de las Juntas Departamentales (y no solamente decretos, como establece el texto constitucional desde la reforma de 1952).

Podrá entablar un recurso de referéndum un quinto (el 20 %) de los ciudadanos inscriptos en el Departamento. Debe presentarse ante el Intendente, con las firmas de los ciudadanos adherentes, dentro de los cuarenta días siguientes a la publicación del decreto. El referéndum deberá celebrarse pasados treinta días, y dentro de los sesenta días siguientes a la

fecha de la presentación ante el Intendente. La organización del referéndum corresponde a la Junta Electoral del Departamento respectivo (la que previamente, pese a que nada expresa la ley, debe verificar la presentación de las firmas de los impulsores del recurso). La votación se hará por sí o por no, y su resultado, una vez proclamado, tendrá efecto inmediato.

La presentación del recurso de referéndum tiene efecto suspensivo respecto al decreto impugnado, salvo que los recurrentes soliciten que el referéndum se realice junto con la más próxima elección, en cuyo caso no tendrá efecto suspensivo.

También puede entablarse el recurso de referéndum cuando la Junta Departamental desestimase en forma expresa o ficta el contenido de una iniciativa popular ante la misma (artículo 305 de la Constitución, y, en cuanto al referéndum subsiguiente, artículo 79 de la Ley N° 9.515).

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿A partir de qué momento histórico puede hablarse de autonomía departamental?
2. Partiendo de las características de los Gobiernos Departamentales, ¿cuáles serían sus principales diferencias en relación a los Entes Autónomos?
3. ¿Cuáles son los órganos de los Gobiernos Departamentales de existencia necesaria?
4. ¿En qué materias pueden legislar las Juntas Departamentales?
5. ¿Pueden los Gobiernos Departamentales limitar el ejercicio de los derechos fundamentales?
6. ¿Cuáles son los principales rasgos del régimen municipal existente desde el año 2010?
7. ¿Cuáles son los medios de impugnación de los Decretos Legislativos Departamentales?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

CAGNONI, José Aníbal (1979), *Las regiones y la descentralización territorial*, F.C.U., Montevideo.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (2010), *Sobre el régimen legal de las autoridades locales y sus inconstitucionalidades*, en *Revista de Derecho Público*, N° 39, pág. 40 (texto y nota 2).

MARTINS, Daniel Hugo (1978), *El Municipio contemporáneo*, F.C.U., Montevideo.

MARTINS, Daniel Hugo (1999), *El Gobierno y la Administración de los Departamentos*, Ingranusi, Montevideo.

MARTINS, Daniel Hugo (2003), El Gobierno y la Administración de los Departamentos, Tomo II, Ingranusi, Montevideo.

PRAT, Julio A. (1982), Derecho Administrativo, Tomo V, Volumen 2, Acali, Montevideo.

ROTONDO, Felipe (2014), Manual de Derecho Administrativo, Montevideo.

SAYAGUÉS LASO, Enrique (1974), Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina (1990), Algunas reflexiones acerca de los criterios aplicables a la solución de antinomias entre ley nacional y acto legislativo departamental, en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo III, F.C.U., Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina (1999), Limitaciones administrativas al derecho de propiedad privada, en Revista de Derecho Público, N° 16, Montevideo, 1999

VÁZQUEZ, Cristina (1997), Capítulos VI y VII de La Reforma Constitucional de 1997, FCU, Montevideo

<<https://www.municipios.gub.uy/municipios>>.

# Capítulo VI

## Otras Personas Públicas y Entidades Instrumentales

### 1. Las Personas Públicas No Estatales

#### 1.1. Definición

Las Personas Públicas No Estatales (también llamadas personas de Derecho Público no estatal y, en ocasiones, con imprecisión, entes paraestatales) son una categoría de personas jurídicas creadas por Ley para cumplir cometidos públicos, pero que, claramente, no son susceptibles de ser encuadradas como Entes Autónomos o Servicios Descentralizados.

A nivel constitucional pueden distinguirse cuatro clases de personas jurídicas estatales, las que, en su conjunto, resultan abarcadas por la noción de Estado, en el sentido amplio de la expresión. Ellas son: el Estado (en sentido restringido, como *“persona jurídica pública mayor”* por oposición al resto; es el Estado central o nacional), los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados, y los Gobiernos Departamentales. Junto, o al margen de estas cuatro categorías, se produjo la aparición, por expresa creación legal, de otras personas jurídicas con cometidos públicos específicos, y características peculiares en cuanto a su régimen de organización y funcionamiento.

Sin perjuicio de lo que se analiza en el punto siguiente, en las décadas de 1920 y 1930 se crearon por Ley algunas personas jurídicas que no se ajustaban a las previsiones del artículo 100 de la Constitución de 1918, o a las contenidas en la Constitución de 1934 respecto a los entes funcionalmente descentralizados.

Aunque la categoría de las Personas Públicas no Estatales está firmemente establecida, su constitucionalidad ha sido objeto de debate. No están expresamente reconocidas por la Constitución, pero parte importante de la doctrina iuspublicista entiende que tienen asidero en el artículo 191 de la Constitución, en la referencia que allí, tras la mención de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, se efectúa a *“todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza”*. La consolidación de la categoría se debe al trabajo doctrinal de Enrique Sayagués Laso, y ha sido confirmado por la jurisprudencia nacional (SAYAGUÉS LASO, Enrique, 1988).

Sobre la base de considerar a las Personas Públicas no Estatales como administraciones autónomas con patrimonio propio, más allá de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, podemos reconocer que nuestro constituyente, a partir de la reforma de 1952, incorporó a las Personas Públicas no Estatales dentro del marco de entidades que pueden desarrollar actividades de interés público, otorgando un manto de juridicidad sobre estas instituciones (CASINELLI MUÑOZ, Horacio, 1992)

Ahora bien, esta previsión constitucional del artículo 191, no es la única que deberá considerar el legislador a la hora de crear una Persona Pública no Estatal, en tanto como sabemos, no todas las actividades públicas podrán adoptar cualquier forma jurídica, siendo que dicho aspecto fue especialmente regulado por el constituyente.

En efecto y como señala el artículo 186 de la Constitución, las actividades de *“Correos y Telégrafos, Administraciones de Aduanas y Puertos y la Salud Pública”* necesariamente tendrán que organizarse en la forma de actividades bajo la órbita del Poder Ejecutivo o, por el contrario, de Servicios Descentralizados (CAJARVILLE, Juan Pablo, 2012). Otro tanto sucede con las actividades previstas como correspondientes a los Poderes del Estado y los órganos de control, al Banco de Previsión social y al Banco Central del Uruguay, así como todas las actividades de enseñanza pública, que se encuentran reguladas en el artículo 202 de la Constitución.

Definidos entonces su conceptualización y encuadre constitucional, pasemos a analizar brevemente la historia de estas personas jurídicas, para luego tratar aquellas características generales que nos permiten distinguir la categoría de las Personas Públicas no Estatales, de todas las otras posibles personas jurídicas que hemos enunciado.

Las Personas Públicas no Estatales son **personas jurídicas reguladas primordialmente por el Derecho público** y que **se crean por Constitución o Ley** a para desarrollar **actividades de interés general**, pero que **no forman parte de la estructura del Estado en sentido estricto o amplio**.

## 1.2. Origen, evolución y actividades que asumen en nuestro país

A la hora de analizar el origen de las Personas Públicas no Estatales en nuestro país, encontramos que se trata de una categoría que se fue desarrollando con el paso del tiempo y a medida que la jurisprudencia y doctrina -en particular al influjo de la definición que de ellas hizo Sayagués Laso- comenzaron a identificar instituciones que no se ajustaban cabalmente

a las definiciones clásicas de personas públicas estatales o de personas privadas.

En ese sentido, ya desde la década de 1930 y en el marco de un proceso de reconocimiento legislativo, comenzaron a surgir un conjunto de entidades tales como el Frigorífico Nacional (1928), la hoy conocida Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias (1935) y CONAPROLE (1935).

Tal como señalara Cagnoni (CAGNONI, José Aníbal, 1992), fruto de ese impulso y en el marco del reconocimiento de la trascendencia de los servicios sociales como una actividad de marcado interés público, entrada la década de 1940 y hasta fines de la década de 1960, tuvo un gran auge la creación de numerosas Cajas de seguridad social y Comisiones honorarias de asistencia médica (destacándose especialmente la Caja Notarial de Jubilaciones y Pensiones, creada por Ley N° 10.062, de 1941, la Caja de Jubilaciones y Pensiones de los Profesionales Universitarios, creada por Ley N° 12.128, de 1954, entre otras que aún mantienen su existencia).

Tal como señala Delpiazzo (DELPIAZZO, Carlos, 2009), es también en este período en que se crean dos importantes institutos que en la actualidad poseen una relevante gestión, como lo son el Laboratorio Tecnológico del Uruguay – LATU- (entonces llamado Laboratorio de Análisis y Ensayos, creado por Ley N° 12.803, de 1960) y el Fondo para la Erradicación de la Vivienda Insalubre Rural – MEVIR-, por Ley N° 13.640, de 1967.

Este impulso sufre una fuerte retracción a partir de la década de 1970 y en particular a raíz del golpe de Estado de 1973. Varias de las Cajas y Comisiones administradoras de seguros de enfermedad e invalidez son intervenidas por el Estado y sus actividades se ingresan en la órbita estatal.

Sin perjuicio de ello, algunas como las Cajas Profesional, Notarial y Bancaria sobreviven este período -bajo la regulación del Acto Institucional N° 9-, así como también CONAPROLE. Vale igualmente tener presente que, durante este período, se crean también algunas Personas Públicas no Estatales que tienen aún amplia vigencia, tales como el Fondo Nacional de Recursos (creado por Decreto-ley N° 15.617, de 1984) y se reconoce como tal al Instituto Nacional de Carnes - INAC-, mediante Decreto N° 730/973.

A partir del retorno a la democracia en el año 1985, se produce un nuevo auge en la creación de Personas Públicas no Estatales, en gran medida por intención del propio Estado de asumir un conjunto de actividades, pero fuera del aparato estatal.

Es en este marco que se crearon decenas de nuevas Personas Públicas no Estatales durante los últimos años del pasado siglo y los primeros del presente, destacándose entre otras tantas, la Corporación Nacional para el Desarrollo (1985), el Instituto Nacional de Vitivinicultura (1987), el Instituto

Nacional de Investigación Agropecuaria (1989), la Comisión Honoraria de Lucha contra el Cáncer (1989), el Fondo de Solidaridad (1994), la Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales – IMPO (1996), la Administración del Mercado Eléctrico (1997) y; en los últimos tiempos debemos destacar la reforma de las Cajas Profesional, Notarial y Bancaria, el Instituto Nacional de Calidad (2005), la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (2006), el Centro Uruguayo de Imagenología Molecular (2007), la Corporación para la Protección del Ahorro Bancario (2008), el Instituto Nacional del Cooperativismo (2008), el Colegio Médico del Uruguay (2009), el Centro Ceibal para el Apoyo a la Educación a la Niñez y la Adolescencia (2010) y el Instituto de Regulación y Control del Cannabis (2013), entre otros.

### 1.3. Caracteres de las Personas Públicas No Estatales

Habiendo definido entonces a las Personas Públicas no Estatales y teniendo una línea general sobre la evolución que han tenido las mismas en Uruguay, corresponde ahora que abordemos los caracteres principales de estas instituciones, esto es, aquellos rasgos definitorios que hacen a este tipo de personas jurídicas.

En este sentido, como hemos visto, las actividades desarrolladas no constituyen por sí mismas un rasgo que defina a las Personas Públicas no Estatales, en la medida que los diferentes cometidos que éstas asumen pueden ir desde aspectos tan variados como la seguridad social, contralor de actividades agropecuarias, regulación del mercado eléctrico, promoción de inversiones o prestación de servicios médicos o sanitarios.

Siguiendo las enseñanzas de Sayagués Laso, nuestra doctrina ha analizado en profundidad los caracteres de las Personas Públicas no Estatales. Basándonos en su original definición de caracteres comenzaremos a enumerar y detallar los mismos:

- En primer lugar, las Personas Públicas no Estatales se determinan mediante **creación por ley**. En ese sentido, su creación debe ser mediante norma legislativa nacional, la que será quien determinará la organización, cometidos y atribuciones de la Persona Pública no Estatal. Tal como señalaba décadas atrás Sayagues Laso y aunque hoy en día no resultaría prácticamente posible, podría darse la situación en que Personas Públicas no Estatales no hubieran sido creada por ley, pero sí sería necesario que una ley posterior autorice su funcionamiento y organización.

Sobre este punto, debe tenerse presente, además, que únicamente podrá ser la ley la que confiera a las Personas Públicas no Estatales, poderes públicos de actuación, tales como fiscalización de privados o cobro coactivo de tributos, en particular aquellos vinculados a aportes de seguridad social.

- En segundo término y en consonancia con lo anterior, otro de los elementos particulares radica justamente en el **poder coactivo** que poseen las Personas Públicas no Estatales en muchos casos, tanto en lo que puede referir a la afiliación obligatoria, contribuciones especiales o integraciones. Los casos paradigmáticos en este sentido los constituyen las Cajas de seguridad social, tales como las mencionadas Caja Notarial, de Profesionales Universitarios y Bancaria.

- En tercer lugar, debemos tener presente la **participación estatal en su órgano de dirección**, juntamente con interesados en la materia asignada a la persona. Esta participación podrá ser minoritaria o mayoritaria, dependiendo del caso y de lo que prevea la ley respectiva que cree la Persona Pública no Estatal.

- En cuarto lugar y ligado al aspecto señalado, esta participación Estatal se traduce en un **control especial del Estado**. Naturalmente, ese control radica en la especial actividad que desarrollan estas entidades y será más o menos intenso, dependiendo de los diversos casos, además del cumplimiento obligatorio de sus cometidos, siendo la ley de creación la que fije los mecanismos de control. Como veremos luego, existen normas generales de control aplicables a todas las Personas Públicas no Estatales, tales como rendición de cuentas (artículo 159 del TOCAF), con una activa participación en la revisión de sus estados contables por parte del Tribunal de Cuentas.

- En quinto término y como ya indicáramos en la conceptualización, las Personas Públicas no Estatales **desarrollan cometidos y actividades de interés público**. Si bien como vimos sus cometidos son sumamente variados, en todos los casos estaremos ante personas que desarrollan actividades de interés público. No cabe duda de que, en algunos casos, ese interés público será más intenso, como sucede con los casos de entidades de seguridad social. Su definición estará dada en la ley que las crea, aunque podría darse la situación de que otras entidades estatales asignen cometidos en base a normas reglamentarias. Ejemplo de ello es el caso de la Comisión Honoraria para la Lucha Antituberculosa, en la cual se prevé que el Ministerio de Salud Pública pueda asignar otros cometidos además de los previstos en su ley de creación (Ley N° 16.736).

- De todo lo expresado, surge una sexta característica de las personas públicas no estatales y está dado por el **sometimiento al Derecho público**. Sobre este punto, Cajarville ha señalado *“Depende de Derecho público su propia existencia; su existencia no depende de la voluntad de los particulares, como el caso de las personas de Derecho privado, depende de la voluntad del Estado, quien con un acto de imperio, a través de una ley, dispone que existan; es el Estado además quién les atribuye cometidos de interés público, y les impone el deber de cumplirlos. Todo eso hace que estas*

*personas, a pesar de que en aspectos tan importantes se rigen por Derecho privado, siguen siendo sustancialmente personas de Derecho Público.”*

- Otra de las características más salientes de las personas públicas no estatales y que constituye el séptimo de los caracteres que estamos manejando, guarda relación con el **régimen patrimonial, presupuestal y financiero**. Al respecto, si bien como vimos se trata instituciones que realizan actividades sumamente variadas, en general sus fondos provienen de fuentes públicas, sea a través de la percepción de tributos, sea a través de transferencias desde Rentas Generales. Este aspecto ha llevado al legislador a establecer un régimen de control más intenso que el que sucede con entidades privadas. En particular, para el caso de las Personas Públicas no Estatales, el artículo 159 del TOCAF ha previsto que éstas tendrán que llevar su contabilidad de acuerdo con lo que realizan las personas estatales, debiendo además presentar su presupuesto anual ante el Ministerio con el que se vinculen con la Administración Central antes del 30 de abril de cada ejercicio.

En el marco de este carácter, debemos además tener presente que, de principio, a las Personas Públicas no Estatales, no les resultan aplicables las previsiones en materia de procedimientos de contratación administrativa dispuestos en el TOCAF para las entidades estatales (de conformidad con el artículo 2º del TOCAF), sin perjuicio de la referencia respecto a los estados contables antes indicada.

- En lo que hace al **capital humano** de las Personas Públicas no Estatales, encontramos una octava característica de éstas. En efecto, su personal, y a diferencia de lo que sucede con las entidades estatales, no puede considerarse que se trate de funcionarios públicos, razón por la cual en principio les resulta aplicable el régimen laboral privado.

Ahora bien, esta máxima no resulta absoluta, en tanto en materia penal, a través del artículo 175 del Código Penal, el legislador ha abarcado en el concepto de funcionario público también a aquellas personas que trabajan en las Personas Públicas no Estatales. Este aspecto determina que sus empleados sean sujetos pasivos de los delitos contra la Administración definidos en el Código Penal.

- Finalmente, la novena y última de las características de estas instituciones, tiene que ver con el **régimen para impugnar sus decisiones**. Partiendo de la base de que sus decisiones no tienen la naturaleza de actos administrativos, en tanto no se trata de entidades actuando en función administrativa, no resulta aplicable a éstas los recursos administrativos e impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sin perjuicio de ello, en general, se prevé en las leyes de creación la existencia de un recurso interno contra las decisiones que adoptan y luego la

posibilidad de impugnación jurisdiccional ante un Tribunal de Apelaciones en lo Civil.

Caracteres de las Personas Públicas no Estatales:

- **Creación por ley.**
- **Poder coactivo**, que se traduce en potestad para el cobro de tributos y sanciones, así como afiliación obligatoria.
- Participación **estatal en la dirección**, junto con los interesados en la actividad desarrollada.
- **Control especial por parte del Estado.**
- **Desarrollo de cometidos y actividades de interés público.**
- **Sometimiento al Derecho público.**
- **Especial régimen patrimonial, presupuestal y financiero.**
- Sus empleados **no son funcionarios públicos.**
- **Sus actos no son actos administrativos** y se prevén **regímenes especiales para su impugnación.**

## 1.4. Conclusiones

Habiendo definido el concepto de las Personas Públicas no Estatales, el reconocimiento de las mismas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así como su evolución y desarrollo y, en especial, los caracteres principales que éstas poseen, corresponde culminar el punto con un breve comentario referente a las razones o motivos que pueden determinar que una actividad sea desarrollada a través de la creación de una Persona Pública no Estatal o, como concibe Cajarville, qué aspectos hacen a la definición de estatalidad o no de una institución.

Sobre ese punto, Cajarville ha indicado que la estatalidad *“no consiste en ninguna característica ontológica de una entidad; consiste simplemente en un régimen jurídico a que una organización está sometida por la propia Constitución o por la ley en el marco que aquella le permita. Las demás entidades no sometidas a ese régimen pueden recibir de la ley una regulación que contenta potestades o sujeciones exorbitantes al Derecho privado siempre que no se lesione un principio de igualdad, y entonces serán públicas aunque no estatales, o pueden quedar sujetas al Derecho privado”*.

Lo indicado por Cajarville nos da una guía clara respecto a las actividades y la creación de una Persona Pública no Estatal. En tal sentido y como vimos, el legislador podrá determinar que una actividad determinada sea realizada por una entidad estatal, una entidad pública no estatal o en definitiva por privados mediante diferentes formas jurídicas, siempre con los

límites impuestos por el constituyente respecto a las actividades que deberán sí o sí desarrollarse por el propio Estado.

La determinación de que una actividad sea desarrollada a través de una Persona Pública no Estatal estará a la definición político-institucional que el legislador entienda pertinente, siempre respetando las disposiciones y frenos dispuestos específicamente en nuestra Constitución.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Cómo se definen y qué diferencias sustanciales existen entre las Personas Públicas no Estatales y aquellas que conforman el aparato estatal?
2. ¿Puede considerarse que las Personas Públicas no Estatales tienen reconocimiento en nuestra Constitución?
3. ¿Cómo ha sido la evolución de las Personas Públicas no Estatales en nuestro país?
4. ¿Cuáles son las características principales de las Personas Públicas no Estatales?
5. ¿Qué límites existen para la creación de Personas Públicas no Estatales en nuestro país?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

CAGNONI, José Aníbal, 1992, Evolución del régimen jurídico de las Personas Públicas no Estatales, en RUDP N° 1, FCU, Montevideo, 1992.

CAJARVILLE, Juan Pablo, 2012, Sobre Derecho Administrativo – Tomo I, FCU, Montevideo.

CASINELLI MUÑOZ, Horacio, 1992, Las Personas Públicas No Estatales y la Constitución, en RUDP N° 1, FCU, Montevideo.

DELPIAZZO, Carlos, 2009, Derecho Administrativo Especial - Tomo I, AMF, Montevideo.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 1988, Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II, FCU, Montevideo.

## **2. Sociedades de Economía Mixta y otras figuras asociativas, entidades instrumentales. Contratos de PPP**

### **2.1. Introducción**

Tal como hemos analizado anteriormente, además del reconocimiento de las personas jurídicas del Estado (en sentido restringido, como “*persona jurídica mayor*”), los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales, desde hace varias décadas se ha comenzado a

producir en nuestro ordenamiento -en algunos casos por previsión legal y en otros al margen de previsiones normativas específicas- la creación de otra clase de personas jurídicas y formas de prestación de servicios de interés público que escapen de las organizaciones tradicionales centralizadas y descentralizadas y personas jurídicas dentro del aparato estatal.

En el capítulo anterior analizamos el caso de las Personas Públicas no Estatales. En el presente, abordaremos un conjunto variado de formas en las cuales el Estado, en su sentido amplio, participa en actividades de interés público. No será en este caso por intermedio de la prestación directa por parte de entidades estatales, sino a través de otras formas asociativas que podemos identificar como mucho más cercanas al Derecho privado.

En primer lugar, abordaremos el caso de las sociedades de economía mixta, las que poseen un reconocimiento expreso en la Constitución a través del artículo 188. Posteriormente veremos los casos de sociedades anónimas y formas asociativas típicamente privadas, pero con participación del Estado, para finalizar analizando los casos de participación público privada y los fideicomisos públicos.

## 2.2. Sociedades de Economía Mixta

Tal como ha señalado Sayagués Laso (SAYAGUÉS LASO, 2010), las sociedades de economía mixta **son instituciones cuyo capital se integra con aportes de personas públicas y privadas y en cuya participación participan unas y otras.** Estas dos características (capital y dirección mixta) presentan los puntos esenciales que definen la existencia de este tipo de sociedades.

Si bien se trata de un tipo de instituciones que han tenido escasa aplicación en nuestro Derecho, a diferencia de los otros casos que veremos y también respecto a las Personas Públicas no Estatales, se trata de un tipo de organización que se encuentra especialmente regulada en nuestra Constitución, a través del artículo 188 de la misma:

Artículo 188:

*“Para que la ley pueda admitir capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de los Entes Autónomos o de los Servicios Descentralizados, así como para reglamentar la intervención que en tales casos pueda corresponder a los respectivos accionistas en los Directorios, se requerirán los tres quintos de votos del total de los componentes de cada Cámara.*

*El aporte de los capitales particulares y la representación de los mismos en los Consejos o Directorios nunca serán superiores a los del Estado.*

*El Estado podrá, asimismo, participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados, cuando concurra para ello el libre*

*consentimiento de la empresa y bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes.*

*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. Sus representantes se regirán por las mismas normas que los Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.*

*Las disposiciones de este artículo no serán aplicables a los servicios públicos de agua potable y saneamiento.”*

Tal como surge de la lectura del artículo transcrito, se prevén dos modalidades de sociedades de economía mixta en nuestro país. Éstas se corresponden, por un lado, con los primeros dos incisos del artículo, que refieren a las llamadas “*sociedades de economía mixta de Derecho público*”, al tiempo que los incisos tercero y cuarto prevén las llamadas “*sociedades de economía mixta de Derecho privado*” (DELPIAZZO, 2009). Finalmente, el último inciso agregado en la reforma constitucional del año 2004, prevé la imposibilidad de implementación para los casos de servicios públicos de agua potable y saneamiento.

**Las sociedades de economía mixta pueden ser de Derecho público o de Derecho privado, ello dependerá de si son los particulares los que intervienen en la organización estatal o, por el contrario, es el Estado el que interviene en una organización privada.**

Vale tener presente que el texto del actual artículo 188 de la Constitución fue incorporado paulatinamente en la Carta. En efecto, los dos primeros incisos del artículo, que regulan las “*sociedades de economía mixta de Derecho público*”, fueron incorporados en la Constitución de 1934, mientras que los incisos tercero y cuarto lo fueron más de treinta años después, en la reforma constitucional del año 1966.

### **A. Sociedades de economía mixta de Derecho público**

Como surge de los **incisos primero y segundo del artículo 188 de la Constitución**, en este caso estamos frente a una entidad descentralizada (Ente Autónomo o Servicio Descentralizado), en la cual se realiza aporte de capital privado. Dicho aporte de capital particular así como la representación del mismo en los Consejos o Directorios nunca serán superiores a los del Estado.

La Constitución no prevé el mecanismo por el cual se produce ese aporte de capital, dejando un margen amplio para su instrumentación.

En todos los casos, se requerirá una ley que autorice la participación de privados, la que deberá ser aprobada por una mayoría especial de tres quintos de votos del total de los componentes de cada Cámara.

## **B. Sociedades de economía mixta de Derecho privado**

A diferencia del caso anterior, en el caso regulado en los **incisos tercero y cuarto del artículo, se prevé que el Estado participa en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados.**

Como vemos, se plantea una diferencia sustancial con el caso anterior, en tanto es el Estado el que ingresa en la organización privada y no es el privado el que participa en la organización estatal. Y se requiere que concurra para ello el libre consentimiento de la empresa y que se lo haga bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes.

Un aspecto sumamente interesante sobre este caso tiene relación con el concepto de “*Estado*” que se encuentra comprendido en el tercer inciso del artículo 188. Tal como señala Delpiazzo (DELPIAZZO, 2009), la interpretación del concepto de Estado de dicho inciso debe tener como referencia a la persona jurídica mayor y no a cualquier entidad estatal.

A esta solución se debe arribar en base a que la referencia constitucional es al “*Estado*”, que debe considerarse como la persona pública mayor, al tiempo que la participación de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no requeriría una previsión constitucional expresa, ya que, en principio, los mismos podrían realizar todas aquellas actividades que se encuentren dentro del giro competencial asignado por la ley, tal como establece el artículo 190 de la Constitución.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar que ésta no ha sido la interpretación que ha adoptado el legislador en los casos en que se han implementado estos incisos, como ha ocurrido en el caso de PLUNA.

Debe tenerse presente finalmente que, en estos casos de sociedades de economía mixta de Derecho privado, la constitución prevé también la aprobación por ley, pero a diferencia del caso anterior, no se requiere una mayoría especial de dos tercios, sino una mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara.

### **2.3. Sociedades de Capital Estatal**

Más allá de los casos de sociedades de economía mixta que hemos visto anteriormente, en las últimas décadas en nuestro país se ha producido una importante expansión de actividades de interés público, que son realizadas directamente por sociedades comerciales y, en particular, sociedades anónimas.

Dichas entidades pertenecen, en naturaleza jurídica y características, al Derecho privado y, en especial, al Derecho comercial, regulándose en sus aspectos formales de acuerdo con las previsiones de la legislación comercial y, particularmente, la Ley N° 16.060.

Ahora bien, y como dijimos, sin perjuicio de esos aspectos, **se trata de sociedades comerciales sobre las cuales recaen actividades propiamente de interés público, que manejan fondos públicos y cuyo control societario corresponde a entidades estatales**, sobre todo Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado.

En tal sentido, en las últimas décadas han sido creadas decenas de sociedades anónimas en nuestro país cuyas acciones pertenecen a Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, en forma total, o incluso también con participación de otras entidades privadas o sociedades comerciales.

**Este fenómeno determina un cambio sumamente importante en la gestión de las actividades públicas, en tanto tratándose de sociedades anónimas, su régimen patrimonial, funcional e impugnativo, escapa de la órbita del Derecho público, rigiéndose por las normas del Derecho civil, comercial y laboral aplicables a este tipo de organizaciones.**

En ese sentido, no resultan aplicables a las sociedades anónimas de capital estatal (tal como sucede con las Personas Públicas no Estatales), las previsiones del TOCAF en materia de contratación administrativa, así como el régimen recursivo previsto en nuestra Constitución para las entidades estatales, en tanto éstas como entidades privadas no emiten actos administrativos.

**Las sociedades anónimas de capital estatal no se rigen por las normas propias del Derecho público, sino que lo hacen por las normas de Derecho privado (civil, comercial y laboral). No resulta aplicable tampoco el régimen de recursos administrativos y de contratación administrativa previsto en el TOCAF. Se trata de un fenómeno de gran crecimiento, existiendo decenas de casos de sociedades comerciales con participación total o parcial de entidades estatales.<sup>8</sup>**

---

<sup>8</sup> A los efectos de verificar cada sociedad comercial y la participación de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, resulta de gran claridad el análisis realizado por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, cuyos detalles pueden analizarse en: <https://transparenciapresupuestaria.opp.gub.uy/inicio/datos-abiertos/sociedades-an%C3%B3nimas-en-que-participan-eepp>

Este planteamiento nos lleva directamente al análisis de si la creación y participación de entidades públicas en este tipo de organizaciones, se encuentran contempladas en nuestra Constitución y, en particular, si los diferentes organismos públicos -y en especial los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados- pueden crear o constituir sociedades anónimas y desarrollar actividades de interés público a través de este tipo de organizaciones.

En tal sentido, debemos tener presente que nuestra doctrina ha tenido posiciones discordantes respecto a si resulta ajustado que Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, constituyan y participen en sociedades anónimas. Vale igualmente tener presente que, en numerosos dictámenes, el Tribunal de Cuentas ha entendido que resulta jurídicamente ajustada esta posibilidad.

Ahora bien, ¿dónde podemos encontrar el fundamento normativo de esta posibilidad? Al respecto, debemos tener presente que el **artículo 190 de la Constitución** dispone que: *“Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente les asignen las leyes, ni disponer de sus recursos para fines ajenos a sus actividades normales.”*. Esta previsión constitucional plantea un primer marco para la actuación de los entes y servicios, pautando el principio de especialidad, el que limita la actuación de las entidades públicas a aquellas áreas que las leyes dispongan.

Por lo expresado y en atención al principio referido, ninguna entidad estatal -y en especial Entes autónomos y Servicios descentralizados- podrá constituir o participar en sociedades comerciales cuyo objeto sea ajeno al que preceptivamente disponen las leyes.

Además de la previsión constitucional referida, numerosas leyes han ido reconociendo la posibilidad de que Entes Autónomos y Servicios Descentralizados creen o participen en sociedades comerciales dentro de su giro. A título de ejemplo, la Ley N° 18.716, en su artículo 13 numeral 19, autoriza al Banco de la República Oriental del Uruguay a *“adquirir acciones de sociedades, anónimas, constituir las o participar en ellas, al igual que en sociedades comerciales de otra naturaleza...”*. En esa misma línea la Ley N° 16.211 autoriza a ANTEL a participar en sociedades comerciales, así como a UTE a asociarse en forma accidental o permanente con otras entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, así como contratar o subcontratar con ellas la complementación de sus tareas.

Debemos tener presente además que, además de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, también los Gobiernos Departamentales pueden participar en este tipo de organizaciones. Así se ha previsto especialmente en la Ley N° 18.093, que autoriza a los Gobiernos Departamentales *“a adoptar todas las formas jurídicas necesarias para acordar entre sí,*

*o con el Poder Ejecutivo, entes autónomos o servicios descentralizados, la organización y prestación de servicios y actividades propias y comunes, tanto en sus respectivos territorios como en la forma regional o interdepartamental*<sup>9</sup>.

En conclusión, como señalan PINTO y ZAK (PINTO, 2010) el surgimiento de sociedades comerciales en las cuales los organismos estatales participan en forma total o parcial, es un fenómeno relativamente reciente, que ha tenido una gran expansión en las últimas décadas en nuestro país. En general, se trata de sociedades anónimas cuya participación y control corresponden a Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y que conforman una suerte de grupo empresarial en torno al ente o servicio. Los casos de ANCAP, UTE, BROU y ANTEL resultan muy claros respecto a este fenómeno, contando todas estas administraciones públicas con varias sociedades anónimas vinculadas.<sup>9</sup>

El aspecto central y que resulta relevante a efectos del Derecho administrativo, se encuentra en el hecho de que, **a través de estas organizaciones, se gestionan un sinnúmero de actividades de interés general, con buenos resultados en muchos casos, pero sin aplicación de las normas propias de todas las entidades estatales en materia de control, presupuesto y régimen funcional y de impugnación.**

## **2.4. Fideicomisos Públicos**

El fideicomiso es una forma jurídica de larga data en el Derecho que, en sus orígenes, proviene del Derecho romano, a su vez con una gran tradición en el Derecho anglosajón durante siglos. Sin embargo, en Uruguay es una figura jurídica relativamente nueva, en tanto su implementación tiene menos de 20 años y se produce a partir de la aprobación de la Ley N° 17.703 de 27 de octubre de 2003.

Dicha ley regula en profundidad la figura del fideicomiso, sin perjuicio de que no define en ningún pasaje al fideicomiso público, más allá de la referencia específica del artículo 3° a fideicomisos de inversión departamental.

Corresponde, en primer término, definir al fideicomiso, siendo sumamente claro al respecto el artículo 1° de la referida ley:

*“El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en*

---

<sup>9</sup> Para ver un detallado análisis sobre las sociedades anónimas de capital estatal: <https://transparenciapresupuestaria.opp.gub.uy/inicio/datos-abiertos/sociedades-an%C3%B3nimas-en-que-participan-eepp>

*el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.”*

Tal como surge de la definición legal, el fideicomiso posee un conjunto de elementos esenciales que lo distinguen claramente de otros negocios jurídicos e instrumentos:

- a) Es un negocio jurídico.
- b) Intervienen tres partes: el fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario.
- c) Se constituye una propiedad fiduciaria.
- d) Implica la transmisión de bienes o derechos desde el fideicomitente al fiduciario.
- e) El fiduciario debe administrar los bienes de acuerdo a las instrucciones recibidas y en provecho del beneficiario.
- f) Existe un deber de restitución de los bienes al fideicomitente o al beneficiario, al cumplimiento del plazo o condición.

De acuerdo a la referida ley, el fideicomiso puede ser constituido mediante testamento o a través de contrato, que se deberá otorgar por escrito. A los efectos de este capítulo, consideraremos únicamente esta segunda hipótesis, dado que la Administración en todos los casos deberá suscribir un contrato a los efectos de constituir un fideicomiso.

En cuanto a las **partes** mencionadas:

La ley define al **fideicomitente** como aquel o aquellos que realizan la transferencia de bienes al fideicomiso y establecen qué debe hacerse con esos bienes. Puede ser cualquier persona física o jurídica, pública o privada.

Por su parte, el **fiduciario** es el administrador del fideicomiso y quien tiene que llevar adelante las instrucciones del o los fideicomitentes. Puede ser cualquier persona física o jurídica, pública o privada y, si fuera profesional, debe inscribirse en el Banco Central del Uruguay (BCU). Los fiduciarios financieros sólo podrán ser Bancos o Administradoras de fondos de inversión y deben inscribirse en el BCU y cumplir los requisitos establecidos.

Finalmente, el **beneficiario** será aquel o aquellos que reciben los frutos del fideicomiso. Puede coincidir con la persona del fideicomitente, no con el fiduciario, excepto en el caso de fideicomisos de garantía constituidos por entidades financieras.

De acuerdo al artículo 4° de la ley, el contrato de fideicomiso determinará la transferencia patrimonial desde el fideicomitente al fiduciario, que se integrará por bienes o derechos de cualquier naturaleza presentes o futuros y constituirán la **propiedad fiduciaria**. Asimismo, en el contrato se pautarán las instrucciones de qué debe hacer el fiduciario con los bienes fideicomitados (mandato fiduciario).

La propiedad fiduciaria plantea uno de los elementos centrales del fideicomiso y aporta una característica clave que diferencia a este instituto de otros contratos recogidos en nuestra legislación.

De acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 17.703, ésta se constituye por “*un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario*”. Asimismo, debemos tener presente que la propiedad fiduciaria se constituye como un patrimonio que se encuentra protegido de los acreedores del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario (artículo 7° de la ley), lo que determina una gran garantía para la figura del fideicomiso frente a otros negocios jurídicos.

Aclaradas las características del fideicomiso, sus partes integrantes y sus elementos centrales, surge necesariamente la pregunta relativa al vínculo de esta figura jurídica con el Derecho público y, en especial, con la gestión de actividades de interés público.

En los hechos, desde la aprobación de la propia ley, en el año 2003, han surgido numerosos fideicomisos constituidos por entidades públicas, cuyos bienes (que constituyen la propiedad fiduciaria) son de origen público y los cometidos e instrucciones del fideicomiso atañen a actividades de interés público. Algunos de ellos han sido previstos en leyes especiales, mientras que otros derivan de normas reglamentarias o directamente contractuales.

Ahora bien; ¿cuándo podemos definir que estamos frente a un fideicomiso público? Al respecto, Cajarville (CAJARVILLE, 2013) ha manifestado que estamos ante un fideicomiso público cuando el fideicomitente es una entidad estatal o una Persona Pública no Estatal y la finalidad del contrato es la realización de actividades de interés público, dentro de la especialidad conferida al o los fideicomitentes públicos que participan del contrato. En cuanto al fiduciario, no se prevé que el mismo sea una entidad estatal, pudiendo existir fideicomisos públicos cuyo fiduciario sea una entidad privada. Naturalmente, estaremos además ante un fideicomiso público cuando los bienes o derechos objeto del contrato sean públicos.

**Estamos ante un fideicomiso público cuando uno o más fideicomitentes tienen naturaleza estatal o pública no estatal, cuando las actividades a desarrollar son de interés público y cuando los bienes transferidos objeto del contrato son considerados como bienes públicos.**

En cuanto a la competencia para la constitución de fideicomisos y la transferencia de los bienes al fideicomiso, Cajarville señala que, si bien no es necesaria una norma atributiva de competencia para la constitución de fideicomisos por parte de entidades estatales, debe existir una norma atributiva de competencia para proceder a la modificación patrimonial de

bienes y derechos del Estado, en tanto debemos tener presente que una vez que se constituye la propiedad fiduciaria, ese conjunto de bienes deja de pertenecer a la entidad estatal y pasa a formar un patrimonio separado e independiente, no sometido -en principio- a los controles propios de los bienes y fondos públicos.

Dentro del ámbito de los fideicomisos públicos, en nuestro país encontramos diferentes clases de fideicomiso:

- a) Fideicomiso de administración
- b) Fideicomiso de garantía
- c) Fideicomiso financiero, que podrá ser de oferta pública o de oferta privada.

Los **fideicomisos de administración** son el modelo más tradicional de fideicomiso e implican que el fiduciario recibe los bienes en propiedad fiduciaria y realiza con ellos la tarea encomendada por el fideicomitente, entregando los frutos al beneficiario. Tal como señala Vázquez, (VÁZQUEZ, 2013) numerosos fideicomisos públicos son constituidos como fideicomisos de administración, como el Fideicomiso de Inversión Artístico Cultural, o el Fondo de Desarrollo Artístico y Cultural del SODRE, entre otros.

En segundo lugar, los **fideicomisos de garantía** son aquellos en los cuales el contrato de fideicomiso resulta accesorio de otro contrato principal (en general de préstamo o mutuo). Implica que el fideicomitente transmite un bien al fiduciario en garantía de una obligación y el fiduciario asume el deber de devolverlo una vez satisfecha aquella. Se dan instrucciones al fiduciario para que, en caso de incumplimiento, proceda a la venta de los bienes para la cancelación de la deuda. Para el beneficiario (acreedor), tiene la ventaja de facilitar el cobro mediante la garantía de una forma más ejecutiva, mientras que para el fideicomitente (deudor) tiene la ventaja de permitir obtener mejores condiciones de préstamo, pero el perjuicio de no tener la garantía del proceso judicial. Éste es el único caso en el que el fiduciario podrá también ser beneficiario, siempre que sea una institución financiera (artículo 9° de la ley).

Finalmente, los **fideicomisos financieros**, son definidos y regulados en los artículos 25 y siguientes de la Ley N° 17.703. Estamos frente a un fideicomiso financiero siempre que se emitan “*certificados de participación en el dominio fiduciario, de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes que integran el fideicomiso, o de títulos mixtos que otorguen derechos de crédito y derechos de participación sobre el remanente*” (artículo 25 de la ley). Los fideicomisos financieros podrán ser **de oferta privada o de oferta pública** y deben ser autorizados por el BCU.

Los certificados de participación son documentos que representan cuota-partes del fideicomiso y otorgan un derecho de propiedad sobre los

activos fideicomitados y de participación en el resultado del fideicomiso, una vez que se satisfagan los Títulos de Deuda (si es que éstos se han emitido).

Por su parte, los títulos de deuda son documentos que representan obligaciones de repago de deuda, emitidos por el fideicomiso, y otorgan un derecho al tenedor, de recibir el pago del título y los intereses previstos. Puede haber emisión de títulos de deuda en forma privada o en forma pública (por ejemplo, a través de la Bolsa de Valores).

Existen numerosos casos de fideicomiso financiero en que participan entidades estatales como fideicomitentes y beneficiarios, en particular Gobiernos Departamentales. Ejemplos de ello son el Fideicomiso Financiero Fondo Capital<sup>10</sup>, para obras en Montevideo, así como los fideicomisos financieros de obras que han sido constituidos por los Gobiernos Departamentales de Florida, San José, Paysandú y Canelones, entre otros casos.

Debemos tener presente que un Gobierno Departamental, que se propone constituir un fideicomiso financiero en el cual se asume una obligación de pago, requiere el cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 301 de la Constitución. Esto es que debe ser propuesto por el Intendente y contar con aprobación de la Junta Departamental, previo informe del Tribunal de Cuentas. Además, en caso de que se trate de un fideicomiso cuya duración exceda el período de gobierno del Intendente proponente, requerirá para su aprobación contar con dos tercios de votos del total de componentes de la Junta Departamental.

En definitiva, los fideicomisos públicos han demostrado ser una útil herramienta de gestión de bienes y fondos públicos, viabilizando numerosas obras públicas y desarrollo de proyectos de interés general, tanto a nivel de la Administración Central como de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y, especialmente, en el ámbito de los Gobiernos Departamentales.

De todas formas, resultará sumamente importante desarrollar eficientes mecanismos de control de la gestión de **los fideicomisos públicos**, en particular sobre la base de que éstos **no se encuentran abarcados por las previsiones de contratación administrativa del TOCAF y, en principio, tampoco por el contralor del Tribunal de Cuentas**, en tanto los fiduciarios son mayoritariamente Personas Públicas no Estatales, sociedades anónimas de capital estatal o directamente entidades privadas especializadas en la gestión de fideicomisos.

---

<sup>10</sup> <http://montevideo.gub.uy/transparencia/fondo-capital>

## 2.5. Contratos de Participación Público Privada (PPP)

Al igual que los casos anteriores que vienen de analizarse, los contratos de Participación Público Privada son también un instrumento novedoso en nuestro país para la gestión, desarrollo y financiamiento de infraestructura pública. Tienen largo desarrollo en el Derecho comparado, en particular en Europa, y en nuestro país han sido incorporados a la legislación a partir del año 2011, mediante la Ley N° 18.786 y sus decretos reglamentarios N°s 17/012, 280/012 y 251/015.

La referida Ley N° 18.786, en su artículo 2°, define a los contratos de PPP como: *“aquellos en que una Administración Pública encarga a una persona de Derecho privado, por un período determinado, el diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación”*.

**Tal como surge de la definición legal, en los Contratos PPP participa, por un lado la Administración que contrata y, por otro, empresas privadas que operan como contratistas. El objeto del contrato es el encargo del diseño, la construcción y la operación de infraestructura, o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación por un plazo determinado, el que no podrá superar 35 años (artículo 4°, literal G).**

En cuanto al ámbito de aplicación de los contratos de PPP, la ley también define cuáles son las áreas sobre las que se podrá utilizar este mecanismo. En ese sentido, la ley define que el sistema de PPP **podrá ser utilizado en:**

- Obras viales (incluyendo caminería), portuarias y aeroportuarias.
- Obras de infraestructura energética.
- Obras de disposición y tratamiento de residuos.
- Obras de infraestructura social, incluyendo cárceles, centros de salud, centros de educación, viviendas de interés social, complejos deportivos y obras de mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano.
- Infraestructura hidráulica y colonización de tierras

Cabe señalar que la propia ley también define aquellas actividades en las cuales expresamente **no podrá utilizarse el sistema de PPP:**

- Prestación de servicios educativos cuando se trate de centros educativos.
- Prestación de servicios sanitarios cuando se trate de centros de salud.
- Desarrollo de servicios de seguridad, sanitarios y de reeducación de reclusos cuando se trate de cárceles.

- En general, todas aquellas actividades cuya prestación corresponde al Estado en forma exclusiva (servicios públicos), así como la explotación de los monopolios establecidos por ley a favor de éste

En estos casos de actividades excluidas del marco de los contratos de PPP, debe especialmente tenerse en cuenta que la ley apunta a la prestación del servicio competencia de un organismo estatal y no a la construcción de la obra (por ejemplo, una escuela, un hospital o una cárcel) así como la gestión administrativa de la misma, objetos que sí serían posibles en el marco de la ley.

Determinado el encuadre conceptual de los contratos de PPP, corresponde ingresar a analizar el procedimiento que debe seguirse, de acuerdo a la ley, para desarrollar un proyecto de participación público privada.

En ese sentido, el procedimiento puede iniciarse de oficio por la propia Administración o también puede iniciarse a petición de un particular que presente una iniciativa de proyecto, debiendo registrarse el mismo. Como primera medida y previo al inicio del procedimiento, deberá contarse con un documento de evaluación técnica, jurídica, económica y financiera, en que se ponga de manifiesto la viabilidad y la conveniencia del proyecto presentado. Dicha evaluación deberá presentarse ante la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), a través de la Comisión Sectorial de Descentralización y ante el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

Una vez obtenida la conformidad de OPP y el MEF, se podrá realizar el llamado público, estableciendo el procedimiento competitivo a emplear, así como los términos y condiciones aplicables al mismo. Vale tener presente que se podrá emplear cualquier procedimiento competitivo, incluyendo la licitación, la subasta, o cualquier otro que no fuere contrario a los principios generales.

Un aspecto interesante que plantea la ley, refiere a la posibilidad de establecer un diálogo competitivo, por intermedio del cual la Administración podrá tratar con los diferentes postulantes los términos de un potencial contrato, elementos del pliego, entre otros aspectos, buscando las soluciones que resulten adecuadas al objeto del llamado. Cerrada (o no realizada) la etapa de diálogo competitivo indicada, procederá luego la Administración a hacer el llamado a ofertas, cursándose en forma similar a los procedimientos de contratación del TOCAF.

Además del procedimiento impulsado por parte de la Administración, la Ley N° 18.786 prevé la posibilidad de que los privados impulsen proyectos de PPP, lo cual sin duda plantea uno de los aspectos más novedosos de este

sistema. Dicha regulación se encuentra prevista en los artículos 34 y siguientes.

En ese sentido, la ley establece que las Administraciones Públicas pueden recibir iniciativas de privados, para el desarrollo de actividades a través de contratos de PPP. En todos los casos, estas iniciativas deberán presentarse ante la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND), acompañadas de la información relativa al proyecto y a su viabilidad. Una vez analizada la misma por parte de la CND y producido informe por ésta, la Administración Pública resolverá sobre su aceptación, modificación o rechazo, sin responsabilidad alguna.

En caso que sea aceptada la propuesta, el privado proponente deberá realizar una evaluación técnica, jurídica, económica y financiera, en que se ponga de manifiesto la viabilidad y la conveniencia del proyecto impulsado. Las actuaciones deberán remitirse a análisis del Ministerio de Economía y Finanzas y Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

Recibido el informe indicado, la Administración Pública podrá realizar el llamado correspondiente (incluyendo la licitación pública, subasta, o cualquier otro que no fuere contrario a los principios generales).

El privado que propone la iniciativa privada goza de los siguientes derechos y preferencias en el procedimiento competitivo:

a) En caso de no ser seleccionado, el reembolso de los costos de los estudios de factibilidad realizados (los paga quien gane el llamado).

b) Una ventaja de hasta el 10% (diez por ciento) en la valoración que se realice de su oferta, respecto de la mejor oferta.

En conclusión, consideramos que el contrato de PPP ha importado, al igual que otros de las instituciones que hemos examinado en este capítulo, una importante transformación en el ámbito de la gestión de actividades de interés público y, en particular, las vinculadas a los procesos de desarrollo de infraestructura.

Tras casi una década de vigencia y teniendo en consideración los proyectos desarrollados a través del mecanismo de PPP, si bien han existido ejemplos exitosos, puede considerarse que probablemente han sido menos de los seguramente previstos por el legislador al sancionar la ley.

Sin perjuicio de esta situación puntual, este procedimiento plantea una transformación importante en el marco de la contratación pública y el financiamiento de las obras públicas, en particular aquellos orientados a la iniciativa privada, potenciando la participación de los particulares en el financiamiento y en la propuesta de desarrollo de obras de interés general.

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Qué tipos de Sociedades de Economía Mixta se reconocen en nuestra Constitución?
2. ¿Qué caracteres definen esos tipos de Sociedades de Economía Mixta?
3. ¿Pueden los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados participar en sociedades comerciales?
4. ¿Cómo podemos definir los fideicomisos públicos, sus caracteres principales y qué tipos de fideicomisos existen?
5. ¿Qué aspectos novedosos plantea el procedimiento de PPP en Uruguay?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

CAJARVILLE, Juan Pablo, 2013, Régimen del fideicomiso público, en Renovación de la Contratación Pública, FCU, Montevideo.

DELPIAZZO, Carlos, 2009, Derecho Administrativo Especial - Tomo I, AMF, Montevideo.

PINTO, Ximena y ZAK, Pablo, 2010, Sociedades privadas estatales y paraestatales y su control por el tribunal de cuentas, en Anuario de Derecho Administrativo. Tomo XVI, FCU, Montevideo.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, 2010, Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II, FCU, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 2013, El fideicomiso público en Estudios de Derecho Administrativo N 8., La Ley, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 2011, El régimen de participación público privado PPP, AMF, Montevideo.

VÁZQUEZ, Cristina, 2012, Reglamentación de la Ley de Contratos de PPP, AMF, Montevideo.

### 3. Sobre la llamada “*fuga del Derecho Administrativo*”

La actuación del Estado con empleo de algunas de las formas que vienen de analizarse -en particular a través de la creación de sociedades anónimas de capital estatal, denominadas por la doctrina “*entidades instrumentales*”- ha dado lugar a que esa doctrina se haya preguntado si estamos ante una verdadera “*huida*” o “*fuga*” del Derecho Administrativo.

Citando a Ballesteros Fernández (BALLESTEROS FERNÁNDEZ, 2006), Delpiazzo (DELPIAZZO, 2009) define a los entes instrumentales como “*personas jurídicas constituidas o creadas por una administración pública, dotadas de personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidades del ente matriz.*”

Esta nueva modalidad de actuación de la Administración a través de sociedades de capital íntegra o mayoritariamente público es objeto de análisis doctrinario, ya en 1950 en España, por Villar Palasí (VILLAR PALASÍ, 1994), quien hace referencia a la crisis de los conceptos tradicionales del Derecho administrativo. En cualquier caso, a juicio de este autor, es **inadmisible montar ese régimen sobre una pura exención del régimen general, dando lugar a serios problemas referidos a los controles y responsabilidad estatales.**

En varios países se viene asistiendo a una espectacular proliferación de este tipo de entidades, señalándose concomitantemente por parte de la doctrina, la **necesidad de prevenir que su creación tenga como propósito la elusión de normas aplicables o la merma de garantías** que el ordenamiento jurídico tiene establecidas con independencia de las variadas formas de personificación que se pueden adoptar. Tales entidades **deben respetar las reglas de actuación de la Administración Pública y el derecho de los ciudadanos a una buena administración.**

Con el clásico gracejo español, y refiriendo a la “*fundación*” -una de las figuras de entidad instrumental pergeñadas por su ordenamiento jurídico- el profesor Sosa Wagner expresaba: “*Con la moderna fundación no se produce una simple ‘huida’ del Derecho administrativo: más allá, todo permite pensar que se ha consumado un verdadero adulterio en la medida en que el legislador ha construido un cómodo lecho para que la Administración yazca en él, con la frecuencia que sus necesidades demanden, con el Derecho privado, y todo ello ante la mirada impotente de su marido legítimo, el Derecho administrativo, acaso serio y poco estimulante pero siempre fiel*” (SOSA WAGNER, 2003).

Como señala del Castillo Vázquez, “*la personalidad jurídica se manifiesta plenamente ad extra, es decir, en sus relaciones con los terceros; pero resulta deficiente ad intra, o sea, en las relaciones internas que ligan al ente personificado con su Administración fundadora, en una tacha que se constata en la caracterización del ente*

*fundacional como mero instrumento en manos de la Administración pública, por ella creado, manejado, utilizado y -cuando así conviene-, extinguido, con el propósito de asegurar la eficacia en la gestión de determinadas funciones que les transfiere, marginando de esta guisa al Derecho administrativo y buscando fórmulas de actuación más aptas, que de ninguna manera suponen una mengua en sus poderes de dirección y control...”.*

Para superar las **deficiencias en materia de control y responsabilidad**, derivadas de este tipo de entidades, aparece como solución de origen jurisprudencial que procura iluminar la realidad detrás del disfraz, el mencionado **“disregard of legal entity”** o **“técnica del corrimiento del velo”**, de origen norteamericano, que procura “desenmascarar” la real titularidad estatal más allá de la personificación del ente instrumental (OLIVERA GARCÍA, PAREJO ALFONSO, DELPIAZZO).

En su trabajo sobre el “disregard” o inoponibilidad de la personería jurídica, Nuri Rodríguez y Carlos López (RODRÍGUEZ OLIVERA) llaman la atención sobre el modo en que **la técnica de la personería jurídica puede ser utilizada con fines distintos a los tutelados** o con fines ilícitos: “... *ha sucedido y puede seguir sucediendo que se cree, por ejemplo una sociedad persona jurídica, con el sólo fin de ocultarse detrás de ella, como detrás de una máscara, actuando en el mundo de los negocios en forma encubierta.*”

Ante tal circunstancia, como señalan los autores mencionados, surge como creación de la jurisprudencia norteamericana, la solución de prescindir de la personería jurídica que supone un uso indebido del negocio societario.

Dicha jurisprudencia norteamericana fue luego adoptada de modo sucesivo en Europa y Latinoamérica, incluyendo Argentina y nuestro país, en particular.

Esta perspectiva procura sincerar aquellas “*situaciones en que la técnica de la personería jurídica se utiliza en oposición a los fines que llevaron al legislador a consagrarla*”, prescindiendo de la forma jurídica adoptada o corriendo el velo de esa forma engañosa, para constatar la realidad enmascarada, a efectos de aplicarle el Derecho que corresponde.

En nuestro Derecho positivo, el instituto es recogido en la Sección XV “*De la inoponibilidad de la personalidad jurídica*” de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989.

El primer inciso del artículo 189 (Procedencia), primero de dicha Sección, dispone que: “*Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.*”

Arratibel Arrondo expresaba al respecto que, en España, los tribunales vienen reconduciendo poco a poco la huida del Derecho público, a sus justos términos. *“Y es que, pese al disfraz que adopta, detrás de esas empresas se encuentra un poder público responsable de la prestación del servicio, que nombra y cesa a los directivos de esa empresa, que aprueba o autoriza las decisiones más relevantes, que financia sus actividades, en suma, que se sirve de esa organización para el cumplimiento de sus fines. Como poder público está sujeto por una serie de mandatos constitucionales de los que no puede separarse; a lo sumo de manera transitoria, lo que tarde en responder el sistema jurídico.”*

En nuestro país, uno de los aspectos que fue objeto de preocupación para los legisladores, en relación con la sanción de la Ley de PPP, fue precisamente el referido al control de los contratos celebrados en su marco, tanto respecto del control parlamentario como del asignado al Tribunal de Cuentas de la República. Así, en reunión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes del día 16 de febrero de 2011, el Presidente del Tribunal de Cuentas, Siegbert Rippe, aludía al fenómeno de la *“huída del Derecho administrativo”*.

Como señala Martín-Retortillo, dicha *“huída”* constituye una de las cuestiones a las que mayor atención dedica la doctrina jurídico-administrativa de nuestros días. Empleando palabras de Fleiner, con ella se designa la circunstancia de **abandono progresivo de procedimientos propios del Derecho público, para dar paso a la utilización de fórmulas de Derecho privado, con riesgo para los controles y la responsabilidad estatales.**

A partir de estas consideraciones, detrás del *“disfraz”* de las entidades instrumentales, los autores han procurado -en opinión que compartimos- afirmar la aplicabilidad de dichos controles y responsabilidad estatales, postulando la **“comunicabilidad” de tal responsabilidad**, lo que en el caso de nuestro Derecho permitiría convocar la responsabilidad patrimonial del Estado a que refiere el artículo 24 de la Constitución: *“El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.”*

### **PREGUNTAS GUÍA:**

1. ¿Qué es una entidad instrumental?
2. ¿A qué fenómeno alude la denominada *“fuga”* del Derecho Administrativo?
3. ¿Cuáles son los riesgos de dicha *“fuga”* del Derecho Administrativo?

3. ¿Qué alternativas se han planteado para contrarrestar esos riesgos?

### **BIBLIOGRAFÍA:**

- ARRATIBEL ARRONDO, J. A., en <http://noticias.juridicas.com/articulos/25-Derecho%20Sanitario/200701-1115155193931644.html>
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz, en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica N<sup>o</sup>s 300-301, Madrid, 2006, p. 565.
- DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I. C. - Actuando en Fundación (La “Tierra Prometida” en los entes instrumentales), ponencia elaborada por Isabel-Cecilia del Castillo Vázquez, [http://www.unileon.es/info\\_gral/congresos/gerencia/ponencias/dia22\\_3\\_4.pdf](http://www.unileon.es/info_gral/congresos/gerencia/ponencias/dia22_3_4.pdf)
- DELPIAZZO, C., Responsabilidad estatal en el actual Estado de Derecho, en Revista Oficial del Poder Judicial, Año 32, N<sup>o</sup> 5, 2009, ps. 324 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (Profesor de la Universidad Complutense de Madrid) – Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo, en Revista de Administración Pública N<sup>o</sup> 140, mayo-agosto, 1996, ps. 25 y ss. La cita a Fleiner refiere a “*die Flucht ins Privatrecht*” (FLEINER, F. - *Derecho administrativo*, Barcelona-Madrid, 1993, 263).
- OLIVERA GARCÍA, R. y OLIVERA AMATO, J. M., El disregard of legal entity en la jurisprudencia, en Anuario de Derecho Comercial, Montevideo, 2004, T. 10, ps. 360 y ss.; PAREJO ALFONSO, L., El juego de la técnica del levantamiento del velo; el caso de personas jurídicas creadas por o en mano de la Administración pública, cit. por DELPIAZZO, C., Responsabilidad estatal en el actual Estado de Derecho cit.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, N. E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C., ¿Qué es el disregard o la inoponibilidad de la personería jurídica, en <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespSociedadesPersonInop01.htm>
- SOSA WAGNER, F., 2003, Cuando la máquina de legislar ruge (a propósito del Código de Fundaciones), en Actualidad Jurídica Aranzadi, N<sup>o</sup> 576, Parte Opinión, Edit. Aranzadi, 2003.
- VÁZQUEZ, Cristina, 2016, Entidades instrumentales y responsabilidad del Estado, en Novedades en el régimen jurídico administrativo uruguayo, Estudios sobre la Administración uruguaya, Tomo I, FCU, Montevideo, 2016.
- VILLAR PALASÍ, J. L., La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo, en Revista de Administración pública N<sup>o</sup> 3, 1950, ps. 54 a 130. Vid, asimismo, DEL SAZ CORDERO, S. – La huida del Derecho

Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas, en Revista de Administración pública N° 133, enero-abril, 1994.

# Anexos

# Ejercicios de reflexión y aplicación

## Ejercicio 1

**Analice y explique en los siguientes textos su vinculación con la noción de Estado de Derecho, y con los tipos de Estado de Derecho expuestos:**

- A. “Este caso es inusual ya que los demandados están acusados de los delitos cometidos en nombre de la ley” (Fiscal Jefe Telford Taylor en juicio contra jueces y juristas del régimen nazi).
- B. “El Derecho es un ingrediente esencial en la vida política de una democracia; en caso contrario se va hacia la anarquía” (Stéphan Dion. Político y académico canadiense).
- C. “Tu deber es luchar por el Derecho: pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, lucha por la justicia” (Eduardo Couture - insigne jurista uruguayo).
- D. “No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces” (Francesco Carnelutti - reconocido jurista italiano).
- E. “Absténgase el Estado de todo cuidado del bienestar positivo de los ciudadanos y no dé ningún paso más de lo que sea necesario para su seguridad contra sí mismo y contra sus enemigos exteriores y no limite la libertad para ningún otro fin” (Guillermo Von Humboldt - intelectual alemán de los siglos XVIII y XIX).
- F.
  1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
  2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.
  3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad

de los poderes públicos (artículo 9º de la Constitución española).

## Ejercicio 2

**Analice e identifique qué criterios adoptan estos autores para definir el Derecho Administrativo:**

- A. “Es un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común; es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno por excelencia del Estado.” (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández).
- B. “Derecho regulador de la Administración y de sus entidades dependientes o vinculadas cuando ejercen funciones administrativas (Santiago González-Varas Ibañez).
- C. “En sus relaciones con los particulares las Administraciones Públicas someten su actividad a la disciplina del Derecho Administrativo; un Derecho que les otorga importantes privilegios que no poseen los particulares: la potestad sancionatoria, la potestad expropiatoria, la potestad recaudatoria y, muy especialmente, la potestad de la autotutela en virtud de la cual los actos de la Administración se presumen válidos y pueden llegar a ser ejecutados forzosamente. Estos privilegios se justifican como instrumentos para que las Administraciones puedan cumplir las finalidades que la Ley y la Constitución les atribuyen. Pero este mismo Derecho, como contrapartida inexcusable, prevé también mecanismos para permitir el control de la actividad administrativa. El Derecho Administrativo en su doble vertiente, de instrumento garantizador de los ciudadanos y de herramienta del Poder...” (Luis Martín Rebollo).

### **Ejercicio 3**

**Analice y establezca qué tipo de función estatal se estaría ejerciendo en las actividades que se detallan, si se atiende al criterio orgánico-formal:**

- A. La Cámara de Senadores remueve a un senador por 2/3 de votos, al entender que incurrió en una conducta indigna de su cargo (artículo 115 de la Constitución).
- B. El Poder Legislativo otorga una pensión graciable al poeta Casimiro Robledo (artículo 111 de la Constitución).
- C. El Poder Ejecutivo dicta un decreto que reglamenta una ley (artículo 168, numeral 4° de la Constitución).
- D. Un proyecto de ley declarado de urgente consideración presentado por el Poder Ejecutivo termina siendo aprobado tácitamente, al no pronunciarse ambas Cámaras en los plazos establecidos (artículo 168, numeral 7° de la Constitución).
- E. La Suprema Corte de Justicia sanciona con apercibimiento a un Juez por determinada inconducta (artículo 239, numeral 2° de la Constitución).
- F. El Tribunal de Cuentas dicta una ordenanza de contabilidad, que tiene fuerza obligatoria para todos los órganos del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (artículo 211, literal F de la Constitución).

### **Ejercicio 4**

**Analice y determine en qué categoría de cometido estatal encuadra cada una de las siguientes actividades, según las tipologías expuestas:**

- A. Venta de seguros de automóviles por el Banco de Seguros del Estado.
- B. Recaudación de impuestos por la Dirección General Impositiva.
- C. Transporte colectivo urbano prestado por la empresa privada CUCTSA.
- D. Autorizaciones que otorga la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) a las etiquetas de eficiencia energética que colocan importadores y fabricantes en los equipamientos eléctricos.

- E. Prestación de asignaciones familiares a través del Banco de Previsión Social.
- F. Refinación de petróleo por la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP).

## Ejercicio 5

### **Analice los eventuales conflictos de reglas de Derecho y fundamente como los resolvería:**

- A. La Ley en materia administrativa TT, de 1986, contiene disposiciones normativas que son inconciliables con lo previsto normativamente en la Constitución de 1967 (Constitución versus ley).
- B. La Ley en materia administrativa QQ, de 1962, contiene disposiciones normativas que son inconciliables con lo previsto normativamente en la Constitución de 1967 (Constitución versus ley).
- C. Se aprueba una ley que establece un régimen de servicio militar obligatorio para jóvenes de entre 18 y 20 años, que incluye sin alternativas, la instrucción en la participación en eventos bélicos con utilización de armas. Un joven demanda la inconstitucionalidad de la ley, al no prever alternativas de instrucción para alguien como él, que tiene profundas convicciones pacifistas. Invoca el derecho de objeción de conciencia (Principio general de derecho versus ley).
- D. El Gobierno Departamental de Rivera aprueba un decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción que instituye un nuevo impuesto a la propiedad inmueble urbana en el ámbito departamental (artículo 297, numeral 1° de la Constitución). Se aprueba luego una ley que es inconciliable con ese nuevo impuesto de la propiedad inmueble (acto legislativo departamental versus ley).
- E. Por ley se aprueba el programa de Derecho Administrativo I para la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR). La UDELAR reclama contra dicha ley, sosteniendo que es válido el programa aprobado por su propia reglamentación (Ley versus reglamento autónomo).
- F. Una ley establece una disposición normativa NEGRO que deroga tácitamente una disposición normativa BLANCO de una ley anterior, sin embargo el reglamento de ejecución de

esta última ley también prevé y desarrolla la solución normativa BLANCO (ley versus reglamento de ejecución).

- G. Un juez se encuentra ante un caso judicial para el que no hay una solución normativa expresa, y acude a la posición doctrinaria de un académico del Derecho, que es novedosa y contraria a la sostenida por la mayoría de los estudiosos de la disciplina jurídica en cuestión (integración del Derecho).

## Ejercicio 6

**Analice las siguientes disposiciones de Derecho positivo e identifique si recogen conceptos o elementos propios de un sistema orgánico centralizado (jerarquía, desconcentración, autonomía técnica, delegación de atribuciones). En caso afirmativo especifique cuales son:**

- A. Artículo 85 de la Constitución.- A la Asamblea General compete:
- 5º) Aprobar o reprobado, en todo o en parte, las cuentas que presente el Poder Ejecutivo.
  - 19) Juzgar políticamente la conducta de los Ministros de Estado, de acuerdo a lo dispuesto en la Sección VIII.
- B. Artículo 168 de la Constitución.- Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:
- 2º) El mando superior de todas las Fuerzas Armadas.
  - 6º) Poner objeciones o hacer observaciones a los proyectos de ley que le remita el Poder Legislativo, y suspender u oponerse a su promulgación, en la forma prevista en la Sección VII.
  - 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 dictara resolución definitiva dentro

de los noventa días, el Poder Ejecutivo prescindirá de la venia solicitada, a los efectos de la destitución.

23) Prestar, a requerimiento del Poder Judicial, el concurso de la fuerza pública.

24) Delegar por resolución fundada y bajo su responsabilidad política las atribuciones que estime convenientes.

C. Artículo 181 de la Constitución.- Son atribuciones de los Ministros, en sus respectivas carteras y de acuerdo con las leyes y las disposiciones del Poder Ejecutivo:

1º) Hacer cumplir la Constitución, las leyes, decretos y resoluciones.

3º) Disponer, en los límites de su competencia, el pago de las deudas reconocidas del Estado.

4º) Conceder licencias a los empleados de su dependencia.

6º) Vigilar la gestión administrativa y adoptar las medidas adecuadas para que se efectúe debidamente e imponer penas disciplinarias.

8º) Ejercer las demás atribuciones que les cometan las leyes o las disposiciones adoptadas por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 160.

9º) Delegar a su vez por resolución fundada y bajo su responsabilidad política, las atribuciones que estimen convenientes.

D. Artículo 197 de la Constitución.- Cuando el Poder Ejecutivo considere inconveniente o ilegal la gestión o los actos de los Directores o Directores Generales, podrá hacerles las observaciones que crea pertinentes, así como disponer la suspensión de los actos observados.

En caso de ser desatendidas las observaciones, el Poder Ejecutivo podrá disponer las rectificaciones, los correctivos o remociones que considere del caso, comunicándolos a la Cámara de Senadores, la que en definitiva resolverá. Se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 198.

E. Artículo 211 de la Constitución.- Compete al Tribunal de Cuentas:

B) Intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al solo efecto de certificar su legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes. Si el ordenador respectivo

insistiera, lo comunicará al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto.

Si el Tribunal de Cuentas, a su vez, mantuviera sus observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga sus veces, a sus efectos...

- F. Artículo 239 de la Constitución.- A la Suprema Corte de Justicia corresponde:
- 2º) Ejercer la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial.
- G. Artículo 262 de la Constitución.-...
- El Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental, podrá delegar en las autoridades locales la ejecución de determinados cometidos, en sus respectivas circunscripciones territoriales.
- H. Artículo 278 de la Constitución.- El Intendente podrá atribuir a comisiones especiales la realización de cometidos específicos, delegando las facultades necesarias para su cumplimiento.
- I. Artículo 279 de la Constitución.- El Intendente determinará la competencia de las direcciones generales de departamento y podrá modificar su denominación.
- J. Artículo 280 de la Constitución.- Los directores generales de departamento ejercerán los cometidos que el Intendente expresamente delegue en ellos.
- K. Artículo 36 de la Ley N° 16.696 – con modificativas- (Banco Central). Habrá una Superintendencia de Servicios Financieros que estará a cargo de un Superintendente con adecuada formación profesional, prestigio e idoneidad técnica, que actuará por un período de ocho años en sus funciones y cuya designación y cese serán dispuestos por la unanimidad del Directorio del Banco.
- Dicha Superintendencia dependerá directamente del Directorio del Banco y actuará con desconcentración y con autonomía técnica y operativa.
- No obstante, el Directorio del Banco podrá avocar en cualquier momento el dictado de normas generales relativas al sistema financiero a que refiere el literal A) del artículo 38 y la aprobación de los planes de recomposición patrimonial o adecuación que presenten las empresas supervisadas a que refiere el literal G) del artículo 38, así como podrá revocar de

oficio y modificar los actos administrativos que dicte la Superintendencia en el ejercicio de la competencia que le atribuyen dichos literales.

La Superintendencia establecerá la organización funcional de sus servicios, y tendrá iniciativa ante el Directorio para la designación de su personal, previamente seleccionado, así como para disponer su destino interno, conforme a las normas presupuestales y al Estatuto del funcionario del Banco.

Asimismo, podrá delegar atribuciones en funcionarios de su directa dependencia mediante resolución fundada, pudiendo avocar en cualquier momento los asuntos que fueron objeto de delegación.

- L. Resolución del Poder Ejecutivo N° 264/996, de 27 de marzo de 1996, por la que se delega en el Banco de Previsión Social “...las atribuciones del Poder Ejecutivo en lo concerniente al otorgamiento de jubilaciones y pensiones civiles...”

## Ejercicio 7

**Analice los siguientes problemas de Derecho administrativo relacionados con la descentralización por servicios y procure dar una respuesta jurídica fundada a los mismos:**

- A. El Directorio de la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL) le pide a usted asesoramiento letrado porque quiere que el Organismo sea Ente autónomo. A la luz del artículo 186 de la Constitución, ¿por qué no puede serlo y qué podría hacerse para que pueda ser Ente Autónomo?
- B. El Presidente de la República lo consulta a usted sobre si el Poder Ejecutivo puede observar un acto administrativo de designación de un Gerente de Proyectos, emitido por el Consejo Directivo Central (CODICEN) de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP).
- C. También el Presidente de la República lo consulta a usted si el Poder Ejecutivo puede destituir a un miembro del CODICEN de la ANEP, que hurtó dinero del Organismo.
- D. El Presidente del Directorio de UTE lo consulta a usted si es legítimo que pueda no acatar una observación que le hizo el Poder Ejecutivo, explicándole por qué es correcta la

adjudicación que hizo ese Directorio de la compra de un generador eléctrico a una empresa determinada, y qué consecuencia puede traer ese rechazo de la observación.

- E. El Presidente del Directorio de la Administración Nacional de las Obras Sanitarias del Estado (OSE) lo consulta a usted sobre si es competente el Ente para distribuir sus facturas de agua, o debe hacerlo a través de la Administración Nacional de Correos (Servicio Descentralizado). También duda si puede, mediante la firma de un convenio con ANTEL, distribuir a los clientes de OSE las facturas de teléfono, recibiendo de ANTEL un beneficio económico.
- F. El Presidente de la República lo consulta a usted si puede promover una ley que constituya al Banco de Previsión Social como Servicio Descentralizado.

## Ejercicio 8

### Práctica de identificación de órgano, sistema orgánico y persona pública estatal

Todos los casos son ficticios y refieren a **actos administrativos** adoptados por **alguna Administración Pública**, respecto de los cuales, luego de agotada la vía administrativa (a través de la presentación de los correspondientes recursos administrativos), **el sujeto agraviado** va a promover una demanda de anulación de la decisión administrativa lesiva contra **una persona pública estatal**, ante el **Tribunal de lo Contencioso Administrativo – TCA**-(artículo 309 de la Constitución).

En cada caso se debe **identificar el órgano que dictó el acto administrativo**, el **sistema orgánico** que integra ese órgano y **la persona pública estatal a demandar**.

#### A. Cruzar el Atlántico para tanto lio

Un apoderado de una empresa de origen francés “La vie en rose” se presentó con una oferta a una licitación de servicios logísticos en el Puerto, tramitada por la Administración Nacional de Puertos (ANP). Se adjudicó el servicio a otro oferente, lo que aquella empresa considera ilegítimo. Luego de agotada la vía administrativa, se va a presentar demanda de anulación del acto administrativo de adjudicación ante el TCA.

#### B. El solicitante de autorización “desautorizado”

La sociedad comercial GASHOGAR S.A. solicitó ante el Ministerio de Industria, Energía y Minería (MIEM), como está previsto en la reglamentación, autorización para distribuir Gas Licuado de Petróleo (supergas). El MIEM denegó la solicitud, lo que la empresa considera

ilegítimo. Luego de agotada la vía administrativa, se va a presentar demanda de anulación del acto administrativo de denegación de la autorización solicitada ante el TCA.

### **C. El juez olvidadizo**

La Suprema Corte de Justicia, luego de un procedimiento disciplinario, decidió suspender por 90 días a TT, que es Juez de Paz Departamental de XX Turno, por continuas omisiones en su labor. Se entiende que la sanción disciplinaria adoptada es ilegítima por desproporcionada. Luego de agotada la vía administrativa, se va a presentar demanda de anulación del acto sancionatorio ante el TCA.

### **D. Una Contadora sin ascenso**

Una Contadora que es funcionaria pública del Tribunal de Cuentas se presentó a un concurso de ascenso, y el Tribunal decidió ascender a otra persona. Se entiende que tal decisión es ilegítima. Luego de agotada la vía administrativa, se va a presentar demanda de anulación de la decisión adoptada ante el TCA.

### **E. Primero los niños**

La asociación civil “Adelante” tiene un convenio con el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU), por el cual gestiona un club de niños en el barrio Tres Ombúes de Montevideo. Bruscamente le comunicaron una resolución del Directorio del INAU, por la que se dispuso rescindir el convenio, por entender que se había incumplido el mismo. Se entiende que ello es ilegítimo. Luego de agotada la vía administrativa, se va a presentar demanda de anulación de la decisión adoptada ante el TCA.

### **F. Deroguen ese decreto**

La sociedad comercial Dale Gas SRL es importadora de gasodomésticos y está agraviada con la aprobación de un Decreto del Poder Ejecutivo que la afecta en su actividad de modo ilegítimo. Luego de agotada la vía administrativa, se va a presentar demanda de anulación del decreto ante el TCA.

### **G. Circule con prudencia**

El Municipio de San Carlos aplicó una multa a una persona por circular con su automóvil en la ciudad a alta velocidad. El multado se agravió por entender que estaba circulando debajo del límite de velocidad permitido. Luego de agotada la vía administrativa, se va a presentar demanda de anulación del acto administrativo sancionatorio ante el TCA.

# Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo vinculada al temario<sup>11</sup>

## Sobre solución de antinomias o conflictos normativos

### *Sentencia N° 13/015*

“CONSIDERANDO VI) ... Cuando se presentan incompatibilidades normativas o antinomias, las mismas deben solucionarse para resolver casos concretos y el camino para enfrentar la inconsistencia, es aplicar alguno de estos tres principios: “*lex superior*”; “*lex posterior*” o “*lex specialis*” o bien una combinación entre ellos, y por lo tanto, otorgar preferencia a alguna de las normas enfrentadas. Generalmente, alguno de estos tres principios -jerárquico, temporal y material- nos proporcionan la llave para resolver las antinomias que se presenten en el sistema normativo. En una formulación elemental estos criterios pueden presentarse del siguiente modo; de acuerdo al principio jerárquico (“*lex superior*”) deben preferirse a las normas jerárquicamente superiores sobre las jerárquicamente inferiores, de acuerdo al criterio temporal o cronológico (“*lex posterior*”) las leyes posteriores del mismo rango derogan a las anteriores sobre la misma materia y por el criterio material o de especialidad (“*lex specialis*”) entre dos normas vigentes con vocación de aplicación a un caso, deben preferirse las normas especiales sobre las generales.

Estos son, además de criterios de clasificación de las normas, criterios de preferencia de las normas. Juegan un doble papel, por un lado nos permiten ordenar las normas -por ejemplo en función de su jerarquía o su vigencia temporal- y por otro lado nos indican a cuales preferir; siguiendo con el ejemplo del criterio jerárquico, nos indica que debemos preferir a la norma jerárquicamente superior sobre la jerárquicamente inferior. La aplicación de estos criterios supone un cambio en el sistema jurídico para que la antinomia desaparezca, suponen una ordenación de las normas

---

<sup>11</sup> Los destacados nos pertenecen.

antinómicas en base al criterio elegido (GUARINONI, Ricardo: “Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas”, *Doxa*, No. 24, 2001, págs. 549 y 550).

Como enseña MENDONCA, la ordenación es la técnica empleada para resolver el problema de la incoherencia entre normas. Ello supone que una norma considerada, por alguna razón como superior o más importante prevalece sobre otra, considerada inferior o menos importante. La ordenación del sistema hace posible que el juez dé preferencia a ciertas normas (o conjuntos de normas) sobre otras, y de esta manera deje de lado otras normas (o conjuntos de normas jerárquicamente inferiores). La ordenación exige el empleo de ciertos criterios que permitan establecer las relaciones jerárquicas entre los elementos del sistema (MENDONCA, Daniel: “Las claves del Derecho”, Gedisa, Barcelona, 2008, págs. 180 y 181).

Ahora bien, **en algunos casos también se presentan conflictos entre los propios criterios** para la solución de las antinomias y se presenta la interrogante de cuál de ellos debe prevalecer. Y esto es justamente lo que sucede en el caso que nos ocupa.

Entre el criterio jerárquico y el cronológico, es el primero el que debe prevalecer y se debe dar prioridad a la disposición de mayor rango.

Como señalan MORESO Y VILAJOSANA, el conflicto entre el criterio cronológico y el jerárquico tiene lugar: “...cuando una norma anterior y superior es incompatible con una norma posterior e inferior. Si se aplica el criterio cronológico, debe preferirse la segunda norma; si se aplica el jerárquico, la primera. En este conflicto, el criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico. De esta manera, se acota el alcance del criterio cronológico: sólo vale entre normas del mismo rango jerárquico. Si no fuera así, la jerarquía normativa resultaría una quimera, ya que un bando de cualquier alcalde podría derogar normas de rango constitucional.” (MORESO, Juan José y VILAJOSANA, Josep María: “Introducción...”, cit., pág. 108). En idéntico sentido apunta PRIETO SANCHÍS, y señala que la razón de la prevalencia del criterio jerárquico es que de otro modo devendría inútil la fuerza normativa (PRIETO SANCHÍS, Luis: “Apuntes de Teoría del Derecho”, Trotta, Madrid, 2007, págs. 140-141 y también MENDONCA, Daniel: “Las claves...” cit., pág. 181; en la jurisprudencia del Colegiado véanse las sentencias 257/2013 y 402/2014).

Con tales entendimientos, en el caso que nos ocupa **no resulta posible admitir que una disposición de rango reglamentario modifique o exorbite lo establecido por la ley, en franco apartamiento del principio de legalidad** (arts. 10 y 85 num. 4º de la Constitución de la República, art. 2 del Código Tributario). Ni tampoco que las disposiciones legales deban interpretarse a la luz de lo que establecen las disposiciones

reglamentarias infravalentes, como pauta intelectual inédita en nuestro Derecho.”

### **Sentencia N° 402/014**

“CONSIDERANDO VII) ... Se aprecia, por lo tanto, una **aparente antinomia**, pues **la Ley ordena seguir un criterio** (computar las rentas para el IRPF - Categoría II al momento del devengamiento) **y la resolución de DGI otro** (computarlas mensualmente).

Por cierto que, una **propiedad deseable de todos los sistemas jurídicos**, es el de su **consistencia**, es decir, que no existan dentro del mismo, normas que consagren soluciones opuestas para una misma situación, aun cuando es evidente que en todos los sistemas jurídicos pueden presentarse (y de hecho se presentan constantemente) antinomias; situaciones en las cuales existe un caso que está correlacionado con dos normas incompatibles entre sí.

Un sistema consistente será aquél en el cual ningún caso resulte antinómico, en otras palabras, será consistente, si y sólo si, ninguno de sus casos está correlacionado con dos soluciones incompatibles entre sí (véase sobre el punto: MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María: “Introducción a la teoría del derecho”, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 104 y 105).

Cuando se presentan incompatibilidades normativas o antinomias, las mismas deben solucionarse para resolver casos concretos y el camino para enfrentar la inconsistencia, es aplicar alguno de estos tres principios: “*lex superior*”; “*lex posterior*” o “*lex specialis*” o bien una combinación entre ellos, y por lo tanto, otorgar preferencia a alguna de las normas enfrentadas. Generalmente, alguno de estos tres principios -jerárquico, temporal y material- nos proporcionan la llave para resolver las antinomias que se presenten en el sistema normativo. En una formulación elemental estos criterios pueden presentarse del siguiente modo; de acuerdo al principio jerárquico (“*lex superior*”) deben preferirse a las normas jerárquicamente superiores sobre las jerárquicamente inferiores, de acuerdo al criterio temporal o cronológico (“*lex posterior*”) las leyes posteriores del mismo rango derogan a las anteriores sobre la misma materia y por el criterio material o de especialidad (“*lex specialis*”) entre dos normas vigentes con vocación de aplicación a un caso, deben preferirse las normas especiales sobre las generales.

Estos son además de criterios de clasificación de las normas, criterios de preferencia de las normas. Juegan un doble papel, por un lado nos permiten ordenar las normas -por ejemplo en función de su jerarquía o su vigencia temporal- y por otro lado nos indican a cuáles preferir; siguiendo

con el ejemplo del criterio jerárquico, nos indica que debemos preferir a la norma jerárquicamente superior sobre la jerárquicamente inferior. La aplicación de estos criterios supone un cambio en el sistema jurídico para que la antinomia desaparezca, suponen una ordenación de las normas antinómicas en base al criterio elegido (GUARINONI, Ricardo: “Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas”, *Doxa*, No. 24, 2001, págs. 549 y 550).

Como enseña MENDONCA, la ordenación es la técnica empleada para resolver el problema de la incoherencia entre normas. Ello supone que una norma considerada, por alguna razón como superior o más importante prevalece sobre otra, considerada inferior o menos importante. La ordenación del sistema hace posible que el juez dé preferencia a ciertas normas (o conjuntos de normas) sobre otras, y de esta manera deje de lado otras normas (o conjuntos de normas jerárquicamente inferiores). La ordenación exige el empleo de ciertos criterios que permitan establecer las relaciones jerárquicas entre los elementos del sistema (MENDONCA, Daniel: “Las claves del Derecho”, Gedisa, Barcelona, 2008, págs. 180 y 181).

Sin perjuicio de anotarse, que en algunos casos también se presentan conflictos entre los propios criterios para la solución de las antinomias y se presenta la interrogante de cuál de ellos debe prevalecer. Y esto es justamente lo que sucede en el sublite.

Entre el criterio jerárquico y el cronológico, es el primero el que debe prevalecer y se debe dar prioridad a la disposición de mayor rango.

Como señalan MORESO Y VILAJOSANA, el conflicto entre el criterio cronológico y el jerárquico tiene lugar: “...cuando una norma anterior y superior es incompatible con una norma posterior e inferior. Si se aplica el criterio cronológico, debe preferirse la segunda norma; si se aplica el jerárquico, la primera. En este conflicto, el criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico. De esta manera, se acota el alcance del criterio cronológico: sólo vale entre normas del mismo rango jerárquico. Si no fuera así, la jerarquía normativa resultaría una quimera, ya que un bando de cualquier alcalde podría derogar normas de rango constitucional.” (MORESO, Juan José y VILAJOSANA, Josep María: “Introducción...”, cit., pág. 108). En idéntico sentido apunta PRIETO SANCHÍS, y señala que la razón de la prevalencia del criterio jerárquico es que de otro modo devendría inútil la fuerza normativa (PRIETO SANCHÍS, Luis: “Apuntes de Teoría del Derecho”, Trotta, Madrid, 2007, págs. 140-141 y también MENDONCA, Daniel: “Las claves...” cit., pág. 181; en la jurisprudencia del Cuerpo véase la reciente Sentencia No. 257/2013).

Por consecuencia, **debe necesariamente convenirse que la solución consagrada en el art. 46 de la resolución No. 662/007 dictada**

por el Director General de Rentas, no resulta en la especie puntualmente aplicable, al tratarse de una disposición contraria a la Ley careciendo de la suficiente FUERZA, entendiéndose a este concepto como aptitud para innovar en el ordenamiento, para poder variar la solución legal que establece muy claramente, que las rentas por concepto de trabajo dependiente deberán computarse, para el IRPF Categoría II, según el criterio de lo devengado.

Por lo tanto, según el Derecho vigente y aplicable al caso, las rentas en materia de rentas de trabajo dependiente deben computarse en función del criterio de lo devengado en tanto no hay ninguna disposición normativa que, válidamente, habilite inobservar la solución legal de principio.”

### *Sentencia N° 841/012*

“CONSIDERANDO VI) ... Y, dicha cuestión, hace necesario analizar la **temática referida a la derogación de las leyes**, y por tanto, al principio planteado por la parte actora, según el cual una **norma general posterior** (como lo es el art. 43 de la Ley 18.083) no puede derogar una **ley especial anterior** (“lex posterior generalis non derogat priori speciale”.

VI.1.- Conforme lo enseña Supervielle “Hay derogación cuando una norma de igual o superior jerarquía interfiere con una regla de derecho vigente, suprimiéndola lisa y llanamente, modificando su contenido o sustituyéndola.” (Supervielle, Bernardo. “Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga”, p. 394, Montevideo, 1958).

Asimismo, señala el autor que hay un principio universalmente aceptado, según el cual la abrogación de una norma por otra, no se presume. Y, cuando el creador de la misma no lo dice expresamente, ella solo puede deducirse cuando se den los presupuestos de incompatibilidad o contradicción entre disposiciones que versan sobre una misma materia y que afectan a los mismos destinatarios. A su vez, manifiesta que: “En la duda, y a falta de manifestación expresa, hay que tratar de conciliar las disposiciones aparentemente en conflicto para mantener la vigencia de ambas reglas”. (Ver cita, pág. 486).

Como consecuencia de ello y siendo que en el caso sometido a estudio de este Tribunal, no existió una manifestación expresa por parte del legislador de la Ley 18.083, en cuanto a su voluntad de derogar el tratamiento aplicable a los bienes declarados monumentos históricos, a juicio de la Sala, resulta primordial efectuar un pormenorizado análisis de las normas involucradas -y aparentemente en conflicto- a fin de poder determinar, con exactitud, si el art. 1° del D.L. 14.960 fue o no derogado, y en definitiva dilucidar, cuál es la normativa que rige la liquidación del Impuesto al

Patrimonio, cuando el mismo recae sobre un bien declarado monumento histórico.

VI.2.- Pues bien; las normas involucradas en el presente caso, resultan ser: por un lado, el artículo 1º del D.L. 14.960, el cual establece: “Los Monumentos Históricos declarados tales por el Poder Ejecutivo... quedarán exonerados de los adicionales del Impuesto de Contribución Inmobiliaria y de todos los tributos nacionales que recaigan o tengan su fuente en la propiedad raíz, y quedarán excluidos de la liquidación del Impuesto al Patrimonio”.

Y, por otro lado, se halla el inc. 7º del art. 15 del Título 14 del T.O. 1996, el cual, como se mencionó anteriormente, ha sufrido modificaciones a partir de la aprobación de la Ley de Reforma Tributaria (Ley 18.083).

En efecto, previo a la aprobación de la Ley 18.083, el mencionado artículo establecía: “Cuando existan activos en el exterior, activos exentos y bienes de los mencionados en el art. 22 de este Título, se computará como pasivo el importe de las deudas deducibles que exceda el valor de dichos activos”.

Surge entonces de dicha norma, que los activos excluidos no se contemplaban dentro de los que “absorbían pasivo”.

Sin embargo, la Ley No. 18.083 introdujo modificaciones a la normativa del Impuesto al Patrimonio, incluyendo dentro de los activos que “absorben pasivo” a los bienes calificados como “excluidos” del Impuesto al Patrimonio.

De esa manera, dispuso cualquier duda que podría surgir de la redacción anterior, en cuanto a si los bienes excluidos absorbían o no pasivo, en tanto estableció: “Cuando existan activos en el exterior, activos, exentos, bienes excluidos y bienes no computables de cualquier origen o naturaleza, se computará como pasivo el importe de las deudas deducibles que exceda el valor de dichos activos”.

VII) Ahora bien; llegado a este punto el análisis del casus, cabe preguntarse si el hecho de que el referido artículo señale que todos los “bienes excluidos” del Impuesto al Patrimonio absorben pasivo, implica que dicha regla abarca también a los Monumentos Históricos.

A juicio de la Sala, es precisamente en este punto donde adquiere importancia **el tema referido a la especialidad de las normas jurídicas** y, en consecuencia, el principio de que **una ley general posterior no deroga una especial anterior** -*“lex posterior generalis non derogat priori specialē”*-.

De esta manera, resulta claro que el Tribunal no comparte la posición ostentada por la Administración, en cuanto considera que este principio, es un principio inconsistente e inaplicable al caso de autos.

Muy por el contrario, la Corporación entiende pertinente traer a colación el examen del mismo, en tanto constituye una de las reglas de técnica interpretativa que debe tenerse en cuenta, siempre que se esté ante una labor de interpretación, y más aún, cuando dicha labor, refiera a normas que podrían estar en colisión.

VII.1.- Pues bien, cabe señalar que con el mencionado principio lo que se busca expresar es que la circunstancia de que exista una disciplina que tenga un carácter genérico refiriéndose a una materia, no tiene fuerza suficiente como para derogar las normas de derecho existentes para un sector que abarca una actividad jurídica específica. Debe entenderse, en principio, que **la ley especial subsiste, salvo derogación expresa.**

Y, por “*ley especial*”, según enseña SUPERVIELLE, ha de entenderse que es aquélla **que puede referirse especialmente a un aspecto de la materia objeto de regulación jurídica.** Asimismo, la especialidad puede surgir con referencia a los destinatarios de la norma jurídica. Pero ocurre también en algunos casos, que una norma puede ser considerada especial o general frente a otra, según sea el criterio que se tome como base para determinar el género y la especie. (Cf. Supervielle, ver cita, p. 488).

VII.2.- De lo dicho anteriormente, el Tribunal concluye que el art. 43 de la Ley No. 18.083 es una norma general -y no una norma especial- ya que la misma refiere a: a) todos los activos del exterior; b) todos los activos exentos; c) todos los bienes excluidos; y d) todos los bienes no computables de cualquier origen y naturaleza.

En consecuencia, entiende la Corporación que **dicha norma lo que instauró, fue un régimen general de liquidación para el Impuesto al Patrimonio, que refiere a los “bienes excluidos” de dicho impuesto - entre los otros mencionados- , pero que no abarca a los casos especiales antes regulados,** como lo son los bienes declarados monumento histórico nacional.

...

VIII) Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que al Tribunal no le es ajeno que el multicitado principio -“lex posterior generalis non derogat priori speciale”- **no es absoluto,** sino que existen ciertas reservas que se plantean en aquéllos casos en que la finalidad de la norma general sea incompatible con la subsistencia del régimen de excepción.

Sin embargo, tras el análisis detenido de las normas involucradas, la Sala concluye que **la mencionada incompatibilidad no se presenta,** sino que por el contrario, resulta totalmente factible la coexistencia de ambos regímenes.”

### ***Sentencia N° 844/010***

“En efecto, en el caso de autos **se contrapone la aplicación de una norma de carácter general dictada por el órgano legislativo departamental, como lo es el Decreto 26.949, con una ley nacional que es el art. 40 de la ley 16.320** (art. 430 del TOFUP). Esta última disposición, en la redacción que le diera el art. 67 de la ley 17.556, dispone que los funcionarios trasladados en comisión mantendrán su condición, debiendo considerárseles como si prestaran servicios en su oficina de origen, en particular en cuanto refiere “...a su remuneración, cualquiera sea su naturaleza, incluyendo aquellas que tengan por condición la prestación efectiva de tareas en el organismo. Lo dispuesto no será de aplicación para aquellas partidas que por norma legal expresa tuviesen un tratamiento diferente”. (subrayado del redactor).

De manera que resulta incuestionable que, como principio, los funcionarios en comisión tienen derecho a percibir cualquier remuneración inherente a su cargo de origen, con la única excepción de aquellas partidas que una norma legal en forma expresa los excluyera de ese beneficio. Concepto éste último que traslada la cuestión planteada en autos a la pregunta de si un Decreto de la Junta Departamental, que tiene fuerza de ley en su jurisdicción (art. 273 de la Constitución), constituye una “norma legal” en los términos del régimen excepcional a que refiere la parte final del citado art. 40 de la ley 16.320.

V) A juicio del Tribunal, la pregunta debe responderse afirmativamente, lo cual conduce esta litis a una solución confirmatoria. En primer término debe destacarse que el pedido de pase en comisión del actor “para desempeñar tareas de asistencia directa en la Presidencia del Senado”, se hizo al amparo del art. 67 de la ley 17.556 (fs. 129 de autos). Con lo que resulta insoslayable la aplicación del régimen de excepciones mencionado ut supra.

En ese marco, la interpretación del texto debe hacerse en sentido amplio, **comprendiendo los Decretos de las Juntas Departamentales como “norma legal”** con aptitud de exceptuar ciertas remuneraciones del régimen general de los funcionarios en comisión. **Doctrina de prestigio enseña que los Decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción son actos legislativos en sentido material y formal, y que tienen la misma fuerza que el acto legislativo emanado del Poder Legislativo.** Se diferencian de estos últimos en que sólo poseen fuerza de ley, pero no valor de ley. Es decir, que pueden modificarse por otros decretos con fuerza de ley, pero no por medio de leyes; se aplican en un ámbito territorial restringido y a materias determinadas a los Gobiernos

Departamentales (CASINELLI MUÑOZ, H. "Derecho Público" 3ª ed. Pág. 33 y ss.).

Esta interpretación se apoya en el **principio de armonía del Ordenamiento Jurídico**, que dimana del art. 20 del Código Civil, ya que, de seguirse el criterio del accionante debería concluirse que el Poder Legislativo modificó el art. 40 de la ley 16.320 sin un contenido acorde a la idea de respeto por la remuneración del funcionario que, como principio general consagra dicha norma. Si la remuneración deriva del vínculo del funcionario con un Gobierno Departamental, no parece correcto que sólo una ley dictada por el Poder Legislativo nacional pueda imponer excepciones a cuestiones inherentes al régimen presupuestal del Departamento (art. 273 numeral 2º de la Constitución). Antes bien, el principio de armonía lleva a interpretar la cuestión en el sentido de incluir los Decretos de la Junta Departamental con fuerza jurídica para establecer las excepciones aludidas en la parte final del multicitado art. 40 en su redacción vigente."

### ***Sentencia N° 920/998***

"CONSIDERANDO II) ... La amplitud de la disposición es indudable, al margen de la terminología empleada, apropiada para la época de sanción del Código Civil. Pero de ello se deriva que ninguna autoridad municipal puede dejar de observar dicha disposición, la que remite a los reglamentos (generales o locales) o al "juicio pericial". Estos reglamentos, en cuanto tales, es obvio que no pueden exorbitar la Ley. Pero **si se dictara un acto legislativo municipal (decreto con fuerza de Ley en su jurisdicción) que fuera contrario a dicha norma legal, la antinomia debe resolverse por el criterio de la primacía** que deriva de la superior jerarquía normativa que, aunque no esté como cláusula expresa en la Constitución, **surge del contexto de la Sección XVI y del art. 273, núm. 3, de la Carta** (v. VAZQUEZ, Cristina: "Algunas reflexiones acerca de los criterios aplicables a la solución de antinomias entre Ley Nacional y Acto Legislativo Departamental", en ANUARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Sec. Doctrina, pág. 237, 1era. columna "in fine")."

# Sobre el precedente como fuente de Derecho

## *Sentencia N° 403/998*

“Por ende, no es válido -ni mucho menos OPONIBLE a la adjudicataria CORPORACIÓN DE ÓMNIBUS S.A.- el precedente de ONDA S.A. y una especie de "sucesión mortis causa" a cargo de COT S.A., susceptible de determinar un supuesto de "concesión de hecho" que haría factible la regularización de los servicios de combinaciones.

La tolerancia administrativa, como es obvio, NO ES FUENTE DE DERECHO en nuestro país. Tampoco la costumbre (art. 9° Cód. Civil), que en materia administrativa carece de todo recibo, al extremo de que los Tratadistas (SAYAGUÉS LASO, MARIENHOFF) no la mencionan siquiera al enumerar las fuentes del Derecho Administrativo (SAYAGUÉS LASO: "Tratado...", t. I, ed. 1963, págs. 86/151).

Empero, lo que es DEFINITORIO es que la circunstancia erigida por la Administración para habilitar a COT S.A. en los términos del Nral. 3° de la volición cuestionada, no fue en modo alguno INCLUIDA EN EL PLIEGO PARTICULAR DE CONDICIONES QUE RIGIÓ LA LICITACIÓN PÚBLICA No. 40/91 (fs. 00240/00253 y 00254/00259). No se trata, entonces, como lo procura la parte demandada en autos, de especular con la diferencia entre "EXCLUSIVIDAD" y "PRIORIDAD" ("PREFERENCIA"), porque lo que importa es el PLIEGO PARTICULAR DE CONDICIONES, elemento básico para los postulantes en igual sentido en que el contrato es "Ley" entre las partes (a. 1291 C.C.).”

# Sobre Teoría de la Organización

## *Sentencia N° 890/017*

“CONSIDERANDO IV) ... Como viene de verse, la norma prevé un órgano con integración pluripersonal como tribunal disciplinario y, como enseñaba el Dr. Aparicio MENDEZ: “...*El proceso constitutivo de la voluntad orgánica del órgano pluripersonal tiene, concretado en etapas, el siguiente desarrollo: convocatoria, instalación, deliberación, votación y formulación del acto propiamente dicha.*”

(.....) *La deliberación es, en cierto sentido, un período preparatorio de la resolución propiamente dicha.....constituye, no un acto sino un procedimiento, mejor aún, parte de un procedimiento en el que se formula el acto final.*

(....) *La votación representa el momento en que las voluntades personales concretan la orgánica. Con ella queda, desde el punto de vista interno, formulado el acto, que adoptará después su forma jurídica definitiva.*

(....) *La votación, como la deliberación, deben cumplirse personalmente. El desempeño de la función pública tiene carácter personal y, por lo mismo, es indelegable e impracticable por todo otro medio que no sea el de la participación directa. "La voluntad -dice PRESUTTI, debe declararse en tal caso, conjunta y contemporáneamente...." (La teoría del órgano, págs. 220 a 226).*

Expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Eduardo Vázquez que: *".....No surge que el asunto haya sido sometido a la votación de los ocho miembros intervinientes ni cuál fue el resultado de la votación. Tampoco se individualiza quién fue el miembro redactor de la resolución, conjuntamente con la Asesora Letrada.*

*Simplemente se deja asentado en la resolución del caso que: "...ATENTO A LO EXPUESTO Y DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 9202 DE ENERO DE 1934, LA COMISIÓN DE SALUD PÚBLICA RESUELVE...." (fs. 1135 A.A.)*

*La falta de registración de cómo se produjo el **proceso de formación de la voluntad del órgano colegiado** constituye una severa desprolijidad, que se suma a la falta de individualización del miembro redactor de la resolución.*

*Tampoco se explicita en virtud de qué norma la Comisión es presidida por la Dra. Hilda Méndez y no por el Ministro de Salud Pública, como lo dispone el artículo 24 de la Ley N° 9.202....".*

### **Sentencia N° 399/015**

**"CONSIDERANDO IX) ... En efecto; los órganos no son sujetos de derecho y por tanto, no pueden relacionarse fuera del sistema al que pertenecen, sino a través de la persona jurídica a la que están integrados. (Cfme. MÉNDEZ, A. La Teoría del Órgano, p. 38 y ss.)"**

### **Sentencia N° 301/998**

**"CONSIDERANDO III) ... Se da en el caso, desde el punto de vista de la teoría de la organización administrativa, un fenómeno análogo al que oportunamente Felipe Rotondo Tornaría describiera como de "separación de cargos y funciones" (Aspectos de la teoría del órgano). "Situaciones de**

separación de cargos y cometidos", en "Estudios de Derecho Administrativo", t.II, Publicación en homenaje al Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo, ed. Universidad de la República, 1979, pág. 321 y ss.. "Cabe apreciar en nuestra reciente legislación la existencia de situaciones en las cuales se produce una separación de cargos y de las tareas que le son inherentes, en el sentido de que los titulares de esos cargos no ejercen las actividades o cometidos o funciones que corresponden, en principio, a esos cargos".

Antes Aparicio Méndez había señalado, que podían **existir cargos sin funciones definidas o determinadas "correspondiendo al jerarca la atribución (de las mismas) dentro de ciertos límites"**, y que, por ello, no se estaba ante la configuración perfecta del órgano (citado por Rotondo, pág. 326)..."

## Sobre competencia nacional y departamental, y derogación por oposición superveniente

### *Sentencia 752/012*

“CONSIDERANDO: II) La presente acción de nulidad se dirige contra la Resolución N° 10/00071, dictada por el Sr. Intendente Municipal de Canelones en el expediente N° 2008-81-1140-00148 (fs. 3 del ppal.).-

**Por el acto enjuiciado, se aprobó la liquidación por concepto de derechos de instalación de cartelera en la vía pública que adeuda la sociedad actora ..., con fundamento en el incumplimiento en el pago del canon correspondiente por la colocación de carteles de publicidad en predios frentistas a Avenida de las Américas (Ruta Nacional No. 101), según lo previsto en el art. 21 del Decreto Departamental N° 47/2007, cuya copia obra a fs. 11 a 13 del ppal., que consagra la obligación de tributar a la I.M.C. por concepto de los derechos de instalación de cartelera.-**

**La actora se agravió, en síntesis, por las siguientes razones:**

a) **Porque la cartelera que motivó el dictado del acto de determinación se ubica frente a “Avenida de las Américas”, que es una Ruta Nacional -la ruta Nacional No. 101- y los Gobiernos Departamentales carecen de jurisdicción sobre la misma, y por lo tanto de potestad reglamentaria y**

tributaria para gravar la publicidad y los avisos que se coloquen frente a los caminos nacionales, habida cuenta que las disposiciones del Decreto Ley No. 10.382 sobre caminos públicos, y en particular, de acuerdo a lo dispuesto en su art. 23, establecen que **será competencia del Gobierno Nacional resolver lo relativo a la instalación de avisos en los caminos nacionales.**-

Invocó el art. 5 de la Ley No. 10.382 y la Ley No. 13.483, **disposiciones por las que se demuestra que el pasaje de Avenida de las Américas, donde se ubican los carteles, es un camino nacional y no departamental.**-

b) El **Decreto de la Junta Departamental No. 47/2007 en que se funda el acto enjuiciado, prevé como supuesto de hecho del nacimiento de las obligaciones la colocación de publicidad en sede departamental.** En su art. 1º, donde se establece su ámbito de regencia, el mismo se limita a la publicidad instalada en predios con frente a calles, caminos y vías de tránsito departamentales, lo que señala que la disposición normativa creadora de los gravámenes liquidados, no alcanza al supuesto fáctico verificado al ubicarse los carteles de publicidad frente a un camino nacional. Entiende que no se verificó el supuesto de hecho previsto en la disposición en que se funda el acto residenciado, lo que lo vuelve ilegítimo.-

III) Que, **el Tribunal, por unanimidad, recibirá la pretensión anulatoria** actuada, aunque por diversos fundamentos que se intentarán explicitar a continuación.-

IV) La mayoría, integrada por los Dres. SASSÓN, PREZA y el redactor, estima **no puede ser amparado el vicio competencial denunciado.**-

La actora hizo caudal en la demanda anulatoria de la consulta efectuada al Catedrático de Derecho Administrativo, Prof. Carlos E. DELPIAZZO (fs. 15/28 del ppal.), el que con su claridad habitual, sostiene la tesis de que **el Gobierno Departamental de Canelones, no tiene competencia para ejercer su potestad tributaria sobre la publicidad ubicada frente a caminos nacionales.** Sintéticamente, funda tal temperamento en que el Decreto-Ley No. 10.382 de 23/2/1943, que en su art. 23, establece que solo el Gobierno Nacional podrá resolver lo relativo a locaciones en los caminos para instalar avisos, surtidores de nafta, líneas telegráficas, telefónicas etc.-

No puede sino convenirse, con el distinguido publicista, que **la Ruta Nacional N° 101 es un camino nacional**, ya que no se produjo mutación dominial que transfiriera dicha vía de tránsito al Gobierno Departamental de Canelones. Sin embargo, se participa del entendimiento de que el art. 23 del Decreto-Ley No. 10.382 de 13/2/1943, en el pasaje que interesa en el

subespecie, donde distribuye la potestad tributaria sobre los avisos colocados frente a los caminos entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Departamentales -el texto legal alude a “las Municipalidades”- no se encuentra actualmente vigente porque fue derogado, por oposición superveniente por la Carta de 1952 (art. 297 ordinal 7º).-

Estima la precitada mayoría, que tal disposición legal reguló, en su momento, la distribución de la potestad tributaria nacional y la potestad tributaria departamental para gravar la publicidad -los avisos, como decía la ley- que se ubica frente a los caminos.-

Ahora bien, **dicha disposición legal debe reputarse derogada por oposición superveniente** -o abrogada en la terminología de CASSINELLI MUÑOZ- al entrar en vigor la Constitución de 1952, que consagró una solución absolutamente distinta. La entonces nueva Constitución, en su art. 297, numeral 7º, atribuyó la potestad tributaria sobre la publicidad y los avisos a los Gobiernos Departamentales sin distinguir si los mismos se ubicaban o no frente a un camino nacional. Es decir, la por entonces nueva Carta no reiteró la limitación contenida en el decreto ley de 1943, para la distribución de dicha potestad.-

CASSINELLI MUÑOZ señala que ante la oposición entre el texto de una nueva Constitución y la legislación precedente, se debe relevar esa oposición y aplicar la norma constitucional vigente, y dicha facultad la tiene cualquier Juez, no se trata de un caso de inconstitucionalidad, sino de abrogación por oposición superveniente.-

Expresa el citado autor que: “Comprobar que una ley ha sido derogada por otra ley posterior, no importa ningún reproche a la representación del electorado, no significa enfrentarse, en nombre del Derecho a la majestad democrática de la ley. Igualmente, advertir que una ley ha sido abrogada por una Constitución superveniente no encierra ningún reproche a quienes sancionaron la ley abrogada, ni a quienes los eligieron, significa simplemente; comprobar que una manifestación de voluntad nacional posterior a la ley cuestionada debe valer desde la fecha de su vigencia, en lugar de la manifestación precedente -fuera ésta correcta o incorrecta-.” En tal sentido, el hecho de relevar la oposición entre una norma constitucional superveniente y la legislación anterior no requiere un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, y puede ser realizado por cualquier Juez. Esta cuestión, que en su momento dio lugar a discrepancias ardorosas, se fue resolviendo -hasta alcanzarse el consenso que reina actualmente- en el sentido impulsado por el propio CASSINELLI MUÑOZ (Véase sobre el punto: Cassinelli Muñoz; “Oposición superveniente. ¿derogación o inconstitucionalidad?”, publicado inicialmente en RDJA, T. 55, págs. 157 y siguientes y ahora en Cassinelli Muñoz, Horacio; “Derecho

Constitucional y Administrativo”; La Ley URUGUAY, Montevideo, 2010, págs. 535 y siguientes; asimismo el trabajo del que se extrae la transcripción del mismo autor llamado: “Dos notas prácticas sobre abrogación constitucional”, publicado inicialmente en RDJA, T. 65, págs. 92 y siguientes y ahora en Cassinelli Muñoz Horacio; “Derecho Constitucional y Administrativo”; La Ley URUGUAY, Montevideo, 2010, págs. 516 y siguientes, la transcripción realizada está enteramente en la pág. 530; también Risso Ferrand, Martín; “Derecho Constitucional”, T. I, FCU, Montevideo, 2006, págs. 168/170.”

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL NACIONAL<sup>12</sup>

### MANUALES, CURSOS O TRATADOS

- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “*Derecho Público*”, Ed. F.C.U, 3ª actualización, Montevideo, 2009.
- DELPIAZZO, Carlos, “*Derecho Administrativo General*”, Volumen I, Editorial Amalio Fernández, 2ª edición, Montevideo, 2015.
- DELPIAZZO, Carlos, “*Derecho Administrativo Especial*”, Volumen I, Editorial Amalio Fernández, 3ª edición, Montevideo, 2015.
- ROTONDO, Felipe: “*Manual de Derecho Administrativo*”, Ediciones “Del Foro”, 10ª edición, Montevideo, 2017.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique: “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo I, F.C.U, 7ª edición (reimpresión), Montevideo, 2010.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique: “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo II, F.C.U, 7ª edición (reimpresión), Montevideo, 2010.

### OBRAS DE COMPILACIÓN

- BRITO, Mariano: “*Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva*”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “*Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*”, La Ley Uruguay, 2010.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Sobre Derecho Administrativo*”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “*Estudios de Derecho Público*”, Volumen I, editado por Augusto Durán Martínez, Montevideo, 2004.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “*Estudios de Derecho Público*”, Volumen II, editado por Augusto Durán Martínez, Montevideo, 2008.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “*Estudios de Derecho Administrativo*”, Parte General, editado por Augusto Durán Martínez, Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “*Estudios de Derecho Administrativo*”, Parte Especial, editado por Augusto Durán Martínez, Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Derecho Administrativo. Otra forma de verlo.*”, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2017.

---

<sup>12</sup> Aprobada por el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Udelar.

## BIBLIOGRAFIA ESPECIAL

### DERECHO, ESTADO, ADMINISTRACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### Evolución. Estado de Derecho. Situación actual: Estado Garante - Prestador y Regulador

BARBÉ PÉREZ, HÉCTOR: “*Adecuación de la Administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho*”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 65.

BRITO, Mariano: “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en *Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004.

BRITO, Mariano: “Planificación y libertad en el Estado Social de Derecho y en los albores del siglo XXI”, en *Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004.

CAGNONI, José Aníbal: “*Estudio sobre el Estado democrático y Social de Derecho*”, Montevideo, 1989.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Reflexiones sobre las transformaciones en el Sector Público y el Derecho Administrativo*”, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

DELPIAZZO, Carlos: “*Derecho Administrativo de la Regulación Económica*”, en colaboración con el Dr. Mariano R. Brito (U.M., Montevideo, 1998).

DELPIAZZO, Carlos: “*Bien común, sociedad y Estado*”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 21, Montevideo, 2012.

DELPIAZZO, Carlos: “*Estado de Derecho y bien común*”, en Augusto DURAN MARTINEZ (Coordinador) – “*El Derecho Administrativo al servicio de la casa común*”, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2017.

DELPIAZZO, Carlos: “*Dignidad humana y calidad del Estado de Derecho. Tras los pasos de Alberto Ramón Real y Mariano R. Brito*”, en *Estudios de Derecho. Generación 1970*, F.C.U, Montevideo, 2018.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “*El papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria*”, La Ley, Cita Online: UY/DOC/114/2009.

FERRAJOLI, Luigi: “*La crisis de la Unión Europea, políticas de austeridad y desmantelamiento del Estado Social*”, en *Revista de Derecho Público*, N° 48, F.C.U, Montevideo, 2015.

ESTEVE PARDO, JOSÉ: “*Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad*”. Artículo de libre acceso por internet:

<http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/octavo/pdfs/Esteve-Redefiniciones.pdf> .

LABAURE ALISERIS, Carlos: “*Estado Social: del intervencionismo a la subsidiariedad*”, en Anuario de Derecho Administrativo, T. VII, F.C.UF.C.U., Montevideo, 1999.

LARENZ, KARL: “*Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*”, Madrid, Editorial Civitas, 1985.

PAREJO ALFONSO, Luciano: “*El Estado social y administración pública: algunas reflexiones a propósito de la llamada crisis del primero*”, en Revista de Derecho Público, N° 17, F.C.U, Montevideo, 2000.

REAL, Alberto Ramón: E. “*Estado de Derecho*” (Rechstaat) en Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957.

REAL, Alberto Ramón: “*Estado de Derecho y Humanismo Personalista*”, Ed. F.C.U, Montevideo, 1974.

SAETTONE, Mariella: “*Estado de Derecho y Administración Pública*”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica, N° 30, Montevideo, 2011.

SAETTONE, Mariella: “*El Estado de Derecho y los derechos económicos, sociales y culturales de la persona Humana*” en “*Liber Amicorum Discipulorumque, José Aníbal Cagnoni*”, F.C.U, Montevideo, 2005.

SARLO, Óscar: “*Uruguay, ¿es un Estado de Derecho? Cómo responder de manera no dogmática*”, en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

### **Derecho Administrativo. Modelos de desarrollo. Políticas Públicas. Gestión Pública. Participación.**

BARBÉ PÉREZ, Héctor: “*El derecho administrativo y el derecho privado*”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1952, año III, N° 2-3.

BRITO, Mariano: “*Demandas sociales y políticas públicas*”, en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XIV, F.C.U, Montevideo, 2007.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Poder Público y participación ciudadana en el derecho uruguayo*”, en Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

DELPIAZZO, Carlos: “*El Derecho Administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso*”, en Revista de la Facultad de Derecho, N° 30, Montevideo, 2011.

DELPIAZZO, Carlos: “*Panorama general del Derecho Administrativo Uruguayo*”, en Santiago GONZALEZ VARAS IBAÑEZ (Director) – El Derecho Administrativo Iberoamericano, INAP, Madrid, 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Derecho Administrativo. Otra forma de verlo.*”, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2017.

- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *“Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo.”*, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *“Reflexiones sobre la definición de Derecho Administrativo”*, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 7, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013.
- GUARIGLIA, Carlos: *“La Metodología de la Ciencia del Derecho Administrativo”*, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 3, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011.
- HERNÁNDEZ- MENDIBLE, Víctor Rafael: *“Los derechos de los consumidores y los usuarios en los servicios públicos”*, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 3, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011.
- MARTINS, Daniel Hugo: *“Objeto, contenido y método del Derecho Administrativo en la concepción integral del mundo del Derecho”*, F.C.U., Montevideo, 2000.
- MARTINS, Daniel Hugo: *“Introducción al Derecho Administrativo”*, Ed. F.C.U, Montevideo, 1982.
- MARTINS, Daniel Hugo: *“Fundamentos del Derecho Administrativo”*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito, F.C.U, Montevideo, 2008.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *“Las Concepciones del Derecho Administrativo y la Idea de Participación en la Administración”*, en Revista de Administración Pública, N° 84 (1977). Artículo de libre acceso por internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1098092.pdf>.
- PAOLINO, Javier: *“La reforma del Estado y la huida del Derecho Administrativo”*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, F.C.U, Montevideo, 2011.
- RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime: *“Configuración ética de las nuevas políticas: Más allá de los sistemas ideológicos cerrados”*, en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XIV, F.C.U, Montevideo, 2007.
- ROTONDO, Felipe: *“¿Derecho Público o Privado? ¿y el Estado?”*, en publicación de las Jornadas en homenaje al Profesor Dr. Mariano R. Brito, organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2014.
- ROTONDO, Felipe: *“Administración transparente, administrado participe”*, en CADE, Doctrina & Jurisprudencia, T. XXXVIII, Montevideo, 2016.
- VAZQUEZ, Cristina: *“Posición jurídica del particular frente a la Administración”*, en Revista de la Facultad de Derecho, N° 30, en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, Montevideo, 2011.

## FUNCIONES Y COMETIDOS

### Noción y clasificación de las funciones del Estado.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Apuntes sobre funciones y cometidos del Estado*”, en Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

REAL, Alberto Ramón: “*La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones expresas*”, en La Justicia Uruguaya, T. 17.

## 2.2. Noción y clasificaciones de los cometidos del Estado

AA.VV.: “*Cometidos esenciales del Estado: Defensa Nacional, Relaciones Exteriores, Policía, actividad Financiera*”, trabajos de estudiantes coordinados por el Prof. Carlos E. Delpiazzo, Colección Avances Universitarios, Ed. Universidad Ltda. Montevideo, 1997.

AA.VV. Instituto de Derecho Administrativo: “*Introducción al estudio actualizado de los cometidos estatales*”, F.C.U., Montevideo, 2000.

BRITO, Mariano y DELPIAZZO, Carlos: “*Derecho Administrativo de la Regulación Económica*”, U.M., Montevideo, 1998.

CAGNONI, José Aníbal: “*Reflexiones en voz alta sobre los servicios públicos y la solidaridad social*”, en Revista de Derecho Público, N° 17, F.C.U, Montevideo, 2000.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*La “función” administrativa y sus “cometidos” en el Derecho uruguayo, a principios del siglo XXI*”, en Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “*Apuntes sobre la noción de “servicio público” en la Constitución uruguaya*”, en Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CAJARVILLE-PELUFFO, Juan Pablo, “*Cometidos y ¿monopolio? de ANTEL*”, Revista de Derecho Público, N° 42, 2012.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León: “*Teoría General de los cometidos del Poder Público (perspectiva mexicana de una doctrina de validez universal)*”, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, N° 18, Montevideo, 1987.

DELPIAZZO, Carlos: “*Regulación y control de los servicios públicos*” en Revista de Derecho Público. N° 26.

DELPIAZZO, Carlos: “*Administración y economía*”, en Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Daniel Hugo Martins, F.C.U, Montevideo, 2008.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Estado constitucional de derecho y servicios públicos*”, acceso libre <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/52>

LABAURE ALISERIS, Carlos: “*Servicios públicos: modo de gestión*”, en Revista Derecho Público, N° 18, F.C.U., Montevideo 2000.

MEILÁN GIL, José Luis: “*Surgimiento y evolución de la idea del servicio público*”, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 1, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.

MARTINS, Daniel Hugo: “*Replanteo del estudio de los cometidos estatales en el Derecho Administrativo en Especial*”, Derecho Administrativo Económico, en Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, N° 1, Montevideo, 1977.

MARTINS, Daniel Hugo: “*Bases constitucionales de la regulación de la actividad privada*”, en Regulación de la actividad privada, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2015.

RICHINO, Álvaro: “*Algunas ideas en torno al concepto de servicio social*”, en Anuario de Derecho Administrativo, T. XVI, F.C.U, Montevideo, 2010.

RICHINO, Álvaro: “*Naturaleza jurídica de la relación usuario – prestador de servicios públicos*”, en Nuevos aspectos de las relaciones administrativas, Homenaje al Profesor Emérito Dr. José Aníbal Cagnoni, F.C.U, Montevideo, 2011.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El Servicio Público a la luz del Derecho Comunitario Europeo*”, en Círculo de Derecho Administrativo. Artículo de libre acceso por internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13489>

ROTONDO, Felipe: “*Aspectos generales de la regulación de la actividad privada*” en Regulación de la actividad privada, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2015.

ROTONDO, Felipe: “*Bases constitucionales del Derecho Administrativo Económico*”, en Revista de Derecho, N° 25, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2014.

ROTONDO, Felipe: “*Los siempre presentes servicios públicos*”, en CADE, Doctrina & Jurisprudencia, T. XLIV, Montevideo, 2017.

VÁZQUEZ, Cristina: “*El régimen jurídico de los cometidos estatales después de la reforma del Estado*”, en Revista de Administración Pública Uruguaya, 1998.

SAYAGUÉS LASO, Enrique: “*Los cometidos estatales*”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XVII, N° 2-3-4.

### **Universalismo de derechos y servicio universal**

BRITO, Mariano: “*Derechos fundamentales*”, en Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004.

CAGNONI, José Aníbal: “*La dignidad humana: naturaleza y alcances*”, en Revista de Derecho Público, N° 23, F.C.U, Montevideo, 2003.

CAGNONI, José Aníbal: “*La primacía de la persona: el principio personalista*”, en Revista de Derecho Público, N° 24, F.C.U, Montevideo, 2003.

DIEZ-PICAZO, Luis María, “*La idea de servicios de interés económico general*”, en Revista Española de Derecho Europeo, N° 2, 2002, ISSN.

DELPIAZZO, Carlos: “*Dignidad humana y Derecho*”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2001.

- DELPIAZZO, Carlos, “*Universalización de derechos, economía disruptiva y Derecho Administrativo Global*”, Revista de Derecho Público, N° 50, F.C.U, Montevideo, 2016.
- DELPIAZZO, Carlos, “*Dignidad Humana y Principio “Pro Hómine” en los Litigios sobre Derechos Humanos*”, en Revista de Derecho Público, N° 54, F.C.U, Montevideo, 2018.
- DELPIAZZO, Carlos: “*Las dimensiones del administrado*”, en Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2014.
- DELPIAZZO, Carlos: “*Reflexión sobre los deberes del administrado*”, en Revista de Derecho Administrativo, N° 97, Buenos Aires, 2015.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Los servicios públicos y los derechos de los usuarios. Tendencias actuales en el Uruguay*”, en Revista de Derecho Público. N° 26, Montevideo, 2004.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “*Derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general desde la perspectiva de los derechos humanos*”, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 3, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo.*”, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Derecho Administrativo. Otra forma de verlo.*”, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2017.
- LABORDE, Marcelo: “*No sólo de derechos vive el hombre. Los deberes de las personas en el Artículo 72 de nuestra Constitución*”, en Pasado y Presente del Derecho Administrativo Uruguayo, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UDELAR, F.C.U, Montevideo, 2012.
- LABORDE, Marcelo: “*El interés general como principio rector del actuar administrativo*” en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.
- LEIZA, Pablo: *Los deberes jurídicos y su directa vinculación con los valores fundamentales propios del Derecho Administrativo*, en Pasado y Presente del Derecho Administrativo Uruguayo, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UDELAR, F.C.U, Montevideo, 2012.
- MARÍN CASTÁN, María Luisa, “*Tras setenta años de vigencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos*”, en Revista de Derecho Público, N° 54, F.C.U, Montevideo, 2018.
- RISSO FERRAND, Martín, “*Algunas garantías básicas de los derechos humanos*”, 2a. edición, F.C.U, Montevideo, 2008.
- ROCCA, María Elena, “*Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona*”, en Revista de Derecho Público, N° 24, F.C.U, Montevideo, 2003.

- RODRÍGUEZ AZCUE, Gustavo: “*El principio del interés público en la protección de los derechos fundamentales*”, en Revista de Derecho Público, N° 30, F.C.U, Montevideo, 2007.
- ROTONDO, Felipe: “*Derechos fundamentales y Derecho Administrativo*”, Revista de Derecho Público, N° 47, F.C.U, Montevideo, 2015.
- ROTONDO, Felipe: “*Derechos fundamentales, derecho privado y Estado*”, en Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito, F.C.U, 2008.
- ROTONDO, Felipe: “*Carta de Querétaro: constitucionalismo social y administración*”, en Revista Derecho del Trabajo, N° 15, La Ley Uruguay, Montevideo, 2017.
- SAETSTONE, Mariella: “*Persona Humana y Estado. Un nuevo relacionamiento en la democratización de la administración pública*”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito, F.C.U, Montevideo, 2008.
- SAETSTONE, Mariella: “*Interpretación del Derecho y Derechos Humanos*”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, F.C.U, Montevideo, 2008.
- URIOSTE, Fernando: “*La dignidad humana en la declaración de los derechos humanos*”, en Revista de Derecho Público, N° 29, F.C.U, Montevideo, 2006.
- VÁZQUEZ, Cristina: “*Respuesta administrativa a los derechos sociales, en Función social de la Administración*”, Tomo II, Bogotá, Colombia, 2016.
- VÁZQUEZ, Cristina: “*Protección de los derechos sociales en Uruguay a 100 años de la Constitución de Querétaro*”, en Revista de Derecho del Trabajo, N° 15, La Ley Uruguay, Montevideo, 2017.
- VILLAMIL, Lucía: “*Los deberes como efectivo límite y garantía de los derechos humanos*”, en Pasado y Presente del Derecho Administrativo Uruguayo, Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UDELAR, F.C.U, Montevideo, 2012.

## FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### Noción y clasificación. Solución de antinomias

- BRITO, Mariano: “*Fuentes de Derecho Administrativo*”, en Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004.
- CAJARVILLE, Juan Pablo: “*Retroactividad de las normas jurídicas. Reflexiones provisionarias.*”, en Revista de Derecho Público, N° 46, F.C.U, Montevideo, 2014.
- CASTRO, Alicia: “*Robert Alexy: la ponderación y la “fórmula del peso*”, en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

DELPIAZZO, Carlos: “*Fuentes del Derecho Administrativo*”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA y Libardo RODRIGUEZ (Directores) – Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano, Comares - INAP, Granada, 2015.

GRAU, Eros Roberto: “*Principios y reglas jurídicas-conflicto entre principios y eficacia de las reglas jurídicas*”, en Revista de Derecho Público, N° 3-4, F.C.U, Montevideo, 1993.

SANTO, Mariana: “Ponderación y discrecionalidad”, en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

VÁZQUEZ, Cristina, “*Algunas reflexiones acerca de los criterios aplicables a la solución de antinomias entre ley nacional y acto legislativo departamental*”, en Anuario de Derecho Administrativo, T. III, Montevideo, F.C.U, Montevideo, 1990.

### **Constitución. Principios Generales del Derecho**

A.A.V.V – “*Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado*”, F.C.U., Montevideo, 2001 (incluye los trabajos de Barbé Pérez, Real, Martins, y Cajarville).

AAVV: “*Los Principios en el Derecho Administrativo Uruguayo*”, AMF, Montevideo, 2009 (incluye trabajos de Brito, Cajarville, Delpiazzo y Durán Martínez).

BRITO, Mariano: “*Principios generales de derecho*”, en Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “*La defensa de la Constitución*”, en *Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “*Oposición superviniente: ¿Derogación o inconstitucionalidad?*”, en *Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*”, La Ley Uruguay, 2010.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya*”, en *Sobre Derecho Administrativo*”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CAGNONI, José A.: “*La superioridad de la Constitución sobre la Ley; de la Ley sobre el Decreto: el Decreto 166 de 6 de junio de 2005 sobre la reestructura de la Dirección General Impositiva*” en Revista de Derecho Público, N° 28, 29 y 30, F.C.U, Montevideo, 2005, 2006 y 2007.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “*Supremacía Constitucional e Interpretación*”, en *Sobre Derecho Administrativo*, en *Sobre Derecho Administrativo*”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: *“El marco constitucional del Derecho Administrativo. Algunas reflexiones desde el derecho uruguayo”*, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

DELPIAZZO, Carlos: *“Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo”*, en V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito, 2006.

DELPIAZZO, Carlos: *“Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”*, en *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Netbiblo, La Coruña, 2008,

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *“Aplicación directa de principios y normas constitucionales”*, en *Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado*, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2017

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *“Control de constitucionalidad y de convencionalidad en los contenciosos de derecho público en Uruguay”* en *Fuentes del Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *“Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo.”*, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: *“Derecho Administrativo. Otra forma de verlo.”*, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2017.

ESTEVA, Eduardo: *“La interpretación constitucional en Uruguay”*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 1, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.

GUARIGLIA, Carlos E.: *“La Constitución como fuente del Derecho Administrativo. Una visión desde el neoconstitucionalismo”*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, F.C.U, Montevideo, 2011.

LABORDE, Marcelo: *“El principio de la buena fe como rector del ejercicio de la función pública”*, en *Revista de Derecho Público*, N° 50, F.C.U, Montevideo, 2016.

REAL, Alberto Ramón: *“Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya”*, Montevideo, 1965.

RICHINO, Álvaro: *“El principio de juridicidad y los ordenamientos sectoriales”*, en *Fuentes del Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

RISSO FERRAND, Martín, *“Aplicación de la Constitución frente a leyes inconstitucionales”*, en *Revista de Derecho Público*, N° 5, F.C.U, Montevideo, 1994.

RUOCCO, Graciela: *“Principios Generales de Derecho Administrativo”*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N°11, La Ley Uruguay, Montevideo, 2015.

SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo: “*Los Principios Generales del Derecho, ¿Nos preexisten o se siguen generando?*”, en Revista de Derecho Público N° 29, Ed. F.C.U., Montevideo, 1998.

VÁZQUEZ, Cristina: “*Las fuentes del Derecho Administrativo con especial consideración de los Principios Generales de Derecho*”, en Jornadas en Homenaje al Profesor Dr. Mariano Brito, Montevideo, 2015.

VÁZQUEZ, Cristina: “*Los Principios Generales de Derecho en la concepción posmoderna del Derecho*” en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

### **Tratados. Leyes. Decretos-leyes. Decretos legislativos departamentales.**

AGUIRRE, Gonzalo, “*Derecho Legislativo. Teoría General de la Ley*”, F.C.U, Montevideo, 1997.

BALARINI, Pablo, “*Un decreto de la Junta Departamental ¿puede limitar el ejercicio de derechos individuales?*”, Revista de Derecho Público, N° 2, F.C.U, Montevideo, 1992.

BORCHE, Alejandro: “*La publicación de los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción*”, en Revista de Derecho Público, N° 45, F.C.U, Montevideo, 2014.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “*Invalidez de los actos de los gobiernos de facto*”, en “*Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*”, La Ley Uruguay, 2010.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “*Inexistencia, nulidad o inconstitucionalidad de los actos legislativos*”, en “*Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*”, La Ley Uruguay, 2010.

CAGNONI, José A.: “*La constitucionalidad de las anulaciones contenidas en la Ley de convalidación (Nota de jurisprudencia)*”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XXIX, N° 1-2, Montevideo, 1986.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “*Limitación de derechos reconocidos en la Constitución por Decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción*”, en Sobre Derecho Administrativo”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Inconstitucionalidad de los Decretos Departamentales que limitan los derechos reconocidos en el artículo 7 de la Constitución*”, en Casos de Derecho Administrativo, Volumen II, Ingranusi, Montevideo, 1998.

LABAURE ALISERIS, Carlos: “*La vinculación de la administración con la ley y la reserva de ley*” en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

- LÓPEZ ROCCA, Elbio: “*Naturaleza jurídica de los actos legislativos de gobiernos departamentales*”, en Revista de Derecho Público, N° 19, F.C.U, Montevideo, 2001.
- MATA, Carlos: “*La Jerarquía de los Tratados en Nuestro Derecho: Una Relectura*”, Anuario de Derecho Administrativo, T. VIII, F.C.U, Montevideo, 2000.
- MARTINS, Daniel Hugo: “*Los gobiernos departamentales están legitimados para limitar algunos derechos fundamentales*”, en Revista de Derecho Público, N° 29, F.C.U, Montevideo, 2006.
- MARTINS, Daniel Hugo: “*Los tratados internacionales como fuente del Derecho Administrativo*”, en Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- REAL, Alberto Ramón: “*Los decretos-leyes*”, Talleres Gráficos “33”, Montevideo, 1946.
- ROTONDO, Felipe: “*Fuentes del Derecho Administrativo: los Tratados*”, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 1, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.
- VÁZQUEZ, Cristina: “*Nociones de Derecho Parlamentario*”, en Revista de Derecho Público, N° 40, F.C.U, Montevideo, 2011.

### **Reglamento. Concepto, caracterización y especies**

- AA.VV: “*Actividad Reglamentaria de la Administración*”, Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 1989.
- BALARINI, Pablo: “*Publicación errónea de un reglamento*”, en Anuario de Derecho Administrativo, T IV, F.C.U, Montevideo, 1994.
- BRITO, Mariano: “*Acto administrativo y reglamento en el derecho uruguayo*”, en Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002.
- CAJARVILLE-PELUFFO, Juan Pablo. “*Reglamento de ejecución de ley: concepto y contenido legítimo*”, Revista CADE: doctrina y jurisprudencia, N°. 3 y N°4, Montevideo, 2009.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo*”, en Sobre Derecho Administrativo”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.
- DELPIAZZO, Carlos: “*Acto administrativo y reglamento en el derecho uruguayo*”, en Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002.
- DELPIAZZO, Carlos: “*La ley y el reglamento. Características, tipos y marco normativo en Uruguay*”, en Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Bogotá, 2007.

SAETTONE, Mariella: “*Reglamento y Estado Constitucional*”, en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

SOBRINO, Nora y ONGAY, María del Carmen: “*Desaplicación de un acto administrativo ilegal*”, en X Coloquio de Derecho Público, F.C.U, Montevideo, 2006.

### Otras fuentes

BRITO, Mariano: “*Jurisprudencia*”, en Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “*La incidencia de la doctrina en el sistema de las fuentes del Derecho Administrativo uruguayo*”, en Sobre Derecho Administrativo”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

DELPIAZZO, Carlos: “*El Derecho de la Integración del Mercosur*”, en colaboración con los Dres. Héctor Gros Espiell, Felipe Rotondo, Cristina Vázquez y Mariano R. Brito, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999.

DELPIAZZO, Carlos: “*Alcances y límites del derecho de la integración*”, en Revista de Derecho Público, N° 13, F.C.U, Montevideo, 1998.

DELPIAZZO, Carlos: “*Los contratos como reglas de derecho*”, en Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

DELPIAZZO, Carlos: “*Los convenios colectivos del sector público como fuentes del Derecho Administrativo*”, en Revista CADE de Doctrina y Jurisprudencia, Tomo XII, Montevideo, 2011.

DELPIAZZO, Carlos: “*Nuevamente sobre el contrato como regla de derecho*”, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 3, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*El precedente administrativo*”, en Revista de Derecho, N° 5, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2010.

GUTIÉRREZ, Adrián: “*El precedente administrativo en Uruguay*” en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

ROTONDO, Felipe: “*Conducta previa de la Administración, ¿existe el precedente administrativo?*”, en Revista La Ley Uruguay, Año III, N° 5.

SCHIAVI, Pablo: “*¿Convenio colectivos de la administración son fuentes de Derecho Administrativo?*”, en Fuentes del Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2018.

VIGO, Rodolfo Luis, *“Interpretación Jurídica”* (Del Modelo Iuspositivista Legalista Decimonónico a las Nuevas Perspectivas), Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

## **TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

### **Introducción. Personificación jurídica. Características de las personas públicas**

BIASCO, Emilio: *“La denominación de las entidades estatales”*, en Revista de Derecho Público, N° 17, F.C.U, Montevideo, 2000.

DELPIAZZO, Carlos: *“Bases de la organización administrativa”*, en Retos de la Organización Administrativa Contemporánea, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, San Salvador, 2011.

LABAURE ALISERIS, Carlos: *“Personas jurídicas públicas. Naturaleza”* en Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

MELJEM, Ana: *“Clasificación de las personas jurídicas públicas”* en Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

ROTONDO, Felipe y FLORES, Ruben: *“Consideraciones generales sobre organización administrativa”* en Revista de Derecho, N° 10, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2006.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *“Criterios de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas”*, en Revista de Derecho Público y Privado, Año VIII, N° 83, Montevideo, 1945.

### **Teoría del órgano (noción y tipología)**

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *“Sobre “teoría del órgano” y “voluntad” de las “personas jurídicas”*”, en Sobre Derecho Administrativo”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

FRUGONE SCHIAVONE, Héctor: *“Introducción al estudio de la organización administrativa. Bases para una teoría del órgano”*, R.U.E.A, T. 2, Montevideo, 1977.

MÉNDEZ, Aparicio: *“La Teoría del Órgano”*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1971.

ROTONDO, Felipe: *“Aspectos de la teoría del órgano”*, en Estudios de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad de la República, Montevideo, 1979.

### **Teoría de los sistemas orgánicos. Noción. Tipología. La centralización y sus modalidades. La descentralización**

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo - "*Delegación de atribuciones*", en *Sobre Derecho Administrativo*", Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: "*La Delegación de atribuciones*", en "*Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*", La Ley Uruguay, 2010.

MÉNDEZ, Aparicio: "*La jerarquía*", Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1973.

MÉNDEZ, Aparicio: "*Sistemas orgánicos*", Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1973.

MÉNDEZ, Aparicio, La Centralización. Concepto y elementos, en *Revista de Administración Pública*, Nº 65 (1971). Artículo de libre acceso por internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111205.pdf>.

MÉNDEZ, Aparicio: "*La Descentralización. Concepto y caracteres*, en *Estudios de derecho Administrativo*", Publicación en homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. Dirección General de Extensión Universitaria, Montevideo, 1979.

## **ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA URUGUAYA ORGANIZACIÓN PÚBLICA ESTATAL**

### **Estructura orgánica del Estado uruguayo**

CAGNONI, José A.: "*Normas constitucionales sobre la forma de gobierno*" en *Estudios en Memoria de Héctor Frugone Schiavone*, AMF, Montevideo, 2000.

DELPIAZZO, Carlos: "*Bases conceptuales de la organización administrativa uruguayá*", en *Revista de Administración Pública Uruguaya*, No 22, 1998.

DELPIAZZO, Carlos: "*Cargos y escalafones en la organización administrativa*", en *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo II, F.C.U, Montevideo, 1988.

DELPIAZZO, Carlos: "*Estructura del Estado Uruguayo*", en *Carlos DE CORES HELGUERA (Coordinador) – El Derecho en Uruguay*, Reus, Madrid, 2017.

### **Poder Ejecutivo**

AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo: "*La competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución nacional*", en *Revista Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 67.

AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo: "*El Poder Ejecutivo: Funcionamiento y Sistema de Gobierno. Evolución Constitucional del Uruguay*", AMF, Montevideo, 1989.

BARBAGELATA, Aníbal: "*La competencia del Consejo de Ministros en la Constitución Uruguaya de 1967*", en *Temas de Derecho Constitucional 1*, F.C.U, Montevideo, 1985.

BRITO, Mariano: “*Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo*” en Reflexiones sobre la Reforma del Estado, F.C.U, Montevideo 1998.

BRUNO, José Luis: “*Organismos de planificación: CIDE y Oficina de Planeamiento y Presupuesto*”, en Cuaderno N° 19, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya*”, en Sobre Derecho Administrativo”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CASSINELLI Muñoz, Horacio: “*La Jefatura de Estado en la Constitución Uruguaya*”, en “*Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*”, La Ley Uruguay, 2010.

CORREA FREITAS, Ruben: “*Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo*”, en La Reforma Constitucional de 1997, F.C.U, 1997.

DEMICHELLI, Horacio: “*El Poder Ejecutivo*”, Depalma, Montevideo, 1950.

DURAN MARTÍNEZ, Augusto: “*La Presidencia de la República: naturaleza, posición institucional, situación de su personal y resolución de recursos administrativos*”, en Rev. Uruguay de Derecho Constitucional y Político, tomo II, N° 7.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Poder Ejecutivo: funcionamiento. Sistemas de Gobierno*” en Estudios de Derecho Constitucional, Ingranusi, Montevideo, 1998.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (arts. 174 y 175 de la Constitución)*”, en Estudios de Derecho Constitucional, Ingranusi, Montevideo, 1998.

FLORES DAPKEVICIUS, Ruben: “*El Poder Ejecutivo y la Presidencia de la República en la Constitución Nacional vigente*”, en La Justicia Uruguaya, Tomo 118, Sección Doctrina, pág. 123.

FRUGONE SCHIAVONE, Héctor: “*Administración Central*”, en Marco Normativo de la Actual Administración, Tomo I, F.C.U, 1982.

KORZENIAK, José: “*Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo*”, en Reformas a la Constitución (1996), Cuaderno de Derecho Público N° 8, Editorial Universidad, Montevideo, 1997.

SAETTONI, Mariella: “*Aportes al estudio del funcionamiento del Poder Ejecutivo en el marco del derecho positivo vigente*” en Libro en Homenaje al Profesor Héctor Gros Espiell, Editorial La Ley, Montevideo, 2010.

SEMINO, Miguel A.: “*Poder Ejecutivo: funcionamiento. Sistemas de Gobierno*”, en Evolución Constitucional del Uruguay, AMF, Montevideo, 1989.

VÁZQUEZ, Cristina: “*Principales modificaciones legales en la organización de la Administración Central*”, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, F.C.U, Montevideo, 2008.

## **Descentralización funcional. Entes Autónomos y Servicios Descentralizados**

BRITO, Mariano: “*La coordinación de la descentralización administrativa. Disposiciones que la regulan*”, en *Derecho Administrativo. Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo – “*La Descentralización: su estado constitucional y posibilidades de su regulación legal*”, en *Sobre Derecho Administrativo*”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “*La designación de Directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados según el artículo 187 de la Constitución de 1967*”, en “*Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi*”, La Ley Uruguay, 2010.

COSTAS MARTÍNEZ, Carolina y GONZÁLEZ, Verónica: “*Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial e industrial. Principio de especialidad. Análisis de un caso controversial*”, en *Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I*, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

DELPIAZZO, Carlos E.: “*Nuevas perspectivas de la descentralización*”, en *Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*, F.C.U, Montevideo, 1998.

DELPIAZZO, Carlos - “*Actividad empresarial del Estado*”, en *Rev. Uruguay de Derecho Constitucional y Político*, tomo VII, N° 39.

DELPIAZZO, Carlos: “*Panorama del Estado empresario en Uruguay al promediar la segunda década del siglo XXI*”, en Luis José BEJAR y Carlos VILLANUEVA (Coordinadores) – *El Estado empresario. Una revisión al término de la segunda década del siglo XXI*, México, 2017.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Cese de la totalidad de los integrantes de los Directorios de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados por designación de la mayoría de sus miembros. Ley 17.865 de 21 de marzo de 2005*”, en *Revista de Derecho Público*; N° 28, F.C.U, Montevideo, 2005.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Descentralización por servicios*”, en *Reflexiones sobre la Constitución de 1996*, F.C.U, Montevideo, 1998.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Relaciones entre el Poder Ejecutivo y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizado*”, en *Estudios Constitucionales*, Ingranusi, Montevideo, 1998.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: “*La Constitución Nacional*”, Tomo VII.

LARRAMENDI, Miguel: “*Control sobre los Entes Autónomos Docentes*”, en *Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado*, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2017.

LARRAMENDI, Miguel: “*Entes docentes. Caracterización general y especial. Consideración de la Universidad Tecnológica*”, en *Estudios sobre la Administración*

Uruguay – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo,, F.C.U, Montevideo, 2016.-

LARRAMENDI, Miguel: *“El Poder Ejecutivo como conductor político de las Administraciones Descentralizadas por servicios”*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, F.C.U, Montevideo, 2011.

LEVRERO BOCAGE, Constancio: *“Algunas consideraciones sobre la noción de empresas públicas”*, en Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, F.C.U, Montevideo, 1996.

PRAT, Julio A. - *“Los Entes Autónomos en la descentralización funcional uruguaya”*, A.M.F, Montevideo, 1971.

PRAT, Julio A.: *“Los entes autónomos y los servicios descentralizados en la constitución de 1967”*, en Estudios sobre la Reforma Constitucional, Cuadernos N° 19 (primera época), Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967.

RUOCCO, Graciela: *“Descentralización por servicios”*, en Evolución Constitucional del Uruguay, AMF, Montevideo, 1989.RUOCCO, Graciela: *“Régimen jurídico de la descentralización por servicios”*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, F.C.U, Montevideo, 2008.

SILVA CENCIO, Jorge: *“La descentralización por servicios en la Constitución de 1967”*, F.C.U, Montevideo, 1971.

VAZQUEZ, Cristina: *“Entes y órganos reguladores”*, en Estado - Administración: su reforma en el presente, Montevideo, 2005.

### **Descentralización territorial. Gobiernos Departamentales. Municipios.**

BEAU, Mauricio: *“Gobiernos Departamentales. Cuestiones jurídicas referentes a su participación en contratos y asociaciones”*, en Estudios sobre la Administración Uruguay – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

BELLO, Susana: *“Organización actual del Departamento de Montevideo”*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, F.C.U, Montevideo, 2011.

BORCHE, Alejandro: *“Historia constitucional uruguaya: los Municipios”*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, F.C.U, Montevideo, 2011.

CAGNONI, José Aníbal: *“El régimen autonómico departamental en la Constitución reformada”*, en Revista de Derecho Público N° 14, F.C.U, Montevideo, 1998.

CAGNONI, José Aníbal – *“Primeras consideraciones acerca de la reforma a la Constitución”*, Revista de Derecho Público, N° 10, F.C.U, Montevideo, 1997.

CAGNONI, José Aníbal - *“Las regiones y la descentralización territorial”*, F.C.U, Montevideo, 1979.

CAJARVILLE-PELUFFO, Juan Pablo, “*Sobre los Gobiernos Departamentales y las inconstitucionalidades del régimen legal de las autoridades locales*”, en *Sobre Derecho Administrativo*”, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CASSINELLI, Horacio: “*Materia Municipal*”, en *Reforma Constitucional de 1997, Serie Congresos y Conferencias de la R.U.D.C.P, N° 16.*

CORREA FREITAS, Ruben: “*Enfoque jurídico constitucional de la actividad legislativa departamental*”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, F.C.U, Montevideo, 2011.*

DELPIANO, Héctor: “*El Congreso de Intendentes. Su Naturaleza Jurídica. Posición Institucional y la cuestión de la Autonomía Departamental*”, *Anuario de derecho Administrativo, Tomo XIV, F.C.U, Montevideo, 2007.*

DELPIAZZO, Carlos: “*Recursos de los Gobiernos Departamentales*” en *Reforma Constitucional de 1997. Serie Congresos y Conferencias de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, n° 16, p. 159*

DELPIAZZO, Carlos: “*Presupuestos Departamentales y Presupuestos de las Juntas Departamentales*”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, tomo XI, N° 63 – 66.*

DELPIAZZO, Carlos: “*Autoridades departamentales y municipales*”, AMF, Montevideo, 2010.

DELPIAZZO, Carlos: “*Organización territorial uruguaya*”, en Carlos DE CORES HELGUERA (Coordinador) – *El Derecho en Uruguay*, Reus, Madrid, 2017.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Integración de la Juntas Departamentales y de las Juntas Locales. Tipos de Juntas Locales*”, en *Estudios de Derecho Constitucional, Ingranussi, Montevideo, 1998.*

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Congreso de Intendentes. Situación de los funcionarios*”, en *Casos de Derecho Administrativo, Volumen II, Ingranussi, Montevideo, 1998.*

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto - “*Juntas Locales comunes*”, en *Estudios de Derecho Constitucional, Ingranussi, Montevideo, 1998.*

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto:- “*Municipio y Estado*”, en *Estudios de Derecho Constitucional, Ingranussi, Montevideo, 1998.*

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Descentralización territorial en el Uruguay*”, en *Estudios de Derecho Administrativo, N° 1, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.*

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo: “*Elementos para el estudio de las Juntas locales autónomas y con competencia ampliada*”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, tomo III, N° 15.*

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo: “*Las políticas de descentralización*”, en *RUDCP Reforma Constitucional de 1997, Serie Congresos y Conferencias, N° 16.*

FATA, Raquel: "*Descentralización territorial*", en Evolución Constitucional del Uruguay, AMF, Montevideo, 1989.

FARINHA, Fermín y OVIEDO, María José: "*Algunas modificaciones introducidas por el presupuesto nacional a través de la ley N° 19.355 al régimen de los municipios (ley 19.272)*", en Revista de Derecho Público, N° 51, F.C.U, Montevideo, 2017.

FARINHA, Fermín: "*El control de las Juntas Departamentales sobre los Municipios*", en Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2017

FARINHA, Fermín: "*La participación de los Gobiernos Departamentales en contratos o asociaciones desde una mirada municipal*", en Estudios sobre la Administración Uruguay - Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.-

FERRÉS, Rodrigo: "*Descentralización territorial*" en Estudios en Memoria de Héctor Frugone Schiavone, AMF, Montevideo, 2000.

GIORGI, Héctor: "*De la descentralización y la delegación de las competencias municipales*", en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto R. Real, FCU, Montevideo, 1996.

GÓMEZ, Gabriela: "*Congreso de Intendentes*", en Revista de Derecho Público, N° 30, F.C.U, Montevideo, 2007.

GROS ESPIELL, Héctor: "*Materia departamental y materia municipal*" en Estudios en Memoria de Héctor Frugone Schiavone, AMF, Montevideo, 2000.

GUTIERREZ, Fulvio: "*La reforma constitucional y el gobierno departamental*", en Revista de Derecho Público, N° 14, F.C.U, Montevideo, 1998.

GUTIERREZ, Fulvio: "*Gobiernos Departamentales*", F.C.U, Montevideo, 1995.

GUTIERREZ, Fulvio: "*Las autoridades locales unipersonales en nuestra Constitución*", en Revista de Derecho Público, N° 25, F.C.U, Montevideo, 2004.

GUTIERREZ, Fulvio: "*Los Municipios en el Uruguay*", La Ley Uruguay, Montevideo, 2015.

MARTINS, Daniel H: "*Concepto jurídico de municipio*", en Constitución y Administración, Nuevo Siglo, Montevideo, 1993.

MARTINS, Daniel H: "*Evolución del Gobierno y Administración de los Departamentos*", en Constitución y Administración, Nuevo Siglo, Montevideo, 1993.

MARTINS, Daniel H: "*Facultades y atribuciones del Gobierno Municipal*", en Constitución y Administración, Nuevo Siglo, Montevideo, 1993.

MARTINS, Daniel H.: "*La determinación de la materia local y los poderes jurídicos de los órganos locales*", en Anuario de Derecho Administrativo, T.VIII, F.C.U, Montevideo, 2000.

MARTINS, Daniel Hugo: “*El Gobierno y la Administración de los Departamentos*”, Tomo I, Ingranussi, Montevideo, 1999.

MARTINS, Daniel Hugo: “*El Gobierno y la Administración de los Departamentos*”, Tomo II, Ingranussi, Montevideo, 2003.

MARTINS, Daniel H: “*Las Juntas Locales centralizadas, autónomas y electivas ante la Constitución de 1967 y la reforma de 1996*”, Ingranussi, Montevideo, 1997.

MARTINS, Daniel Hugo: “*Derecho Municipal: ¿autónomo del Derecho público o parte del Derecho administrativo?*”, en Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, Año II, N° 1.

MARTINS, Daniel Hugo: “*El Municipio Contemporáneo*”, F.C.U., Montevideo, 1978.

MARTINS, Daniel Hugo: temas: Concepto Jurídico de Municipio; Evolución del gobierno y Administración de los Departamentos en la República Oriental del Uruguay; Facultades y atribuciones del Gobierno Municipal; Naturaleza y caracteres del transporte colectivo de pasajeros urbanos en el Uruguay; Regímenes municipales contemporáneos; en Constitución y Administración, Nuevo Siglo, Montevideo, 1993.

MARTINS, Daniel Hugo: “*Las nuevas atribuciones y cometidos de los Municipios*”, Revista de Derecho Público, N° 47, F.C.U, Montevideo, 2015.

OVIEDO, María José: “*Gobiernos Departamentales, participación en contratos o asociaciones. Régimen patrimonial y financiero. Formas de control de esos regímenes*”, en Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

PAREJO ALFONSO, Luciano: “*Algunas reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y el gobierno local*”, en Revista de Derecho Público, N° 13, F.C.U, Montevideo, 1998.

PRAT, Julio A.: “*Juntas locales autónomas y Juntas locales comunes*”, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, tomo III, N° 15.

REAL, Alberto Ramón: “*Régimen presupuestal de las Juntas Departamentales*”, en Revista de Derecho Público, N° 2.

RICHINO, Álvaro: “*El régimen jurídico de las Juntas Locales Autónomas*”, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, F.C.U, Montevideo, 2008.

RICHINO, Álvaro: “*Gobiernos Departamentales: participación en contratos o asociaciones. Enfoque general desde la Teoría de la Organización. Análisis en particular de las Leyes N° 17.555 y N° 18.308*”, en Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

RICHINO, Álvaro: “*Control en (y sobre) los Gobiernos Departamentales*”, en Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2017.

RICHINO, Álvaro: *“Evolución constitucional del régimen municipal en el Uruguay”*, en Derecho Municipal Comparado (Coordinador: Víctor Rafael Hernández-Mendible), Ed. Líber, Caracas, 2009.

ROTONDO, Felipe: *“Organización de la descentralización territorial”*, en Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996, F.C.U; Montevideo, 1998.

ROTONDO, Felipe: *“Uruguay y el Municipio”*, en Régimen jurídico municipal en Iberoamérica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

RUOCCO, Graciela: *“Las Autoridades locales”*, en Reforma Constitucional de 1997, Serie Congresos y Conferencias de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, N° 16.

RUOCCO, Graciela: *“Delegación de atribuciones y acuerdos interdepartamentales”*, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Tomo XI, N° 63-66.

SAETSTONE, Mariella: *“Congreso de Intendentes”*, en Revista de Derecho Público, N° 30, F.C.U, Montevideo, 2007.

SAETSTONE, Mariella: *“Materia departamental y municipal”*, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Tomo XI, N° 63-66.

SARAVIA, José: *“Las Juntas Locales en la Constitución de 1967”*, Ingranussi, Montevideo, 1997.

SOCA, Naya: *“La nueva Descentralización surgida de la Reforma de la Constitución y en la Ley N° 17.243”*, en Homenaje a la Memoria de Héctor Barbé Pérez, F.C.U, Montevideo, 2002.

VAZQUEZ, Cristina: *“La Descentralización”*, en La Reforma Constitucional de 1997, de Ruben Correa Freitas y Cristina Vázquez, F.C.U, Montevideo, 1997.

VAZQUEZ, Cristina: *“Congreso de Intendentes”*, en La Reforma Constitucional de 1997, de Ruben Correa Freitas y Cristina Vázquez, F.C.U, Montevideo, 1997.

VÁZQUEZ, Cristina: *“¿Es conforme a la Constitución de la República, la actividad empresaria que se cumple en el ámbito del Estado Persona Pública Mayor o de los Gobiernos Departamentales?”*, en Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho, N° 7, Montevideo, 1992.

VAZQUEZ, Cristina: *“Los acuerdos de los Gobiernos Departamentales. El Congreso de Intendentes.”*, en Serie Congresos y Conferencias de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, N° 16.

VAZQUEZ, Cristina: *“El proceso de descentralización del Poder Público en la República Oriental del Uruguay”*, en El proceso de descentralización del Poder Público en la República Oriental del Uruguay y en el Reino de España, Fundación Manuel Giménez Abad, Montevideo, 2007.

VELOSO, Natalia: *“Congreso de Intendentes: Posición Institucional y legitimación para comparecer en juicio”*, en Revista de Derecho Público, N° 51, F.C.U, Montevideo, 2017.

## OTRAS PERSONAS PÚBLICAS Y ENTIDADES INSTRUMENTALES

### Personas Públicas no Estatales

BIASCO, Emilio: “*Las personas públicas no estatales y paraestatales*”, en Revista de Derecho Público, N° 19, F.C.U, Montevideo, 2001.

BRITO, Mariano: “*Algunas innovaciones en el sector público: Personas Públicas no Estatales en la Ley n° 16.736*”, en Anuario de Derecho Administrativo, T.V, 1996.

CAGNONI, José Aníbal: “*Acerca de las personas de derecho público no estatales*”, en Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, Año II, N° 2.

CAGNONI, José Aníbal: “*Evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales*”, en Revista de Derecho Público, N° 1, F.C.U, Montevideo, 1992.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Sobre las personas públicas no estatales. A propósito de la Ley N° 16.736.*”, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

CARDINAL, Fernando y LABAT, Santiago: “*Contencioso Anulatorio de Actos de Personas Públicas No Estatales. Enfoque de Derecho Procesal*, en Estudios sobre la Administración Uruguaya, Instituto de Derecho Administrativo, Tomo II, F.C.U, Montevideo, 2016.

CASSINELLI, Horacio: “*Las Personas Públicas no Estatales y la Constitución*” en Revista de Derecho Público, N° 1, F.C.U, Montevideo, 1992.

DÍAZ INVERSO, Rodrigo; “*Los controles del Poder Ejecutivo sobre las Personas Públicas No Estatales*”, en Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2017

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Naturaleza jurídica de CONAPROLE*”, en Revista de Derecho Público, N° 24, F.C.U, Montevideo, 2003.

GONZÁLEZ, Verónica: “*Control jurisdiccional y otros controles sobre las Personas Públicas No Estatales*”, en Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de Derecho Privado, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2017

GUERRIERO, Teresa: Los actos de las personas públicas no estatales y su forma de impugnación, en El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en la Actualidad, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2014.

LORENZO, Mariel, “*Casos de estatización y desestatización*”, en Revista de Derecho Público, N° 50, F.C.U, Montevideo, 2016.

OLIÚ, Alfredo: “*Personas de Derecho Público no Estatal*”, en Revista de Derecho Público, N° 13, F.C.U, Montevideo, 1998.

- PÉREZ, Viviana: *“Personas Públicas No Estatales: criterios para la integración de los aspectos no previstos en las respectivas leyes de creación y regulación. Caso específico de las vías de impugnación internas y el contencioso extintivo de sus actos”*, en Estudios sobre la Administración Uruguaya, Instituto de Derecho Administrativo, Tomo II, F.C.U, Montevideo, 2016.
- ROCCA, María Elena y LORENZO, Mariel; *“Naturaleza jurídica de los representantes del Poder Ejecutivo en las personas públicas estatales”*, en Revista de Derecho Público, N° 48, F.C.U, Montevideo, 2015.
- ROTONDO, Felipe: *“Visión actual de las Personas Públicas no Estatales”*, en Revista de Derecho Público, N° 18, F.C.U, Montevideo, 2000.
- ROTONDO, Felipe: *“Esquema sobre personas jurídicas de Derecho público no estatal”*, en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VI, F.C.U, Montevideo, 1998.
- ROTONDO, Felipe: *“Modificaciones de la legislación relativa a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios”*, en Revista de Derecho Público, N° 25, F.C.U, Montevideo, 2004.
- ROTONDO, Felipe: *“Caja Notarial de Seguridad Social. Ley N° 17.437”*, 2001.
- ROTONDO, Felipe: *“Acción anulatoria contra actos de Personas Públicas no Estatales”*, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 14, La Ley Uruguay, 2016.
- RUOCCO, Graciela: *“Personas Públicas no Estatales. ¿Crisis o reformulación de la categoría?”*, en Revista de la Facultad de Derecho, N° 30, Universidad de la República, Montevideo, 2011.
- SANCHEZ, Lorenzo: *“Impugnación de los actos de las Personas Públicas no Estatales”* en Revista de Derecho Público, N° 11-12, F.C.U, Montevideo, 1997.
- SOBRINO, Nora y ONGAY, María del Carmen: *“Impugnación de los actos dictados por las personas públicas no estatales”*, en Revista de Derecho Público, N° 27, F.C.U, Montevideo, 2005.
- SOLER, Graciela: *“Personas Públicas No Estatales (PPNE). Breve reseña, contratación y control a su cargo”* en Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

### **Sociedades de Economía Mixta**

- AMOZA, Edgardo: *“La terminal de contenedores del puerto de Montevideo como experiencia de sociedad de economía mixta”*, en “Estudios sobre la Administración Uruguaya – Novedades en el régimen jurídico administrativo nacional”, Tomo 1, F.C.U, Montevideo, 2016.
- BIASCO, Emilio: *“Las participaciones estatales en la Constitución uruguaya. Inexistencia de las Sociedades de Economía Mixta”*, en Anuario de derecho Administrativo, T. VIII, F.C.U, Montevideo.

CAGNONI, José A.: “*El artículo 188 incisos tercero y cuarto de la Constitución*”, en Revista de Derecho Público, N° 26, F.C.U, Montevideo, 2004.

CAJARVILLE, Juan P.: “*Empresas privadas con participación del Estado. Significado de la palabra “Estado” en los incisos 3° y 4° del artículo 188 de la Constitución*”, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, F.C.U, 3ª edición, Montevideo, 2012.

DELPIAZZO, Carlos: “*Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro Derecho público*”, en Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, Año II, N° 2.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Sentido del término Estado en los incisos tercero y cuarto del artículo 188 de la Constitución*”, en Revista de Derecho Público, N° 30, F.C.U, Montevideo, 2006.

LABAURE ALISERIS, Carlos: “*Los entes autónomos y servicios descentralizados y su participación en sociedades comerciales, en Aspectos Administrativos en las Leyes “de urgencia” y de Presupuesto (Nos. 17.243 – 17.292 – 17.296)*” en Homenaje a la Memoria del Prof. Héctor Barbé Pérez, Montevideo, 2002.

LABAURE, Carlos: “*Novedades en materia de sociedades de economía mixta*”, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XV, F.C.U, Montevideo, 2008.

RISSO, Martín: “*La participación estatal en empresas privada en la Constitución Uruguaya*”, en Revista de Derecho Público, N° 26, F.C.U, Montevideo, 2004.

RUOCCO, Graciela: “*Sociedades de Economía Mixta de Derecho Privado. Artículo 188 de la Constitución, incisos 3 y 4°*”, en Liber Amicorum Discipulorum que. Publicado en Homenaje a CAGNONI, José A., F.C.U, Montevideo, 2005.

SANTOS, Mariana: “*Sobre sociedades de economía mixta*” en Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

SAPOLISNSKY, Jaime: “*Sobre la posibilidad de coparticipación del Estado en la actividad empresarial, junto con otros agentes*”, en Revista de Derecho Público, N° 31-32, F.C.U, Montevideo, 2007.

VELOSO, Natalia: “*Sociedades de Economía Mixta*”, AMF, Montevideo, 2012.

### **Otras figuras asociativas: Sociedades Anónimas con capital estatal, Fundaciones, Fideicomisos, otras.**

BIASCO, Emilio: “*Las asociaciones de empresas públicas en el derecho uruguayo: con especial referencia a los consorcios administrativos*”, en Revista de Derecho Público, N° 6, F.C.U, Montevideo, 1994.

BARBÉ PÉREZ, Héctor: “*Participación estatal en empresas industriales, agropecuarias o comerciales en el Derecho positivo uruguayo*”, Revista de la Facultad de Derecho. Año XIX, n° 3-4, p. 450.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Régimen del fideicomiso público*”, en Renovación de la Contratación Pública, Instituto de derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2013.

DIAZ, Rodrigo: “*Empresas adscriptas: ¿actividad empresarial dentro del Estado persona pública mayor?*” en Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I, Instituto de Derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

DELPIAZZO, Carlos: “*Reforma del Estado*”, en Derecho Administrativo de la Regulación Económica, Universidad de Montevideo, 1998.

DELPIAZZO, Carlos: “*Control externo de las figuras asociativas con participación estatal*”, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, F.C.U, Montevideo, 2011.

DELPIAZZO, Carlos: “*Algunas preocupaciones que plantea el fideicomiso público*”, en Revista Crítica de Derecho Privado, N° 10, Montevideo, 2013.

DELPIAZZO, Carlos: “*Acerca del fideicomiso público*”, en Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública, Tomo II, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2015.

DELPIAZZO, Carlos: “*Acerca de las sociedades del Estado*”, en Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública, Tomo II, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2015.

DELPIAZZO, Carlos: “*Sociedades anónimas de capital estatal*”, en Ricardo OLIVERA GARCÍA (Director) – Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia, Tomo I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2015.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “*Transformaciones en el Sector Público*”, en Anales del Foro, N° 123, 1994.

LABAURE ALSIERIS, Carlos “*Control de la participación estatal en Sociedades Comerciales y los artículos 25-27 de la L. 17.555*”, en Revista de Derecho Público, N° 24, F.C.U, Montevideo, 2003.

MOSCO, Daniel: “*Fideicomiso financiero público versus sociedad anónima abierta con participación estatal*”, en Revista de Derecho Público, N° 43, F.C.U, Montevideo, 2013.

OVIDEO, María José: “*Problemas que presenta el fideicomiso: artículo 3 de la Ley N° 17.703*”, en Renovación de la Contratación Pública, Instituto de derecho Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2013.

PINTO, Ximena y ZAK, Pablo: “*Sociedades privadas estatales y paraestatales y su control por el Tribunal de Cuentas*”, en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XVI, F.C.U, Montevideo, 2010.

RICHINO, Álvaro: “*La participación de los Gobiernos Departamentales en sociedades comerciales, ¿es constitucional?*”, en Anuario de Derecho Administrativo, T. XI, F.C.U, Montevideo, 2004.

ROBAINA, Ignacio: “*Sociedades de derecho privado con participación estatal y acceso a la información: sobre el control democrático*”, en Revista de Derecho Público, N° 43, F.C.U, Montevideo, 2013.

VÁZQUEZ, Cristina: “*El Fideicomiso Público*”, LJU, Tomo 150, Cita Online: UY/DOC/102/2014

VÁZQUEZ, Cristina: “*El Estado compitiendo en el mercado*”, LJU, Tomo 146,-  
Cita Online: UY/DOC/101/2012

VÁZQUEZ, Cristina: “*Entidades instrumentales y responsabilidad del Estado*” en  
Estudios sobre la Administración Uruguaya – Tomo I, Instituto de Derecho  
Administrativo, F.C.U, Montevideo, 2016.

# Índice

## **Capítulo I. Nociones introductorias**

### **1. Derecho, Estado, Administración y efectividad de los Derechos Humanos**

- 1.1. Introducción
- 1.2. Estado y Administración Pública
- 1.3. Estado de Derecho y Administración
  - A. El Estado de Derecho y su caracterización
  - B. Evolución del Estado de Derecho en su relación con la sociedad

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

### **2. Derecho Administrativo. Modelos de Desarrollo. Políticas Públicas. Participación**

- 2.1. Derecho Administrativo
  - A. Un término polisémico y una vinculación sustantiva con los intereses generales
  - B. El objeto del Derecho Administrativo
  - C. Caracterización del Derecho Administrativo
  - D. Metodología académica y aplicativa del Derecho Administrativo
- 2.2. La vinculación del Derecho Administrativo con los modelos de desarrollo
- 2.3. La vinculación del Derecho Administrativo con las políticas públicas
- 2.4. Derecho Administrativo y gestión pública
- 2.5. Derecho Administrativo y participación

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **Capítulo II. Funciones y Cometidos del Estado**

### **1. Introducción**

### **2. Las funciones estatales**

- 2.1. Nociones preliminares
- 2.2. Criterios de clasificación
- 2.3. Función constituyente
- 2.4. Función legislativa
- 2.5. Función jurisdiccional
- 2.6. Función administrativa

### **3. Distinción de las funciones estatales para atribuir competencia**

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

### **4. Los cometidos estatales**

- 4.1. Nociones preliminares
- 4.2. Clasificación y sistematización
- 4.3. Cometidos esenciales
- 4.4. Servicios Públicos
- 4.5. Servicios Sociales
- 4.6. Actuación estatal en el campo de la actividad privada
- 4.7. Aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada
- 4.8. Otras clasificaciones de cometidos
  - A. Clasificación de Cagnoni
  - B. Clasificación que recoge el Derecho positivo nacional

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

### **5. Universalismo de derechos y servicio universal**

- 5.1. Universalismo de derechos
- 5.2. Servicio universal

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **Capítulo III. Fuentes del Derecho Administrativo**

### **1. Delimitación conceptual**

- 1.1. Etimología y especies
- 1.2. Algunas fuentes con particular relevancia para el Derecho Administrativo

### **2. La configuración del ordenamiento jurídico administrativo**

- 2.1. La pluralidad de las fuentes
- 2.2. La relación e integración de las fuentes

### **3. Los Principios Generales de Derecho**

- 3.1. Algunas opiniones doctrinarias en Iberoamérica
- 3.2. Doctrina uruguaya anterior a 1958
- 3.3. La doctrina uruguaya a partir de 1958
- 3.4. Nuestra opinión

- A. El positivismo jurídico
- B. El jusnaturalismo
- C. El artículo 72 de la Carta y los Principios generales del Derecho

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

#### **4. La Constitución**

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

#### **5. La Ley**

- 5.1. Etimología
- 5.2. Diferentes acepciones de la expresión “Ley”
- 5.3. Conceptos de Ley y de acto legislativo
  - A. Definición de Ley
  - B. Definición de acto legislativo
- 5.4. Caracteres de la Ley
  - A. Valor y fuerza
  - B. Poder innovativo
  - C. Generalidad
- 5.5. Ley e igualdad
- 5.6. Reserva de Ley
  - A. Poderes de libertad
  - B. Poderes de bolsa
  - C. Poderes de institución
- 5.7. Distintos tipos de Ley
  - A. Clasificaciones formales
  - B. Clasificaciones materiales
  - C. Clasificación por el ámbito temporal de validez
  - D. Desde el punto de vista de su relación con la voluntad de los particulares
    - E. Por su valor
    - F. Por su legitimidad
    - G. Leyes constitucionales
    - H. Leyes de Presupuesto y Rendición de Cuentas
- 5.8. El principio de irretroactividad de la ley
- 5.9. La derogación de la ley
- 5.10. El control de la constitucionalidad de la ley
  - A. Origen del control de constitucionalidad
  - B. ¿Garantía de la Constitución o de la Ley?

- C. Diferentes sistemas de control de constitucionalidad
- D. Principios rectores en la materia
- E. El régimen uruguayo (artículos 256 a 261)

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **6. Los Decretos-leyes**

- 6.1. Concepto
- 6.2. Tipos
  - A. Decretos-leyes delegados
  - B. Decreto-ley de necesidad o urgencia
  - C. Análisis particular de las medidas prontas de seguridad
  - D. Decretos-leyes “*de facto*”
  - E. Actos jurídicos del gobierno “*de facto*” de 1973 a 1985. Ley de Convalidación

## **7. Los Decretos Legislativos Departamentales**

- 7.1. Su jerarquía
- 7.2. Antinomias entre Ley y Decreto Legislativo Departamental
- 7.3. Aplicación de los principios de competencia y primacía

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **8. Los Tratados**

- 8.1. Definición de Tratado
- 8.2. Clasificaciones
  - A. Tratados en sentido estricto y acuerdos en forma simplificada
  - B. Tratados bilaterales y multilaterales
  - C. Tratado-ley y Tratado-contrato
- 8.3. Formación del Tratado
- 8.4. El Derecho positivo nacional en materia de formación del Tratado
  
- 8.5. Derecho internacional público y Derecho interno
- 8.6. Sobre la Ley aprobatoria del Tratado
- 8.7. Condiciones de validez de los Tratados
- 8.8. Efectos de los Tratados
- 8.9. Extinción de los Tratados

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **9. El Derecho de la Integración**

- 9.1. El sujeto de derecho cuya voluntad expresan los órganos creados en el marco del Tratado de Asunción
  - A. Análisis de la cuestión antes de Ouro Preto
  - B. Después de Ouro Preto
- 9.2. El Derecho del Mercosur
  - A. ¿Derecho de la integración o Derecho comunitario?
  - B. Caracterización
  - C. Las fuentes jurídicas del Mercosur
- 9.3. Internalización de las normas del Mercosur
- 9.4. Aspectos constitucionales de una solución de supranacionalidad

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **10. Los Reglamentos**

- 10.1. Definición
- 10.2. Efectos
- 10.3. Eficacia formal de los reglamentos
- 10.4. Fundamento de la potestad reglamentaria
- 10.5. Clases de reglamento
- 10.6. En particular: reglamentos subordinados, reglamentos de ejecución, reglamentos autónomos y reglamentos de policía
- 10.7. Extensión y límites de la potestad reglamentaria
- 10.8. Relación entre reglamentos
- 10.9. Inderogabilidad singular de los reglamentos
- 10.10. Impugnación de los reglamentos

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **11. Otras Fuentes**

- 11.1. Contratos de la Administración
- 11.2. Convenios colectivos de la Administración
- 11.3. Prescripciones administrativas de orden interno
- 11.4. Analogía
- 11.5. Doctrina
- 11.6. Jurisprudencia
- 11.7. La costumbre. El precedente administrativo
- 11.8. Autorregulación, “*soft law*” y Derecho Administrativo

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **Capítulo IV. Teoría de la organización**

### **1. Introducción. Personificación jurídica. Características de las personas públicas**

- 1.1. Introducción
- 1.2. La teoría del mandato
- 1.3. La teoría de la representación

### **2. La teoría del órgano**

- 2.1. Relación de la teoría del órgano con el organicismo
- 2.2. Naturaleza de la teoría del órgano
- 2.3. Concepto de órgano
  - A. La concepción subjetiva
  - B. La concepción objetiva
  - C. La concepción técnica
    - i. Definición de Méndez
    - ii. Definición de Sayagués
- 2.4. Elementos del órgano
  - A. Para Sayagués (competencia y sus elementos determinantes - territorio, materia y poderes jurídicos-; forma y voluntad humana)
  - B. Para Méndez (el concepto absoluto y el relativo)
- 2.5. Tipos de órgano

### **3. La teoría de los sistemas Orgánicos**

- 3.1. Concepto de sistema orgánico
- 3.2. Tipos de sistema orgánico
  - A. La centralización
  - B. La descentralización
  - C. La acentralización
  - D. Modalidades de la centralización
    - i. La autonomía técnica
    - ii. La imputación funcional
    - iii. La delegación de atribuciones
    - iv. La desconcentración
- 3.3. En especial sobre la jerarquía
  - A. Importancia de la noción
  - B. Concepciones de la jerarquía
  - C. Caracteres de la relación jerárquica
- 3.4. La jerarquía según la forma del órgano

3.5. Aplicación de la Teoría de la Organización a la relación entre los Poderes

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **Capítulo V. Organización administrativa estatal uruguaya**

### **1. Personalidad jurídica pública. Generalidades**

### **2. Las personas jurídicas estatales**

- 2.1. El Estado
- 2.2. Los Entes Autónomos
- 2.3. Los Servicios Descentralizados
- 2.4. Los Gobiernos Departamentales

### **3. El Poder Ejecutivo**

- 3.1. Síntesis histórica
- 3.2. Características de nuestro sistema de gobierno.
- 3.3. Estructura del Poder Ejecutivo.
- 3.4. Formas de actuación del órgano Poder Ejecutivo
- 3.5. Competencias del Poder Ejecutivo.
- 3.6. Distribución de las competencias según las formas de actuación
- 3.7. Primacía del Consejo de Ministros
- 3.8. Los Ministros
- 3.9. Otras dependencias de la Presidencia de la República
  - A. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto
  - B. La Oficina Nacional del Servicio Civil

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

### **4. La descentralización funcional. Entes Autónomos y Servicios Descentralizados**

- 4.1. Síntesis histórica
- 4.2. Naturaleza jurídica.
- 4.3. Creación
- 4.4. Actividades que no pueden desarrollarse mediante Entes Autónomos

- 4.5. El principio de especialidad y la reserva de especialización
- 4.6. Integración de los órganos de dirección
  - A. Número de integrantes y denominación
  - B. Procedimientos de designación o elección de los Directorios
- 4.7. Cese y sustitución de los Directores

- 4.8. Prohibiciones e inhibiciones aplicables a los integrantes de los Directorios o Directores Generales
- 4.9. Controles específicos sobre los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados
  - A. Control del Poder Ejecutivo
  - B. Control parlamentario
  - C. La tutela administrativa sobre los Servicios Descentralizados
- 4.10 Peculiaridades del régimen jurídico de los Entes Autónomos de enseñanza
- 4.11. Regímenes presupuestales de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados
  - A. Presupuestos de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no industriales ni comerciales
  - B. Presupuestos de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales
- 4.12. Los Estatutos de los Funcionarios de los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados.

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

**5. Descentralización territorial. Gobiernos Departamentales. Municipios**

- 5.1. Concepto de descentralización territorial
- 5.2. Síntesis Histórica
  - A. Los Cabildos
  - B. Los Departamentos en la Constitución de 1830. Evolución hasta 1919
  - C. Constitución de 1918
  - D. La Constitución de 1934: Intendencias y Juntas Departamentales
  - E. La Constitución de 1952
  - F. La Constitución de 1967, y la reforma parcial de 1997
- 5.3. Los órganos de los Gobiernos Departamentales
  - A. Órganos departamentales
    - i) La Intendencia
    - ii) La Junta Departamental
  - B. Autoridades locales. Los Municipios
    - i. Aspectos generales
    - ii. Peculiaridades del régimen municipal uruguayo
    - iii. Caracteres orgánicos

- iv. Posición institucional de los Municipios
- 5.4. Cometidos de los Gobiernos Departamentales
  - A. Materia departamental y municipal
  - B. Cometidos de los órganos de los Gobiernos departamentales
- 5.5. El Estatuto del funcionario, y el personal departamental y municipal
- 5.6. Régimen presupuestal y financiero
  - A. El presupuesto departamental
  - B. Potestad tributaria departamental
  - C. Recursos tributarios
  - D. Emisión de títulos de deuda pública, préstamos o empréstitos
  - E. Régimen financiero de los Municipio
- 5.7. Impugnación de los actos de los Gobiernos Departamentales
  - A. Recursos administrativos
  - B. Planteo de inconstitucionalidad de los Decretos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción
  - C. El recurso de apelación contemplado en el artículo 300 de la Constitución
  - D. El recurso de apelación contemplado en el artículo 303 de la Constitución
  - E. Referéndum departamental

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

## **Capítulo VI. Otras Personas Públicas y Entidades Instrumentales**

### **1. Las Personas Públicas No Estatales**

- 1.1. Definición
- 1.2. Origen, evolución y actividades que asumen en nuestro país
- 1.3. Caracteres de las Personas Públicas No Estatales
- 1.4. Conclusiones

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

### **2. Sociedades de Economía Mixta y otras figuras asociativas, Entidades Instrumentales. Contratos de PPP**

- 2.1. Introducción
- 2.2. Sociedades de Economía Mixta
  - A. Sociedades de Economía Mixta de Derecho Público

- B. Sociedades de Economía Mixta de Derecho Privado
- 2.3. Sociedades de Capital Estatal
- 2.4. Fideicomisos públicos
- 2.5. Contratos de PPP

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

### **3. Sobre la llamada “*fuga del Derecho Administrativo*”**

PREGUNTAS GUÍA

BIBLIOGRAFÍA

**Anexos**

**Ejercicios de reflexión y aplicación**

**Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso  
Administrativo vinculada al temario**

**Bibliografía general**